

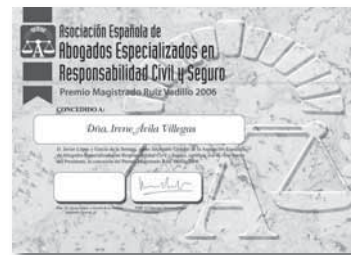
## El seguro de responsabilidad civil de los administradores (D&O)<sup>1</sup>

**Irene Avila Villegas**

*Abogada. Bufete HispaColem (miembro de HISPAJURIS)*

**Primer Premio Magistrado Ruiz Vadillo**

*Cáceres 2006*



### SUMARIO

- 1.- Introducción: nacimiento y evolución posterior del seguro D&O.
- 2.- Justificación y características del seguro D&O.
- 3.- Sujetos de la relación aseguratoria:
  - A. Asegurador.
  - B. Tomador.
  - C. Asegurado.
- 4.- La cobertura del seguro: responsabilidad civil de los administradores:
  - A. Responsabilidad interna.
  - B. Responsabilidad externa.

<sup>1</sup> El presente trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación que realizo junto con mi compañero Javier López y García de la Serrana, en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, bajo la dirección del Dr. Javier Camacho de los Ríos, expresando al mismo mi agradecimiento por su atención y dedicación.



- 5.- Delimitación negativa del riesgo: supuestos excluidos.
- 6- Delimitación temporal.
- 7.- Delimitación geográfica.
- 8.- Derechos de los asegurados: pago de la indemnización y pago de los gastos de defensa.
- 9.- Derechos del asegurador: repetición y subrogación.

## 1. Introducción: nacimiento y evolución posterior del seguro D&O

La evolución del régimen de responsabilidad civil viene marcada en la actualidad por un incremento cuantitativo y cualitativo de nuevos supuestos de responsabilidad, acompañados por un desarrollo creciente de los seguros de esa responsabilidad. Las sociedades mercantiles y en particular, sus administradores y directores no han quedado al margen de esta evolución.

El grave riesgo que implicaba que ese aumento de responsabilidad, provocara la no aceptación de tales cargos por parte de los profesionales más cualificados, generó la necesidad de regular de forma efectiva el llamado Seguro de Responsabilidad Civil de los Administradores.

La crisis de 1929 marca el punto de partida, a juicio de algunos, del nacimiento de las pólizas de seguros de responsabilidad civil para administradores y directivos<sup>2</sup>. El aumento de acciones de responsabilidad contra los administradores, interpuestas por accionistas, unido a la posición jurisprudencial contraria a que las sociedades afrontaran los gastos derivados de la defensa judicial, provocó el nacimiento de los primeros seguros D&O, si bien, no será hasta los años sesenta, en EEUU, cuando se produzca su verdadera implantación, apareciendo de forma clara y perfilada.

El primer modelo que consiguió implantarse con una relativa aceptación, fue la versión de 1967 de la *London Open Market Form*. Recogía un ámbito de cobertura bastante amplio<sup>3</sup>, incluyendo no sólo a los actuales administradores y altos directivos de la sociedad, sino a los que lo fueron en el pasado y a los que lo fuesen a ser en el futuro. Este modelo permanece vigente, con ligeras modificaciones, hasta el año 1.976 cuando se introduce el *Lydando No 1*, cuyo principal objetivo fue resolver los problemas que tenía el anterior.

En la década de los ochenta, el seguro D&O sufre una fuerte crisis, provocada en gran medida por el aumento de demandas en casos de responsabilidad de administradores y directivos de sociedades, dando lugar a que, muchas compañías aseguradoras se retiraran del mercado y otras elevaran la primas y endurecieran considerable las condiciones. En respuesta a esta nueva situación, el legislador norteamericano se ve obligado a intervenir modificando el régimen hasta entonces establecido, lo que dio lugar a una estabilización del mercado de los seguros D&O, de manera que, en la actualidad se puede afirmar que se trata de un seguro generalizado, satisfactorio y con gran arraigo en el mercado americano.

En España, el punto de arranque lo pone la reforma operada en la Ley de Sociedad Anónimas en 1989. Las novedades más importantes introducidas por la citada reforma relacionada con la materia objeto de estudio, se puede concretar en tres puntos:

- A. La ampliación de las estructuras de imputación: en el régimen anterior, los administradores respondían por el daño causado a la sociedad, a los socios y a los acreedores sociales “por malicia, abuso de facultades o negligencia grave”<sup>4</sup>; se utilizaban los criterios de imputación clásicos en materia societaria<sup>5</sup>. Desde 1990 se pasa con el art. 133.1 de la LSA, aplicable también a los administradores de sociedades de res-

<sup>2</sup> Las primeras pólizas fueron redactadas en Inglaterra y estaban enfocadas a los expertos que se incorporaban a los consejos como consecuencia de la aprobación de nuevas leyes federales de valores. Estas normas tenían como objetivo fundamental conseguir transparencia en los mercados de valores, protegiendo a los propios inversores. Las más importantes fueron la *Securities Act* y la *Securities Exchange Act*

<sup>3</sup> En ellos, el asegurador se obligaba a pagar cualquier pérdida derivada de reclamaciones interpuestas frente a los asegurados, conjunta o solidariamente, dentro del período de cobertura que hubiesen surgido a consecuencia de la realización de actos lesivos en el ejercicio de sus funciones

<sup>4</sup> Art. 79 de la LSA de 1951 y art. 13.1 de la LSRL de 1953, que añadía el incumplimiento de la Ley o de la escritura fundacional.

<sup>5</sup> A ellos se refiere ya el art. 144 del CCom (responsabilidad del socio ante la compañía) y se inspiran en lo dispuesto para la responsabilidad del mandatario (art. 1719.2, 1726 del CC) y del comisionista (art. 256 del CCom).

ponsabilidad limitada, ex art. 69.1 de la LSRL, a la responsabilidad de los administradores por el daño causado “por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo”.

B. En segundo lugar, el art. 133.2 del TRLSA<sup>6</sup> establece el carácter solidario de esta responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba, limitándose, así mismo, las causas de exoneración. El establecimiento de la responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad anónima representa una importante novedad por tres motivos, según apunta CERDÁ ALBERO<sup>7</sup>:

1. Se cercena la regla de la mancomunidad que recogía el antiguo art. 156 del CCom.
2. Se recoge el criterio jurisprudencial que mantuvo el carácter solidario de la responsabilidad cuando no pudieran individualizarse las responsabilidades de cada administrador<sup>8</sup>.
3. Se generaliza la regla de la responsabilidad solidaria de los administradores y al mismo tiempo se elimina el agravio comparativo con los administradores de sociedades de responsabilidad limitada<sup>9</sup>, para quienes sí regía la regla de la responsabilidad solidaria.

