

# El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos personales

**José María Elguero**  
*Doctor en Derecho*



## SUMARIO

### 1. Introducción

### 2. La Protección de Datos en España

- 2.1. Marco jurídico
- 2.2. La Agencia Española de Protección de Datos
- 2.3. Escenario en España: Barómetro del CIS

### 3. El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales

- 3.1. Origen y antecedentes. Su importancia
- 3.2. Naturaleza jurídica y objeto del seguro
- 3.3. Licitud del aseguramiento de las multas
- 3.4. Los asegurados
- 3.5. Coberturas y extensiones
- 3.6. Exclusiones específicas de cobertura
- 3.7. Delimitación temporal y geográfica del riesgo
  - A) Ámbito temporal
  - B) Ámbito geográfico
- 3.8. Otras características de la cobertura
- 3.9. Reclamaciones y siniestros
- 3.10. Principales deberes y derechos de las partes

### 4. Conclusiones

Nota Preliminar

Este Trabajo se presenta a la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro como Comunicación al VIII Congreso Nacional a celebrar en Santander y para su participación en el Premio In Memoriam del Profesor Fernando Reglero Campos 2008. La bibliografía utilizada se encuentra citada en las notas a pie.



## 1. Introducción<sup>1</sup>

Pocas veces puede escribirse un trabajo en materia de seguros que sea novedoso, principalmente porque la legislación de seguros es relativamente antigua -con la excepción de la todavía reciente Ley de Mediación de 2006- y porque no existen modalidades aseguradoras nuevas. Sin embargo, la publicación del Reglamento de Protección de Datos en el BOE de 19 de enero 2008 ha dado al mercado asegurador español la oportunidad para lanzar un nuevo seguro de responsabilidad civil que sí aporta novedades tanto en su configuración como producto asegurador como en las coberturas y en las personas aseguradas, entre otros aspectos. Además, su presentación no ha estado exenta de cierta polémica entre las aseguradoras y el órgano administrativo de control<sup>2</sup>. La aparición de este nuevo producto responde, a mi juicio, a dos factores principales: de un lado a la conveniencia de dar respuesta a una demanda de aseguramiento de las empresas y personas que manejan datos personales de empleados y terceros; de otro la necesidad de buscar seguros o modalidades de éstos que permitan a los aseguradores desarrollar sus carteras y crecer, ante el continuado descenso de primas y la generalizada competencia. En este sentido, el Informe de la Fundación MAPFRE<sup>3</sup> sobre "El Mercado Español de Seguros 2007" pone de manifiesto que *el volumen de primas del seguro de responsabilidad civil ascendió en 2007 a 1.892 millones de euros, que supone un crecimiento del*

*3.5%, realmente modesto si se le compara con el de años precedentes, abandonando las tasas de dos dígitos que en los años anteriores a 2005 habían convertido al ramo de responsabilidad civil en el más próspero del sector. El Informe añade que se mantiene por cuarto año consecutivo el ciclo de mercado blando propiciado por la abundancia de operadores y los excesos de capacidad que, junto con una mejora de la siniestralidad, ha provocado una feroz competencia que está conduciendo a una reducción de las primas, especialmente en riesgos industriales, profesionales y D&O.*

El Estudio de la Fundación MAPFRE se refiere expresamente a la aparición de dos nuevos productos aseguradores de responsabilidad civil –a los que califica más exactamente de "nuevas coberturas del ramo caracterizado por su dinamismo"- con los que se muestra especialmente crítico: *productos que cubren las responsabilidades por comportamientos contrarios a las relaciones laborales (EPLI), conductas que ya han empezado a generar numerosas reclamaciones y también han aparecido productos que cubren responsabilidades por la infracción de las disposiciones de protección de datos, incluyendo una cobertura muy cuestionada, la garantía de multas y sanciones, sobre la que se ha pronunciado la DGSFP en sentido contrario a su licitud, argumentando el carácter punitivo de tales sanciones.*

En todo caso estamos ante una nueva modalidad<sup>4</sup> del seguro de responsabilidad civil sobre el

<sup>1</sup> *Abreviaturas utilizadas:* AEPD (Agencia Española de Protección de Datos), BDS (Boletín Diario de Seguros), BOE (Boletín Oficial del Estado), CC (Código Civil), CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), D&O (Consejeros, Administradores y Directivos), DGSFP (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), EPLI (*Employment Practices Liabilities Insurance*, Prácticas de Empleo), LCS (Ley de Contrato de Seguro), LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos), RJ (Repertorio Jurisprudencia Aranzadi), RPD (Reglamento de Protección de Datos), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), TS (Tribunal Supremo).

<sup>2</sup> En el BDS de 3 de abril 2008 se recogía la noticia de la presentación durante la Semana del Seguro 2008 del nuevo producto *Data Plus* de la aseguradora AIG, lo que según parece motivó la petición de información a los directivos de la aseguradora por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En la citada Semana, la aseguradora afirmó que "la póliza cuenta con el visto bueno de la DGSFP" (BDS de 25 de abril) lo que provocó una aclaración del órgano regulador en el sentido de señalar que "sólo se conocen las características de la póliza sin que eso implique el visto bueno" (BDS de 28 de abril). Similar petición se hizo con posterioridad a DUAL.

<sup>3</sup> *El Mercado Español de Seguros en 2007*, 62 págs., Fundación Mapfre, julio 2008.

<sup>4</sup> No hay motivos para cuestionar el nacimiento de una nueva modalidad específica del seguro de responsabilidad civil, incluso aunque su desarrollo comience casi 10 años después de la promulgación de la LOPD. Idéntico camino siguió el seguro de D&O, cuya ausencia hoy en las empresas es inimaginable: *inicialmente* –señala RONCERO SANCHEZ, A., *El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima*, pág. 27, Aranzadi- esta modalidad del contrato de seguro alcanzó una discreta difusión, si bien su demanda fue aumentando de forma progresiva hasta experimentar un auténtico boom a finales de los setenta.



que no existe todavía bibliografía pero que sí ha generado un amplio debate a todos los niveles, lo cual justifica su atractivo para ocuparnos de estudiarlo, unido al hecho de que los ciudadanos demandan cada vez más una mayor protección de la Administración respecto a la tutela de sus derechos en materia de datos personales. Habrá que ver como es de aceptado por los interesados, por el resto del mercado asegurador, por la Administración y por el legislador en una futura reforma de la LCS y cómo lo tratará la doctrina.

## 2. La Protección de Datos en España

### 2.1. Marco jurídico

El marco jurídico básico de la protección de datos en España parte del artículo 18.4 de la Cons-

titución según el cual *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*, sin olvidar el reconocimiento a la dignidad de la persona que se consagra en el artículo 10 del texto constitucional. El desarrollo de esta norma se realizó con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 298, de 14 de diciembre) modificada conforme al artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, siendo desarrollada recientemente mediante el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos<sup>5</sup>. Como complemento, hay que tener presente la sentencia 290/2000 del Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre 2000,

<sup>5</sup> Con la normativa actual se derogan los Reales Decretos 1332/1994, de 20 de junio y 994/1999, de 11 de junio.



que reitera la exigencia de garantizar a todos los ciudadanos su derecho a la protección de datos en condiciones iguales en todo el territorio nacional.

Junto a este marco básico, existe normativa comunitaria, internacional y nacional aplicable a la protección de datos, constituida principalmente por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta el tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L281, de 23 de noviembre); Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DO L201, de 31 de julio); Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE de 29 de abril); Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos y Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se aprueban los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos. En el ámbito internacional hay que destacar los Acuerdos *Safe Harbour* suscritos entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

El Reglamento, como normativa más reciente y actual, busca un mayor nivel de seguridad en la aplicación de la LOPD, siendo la transparencia su principal característica. Su finalidad es objetivar

normativamente los criterios consolidados en la aplicación de la LOPD tanto en resoluciones de la AEPD como en sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, así como solventar la transposición de la Directiva 95/46/CE, incorporar criterios de política legislativa y completar el desarrollo reglamentario de las novedades introducidas en la LOPD<sup>6</sup>. Entre otros aspectos, desarrolla el principio de consentimiento con especial atención a la forma de acreditarlo y sistematiza los supuestos que legitiman el tratamiento y la cesión de datos, facilitando el ejercicio de derechos, recogiendo novedades en las medidas de seguridad aplicables a los ficheros no automatizados, permitiendo una mayor flexibilidad en su implantación.

## 2.2. La Agencia Española de Protección de Datos

La protección de datos en España corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos a nivel nacional y a las agencias autonómicas en las Comunidades que las tengan, en función de sus respectivas competencias. El legislador ha atribuido a la AEPD un conjunto de funciones que le permiten actuar con independencia investigando las infracciones y sancionándolas con el fin de garantizar su aplicación efectiva. Como señala la propia Agencia en la Memoria 2007, *el mayor conocimiento y el índice de cumplimiento de la normativa de protección de datos no ha supuesto, sin embargo, una reducción de las actividades de la AEPD dirigidas a sancionar las infracciones de la LOPD, a lo que ha contribuido el mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de las garantías que les asisten, circunstancia que se ha traducido en un aumento de las denuncias<sup>7</sup> presentadas por presuntos incumplimientos de la LOPD.*

<sup>6</sup> Memoria 2007 AEPD.

<sup>7</sup> Así, las inspecciones iniciadas por denuncias de los ciudadanos o a iniciativa del Director de la AEPD se incrementaron en torno al 7% ascendiendo a un total de 1263 en 2007 respecto al año anterior. El mayor número de inspecciones realizadas afectan a telecomunicaciones y entidades financieras, a las que sigue la videovigilancia, con un incremento superior al 400% pasando a ocupar el tercer lugar. Los procedimientos sancionadores finalizados a entidades privadas han tenido un aumento de un 32%, situados en primer lugar los procedimientos que afectan a empresas de telecomunicaciones, que aumentan por encima de la media hasta un 45%, los procedimientos a entidades financieras ocupan el segundo lugar ascendiendo un 21% y las comunicaciones electrónicas comerciales, que crecen en un 164% respecto a 2006.

El análisis del grado de seguridad jurídica en la aplicación de la LOPD obliga a contemplar en qué medida las Resoluciones de la AEPD son ratificadas o revocadas por los Tribunales. En el año 2007 y según los datos de la Memoria de la Agencia, se han dictado por la Audiencia Nacional 158 sentencias y por el Tribunal Supremo 13. En cuanto a las sentencias de la Audiencia Nacional, 116 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas (73%) y 17 los estimaron parcialmente (11%), principalmente rebajando la cuantía de la sanción por apreciarse una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad infractora. Por último, en 24 casos se estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia (15%). De las sentencias del TS, 11 ratificaron el criterio de la Agencia.

En ocasiones se piensa que el riesgo derivado de la tenencia y utilización de datos personales está controlado y es difícil que se produzca un error debido a los sistemas y procedimientos que existen en cada empresa, pero la realidad demuestra que los errores se pueden producir en distintos ámbitos y por distintas causas: Errores tecnológicos por fallos de equipos o fallos de seguridad, errores humanos por falta de procedimientos internos o falta de atención y cuidado y actos maliciosos de terceros, incluyendo empleados, en venganza por despidos o reacción al mobbing, discriminación o falta de promoción de empleados por parte del patrono.

Las causas por las que se presentan reclamaciones ante la Agencia son variadas: olvidar registrar un fichero en la AEPD, envíos masivos de publicidad sin autorización, uso de datos para fines distintos a los cedidos, videovigilancia fuera de lo autorizado, cesión no consentida de datos a terceros, deshacerse sin control de datos de pa-

cientes, empleados, candidatos, clientes, etc. Los perjuicios para la empresa, entendidos éstos como cualquier suma que esté legalmente obligado a pagar a un afectado o interesado como consecuencia de una resolución judicial en su contra, o de una transacción celebrada por el asegurador con su consentimiento, son múltiples: gastos de investigación, de defensa jurídica, indemnizaciones por responsabilidad civil, multas y sanciones, daños a la imagen de la empresa, pérdidas financieras, pérdidas de clientes, otros gastos y honorarios.

### 2.3. Escenario en España: Barómetro del CIS<sup>8</sup>

Si algo caracteriza a la sociedad actual y a las empresas que operan en toda clase de mercados, es la necesidad de difundir sus productos y servicios entre sus potenciales clientes mediante la captación, tenencia y tratamiento de sus datos personales. Las bases de datos constituyen importantes activos a este respecto. Pero junto a la necesidad de las empresas de tener y manejar dichos datos, aparece el derecho de los particulares a una protección adecuada de los mismos, no sólo porque en muchas ocasiones son datos sensibles, sino también para evitar un envío publicitario masivo. Recientemente la videovigilancia y la grabación de las conversaciones telefónicas comerciales se han revelado como importantes fuentes de registro de datos, de especial preocupación para los ciudadanos.

Todas las empresas, con independencia de su tamaño, naturaleza, actividad y/o ámbito geográfico, necesitan y utilizan datos personales de empleados, de clientes y de otros terceros mediante su instrumentación en ficheros clasificados según su finalidad, que deben ser inscritos en la Agencia Española de Protección de Datos, siendo la falta de inscripción una de las causas por las que la Agencia impone sanciones.

<sup>8</sup> Barómetro de febrero 2008.



