


The background features a series of parallel diagonal lines sloping downwards from left to right. On the right side, there is a pattern of dots of varying sizes that forms a shape resembling a funnel or a cone, tapering towards the top right corner.

Comentarios





RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTERNALIZACIÓN DE PROCESOS Y SERVICIOS DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

Regulation of the outsourcing of services and processes for insurance and reinsurance undertakings

JOAQUÍN RUIZ ECHAURI

Socio. Pérez-Llorca. Profesor de Derecho Privado de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

JESÚS ALMARCHA JAIME

Abogado. Pérez-Llorca

Revista de Derecho del Sistema Financiero 3
<https://doi.org/10.32029/2695-9569.01.11.2022>

Enero – Junio 2022

Págs. 319–342

RESUMEN: La externalización de procesos y servicios es una necesidad clave en una ordenada actividad empresarial de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. El régimen jurídico de Solvencia II, a través de sus distintos elementos (directiva, reglamento delegado, directrices sobre el sistema de gobierno, etc.) configura unas reglas específicas para preparar procesos de externalización, seleccionar proveedores de servicios, mantener informadas a las autoridades supervisoras y definir contratos con los proveedores que permitan garantizar continuidad, calidad y niveles de servicio a los clientes. Ese sistema reúne particularidades de interés en la externalización de funciones fundamentales del sistema de gobierno, cuándo y hasta qué punto preparar políticas escritas de externalización y cómo configurar en la práctica los contratos, creando, sin embargo, dudas en áreas

ABSTRACT: The outsourcing of services and processes is a key requirement in all the organised business activity of insurance and reinsurance undertakings. The legal regime arising from Solvency II, through its different layers (Directive, Delegated Regulation, Guidelines on System of Governance) establishes specific rules to prepare outsourcing processes, to select external outsourcing providers, to keep the supervisory authorities duly informed, and to define contracts with the outsourcers to ensure business continuity, quality and service levels for customers. That system brings together interesting particularities as regards the outsourcing of fundamental functions of the system of governance, about when and how to prepare written outsourcing policies, and about how to prepare the contracts in practice, but nevertheless raise doubts in areas like

tales como suscripción, donde se entremezcla con la normativa de distribución de seguros.

insurance underwriting, where outsourcing rules collide with insurance distribution regulations.

PALABRAS CLAVE: Externalización, Solvencia II, Sistema de gobierno, Contratación, Suscripción.

KEYWORDS: Outsourcing, Solvency II, System of Governance, Contracting, Underwriting.

SUMARIO: I. EL FENÓMENO EMPRESARIAL DE LA EXTERNALIZACIÓN DE PROCESOS Y SERVICIOS. II. LA EXTERNALIZACIÓN EN EL SECTOR ASEGURADOR. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE BAJO SOLVENCIA II Y EL CONCEPTO DE EXTERNALIZACIÓN. 1. *La externalización en Solvencia II*. 2. *Sobre el concepto de externalización en la normativa europea*. 3. *El enfoque español*. III. LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS FUNCIONES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE GOBERNANZA. IV. LAS POLÍTICAS DE EXTERNALIZACIÓN. 1. *Regulación europea*. 2. *Guías de Buenas Prácticas*. V. LAS ACTIVIDADES O FUNCIONES CRÍTICAS O IMPORTANTES. 1. *El elusivo concepto de funciones críticas o importantes*. 2. *El "gold plating" español. El derecho de veto de la DGSFP*. VI. LA SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS. VII. LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE EXTERNALIZACIÓN. VIII. ALGUNAS EXTERNALIZACIONES COMPLEJAS: EL EJEMPLO DE LA ACTIVIDAD DE SUSCRIPCIÓN. 1. *La actividad de los distribuidores de seguros como actividad externalizada. En especial, el caso de las agencias de suscripción*. 2. *Problemática respecto al proveedor de servicios que realiza actividades de suscripción*. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL FENÓMENO EMPRESARIAL DE LA EXTERNALIZACIÓN DE PROCESOS Y SERVICIOS

La externalización puede ser entendida como una estrategia empresarial consistente en la subcontratación de procesos y servicios, cuyo origen puede encontrarse en la búsqueda de eficiencia, especialización y ahorro en toda estructura basada en la consecución de objetivos. Cualquier organización empresarial comprende multiplicidad de actividades que tienden a ser ejecutadas precisamente con ineficiencia, falta de especialización y, a la postre, mayores costes por distintas razones: el tamaño de los recursos dedicados a las actividades, la importancia que tengan para el fin empresarial principal perseguido, los costes de mantenimiento de los activos o los recursos necesarios para su sostenimiento, etc.

Externalizar o subcontratar ciertos procesos es una decisión sana y prudente en cuanto a la optimización de recursos y persecución de los fines empresariales con los costes más adecuados posibles en cada situación y proceso productivo. El «*do what you do best and outsource the rest*»¹ es así un aforismo empresarial que en la práctica ayuda a un equilibrio de costes e ingresos que minora los unos y maximiza los otros, si es aplicado adecuadamente.

De esta forma, cada operador en el mercado, tendiendo a una especialización en aquello que hace mejor, genera una red colaborativa en la que infinidad de procesos de *back-office* e, incluso, *front-office* de una empresa son objeto de externalización a terceros. Esa tendencia, iniciada tras la

1. Acuñado por Peter Drucker, *cf.* <https://thunderbird.asu.edu/Knowledge-network/the-wisest-philosopher-in-business> (consultada el 13 de diciembre de 2021).

Segunda Guerra Mundial y acentuada desde la década de los años setenta y ochenta del siglo XX, se ha visto acelerada de hecho por fenómenos como la digitalización y la pandemia, aunque no estando exenta de importantes cautelas y prevenciones². En la actualidad se está asistiendo a un movimiento que abandona la externalización más básica, la pura subcontratación de servicios a terceros basada en una contabilización de costes de FTEs (*full time equivalent* o *employee*) y T&M (*time & materials*), para tratar de lograr procesos de *outcome-based outsourcing*, o modelos donde se busca una eficiencia en los procesos que persigue las prioridades de los clientes finales mediante creación de valor y auténticas asociaciones de intereses entre el proveedor de servicios y la entidad.

II. LA EXTERNALIZACIÓN EN EL SECTOR ASEGURADOR. EL MARCO JURÍDICO APLICABLE BAJO SOLVENCIA II Y EL CONCEPTO DE EXTERNALIZACIÓN

1. LA EXTERNALIZACIÓN EN SOLVENCIA II

Hasta la promulgación de Solvencia II, las Terceras Directivas de Coordinación guardaban silencio sobre las reglas que pudieran resultar de aplicación a una externalización de servicios protagonizada por una entidad aseguradora o reaseguradora, siendo conocida la tradicional renuencia de las autoridades reguladoras de seguros a cualquier situación que supusiera, de hecho, un «vaciado» de funciones de la empresa al traspasárselos a terceros. Es con la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 («Directiva Solvencia II»), donde se establecen dos principios sencillos que la restante regulación de Solvencia II ha ido expandiendo. Esos principios son (a) el deber de información previa al regulador antes de procederse a una externalización y (b) la facilitación de acceso al regulador de la información que obre en poder del proveedor de servicios (*cf.* su Considerando 37).

