

## EL SEGURO DE R.C. DE LOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES (SEGURO D&O)

*Javier López y García de la Serrana. Abogado. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

### sumario

- **INTRODUCCIÓN: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL SEGURO D&O**
- **JUSTIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO D&O**
- **LA COBERTURA DEL SEGURO: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES**
  - A. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD
  - B. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PREVISTAS POR EL TRLSA
  - C. OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS ADMINISTRADORES POR LA LEY CONCURSAL
- **SUJETOS DE LA RELACIÓN ASEGURATORIA**
  - A. ASEGURADOR
  - B. TOMADOR
  - C. ASEGURADO
- **DELIMITACIÓN NEGATIVA DEL RIESGO: SUPUESTOS EXCLUIDOS**
- **DELIMITACIÓN TEMPORAL**
- **DELIMITACIÓN GEOGRÁFICA**
- **DERECHOS DE LOS ASEGURADOS: PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN Y PAGO DE LOS GASTOS DE DEFENSA**
- **DERECHOS DEL ASEGURADOR: REPETICIÓN Y SUBROGACIÓN**

### ■ **INTRODUCCIÓN: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL SEGURO D&O<sup>1</sup>**

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.

Por otro lado, los recientes cambios legislativos, como la Ley Concursal o la de Transparencia, así como las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno de empresas cotizadas, han propiciado igualmente su contratación. Las aseguradoras prevén que durante los próximos años aumente el número de litigios por responsabilidad civil en Europa, ya que el modelo estadounidense de reclamaciones empieza a imponerse al otro lado del Atlántico.

Según datos del mercado, las reclamaciones contra directivos de empresas crece en España a un ritmo del 20% anual y en el 75% de los casos, las demandas proceden de accionistas y emplea-

dos de la propia compañía, mientras que un 15% son de los clientes y un 4% están impuestas por competidores.

Las empresas que reciben un mayor número de demandas son las del sector químico y farmacéutico, seguidas de las relacionadas con la automoción, las telecomunicaciones y la minería, que están por delante de las del sector de la banca y las finanzas.

Así, todas las empresas que integran el Biex-35, el índice más importante de la Bolsa española, y cerca del 70% de las cotizadas españolas tienen contratados seguros de responsabilidad civil para proteger a sus directivos ante posibles demandas.

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 1976 cuando se introduce el *Lydando N° 1*, cuyo principal objetivo fue resolver los problemas que el 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 responsabilidad 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 de la LSA<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 quie-

nes 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.

#### ■ 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.

### **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**

4. Se produce una reducción de la elevada aversión al riesgo del administrador. Es la llamada "Teoría de la Cartera" la que explica por qué los administradores son más adversos al riesgo que los accionistas; 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 ejer-

cicio 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 mismos 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).

## ■ 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>14</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>15</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.

La responsabilidad de los Administradores de las sociedades mercantiles supone una excepción al principio general de limitación de responsabilidad de este tipo de personas jurídicas. Con carácter general, la principal característica de las mismas es que la responsabilidad vendrá limitada a las aportaciones de los socios. Este régimen especial para los administradores se establece como un mecanismo de protección para la sociedad, los socios, o los acreedores sociales, frente a situaciones en que una gestión fraudulenta o negligente por parte de su órgano de gestión ponga a la empresa en un estado de crisis o insolvencia.

## A. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD

### A.1. Carácter solidario de la responsabilidad. Supuestos de exoneración

La Ley predica el carácter solidario de los Administradores, esto es, responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133.3 de la LSA. De este modo, las personas legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad, tanto social como individual, podrán

dirigirse contra cualquiera de los administradores, o contra todos ellos conjuntamente.

A este respecto, conviene recordar que, de acuerdo con este precepto, no resultará obstáculo alguno a la reclamación el hecho de que no hayan sido demandados la totalidad de los Administradores. Cualquier excepción procesal que se plantee en este sentido se verá abocada, inexorablemente, al fracaso. En todo caso, el Administrador que resultare condenado podrá repetir contra los que hayan sido demandados<sup>16</sup>.

El principio de solidaridad puede quebrar en determinados supuestos, especificados en el propio artículo 133.3 de la LSA<sup>17</sup>.