La tenencia de datos personales de los ciudadanos por parte de todo tipo de empresas es una preocupación creciente de la población. El Barómetro del CIS de Febrero 2008 revela que el 43,1% de los ciudadanos está bastante preocupado por el uso de la información personal que pueden hacer otras personas y al 27,9% les preocupa mucho. La protección de datos y el uso de esta información personal es una preocupación ciudadana que se sitúa por delante del avance de la ciencia y la tecnología, el desarrollo de la comunicación e información a través de Internet y la piratería.

El Barómetro del CIS refleja las preocupaciones de los ciudadanos en varios apartados:

a) Conocimiento de la normativa legal

El 52,4% de la población conoce que existe una Ley que protege su intimidad personal y familiar ante los posibles abusos que puedan producirse con sus datos personales, frente al 41% que desconoce si existe o no una Ley al respecto y al 6,6% que cree que no existe ninguna norma. El 51,4% no conoce la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos, frente al 46,6% que sí sabe que existe dicho organismo.

b) Ejercicio de derechos

El 7,6% nunca ha solicitado que cancelen sus datos personales de un registro. El 22,1% sí lo ha solicitado. De los anteriores, el 31,1% afirma haberles resultado fácil y el 6% muy fácil la tarea de cancelar sus datos, pero para más del 65% ha sido una tarea complicada. El 30,9% lo ha considerado una tarea difícil y el 21,8% muy difícil. El principal motivo para solicitar la cancelación de datos personales ha sido darse de baja en un servicio (51,2%) y para no recibir publicidad (34,4%).

c) Confianza y seguridad

A más del 75% le da poca o ninguna seguridad dar el número de su tarjeta por Internet para realizar alguna compra o contratar un servicio (al 53,6% no le da ninguna seguridad y al 25,2% le da poca seguridad). El 58,8% valora de manera alta la seguridad en la privacidad de los datos en la Administración Pública y también de manera destacada en Hospitales (55,6%) y Bancos (53,3%). El 31,3% considera que hay una baja seguridad en los comercios aunque un 33,9% percibe que en los comercios hay una alta privacidad de los datos.

d) Publicidad

El 68,2% ha recibido en alguna ocasión una llamada telefónica o le han enviado un SMS con fines publicitarios de alguna entidad a la que no tiene constancia de haber dado sus datos personales. Solamente un 26,4% no ha recibido este tipo de llamadas. Al rellenar formularios con datos de carácter personal aparece alguna anotación o casilla solicitando la posibilidad de disponer o emplear los mismos. El 56,1% no la tiene en cuenta y el 25% asegura tenerla en cuenta y dar su consentimiento y un 11,6% dice que «a veces» la tiene en cuenta.

e) Internet

En cuanto a Internet, de los que afirman utilizarlo, el 79,9% asegura haber recibido *spam* o correos electrónicos no deseados. Sólo un 18,8% no ha recibido este tipo de correos. El 57,8% se asegura de que las páginas de Internet que visita son fiables leyendo sus políticas de privacidad. Un 36,1% reconoce que no las lee. El 1,1% sabe que al navegar por Internet deja un rastro o dato personal frente al 14,1% que cree que no. Un 30,1% «no sabe» si deja rastro.

f) Videovigilancia

En cuanto a las cámaras de videovigilancia, el 73,2% se muestra a favor de su colocación. De



ellos, el 71,1% lo apoyan porque proporciona más seguridad, el 18,6% porque permite la identificación de los delincuentes y el 11,6% porque evita delitos. En contra de la instalación de cámaras se posiciona el 9,5%. El motivo fundamental para posicionarse en contra es la pérdida de intimidad con un 78,7%. El lugar donde parece mal (28,6%) o muy mal (9,6%) la instalación de cámaras es el lugar de trabajo, pero le parece bien al 30,7% y muy bien al 15,4%. El 45,6% ve muy bien y el 49,4% ve bien la instalación de cámaras en Bancos. La instalación de cámaras en guarderías y colegios le parece bien al 51,5% y muy bien al 29,3%. Le parece mal o muy mal al 8,5% y al 2,1% respectivamente. El 46,6% afirma saber que es obligatorio solicitar autorización para la instalación de estas cámaras. El 4,5% dice que no es obligatorio y el 48,7% «no sabe» si es obligatorio solicitar esa autorización. Respecto a la señalización de las cámaras, el 53% sabe que debe señalarse su instalación y el 12,1% cree que no debe señalarse. El 73,2% se muestra

a favor de que se controle la difusión de imágenes grabadas por cámaras de videovigilancia que se emiten por televisión o Internet. El 14,2% se muestra en contra. Los casos de difusión de imágenes por Internet o televisión en los que se ha vulnerado el derecho a la intimidad le parece preocupante al 76% (bastante preocupante al 44,1% y le preocupa mucho al 32,1%).

### **3. El Seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales**

#### **3.1. Origen y antecedentes. Su importancia.**

El desarrollo de las sociedades modernas se ha caracterizado por un avance imparable de los sistemas tecnológicos y de la comunicación e información. El aumento poblacional, el acceso prácticamente ilimitado a toda clase de datos e informaciones y la posibilidad de acceder a dicha información en otros puntos del planeta en fraccio-



nes mínimas de tiempo, ha hecho que aparezcan nuevos riesgos que afectan a derechos básicos de los ciudadanos, para los cuales los aseguradores han de estar en disposición de ofrecer soluciones<sup>9</sup>. De esta forma, un nuevo riesgo como es la responsabilidad derivada de la obtención, tratamiento y tenencia de datos personales de los ciudadanos necesita ser transferido al seguro.

Aunque el origen del actual seguro por protección de datos en España viene marcado por la promulgación del RPD, ya se comercializaba con anterioridad un seguro por CFC *Underwriting Ltd.* por cuenta de suscriptores del Lloyd's de Londres. Además, algunas aseguradoras nacionales venían dando solución parcial a la cobertura de protección de datos mediante la inclusión en las pólizas de responsabilidad civil profesional de un sublímite específico para esta garantía, no siendo en absoluto una extensión automática de cobertura pero que se podía negociar su inclusión, si bien los aseguradores establecen, como política de suscripción, límites reducidos y franquicias específicas. Esta solución era y es muy relativa por cuanto no se trata de un seguro específico para la cobertura del riesgo por protección de datos y además se condiciona a la compra del seguro principal, que es el de responsabilidad civil profesional. Pese a que la LOPD data de 1999, la suscripción de este seguro no ha sido frecuente en España debido a dos motivos: de un lado la escasa actividad inspectora y sancionadora de la Agencia de Protección de Datos por el reducido número de reclamaciones de los ciudadanos y de otro

el desconocimiento generalizado de la existencia y contenido del seguro, unido a su entonces elevado precio y complejidad de suscripción con amplios y profusos cuestionarios. La AEPD estaba por entonces muy centrada en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y la telefonía móvil y el complejo mundo bancario, por lo que otras empresas de servicios no veían un riesgo efectivo de ser inspeccionadas y sancionadas y por ello la necesidad de disponer de protección aseguradora.

El nuevo Reglamento no sólo ha acentuado las obligaciones de quienes disponen o utilizan datos personales de empleados, clientes y terceros en general sino que ha servido para reforzar e intensificar la actividad inspectora de la Agencia, cambiando la conciencia de las empresas respecto a la necesidad de proteger adecuadamente los datos personales de que disponen, a las aseguradoras diseñar y comercializar una nueva modalidad aseguradora de responsabilidad civil y a los ciudadanos tener conciencia de sus derechos y aprender a reclamarlos.

Esta promulgación del Reglamento y la existencia de un riesgo para el que no existía una completa solución aseguradora hizo que las aseguradoras *AIG* y *DUAL*<sup>10</sup> se decidieran a comercializar este nuevo producto asegurador. Junto a las actuales ofertas de *AIG* y *DUAL* y las soportadas por el Lloyd's, otras compañías anunciaron su entrada en este segmento de mercado, sin que hasta la fecha haya llegado a materializarse propuesta alternativa alguna. El debate sobre la legalidad del aseguramiento de las multas y el

<sup>9</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *La Responsabilidad Civil*, pág. 381, Universidad de Deusto 1988, señalaba premonitoriamente que la importante relación entre la responsabilidad civil y el seguro de responsabilidad civil hace que el concepto clásico de responsabilidad civil se encuentre en crisis y quizás en vísperas de un verdadero ocaso. Un gran número de riesgos se encuentran cubiertos por la seguridad social (...) y por otro lado cobra cada día más terreno la fórmula del seguro obligatorio (...) y el desarrollo e incremento estadístico de los seguros voluntarios de responsabilidad civil a través de los cuales el ciudadano elimina a priori los riesgos de su actividad. Si, como todo induce a vaticinar llega el día en que la mayor parte de los daños que podamos causar con nuestros comportamientos van a encontrarse cubiertos por una póliza de seguro, se producirá como efecto positivo el que las víctimas encuentren casi siempre reparación de sus males, pero esto acarreará una eclipse de la responsabilidad pues el ciudadano resguardado por la póliza llegará a no percibir los efectos perjudiciales de su actuación negligente o inexperta (...). El riesgo de que todo esto conduzca a un clima colectivo de indiferencia hacia los daños que podemos producir en los demás, ha llevado a algunos autores a sugerir un sistema de multas administrativas (...) que sirva para mantener incólume el temor de los ciudadanos hacia la sanción individualizada y directa. La franquicia sería un instrumento que contribuiría a fomentar la diligencia aunque sus efectos moralizadores serían dudosos así como el incremento de la prima. Vid. También GARRIGUES, *Contrato de Seguro Terrestre*, pág. 357, y CALZADA CONDE, *El Seguro Voluntario de Responsabilidad Civil*, pág. 44, Montecorvo.

<sup>10</sup> *DUAL* es una Agencia de Suscripción cuyo soporte asegurador lo otorga la compañía aseguradora ARCH.

necesario tiempo de maduración de estas propuestas tal vez hayan frenado temporalmente su lanzamiento.

La importancia de este seguro de responsabilidad civil y administrativa para la empresa es innegable, por cuanto que, como en otras modalidades del seguro de responsabilidad civil, contribuye a dar garantía de solvencia y continuidad a la empresa, en beneficio de los posibles perjudicados. La doctrina se ha manifestado de forma unánime a favor de los seguros de responsabilidad civil, ya que *aún cuando se den los presupuestos para el nacimiento de la responsabilidad civil (...) de forma que se pueda imputar la responsabilidad a una persona, la falta de medios económicos por parte del responsable hace ilusoria de hecho esa responsabilidad, de forma que el deber de resarcimiento al perjudicado no será, en muchos supuestos efectiva*<sup>11</sup>. *El contrato de seguro de responsabilidad civil ha acompañado a ésta en su evolución, de forma tal que en tal medida no podrían explicarse los profundos cambios de la responsabilidad civil sin la presencia del seguro*<sup>12</sup>. *No debe olvidarse que la justa ampliación de la responsabilidad civil (...) hubiera tenido un desarrollo inferior o, al menos más lento, de no haber sido por la existencia del seguro*<sup>13</sup>.

### 3.2. Naturaleza jurídica y objeto del seguro

Estamos en presencia de una responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, necesitando por tanto la existencia de culpa o negligencia<sup>14</sup> en el responsable de los datos, sujeta a lo dispuesto en el 1902 CC y

con relación al seguro, con una modalidad del seguro de daños -más exactamente un seguro patrimonial<sup>15</sup> de responsabilidad civil<sup>16</sup>, voluntario, regulado en el artículo 73 LCS, sobre el que el tercero perjudicado puede utilizar la acción directa frente al asegurador, siendo el riesgo cubierto el nacimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado por perjuicios patrimoniales puros, unido a una responsabilidad administrativa por el incumplimiento de los preceptos de la Ley y del Reglamento de Protección de Datos, cuya cobertura no se canalizaría sin embargo por el ramo de responsabilidad civil, sino por el de pérdidas pecuniarias diversas. No es un seguro de responsabilidad civil autónomo pero sí una modalidad independiente con un objeto diferente a otras modalidades, que complementa a otros riesgos de responsabilidad civil que afectan a la empresa, como la responsabilidad civil general, la profesional e incluso la de consejeros y directivos D&O, ya que no existe un seguro de toda la responsabilidad civil en que pudiera incurrir una persona<sup>17</sup>. Se puede contratar aisladamente de otras modalidades sin necesidad de suscribir éstas previamente. Además de seguro de responsabilidad civil, es un seguro de defensa jurídica, de pérdidas pecuniarias diversas por la cobertura de multas y que puede complementarse con garantías de daños a los bienes cuando se incluyen las pérdidas de bases de datos o daños al software.

Respecto a su delimitación con el seguro de responsabilidad civil de consejeros y directivos (D&O), aunque son modalidades distintas que cubren riesgos diferentes, el de D&O y el de protec-

<sup>11</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, pág. 1.122, Aranzadi.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., "Evolución de la Responsabilidad Civil de la Empresa y su aseguramiento", en *Introducción de la obra Estudios sobre el Aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*, pág. 29, MUSINI 1994.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios ...*, pág. 1.121.

<sup>14</sup> Son pocos los supuestos en los que se establece la responsabilidad objetiva del causante del daño. SÁNCHEZ CALERO ya señalaba que *la responsabilidad objetiva puede hacer otra víctima del responsable en el supuesto de que hubiera que hacer frente al pago de la indemnización al perjudicado con bienes propios* ("Evolución...", pág. 20).

<sup>15</sup> La STS (Civil) de 14 de junio 2002 (RJ 2002, 4901) recogía en su Fundamento de Derecho 4º que "es pacífica ya en casación la calificación del contrato como de seguro de responsabilidad civil y no de daños".