C. Se añaden supuestos específicos de responsabilidad por las deudas sociales: así en el caso de incumplir el deber de promover la disolución social<sup>10</sup>, o por no haber observado los deberes de adaptación a la nueva normativa durante el período transitorio, etc.

## 2. Justificación y características del seguro D&O

Son muchas las ventajas que justifican la contratación de un seguro D&O; de forma sintética, y centrándonos en el punto de vista económico, podemos mencionar las siguientes:

- 1.- Desde la perspectiva de la sociedad, el seguro implica una dinamización de la dirección empresarial, sirviendo de estímulo e incentivo a los administradores para asumir un nivel de riesgo adecuado. Dinamización que repercute, a su vez, en los intereses de los accionistas, que encuentran en la libertad de acción empresarial, beneficios económicos.
- 2.- La cobertura de las consecuencias patrimoniales derivadas de una actuación culposa por parte de los administradores, evita que la sociedad se vea expuesta a los importantes costes reputacionales que se encuentran inevitablemente unidos a las demandas de responsabilidad.
- 3.- Desde el plano humano, la contratación de un seguro puede servir de mecanismo de atracción para talentos individuales cuya aspiración sea la de ocupar puestos de directores o administradores. Algún autor ha afirmado que existe la evidencia de que la responsabilidad individual sin un seguro que le acompañe provoca efectos adversos en la capacidad de la sociedad para contratar, especialmente en el caso de administradores independientes.
- 4.- Se produce una reducción de la elevada aversión al riesgo del administrador. Es la llamada “Teoría de la Cartera” la que

<sup>6</sup> Art. 133.2 del TRLSA: “Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocía su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

<sup>7</sup> CERDÁ ALBERO, F. “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990 - 2000)

<sup>8</sup> SSTs de 22 de junio de 1996, 18 de mayo de 1999.

<sup>9</sup> Art. 13.3 in fine de la LSRL de 1953.

<sup>10</sup> Ver arts 256.5 de la LSA y art. 105.5 de la LSRL.

<sup>11</sup> En términos muy simples, “los costes de agencia aparecen siempre que un sujeto gestiona intereses de otro y pueden definirse como los costes derivados de la divergencia de intereses entre quien gestiona los recursos «el agente — y quien los suministra—el principal—Los costes de agencia son pues, los costes en los que ha de incurrirse para evitar las conductas oportunistas de los agentes que controlan y gestionan los recursos, es decir, aquellas conductas mediante las cuales los agentes tratan de maximizar su utilidad a costa del principal que aporta los recursos”



explica por qué los administradores son mas adversos al riesgo que los accionista; según esta, *“la aversión al riesgo de los sujetos y en particular, la posibilidad de eliminar el riesgo asistemático a que potencialmente pueden verse sometidos, se consigue diversificando su cartera de bienes, esto es, su capital. Así lo hacen los accionistas. No es ésta sin embargo la forma en que los administradores pueden combatir su aversión al riesgo en el ejercicio de su actividad. La razón salta a la vista: ellos tienen su principal capital, esto es, su capital humano invertido en la sociedad en que ejercen sus funciones y este capital no es diversificable en los mismo términos que lo es un capital físico. La forma de combatir su aversión al riesgo y en particular, a una acción de responsabilidad es, precisamente, a través de un seguro de responsabilidad civil, cuyo sentido es crear dos bienes – su capital humano de un lado y la póliza de otro- cuyos valores varían precisamente en direcciones opuestas. El riesgo de perder su puesto y el capital humano invertido en la sociedad queda eliminado por la contratación de un seguro como mecanismo de diversificación”*.

- 5.- En el caso de grandes sociedades, se ha destacado la utilidad social de este seguro a través de la Teoría de la Agencia<sup>11</sup>. En el caso de sociedades pequeñas es frecuente utilizar la propiedad como mecanismo de control de los directivos, ahora bien, a medida que las empresas van aumentando de tamaño, el control se desplaza desde el capital hasta la contratación de seguros que protejan las posibles repercusiones que una gestión inadecuada pueda provocar en su propio patrimonio.

En los mercados aseguradores menos desarrollados, puede observarse que la oferta de seguro de responsabilidad civil de administradores, es una mera traducción de la realizada en otros mercados, especialmente el estadounidense y el de Inglaterra. Esto puede plantear, y de hecho así ocurre en la práctica, problemas de inadecuación.

Por otro lado, nos recuerda RONCERO<sup>12</sup>, lo fuertemente mediatizado por el mercado del reaseguro que tiene el mercado del seguro D&O, lo que provoca que las compañías aseguradoras elaboren y asuman la cobertura del riesgo tomando en consideración, a veces exclusivamente, las posibilidades de que dicho riesgo pueda ser asumido por una compañía reaseguradora mediante una operación de reaseguro. La influencia de esta dependencia en el mercado español, implicó un límite significativo a la expansión del mismo que se ha mantenido hasta la modificación de la LCS por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1.995<sup>13</sup>.

De forma sintética, podemos señalar como caracteres más significativos de este seguro los siguientes:

1. Es un seguro voluntario: no existe ninguna norma legal que imponga de forma obligatoria su contratación.
2. Es un seguro de daños: puesto que en él, el asegurador se compromete a indemnizar el daño derivado de la realización del riesgo delimitado en el propio contrato.
3. Es un seguro de responsabilidad civil.
4. Es un seguro por cuenta de terceros: ya que, se concluye por la sociedad en la que ejercen sus funciones los altos cargos asegurados, configurándose como un seguro celebrado en nombre propio (sociedad contratante), pero por cuenta e interés de un tercero (administrador o alto directivo asegurado).

### 3.- Sujetos de la relación aseguratoria

#### A.- El asegurador

El asegurador es la persona jurídica que, constituida y operando con arreglo a lo ordenado por la legislación aplicable, asume las consecuencias producidas por el acaecimiento de un hecho, que es el objeto de cobertura, mediante la percepción de un cierto precio llamado prima.

<sup>12</sup> RONCERO SÁNCHEZ, A.: “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima”. Publicado en la Revista Dialnet, nº 2 año 2004, editores Universitat Pompeu Fabra.

<sup>13</sup> La modificación aludida, supuso la admisión de las cláusulas de delimitación temporal del riesgo denominadas “claims made”, tal y como nos recuerda el autor citado.