## A.2. Administrador de hecho

Pese a estar admitido jurisprudencialmente (STS 26 de mayo de 1998 y 24 septiembre de 2001 entre otras muchas), el reconocimiento legal de los administradores de hecho, se introduce con la reforma de la Ley 26/2003, de 17 de julio, que da una nueva redacción al artículo 133.2 de la LSA<sup>18</sup>.

De acuerdo con la referida doctrina jurisprudencial, no existía obstáculo para aplicar la normativa societaria a los Administradores de hecho. De esta manera, se declaraba la responsabilidad de aquellas personas que, bien por razones de parentesco, por asunción de cargo de director, gerente o apoderado general o por ser socios mayoritarios con poder de intervención, efectuaban total o parcialmente funciones con trascendencia en la administración, gestión o dirección de la sociedad.

La nueva redacción del reseñado artículo 133.2 de la LSA establece la responsabilidad de tales sujetos sin definir lo que deba entenderse por administrador de hecho, limitándose a referirse a *“el que actúe como administrador de hecho de la sociedad”*. No se establecen criterios para determinar si una persona actúa como Administrador de hecho o como mero empleado o gestor sin competencias decisivas de la empresa, lo que nos obligará a estar a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, sin olvidar los indicadores ya fijados por la jurisprudencia para dilucidar cuándo alguien estaba ejerciendo funciones de Administrador.<sup>19</sup>

A juicio de ESPINÓS<sup>20</sup>, el concepto mercan-

til de administrador de hecho debe buscarse a partir de varios elementos, cuya concurrencia, en cada caso, concreto configurará y permitirá afirmar que una persona concreta lo es, señalando como tales elementos los siguientes:

- a. Debe ejercitar efectivamente funciones propias de la administración social.
- b. El ejercicio de esas funciones ha de tener una cierta extensión y continuidad.
- c. El mencionado ejercicio debe ser autónomo, es decir, falto de subordinación a un órgano de administración social.
- d. Aceptación de los actos por la sociedad.

Corresponderá, en cualquier caso, a quien ejercita la acción contra el Administrador de hecho acreditar que éste efectivamente ostentaba el control efectivo de la sociedad, en estricta aplicación de la regla general que distribuye la carga probatoria (art. 217.1 de la LEC).

## B. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PREVISTAS POR LA LSA

### B.1. La acción social de responsabilidad

Regulada en el artículo 134 de la LSA, procede cuando se ha producido un perjuicio efectivo a la sociedad y, como posible consecuencia, también a los socios o a terceros.

La finalidad de tal acción social es recomponer el patrimonio de la mercantil, dañado por la actuación de los Administradores. Se prevé que pueda ser ejercida por:

1. La sociedad; en cuyo caso, es necesario que se adopte un acuerdo en tal sentido por la Junta General. La mayoría exigible será la prevista en el artículo 93 de la LSA<sup>21</sup>, quedando vedada expresamente la posibilidad de que los Estatutos establezcan un régimen distinto.

La Junta General puede, en cualquier momento, transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que a ello no se opusiesen socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social. En uno u otro caso, tanto si se adopta el acuerdo, como si se decide renunciar o transigir, ello supone la destitución de los Administradores afectados. Así pues, en la Junta en que se decide acerca de tales cuestiones, se ha de proceder al nombramiento de nuevos Administradores, para sustituir a los destituidos.

2. Los socios; como primera posibilidad, pre-

vé la ley que el ejercicio puedan realizarlo los socios que representen, como mínimo, el cinco por ciento del capital social, por medio de requerimiento notarial, de manera indirecta, es decir, solicitando la convocatoria de la Junta General para que decida sobre ello.

Asimismo, los socios pueden entablar directamente la acción social, cuando los Administradores hiciesen caso omiso del requerimiento de convocatoria de Junta. También estarán legitimados los socios cuando la sociedad, a través de la Junta, entablare esta acción en el plazo de un mes, desde la fecha de adopción del acuerdo. Y, finalmente estarán habilitados para ejercitar la acción cuando el acuerdo de la Junta fuere contrario a la exigencia de responsabilidad.

**3.** Los acreedores; el ejercicio de la acción por parte de los acreedores, está supeditado a la inactividad de la sociedad y de los socios. Se trata de una acción derivada de la genérica prevista en el artículo 1.111 del CC para los acreedores que, después de haber perseguido los bienes en posesión del deudor; pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin.

