La consulta plantea, en esencia, la posibilidad de cesión de datos entre aseguradora y reaseguradora.

I

Hay que comenzar señalando que, tal y como acertadamente recoge la consulta, esta Agencia ya se ha pronunciado respecto de la diferencia entre un contrato de reaseguro y un contrato de seguro directo en relación con la normativa de protección de datos. Nuestro informe 0039-2005 ya señalaba que el contrato de reaseguro y el de seguro directo eran autónomos entre sí.

> *El reaseguro aparece definido en el art. 77 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), y a pesar de la íntima relación que mantiene con el contrato de seguro, ambos contratos funcionan entre sí de modo autónomo e independiente, sin perjuicio de que el seguro directo sea presupuesto necesario para el reaseguro.*
>
> *La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro declara que no es de aplicación al mismo lo que ordena el art. 2 respecto del carácter obligatorio de sus preceptos (art. 79 LCS) destacando la falta de cualquier relación directa entre el asegurado y reasegurador. Es, en consecuencia, un pacto interno entre aseguradora y reaseguradora por el que la segunda se obliga a indemnizar a la primera dentro de los límites del convenio, obligación que nace cuando nazca la obligación del asegurador directo frente a su asegurado y sólo cuando sea líquido y exigible el crédito del asegurado contra el asegurador, será exigible el crédito de éste contra el reasegurador. El reasegurador no tendrá ninguna intervención directa en la liquidación del siniestro de base, salvo que expresamente se pacte lo contrario, careciendo el asegurado de acción directa contra el reasegurador."*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), como es lógico, mantiene esta misma postura. Así, y a título de mero ejemplo, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 2523/2012) dice:

> *Es necesario recordar que de acuerdo con los arts. 77 y 78 de la LCS el contrato de seguro y el de reaseguro son autónomos, de forma que el*

asegurado no podrá reclamar contra el reasegurador "strictu sensu", dado que solo ostenta acciones contra el asegurador.

Se pretende por el recurrente unificar las disciplinas de ambos contratos cuando su régimen jurídico y naturaleza son diversos, lo cual es rechazable.

Como pone de relieve la jurisprudencia y la doctrina, del artículo 78 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) se desprende que el asegurado no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna. Esa misma autonomía entre ambos contratos trae como consecuencia no sólo que el asegurado no podrá exigir al reasegurador la indemnización, sino que tampoco el reasegurador tendrá relación jurídica directa alguna con el asegurado, sino únicamente con el asegurador.

Lo anterior se confirma además si observamos la naturaleza de las actuaciones de investigación que se contemplan en el artículo 18 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). De este artículo se desprende que en virtud del contrato de seguro directo corresponde al asegurador realizar las investigaciones y peritaciones que estime necesarias para establecer la existencia del siniestro y en su caso el importe de los daños que resulten del mismo. Estas actuaciones son por lo tanto consecuencia directa del contrato de seguro, y en ningún caso del contrato de reaseguro –cuando el seguro directo se hubiese reasegurado- precisamente por la autonomía existente entre ambos contratos.

Ciertamente nada impide que el asegurador lleve a cabo dichas actividades de investigación y peritación a través de un tercero que actúe en su nombre, pero ello no significa que por dicha razón dichas actuaciones de investigación y peritación pasen a ser o se conviertan en responsabilidad de dicho tercero frente al asegurado directo, sino que de las investigaciones y peritaciones correspondientes el encargado dará cuenta a la aseguradora que le ha contratado para que esta tome las decisiones pertinentes frente al asegurado.

Dentro de esta estructura de responsabilidades y tareas nada obsta para que dicho tercero que lleve a cabo dichas actividades de investigación y peritación para el asegurador sea el propio reasegurador, que actuará en este caso en virtud de un pacto o contrato distinto del reaseguro (normalmente

consistirá en un arrendamiento de servicios) dado que, como ya hemos visto y sostiene el Tribunal Supremo, por la autonomía entre el contrato de seguro directo y el de reaseguro no puede entenderse en ningún caso que dichas actividades de investigación deriven del contrato de reaseguro. Puede entenderse que el reasegurador tenga un cierto interés en llevar a cabo dicha investigación o peritación si ha reasegurado el contrato de seguro directo, pero ese interés no convierte a dichas actividades de investigación en una operación conexa del contrato o de reaseguro, entre otras cosas porque esa actividad podría llevarla a cabo cualquier otra empresa no ligada al asegurador por un contrato de reaseguro.