En el caso de seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos, el asegurador, tendrá que disponer como requisito inicial de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora en el ramo y dentro de la zona geográfica adecuada<sup>14</sup>. Las dificultades derivadas de esta modalidad, ha provocado la concentración, en todos los mercados aseguradores, en un reducido conjunto de compañías aseguradoras.

En España, el contrato podrá ser concluido tanto por entidades aseguradoras domiciliadas en nuestro país, en otros países miembros del Espacio Económico Europeo o en terceros países, siempre y cuando cumplan con lo establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.<sup>15</sup>

### B.- El tomador

El tomador es la persona, física o jurídica, a favor de la cual se gira una póliza de seguro. La figura del tomador podrá ser asumida por el propio administrador (seguro por cuenta propia), o por la sociedad de forma colectiva (seguro por cuenta ajena). De estas modalidades es, sin lugar a dudas, la segunda la que ha alcanzado un mayor desarrollo.

Los problemas surgen cuando el perjudicado es la propia sociedad, acumulándose la doble posición de tomador-perjudicado, ya que, en estos supuestos, la sociedad perjudicada es concedora del contenido íntegro de la póliza, lo que puede producir la disminución de sus posibilidades de

ejercicio de la acción directa frente al asegurador respecto del supuesto en el cual el perjudicado sea un tercero, dado que permitirá que la compañía aseguradora oponga excepciones basadas en el contrato que no podría oponer a otros perjudicados.

Ahora bien, puesto que la modalidad de seguro por cuenta ajena es la más frecuente, es importante destacar, que la contratación del seguro por la propia sociedad no puede implicar una exoneración ni una limitación a la responsabilidad de los administradores.

### C.- El asegurado

El asegurado es aquella persona cuyo patrimonio se vería afectado en el supuesto de producirse el hecho que origina el nacimiento de una deuda de responsabilidad. En nuestro ordenamiento, es frecuente que el seguro se contrate para proteger el patrimonio no sólo de la sociedad tomadora sino también el de las sociedades filiales<sup>16</sup>.

Es praxis común, que en la póliza se ofrezca cobertura tanto a los que en ese momento tienen la condición de administradores de la sociedad, como a los que ostentaron el cargo en el pasado o a quienes pueden hacerlo en el futuro, llegándose incluso a ampliar a herederos de administradores etc<sup>17</sup>. La íntima relación existente entre cobertura y cargo efectivo, obliga a determinar de forma precisa el momento a partir del cual el sujeto nombrado ocupa la posición de asegurado así como el momento en el que deja de serlo.

<sup>14</sup> Art. 5.1 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: "1. El acceso a las actividades definidas en el artículo 3.1 por entidades aseguradoras españolas estará supeditado a la previa obtención de autorización administrativa del Ministro de Economía y Hacienda".

<sup>15</sup> Art. 5.5 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: "La autorización será válida en todo el Espacio Económico Europeo. Se concederá por el Ministro de Economía y Hacienda por ramos, y abarcará el ramo completo y la cobertura de los riesgos accesorios o complementarios de aquél, según proceda, comprendidos en otro ramo, y permitirá a la entidad aseguradora ejercer en el Espacio Económico Europeo actividades en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, salvo que el solicitante sólo desee cubrir una parte de los riesgos correspondientes al ramo autorizado, ejercer su actividad en un territorio de ámbito menor al del territorio nacional, o realice operaciones comprendidas en e artículo 49.2".

<sup>16</sup> Es frecuente encontrar en casi todas las pólizas, condicionados en términos similares a estos "Si durante el período de seguro la sociedad asegurada: adquiere acciones, participaciones o derechos de voto de otra sociedad, o constituye otra sociedad, o adquiere otra sociedad por fusión o absorción, como resultado de lo cual dicha sociedad se convierte en sociedad filial, entonces dicha sociedad filial queda incluida automáticamente en la póliza pero sólo en relación con los actos dañinos cometidos por sus asegurados después de la fecha en que tal sociedad se convirtió en sociedad filial"

<sup>17</sup> Ejemplo de la ampliación del concepto de asegurado lo encontramos en el condicionado del seguro D&O de CHUBB Sociedades, según el cual tendrán la consideración de asegurado "Persona física que bajo la denominación de Consejero, Administrador, Director General, Gerente o cualquier otra equivalente, haya ostentado u ostenten la cualidad de miembro del órgano de Administración de la Sociedad Asegurada o haya ostentado u ostente poderes que impliquen el ejercicio de facultades de decisión o gobierno de la Sociedad Asegurada. Así mismo, quedan incluidos en la definición de "Asegurado": a) aquellas personas físicas que hayan sido designadas como representantes legales de una persona jurídica mientras ejercen las funciones de Administrador o Consejero de la Sociedad Asegurada. B) los herederos, albaceas, derechohabientes o la masa hereditaria de los asegurados fallecidos, así como los representantes legales o derechohabientes de los asegurados legalmente incapacitados o insolventes, pero únicamente en relación con la reclamación que sea consecuencia de un acto dañoso cometido por cualquier asegurado. C) cualquier empleado pasado, presente o potencial de la Sociedad Asegurada pero únicamente en relación con reclamaciones en materia laboral. No tendrán la consideración de asegurado los administradores concursales ni los liquidadores."



En este apartado, debemos hacer referencia a un supuesto que viene repitiéndose en la práctica y cuyo origen lo encontramos en la transcripción de formularios de seguros realizados en otros países; la asimilación de los altos cargos a los administradores. No son pocos los problemas que se derivan de esta situación, lo que ha provocado la falta de respaldo legal debido a las diferencias significativas que desaconsejan el aseguramiento conjunto de unos y otros.

Dentro de esas diferencias, podemos hacer alusión, en primer lugar a la distinta relación que une a unos y otros con la sociedad. Así, mientras que los administradores tienen perfectamente definida su responsabilidad, se trata de una relación de naturaleza orgánica cuyo contenido está determinado en la propia ley; frente a la sociedad (responsabilidad interna) y frente a socios y terceros (responsabilidad externa), fijándose de forma clara los presupuestos, causas de exoneración, así como el carácter, en el caso de Altos cargos, no existe un régimen especial de responsabilidad civil, sino que tendrá que obtenerse de las reglas generales de responsabilidad civil, así como de las relaciones pactadas que le vinculan con la sociedad, estamos ante una relación cuya naturaleza es estrictamente contractual. Como consecuencia básica, extraemos que, en este caso, la responsa-

bilidad será únicamente interna, es decir, frente a la sociedad, siendo este quien responda frente a terceros de los daños causados por la actuación del “empleado”.