La primera consecuencia de estos principios es que se articula un sistema en el que el proveedor de servicios o la actividad de externalización no requiere *per se* una licencia específica para su desarrollo (como indirectamente reconoce el artículo 13.28 de la Directiva Solvencia II, según veremos a continuación), lo que hubiera podido ser una alternativa legislativa fácilmente adoptable para mejorar el control y supervisión, aunque probablemente no bienvenida por las autoridades supervisoras dados sus siempre escasos recursos. Cualquier entidad puede tener como cliente a una entidad aseguradora y reaseguradora apoyándole en servicios y procesos que le son externalizados sin requerir un permiso genérico para brindarse

2. Como señaló en noviembre del 2021 Margarita Delgado, subgobernadora del Banco de España (*cf.* https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/11/24/companias/1637756552_221548.html, consultada el 13 de diciembre de 2021): «las entidades (financieras) deben realizar un análisis en profundidad de los riesgos que puede suponer depender de terceras partes a la hora de prestar ciertos servicios».

a desempeñar tal rol, lo que no significa que toda entidad vaya a resultar apta como externalizadora bajo la óptica de Solvencia II.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE EXTERNALIZACIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA

La directiva establece que por externalización bajo Solvencia II debemos entender «cualquier tipo de acuerdo entre una empresa de seguro y un proveedor de servicios, ya sea o no una entidad sujeta a supervisión, en virtud del cual ese proveedor de servicios, directamente o por subexternalización, realice un proceso, una prestación de servicios o una actividad que, en otras circunstancias, hubiese realizado la propia empresa de seguros o de reaseguros» (artículo 13.28 de la Directiva Solvencia II). Se trata de un concepto fundado en la existencia de una obligación contractual que vincula a la entidad aseguradora con un tercero y con espectro muy amplio en cuanto a su posible alcance. El qué pueda ser definido como servicios o actividades que «en otras circunstancias» hubiera realizado la entidad aseguradora o reaseguradora da lugar a numerosas incógnitas, pero la misma ausencia de una conceptualización de servicios o actividades externalizables nos permite ver que el legislador europeo apostó por la idea de que *todo* es, en principio, externalizable en la medida en que se trate de una prestación de servicios o actividad que pueda desarrollar o estar desarrollando internamente la entidad aseguradora o reaseguradora³.

A esa conclusión se llega igualmente si descendemos al Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 («Reglamento Delegado 2015/35»), que no lista las funciones o actividades externalizables. De hecho, si se desciende dos escalones en la jerarquía regulatoria sobre la externalización, las Directrices de EIOPA (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) sobre el Sistema de Gobernanza⁴ únicamente precisan en el apartado 1.7, que recoge un principio ya asentado por la Directiva Solvencia II, como

3. Esta idea parece ser igualmente compartida por Vercher Moll al señalar que «[d]esde el punto de vista objetivo, la idea que reside en la externalización es englobar cualquier actividad, proceso o servicio de la entidad, de manera que cabe cuestionarse cuál es su impacto en el sistema de gobierno de la entidad» [Vercher Moll, J.: «La externalización de las entidades de seguros y reaseguros a proveedores de servicios en la nube», en Girgado Perandones, P. y Gonzales Bustos, J. P. (coord.): *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador. Insuretech, Distribución, Protección del Cliente, Seguro marítimo y Pandemia*, Comares, 2021, p. 328].

4. Cfr. https://www.eiopa.europa.eu/document-library/guidelines/guidelines-system-of-governance_en (consultada el 13 de diciembre de 2021), hechas suyas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones («DGSFP») por Resolución de 30 de julio de 2021, por la que se publican las Directrices de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación sobre gobernanza y seguridad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

luego veremos, que son externalizables las cuatro funciones fundamentales del sistema de gobernanza (gestión de riesgos, cumplimiento normativo, auditoría interna y función actuarial, *cfr.* artículo 13.29 de la Directiva Solvencia II) y que corresponde al asegurador, en cualesquiera otras áreas a externalizar, determinar si las mismas son críticas o importantes (directrices 60, apartado 1.113), aspecto en el que al menos se da una valiosa pista: una función o actividad externalizada es crítica o importante «sobre la base de que dicha función o actividad es tan esencial para el funcionamiento de la empresa que sería incapaz de prestar sus servicios a los tomadores sin dicha función o actividad».

Tampoco nos proporcionan pistas sólidas las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube⁵, que no dan ejemplos de externalización o actividades externalizables, sino que simplemente regulan cuándo sucede que una externalización se hace a un proveedor de servicios en la nube. En estos casos, además de los restantes deberes de evaluación que recaen sobre la entidad aseguradora respecto a su proveedor de servicios, la directriz 2, apartado 17, exige adicionalmente una «evaluación de riesgos exhaustiva que incluya todos los riesgos pertinentes que implica el acuerdo, como las tecnologías de la información y la comunicación ('TIC'), la continuidad de las actividades, la legalidad y el cumplimiento, la concentración, otros riesgos operativos y los riesgos asociados a la migración de datos y/o la fase de aplicación, cuando proceda».

El artículo 274.1 del Reglamento Delegado 2015/35 introduce un elemento de duda al aludir a que lo externalizable son «funciones o actividades de seguro o reaseguro», genitivo que no vuelve a repetirse a lo largo de esta norma y que puede hacer pensar que la externalización se refiere a una especial categoría de procesos imbricados en la actividad aseguradora o reaseguradora –por ejemplo, gestión documental de pólizas que lleva a cabo una aseguradora contra servicios generales de mensajería de una aseguradora, recayendo lo primero en el concepto de externalización, en contraposición a lo que sucedería con lo segundo, en ambos casos de ser subcontratados terceros para su desempeño–, pero es, como decimos, una mención aislada y que no vuelve a encontrar eco o reflejo práctico. Todo proceso o servicio de la empresa de seguros o reaseguros recae bajo el régimen de la externalización si se subcontrata y, como mucho, la mención del artículo 274.1 del Reglamento Delegado 2015/35 tiene un reflejo práctico si pensamos en grupos aseguradores que tienen distintas empresas, divisiones y objetos, tales como, por ejemplo, actividades de inversión inmobiliaria o de activos llevadas a cabo por vehículos societarios independientes que son parte de los negocios del grupo, pero no elemento central de su actividad aseguradora o reaseguradora. En ese caso parece obvio concluir que no

5. *Cfr.* https://www.eiopa.europa.eu/document-library/guidelines/guidelines-outsourcing-cloud-service-providers_en (consultada el 13 de diciembre de 2021).

estamos ante actividades externalizables porque son totalmente independientes del negocio asegurador o reasegurador principal⁶.

En definitiva, hablaremos de externalización bajo el prisma de Solvencia II cuando concurren dos elementos: (i) que el servicio o actividad externalizado pueda desarrollarse internamente por la entidad aseguradora o reaseguradora y (ii) que dicho servicio o actividad guarde íntima relación con la actividad aseguradora o reaseguradora, que constituye el objeto social, y no otra.

3. EL ENFOQUE ESPAÑOL

La normativa de transposición española no refleja cambios en cuanto al concepto de externalización. La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras («LOSSEAR»), calca en su artículo 13.3 la definición de externalización de la Directiva Solvencia II. Su reglamento, aprobado por el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras («ROSSEAR»), guarda silencio sobre la cuestión. Consecuentemente (y es importante tenerlo presente), el supervisor español, la DGSFP, estará atado en materia de externalización tanto por el Reglamento Delegado 2015/35 como por las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza, con las consecuencias que ello depara en distintos aspectos, según veremos.