Para entablarla es necesario que se hayan intentado cobrar las deudas de la sociedad, y que esta resulte insolvente. Solamente en este caso estarán los acreedores habilitados para el ejercicio de esta acción, que en puridad corresponde únicamente a la propia sociedad.

Por tal motivo, con el ejercicio de esta acción los acreedores no pueden perseguir directamente la satisfacción de sus créditos, sino únicamente que la empresa recupere la situación de solvencia anterior al acto ilícito.

En todo caso, la acción en cuestión solamente cabrá cuando la sociedad no disponga de patrimonio suficiente para el pago de las deudas. Si no es así, los acreedores tienen la posibilidad de entablar directamente la acción individual de responsabilidad.

## **B.2.La acción individual de responsabilidad**

La acción individual de responsabilidad es la atribuida a cualquier persona, sea o no accionista o acreedor de la sociedad, para reclamar por los actos de los Administradores que lesionen su patrimonio individual. El art. 133 de la LSA, exige

que el perjuicio sea causado directamente por un incumplimiento de sus obligaciones por parte del Administrador:

Esta acción se prevé, por tanto, para aquellos supuestos en que se haya producido un daño cierto y cuantificable a socios o a terceros, sin que necesariamente se haya visto menoscabada la sociedad. Su finalidad es, en definitiva, claramente resarcitoria, tendente a reparar los perjuicios irrogados directamente al socio o al tercero en sus intereses.

Se configura esta acción como extracontractual, en tanto que su naturaleza entronca directamente con la responsabilidad prevista de manera genérica en los artículos 1902 y ss del CC. Por esta razón, doctrinalmente se ha considerado que le son de aplicación los mismos requisitos que se exigen para la acción aquiliana. Esto es, una conducta negligente, la existencia de causalidad entre dicha conducta negligente y el daño.

Para la prosperabilidad de esta acción, la doctrina jurisprudencial ha establecido, con carácter general, tres requisitos:

- 1.** Un acto del órgano de Administración que sea contrario a la Ley o a los Estatutos, o bien se haya realizado sin la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.
- 2.** La causación directa de un daño o perjuicio al socio o tercero demandantes.
- 3.** Una relación causa-efecto entre aquel acto de los Administradores y el perjuicio de los intereses del demandante.

La carga de la prueba para acreditar estos extremos, corresponderá siempre a quien ejercite la acción<sup>22</sup>.

## **B.3.La acción de responsabilidad derivada del art. 262.5 de la LSA**

La característica de esta acción específica ubicada en el apartado de la LSA dedicado a la disolución y liquidación de la sociedad, es que se configura como una responsabilidad de carácter objetivo.

Dice el artículo 262.5 de la LSA<sup>23</sup> "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la jun-

ta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

*En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior."*

Las causas de disolución que dan lugar a esta responsabilidad son las contenidas en los apartados 3, 4, 5 y 7 del artículo 260 de la LSA. Las mismas hacen referencia, básicamente, a la conclusión de la empresa que constituye su objeto o la imposibilidad de realización del fin social, a la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio en inferioridad a al cincuenta por ciento de esta patrimonio por debajo del mínimo legal, o a cualquier otra causa prevista en los Estatutos. Si concuerda alguno de estos supuestos, los Administradores tiene el deber de convocar, en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte el acuerdo de disolución judicial, o si procede, el concurso en el plazo de dos meses desde la fecha prevista para la celebración de dicha Junta. Si a la Junta si tiene lugar, pero el acuerdo es contrario a la disolución, deben hacerlo en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de celebración de la referida Junta.

Son abundantes las decisiones del Tribunal Supremo que confirman que este tipo de responsabilidad es de carácter objetivo, no precisando ni la producción de un daño ni la relación de causalidad. Por tal motivo, no requiere la demostración de culpa del Administrador demandado<sup>24</sup>.

**La Ley predica el carácter solidario de los Administradores, esto es, responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 133.3 de la LSA. De este modo, las personas legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad, tanto social como individual, podrán dirigirse contra cualquiera de los administradores, o contra todos ellos conjuntamente**

No podemos terminar este apartado sin hacer referencia a la reforma introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España y sus repercusiones tanto en la LSA como en la LSRL.