La responsabilidad civil de los altos cargos se regula conforme a las reglas generales de responsabilidad previstas en los artículos 1.902 y 1.903<sup>18</sup>.

#### 4.- La cobertura del seguro: responsabilidad civil de los administradores

El objeto fundamental y típico de la cobertura del seguro D&O, es cubrir las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que puedan incurrir los asegurados en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>19</sup>

De forma sintética, la responsabilidad de administradores y altos cargos se encuentra regulada en los artículos 133 y 134.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el 69 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Podríamos esquematizar el criterio jurisprudencial en los siguientes términos:

1. Exigencia de prueba de una acción u omisión gravemente culposa, así como del daño y la relación de causalidad<sup>20</sup>.
2. Exclusión de responsabilidad en casos de daños causados por culpa leve o levísima.
3. Subjetividad en la responsabilidad de los administradores; deberá referirse a hechos concretos por los que se pretende apreciar o indagar una conducta negligente o dolosa.
4. Obligación de los consejeros de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, incluso después del cese de sus funciones.

<sup>18</sup> ZELAYA ECHEGARAY, P. “La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes”; Los terceros o socios se pueden dirigir directamente contra ellos por vía del 1902 del Código Civil o bien contra la propia sociedad que tiene conforme al artículo 1903 una responsabilidad civil directa frente a los perjudicados por los actos de sus dependientes, y los directores y gerentes (a diferencia de los administradores) lo son. El tercero perjudicado podrá elegir una u otra vía o dirigirse contra sociedad y directores conjuntamente.

<sup>19</sup> LLINÁS VILA, E.: “Cobertura del riesgo de responsabilidad civil de los altos directivos” en VVAA. Afirma el mencionado autor que a esta cobertura típicamente suya habría que añadir otra complementaria—general, por lo demás a todos los seguros de responsabilidad ex art. 74 de la LCS— como es la cobertura de los gastos de defensa jurídica frente a las reclamaciones y las fianzas que hayan de depositar.

<sup>20</sup> STS 28 de junio de 2000.

## A. Responsabilidad interna

Nos encontraremos en este primer supuesto, cuando el administrador haya causado un daño al patrimonio social actuando contra la Ley, los estatutos o incumpliendo su deber de diligencia y lealtad frente a la sociedad, art. 133 LSA<sup>21</sup>. En este ámbito el seguro D&O se activará en dos grandes grupos de casos:

- a. Un primer grupo que podemos denominar “responsabilidad interna directa” del administrador frente a la sociedad por los daños que le haya causado personal y directamente en el patrimonio social.
- b. Un segundo grupo que denominamos “responsabilidad interna indirecta”; englobaría casos en los que la sociedad ha respondido frente a terceros por los daños causados por sus administradores, pasando posteriormente a reclamarle mediante la oportuna acción social. Estos casos, que inicialmente se conciben como de responsabilidad externa del administrador, se convierten finalmente en un caso de responsabilidad interna.

Del artículo 133 del TRLSA, extraemos como primera y fundamental conclusión, que los administradores responden del incumplimiento de sus deberes; una primera lectura parece llevarnos a tres categorías distintas de actos que desencadenan la responsabilidad de los administradores:

1. Actos contrarios a la ley.
2. Actos contrarios a los estatutos sociales.
3. Actos realizados incumpliendo los deberes inherentes a su cargo.

La administración podrá ser ejercida por un único administrador o por varios. En este segundo caso, prevé la ley que puedan ser varios administradores solidarios, dos administradores actuando

de forma conjunta o más de dos formando consejo de administración.

Es importante subrayar que la responsabilidad solidaria no significa objetiva; los presupuestos de la responsabilidad han de darse para el administrador de forma individual, y sólo los que resulten responsables responderán.

Un caso distinto será que la administración se atribuya a un consejo de administración, en cuyo caso el art. 133 del TRLSA establece la presunción de culpa de todos los consejeros y sólo pueden eximirse probando su diligencia, es decir, probando que no intervinieron en la adopción o ejecución del acuerdo lesivo, que desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

## B. Responsabilidad externa

Comenzamos haciendo algunas aclaraciones; la sociedad, como persona jurídica, responde de las consecuencias derivadas de la actividad realizada por sus órganos como representantes sociales. Se habla en este sentido de una responsabilidad por hechos propios. La actuación del administrador, se entiende como actuación propia de la persona jurídica.

A los efectos que nos interesa, es importante aclarar que la reclamación de un socio o de un tercero contra la sociedad, no implica la activación del seguro, puesto que es el riesgo de responsabilidad personal del administrador y no el de la sociedad el cubierto por el contrato de seguro. Sólo en los casos donde la responsabilidad de la sociedad frente a los terceros pueda convertirse finalmente en responsabilidad interna y en esa medida el administrador sea responsable frente a la sociedad, solo en esos casos entrará en juego el seguro.

Ahora bien, es importante destacar, que hay supuestos en los que a pesar de una actuación en nombre y por cuenta de la sociedad, se justifica la responsabilidad personal y directa del adminis-

<sup>21</sup> Art. 133 LSA: “Art. 133 LSA: “1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. 2. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. 3. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general”.



trador frente a los socios y terceros, art. 135 del TRLSA<sup>22</sup>. Nos encontraremos ante estos supuestos, siempre que el administrador haya cometido personalmente el hecho dañoso, lo que puede ocurrir bien por acción, bien por omisión, bien en el cumplimiento de obligaciones nacidas de contratos celebrados con terceros en nombre de la sociedad, bien frente a terceros extracontractuales.

En todos estos casos a la responsabilidad de la sociedad se sumará la del administrador, responsabilidad personal esta sí, que quedará cubierta por el contrato del seguro siempre y cuando se den los requisitos de la póliza.

Junto a estos supuestos,<sup>23</sup> podemos aludir a supuestos de responsabilidad exclusiva del administrador; serían casos en los que los administradores en su condición de órgano social y en el cumplimiento de sus funciones entablan una relación particular con los socios afectando al patrimonio de estos últimos<sup>24</sup>. En estos supuestos en los que no existiría responsabilidad indemnizatoria de la sociedad frente al socio, la responsabilidad del administrador será cubierta si se dan los presupuestos para ello.

### 5.- Delimitación negativa del riesgo: supuestos excluidos.

Con carácter general establece el artículo 19 de la LCS que *“el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”*, aplicando este principio general de todo seguro, quedarán excluidos de la cobertura los siniestros causados intencionadamente por los administradores<sup>25</sup>.

La aplicación de esta regla en los seguros D&O tiene una gran relevancia, ya que lo común es que el incumplimiento de sus deberes a sabiendas del

daño que se le causará a la sociedad o a terceros, tenga como contrapartida un beneficio personal.