Sí que encontramos en la normativa española previsiones sobre el régimen sancionador aplicable en materia de externalización. El artículo 194.10 de la LOSSEAR califica como posible infracción muy grave (o, en su defecto, si no reúne determinada entidad, grave, bajo el artículo 195) presentar deficiencias en la externalización de funciones o actividades, como parte del sistema de gobierno, siempre y cuando tales deficiencias, en este caso, «pongan en peligro la viabilidad de la entidad aseguradora o reaseguradora». Como puede apreciarse, al ligarse la infracción a la viabilidad, la mayoría de incumplimientos formales –por ejemplo, fallas en la selección del proveedor externo, fallas en el contenido de su contrato, etc.–, pueden ser puestas en tela de juicio por no pasar de ser cuestiones formales que no aparejan una interrupción seria de la externalización, salvo cuando la Administración pueda acreditar que se pone en peligro a clientes o a la propia entidad.

6. En este sentido, el Cuaderno núm. 7/2016 de SEAIDA, enfocado en la función de cumplimiento normativo, señala que «[s]ólo pueden ser objeto de externalización aquellas actividades que podría realizar la propia entidad, es decir solo aquellas que están dentro de su objeto social o que pueden considerarse como actividades propias y accesorias para el desarrollo de su objeto social. Por lo tanto, no toda contratación de servicios con un proveedor constituye externalización» (Foro Asegurador de Cumplimiento de SEAIDA: «La función de verificación del cumplimiento», *Revista Española de Seguros*, Cuaderno núm. 7, 2016, p. 42).

III. LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS FUNCIONES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE GOBERNANZA

Como hemos adelantado, siendo todo proceso o servicio de la entidad aseguradora o reaseguradora, en resumidas cuentas, externalizable, también lo son las funciones fundamentales de su sistema de gobernanza. Como es sabido, por función fundamental se entiende «la capacidad administrativa para llevar a cabo determinadas tareas de gobernanza», según señala el considerando 31 de la Directiva Solvencia II, que sienta el principio de que «la empresa decida libremente la manera de organizar dicha función en la práctica» y, por tanto, que pueda encomendarla recurriendo a «externalizarse a expertos, dentro de los límites fijados en la presente Directiva». Cualquier externalización de funciones fundamentales del sistema de gobernanza se considera externalización de funciones importantes y críticas (*cf.* considerando 33 de la Directiva Solvencia II). No deja de ser una externalización el que las funciones fundamentales del sistema de gobernanza sean desempeñadas por un proveedor de servicios que pertenezca al mismo grupo que la entidad aseguradora o reaseguradora (artículo 274.2 del Reglamento Delegado 2015/35)⁷, surgiendo de hecho deberes específicos de documentación sobre qué entidades del grupo desempeñan tales y cuáles funciones (directriz 62, apartado 1.115 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza).

Existe una cierta contradicción entre las distintas normas de Solvencia II respecto a cómo mantener una supervisión interna de la función fundamental externalizada. Para el Reglamento Delegado 2015/35, en todo caso, la empresa de seguros o reaseguros deberá mantener una lista de «personas responsables» de cada función fundamental externalizada (artículo 308.8c), ya estemos ante una externalización intragrupo o a un tercero. En cambio, las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza señalan que «en caso de externalización de una función fundamental o de una parte de esta función cuando dicha parte se considera fundamental, la persona responsable se considera aquella que se encarga de la supervisión de la externalización en la empresa», añadiendo su directriz 14, apartado 1.47, que ese encargado o responsable deberá, a su vez, ser apto, honorable y poseer conocimientos y experiencia suficientes sobre la función en cuestión⁸.

7. Como recuerda el punto 1.15 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza, «la externalización llevada a cabo en el seno de un grupo no es necesariamente distinta a la externalización exterior. Puede admitir un proceso de selección más flexible, aunque no debe considerarse automáticamente que requiere menor atención y supervisión que una externalización externa».
8. Nótese que la Guía Técnica 2/217 de la DGSFP señala que «[c]on respecto al responsable interno de la función externalizada, la Directriz 14 sobre Sistema de Gobernanza aclara que el mismo deberá ser apto y honorable, y deberá poseer una formación y experiencia suficientes respecto a la función fundamental externalizada para ser capaz de evaluar de manera adecuada el desempeño del proveedor de los servicios. Teniendo en cuenta que dicho papel de vigilancia supone una última responsabilidad sobre la función fundamental, el nivel de conocimientos requeridos no es necesario

Puesto que generalmente las funciones fundamentales pueden acumularse en una sola persona o equipo de personas en base al principio de proporcionalidad⁹, parece coherente concluir que una sola persona puede ser el responsable de la supervisión de la externalización y, a la vez, conformar la lista a la que alude el meritado artículo 308.8.(c). Tal criterio también se desprende del apartado 3.1 de la Guía Técnica 2/2017 de la DGSFP, que indicó que «[e]n el caso de que se externalice una de las funciones fundamentales, las personas designadas como responsables dentro de la entidad podrán acumular la responsabilidad respecto de más de una de ellas», pero siempre que se cumplan básicamente los requisitos de la citada directriz 14. Matiza la DGSFP en dicha guía técnica que, «[e]n el caso de que se externalice una de las funciones fundamentales, no es necesario que las personas designadas como responsables dentro de la entidad tengan la misma formación que la exigida para ser titular de una función fundamental».

Y ello, en principio, tampoco contradice el tenor de lo dispuesto en la disposición adicional única, apartado 2, de la Orden ECC/664/2016¹⁰. En cualquier caso, la entidad se encontrará con la dificultad práctica que entraña encontrar a una persona que reúna a la vez conocimientos y experiencia suficientes sobre las cuatro funciones fundamentales.

Las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza reseñan (directriz 14, apartado 1.46) que «la empresa debería aplicar los procedimientos de aptitud y honorabilidad para evaluar personas empleadas por el proveedor de servicios para realizar una función fundamental externalizada» y evaluar de forma continua «el rendimiento y resultados del proveedor de servicios». Obviamente, el regulador del Estado miembro que ejerza la supervisión de la empresa de seguros o reaseguros probablemente ejerza un control estricto sobre cualquier externalización relativa a las funciones fundamentales dado que perjudicar sensiblemente la calidad del sistema de gobernanza es uno de los factores clave que limita una posible

que sea del mismo nivel que el exigido a la persona relevante de la función en el seno del proveedor de servicios».

9. La excepción a esta regla la encontraríamos con la función de auditoría interna (*cf.* artículo 271.1 del Reglamento Delegado 2015/35), si bien aún ésta puede ser combinada con las demás funciones fundamentales en caso de entidades de dimensión reducida en las que se cumplan determinados requisitos, tal como establece el artículo 272.2 del Reglamento Delegado 2015/35. Sobre la combinación de puestos y funciones fundamentales en la entidad, puede verse la Guía Técnica 2/217 de la DGSFP o el *Peer review* de EIOPA sobre la supervisión de las funciones fundamentales en el sistema de gobierno de las entidades aseguradoras.
10. Orden ECC/664/2016, de 27 de abril, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas en entidades aseguradoras y reaseguradoras y por quienes pretendan desempeñar cargos de dirección efectiva o funciones que integran el sistema de gobierno en entidades aseguradoras, reaseguradoras y en los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

externalización, según recuerda el artículo 49.2a de la Directiva Solvencia II. Veremos esto en mayor detalle al aludir a las competencias de los reguladores de seguros respecto a las externalizaciones propuestas.

IV. LAS POLÍTICAS DE EXTERNALIZACIÓN

1. REGULACIÓN EUROPEA

El artículo 41.3 de la Directiva Solvencia II, relativo a los requisitos generales de gobernanza, anticipa que «las empresas de seguros y reaseguros contarán con políticas escritas referidas, al menos, a la gestión de riesgos, el control y la auditoría internos y, en su caso, a la externalización». Sobre ese mandato impone tres deberes o condiciones adicionales: (i) que se garantice la aplicación de tales políticas, (ii) que se revisen, al menos, anualmente –o ante cualquier cambio significativo «en el sistema o área correspondiente»–, y (iii) que sean aprobadas previamente a su implementación por el órgano de administración, dirección o supervisión.