Se responde únicamente por las deudas sociales posteriores a la causa de disolución, sin que el precepto haga ninguna mención concreta respecto de las deudas anteriores. La reforma también afecta, en los mismos térmi-

nos, al mencionado artículo 105 de la LSRL. El último inciso señala que las deudas sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los Administradores acrediten que son de fecha anterior:

OLIVERAS<sup>25</sup>, nos resume de la siguiente forma los problemas prácticos que la reforma plantea:

1. En primer lugar, resulta ciertamente difícil determinar en qué preciso momento habrá de considerarse que concurre la causa de disolución. No parece posible que los acreedores sociales puedan acceder de manera inmediata a la información contable de la sociedad, imprescindible para establecer si existe esa causa disolución o no. La única forma de conseguir tal información es a través de las cuentas anuales que hayan sido depositadas en el Registro Mercantil, cuya publicidad, en el mejor de los supuestos, se produce unos siete u ocho meses después del cierre del ejercicio. En el peor, no es descartable que las cuentas no se depositen, de tal modo que los terceros carecen de medios para conocer la citación financiera de la empresa.

2. Por si fuera poco, a ello se suma la evidente dificultad de fijar qué se entiende por obligaciones sociales posteriores. Existe además el incon-

veniente añadido de que los Administradores tratarán de excluir cualquier deuda, retrotrayéndola al momento anterior a la causa de disolución. El problema es que estos Administradores son los que tienen a su disposición y controlan la contabilidad de la sociedad. Desgraciadamente, no resulta descabellada la posibilidad de que, en algunos casos, determinados datos contables, sean rectificadas convenientemente a fin de convertir una deuda posterior en anterior, previa la alteración de fechas correspondiente. En definitiva, aunque la Ley les impone la carga de la prueba a los Administradores, no les supondrá una complicación excesiva crear la apariencia de que todas las deudas son anteriores.

3. Debilitación de la posición de los acreedores sociales. Merced de esta reforma, cuando se carece totalmente de información económica de la empresa, el acreedor se encuentra en una situación de cierta vulnerabilidad. No parece lógico emprender una acción judicial a ciegas contra los Administradores, sin tener conocimiento cabal de si la reclamación es legalmente pertinente o no. Una vez iniciado el procedimiento, cabe la posibilidad de que se aprecie, a la vista de la contabilidad de la sociedad, que la misma no se halla incurso en causa de disolución. O bien que, pese a la estar, la deuda es anterior a dicha causa. En ambos casos, no procedería sino la desestimación de la demanda, con la consiguiente condena en costas para el actor. De esta manera, en tanto la jurisprudencia no establezca un criterio interpretativo firme consolidado, los acreedores habrán de ser más cautelosos a la hora de plantearse el ejercicio de la acción de responsabilidad del Administradores ante los Tribunales por esta vía.

### **C. OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS ADMINISTRADORES POR LA LEY CONCURSAL**

La Ley Concursal obliga a los administradores, de hecho o de derecho, así como a todos aquellos que hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, deben tener en cuenta una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento puede significar que el concurso sea calificado como culpable pues, en ese caso, la sentencia que conten-

ga esa calificación podrá incluir su inhabilitación para administrar bienes ajenos por un período de 2 a 15 años, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales, la condena a devolver bienes obtenidos indebidamente del patrimonio y a indemnizar los daños y perjuicios causados, e incluso, si se ha abierto la fase de liquidación de la sociedad, la condena a pagar total o parcialmente a los acreedores sociales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación.

Además, en garantía del cumplimiento de esa eventual condena, el Juez puede, si ve indicios de culpabilidad y de que la masa activa no va a ser suficiente, ordenar con la declaración del concurso el embargo de bienes y derecho de los administradores y de quienes hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores. El embargo podrá sustituirse por aval de entidad de crédito.

En concreto, la calificación del concurso como culpable, con esas consecuencias, procederá cuando los administradores incumplan las obligaciones de llevanza de contabilidad, llevarán doble contabilidad o cometan irregularidad relevante que no permita comprender la situación de la compañía, falsearan los documentos utilizados en el procedimiento concursal, se hayan incumplido el convenio con los acreedores por causas que les sean imputables, hayan realizado actos de alzamiento de bienes o actos en perjuicio de acreedores, hayan sacado fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos en los dos años anteriores a la declaración de concurso o hayan realizado actos de simulación de la situación patrimonial, y en general, cuando se haya agravado el estado de insolvencia de la sociedad por dolo o culpa grave que sea imputable a esos administradores, ya sean administradores de hecho o de derecho.