La mala fe del administrador / asegurado, exige un acto consciente y voluntario, con voluntad de causar daño. De forma que, para que proceda la exclusión de la cobertura, no es suficiente con que los administradores hayan incumplido sus obligaciones, sino que han debido de tener la intención de causar daños.

IRIBARREN<sup>26</sup> se cuestiona la conveniencia de extender la exclusión a los incumplimientos intencionados de sus obligaciones, independientemente de las intenciones de las relaciones que tuvieran en relación con el daño producido. Entiende el citado autor que, teniendo en cuenta las dificultades probatorias, sería conveniente ampliar la exclusión en el sentido expuesto.

¿Qué ocurre en los supuestos de pluralidad de administradores cuando solo uno de ellos empleó la mala fe? No se trata de una cuestión pacífica entre los autores que han abordado este tema, así mientras RONCERO<sup>27</sup> entiende que *“no parece equitativo que quien no actuó dolosamente pierda la protección que proporciona el seguro por el hecho de que el daño fue causado por la actuación dolosa de otro administrador corresponsable asegurado”*, aunque reconoce en la conducta de estos una cierta culpa o negligencia que podría hacerles responder por ello, ALONSO<sup>28</sup>, con distintos argumentos, llega a la conclusión de la necesidad de limitar los efectos de la provocación dolosa a aquellos sujetos que realmente cometieron dicha conducta; basándose no sólo en la interpretación restrictiva que debe dársele al dolo, sino aplicando analógicamente el artículo 788 del Código de Comercio, según el cual, si se hubiese contratado un seguro marítimo de forma fraudulenta por varios asegurados, de proceder alguno de buena fe, tendrá derecho a la cobertura pactada, quedando, no

<sup>22</sup> Art. 135 del TRLSA: *“No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”*.

<sup>23</sup> Casos de responsabilidad conjunta, en el sentido de que el socio o tercero puede entablar una acción contra la sociedad y contra el administrador.

<sup>24</sup> ALFARO, J. califica estos casos como de “propios de la función de gestión del contrato social de los administradores”; ejemplo de ello serían transacciones que los socios realizan con sus acciones inducidos por la información o recomendación que les proporciona el administrador, información errónea, negligente o dolosa.

<sup>25</sup> SAP Murcia 288/97 de 17 de septiembre, AC 1997/1843, entre otras, recogen la existencia de “malicia, abuso de facultades o negligencia grave” como causas de exclusión de la cobertura del seguro.

<sup>26</sup> IRIBARREN BLANCO, M. “El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital”, Ed. Thomson Civitas.

<sup>27</sup> RONCERO SÁNCHEZ, A.: “El seguro de responsabilidad civil de los administradores: 2ª edición”. Publicado en la Revista Dialnet nº 1 año 2005, editores Universitat Pompeu Fabra.

<sup>28</sup> ALONSO SOTO, R. “El seguro de la culpa”.



obstante el asegurador, liberado de toda responsabilidad frente a los demás.<sup>29</sup>

Más clara es la exclusión derivada de actos a través de los cuales los administradores obtienen una ventaja propia o para terceros en perjuicio de la propia sociedad. En este segundo supuesto, se elimina la dificultad de prueba del dolo, dependiendo por tanto su aplicación de hechos objetivos.

Junto a estas exclusiones expuestas, los propios seguros suelen recoger otros supuestos que, de alguna forma, limitan la obligación del asegurador y que afectan, no sólo a la responsabilidad civil, sino a la administrativa, fiscal o incluso a la de la propia sociedad. Algunas de las comunes, y a modo de ejemplo son, la exclusión de las reclamaciones que interponga unos asegurados contra otros, responsabilidad derivada de actos realizados fuera de la actividad societaria aprovechando su condición, etc.

## 6.- Delimitación temporal.

### A.- Clausulas de cobertura retroactiva.

El artículo 73.2 de la LCS, ha considerado válidas las cláusulas que extienden la cobertura del asegurador “a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato” y en los que “la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza”. De esta forma, la LCS se ha referido a las cláusulas de cobertura retroactiva por el asegurador de siniestros producidos antes de que se iniciara la duración del contrato de seguro. A los efectos de la interpretación de la regulación contenida en el párrafo segundo del artículo 73, podemos señalar:

- 1.- Se establece la validez de las cláusulas de cobertura retroactiva, constituyendo una excepción a la norma del artículo 4 de la LCS<sup>30</sup>, que considera nulo el contrato si en el momento de su conclusión ya se había producido el siniestro, salvo que la propia ley dispusiera lo contrario
- 2.- Para la correcta aplicación del art. 73.2 de la LCS, tendrán que darse los siguientes presupuestos; que el siniestro se haya producido antes de la fecha de la vigencia material del contrato, que la reclamación del perjudicado se produzca durante el período de vigencia del contrato de seguro y por último, que el asegurado no tenga conocimiento del siniestro antes de la vigencia del contrato.
- 3.- Esta cláusula tiene especial utilidad en el caso de contratos de seguro de responsabilidad civil sucesivos de un mismo asegurado con el fin de evitar “vacíos” en la cobertura entre un contrato y otro.

En el seguro D&O, la cobertura queda limitada al hecho de que la reclamación se produzca dentro del período de vigencia del mismo, prescindiendo del momento en el cual se haya producido el hecho motivante de la responsabilidad del administrador asegurado.

Tras un fuerte debate, tanto doctrinal como jurisprudencial acerca de la admisión de las cláusulas que implicaban limitación temporal del período de cobertura, se introduce un nuevo párrafo en el art. 73<sup>31</sup> de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por el que quedaban admitidas con algunos límites, las cláusulas de reclamación (claim made).

<sup>29</sup> En palabras textuales: “La similitud de este supuesto con el de la provocación dolosa del siniestro es grande, y por ello nos lleva a pensar que el principio de protección de la buena fe que rige en el caso de fraude debe regir también en el caso de dolo por parte de uno de los asegurados en la realización del siniestro si fuesen varios los cointerésados en el contrato”.

<sup>30</sup> Art. 4 de la LCS: “El contrato será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro”.

<sup>31</sup> Art. 73.2 de la LCS “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de un período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.



Centrado pues como criterio el de la reclamación del perjudicado, esto implicará la cobertura de supuestos de responsabilidad derivados de actos realizados antes del inicio de la vigencia del seguro. Así, la llamada “cobertura retroactiva”<sup>32</sup> queda limitada dentro de un periodo, antes del cual no operará en ningún caso la garantía del seguro, exigiéndose como único requisito que no se haya producido ya el siniestro, estos es, que los asegurados no sean conscientes de la ilicitud de los actos y de los daños derivados de ellos.