El artículo 274.1 del Reglamento Delegado 2015/35 profundiza en la cuestión explicando que tales políticas escritas de externalización habrán de «tener en cuenta la incidencia de la externalización en sus actividades, así como los sistemas de información y seguimiento que deberán instrumentarse en caso de externalización». Es importante destacar que el Reglamento Delegado 2015/35 parece matizar a la Directiva Solvencia II al circunscribir que las políticas escritas existen –y, por tanto, son diseñadas, aprobadas, revisadas y adaptadas– para el caso de que la empresa de seguros o reaseguros «externalice o se proponga externalizar funciones o actividades», línea que siguen las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza (directriz 63, apartado 1.116), de modo que cabe concluir que no constituye una falla del sistema de gobernanza (por ejemplo, en una empresa de seguros de dimensión reducida) el hecho de no contar con dichas políticas escritas si no se tiene ni se planea tener ningún proceso o actividad externalizados.

Es la directriz 63 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza la que recoge y detalla el contenido de la política escrita de externalización. Ésta habrá de recoger programáticamente su enfoque y los procesos que hayan de seguirse «desde el inicio hasta el fin del contrato» para la externalización y, además, reunir una serie de previsiones mínimas: (a) el proceso para determinar si una función o actividad es crítica o importante; (b) el proceso de selección de proveedores y periodicidad de su evaluación de desempeño y resultados; (c) los detalles a incluir en el acuerdo por escrito con el proveedor de servicios según lo previsto en el artículo 274 del Reglamento Delegado 2015/35; y (d) los planes de contingencia y condiciones de terminación o rescisión, en caso de funciones externalizadas críticas o importantes.

2. GUÍAS DE BUENAS PRÁCTICAS

Algunos reguladores de seguros están desarrollando¹¹ o han desarrollado guías sobre buenas prácticas en materia de externalización que dan un mayor nivel de concreción respecto a lo esperado de esas políticas escritas. Así, el Banco Central Holandés (DNB), que trabaja en colaboración con la Autoridad de Mercados Financieros (AFM) en la supervisión de entidades aseguradoras¹², elaboró un documento de buenas prácticas en externalización¹³ en el que se describe con mayor detalle el proceso de elaboración de las políticas escritas. Del mismo destaca, además de lo que ya resultaría de la directiva, el reglamento delegado y las directrices, que esas políticas deberían identificar actividades que *no* podrían ser externalizadas bajo ninguna circunstancia, y las razones para tal límite. El regulador holandés propone un documento que fije una estrategia quinquenal en la externalización donde puedan ser apreciadas sus bases y consideraciones, en un proceso de generación del mismo participativo, que implique a las funciones fundamentales de gestión de riesgos, cumplimiento normativo, áreas legales de la empresa y, de resultar necesario, de IT y operaciones. Ese documento, además, está sujeto a un doble escrutinio en su aprobación, por cuanto se sugiere que, si bien se apruebe por el consejo de administración, sea valorado por otro órgano de supervisión.

Ese concreto planteamiento en Holanda se completa con previsiones de posible existencia de políticas de externalización más específicas bajo el paraguas de otras más generales, así como de la información que ha de recibir todo el personal sobre la existencia de las políticas y una base que ha de presidir las mismas: que el proveedor de servicios proporcione un nivel de gestión de la continuidad del negocio (*business continuity management*, BCM) igual o superior al del propio asegurador.

V. LAS ACTIVIDADES O FUNCIONES CRÍTICAS O IMPORTANTES

1. EL ELUSIVO CONCEPTO DE FUNCIONES CRÍTICAS O IMPORTANTES

Tal como precisamente el regulador holandés apunta en su guía de buenas prácticas en externalización, aunque el documento no pretende listar qué actividades deben ser consideradas críticas o importantes en tanto que «ello depende de las particulares circunstancias y características del asegurador», sí se relacionan una serie de criterios que pueden ayudar a determinar tal carácter, que son los siguientes: (i) el hecho de que, sin esa

11. Vid. trabajos al respecto por ejemplo del regulador irlandés: <https://www.insuranceireland.eu/member-services/consultations/cp138-consultation-on-cross-industry-guidance-on-outsourcing> (consultada el 13 de diciembre de 2021).

12. Cfr. <https://www.dnb.nl/en/sector-information/supervision-laws-and-regulations/other/cooperation-between-dnb-and-afm/> (consultada el 13 de diciembre de 2021).

13. Cfr. <https://www.dnb.nl/media/rikf4hvxv/good-practice-outsourcing-insurers.pdf> (2.ª edición, mayo de 2019, consultada el 13 de diciembre de 2021).

actividad o proceso, el asegurador se vería privado de proporcionar servicios –o partes vitales de los mismos– a clientes, (ii) los impactos operacionales que pudieran surgir, incluyendo riesgos legales y reputacionales, en caso de interrumpirse la actividad externalizada¹⁴, (iii) el impacto que cualquier disrupción en la actividad externalizada podría tener en los ingresos de la aseguradora, y (iv) el impacto que una brecha de datos, incluyendo el hecho de no poder disponer de los mismos, pudiera tener respecto a los clientes.

Son sin duda pistas a agradecer, pues la Directiva Solvencia II introduce el concepto en su expositivo 37 sin definirlo. Sabemos ya que las funciones fundamentales del sistema de gobierno lo son y que el Reglamento Delegado 2015/35 se refiere a ellas como actividades o funciones «operativas». Como avanzábamos, son las Directrices de EIOPA del Sistema de Gobernanza las que arrojan un dato más claro, en el apartado 1.113 de la directriz 60, al manifestar que una función o actividad externalizada es crítica o importante «sobre la base de que dicha función o actividad es tan esencial para el funcionamiento de la empresa que sería incapaz de prestar sus servicios a los tomadores sin dicha función o actividad».

Dan cierta luz adicional en la materia las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube, que en su directriz 7, apartados 28 y 29, señalan que deben considerarse seis grandes factores para determinar cuándo una actividad o función es crítica o importante:

- a) el impacto que tuviera la interrupción de la actividad externalizada o una incapacidad de mantener unos niveles determinados de calidad de servicios;
- b) el impacto que la externalización tiene para privar a la empresa de seguros o reaseguros de capacidad de gestión de riesgos, cumplimiento de requisitos legales o reglamentarios y realización de auditorías de control;
- c) la exposición agregada a un mismo proveedor que pueda suponer la externalización;
- d) el volumen y complejidad de las áreas de negocio afectadas por el acuerdo de externalización;
- e) la «capacidad de sustituir» (o dificultad en sustituirle) de un proveedor de servicios externalizados por otro y;
- f) la protección de datos.

14. Vid. a propósito de los conceptos de riesgos legales y operacionales, Romero Matute, B.: «La externalización de la gestión integral de pólizas en el marco de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y la propuesta de Directiva de Mediación de Seguros (IMD II)», *Revista Española de Seguros*, núm. 162, 2015, p. 149.