<sup>16</sup> CALZADA CONDE, cit., pág. 212, considera que el seguro de responsabilidad civil no responde ni encaja en el concepto tradicional de seguro de daños. Por su parte, RONCERO SÁNCHEZ, cit., pág. 214, apunta que dentro del seguro de daños se puede distinguir entre seguro de cosas, de derechos y de patrimonio, dentro del cual encaja el de responsabilidad civil.

<sup>17</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., cit. pág. 363.



ción de datos se aproximan al entender que es responsabilidad de los directivos de una sociedad la política de protección de datos de la empresa, velando por el cumplimiento normativo de sus empleados y responsables de datos, siendo exigible a los directivos las responsabilidades por daños causados como consecuencia del incumplimiento. Buena prueba de la proximidad de ambas modalidades es que el seguro de D&O cubre, en ocasiones y según mercados, multas y sanciones a las personas físicas y el de protección de datos incluye expresamente como asegurados a los directivos y altos cargos.

Se ha discutido, respecto a su naturaleza, si el seguro de responsabilidad civil es un contrato a favor de terceros por el hecho de que el perjudicado puede demandar tanto al asegurado como al asegurador y, efectivamente, así lo consideraba la jurisprudencia más antigua del Tribunal Supremo<sup>18</sup>, y algún sector de la doctrina ha entendido que se trata de un contrato con estipulación a favor de terceros, pero la protección del tercero es más el resultado que la finalidad del contrato<sup>19</sup>. La doctrina más relevante ya señaló que se trata de un seguro de daños en interés del asegurado por cuanto con él se traslada al asegurador la obligación de indemnizar los daños causados por hechos que generan responsabilidad civil<sup>20</sup>, no siendo un contrato a favor de tercero por el mero hecho de la existencia de la acción directa que le otorga al perjudicado un derecho propio.

El objeto del seguro es tanto la cobertura del riesgo de responsabilidad civil derivado para la empresa y las personas físicas aseguradas<sup>21</sup> por reclamaciones por perjuicios como el de pérdidas pecuniarias por las sanciones impuestas por la infracción

de la normativa vigente en materia de protección de datos, considerando *datos* cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables, los cuales son tratados por la sociedad y/o incorporados a ficheros de su titularidad. Se incluyen las reclamaciones por falta de seguridad de los datos consistentes en un acto u omisión culposo o negligente como consecuencia de la contaminación de datos propiedad de un afectado o interesado por medio de un software no autorizado, un código informático o virus específicamente diseñado para dañar el sistema informático de la sociedad, así como una denegación inadecuada o errónea de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición a un afectado o interesado legitimado para ello o la destrucción, modificación, corrupción, daño o eliminación de datos almacenados en cualquier sistema informático como consecuencia de una violación de seguridad de datos.

El perjuicio que el asegurado sufre como resultado de la reclamación es cualquier suma que esté legalmente obligado a pagar a un afectado o interesado como consecuencia de una resolución judicial o de una transacción celebrada por el asegurador con el consentimiento del asegurado.

### 3.3. Licitud del aseguramiento de las multas

La cobertura de las multas y sanciones que pueda imponer la Agencia Española de Protección de Datos constituye sin duda alguna el atractivo comercial del producto<sup>22</sup>, si bien hay que señalar que su importancia para el asegurado reside en su valor a corto plazo por la cobertura económica de canti-

<sup>18</sup> STS (Penal) de 4 febrero 1984 (RJ 1984, 721): "El seguro de responsabilidad civil es un contrato de naturaleza especial, a favor de tercero, que permite a la víctima demandar tanto al asegurado como al asegurador".

<sup>19</sup> ELGUERO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro: Jurisprudencia Comentada*, dirigida por F. Reglero Campos, pág. 1050, Aranzadi 2007.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios...*, pág. 1.127, y ya en 1988 DEÁNGEL YAGÜEZ, pág. 363.

<sup>21</sup> Incluyendo la responsabilidad por actos ajenos de las personas o empresas de las que legalmente deba responder, como por ejemplo el encargo a terceros externos (*outsourcing*) del tratamiento de datos personales.

dades que pueden ser muy elevadas y comprometer, en algunos casos, la cuenta de resultados de la empresa. Pero no hay que olvidar que el seguro de responsabilidad civil por protección de datos no sólo cubre la llamada responsabilidad administrativa (multas y sanciones) sino también la responsabilidad civil, cuestión ésta que hasta ahora ha sido poco demandada en España pero sobre la que habremos de ver un gran crecimiento en los próximos años. Las cuantías reclamadas por responsabilidad civil pueden ser extraordinariamente superiores a las cantidades impuestas en concepto de sanción por la AEPD, pero sin embargo las condenas por este concepto son todavía escasas y de cuantía reducida.

El debate sobre la licitud del aseguramiento de las multas parte, en algunos casos, de presupuestos erróneos. Quienes niegan la licitud, piensan exclusivamente en el aseguramiento de sanciones por conductas dolosas, pero no sólo los hechos dolosos son merecedores de una multa, pues también lo son los hechos y conductas culposas. Así, el conductor que infringe las normas de circulación

puede hacerlo deliberadamente (rebasando en rojo un semáforo, superando el exceso de velocidad o no respetando una señal de Stop), pero puede hacerlo también culposamente, sin intención ni voluntad, y en ambos casos tendrá una sanción.

No obstante, la cobertura de multas y sanciones de la Agencia Española de Protección de Datos ha supuesto un revulsivo en el mercado asegurador, el órgano regulador y los distintos operadores del sector. Aunque las multas provienen de la LOPD de 1999, ha sido con el RPD de 2008 cuando el tema de sus cuantías ha recobrado una inusitada actualidad. Nuestro ordenamiento jurídico no se ha referido de forma expresa a esta cuestión, probablemente por no haber previsto la posibilidad de que el mercado asegurador las cubriera.

Tal fue el debate inicial sobre la licitud del aseguramiento de las multas, que con fecha 31 de marzo 2008, la DGSFP emitió un escrito<sup>23</sup> en respuesta a la consulta<sup>24</sup> formulada por una aseguradora sobre si era posible asegurar las multas penales, las sanciones

<sup>22</sup> IGNACIO FIGUEROL, MARIANO AROSTEGUI y LUIS SILES, en el Boletín WIRE (DAC, julio 2008), lo califican de “cobertura estrella” y FERNÁNDEZ MANZANO L., de LOVELLS LLP, en “Aseguramiento de multas y sanciones”, Actualidad Aseguradora mayo 2008, considera que es una “ventaja competitiva” y un “elemento diferenciador”, aunque pronostica su progresiva desaparición e incluso podría dar al traste con alguno de los últimos y más novedosos productos lanzados.

<sup>23</sup> El BDS de 2 de junio 2008 publicaba el titular “La cláusula de cobertura de las sanciones administrativas no es admisible” para recoger el criterio de la DGSFP recientemente hecho público. La DGSFP dio a conocer su respuesta a una consulta planteada sobre la posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas, en caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países. Recuerda que el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto la cobertura del “riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”. Aclara que, por otro lado, la libertad de pactos que reconoce el artículo 1.255 del Código Civil permite a los contratantes establecer cuantas estipulaciones acuerden, salvo que se opongan a las leyes, la moral o el orden público. La DGSFP indica que “se entiende que es contrario al orden público que el asegurador pueda hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal o administrativa, mediante el pago de las multas o sanciones impuestas al responsable. Las penas o multas tienen un carácter sancionador que no puede eludirse con la intervención de un asegurador”. Entre otras cuestiones, el órgano de control señala que “la posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través de un seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable”. “Tal prohibición —añade la DGSFP— abarca no sólo el mecanismo directo de cobertura consistente en la entrega de un capital igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción impuesta, sino también a los mecanismos de cobertura indirecta mediante la entrega de un subsidio igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción”. Finalmente, la DGSFP expone que, “como consecuencia de todo lo anterior, se concluye que la cláusula de cobertura de las sanciones administrativas no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de Responsabilidad Civil que únicamente pretende resarcir el daño patrimonial que sufre el asegurado como consecuencia de la reclamación de daños e indirectamente asegurar que el tercero perjudicado percibe la indemnización, no siendo posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos”.

<sup>24</sup> Efectivamente se trata de una respuesta del regulador de seguros a una consulta concreta de una aseguradora determinada en un caso específico cuya intención era determinar la asegurabilidad en general de las multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, no estando relacionado con protección de datos personales. La respuesta de la DGSFP carece de rango normativo y por tanto su inobservancia no puede ser sancionada. Idéntico criterio sostiene KENNEDYS, en su Boletín de 29 de abril 2008, bajo el título “Aseguramiento de multas y sanciones: ¿prohibido?, al señalar que las resoluciones de la DGS no tienen carácter imperativo, siendo tan sólo, respecto de la generalidad de aseguradoras y usuarios, una recomendación o interpretación de la ley, susceptible de ser revisada vía recurso. FERNÁNDEZ MANZANO, cit., señala que los brokers tendrán bien presente el criterio de la DGSFP a la hora de aconsejar a sus clientes qué póliza se adapta mejor a sus necesidades de aseguramiento (...) y próximamente observaremos la tendencia contraria siendo cada vez menos habitual encontrar la cobertura de sanciones administrativas en las pólizas de responsabilidad civil.



administrativas y las multas coercitivas cuando las imponen órganos administrativos, juzgados y tribunales, pronunciándose en sentido negativo. El escrito de la DGSFP considera “contrario al orden público que el asegurador pueda hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal o administrativa, mediante el pago de las multas o sanciones impuestas al responsable, pues las penas o multas tienen un carácter sancionador que no puede eludirse con la intervención de un asegurador y la posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través de un seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable”. “Tal prohibición –añade– abarca no sólo el mecanismo directo de cobertura consistente en la entrega de un capital igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción impuesta, sino también a los mecanismos de cobertura indirecta mediante la entrega de un subsidio igual, parcial o proporcional a la cuantía de la sanción”.

De esta nota de la DGSFP, que no se emitió con relación a una consulta sobre protección de datos personales, merece la pena realizar algunos comentarios a cuestiones a las que se ha referido de forma expresa.

- a) *Contrario al orden público.* Considera el regulador que el pago de las multas y sanciones por parte del asegurador, entendido como consecuencia de la responsabilidad administrativa del asegurado, atenta contra el orden público. Sin embargo, el interés que persigue la normativa de protección de datos es de naturaleza privada, pues afecta a los derechos de una persona física y el procedimiento se inicia, generalmente, mediante denuncia de parte. No se trata de proteger como interés el orden público, sino un interés particular<sup>25</sup>.
- b) *Carácter sancionador.* El carácter sancionador de las multas se configura como una carga persona-

<sup>25</sup> FIGUEROL, AROSTEGUI y SILES (DAC, WIRE cit.), consideran que para enfocar correctamente la cuestión es necesario considerar la naturaleza y carácter de las sanciones que impone la APD. Aunque en muchas ocasiones la Administración, al ejercer su potestad sancionadora, tutela exigencias de orden social en su conjunto protegiendo un interés público, en el caso de la APD, el interés jurídico protegido es bien distinto. Las sanciones que impone esta Agencia persiguen la salvaguarda de intereses muy concretos y particulares, intereses que hacen que el criterio general no le sea de aplicación (...); la potestad que ejerce la APD ha de entenderse como una potestad delegada por los propios particulares; las sanciones no se imponen por la infracción de intereses correspondientes a un orden general y público sino específicamente privados. Por ello, entienden que no cabría apreciar que el aseguramiento de las sanciones que tal Agencia impone desnaturalice la función punitiva de la sanción.



lísima impuesta al asegurado que no puede trasladarse al asegurador. Sin embargo, las multas son impuestas a los responsables del fichero de datos, que suele ser la empresa persona jurídica.

c) *Exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones.* Argumenta la Administración que la cobertura de las multas dejaría sin utilidad la exigencia de diligencia en la realización de ciertas conductas. En caso de que la Administración se hubiera referido en su respuesta a protección de datos, habría que interpretar que la DGSFP se refería a la no realización de funciones de control sobre los ficheros de datos personales y al incumplimiento en general de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos respecto a la tenencia, custodia, tratamiento y cesión de datos personales. De dar validez a este argumento, habría que negar la licitud del propio seguro de responsabilidad civil, pues el asegurado traslada al asegurador las consecuencias económicas completas del

daño causado con su actuación negligente. Es doctrina pacífica que el seguro de responsabilidad civil no fomenta la negligencia y que precisamente gracias a él se desarrollan actividades que de otro modo sería impensable realizar. Además, la exigencia de seguros obligatorios de responsabilidad civil viene a ratificar la preferencia del legislador por resarcir al tercero perjudicado.

d) *Prohibición de extensión a la cobertura indirecta mediante subsidios.* La DGSFP extiende la prohibición de cobertura de las multas mediante el pago directo –total o parcial– de la cuantía impuesta en concepto de sanción, a la entrega de subsidios. Aprovecha de esta forma la DGSFP para extender la prohibición a las prestaciones o subsidios por privación del permiso de conducir y situaciones similares<sup>26</sup>, aunque no las menciona expresamente.

e) *No es objeto de cobertura en el seguro de responsabilidad civil, por no ser posible asegurar*

<sup>26</sup> El subsidio por retirada del permiso, dentro del seguro de retirada del carné, no es desconocido en nuestro mercado. Esta cobertura otorga al asegurado un subsidio por retirada temporal del carné de conducir, mediante el pago de una cantidad mensual mientras dure la retirada del permiso. Esta retirada se puede producir por decisión administrativa o por pérdida de todos los puntos. Sobre la cuantía del subsidio, el asegurado asume una parte proporcional en determinados casos (infracciones cometidas con anterioridad a la contratación de la cobertura, puntos perdidos por la comisión de delitos, por infracciones a la legislación de transporte terrestre o puntos ya utilizados para el abono de anteriores subsidios).



las consecuencias punitivas de ilícitos penales o administrativos. Es en este punto donde la DGSFP puede tener más razón, ya que ciertamente el seguro de responsabilidad civil no tiene por finalidad la cobertura de multas y sanciones, ya que éstas no tienen naturaleza indemnizatoria. Pero este aspecto, aisladamente considerado, no ataca la licitud del aseguramiento de las multas sino el ramo en el que se instrumenta.