### B.- Cláusulas de cobertura posterior.

El artículo 73.2 párrafo primero, recoge también como cláusula limitativa admisible, las que consideran lícito que en el contrato se limite tal cobertura a la doble circunstancia de que el siniestro se produzca durante la vigencia del contrato y que la reclamación tenga lugar en un periodo de tiempo no inferior a un año desde la terminación de esa vigencia, lo que implica, que se admitirá la fijación de un plazo superior, pero, en ningún caso las cláusula en las que el plazo sea inferior al año.

A juicio de SANCHEZ CALERO<sup>33</sup>, el párrafo primero del artículo 73.2 ha de interpretarse en el sentido de que es preciso que concurren dos requisitos: a) “Que el siniestro, entendido en la dicha de que el 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, se produzca durante el periodo de su vigencia; b) Que se reclame por el perjudicado, bien al asegurado o al asegurador, tanto durante el periodo de vigencia del contrato como en el año siguiente (o en el mayor plazo, si así se ha pactado) a la terminación del mismo.”

Una vez expuesta la doctrina general, nos centramos en el seguro D&O. Es frecuente en la práctica la admisión de la extensión de la cobertura a casos en los que la reclamación del perjudicado se hace dentro de un plazo determinado una vez finalizada la vigencia del contrato. Los únicos requisitos que suelen incluirse en los seguros son, que el acto ilícito que provoca el nacimiento de la responsabilidad y el nacimiento de la deuda se produzcan durante el periodo de su vigencia.

Ejemplo de ello, lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002<sup>34</sup> en la que se discutía la cobertura temporal de la póliza suscrita. Mientras el apelante consideraba que la inclusión de la cláusula “esta póliza, sujeta a los términos contenidos en ella, se aplica a las reclamaciones formuladas contra cualquiera de las Personas Aseguradas durante el periodo de seguro”, entendiéndose que acogía un criterio de imputación temporal basado en la reclamación y que la póliza cubriría temporalmente los siniestros consistentes en reclamaciones formuladas con anterioridad a la vigencia de la póliza siempre que fueren desconocidos, durante la vigencia de la misma, pero no los posteriores, como ocurría en ese supuesto, la Audiencia resuelve en los siguientes términos:

*“...la citada cláusula de las condiciones particulares no debe interpretarse de forma aislada sino conjuntamente con el resto de las cláusulas contenidas en el contrato, como impone el art. 1285 del Código Civil. Además, en el presente caso la interpretación sistemática se torna fundamental puesto que la segunda de sus condiciones particulares se encuentra dedicada a “definiciones” y dentro de la misma se recoge en su apartado f) lo que debe entenderse por “reclamación” a los efectos del presente contrato de seguro, que es precisamente el término contenido en la cláusula de imputación temporal. Así, la reclamación resulta definida como “cualquier acción ejercitada o susceptible de ejercitarse ante los tribunales de cualquier orden, reclamación administrativa o investigación oficial, con origen o fundamento en la realización de un acto incorrecto por parte de las personas aseguradas”. Merece destacarse de esta definición que la reclamación no se ciñe exclusivamente a las acciones ejercitadas sino también a las acciones susceptibles de ejercitarse, esto es, a las acciones aún no ejercitadas pero que hubieran podido ya ejercitarse”.*

Ahora bien, teniendo en cuenta que no podrán ejercitarse indefinidamente, la doctrina aplica bien el plazo de 4 años del artículo 949 del Código de Comercio en el caso de acción social, si bien, en el supuesto de acción individual, y ante la ausencia de norma expresa acuden en algunos casos a la

<sup>32</sup> Denominadas en la práctica francesa como cláusulas “reprise du passé inconnu”, LAMBERT-FAIVRE.

<sup>33</sup> SANCHEZ CALERO, F. y otros: “La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones”. Editorial Aranzadi.

<sup>34</sup> SAP Burgos 649/2002 de 19 de diciembre, JUR 2003/43872.

misma norma anteriormente expuesta y en otros al plazo mas reducido de un año del artículo 1968.2 del Código Civil.

La eficacia de esta cobertura posterior, suele estar íntimamente unida al pago de una cantidad, pago que en ocasiones coincide con un porcentaje de la prima, y en otros supuestos, a la aceptación expresa del tomador en un plazo determinado.

## 6.- Delimitación geográfica.

En los seguros de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, suele ser frecuente que a la hora de determinar la extensión territorial de la cobertura del riesgo asegurado, esta, no quede limitada al territorio del Estado en el que se encuentra la sede social, ya que, la existencia de sociedades filiales con sedes e intereses más allá del propio territorio, provoca la necesidad de ampliar el ámbito de cobertura que se realiza a través de cláusulas expresas.

Desde el punto de vista del asegurador, será necesario realizar una adecuada valoración del riesgo a asumir en el supuesto de que, efectivamente, se lleve a cabo la ampliación del régimen geográfico, lo que suele traducirse en una elevación de la prima, siendo también usual las cláusulas que excluyen de forma expresa la cobertura en países como Estados Unidos y Canadá, ya que, debido al gran número de demandas que se interponen en estos países, el riesgo es excesivamente elevado. No es inusual encontrar también fórmulas mixtas, limitándose las coberturas de EEUU y Canadá<sup>35</sup>

El riesgo de responsabilidad civil "internacional" de los administradores es cada vez mayor, dada la creciente expansión de las empresas españolas. Esto hace, que sean precisamente estas empresas con proyección extranjera, las más interesadas en suscribir estos seguros, y no sólo para sus administradores, sino para los de sus sociedades filiales o participadas cuya nacionalidad puede ser distinta.

Desde el punto de vista práctico, las reclamaciones que se planteen contra los asegurados fuera de nuestro país, quedarán sometidas al ordenamiento jurídico correspondiente, y ello con independencia de que el contrato en sí quede sometido al Derecho español, cuestión esta que provoca grandes problemas en la praxis.

## 7.- Derechos de los asegurados: pago de la indemnización y pago de los gastos de defensa.

### A. Pago de la indemnización.

El derecho fundamental que asiste al asegurado de cualquier tipo de seguro, es el de recibir del asegurador la correspondiente indemnización; con carácter general se establece en el artículo 18 de la LCS<sup>36</sup>, donde se recoge esta obligación principal del asegurador.

La obligación del asegurador presupone la existencia de un contrato válido de seguro, que se haya producido un evento de los que dan lugar al nacimiento de la obligación y que no exista ningún hecho que extinga el derecho del asegurado.