Aunque las externalizaciones a proveedores de servicios en la nube no resultan inmediatamente extrapolables a toda externalización, sí que podemos encontrar ciertos patrones genéricos que pueden ayudar en la práctica a resolver la cuestión sobre cómo determinar los casos en los que un servicio o proceso va a ser considerado crítico o importante. Como vemos, en ocasiones no se trata tanto de un juicio sobre la naturaleza del servicio o proceso en sí, sino un análisis de consideraciones sobre exposición a riesgos por dependencia de terceros. De ese modo, externalizar demasiados servicios o procesos, o contar globalmente con un proveedor de servicios que realice otras tareas, genera una exposición agregada que puede convertir una externalización en crítica o importante, por irrelevante que *a priori* parezca el proceso o servicio a externalizar. Piénsese, por ejemplo, en externalizaciones a favor de auditores de cuentas estatutarios de la entidad aseguradora o reaseguradora cuyo peso global en la cifra de costes de servicios de la empresa puede ser extremadamente relevante, o en supuestos en los que el servicio a externalizar afecte a distintas áreas de negocio de la empresa, o que haya un escaso número de posibles proveedores del servicio que dificulten su rápida sustitución, de resultar necesario¹⁵.

2. EL "GOLD PLATING" ESPAÑOL. EL DERECHO DE VETO DE LA DGSFP

La determinación de si una actividad o función es crítica o importante a la hora de ser externalizada tiene una derivación práctica de gran importancia que reúne particularidades notables en España¹⁶. Así, el artículo 49.3 de la Directiva Solvencia II señala que «las empresas de seguros y de reaseguros informarán oportunamente a las autoridades de supervisión antes de la externalización de funciones o de actividades críticas o importantes, así como de cualquier cambio posterior significativo en relación con dichas funciones o actividades», lo que merece su recordatorio y gana nivel de detalle en la directriz 64, apartado 1.117, de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza, que dice que «en su notificación por escrito a la autoridad de supervisión sobre cualquier externalización de funciones o actividades críticas o importantes, la empresa deberá incluir una descripción de la justificación de la externalización y el nombre del proveedor de servicios. Cuando la externalización se refiera a una función fundamental, la información deberá incluir también el nombre de la persona responsable de la función o actividades

15. Este punto en concreto es una de las preocupaciones del regulador irlandés en la consulta que ha lanzado sobre externalización («*there is a significant degree of concentration risk in respect of the provision of particular outsourced critical or important services in the Irish financial services sector*»), algo que se alinea muy bien con las manifestaciones de la Subgobernadora del Banco de España que citábamos anteriormente.

16. Que, como luego veremos al aludir a la externalización de procesos o funciones de suscripción, abordó de hecho la cuestión por relación a agencias de suscripción de forma específica.

externalizadas en el proveedor de servicios». En suma, estamos ante un sistema de notificación a la autoridad supervisora de seguros que, sin embargo, en la transposición española de la directiva, concretamente en el artículo 67.3 de la LOSSEAR, se transforma en una notificación con derecho a veto por parte del regulador, la DGSFP: «las entidades aseguradoras y reaseguradoras comunicaran previamente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la externalización de funciones o actividades críticas o importantes, así como de cualquier cambio posterior significativo en relación con dichas funciones o actividades. Esta Dirección General podrá oponerse a las mismas, en el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación, cuando se den alguno de los supuestos establecidos en el apartado 1».

Es por tanto un supuesto de *gold plating*¹⁷, en este caso por introducir localmente un condicionamiento no previsto en la normativa europea, en el que España está realizando una particular interpretación de la Directiva Solvencia II –y de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza–, para atribuirse un derecho de veto de la externalización propuesta. Cabe argüir que la normativa europea implícitamente podía estar reconociendo tal derecho al exigir una notificación detallada sobre la externalización, pero ello lo es, en nuestra opinión, en el marco de un proceso constructivo y de diálogo entre el regulador y la empresa de seguros o reseguros que permita que se expresen cautelas o puntos que generen inquietud, de manera que se acuerden y resuelvan. El derecho de oposición de la DGSFP no se justifica ni asienta n prevención concreta alguna de la normativa europea y es, por tanto, una extralimitación en la transposición de la Directiva Solvencia II que en nada ayuda.

Por lo demás, España desarrolló la cuestión de la comunicación de información sobre externalización de servicios en la Orden ECC/664/2016. La DGSFP recordó en su Consulta 3/2016, de 21 de mayo, que en la externalización de actividades o funciones críticas o importantes habría de serle aportada, telemáticamente, información sobre (i) la persona designada como responsable de la función externalizada, (ii) datos identificativos del prestador de servicios, (iii) declaración por parte de la entidad acreditando que no se han vulnerado «los límites de la externalización previstos en el artículo 67.1 de la LOSSEAR» (perjuicio sensible del sistema de gobierno, aumento del riesgo operacional, menoscabo de la capacidad inspectora de la DGSFP o impacto en los niveles de calidad de servicio a clientes), y (iv) declaración por parte de la entidad acreditando haber cumplido los requisitos de los artículos 274.3 y 4 del Reglamento Delegado (relativos a requisitos y procesos de selección del proveedor de servicios).

17. Al respecto, *vid.* https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/hlg_16_0008_00_conclusions_and_recomendations_on_goldplating_final.pdf (consultada el 13 de diciembre de 2021).

VI. LA SELECCIÓN DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS

Pese a que las entidades aseguradoras y reaseguradoras siguen siendo responsables *vis-a-vis* de la administración, clientes y terceros de las obligaciones que derivan de los servicios externalizados, no es de extrañar que, dado que no existe un proceso de autorización o validación genérico para calificar a una empresa como «proveedor de servicios autorizado», la normativa de Solvencia II dedica un considerable espacio a todo lo tocante a los procesos de selección de los proveedores de servicios a externalizar.

El considerando 101 del Reglamento Delegado 2015/35 alude de esta forma a la necesidad de «establecer requisitos sobre la forma de elegir al proveedor de servicio», lo que se concreta en su artículo 274.3, si bien exclusivamente a efectos de proveedores de servicios de funciones o actividades operativas críticas o importantes. En otras palabras, la entidad aseguradora o reaseguradora tendría un amplio margen de discrecionalidad respecto a quién puede elegir como prestador del servicio en caso de funciones o actividades que no sean críticas o importantes.

En la práctica, dada además la borrosa línea entre actividades que son o no son críticas o importantes, una política de externalización escrita que aborde inteligentemente la cuestión aplicará con carácter general –y sin perjuicio de permitir excepciones por razones de urgencia u oportunidad– los requisitos de selección a *todo* proveedor externo, por cuanto, como veremos, el planteamiento del Reglamento Delegado Solvencia II sólo redundará en una mejor política corporativa de selección de proveedores¹⁸.

Así, estamos ante un deber que recae en el órgano de administración, dirección o supervisión de la entidad aseguradora o reaseguradora que le obliga a velar por que:

- a) La selección del proveedor sea rigurosa, en cuanto a sus capacidades y autorizaciones necesarias;
- b) el proveedor de servicios adopta medidas para prevenir conflictos de intereses explícitos o potenciales;
- c) se celebra un contrato por escrito con el proveedor, respetando los parámetros de la normativa;
- d) los términos y condiciones generales de dicho contrato son explicados al órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa, y éste los autoriza;

18. De hecho, en caso de proveedores de servicios en la nube, el proceso de selección aplica efectivamente a todo proveedor, para reforzarse en caso de funciones operativas críticas o importantes (*cf.* apartado 35 de la directriz 9 de las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube), lo que nos da una pista de que la mejor política es que los procesos de selección se extienda, como apuntábamos, a todo proveedor externo.

- e) la externalización no supone vulneración de norma alguna, en particular las relativas a protección de datos; y
- f) el proveedor de servicios queda sujeto a las mismas obligaciones de confidencialidad que apliquen para la empresa de seguros o reaseguros respecto a ésta, sus tomadores y beneficiarios¹⁹.