Con relación a esta supuesta ilicitud de la cobertura de multas y sanciones, los autores y operadores del mercado no mantienen posturas uniformes<sup>27</sup>, si bien son pocas las opiniones hasta la fecha, dada

la reciente novedad del seguro. Ya la propia cobertura de la responsabilidad civil supuso un debate entre los autores de la época sobre su inconveniencia y posible ilicitud por considerar que podía fomentar la negligencia de los asegurados y la falta de cuidado<sup>28</sup>, debate hoy ampliamente superado ya que no es concebible en la sociedad actual el ejercicio de una actividad o profesión sin un seguro de responsabilidad civil obligatorio o voluntario y sin duda el aseguramiento de las multas dejará de ser una cuestión de debate en unos años, salvo que expresamente se prohíba legalmente su cobertura.

Hay que tener en cuenta que el seguro de responsabilidad civil por protección de datos no

<sup>27</sup> MARTÍN, S., en la Tribuna de la Revista Actualidad Aseguradora de 23 de junio 2008, pág. 5, bajo el título "Innovar, innovar e innovar", se mostraba contrario a su aseguramiento al señalar que existe también un debate sobre la cobertura de las multas y sanciones. Con el pretexto de que la Agencia de Protección de Datos sólo pone multas (lo cual no es cierto puesto que la infracción puede dar lugar a daños importantes y la consiguiente indemnización), se han puesto en el mercado pólizas que, de hecho, cubren las consecuencias de una infracción, incluida la multa; ello choca de frente con el principio de la buena fe contractual, el principio de aleatoriedad y la normativa vigente. La oferta está en el mercado y existe demanda, algún asegurador se ha precipitado y busca estos días, desesperadamente, cobertura del reaseguro. En contra también la propia DGSFP y con una postura más ambigua la Fundación MAPFRE, "El Mercado Español de Seguros 2007", pág. 48, que señala que este seguro incluye una cobertura muy cuestionada, la garantía de multas y sanciones, sobre la que se ha pronunciado la DGSFP en sentido contrario a su licitud, argumentando el carácter punitivo de tales sanciones, pareciendo asumir como propio el criterio de la Administración. RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 236, también se manifiesta en contra al afirmar que no suscita controversia el carácter inasegurable del riesgo de resultar condenado al pago de multas y sanciones económicas que se extrae del principio de personalidad de la pena y de la función de ésta que impide que el afectado pueda evitar sus consecuencias a través del seguro. Otros autores consideran –respecto a la responsabilidad penal– que no cabe, por razones de orden público, que el asegurador pudiera hacer frente a las consecuencias de la responsabilidad penal, mediante el pago de las multas impuestas al responsable, pues las penas tienen un carácter sancionador o afflictivo que no puede eludirse con la intervención de un asegurador (SÁNCHEZ CALERO, Comentarios..., pág. 1138). CALZADA CONDE, cit. pág. 241, considera que la denominación de "seguro de responsabilidad civil" deja fuera a la responsabilidad penal y a la administrativa, de forma que el seguro no garantiza en ningún caso el pago de las multas que al asegurado se le puedan imponer a causa del hecho del que deriva la responsabilidad civil, previendo las pólizas esta exclusión de forma expresa y aun cuando tal exclusión no viniera determinada en una u otra forma, estos supuestos estarían siempre fuera de cobertura por tratarse de un riesgo inasegurable, pues el principio de personalidad de la pena y la función de la misma impiden que el afectado pueda evitar sus consecuencias a través del seguro. Más recientemente parece pronunciarse en contra FERNÁNDEZ MANZANO, cit., pág. 52, si bien amparándose en el criterio de la DGSFP que sin embargo reconoce carente de rango normativo. Sin embargo, KENNEDYS, cit., considera que es factible que el mercado siga asegurando multas y sanciones y, caso de modificarse la LCS para recoger esa prohibición, se tuvieran aseguradas situaciones prohibidas dando lugar a la nulidad de tales cláusulas lo que podría dar lugar a una devolución de la fracción de prima cobrada por asegurar tales riesgos. A favor de su aseguramiento se han pronunciado tímidamente otros autores (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", en Revista de Derecho Mercantil 227, pág. 153) al rechazar la contravención del orden público sobre la base de entender que, en relación con el pago de multas, es admisible contar con la colaboración de terceros, cuestionando también la pretendida contradicción del seguro con el carácter personal de la pena, entendiéndose que lo relevante es el cumplimiento de ésta y no tanto la identidad de quien lo realice, y más explícitamente a su favor los letrados de las aseguradoras que comercializan actualmente estos seguros en España y específicamente los abogados de DAVIES ARNOLD COOPER (WIRE, julio 2008), si bien coinciden en que su cobertura no debe hacerse por el ramo de Responsabilidad Civil sino por el de Pérdidas Pecuniarias Diversas.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ CALERO, Comentarios..., pág. 1.123.. señala que la existencia del seguro, de cuya licitud en principio se duda, vacía en buena parte el carácter sancionador de la responsabilidad civil, aun cuando se base en la culpa. El estímulo de la búsqueda de la diligencia por la existencia de la responsabilidad civil se amortigua o desaparece mediante la cobertura del seguro. El deber de resarcimiento pierde su eficacia sancionadora al recaer el peso del cumplimiento de la obligación sobre el asegurador. La diligencia del responsable se manifiesta en su aseguramiento con el consiguiente sacrificio en el pago de las primas (...). También CALZADA CONDE, cit. pág. 15, señalaba que si no fuese posible trasladar al asegurador la carga económica de la responsabilidad civil, el desarrollo económico social se vería desfavorablemente afectado. El seguro de responsabilidad civil ofrece esa posibilidad y de ahí que este seguro haya pasado de ser considerado en sus comienzos como ilícito a ser una de las instituciones más necesarias (...). RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 35, realiza un amplio y profuso estudio sobre la licitud del aseguramiento de la responsabilidad civil de los D&O's considerando que aun cuando este seguro es admitido en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, su licitud ha sido discutida en el pasado con cierta intensidad (...), siendo los argumentos esgrimidos para oponerse a la admisibilidad de esta modalidad los mismos que se utilizaron para cuestionar la admisibilidad del seguro de responsabilidad civil y en particular sobre la responsabilidad profesional. Recientemente, FIGUEROL, ARISTEGUI y SILES, cit., rebaten que la cobertura de la multa suponga una menor diligencia del asegurado pues por el mismo motivo habría que concluir que quien contrata un seguro de responsabilidad civil puede sentirse exonerado del deber de actuar diligentemente o que quien contrata un seguro de robo actuará con menor diligencia en la custodia de sus bienes.

sólo se suscribe para la cobertura de la responsabilidad administrativa, sino que existen otras garantías, como la de responsabilidad civil, que justifican sobradamente la conveniencia de su contratación.

Existen a nuestro juicio varios razonamientos que permiten sostener la licitud del aseguramiento de las multas:

- a) El seguro de responsabilidad civil por protección de datos es, o puede ser –en función de las garantías que cubra– una póliza multirriesgo que ampara la responsabilidad civil, la administrativa, las fianzas, la defensa jurídica y otros gastos diversos. No se cubren exclusivamente las multas y junto a ellas pueden cubrirse otros riesgos que afectan a la empresa, como la infidelidad de empleados o las prácticas de empleo.
- b) En ningún caso se cubre la conducta dolosa del asegurado<sup>29</sup>, no sólo por mandato legal del artículo 19 LCS sino también por expresa exclusión en el condicionado de la póliza, sin perjuicio de su eventual indemnización por su inoponibilidad frente a terceros en caso de aplicación de la acción directa.
- c) Se establece un sublímite de 600.000 euros para la cobertura de multas y a veces es también el agregado de la póliza, por lo que en términos económicos no es la solución al incumplimiento recurrente del asegurado, pues el asegurador no hará frente al pago de más multas una vez agotado dicho sublímite.
- d) Para la cobertura de multas hay una franquicia del 10% con mínimo de 60.000 euros (póliza de AIG).
- e) El pago de una multa grave o muy grave probablemente dejaría al asegurado sin cobertura por no renovársele la póliza.
- f) El asegurador selecciona el riesgo, previo examen del cuestionario a que somete al asegurado conforme a las prescripciones del artículo 10 LCS, del que debe deducirse el cumplimiento por el futuro asegurado de la normativa vigente en materia de protección de datos. Sería absurdo que el asegurador suscribiese el riesgo si el asegurado declara no cumplir con la normativa o no tener las medidas de protección de datos exigidas en la Ley y el Reglamento, ya que en este caso más que suscribir un riesgo, estaría suscribiendo un siniestro.
- g) Subjetivamente y con relación al interés asegurado, la sociedad, a través de sus directivos, debe evitar la comisión de una infracción y buscar la diligencia máxima en evitación de responsabilidades, pero también proteger el capital social y el patrimonio de sus accionistas, lo cual supone que además de actuar con la clásica diligencia de un ordenado empresario debe transferir al asegurador todos los riesgos posibles atendiendo al trinomio coste-cobertura-solución.
- h) Ni atenta contra el orden público por referirse a intereses fundamentalmente privados ni contribuye a fomentar la falta de diligencia en el asegurado.

<sup>29</sup> El Informe de la Fundación MAPFRE, cit., pág. 48, se refiere al dolo en el seguro de responsabilidad civil como otro tema que no acaba de resolverse que es el referido a la cobertura de los actos dolosos: daños causados intencionadamente por el asegurado. La inoponibilidad del dolo frente al tercero perjudicado –recoge el Informe– supone según la doctrina jurisprudencial que estos hechos, siempre excluidos de cualquier póliza de seguros, sean, si no cubiertos, sí asumidos por el asegurador, gozando del recurso de repetición frente al asegurado. Estos supuestos (...) han transcendido a otras modalidades de seguro de responsabilidad civil profesional.

<sup>30</sup> Este es uno de los argumentos en contra esgrimidos por la DGSFP e igualmente defendido por DAC (WIRE, pág. 1).



Ahora bien, el aseguramiento de la responsabilidad administrativa (multas) no debe realizarse por el ramo de responsabilidad civil<sup>30</sup> sino, como ya he adelantado, por el ramo de pérdidas pecuniarias diversas, cuyo alcance, definido en el artículo 6 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir<sup>31</sup>, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

La firma DAVIES ARNOLD COOPER (DAC) en su Boletín WIRE de Julio 2008, bajo el título “Asegurabilidad de las sanciones que impone la Agencia de Protección de Datos”, se pronuncia a favor de su aseguramiento, si bien coinciden al señalar que la cobertura de las multas debe hacerse a través del ramo de pérdidas pecuniarias diversas y no bajo el de responsabilidad civil ya que “si este fuera el caso, fácilmente podríamos concluir en contra de la asegurabilidad en la medida en que la cobertura de responsabilidad civil no está llamada a cubrir multas y sanciones (...)”.

Actualmente, nuestra LCS no prohíbe ni se refiere, ni en su parte general ni en la especial, a la imposibilidad de cubrir las sanciones, que se contemplan de forma expresa desde hace tiempo en la mayoría de pólizas de Consejeros y Directivos<sup>32</sup> (D&O) de manera pacífica en el mercado asegurador y sin discusión por parte de la mayoría de la doctrina científica. En todo caso debería ser en

una nueva o reformada<sup>33</sup> LCS donde se prohibiera –si así se considerase oportuno– la posibilidad de cubrir multas en el seguro de responsabilidad civil e incluso en general en cualquier modalidad de seguro o como seguro autónomo, bajo una redacción similar a la siguiente: *En ningún caso podrá ser objeto de cobertura por el seguro el pago de las multas o sanciones que pudiera imponer la Administración a los tomadores o asegurados como consecuencia de la comisión de infracciones administrativas legalmente tipificadas.*

### 3.4. Los asegurados

A diferencia de las pólizas de responsabilidad civil general o de explotación, en las que en términos generales el asegurado es la persona jurídica y de las de D&O en las que es básicamente la persona física, el seguro por protección de datos tiene como característica destacada en este sentido el tener un doble asegurado, de un lado la empresa persona jurídica y de otro todas las personas físicas que la integran y ciertos cargos nominados.