La indemnización del asegurado, puede verse limitada, bien por el establecimiento de una franquicia<sup>37</sup>, bien por la fijación de un límite temporal, bien por la existencia de una cifra fijada por las partes en el contrato. Teniendo en cuenta los fuertes riesgos que asumen las aseguradoras en este tipo de contrato, lo usual es que se encuentren sometidas a un límite cuantitativo, por lo que, siempre que la cuantía se encuentre dentro del la suma asegurada<sup>38</sup>, estará obligado a hacer frente a la deuda.

La suma asegurada no representa el valor del interés asegurable, sino la cifra en que ese interés es asegurado como máximo en el contrato de seguro, para el caso de siniestro.

<sup>35</sup> Ejemplos de esta exclusión se encuentran en el condicionado del seguro D&O de CHUBB Sociedades, según el cual "Las garantías 1,2,3,4,5 y 6 tendrán como ámbito territorial: todo el mundo, mientras que las garantías 7,8,9 y 10: todo el mundo excepto EEUU y Canadá"

<sup>36</sup> Art. 18 de la LCS: "El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo. En cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas. Cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta, el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado".

<sup>37</sup> Las franquicias se aplican por siniestro y son idénticas para todos los asegurados. En algunos países como Alemania, se establece como recomendación general el establecimiento de franquicias en los seguros de responsabilidad de administradores.

<sup>38</sup> Art. 27 de la LCS: "La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro".



La posible pluralidad de administradores, nos lleva a plantearnos si existe, a su vez, un límite para cada uno de ellos. La práctica nos indica que no, es más, la suma asegurada afecta de forma global a todos ellos, de forma que es posible que uno la consuma por entero, sin que los demás se hayan visto expuestos a ningún tipo de reclamación.

### B. Gastos de defensa.

El art. 74.1 de la LCS dispone: “*Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador*”. El fundamento se encuentra en que el asegurador defiende básicamente intereses propios y, por tanto, es lógico que esos gastos corran de su cuenta.

Aunque la ley hable de “gastos de defensa”, no son pocos los autores que consideran que se incluyen todos aquellos gastos que implique la “dirección jurídica”, tanto en el campo extrajudicial como en el judicial.

A pesar del carácter dispositivo de la norma genérica objeto de estudio “*salvo pacto en contrario*”, en el caso del seguro de responsabilidad civil de los administradores, es casi uniforme la inclusión de estos gastos en la garantía del seguro, siendo también común la fijación de un límite cuantitativo.

En estos seguros, es práctica frecuente, la limitación de los gastos de defensa a una cuantía máxima, en palabras de IRIBARREN<sup>39</sup> “*bien aplicando conjuntamente a esos gastos y a las indemnizaciones de responsabilidad civil la cifra de la suma*

*asegurada, de modo que la cantidad satisfecha por el asegurador por todos los conceptos no sobrepase dicha cifra o bien fijando una cantidad inferior a la suma asegurada.*”

Ahora bien, una vez admitidos los gastos de defensa en el seguro, ¿es lícito fijar un límite cuantitativo? El artículo 74.1 afirma que “*serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen*”, es decir, que si se han incluido dichos gastos, el asegurador responderá de todos, por lo que la existencia de cláusulas limitativas sería contrario a la propia norma. Ahora bien, la justificación de la licitud de la cláusula limitativa lo encontramos en la elevada cuantía que estos gastos implican, en el caso de los seguros de responsabilidad civil de los administradores. El propio artículo 74.1 de la LCS, parte de que la garantía principal a afrontar por el asegurador, es la indemnización de responsabilidad civil, siendo los gastos de defensa una carga menor, por lo que en casos como el que nos ocupa, donde los gastos de defensa no sólo pueden igualar, sino incluso superar a la propia indemnización, es lógico pensar en la admisión de la misma.

## 8.- Derechos del asegurador: repetición y subrogación

### A. Derecho de repetición.

La regulación del derecho de repetición se encuentra en el artículo 76 de la LCS<sup>40</sup>, sin adentrarnos en la crítica que la redacción de este precepto provocó en la doctrina que mereció la calificación de precepto “confuso y poco afortunado”<sup>41</sup>, podemos decir que la acción de repetición es una acción recuperatoria, independiente y autónoma, carente de apoyo contractual alguno, y que se concede al asegurador en los casos en que paga a pesar de la

<sup>39</sup> IRIBARREN BLANCO, M. “El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital”, Ed. Thomson Civitas

<sup>40</sup> Art. 76 LCS “*El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido*”.

<sup>41</sup> Las críticas se han centrado de modo especial con relación al régimen de las excepciones; v. GARRIGUES, “Contrato”, 2ª edición; OLIVENZA, “Seguros”, I afirma que “*El régimen de las excepciones no resulta claro y precisa una interpretación*” para indicar, más adelante, “*muchos problemas más suscita la confusa regulación del artículo 76*”. CALZADA CONDE, M. A. “El seguro voluntario”, estima “*que no parece que la LCS consagre una auténtica acción directa, sino algo distinto, o, en todo caso, una acción directa desnaturalizada, tema que se examinará al analizar el régimen de las excepciones*”. Se ha dicho recientemente que “*la confusa y poco acertada regulación que su art. 76 incorporó a nuestro acervo jurídico, cooperando a la patética situación en que hoy en día se encuentra el sector asegurador de la responsabilidad civil, agravada por la errática actuación de nuestros tribunales*”, CARRO DEL CASTILLO, “El aseguramiento de la responsabilidad civil en la industria nuclear” en Estudios (dir. Por F. SANCHEZ CALERO), Madrid, 1.994.

inexistencia de contrato, o en aquellos en que aun existiendo contrato, hay causa legal o contractual de exclusión de cobertura.

En estos casos, y partiendo de que el perjudicado neto siempre debe resultar indemne, el pago que hace la aseguradora sería objetivamente indebido, al no estar soportado por causa contractual alguna, u otra legítima de atribución.

Por esa razón se configura como pago por obligación legal en beneficio del perjudicado, al que no pueden oponerse las excepciones basadas en relaciones contractuales internas entre asegurador y asegurado. Pero acto seguido, y una vez hecho el pago, se reequilibra la situación concediendo al asegurador que paga, un derecho de repetición, que tiende a evitar situaciones indeseables de abuso y de enriquecimiento injusto.<sup>42</sup>

Se trata, en suma, de la única defensa que le asiste al asegurador frente a las reclamaciones del perjudicado al que no puede oponerle las excepciones que sí podría haber opuesto al administrador asegurado, viéndose obligado por ello a pagar la indemnización.