Como apuntábamos con anterioridad, el apartado 1.15 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza admite que la externalización intragrupo «puede admitir un proceso de selección más flexible».

En la directriz 9 de las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube (denominada «Diligencia debida del proveedor de servicios en la nube»), el sistema de selección se sofisticaba hasta el punto de requerir un examen o diligencia debida *ex ante* por parte de la entidad aseguradora o reaseguradora respecto del potencial proveedor de servicios, que puede ser relajada únicamente en caso de segundas y ulteriores contrataciones con el mismo proveedor o revisada en caso de tenerse conocimiento de cambios significativos o importantes en el proveedor. Para el caso de externalizaciones de funciones operativas críticas o importantes, la diligencia debida se refuerza para incluir «una evaluación de la adecuación del proveedor de servicios en la nube (por ejemplo, conocimientos, infraestructura, situación financiera, situación corporativa y reglamentaria)», que puede llegar a ser apoyada documentalmente por certificados basados en, por ejemplo, Normas UNE, informes de auditoría de terceros de reconocido prestigio o informes de auditoría externa.

La normativa española no presenta particularidades sobre este punto, sin duda debido a que las normas europeas de aplicación ya lo son directamente (reglamento delegado, directrices) y resultan lo suficientemente imprecisas, como hemos visto, para que la LOSSEAR o el ROSSEAR hubieran podido abordar eficazmente estos puntos. De nuevo, estamos en un área donde guías de buenas prácticas, sean industriales o del regulador, podrían ser más que bienvenidas.

VII. LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE EXTERNALIZACIÓN

El artículo 274.4 del Reglamento Delegado 2015/35 detalla minuciosamente ciertos requisitos que deben estar previstos en el contrato por escrito entre la entidad aseguradora o reaseguradora y el proveedor externo

19. El Reglamento Delegado Solvencia II, como en general la normativa europea de Solvencia II, menciona en ciertas ocasiones a los tomadores, en otras a tomadores y asegurados, o a tomadores y beneficiarios, o combinaciones de las anteriores, lo que hemos de traducir siempre por cualesquiera integrantes de las relaciones de seguro en las que participe o que forme parte la entidad aseguradora.

de los servicios a externalizar²⁰. Si entramos a analizarlos uno a uno, se extraen valiosas indicaciones de cara a conformar cualquier arquitectura contractual:

- a) «Las obligaciones y responsabilidades de ambas partes implicadas». Pudiendo resultar obvio, ha de ser interpretado de forma que en un contrato de externalización de servicios que corresponda a funciones o actividades operativas críticas o importantes, las cláusulas de limitación absoluta de responsabilidad, por ejemplo, han de ser objeto de una cautelosa aproximación. Para el legislador europeo, sin duda, el objetivo es obtener garantías de que el proveedor de servicios tiene estímulos contractuales que le inciten a cumplir los términos del contrato según los niveles de calidad de servicio y expectativas que en el mismo se fijen.
- b) «El compromiso del proveedor de servicios de atenerse a todas las disposiciones legales y reglamentarias y directrices vigentes, así como a las políticas aprobadas por la empresa de seguros o reaseguros, y de cooperar con la autoridad de supervisión de la empresa en relación con la función o actividad externalizada». Se trata de una previsión que busca dar una carta de naturaleza contractual a la situación de entidad *cuasi*- supervisada y, desde luego, sujeta a inspección, que tiene el proveedor de servicios externo, aspecto en el que abundaremos más tarde.
- c) «La obligación del proveedor de servicios de comunicar cualquier hecho que pueda incidir de manera significativa en su capacidad para desempeñar las funciones y actividades externalizadas con eficacia y de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes». Un deber genérico que probablemente no requiera más que una mención aislada en el contrato, pero que genera dudas sobre qué resulta y qué no un hecho que pueda incidir de forma significativa en la prestación de servicios (pérdida de empleados clave, licencias, fallos en los sistemas de IT, etc.).
- d) «Un período de preaviso para la cancelación del contrato por el proveedor de servicios que sea suficientemente extenso para permitir que la empresa de seguros o reaseguros encuentre una solución alternativa». Esta referencia lleva en la práctica a, por ejemplo, preavisos de seis meses para oponerse a la prórroga contractual, ello por parte del proveedor. Se trata sin duda de una previsión que puede descompensar a favor de la entidad aseguradora o reaseguradora los tiempos para la resolución contractual, pues la norma no exige que la cancelación del asegurador deba ser idéntica

20. Como recuerda el apartado 1.14 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza, «en particular, una empresa ha de considerar adecuadamente el contenido del acuerdo escrito al que ha llegado con el proveedor de servicios».

o equitativa en cuanto a sus tiempos de preaviso y le faculta para exigir servicios transitorios a la salida del proveedor.

- e) «La posibilidad por parte de la empresa de seguros o reaseguros de denunciar el acuerdo de externalización cuando sea necesario sin que la continuidad y calidad de su prestación de servicios a los tomadores de seguros se vea perjudicada». Se trata de otra previsión genérica que en la práctica contractual suele concretarse en unos niveles de calidad de servicios con distintos tipos de alertas que, cumulativamente o de otra forma (cierto número de fallas en cierto período de tiempo, por ejemplo), implican distintas consecuencias, desde simples avisos a penalizaciones económicas o la posible cancelación del contrato, en este caso con el soporte legal que proporciona el Reglamento Delegado 2015/35. Hay que observar que ese derecho de cancelación anticipada puede llevar aparejado que, además, el proveedor de servicios se vea obligado a prestar servicios transitorios hasta que el asegurador encuentra otro proveedor, lo que prevé el meritado artículo al aludir a que «la continuidad y calidad» de la prestación de servicios «no se vea perjudicada»²¹.
- f) «Que la empresa de seguros o reaseguros se reservará el derecho a ser informada sobre las funciones y actividades externalizadas y su ejecución por parte del proveedor de servicios, así como el derecho a emitir directrices generales e instrucciones individuales destinadas al proveedor de servicios sobre aquello que deba tener en cuenta al desempeñar las actividades o funciones externalizadas». En este caso, estamos ante una previsión compleja y que puede crear muchos desequilibrios contractuales, máxime si pensamos que la figura jurídica del contrato de externalización no es otro que un acuerdo de prestación de servicios. Las resistencias que puede mostrar el prestador de servicios, sobre todo en los supuestos en los que éste tiene una cifra de negocios considerablemente superior a la de la propia entidad aseguradora o reaseguradora, son notables y, desde luego, el precepto admite matices sobre el número, el alcance y el objeto de las «instrucciones individuales» o «directrices generales» que puede emitir válidamente el asegurador al prestador de servicios.
- g) «Que el proveedor de servicios protegerá cualquier información confidencial relativa a la empresa de seguros o reaseguros y a sus tomadores y beneficiarios de seguros, empleados, partes contratantes y cualesquiera otras personas». Esta previsión se incardina en políticas generales de protección de datos de carácter personal

21. Lo que en las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube se concreta incluso más obligando a la empresa de seguros o reaseguros a fijar estrategias de salida que incluyan planes de transición (*cfr.* directriz 15).

y privacidad, y no plantea mayor problema. El prestador de servicios será un encargado del tratamiento, con carácter general (*cf.* artículo 99.5 de la LOSSEAR), y estará sometido a los requisitos y obligaciones de la normativa de aplicación en materia de datos de carácter personal.