Así, son asegurados la sociedad y sus filiales y cualquier persona física que sea administrador, director general o socio, responsable de seguridad, director de *compliance*, director de asesoría jurídica interna, cualquier empleado y los cónyuges o parejas de hecho de todos ellos, así como herederos, representantes legales, fallecidos, incapacitados, insolventes o en quiebra. Igualmente se extiende a cubrir a cualquier otra persona por la que legalmente deba responder el asegurado. Se produce una redundancia al nominar a ciertos cargos, pues quedarían todos ellos amparados por la cobertura de la póliza al estar cubiertos, en

<sup>31</sup> La propia Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados admite, como lícita, la cobertura del riesgo de privación temporal del permiso de conducir, mediante la entrega por el asegurador de un subsidio.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ MANZANO, cit., apunta en idéntico sentido: *las entidades que comercializan pólizas de D&O vienen ofertando la cobertura de las sanciones administrativas (incluyendo en ocasiones las puramente tributarias, cuando concurre buena fe del infractor o al menos no puede apreciarse dolo o mala fe en la comisión de la infracción) que se impongan a administradores y directivos (...).*

<sup>33</sup> KENNEDYS, cit., al recoger la respuesta de la DGSFP señala que *incluso se ha declarado que se pretende modificar la Ley de Contrato de Seguro, dado que no contempla esa prohibición y se pretende que quede expresamente recogida.*

general y en abstracto a “todos los empleados”. El concepto de asegurado es mucho más amplio que en otras modalidades del seguro de responsabilidad civil. Respecto al seguro de D&O, coinciden al asegurar a personas físicas pero se diferencia en la cualidad y alcance de las personas físicas aseguradas, mucho más amplia y con menor nivel directivo que en el de protección de datos. Además cubre a la persona jurídica en todas las garantías mientras que en el de D&O sólo se da cobertura a la sociedad (Side C) en alguna garantía no especialmente relevante. Esta amplitud del asegurado es importante básicamente a efectos de la cobertura de los gastos de defensa jurídica para todos los empleados.

### 3.5. Coberturas y extensiones

En el capítulo de coberturas es donde se encuentran las diferencias más relevantes del producto asegurador, sin que en todo caso sean significativas. Algunas aseguradoras trabajan con un sistema de coberturas básicas y posterior adición de extensiones (AIG) que no son opcionales sino que están incluidas de manera automática en la cobertura principal y otras (DUAL) que enumeran las coberturas mediante un sistema de lista todo incluido. Dado que esta estructura responde meramente a un criterio organizativo, trataremos el estudio de las coberturas disponibles como un todo unitario.

Atendiendo al riesgo asegurado, las coberturas por protección de datos se pueden agrupar en tres grandes bloques: cobertura de responsabilidad civil, cobertura de responsabilidad administrativa o de multas y sanciones y cobertura para gastos y otros complementos<sup>34</sup>.

#### A) Cobertura de responsabilidad civil

Aunque la cobertura más novedosa y atractiva de este nuevo seguro es el pago de las cantidades impuestas al asegurado en concepto de multas, no es sin embargo la única ni la más importante cuantitativa ni cualitativamente, pese a que ciertamente sea la más llamativa en términos comerciales.

La cobertura de responsabilidad civil tiene por finalidad hacer frente al pago de las indemnizaciones a que resulte legalmente obligado el asegurado como consecuencia de una declaración judicial de responsabilidad civil a causa de los perjuicios causados por el incumplimiento, por culpa o negligencia, de la normativa de protección de datos, que de lugar a una falta de seguridad de los datos por distintas causas:

1. Contaminación de datos titularidad de un interesado por medio de un software no autorizado, código informático o virus específicamente diseñado para dañar el sistema informático de la empresa.
2. Denegación inadecuada o errónea al interesado de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.
3. Revelación, destrucción, modificación, corrupción, daño o eliminación de datos almacenados en cualquier sistema informático como consecuencia de una violación de seguridad de datos.

No olvidemos que la propia Ley Orgánica de Protección de Datos consagra en su artículo 19 un derecho de indemnización a favor de los perjudicados:

1. *Los interesados que como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la pre-*

<sup>34</sup> Estos gastos y complementos por diversos conceptos se anticipan por el asegurador o se reembolsan previa presentación de facturas o recibos, excepto que el asegurador haya rechazado previamente cobertura a la reclamación.



sente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Este derecho se refiere a la indemnización por responsabilidad civil que corresponde al perjudicado como consecuencia del daño sufrido por la conducta negligente del asegurado en la tenencia, custodia y utilización de sus datos personales, incluyendo daños morales. Aunque por aplicación del artículo 1902 CC, el causante de un daño por culpa o negligencia está obligado a repararlo, parece que el legislador de protección de datos ha querido separar nitidamente la sanción de la indemnización y en todo caso recordar a los afectados que tienen este derecho de indemnización, animando subjetivamente a ejercerlo.

Esta cobertura no tiene sublímite y el asegurado dispone del total de la suma asegurada para hacer frente al pago de las indemnizaciones debidas, teniendo en cuenta que la suma asegurada representa en todo caso el importe máximo a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS) con independencia de las garantías o coberturas afectadas, de manera que el pago total de la suma asegurada en concepto de responsabilidad civil dejaría sin límite a la cobertura de multas o a

otras de gastos y, respectivamente, el pago de una cantidad en concepto de multa se descontaría de la suma asegurada anual, por lo que el disponible para la cobertura de responsabilidad civil se vería reducida en la cantidad ya pagada como multa.

La responsabilidad civil del asegurado se produce frente a empleados y frente a terceros, incluyendo a la propia AEPD en la cobertura de multas y sanciones. La cobertura incluye también las reclamaciones presentadas por empleados de la sociedad, así como por cualquier otra persona candidata a serlo o que ha dejado de serlo. En estos supuestos, la AEPD ya ha dictado sendas resoluciones con imposición de multa. En uno de los casos (Resolución R/00216/2005, de 11 de abril 2005) se sancionó la conducta del departamento de personal de un hotel que envió por fax el currículum de un candidato a otro hotel, que demandaba personal, sin consentimiento del afectado. Según se relata en la Resolución de la Agencia “la única intención del hotel era prestarle su ayuda en la consecución de un puesto de trabajo a título de favor”, pese a lo cual la Agencia sancionó con una multa de 300.506 euros al hotel cedente y con 60.101 euros al hotel receptor. En el segundo caso (Resolución R/00811/2007, de 27 de julio 2007) la Agencia sanciona a un hotel por enviar a un antiguo empleado diversos escritos relativos a su liquidación de saldo y finiquito al fax de la empresa actual. La sanción fue de 601 euros.

En esta garantía de responsabilidad civil no sólo es asegurada la propia sociedad y sus filiales<sup>35</sup> sino también cualquier empleado, además de determinados empleados funcionalmente cualificados, lo cual, como ya he apuntado, no era necesario precisar habida cuenta que ya se aseguran a todos los empleados sin distinción. Si el reclamante perjudicado puede ser

<sup>35</sup> En el condicionado de AIG (Cobertura A.2) se asegura la responsabilidad subsidiaria de la sociedad por actos del encargado del tratamiento de datos, abonando cualquier pérdida que resulte de una reclamación contra la sociedad en la que se alegue su responsabilidad subsidiaria ante la vulneración, real o supuesta, de normas relativas a la protección de datos por parte de un encargado del tratamiento de datos.



el empleado o un aspirante a serlo o un tercero en general, el reclamado puede serlo directamente el asegurado o bien el asegurador mediante el ejercicio de la acción directa, derecho que aún estando reconocido en el artículo 76 LCS, sólo se menciona expresamente en el condicionado de DUAL (Sección III, A). La responsabilidad puede provenir tanto de una actuación propia de la explotación de una actividad empresarial, industrial o de servicios (responsabilidad civil general) como de una responsabilidad profesional, es decir, el error o la negligencia pueden provenir bien de la actividad ordinaria del asegurado, bien de su actuación profesional, aunque esta distinción mantenida en alguna póliza (DUAL) carece a nuestro juicio de relevancia práctica.

#### B) Cobertura de sanciones administrativas

Junto a la responsabilidad civil, la siguiente cobertura en importancia es la relativa a la responsabilidad administrativa, instrumentada como una garantía de pérdidas pecuniarias diversas, que se

centra en el pago de las multas impuestas por la AEPD por el incumplimiento de la normativa de protección de datos, por la cual el asegurador abona por cuenta del asegurado las cantidades que éste resulte legalmente obligado a pagar como consecuencia de cualquier sanción por protección de datos derivada de una investigación iniciada a partir de la fecha de efecto de la póliza. Esta cobertura es denominada “responsabilidad administrativa” pero también tiene otras denominaciones como “procedimientos administrativos” (AIG) o simplemente “sanciones administrativas” (DUAL). Abarca dos garantías dentro del mismo concepto: el pago de las sanciones o multas administrativas por infracción en materia de protección de datos y los gastos, costes y honorarios derivados de inspecciones y procedimientos sancionadores, tales como defensa, asesoramiento, etc.

Por multas o sanciones a efectos de esta cobertura deben entenderse aquéllas que imponga la AEPD o autoridad de control equivalente estatal o



local a un asegurado en el ejercicio de su potestad sancionadora, por la vulneración de normas relativas a la protección de datos, sin incluir ni las multas de naturaleza civil o penal ni las no asegurables por ley.

Para esta cobertura se establece un sublímite de 600.000 euros, coincidente con la cuantía máxima de la multa, y una franquicia del 10%, con un mínimo de 60.000 euros en la propuesta de AIG, que no establece DUAL. Sin embargo, la póliza de DUAL (Sección III, B) contiene algunas condiciones previas:

1. *Que el asegurado haya llevado a cabo con carácter previo un proceso de adaptación interna para el cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos.*
2. *Que se hayan implementado con carácter previo todas las medidas y recomendaciones que se deriven de dicho proceso de adaptación que estén específicamente relacionadas con el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.*
3. *El asegurador no pagará ninguna sanción ni otros costes cuando el incumplimiento de la normativa de protección de datos haya sido identificado en el proceso de adaptación sin haber implementado las recomendaciones especificadas.*

Además y respecto al pago de las multas por la cobertura de DUAL, se establece una cláusula adicional: *en caso de sanción por protección de datos y para poder determinar si ésta cae bajo las coberturas de la póliza, el asegurador se reserva el derecho de designar a un consultor legal especializado para dictaminar si dicha sanción por protección de datos está relacionada con una de las áreas donde una recomendación ha sido dada y dicha recomendación no ha sido implementada.*

### C) *Restitución de imagen, comunicación y relaciones públicas*

Con este título u otros relativos al abono de gastos y honorarios diversos, el mercado trata de hacer frente a los gastos necesarios para restituir la imagen de la sociedad y/o de la persona física afectada por la reclamación en materia de protección de datos. En los casos en los que una persona o empresa se ven afectados por una reclamación de responsabilidad civil, incluso en aquellos supuestos en los que todavía no se ha resultado sobre la demanda o el resultado de la misma es beneficiosa para el reclamado, suele quedar afectada la imagen del reclamado. La imagen y la marca son activos más importantes y con mayor relevancia que la cuantía de la propia indemnización, aunque pocas veces suele tenerse en cuenta a la hora del aseguramiento de los riesgos y de valoración de los perjuicios que el asegurado puede sufrir.

Esta cobertura pretende contribuir, desde el plano económico y con los sublímites acordados, a abonar los honorarios, costes y gastos razonables en los que hubieran incurrido los asegurados para la obtención de asesoramiento por parte de un consultor independiente de relaciones públicas y comunicación con objeto de mitigar o restituir el daño a su reputación como consecuencia de una reclamación. Según las distintas pólizas, será necesaria la previa aprobación del asegurador o la libre elección de un consultor previamente designado por el asegurador.

### D) *Notificación a terceros por violaciones de seguridad de datos*

En caso de producirse un error en la protección de los datos –por ejemplo el uso u obtención de acceso al sistema informático de la sociedad sin autorización de la propia sociedad o fuera del ámbito de la autorización recibida de la sociedad– el asegurado debe notificar a los afectados la ocurrencia del error y las medidas a adoptar para solucionar el problema.

El gasto de estas notificaciones, que puede ser muy cuantioso dado el número de afectados, se abona por esta garantía hasta un límite razonable, no denejándose injustificadamente su pago (DUAL, Cobertura 8) si hay previo consentimiento escrito (AIG, Extensión 2.1). Sin mayor trascendencia, DUAL configura esta cobertura como una garantía más dentro de su catálogo mientras que AIG la define como extensión de cobertura. Se establece un sublímite de indemnización para dichos gastos.

#### E) *Periodo informativo*

Es el período de tiempo inmediatamente posterior al vencimiento del período de seguro durante el cual el asegurado puede notificar por escrito al asegurador la existencia de una reclamación presentada por primera vez durante ese período o durante el período de seguro<sup>36</sup>.

#### F) *Fianzas*

Común con el seguro de responsabilidad civil en cualquiera de sus modalidades es la cobertura de las fianzas que resulten necesarias como consecuencia de una reclamación presentada contra un asegurado persona física.

Dependiendo de si se trata de un procedimiento civil o penal, el efecto de la fianza por el asegurador es diferente, ya que en el procedimiento civil la fianza la constituirá directamente mientras que en el penal abonará los gastos necesarios para constituirlos por un tercero. De esta forma, la cobertura de fianzas se instrumenta así:

a) Constitución de las fianzas civiles que le hayan sido impuestas a un asegurado persona física, por decisión judicial para garantizar eventuales responsabilidades civiles.

b) Gastos en que un asegurado persona física incurra con motivo de la constitución y mantenimiento de las fianzas impuestas en causa penal por decisión judicial para garantizar su libertad provisional.