### B. Derecho de subrogación.

Una vez producido el pago por parte del asegurador, cumpliendo así con su obligación contractual, nace a su favor, el derecho a subrogarse en la posición de los administradores asegurados. La acción de subrogación del art. 43 de la LCS<sup>43</sup> es una acción netamente indemnizatoria, de origen contractual, y en aplicación específica de los mecanismos ordinarios de la subrogación.

La aseguradora paga al amparo del art. 1158 CC, y con interés legítimo en el cumplimiento de la obligación según el art. 1210 CC, lo que significa que automáticamente, y salvo que se produzcan los efectos de la confusión, se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción que correspondía a este, y debiendo soportar las mismas excepciones que pudieran oponérsele. Dicho de otro modo, la obligación es la misma, con el solo cambio de uno de sus elementos personales por novación subjetiva<sup>44</sup>.

Uno de los mayores problemas que plantea esta acción de subrogación es el relativo al plazo de prescripción, nos recuerda de forma sintética BADILLO, J. A.<sup>45</sup> las principales tesis doctrinales en los siguientes términos: *“Para unos se trata de una acción personal que dimana del mero hecho de haber verificado el pago al asegurado, sin relación alguna con el art. 1.902 CC, que surge ex novo, con perfiles propios, a favor del asegurador y que, por tanto, se rige en cuanto a su prescripción por el plazo general de 15 años propio de toda acción personal. Para otros se trata de una acción que se deriva del contrato de seguro por lo que sería de aplicación el plazo de dos años establecido en el art. 23 LCS. Finalmente, para otros, la acción de subrogación dimana del propio hecho imprudente que dio origen a la responsabilidad extracontractual o contractual del asegurado, abstracción hecha del pago llevado a cabo por el asegurador”*.<sup>46</sup>

¿Cuáles son los supuestos en los que opera el derecho de subrogación? IRIBARREN<sup>47</sup> lo sintetiza en los siguientes casos:

<sup>42</sup> LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “El derecho de repetición en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor” Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. RC, año 42 nº 5 mayo 2.006.

<sup>43</sup> Art. 43 de la LCS: *“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”*.

<sup>44</sup> LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “El derecho de repetición en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor”. Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. RC, año 42 nº 5 mayo 2.006.

<sup>45</sup> BADILLO, J. A.: “Plazo de prescripción de la acción subrogatoria del art. 43 LCS”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro RC, nº 11, año 40.

<sup>46</sup> SSAP Baleares de 29 septiembre 1998, 4 de noviembre y 18 diciembre de 2002, SSTS de 11 de noviembre 1991 y 26 de octubre de 1996.

<sup>47</sup> IRIBARREN BLANCO, M.: “El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O) Editorial Thomson, Civitas.



- a. Subrogación frente a otros administradores responsables: deriva del carácter solidario de la responsabilidad civil de los administradores. Frente al perjudicado la solidaridad implica que todos responden del total de la deuda, en cambio, en la relación interna cada uno responde de su parte pudiendo posteriormente ejercitar el que hizo frente al total, la acción de regreso de su parte. De igual modo, podrá ejercitar esta opción el asegurador.<sup>48</sup>
- b. Subrogación frente a la Sociedad: el punto de partida de este derecho del asegurador frente a la sociedad, lo encontramos en el carácter solidario de la responsabilidad que asiste a los administradores y a la Sociedad, ya que ambos responden de la misma deuda. ¿Cuándo nacería este derecho? En el supuesto de que sea el administrador quien responda de la deuda, en cuyo caso tendría derecho a exigir lo pagado a la sociedad. El derecho que asiste al asegurador es el mismo que le correspondería al administrador que hizo frente a la deuda; si pagó al perjudicado podrá actuar frente a la sociedad exigiéndole la indemnización, sin perjuicio de verse expuesto a la acción social de responsabilidad que puede ejercer la sociedad en caso de negligencia de los administradores, siempre que forme parte de la garantía del seguro.

### Bibliografía:

1. ALFARO AGÜILA-REAL, J.: "Derecho de Sociedades".
2. ALONSO SOTO, R. "El seguro de la culpa", Editorial Montecorvo.
3. BADILLO, J. A.: "Plazo de prescripción de la acción subrogatoria del art. 43 de la LCS" en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro RC, nº 11, año 40.
4. CALBACHO LOSADA, F. "El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima". Editorial Tirant lo Blanch.
5. CALZADA CONDE, M.A. "El seguro voluntario" Editorial Montecorvo, S.A.
6. CARRO DEL CASTILLO "El aseguramiento de la responsabilidad civil en la industria nuclear" en Estudios, Madrid, 1.994
7. CERDÁ ALBERO, F.: "Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas" Editorial Tirant lo Blanch.
8. CERDÁ ALBERO, F. "Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿solos ante el peligro?", publicado en InDret, 2001 (núm. 1)
9. GARRIGUES, J. "El contrato", Colección Garrigues.
10. IRIBARREN BLANCO, M.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital" (D&O). Editorial Thomson, Civitas.
11. LLINÁS VILA, E.: "Cobertura del riesgo de responsabilidad civil de los altos directivos", en VVAA.
12. LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. "El derecho de repetición en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, RC, año 42 nº 5 mayo 2.006.
13. REGLERO CAMPOS, F.: "Tratado de Responsabilidad Civil". Editorial Thomson (Aranzadi).
14. RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima". Publicado en la Revista Dialnet, nº 2 año 2004, editores Universitata Pompeu Fabra.
15. RONCERO SÁNCHEZ, A.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores: 2ª edición". Publicado en la Revista Dialnet nº 1 año 2005, editores Universitata Pompeu Fabra.
16. SANCHEZ CALERO, F. y otros: "La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones". Editorial Aranzadi.
17. SANTOS BRIZ, J.: "La Responsabilidad Civil" Editorial Montecovo
18. TAPIA HERMIDA, A. J. "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente". RDM.
19. ZELAYA ECHEGARAY, P. "La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes";

<sup>48</sup> "La reclamación no cabe, obviamente, contra el administrador asegurado por el que pagó al tercero ni tampoco contra los demás administradores asegurados, pues ello no sería compatible con las obligaciones contractualmente asumidas por el asegurador. Pero sí, en cambio, contra los administradores responsables no asegurados con él o contra los administradores responsables no asegurados con él o contra los administradores asegurados frente a quienes el asegurador, por la circunstancia que fuese (conducta dolosa, incumplimiento de deberes con eficacia singular, etc...) hubiese quedado liberado total o parcialmente de su obligación", aclara el autor.