- h) «Que la empresa de seguros o reaseguros, su auditor externo y la autoridad de supervisión tendrán acceso efectivo a toda la información relativa a las funciones y actividades externalizadas, incluida la posibilidad de realizar inspecciones *in situ* en los locales del proveedor de servicios». Se basa esta previsión en el primer inciso del considerando 37 de la Directiva Solvencia II²², que entraña importantes deberes y potenciales consecuencias para el proveedor. El artículo 38 de la Directiva Solvencia II (que se transpone en los artículos 113.2, 122 y 124.3 de la LOSSEAR y, sobre todo, el artículo 164 del ROSSEAR), en ese sentido, fija deberes de colaboración genéricos para los proveedores de servicios, que están obligados a «colaborar con las autoridades de supervisión de la empresa de seguros o reaseguros en relación con la función o actividad externalizada». Ello implica que el proveedor deberá facilitar tanto al propio cliente como a sus auditores y sus supervisores acceso a los datos que maneja el proveedor respecto de las actividades externalizadas, y deberá posibilitar incluso el acceso a sus dependencias, todo ello además reforzado con protocolos de colaboración entre autoridades de control de los Estados miembros (artículo 38.2 de la directiva), con una especial previsión española en el artículo 164 *in fine* del ROSSEAR sobre posibilidad de que la DGSFP recabe apoyo de EIOPA en caso de encontrar obstáculos por parte de las autoridades de supervisión del otro Estado miembro o cuando se vayan a hacer inspecciones en más de dos Estados miembros²³. Si bien la Directiva Solvencia II parece obligar únicamente a admitir inspecciones *in situ* que ejecuten las autoridades de supervisión, en el Reglamento Delegado 2015/35, y como elemento a mencionar en el contrato, ese derecho a auditoría física se extiende a también

22. «A fin de garantizar una supervisión eficaz de las actividades o funciones externalizadas, es fundamental que las autoridades de supervisión de la empresa de seguros o de reaseguros que externalice las actividades tengan acceso a toda la información pertinente que obre en poder del proveedor del servicio de externalización, con independencia de que este sea una entidad regulada o no regulada, y que tengan derecho, asimismo, a realizar inspecciones *in situ*». Obsérvese el refuerzo de estos deberes en la directriz 11 de las Directrices de EIOPA sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube.

23. *Cfr.* en ese sentido el *Annex to BOS Decision on the collaboration of the insurance supervisory authorities of the Member States of the European Economic Area (EIOPA-BOS-21-234)*, en https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/protocols_decisions_memo_randa/eiopa-bos-17-014_annex_decision_on_the_collaboration_of_the_insurance_supervisory_authorities.pdf?source=search (consultada el 13 de diciembre de 2021).

a la aseguradora o reaseguradora que sean clientes, así como a sus auditores.

- i) «Que, cuando proceda y sea necesario a efectos de supervisión, la autoridad de supervisión podrá formular preguntas directamente al proveedor de servicios, a las que este deberá responder». Estamos aquí ante un deber imbricado en el contexto de las letras (b) y (h) anteriores, así como en el ya mencionado artículo 38 de la Directiva Solvencia II, que configuran al prestador de servicios como una entidad *cuasi-supervisada*: no estando obligada a tener una licencia específica para externalizar, tiene deberes que la asemejan mucho, respecto a la Administración, a la posición de la propia aseguradora. Contractualmente no parece oportuno dotar a esta previsión de una gran concreción en cuanto a plazos, tipos de respuesta, etc., en tanto que es complejo determinar ante qué tipo de requerimientos de información va a enfrentarse el prestador, si bien puede ser muy oportuno –si no contradice deberes de confidencialidad– que la empresa de seguros o reaseguros esté siempre informada sobre cualquier aproximación que la Administración haga a sus prestadores de servicios, fijándose deberes de cooperación y coordinación para las respuestas.
- j) «Que la empresa de seguros o reaseguros podrá obtener información sobre las actividades externalizadas y emitir instrucciones sobre las actividades y funciones externalizadas». Estamos en este caso en una mención totalmente redundante respecto de la (f) y la (h) anteriores, que no aporta realmente nada a añadir a los contratos de externalización más allá de lo contenido en aquellas previsiones.
- k) «En su caso, los términos y condiciones en los que el proveedor de servicios podrá subcontratar cualquiera de las funciones y actividades externalizadas». Este precepto posibilita que se plantee («en su caso») una prohibición absoluta de la posibilidad de subcontratar, debiéndose fijar reglas al respecto. Por ejemplo, los derechos de información e inspección pueden ser extendidos al subcontratista del prestador de servicios, aunque la directiva y el reglamento delegado guardan cierto silencio sobre si, por ejemplo, la inspección *in situ* puede ser llevada a cabo en terceras entidades dependientes del prestador de servicios.
- l) «Que las obligaciones y responsabilidades del proveedor de servicios derivadas de su contrato con la empresa de seguros o reaseguros no se verán afectadas por ninguna subcontratación que se realice con arreglo a la letra k)». Es una previsión obvia, común de hecho en cualquier regulación de responsabilidades vicarias en contratos de prestación de servicios con derecho de subcontratación, y que

resultará mención obligada en el contrato a establecer con el prestador de servicios, como parte de sus garantías.

VIII. ALGUNAS EXTERNALIZACIONES COMPLEJAS: EL EJEMPLO DE LA ACTIVIDAD DE SUSCRIPCIÓN

1. LA ACTIVIDAD DE LOS DISTRIBUIDORES DE SEGUROS COMO ACTIVIDAD EXTERNALIZADA. EN ESPECIAL, EL CASO DE LAS AGENCIAS DE SUSCRIPCIÓN

Una obvia pregunta en materia de externalización es si la suscripción intermediada, sea por agentes, corredores u operadores de bancaseguros, significa en la práctica que se está procediendo a una externalización, debiendo ser recogida en su caso en políticas escritas y sometidos los contratos con los distribuidores externos a los protocolos y requisitos del Reglamento Delegado 2015/35. Ello implicaría incluso que la subcontratación de esta actividad por parte de los mediadores de seguros a través de sus colaboradores externos estuviera sujeta a la política de externalización.

La normativa europea de Solvencia II da una respuesta indirecta a esta pregunta en la directriz 61 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza al señalar que «cuando un intermediario de seguros, que no sea un empleado de la empresa, sea autorizado a concluir contratos o tramitar siniestros en nombre y por cuenta de la misma, la empresa deberá garantizar que la actividad de este intermediario está sujeta a los requisitos de externalización».

Ello inmediatamente nos lleva a una categoría muy especial de «distribuidor», con capacidades de vincular en la suscripción o en la tramitación de siniestros a la aseguradora, lo que no es ciertamente común en la mayoría de los casos, y que acertadamente es definido como un *managing general agent* (MGA) por la propia EIOPA en su *Supervisory Convergence Plan for 2021*²⁴, es decir, lo que localmente entendemos como una agencia de suscripción o cualquier otro sujeto con poderes especiales. Precisamente este supuesto es analizado por la DGSFP en su Consulta 11/2016, de 8 de julio, en el que se le plantea si un contrato entre aseguradora y agencia de suscripción supone una externalización de una función crítica o importante. En una confusa respuesta, la DGSFP parece concluir que se superponen en este caso la necesidad de que una agencia de suscripción reciba una autorización específica (*ex* artículo 60.2 de la LOSSEAR y artículo 35 del ROSSEAR) y que, además, se cumplan los requisitos aplicables para una externalización de función crítica o importante.

24. Cfr. https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/eiopa_supervisory-covergence-plan-2021.pdf (consultada el 13 de diciembre de 2021).