Se presume que existe ese dolo o culpa grave en la agravación del estado de insolvencia si los administradores incumplen el deber de solicitar la declaración de concurso, el de información y colaboración con el juez o administración concursal o no formulan, someten a auditoria y depositan las cuentas en el Registro.

Sin duda el supuesto más problemático es el de no solicitar la declaración de concurso exis-



tiendo la obligación de hacerlo.

Aunque el deudor, en principio a través de sus administradores, también está facultado para solicitar voluntariamente el concurso sobre la base de un estado de insolvencia inminente, bastando entonces con que prevea que no va a poder cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, tendrá la obligación de hacerlo cuando este estado ya no sea inminente, sino real, debiendo solicitarlo en ese caso en el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer el estado de insolvencia. Y se presume que lo conoce o debió conocer desde que concurre alguna de los siguientes hechos:

- a. el sobreseimiento general en el pago de obligaciones.
- b. la existencia de embargos que afecten de manera general al patrimonio del deudor
- c. el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes.
- d. el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, laborales o de seguridad social durante los tres meses anteriores a la solicitud.

#### COMPETENCIA PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La cuestión de la legitimación de los administradores en relación con la declaración de concurso no está clara del todo. Las Disposiciones 20ª y 21ª de la LC dan una nueva redacción a los arts. 262.2 de la LSA y 105.1 de la LSRL respectivamente. Así:

1. Art. 262.2 de la LSA, inciso final: *"cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución o para el concurso"*.
2. Art. 105.1 de la LSRL: *"En los casos previstos en las letras c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General (...)"*

Según estos artículos, la legitimidad para solicitar el concurso parece recaer sobre la Junta y no sobre el órgano de administración. Sin embargo, según los arts. 3 y 5 de la LC, el deudor, a través de sus administradores, está obliga-

do a solicitar la declaración judicial de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubieran conocido o debieran conocer la situación de insolvencia. El art. 3 de la LC establece concretamente que para solicitar la declaración de concurso están legitimados deudor y cualquiera de sus acreedores y, en caso de que el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre dicha solicitud el órgano de administración o de liquidación.

Si nos atenemos sólo a la LC podría parecer que lo más seguro para el administrador sería solicitar, por si acaso, directamente el expediente concursal, al margen de lo que los socios o accionistas digan en Junta. Otra cosa le dejaría expuesto al riesgo de concurso culpable y responsabilidad por las deudas sociales. Sin embargo, esa opción no le garantiza una total tranquilidad. Antes al contrario, la solicitud directa también le deja expuesto al riesgo evidente de una acción social de responsabilidad si el parecer de la Junta luego resulta ser contrario o la Junta entiende invadido su ámbito legal de competencias y la apertura del expediente causa un daño a la sociedad.

Ante ello, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la LSA y LSRL, parece que lo más prudente será presentar la solicitud de concurso y solicitar la posterior ratificación por Junta (convocándola al efecto) y si no se obtiene la ratificación retirar la solicitud del Juzgado. Pero tampoco este caso está exento del todo de problemas: ¿Qué pasa si ya se ha causado daño a la sociedad por el sólo hecho de pedir el concurso? Y, en caso de que concorra causa legal de disolución por pérdidas, ¿qué pasa si la Junta no ratifica y han pasado ya los dos meses que según la legislación societaria tiene el administrador para convocar una Junta que decida sobre la disolución de la compañía? En otras palabras ¿Queda liberado de responsabilidad el administrador por el sólo hechos de haber iniciado el expediente concursal y convocado la Junta que decida sobre el concurso, como parece desprenderse de la nueva redacción de los artículos 260 y 262 de la LSA y 104.1.e de la LSRL, o es necesario que ante el riesgo mencionado el administrador incluya también como punto del orden del día de la Junta la disolución de la sociedad y/o la

adopción de medidas oportunas para restablecer el equilibrio patrimonial?