Esta situación se recoge en el artículo 99.5 de la ley 20/2015 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

> *5. Las entidades que desarrollasen por cuenta de entidades aseguradoras actividades objeto de externalización tendrán la consideración de encargadas del tratamiento, debiendo sujetarse al régimen previsto para las mismas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo.*

Ello significa que de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal (LOPD) el tercero (incluyendo el reasegurador) que actúe por cuenta de un asegurador llevando a cabo actividades propias de este a través de lo que se denomina en el artículo citado “externalización” tendrá la consideración de encargado del tratamiento.

El encargado del tratamiento se define en el art. 3 g) LOPD como *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.*

El art. 3 i) LOPD a su vez define cesión o comunicación de datos como *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.*

Ello supondría que si una entidad reaseguradora (u otro tercero) tratase datos de los asegurados para las actividades de investigación o peritación tantas veces citadas estaríamos ante una cesión o comunicación de datos (art. 11.1 LOPD).

No obstante lo anterior, el art. 12.1 LOPD establece que *no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.*

Por lo tanto la propia LOPD considera a efectos jurídicos que aun cuando haya una verdadera comunicación de datos al tercero llevada a cabo por el responsable del tratamiento, no se considerará que existe tal si el acceso de dicho tercero es necesario para prestar un servicio al responsable del tratamiento. Para ello habrán de cumplirse además las circunstancias y requisitos previstos tanto en el artículo 12 LOPD como en los artículos 20 y siguientes del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD).

El art. 5 i) del RLOPD define *"Encargado del tratamiento: La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio*".

En consecuencia, para que la consultante pueda actuar como encargado del tratamiento será necesario que a) trate datos personales por cuenta de un tercero, en este caso el asegurador, que será el responsable del tratamiento; b) debe estar ligado a dicho asegurador mediante una relación jurídica, y c) dicha relación jurídica determinará el ámbito de su actuación, de manera el que si se extralimita en el uso de los datos de lo establecido en las instrucciones otorgadas por el responsable del tratamiento, no será el consultante (reasegurador) considerado encargado del tratamiento, sino responsable del mismo, con la consecuencias que ello conlleva.

A ello cabe añadir las circunstancias expresadas en el artículo 12 LOPD, que establece que d) el contrato de encargo del tratamiento habrá de constar por escrito o en otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, e) que el encargado del tratamiento habrá de seguir –como ya se ha descrito- las instrucciones del responsable, y no aplicará o utilizará los datos con un fin distinto al establecido en dicho contrato de encargo de tratamiento, ni los comunicará a otras personas; f) el contrato de encargo habrá de estipular

también las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento habrá de implementar, y g) una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

Y por último el artículo 12.4 LOPD establece las consecuencias de no cumplir estos requisitos: *4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.*

Además, el artículo 20.1, tercer párrafo, del RLOPD puntualiza que se considerará que existe comunicación de datos cuando el acceso tenga por objeto el establecimiento de un nuevo vínculo entre quien accede a los datos y el afectado.

A este respecto hay que hacer especial hincapié en que la ley 20/2015 no impide (ni tampoco exige) que el reasegurador actúe como encargado del tratamiento en las investigaciones o peritaciones cuya responsabilidad compete al asegurador. Ahora bien, hay que advertir, como resulta de lo expuesto hasta el momento, que la actuación del reasegurador como encargado del tratamiento ha de estar limitada exclusivamente, en el tratamiento de los datos, a seguir las instrucciones del asegurador de manera tal que dicha figura de encargado del tratamiento excluye la posibilidad de que por parte del reasegurador se intente suplantar o de algún modo imponer su voluntad al responsable del tratamiento en cuanto al tratamiento de dichos datos, puesto que en dicho caso nos encontraríamos con que no existe un verdadero encargado del tratamiento sino un nuevo responsable del tratamiento, que en consecuencia, de darse dicho caso, habría accedido a los datos de terceros interesados incumpliendo lo dispuesto en el artículo 12 LOPD y concordantes del RLOPD.

Por otra parte no sólo es importante la existencia de un contrato escrito que recoja lo que establece la ley, sino que es igual de importante el desarrollo real de su actividad, por cuanto aunque el contrato estuviera formalmente bien redactado y contuviera todas las precauciones y limitaciones establecidas en la normativa de protección de datos, es en realidad el desarrollo de la operación

por el consultante el que permitirá determinar si la misma se realiza sobre la base de un verdadero encargo del tratamiento, y por lo tanto al margen de la necesidad de una base jurídica para el tratamiento de los datos, o por extralimitarse en ella habrá de tener el consultante la consideración de responsable del tratamiento y en consecuencia dejará de aplicarse la ficción legal establecida en el artículo 12.1 LOPD de que no existe comunicación de datos al encargado y sería responsable de dicha comunicación o cesión de datos si no existiera una base jurídica aplicable a dicho tratamiento o cesión.