Dejando de lado que es dudoso que en la práctica la propia DGSFP se haya preocupado de acoger en el régimen de externalización a las agencias de suscripción que operan en España, lo que podemos destilar de esta consulta es que la suscripción es para la DGSFP una actividad crítica o importante y, por tanto, sujeta a los especiales requisitos que hemos visto a lo largo de este estudio siempre y cuando se dote al distribuidor de poderes especiales en la suscripción o la gestión de siniestros que le desdibujen como un mero mediador en las ventas, sea por cuenta del cliente²⁵ o por cuenta de la entidad aseguradora.

Tanto una carta de condiciones otorgada a un corredor como un contrato de agencia de seguros no deben seguir los parámetros del artículo 274.4 del Reglamento Delegado 2015/35 ni ser objeto de comunicación vía el procedimiento telemático de la Orden ECC/664/2016. Esta interpretación puede reforzarse incluso con la idea de que, como ya indicamos al comienzo de este estudio, uno de los requisitos para entender que la externalización tiene lugar en el ámbito de la normativa Solvencia II es que la actividad a externalizar debe circunscribirse al objeto social de la entidad aseguradora o reaseguradora, circunstancia que nunca tendrá lugar si consideramos que el objeto social de un mediador de seguros es ajeno e independiente de la actividad aseguradora o reaseguradora (y viceversa), siendo incompatibles entre sí²⁶. Por tanto, la actividad que de ordinario desempeñará el mediador de seguros no será la suscripción (entendida como firma del contrato de seguro en nombre de la entidad aseguradora), sino simplemente la de mediación de seguros que es lo que constituye su objeto social. Cuestión distinta será si la suscripción, como actividad aseguradora o reaseguradora en sentido estricto, puede ser delegada o externalizada a un mediador (o a otro sujeto) mediante poderes especiales, siendo aquí cuando estaremos ante una externalización en el sentido de la normativa Solvencia II. Por tanto, no debe confundirse la mediación de seguros como una parte de la actividad aseguradora o reaseguradora, por mucho que en puridad ésta última lleve implícita la actividad de distribución de seguros (mediante la venta directa) al igual que la primera. Por ello, el contrato de mediación de seguros nunca habrá de considerarse un contrato de externalización, pues son dos cosas distintas.

25. Aunque ha de recordarse que, en ese caso, la DGSFP expresó una opinión contraria a la delegación de gestión de siniestros en el corredor, por razones de independencia y objetividad relacionadas con su propio régimen (*cf.* Consulta 569/2008, de 1 de abril de 2009).

26. Recuérdense aquí las expresas prohibiciones del artículo 5 de la LOSSEAR y el artículo 136.2 del Real Decretoley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales («RDL 3/2020»).

2. PROBLEMÁTICA RESPECTO AL PROVEEDOR DE SERVICIOS QUE REALIZA ACTIVIDADES DE SUSCRIPCIÓN

Cuestión distinta es si el prestador de servicios que interviene en la suscripción ha de estar autorizado como distribuidor de seguros conforme a las reglas del RDL 3/2020. La normativa europea de Solvencia II no es totalmente clara al respecto. Recordemos así que la definición de externalización dada por la directiva alude al proveedor de servicios como una entidad que puede o no estar «sujeta a supervisión». Por su parte, la directriz 61 de las Directrices de EIOPA sobre el Sistema de Gobernanza se basa en la premisa de que se está ya ante un intermediario, es decir, ante una entidad que está sujeta a supervisión bajo la normativa de distribución de seguros. Pero este conjunto normativo guarda silencio respecto a si una empresa que no tiene por objeto social la distribución de seguros, pero que sí está especializada en dotar de soluciones de externalización a aseguradoras, puede ofrecer servicios que impliquen una actividad *front-office* con clientes que pueda entrecruzarse con el concepto de distribución de seguros.

Debemos recordar en ese punto que la Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros («DDS»), define la distribución de seguros como «toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios» (*vid.* también artículo 129.1 del RDL 3/2020). Indudablemente, siendo como concluíamos todo proceso de una aseguradora externalizable, un proceso de suscripción, total o parcialmente, también lo es.

Existen dos interpretaciones posibles. La primera, respondiendo al aforismo *lex specialis derogat generali*, es que en la medida en que el prestador de servicios de un proceso de suscripción, como actividad crítica e importante, va a estar sujeto a las reglas de la propia externalización (que en ese caso serían la existencia de una política escrita de la aseguradora, la selección del proveedor conforme a los criterios de la normativa, la notificación –y posible veto– del regulador, la DGSFP- y el contrato conforme a los parámetros del Reglamento Delegado 2015/35), la no oposición de la DGSFP conllevaría una exención de que debiera procurarse una figura sujeta al RDL 3/2020. La segunda, y que es la que parece subyacer en la Consulta 11/2016 de la DGSFP a la que antes nos referíamos, es que el prestador de servicios estará sujeto a un doble tamiz, por lo que deberá celebrar

un contrato de agencia con el asegurador (con las obvias complicaciones que un contrato mercantil de agencia sujeto a los requisitos del RDL 3/2020 y a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, se combine con lo que prescribe el artículo 274.4 del Reglamento Delegado 2015/35).

La cuestión fue planteada directamente a EIOPA en la pregunta de 29 de noviembre de 2019²⁷ y no dio lugar a una respuesta binaria. Señaló así ese centro director, asentando por lo demás el principio de la mencionada directriz 61, que «EIOPA considera que la evaluación de un acuerdo entre una empresa de seguros y reaseguros y un proveedor de servicios (incluyendo un mediador de seguros), debería ser hecho caso a caso, teniendo en cuenta las características de las empresas involucradas y el contenido del acuerdo, a fin de decidir si estamos o no ante una externalización».

En nuestra opinión, y sin perjuicio de los avances que puedan esperarse por parte de EIOPA en materia de profundizar en la regulación de la externalización (por ejemplo, con unas Directrices generales a la manera de las Directrices sobre la externalización a proveedores de servicios en la nube, en las que se marquen ciertos requisitos formativos a los proveedores de servicios que intervengan en la suscripción), no queda otro remedio que concluir que estamos ante un campo donde efectivamente ha de evaluarse la situación caso a caso porque así lo quiere el legislador. Por ejemplo, en supuestos de externalización de servicios relativos a carteras en *run-off*, donde el automatismo en las renovaciones y la ausencia realmente de ventas asesoradas o informadas va a ser la tónica general hasta la extinción de tales carteras, exigir al proveedor de servicios un control adicional como distribuidor es simplemente desoír la lógica de la flexibilidad y adaptabilidad en los negocios y operaciones que demanda el sector asegurador, máxime teniendo en cuenta que tal exigencia puede superar autónomamente el (más especial) control como proveedor de servicios al ser la operación transparente para el regulador (que incluso en España llevaría aparejado ese derecho de veto).

IX. BIBLIOGRAFÍA

Foro Asegurador de Cumplimiento de SEAIDA: «La función de verificación del cumplimiento», *Revista Española de Seguros*, Cuaderno núm. 7, 2016.

ROMERO MATUTE, B.: «La externalización de la gestión integral de pólizas en el marco de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y la propuesta de Directiva de Mediación de Seguros (IMD II)», *Revista Española de Seguros*, núm. 162, 2015.

27. Cfr. https://www.eiopa.europa.eu/print-pdf/6465_en (consultada el 13 de diciembre de 2021).

VERCHER MOLL, J.: «La externalización de las entidades de seguros y reaseguros a proveedores de servicios en la nube», en Girgado Perandones, P. y Gonzales Bustos, J. P. (coord.): *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador. Insuretech, Distribución, Protección del Cliente, Seguro marítimo y Pandemia*, Comares, 2021.