En caso de que concurra alguna de las circunstancias que menciona la LC como supuestos que permiten presumir el conocimiento de un estado de insolvencia, parece que puede concluirse que la postura más prudente para los administradores será la de presentar la solicitud de concurso y convocar una Junta para que ratifique esa solicitud. Sin embargo, ya hemos visto cómo esta solución no está exenta de problemas, riesgos e interrogantes. Y ciertamente pueden existir dificultades prácticas para su ejecución.

A la vista de la nueva LC y de la nueva redacción dada por ella a algunos preceptos de la LSA y la LSRL, no hay pautas universales de actuación claras. Por ello, esas pautas de actuación y los interrogantes que las mismas susciten deberán resolverse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. También habrá que esperar a que los juzgados de lo mercantil adopten una posición que permita aportar algo de luz al por ahora ciertamente oscuro laberinto concursal.

## ■ 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.

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>26</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 paí-

ses, siempre y cuando cumplan con lo establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.<sup>27</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 conoedora 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.

Desde otro punto de vista, se hace preciso determinar el órgano de la sociedad competente para tomar la decisión de suscribir el seguro. Si bien es cierto, que en un primer momento, y al tratarse de un acto de gestión, las competencias tendrían que recaer sobre los propios administradores, si analizamos la cuestión de forma mas intensa, podríamos llegar a la conclusión de la existencia de un conflicto de intereses, siendo poco adecuado dejar en manos de determinados administradores, decisiones en las que están directamente implicados.

Para resolver esta cuestión, la Ley de 17 de julio de 2003, introduce el artículo 127 ter en la LSA<sup>28</sup>, sobre el deber de lealtad de los administradores, imponiéndoles la obligación de comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto que pudieran tener con el inte-

rés de la sociedad y de abstenerse de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.

Aplicando este principio general, llegaríamos a la conclusión, de la obligación de abstención del administrador a la hora de tomar la decisión relativa a la suscripción de un seguro de su responsabilidad civil. Ahora bien, dado que el seguro terminará cubriendo la responsabilidad de todos los administradores, ¿quién es el órgano competente para tomar tal decisión?

Ante la existencia de una laguna legal en esta materia, nos parece acertada tomar la solución dada por la doctrina italiana, que entiende que la decisión sobre la suscripción de dicho contrato debería someterse a la junta, de forma que las competencias quedarían repartidas entre aquella y los administradores.

### C. EL ASEGURADO

El asegurado es aquella persona cuyo patrimonio se verá 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>29</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>30</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.

En este apartado, debemos hacer referencia a un supuesto que viene repitiéndose en la práctica y cuyo origen lo encontramos en la trascripción 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 responsabilidad 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>31</sup>.

### ■ 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 ase-



gurado", aplicando este principio general de todo seguro, quedarán excluidos de la cobertura los siniestros causados intencionadamente por los administradores<sup>32</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>33</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>34</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>35</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 obstante el asegurador, liberado de toda responsabilidad frente a los demás.<sup>36</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. Es frecuente en la práctica la existencia de cláusulas que de forma expresa excluyen esta posibilidad<sup>37</sup>, no obstante, aunque nada se estableciese en el contrato, las ventajas o beneficios personales tendrían que estar excluidos por el hecho de que el daño en el patrimonio del asegurado se habría de compensar con el beneficio obtenido.

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.

## ■ DELIMITACIÓN TEMPORAL

### A. CLÁUSULAS 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:

I. Se establece la validez de las cláusulas de cobertura retroactiva, constituyendo una excepción a la norma del artículo 4 de la LCS, 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 periodo 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 periodo de cobertura, se introduce un nuevo párrafo en el art. 73 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).

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>40</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 limi-

te 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 período 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>41</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 período de su vigencia;* b) *Que se reclame por el perjudicado, bien al asegurado o al asegurador, tanto durante el período 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 período de su vigencia.

Ejemplo de ello, lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002<sup>42</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 período de seguro*", entendiendo 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. 1.285 del Código Civil. Además, en el presente caso la interpretación sistemática se toma 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 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.

## ■ 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 ámbi-

to 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>43</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. No estamos, por tanto, ante una materia que esté a disposición de las partes del contrato, sociedad y asegurador. La responsabilidad de los administradores, tal y como hemos dicho, quedará cubierta conforme al ordenamiento que resulte de aplicación de la norma de conflicto correspondiente. La cual dependerá, a su vez, de las normas existentes en el país del tribunal que esté conociendo del asunto.