En el caso de AIG se añade una cláusula de salvaguarda según la cual la pérdida de la fianza establecida para responder de la comparecencia del asegurado persona física, debida a su incomparecencia, la obligará a reintegrar los gastos en los que el asegurador hubiera incurrido por este concepto y en caso de ser decretada por un juez o tribunal una responsabilidad penal pecuniaria o si la reclamación no estuviera cubierta bajo la póliza, el asegurado estará obligado a reintegrar al asegurador la fianza prestada en caso de que dicha fianza fuera realizada o hubiera sido ejecutada.

#### G) *Defensa jurídica*

Ante una reclamación por responsabilidad civil, el primer gasto al que debe hacer frente el asegurado es la defensa jurídica necesaria para el procedimiento judicial. Esta garantía comprende los honorarios, costes y gastos razonables en que el asegurado hubiese incurrido, con el consentimiento previo por escrito del asegurador, para la defensa, recurso y/o transacción de una reclamación en contra suya.

En ocasiones el asegurado puede elegir letrado de entre los recomendados por el asegurador en un listado y en otros casos la póliza funciona como un reembolso de gastos, dejando al asegurado libre elección de letrado.

En caso de que se haya calificado el hecho de doloso por un juez o tribunal, el asegurado deberá reembolsar a la compañía todos los gastos en que ésta haya incurrido hasta entonces.

<sup>36</sup> Ver Apartado 3.7, apartado A.



## H) *Gestión de crisis*

Esta cobertura, junto a las dos siguientes, sólo son ofrecidas por DUAL dentro de la diferenciación que busca su propuesta. El objeto de la misma es hacer frente al pago de los gastos y honorarios incurridos en profesionales dedicados a gestionar la crisis que supone la reclamación por protección de datos que pueda afectar a la marcha de la empresa y que no entran dentro de la cobertura de gastos de imagen y relaciones públicas. Para la misma se establece un sublímite.

## I) *Gerencia de riesgos*

Como complemento de la cobertura anterior, ésta hace frente al pago de los gastos derivados del asesoramiento sobre los pasos a seguir por el asegurado para minimizar las consecuencias de una circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación o sanción. Se trata de una cobertura con un marcado carácter preventivo. Igualmente se otorga con un sublímite.

## J) *Asesoramiento para la rectificación*

La reclamación por responsabilidad civil al asegurado y su posterior condena o la imposición de una sanción por incumplimiento de la normativa de protección de datos acreditan que el procedimiento de protección del asegurado era insuficiente, deficiente o erróneo, motivo por el cual se presentó la reclamación y se impuso la sanción. Para resarcir al asegurado existen las coberturas anteriores, pero esta garantía de DUAL va más allá al afrontar el momento posterior al siniestro, haciendo frente a la auditoría de protección de datos, incluyendo los costes y honorarios derivados de la utilización de profesio-

sionales que corrijan los defectos del procedimiento de custodia, rectificando lo necesario para evitar una repetición del error. Al tratarse de un complemento, también se establece sublímite a la indemnización.

Lo que la póliza no cubre, más que como exclusión como delimitación del riesgo, son los daños no compensatorios, incluyendo los daños punitivos o daños que tengan carácter sancionador o ejemplarizante ni las multas y sanciones, salvo las expresamente cubiertas, ni cauciones o avales, gastos y costes incurridos para el cumplimiento de una orden, garantía o acuerdo de satisfacer daños o compensaciones no monetarias, salarios, horas extras, honorarios, retribuciones de cualquier asegurado u otros costes fijos de la sociedad ni cuestiones no asegurables por ley.

## 3.6. Exclusiones específicas de cobertura

Junto a las exclusiones clásicas de cualquier modalidad de seguro -como el dolo o la mala fe- y las genéricas del seguro de responsabilidad civil -terrorismo, responsabilidad contractual- las pólizas de responsabilidad civil por protección de datos contemplan exclusiones específicas, si bien algunas son coincidentes con otras modalidades del seguro de responsabilidad civil en su línea financiera (D&O, Responsabilidad Civil Profesional<sup>37</sup>). Las más importantes son las siguientes:

### A) Actos intencionados

Actos u omisiones intencionados así como la inobservancia voluntaria de la normativa de protección de datos, siempre que haya sido calificado como tal por un juez o tribunal o el mismo asegurado así lo reconozca<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Obviamente no es exclusión de este seguro de protección de datos la cobertura de multas y sanciones, por ser una garantía expresamente cubierta. RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 299, señala que es frecuente ver vinculada a la exclusión de dolo la exclusión de las multas y otras sanciones de carácter económico que pueden imponerse como consecuencia de infracciones administrativas, penales o fiscales.

<sup>38</sup> RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 234, apunta que *aun cuando consideremos que el carácter inasegurable del dolo no constituye un principio de orden público por la existencia de excepciones al mismo, (...) no cabe que las partes puedan pactar la cobertura de la causación intencionada de siniestro por el asegurado (...), resultando innecesaria la exclusión convencional del dolo por referirse a un riesgo legalmente excluido de la cobertura del seguro.*



Esta exclusión hace referencia al dolo del asegurado en la producción del siniestro, que es expresamente excluido por mandato del artículo 19 LCS y por principios de orden público y moral. Sin embargo, hay que tener presente no sólo la inoponibilidad del dolo frente a terceros contenida en el artículo 76 LCS respecto al ejercicio de la acción directa, sino también que esta exclusión es aplicable únicamente al asegurado o empleado directamente responsable de dicho dolo, pero no al tomador de la póliza o asegurados que no actuaron con dolo. Que el dolo no sea asegurable<sup>39</sup> no supone que no sea indemnizable. Si el empleado del empresario actúa dolosamente –por venganza, con intención manifiesta de perjudicar a su patrono, etc.- ello no permite exonerar al asegurador de su obligación, ya que el empresario al que la Agencia ha sancionado no actuó dolosamente –tan sólo

negligentemente al no ejercer adecuadamente el deber de vigilancia sobre sus empleados- y responde de las personas a su cargo, aunque éstas hayan actuado dolosamente. Por tanto, el dolo del asegurado no exonera al asegurador del cumplimiento de la obligación de indemnizar por aplicación de la acción directa<sup>40</sup> y en ningún caso le libera de la prestación de la defensa jurídica, incluso en los casos en los que la reclamación se base en una conducta dolosa, sin perjuicio de la obligación de reintegro por el asegurado de los gastos incurridos por el asegurador en prestarle tal defensa en caso de declararse judicialmente la intencionalidad dolosa de su conducta.

En la cobertura de multas y sanciones esta exclusión tiene una aplicación parcial, ya que sólo afectará cuando las conductas descritas sean

<sup>39</sup> ALONSO SOTO, *El Seguro de la Culpa*, Montecorvo, pág. 337, recuerda que asegurar el dolo va contra el artículo 19 LCS pero también contra los artículos 1255 y 1275 CC, por ser un contrato con causa ilícita y contrario al orden público.

<sup>40</sup> RONCERO SÁNCHEZ, cit., pág. 231.



realizadas por la *sociedad* o por alguno de sus administradores, directores generales o socios que actúen en nombre o por cuenta de aquélla. En relación con las reclamaciones por falta de seguridad en los datos la exclusión sólo se aplica frente a las que se basen en la participación, ayuda, complicidad, aprobación o connivencia en la comisión de los actos u omisiones cometidos por los administradores, el responsable de seguridad, el director de cumplimiento o el director de asesoría jurídica interna, ya sea actuando solos o en connivencia con otras personas o por empleados de la sociedad o del encargado del tratamiento que actúen en connivencia con los anteriores cargos.

#### B) Hechos o circunstancias conocidos o procedimientos anteriores

La póliza se suscribe sobre base *claims made* y con retroactividad ilimitada, pero el asegurador no asume las reclamaciones anteriores o los hechos sobre los que el asegurado ya tuviera conocimiento cierto y fueran susceptibles de una posterior reclamación. Se refiere esta exclusión a las reclamaciones cuyo fundamento sea un hecho o una circunstancia anterior a la fecha de efecto de la póliza, conocida por el asegurado pero no notificada a la aseguradora al suscribir la póliza. Tal sería el caso de la apertura de un procedimiento de inspección por la AEPD o simplemente la petición por la Agencia de determinada documentación o aclaración de ciertas cuestiones.

#### C) Daños personales y materiales

El seguro no cubre las reclamaciones basadas en daños personales de cualquier tipo o naturaleza, salvo el daño moral resultante de la violación de las normas relativas a la protección de datos, ni tampoco los daños materiales en bienes tangibles. Aunque es una exclusión, debe entenderse que es-

tos daños no son el objeto de la cobertura de este seguro, sino de la de responsabilidad civil general o de explotación.

#### D) Responsabilidad contractual

Se excluyen las responsabilidades asumidas o aceptadas por el asegurado por acuerdo o bajo contrato que vayan más allá de su responsabilidad legal, salvo que el asegurado hubiera incurrido igualmente en dicha responsabilidad aunque no hubiera existido dicho acuerdo o contrato. En realidad la responsabilidad civil contractual debe entenderse como una *obligación de resultado* y no como el simple hecho de causar un daño a un tercero como consecuencia de una previa relación entre ambos, ya que es difícil imaginar muchos supuestos en los que no exista una previa relación entre las partes.

#### E) Prácticas de empleo

Reclamaciones basadas en prácticas de empleo indebidas realizadas por el patrono o infracción de obligaciones relacionadas con planes de pensiones, ahorro, normativa de seguridad y salud en el trabajo, programas de beneficios, prestaciones de la Seguridad Social, etc. Son prácticas de empleo, entre otras, el acoso, el estrés, mobbing, despidos, discriminaciones y otros daños morales. Su exclusión se debe a que no tienen relación con el riesgo asegurado y porque esta garantía encuentra cobertura parcial en los seguros de D&O y total en las pólizas específicas de prácticas de empleo (EPLI).

#### F) Fallos de seguridad o de los equipos

No quedan cubiertas por la póliza las reclamaciones que tengan como fundamento una reclamación basada en fallos mecánicos o eléctricos, incluyendo interrupciones, sobretensiones, cortes, o apagones del suministro eléctrico ni fallos de los sistemas de telecomunicación o de los sistemas vía satélite o fallos de la sociedad o del encargado del tratamiento

en el razonable mantenimiento de las medidas de seguridad previstas para los sistemas informáticos.

#### G) Propiedad intelectual

Reclamaciones basadas en infracción de derechos de propiedad intelectual.

#### H) Faltas de cumplimiento

Reclamaciones cuyo fundamento sea la falta de respuesta o de cumplimiento por parte del asegurado a un requerimiento administrativo o a su respuesta o cumplimiento fuera del plazo concedido, como sería el caso del procedimiento de tutela de derechos.

### 3.7. Delimitación temporal y geográfica del riesgo

Como modalidad del seguro de responsabilidad civil, interesa analizar dos cuestiones respecto a la delimitación de la cobertura del riesgo en el tiempo y en el espacio. La primera se refiere al periodo temporal de la cobertura y la segunda al territorio dentro del cual se extiende la protección del asegurador.

#### A) Ámbito temporal

Al tratarse de un seguro de responsabilidad civil distinto a la responsabilidad civil general de la empresa y situarse próximo a la actuación profesional de la misma con relación a los datos de terceros (responsabilidad profesional) o al deber de diligencia de Directivos y Consejeros (D&O) la delimitación temporal del riesgo se realiza sobre base *claims made*, según la cual la cobertura del seguro se circunscribe a las reclamaciones que se

presenten por primera vez al asegurador durante el periodo de cobertura del seguro.

Frente a la delimitación *ocurrence* o sistema de ocurrencia, lo que la póliza por protección de datos considera siniestro no es el hecho generador de la posterior reclamación, sino la reclamación misma o la imposición de la sanción. La póliza de AIG se refiere a la delimitación temporal en sus Disposiciones Adicionales:

*La cobertura de seguro se otorgará únicamente respecto de aquellas reclamaciones presentadas contra el asegurado por primera vez durante el periodo de seguro (o, en su caso, durante el periodo informativo), por cualquier vulneración de las normas relativas a la protección de datos o violaciones en la seguridad de datos que se hayan cometido o supuestamente cometido durante el periodo de seguro o con anterioridad al mismo.*

*Para cualquier filial, dichos actos deben haber sido cometidos o supuestamente cometidos posteriormente a la fecha en la que la entidad se convierta o haya convertido en una filial y anteriormente a la fecha en la que la entidad deje de ser o haya dejado de ser una filial.*

*Por su parte, la póliza de DUAL, en su Sección V, utiliza idéntico sistema *claims made*:*

*Con el carácter de cláusula o condición limitativa<sup>41</sup> de los derechos del asegurado, aceptada expresamente por el tomador del seguro y el asegurado, ésta es una póliza en base a reclamaciones, que únicamente cubre las reclamaciones que se presenten por primera vez, o se inicien contra el asegurado, a partir de la fecha*

<sup>41</sup> La póliza de DUAL parte de considerar, acertadamente, que el sistema que consagra el artículo 73 LCS respecto a la delimitación temporal de la cobertura es el de ocurrencia y no el de reclamación, por lo que se remiten a la calificación del sistema *claims made* como limitativo de los derechos del asegurado.



de efecto y que sean notificadas al asegurador durante el periodo de seguro o durante el periodo adicional de notificación (si resultase de aplicación conforme lo establecido en la sección VI de las condiciones especiales de esta póliza), respecto de eventos de protección de datos ocurridos o errores profesionales de protección de datos cometidos a partir de la fecha retroactiva especificada en las condiciones particulares de esta póliza<sup>42</sup>.