II

Partiendo pues de la base de lo expuesto con anterioridad cabe dar respuesta a las preguntas planteadas por el consultante.

El art. 99.4 de la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece:

> *4. Las entidades aseguradoras, o en su caso, reaseguradoras, podrán comunicar a sus entidades reaseguradoras, sin consentimiento del tomador del seguro, asegurado, beneficiario o tercero perjudicado, los datos que sean estrictamente necesarios para la celebración del contrato de reaseguro en los términos previstos en el artículo 77 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro o la realización de las operaciones conexas, entendiéndose por tales la realización de estudios estadísticos o actuariales, análisis de riesgos o investigaciones para sus clientes, así como cualquier otra actividad relacionada o derivada de la actividad reaseguradora.*

De ello se desprende en primer lugar que el requisito necesario para la posibilidad de comunicar los datos sin consentimiento de los interesados es que se trate de la “celebración” del contrato de reaseguro o de una “operación conexa” a dicha celebración; esto es, la norma regula la posibilidad de cesión de datos personales sin consentimiento del interesado para la fase previa a la perfección del contrato de reaseguro, puesto que se refiere a los datos estrictamente necesarios “**para la celebración**” del contrato de reaseguro u operaciones conexas. De la lectura de este artículo 99.4, cuando menciona a “las operaciones conexas” hay que entender por tales las relacionadas “*con la celebración*” del contrato de reaseguro, lo que excluye, de por sí, cualquier operación no relacionada con la “celebración” del contrato sino con una fase

posterior. Es decir, la transmisión de datos para una actuación posterior a la celebración del contrato de reaseguro no se incluiría dentro de la expresión "*para la celebración del contrato […] o la realización de operaciones conexas (…)".* El término "operación conexa" hay que ponerlo pues en relación con el sustantivo al que modifica, esto es "la celebración del contrato. Y una actuación del reasegurado en nombre y por cuenta del asegurador para realizar las investigaciones y peritaciones necesarias contempladas en el artículo 18 LCS no se trata en ningún caso de una actuación "*conexa a la celebración del contrato*", sino que más bien tendrá relación con la propia liquidación, ejecución o cumplimiento del mismo, que constituye una fase posterior a la "celebración". Ello excluye la posibilidad de transmitir los datos sin consentimiento del tomador, asegurado o beneficiario previstos en el art. 99.4 para este supuesto, precisamente porque para estas operaciones el legislador ha previsto en el art. 99.5 de dicha ley la actuación del tercero (incluido el reasegurador) como "encargado del tratamiento", en cuyo caso, y si se cumplen los requisitos ya expuestos del art. 12 LOPD y concordantes del RLOPD, el reasegurador tendrá acceso a dichos datos en virtud del contrato de encargo del tratamiento sin que se entienda producida una cesión.

Lo que se reafirma además, como se ha explicitado extensamente en el apartado anterior de este informe, porque el contrato de reaseguro es en todo caso un contrato autónomo del contrato de seguro directo, y por lo tanto el reasegurador no tiene, derivado del contrato de reaseguro, ninguna acción frente al asegurado directo o viceversa (art. 78 LCS), sino que cuando actúa lo hará como encargado del tratamiento del asegurador, si existe contrato entre ambos a tal fin, para actuar en nombre y por cuenta del asegurador, como es el caso planteado en la consulta.

Una vez establecido que la gestión por el reasegurador en nombre y por cuenta del asegurador directo de las investigaciones y peritaciones necesarias previstas en el art. 18 LCS no se entiende comprendida dentro del concepto "operaciones conexas", es obvio que tampoco cabe entenderla comprendida dentro del concepto *"cualquier otra actividad relacionada a podrido derivada de la actividad reaseguradora"*. Y ello porque el concepto mencionado en segundo lugar no es más que una especie del género "operaciones conexas", tal y como se confirma de la simple lectura del artículo 31.4 de la ley 20/2015:

> *4. El objeto social de las entidades reaseguradoras será exclusivamente la actividad de reaseguro y operaciones conexas. Se entenderá por*

operaciones conexas la realización de estudios estadísticos o actuariales, análisis de riesgos o investigaciones para sus clientes, así como cualquier otra actividad relacionada o derivada de la actividad reaseguradora. Podrán considerarse también incluidas en el objeto social de las entidades reaseguradoras, funciones de sociedad de cartera y las actividades relacionadas con el sector financiero.