## ■ 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>44</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>45</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>46</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.

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.

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.

Es frecuente la existencia de las denominadas cláusulas de unidad de siniestro, en virtud de las cuales se consideran formando un mismo siniestro las responsabilidades por todos los daños resultantes del mismo acto, y se consideran, a su vez, como un solo acto lesivo todos aquellos relacionados<sup>47</sup>. Estas cláusulas, son habituales en los seguros de responsabilidad civil empresarial o de profesionales en los que suelen aparecer varios perjudicados.

**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**

## 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>48</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.

## ■ 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>49</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>50</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 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>51</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>52</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 oponerse. Dicho de otro modo, la obligación es la misma, con el solo cambio de uno de sus elementos personales por novación subjetiva<sup>53</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>54</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>55</sup>

¿Cuáles son los supuestos en los que opera el derecho de subrogación? IRIBARREN<sup>56</sup> lo sintetiza en los siguientes casos:

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>57</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 AGÚILA-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. ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, A. "La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles", Editorial Bosch.

10. GARRIGUES, J. "El contrato", Colección Garrigues.

11. IRIBARREN BLANCO, M.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital" (D&O). Editorial Thomson, Civitas.

12. LLINÁS VILA, E.: "Cobertura del riesgo de responsabilidad civil de los altos directivos", en VVAA.

13. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. "El derecho de repetición de las aseguradoras". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, RC, año 42 nº 5 mayo 2006.

14. OLIVERAS TABOADA, P.: "Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles", publicado en Economist & Jurist, noviembre 2006, número 54.

15. REGLERO CAMPOS, F.: "Tratado de Responsabilidad Civil". Editorial Thomson (Aranzadi).

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. SANTOS BRIZ, J.: "La Responsabilidad Civil" Editorial Montecovo.

20. TAPIA HERMIDA, A. J.: "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente". RDM.

21. ZELAYA ECHEGARAY, P.: "La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes";

(1) El presente trabajo se inserta dentro del proyecto de investigación que realizo junto con mi compañera Irene Ávila Villegas, 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. Una parte de este trabajo fue presentado como comunicación al VI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado los días 16, 17 y 18 de noviembre de 2006 en Cáceres, siendo defendida dicha comunicación por mi compañera Irene Ávila Villegas, resultando ganadora del Premio Magistrado Ruiz Vadillo 2006.

(2) 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 mas importantes fueron la Securities Act y la Securities Exchange Act

(3) 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

(4) 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.

(5) 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).

(6) Art. 133.2 de la LSA: "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".

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

(8) SSTS de 22 de junio de 1996, 18 de mayo de 1999.

(9) Art. 13.3 in fine de la LSRL de 1953.

(10) Ver arts 256.5 de la LSA y art. 105.5 de la LSRL.

(11) 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"

(12) 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.

(13) 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.

(14) 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.

(15) STS 28 de junio de 2000.

(16) Del mismo modo, la jurisprudencia considera mayoritariamente que para emprender una acción de responsabilidad por parte de un tercero acreedor, por deudas sociales, no es necesario demandar, con carácter previo o simultáneo, a la sociedad. Así pues, si se acredita que concurren los requisitos legales, se dará lugar a la condena del Administrador, como responsable solidario de la deuda. Ello es así especialmente en supuestos de notoria insolvencia de la empresa, por cuanto en tales casos resultaría estéril un fallo contra la sociedad, que sería un fallo contra la sociedad, que sería inejecutable. No obstante, como han señalado algunas Sentencias, conviene ser muy cuidadoso respecto a la determinación de la existencia de la deuda. Si, por ejemplo, se reclama al Administrador por una deuda que no corresponde a la sociedad, obviamente tampoco le incumbirá la misma a dicho Administrador. Alguna tendencia jurisprudencial sí ha estimado en tales casos excepción de litisconsorcio pasivo necesario, considerado que ha de comparecer al proceso la mercantil para dilucidar si el crédito que se reclama realmente atañe a la empresa. En caso contrario, podría incluso darse la circunstancia de resultar condenado un Administrador por una cantidad que la sociedad no debía. En este sentido se pronuncia, entre otras, la SAP de Vizcaya de 22 de enero de 2002: "la declaración de responsabilidad de los administradores, debe de partir del presupuesto previo de que la sociedad sea deudora, pues si ésta no lo es, ninguna responsabilidad tendrán, y para que ese pronunciamiento pueda efectuarse la sociedad debe ser llamada a juicio, puesto que dicho pronunciamiento le afecta y puede perjudicar de forma directa, pudiendo ser condenada sin ser oída". Ahora bien, la doctrina general mantiene la postura de la innecesariedad de dirigir la demanda contra la sociedad conjuntamente, si se cumplen los requisitos de la acción de responsabilidad.