De esta forma, la cobertura *claims made* de la póliza de protección de datos otorga cobertura para las reclamaciones presentadas por primera vez durante el periodo de seguro por infracciones de la normativa de protección de datos realizadas durante dicho periodo de cobertura, o con anterioridad (retroactividad).

Ello supone que:

- a) El siniestro es la reclamación y no la comisión de la infracción (hecho).
- b) No tiene que haberse reclamado al asegurado antes de la contratación de la póliza, o al menos el asegurado no tiene que conocer que se le ha reclamado.
- c) La cobertura se otorga para el periodo en curso y retroactivamente, sin límite temporal, para periodos anteriores, aunque no se tuviera seguro.
- d) La retroactividad es, por tanto, ilimitada.
- e) Se excluyen (Exclusión 4.2 de AIG) los hechos o circunstancias conocidos o los procedimientos anteriores o que fueran conocidos o razonablemente debieran haber sido conocidos por el asegurado con anterioridad (Exclusión 2 de DUAL).

f) Es posible tener cobertura una vez extinguido el seguro del periodo en curso (periodo informativo) otorgándose cobertura posterior.

Efectivamente, con posterioridad al periodo de seguro en curso y para el caso de que no se renueve la póliza, es posible disponer de una cobertura posterior denominada “periodo informativo”, “periodo adicional de notificación” o “periodo de descubrimiento”, que consiste en un período variable de tiempo inmediatamente posterior al vencimiento del periodo de seguro en curso durante el cual podrá notificarse por escrito al asegurador la existencia de una reclamación presentada por primera vez durante dicho periodo o durante el periodo de seguro por la vulneración de normas relativas a la protección de datos personales, cometidas con anterioridad al vencimiento del periodo de seguro. La duración de este periodo es variable y puede tener coste o no.

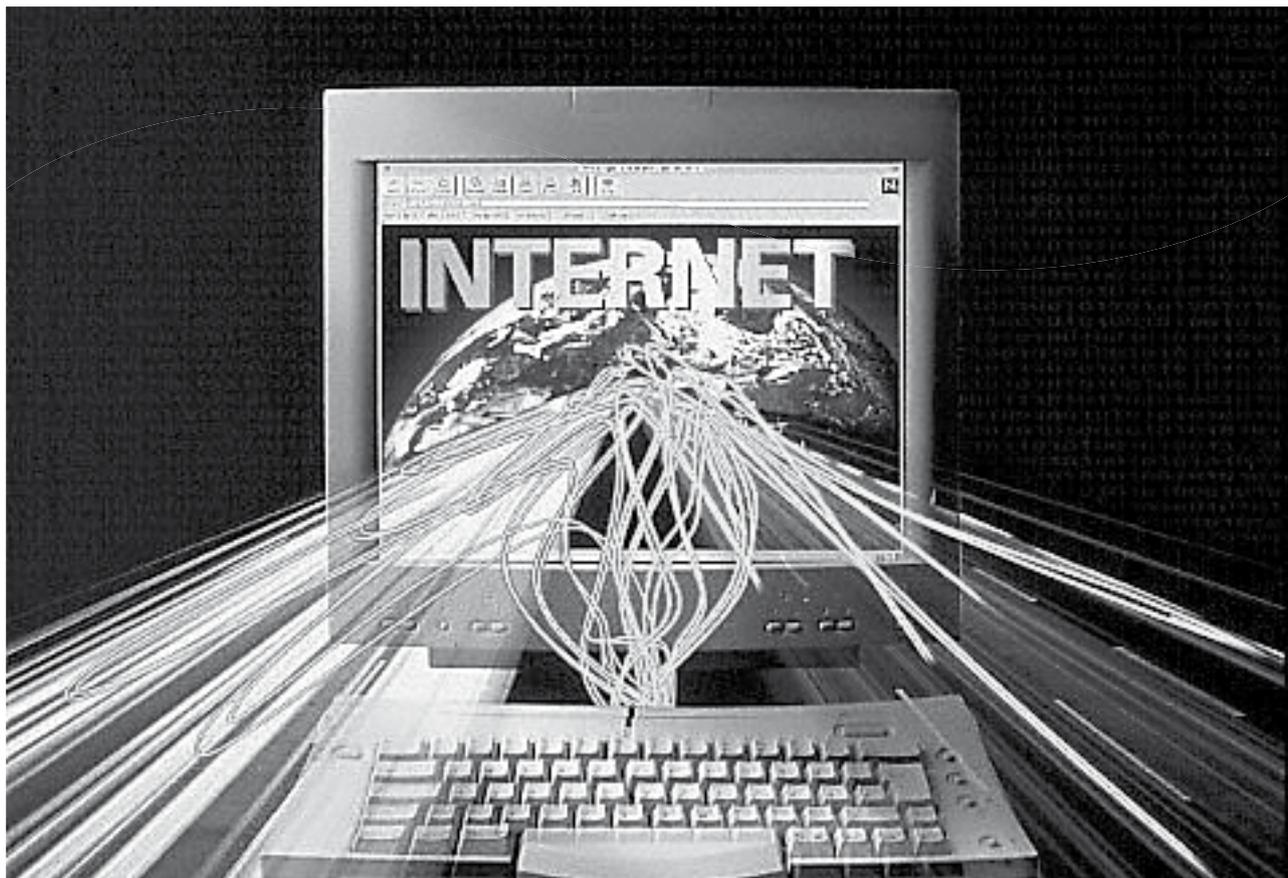
En la póliza de AIG se otorgan dos posibilidades dependiendo de quien cancele o no renueve la póliza:

- a) Si es el asegurador, se otorgan automáticamente 30 días gratuitamente.
- b) Si es el asegurado, se pueden contratar 12 meses con una sobreprima del 150% de la última prima total anual, siempre que lo haga al menos con dos meses de antelación al vencimiento.

Por su parte DUAL establece un sistema similar, pero con variaciones:

- a) Se otorga un periodo general gratuito de 10 días con independencia de quien cancele o no renueve la póliza.

<sup>42</sup> Si en las condiciones particulares de la póliza se indica “no hay”, significa que la retroactividad de la cobertura es ilimitada (Definición 7 del Condicionado de DUAL).



b) Si cualquiera de las partes cancela o decide no renovar, se puede comprar un periodo de 12 meses con sobreprima del 100%, hasta un mes después del vencimiento.

Con relación a este periodo informativo, es de destacar la ventaja que supone el plazo de 30 días de la póliza de AIG y el menor coste del plazo de descubrimiento de 12 meses en la opción de DUAL, acentuado por el hecho de poder comprar este periodo hasta un mes después del vencimiento, frente a la exigencia de AIG de hacerlo al menos dos meses antes del mismo, lo que a efectos prácticos supone una ventaja en la opción de DUAL.

No habrá derecho a periodo informativo si la póliza fuera cancelada o no renovada por falta de pago de la prima o si el tomador de la póliza hu-

biera renovado o sustituido la póliza con una póliza con otra cuyo riesgo sea similar (AIG, Extensión 2.2; DUAL, Sección VI).

#### *B) Ámbito geográfico*

Otra de las delimitaciones<sup>43</sup> del seguro de responsabilidad civil por protección de datos es la que se refiere al espacio geográfico dentro del cual el asegurador otorga cobertura. Hay que tener en cuenta que las empresas no limitan el ejercicio de su actividad al territorio nacional y que en muchas ocasiones tienen establecimientos fuera de nuestras fronteras o adquieren o participan en empresas filiales que desarrollan actividades localmente.

Quienes poseen datos personales de terceros, en ocasiones clientes, huéspedes, pacientes, etc., no siempre pueden controlar que sean ciudadanos

<sup>43</sup> Si en las condiciones particulares de la póliza se indica "no hay", significa que la retroactividad de la cobertura es ilimitada (Definición 7 del Condicionado de DUAL).



nacionales y por tanto sujetos todos ellos a la ley española de protección de datos. En el caso de hoteles y de empresas de prestación de servicios en zonas costeras, es frecuente que un porcentaje muy alto de clientes y usuarios sean de nacionalidad extranjera, no sólo europea, sino también asiática, americana, etc.

Por eso es aconsejable que la delimitación geográfica sea lo más amplia posible, ya que el asegurado puede tener intereses en zonas geográficas distintas o reclamantes procedentes de otros países.

La póliza de AIG, en sus condiciones particulares, otorga cobertura mundial y en las disposiciones adicionales se refiere de forma expresa al ámbito territorial, señalando que la póliza otorga cobertura en todo el mundo, incluyendo USA, matizando en su definición 3.14 que por reclamación en USA se entenderá *cualquier reclamación presentada o mantenida dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos de América, sus estados, distritos, territorios o posesiones y/o reclamaciones presentadas en cualquier parte del mundo pero basadas en la legislación de los Estados Unidos de América, sus estados, distritos, territorios o posesiones.*

Por su parte, DUAL circunscribe el ámbito territorial al espacio de la Unión Europea, “salvo que se acuerde una delimitación geográfica diferente” (Sección VII), añadiendo a renglón seguido que respecto a la jurisdicción, *la misma se limita a las acciones que sean interpuestas y las correspondientes sentencias o resoluciones ejecutadas dentro de los tribunales de cualquier país miembro de la Unión Europea, salvo que se acuerde un ámbito jurisdiccional diferente.*

### 3.8. Otras características de la cobertura

La cobertura de la póliza de responsabilidad civil por protección de datos, además de suscribirse sobre base *claims made*, característica a la que ya nos hemos referido, otorga a nivel de delimitación temporal cobertura retroactiva ilimitada y posibilidad de disponer de un periodo de cobertura *post contractum* de duración y coste variable. A nivel geográfico, la delimitación suele ser mundial, incluyendo Estados Unidos.

Para limitar la suma asegurada a la cantidad acordada en la póliza, los aseguradores establecen en las condiciones particulares un límite anual agregado o por periodo, de forma que la suma de pagos por distintos siniestros y garantías se acumule hasta que alcanzada la cifra de capital, el asegurador no haga frente a pago alguno por haberse agotado éste. Se trata por tanto de un límite de indemnización total por periodo de seguro para el conjunto de las pérdidas bajo todas las coberturas y extensiones y con independencia del número de personas aseguradas, ya que la inclusión de más de un asegurado en la póliza no supondrá un incremento en la cuantía total a pagar por el asegurador (AIG, 7.1). Conviene tener presente la declaración del artículo 27 LCS según la cual la suma asegurada representa el límite máximo de indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro, por lo que la adición de un límite anual agregado o por periodo debe ser interpretado como una cláusula limitativa en los términos del artículo 3 LCS, salvo que tenga la consideración de *gran riesgo* conforme a la LCS.

No hay un criterio único ni exacto para determinar cual es la suma asegurada idónea<sup>44</sup>, con la excepción del sublímite para la cobertura de multas y sanciones que, como hemos señalado, los aseguradores suelen limitar como regla general a 600.000 euros por periodo de cobertura y que

<sup>44</sup> RONCERO SÁNCHEZ, cit. pág. 214, señala que *las posibilidades de limitación convencional de la cuantía de la prestación del asegurador son múltiples, y los criterios para la fijación de límite que se toman en consideración en los seguros de responsabilidad civil son muy variados.*

no deja al asegurado margen para la negociación, pero que para el resto de la póliza, especialmente para la cobertura de responsabilidad civil, puede variar entre 1.000.000 euros y el límite necesario atendiendo a la naturaleza, actividad y facturación del asegurado. Éste puede contratar una o varias pólizas (coaseguro o pluralidad de seguros) con idénticos o diferentes límites en una estructura proporcional de seguro (todos los aseguradores participan con un porcentaje en una única póliza y límite, como coaseguradores, o cada asegurador asume el cien por cien de la póliza que suscribe, con independencia de otras) o bien en una estructura no proporcional o de exceso (un asegurador primario suscribe una póliza en determinadas condiciones y los demás suscriben sus pólizas en exceso del primario, con diferentes o idénticos límites y actuando, a efectos prácticos, como si el límite de la primera póliza fuera la franquicia de la segunda y así sucesivamente). Conviene recordar que pese a que la responsabilidad civil es ilimitada, pues el deudor responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación, como señala el artículo 1911 CC, lo cual supone que sobre el mismo riesgo el asegurado puede contratar varias pólizas, como acabamos de ver, los aseguradores establecen cautelas cuando el asegurado contrata durante el mismo periodo de tiempo otra u otras pólizas con otro asegurador, estableciendo entonces que las coberturas de la póliza actuarán en exceso de la otra póliza, de forma que el asegurador indemnizará únicamente aquella parte de la pérdida cuyo importe sobrepase la cantidad asegurada en la póliza previa y únicamente en cuanto a dicho exceso. En el caso de que la nueva póliza esté suscrita como seguro específico de exceso por encima de los límites dispuestos en la póliza primaria, la indemnización

será abonada íntegramente por el asegurador hasta el límite pactado.

También como característica de estas pólizas debe mencionarse la limitación cuantitativa de determinadas coberturas, para las cuales se establece un sublímite económico respecto de la suma asegurada total sin que en modo alguno este límite incremente dicha suma<sup>45</sup>. Se trata por tanto de una cláusula limitativa de la cobertura de manera que de la total suma asegurada, el asegurado dispone de un determinado límite inferior para ciertas garantías.