De todas maneras no hay que confundir la extensión del objeto social de una entidad reaseguradora con la posibilidad de que cualquier actuación relacionada con dicho objeto social haya de estar incluida dentro de la posibilidad prevista en el artículo 99.4 de ley 20/2015 de que la cesión de datos a una compañía reaseguradora está exenta de contar con el consentimiento del interesado. Y ello en primer lugar porque la expresión del objeto social es una mención necesaria de conformidad con la ley de sociedades de capital, que hay que incluir en los estatutos de la sociedad, y que determina la extensión de las posibilidades de actuar en el tráfico mercantil de dicha entidad. Así por ejemplo para que una entidad reaseguradora pueda actuar en el tráfico mercantil gestionando en nombre y por cuenta de una entidad aseguradora directa las actividades de investigación y peritación previstas en el artículo 18 LCS es obvio que dicha posibilidad tiene que estar prevista en los estatutos sociales de la entidad reaseguradora (art. 23 b) de la ley de sociedades de capital), pues en caso contrario no se encontraríamos con infracción del artículo 234.1 de la ley de sociedades de capital que establece que *la representación de la sociedad se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social de limitado en los estatutos*, y el apartado 2 de dicho artículo 234 establece que *la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el registro mercantil que el acto no está comprendido el objeto social,* lo que sensu contrario determina que cuando no exista buena fe o haya culpa grave del tercero la sociedad no quedará obligada frente dicho tercero, y además determinará la responsabilidad de los administradores por haber realizado actos no comprendidos en el objeto social de limitado en los estatutos.

Pero es que además una simple interpretación literal y sistemática del art. 99.4 de la ley 20/2015 pone de manifiesto que no todas las actuaciones de la entidad reaseguradora comprendidas en el objeto social en su caso queda en incluidas dentro de la no necesidad de proceder a obtener el consentimiento de los terceros para el tratamiento o de sus datos. Y ello es así porque el

artículo 99.4 contiene un epígrafe final que hace que no pueda entenderse que todas las actividades de las compañías reaseguradoras quedan comprendidas en el primer párrafo del artículo 99.4, dado que en caso contrario dicho epígrafe final quedaría vacío de contenido, interpretación por lo tanto absurda y que no cabe sostener válidamente.

Dicho apartado final del artículo 99.4 establece: *La cesión de dichos datos* ***para cualquier finalidad distinta de las establecidas en el párrafo anterior*** *requerirá el consentimiento del interesado.* Si todas las operaciones posibles en el tráfico mercantil de las entidades reaseguradoras se agotasen en el art. 99.4, este párrafo carecería de utilidad y aplicación.

En definitiva, y para concluir, y ya respecto de los datos de salud, el art. 7.3 LOPD contiene la regla general: *3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.* No son de aquí de aplicación las excepciones previstas en el art. 7.6 LOPD.

El artículo 99.2 de la ley 20/2015 contiene una posibilidad legal para la asegurador (no para el reasegurador) para tratar datos de salud sin consentimiento del interesado, básicamente en relación con la asistencia sanitaria que deba prestarse al perjudicado o la indemnización que en su caso procediera, en lo que será imprescindible para ello, sin que los datos pueden ser objeto de tratamiento o para ninguna otra finalidad. Ni siquiera, como resulta del art. 99.7 ley 20/2015, podrán ser objeto de tratamiento los datos relativos a la salud sin el consentimiento expreso del afectado, en los casos que dicho artículo regula.

Por lo tanto, para que el reasegurador pueda tratar los datos de salud de un afectado en un contrato de seguro directo sería necesario el consentimiento expreso del afectado (art. 7.3 LOPD); ahora bien, si el reasegurador, en virtud de un pacto con el asegurador directo, actuase como encargado del tratamiento del asegurador, y siempre que cumpliese toda las condiciones y requisitos previstos en el artículo 12 LOPD, y 20 y siguientes del RLOPD, no se entenderá que existe cesión en los datos, incluso de salud, que pudiera conocer el reasegurador para la gestión del encargo del tratamiento suscrito con el asegurador (art. 99.5 ley 20/2015).

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Gabinete Jurídico

10