Nuevamente debe tenerse en cuenta el mandato del artículo 3 LCS respecto a la aceptación expresa por el asegurado de estas cláusulas limitativas.

Respecto a la suma asegurada, pueden establecerse franquicias para todas o parte de las garantías. En este sentido, la póliza de AIG contempla una franquicia únicamente para la cobertura de multas del 10% de la sanción con un mínimo de 60.000 euros (y un máximo de 60.000 euros, que sería el 10% del importe de la sanción máxima de 600.000 euros), no existiendo franquicia en el condicionado de esta aseguradora para el resto de garantías. La póliza de DUAL, sin embargo, no establece franquicia alguna en su póliza, ni siquiera para la cobertura de multas. Es la franquicia probablemente el efecto visual más diferenciador entre las dos principales ofertas actuales del mercado asegurador español, si bien debe tenerse en cuenta que el perfil de cliente de cada una de estas aseguradoras es objetivamente diferente, lo cual justifica en parte el establecimiento de la franquicia.

<sup>45</sup> Se establecen sublímites para la cobertura de multas y sanciones administrativas de 600.000 euros, que coincidiría con el importe máximo de una sanción muy grave, de manera que el asegurador pagaría sólo una vez una multa muy grave o varias graves hasta que el monto total de todas ellas alcanzara la suma de 600.000 euros. Para otras coberturas como la de gastos de restitución de imagen se fijan sublímites de entre 100.000 y 150.000 euros según afecte a la sociedad o a la persona física y otros 150.000 euros para gastos derivados de notificación a terceros de violaciones de seguridad, aunque las cuantías de estos sublímites pueden variar de unas propuestas a otras.



Con relación a la duración de la póliza y sin perjuicio de las estipulaciones al efecto del artículo 22 LCS, el seguro de responsabilidad civil por protección de datos tiene una duración anual, si bien se prorroga automáticamente por un periodo de doce meses (AIG, 8.5).

La prima pagada por la sociedad como tomador para asegurarse a sí misma y a todos sus empleados no afecta a la retribución de los asegurados personas físicas ni puede imputárseles a éstas como retribución en especie.

Por último, si bien algunas coberturas son de indemnización, de forma que el asegurador indemniza el daño producido, otras constituyen un abono de gastos y honorarios previos que el asegurador normalmente anticipa, lo cual caracteriza a estas coberturas como de anticipo de gastos. De esta forma, el asegurador anticipa los gastos de defensa, los gastos de inspección, las fianzas y los gastos de restitución de imagen, pero no los anticipa cuando ha rechazado la cobertura o cuando los anticipos excedan del límite o sublímites asegurados. Si el asegurador y el asegurado no llegan a un acuerdo sobre las cantidades que tienen que ser anticipadas, se anticiparán aquéllas que el asegurador determine que son razonables y adecuadas, hasta que se acuerde o se establezca otra cantidad distinta en virtud de esta póliza. El asegurador se reserva el derecho de exigir el reembolso de los importes anticipados en caso de que posteriormente se determine que el asegurado no tenía derecho a tal pago. El asegurador abonará o reembolsará los gastos anteriores así como cualesquiera otros cubiertos bajo la póliza, previa presentación de facturas o justificantes de pago suficientemente detallados.



Aunque puede ser entendible el deseo del asegurador de controlar la cuantía y procedencia del anticipo, no deja de tener un excesivo componente de unilateralidad que debería ser matizado en la negociación.

### 3.9. Reclamaciones y siniestros

Si el objeto del seguro es la cobertura de las reclamaciones por responsabilidad civil y administrativa derivadas del incumplimiento de la normativa de protección de datos, las reclamaciones son el requerimiento administrativo<sup>46</sup> o el realizado por escrito con el objeto de obtener una indemnización

<sup>46</sup> Por requerimiento administrativo se entenderá la notificación enviada a la sociedad por parte de la AEPD o autoridad de control equivalente estatal o local requiriéndole para que exhiba o envíe documentación y/o información o para que facilite la inspección de equipos físicos y lógicos o para que ejecute tratamientos y programas o procedimientos de gestión y soporte del fichero o ficheros sujetos a investigación, o bien requiriéndole para que cese en la utilización o cesión de determinados datos o toda visita de inspección por parte de los inspectores en los locales o sede de la sociedad, o donde se encuentren ubicados los ficheros, incluyendo aquellos locales en los que el tratamiento sea llevado a cabo por un encargado.



o cualquier otra forma de resarcimiento, así como los procedimientos civil, laboral, administrativo o penal por el que se reclame una indemnización o cualquier otra forma de resarcimiento al asegurado. Las inspecciones son procedimientos sancionadores que incoe la Agencia Española de Protección de Datos o autoridad de control equivalente.

Pese a la amplitud del concepto, no debe entender por reclamación a efectos de notificación al asegurador la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición a datos por parte del titular de los mismos, el procedimiento de tutela de derechos o cualquier alegación, acusación o requerimiento por parte del responsable de seguridad, los administradores, los directivos, el director de cumplimiento o el director de la asesoría jurídica interna de la empresa. En mi opinión y pese a la negación por los aseguradores de ciertos hechos

como reclamaciones a efectos de la póliza, un criterio de prudencia y un principio de buena fe contractual aconsejan notificar al asegurador en todo caso estos incidentes.

Pero por reclamación no sólo deben entenderse las comunicaciones formales recibidas por el asegurado de los terceros perjudicados, sino también la mera notificación de circunstancias que razonablemente pudieran dar lugar a una reclamación, cuestión esta que me parece especialmente importante y que no se menciona de forma expresa en la póliza de DUAL pero sí en la de AIG bajo la siguiente redacción:

*Si durante el período de seguro, el asegurado tuviera conocimiento de circunstancias que razonablemente pudieran dar lugar a una reclamación, el asegurado debe escribir al asegurador comunicando tales circunstancias y facilitando una descripción de las razones por las que cabe esperar una reclamación, junto con todos los detalles relativos a las fechas y a las personas implicadas. En caso de que el asegurador acepte dicha notificación de circunstancias, cualquier reclamación que posteriormente se presente contra el asegurado y que esté basada en dichas circunstancias se entenderá como notificada en el momento en que el asegurado las puso por primera vez en conocimiento del asegurador.*

Si el asegurador admite únicamente que se le comuniquen reclamaciones formales, no permitiendo que el asegurado le notifique hechos, circunstancias o incidentes que a su juicio pudieran dar lugar a una posterior reclamación formal, se impediría o dificultaría el cambio de asegurador, ya que bajo la nueva póliza no tendría cobertura retroactiva por tratarse de un hecho previamente conocido por el asegurado y no declarado y por la antigua cobertura tampoco por haberse notificado fuera de plazo, motivo por el cual considero muy relevante



para los intereses del asegurado que la póliza reconozca el derecho a notificar estos hechos y a darles, *ad cautelam*, el tratamiento de reclamaciones a afectos de apertura y reserva del siniestro.

En caso de que una reclamación se refiera tanto a hechos cubiertos como no cubiertos por la póliza, los asegurados y el asegurador –mediante la Cláusula de Asignación- establecerán una asignación justa y apropiada de las pérdidas teniendo en cuenta las implicaciones legales y financieras atribuibles a hechos cubiertos y no cubiertos.

### 3.10. Principales deberes y derechos de las partes

Con relación al contrato de seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales y al margen de las obligaciones que los asegurados deben cumplir respecto a la normativa de protección de datos, las partes asumen derechos y obligaciones genéricos, contenidos en la LCS y específicos convencionalmente pactados. Entre los principales podemos señalar los siguientes:

#### 1) Del asegurado

- a) Declarar correctamente el riesgo sobre la base del cuestionario que el asegurador le someta.
- b) Pagar la prima.
- c) Notificar cualquier hecho o circunstancia que aunque no sea una reclamación formal, pudiera dar lugar a una posterior reclamación, aunque las pólizas no refieren con más detalle qué hechos o circunstancias deben ser notificadas *ad cautelam*.

- d) Notificar al asegurador por escrito cualquier reclamación conocida tan pronto como sea posible y en todo caso dentro del plazo de 7 días de haberla conocido.
- f) Facilitar al asegurador toda la información posible respecto a la reclamación.
- g) Oponerse y defenderse de cualquier reclamación.
- h) No admitir o asumir responsabilidades ni negociar acuerdos o liquidaciones sin consentimiento del asegurador.
- i) El asegurado deberá en todo caso prestar al asegurador toda la ayuda razonable y adoptar cuantas medidas fueran necesarias para mitigar o evitar una pérdida o para determinar la responsabilidad del asegurador.
- j) Colaborar en la defensa jurídica que preste el asegurador.

#### 2) Del asegurador

- a) Pagar la indemnización.
- b) Prestar fianzas o pagar los gastos de constitución de las mismas.
- c) Llevar la dirección jurídica en la defensa de asegurado.
- d) Derecho de subrogación y recobro<sup>47</sup>.

### 4. Conclusiones

<sup>47</sup> El asegurado deberá cooperar con el asegurador en el ejercicio de su derecho de subrogación y no realizará ningún acto u omisión en perjuicio de dicho derecho. Cualquier cantidad recobrada en exceso del importe indemnizado por el asegurador será devuelta a cada asegurado una vez deducido el coste incurrido por el asegurador en dicha recuperación. El asegurador podrá renunciar por escrito a este derecho pero no lo ejercerá contra un empleado (incluyendo administradores y directivos) de la sociedad respecto de una reclamación, salvo en aquellos casos en los que se pueda establecer que la conducta fue intencionada y por tanto aplicable a dicha reclamación y a dicho asegurado.



La promulgación del Reglamento de Protección de Datos ha dado oportunidad al mercado asegurador para diseñar un nuevo producto de responsabilidad civil, no exento de cierta polémica al cubrir las multas y sanciones de la Agencia Española de Protección de Datos. Aunque todavía es pronto para realizar un juicio de valor sobre el producto y su desarrollo, la experiencia de otras modalidades demuestra que el seguro de responsabilidad civil, en cualquiera de sus modalidades, es necesario y cada vez más demandado y valorado por los asegurados y por la sociedad. El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales aporta al asegurado una solución importante, tanto a nivel económico con la cobertura de las indemnizaciones por responsabilidad civil, como a nivel administrativo con el abono de las multas impuestas por la Administración, pero también por ofrecer soluciones de valor añadido, como la gestión de crisis, el adelanto de ciertos gastos o la defensa jurídica.

El elevado tráfico de datos personales, la necesidad de desarrollar e incentivar las actividades comerciales de las empresas en momentos de incertidumbre económica y la búsqueda de seguridad a través del desarrollo de la videovigilancia, vaticinan un aumento de reclamaciones y sanciones, creciendo las condenas por responsabilidad civil. La AEPD ha reconocido que pese al mayor conocimiento y cumplimiento de la normativa de protección de datos por parte de las empresas, no se ha reducido el número de sanciones por infracciones de la LOPD, en parte motivado por el mayor conocimiento por parte de los ciudadanos de sus derechos, traduciéndose en un aumento de las denuncias presentadas.

La suscripción del seguro por protección de datos personales, de naturaleza voluntaria, se realiza sobre base *claims made*, con retroactividad ilimitada, cobertura *post contractum* negociable, extensión geográfica mundial y renovación automática, y constituye una cierta garantía de cumpli-



miento normativo por parte de las empresas, pues el asegurador, previo análisis y aprobación de un exhaustivo cuestionario de declaración del riesgo, examina el grado de cumplimiento y el alcance de las medidas de seguridad, declinando asegurar aquellos riesgos que considera que no cumplen, o no lo hacen suficiente o adecuadamente, las medidas exigidas y por tanto podrían dar lugar a la comisión de infracciones y consecuentes sanciones, por lo que la tenencia del seguro constituye en este sentido un aval de solvencia normativa y calidad en el tratamiento de los datos personales.

El aseguramiento de las multas, cuestión que no es desconocida en nuestro mercado asegurador ni en el propio tráfico jurídico-mercantil, siempre que no sean directamente imputables a una persona física por conductas dolosas, es asegurable dentro del ramo de seguro específico de pérdidas pecuniarias diversas, lo que configura al seguro por protección de datos como una modalidad multirriesgo. Además de esta cobertura de multas, las especialidades más llamativas del seguro se centran en la amplitud y extensión del asegurado, en la diferente aproximación del mercado a la franquicia para la cobertura de multas y en ofrecer garantías previas y posteriores al

siniestro en aras al cumplimiento de la normativa de protección de datos para evitar reclamaciones por falta de medidas de seguridad.

Dado que la actividad de la AEPD puede dar lugar a varios procedimientos y actuaciones, como el de tutela de derechos, que no lleva implícita a priori la imposición de una sanción, o la simple solicitud de información documental o la inspección de cumplimiento rutinaria, es importante destacar que el asegurado no sólo debe poder notificar las reclamaciones formales al asegurador –además de un derecho es una de sus obligaciones fundamentales- sino también hechos, circunstancias o incidentes que a su juicio y razonablemente pudieran dar lugar posteriormente a esa reclamación formal.

El transcurso del tiempo, salvo que expresamente se prohíba su aseguramiento por mandato legal, hará que un análisis reflexivo del producto no ponga en tela de juicio coberturas novedosas que no alteran el orden público por referirse a intereses privados fundamentalmente. Y si esto se desarrolla así, es previsible la entrada de nuevos competidores en esta línea de negocio como vía de crecimiento y, sobre todo, de fidelización de clientes.