(17) Art. 133.3 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, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

(18) Art. 133.2 LSA: "El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador".

(19) El hecho de poseer la totalidad o mayoría del capital social, el desempeño del puesto de gerencia o el parentesco con quien resulta el Administrador de derecho, son parámetros que permiten presumir la Administración de hecho. El elemento definitorio de esta figura será el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social (a título de ejemplo, la SAP de Barcelona, sección 15 de 24 de enero de 2.005).

(20) ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A. "La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles", Editorial Bosch.

(21) Art. 93 LSA: "1. Los accionistas, constituidos en junta general debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta. 2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general."

(22) A modo de resumen, las Ss. TS de 25 de febrero de 2002 y 28 de junio de 2000, disponen que el demandante tiene que probar la acción u omisión culposa del actor. Por su parte, la STS de 30 de marzo 2001, con cita de las dos anteriores y de la STS de 21 de septiembre de 1999, da por consolidada la doctrina de que la carga de la prueba incumbe al demandante.

(23) En idéntico sentido se manifiesta el artículo 105 de la LSRL con respecto de las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

(24) Esta tesis jurisprudencial, en definitiva, no considera de aplicación en este caso los requisitos generales exigidas en los artículos 133 y ss de la ÇLSA (entre otras, las Ss. Ts de 20 de octubre y de 23 de diciembre de 2003 de 23 de febrero, 1 y 26 de marzo y 17 de junio de 2004)

(25) OLIVERAS TABOADA, P. "Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles", publicado en "Economist & Jurist", noviembre de 2.006.

(26) 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".

(27) 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".

(28) Art. 127 ter LSA "1. Los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas. 2. Ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador. 3. Los administradores deberán comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener, con el interés de la sociedad. En caso de conflicto, el administrador afectado se abstendrá de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera. En todo caso, las situaciones de conflicto de intereses en que se encuentren los administradores de la sociedad serán objeto de información en el informe anual de gobierno corporativo. 4. Los administradores deberán comunicar la participación que tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, así como los cargos o las funciones que en ella ejerzan, así como la realización por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social. Dicha información se incluirá en la memoria. 5. A efectos del presente artículo, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

1º. El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.

2º Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.

3º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

4º Las sociedad en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situación contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores.

Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

1º Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 4 de la Ley 24/1988.

2º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

3º Las sociedades que formen parte del mismo grupo, tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, y sus socios.

4º Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

(29) 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 dañosos cometidos por sus asegurados después de la fecha en que tal sociedad se convirtió en sociedad filial..."

(30) 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 ostente 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."

(31) 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.

(32) 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.

(33) IRIBARREN BLANCO, M. "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital", Ed. Thomson Civitas

(34) 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.

(35) ALONSO SOTO, R. "El seguro de la culpa"

(36) 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".

(37) Ejemplo de ello, "las reclamaciones originadas por una ventaja personal, pecuniaria o en especie, o una remuneración a la que el asegurado no tuviese legalmente derecho o la exclusión de las reclamaciones derivadas de cualquier actuación de los asegurados de la que pueda desprenderse alguna clase de ganancia o ventaja particular, directa o indirecta" (AIG)

(38) 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".

(39) 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".

(40) Denominadas en la práctica francesa como cláusulas "reprise du passé inconnu", LAMBERT-FAIVRE.

(41) SÁNCHEZ 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.

(42) SAP Burgos 649/2002 de 19 de diciembre, JUR 2003/43872.

(43) 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"

(44) 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 el 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".

(45) 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.

(46) Art. 27 de la LCS: "La suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro".

(47) Ejemplo de esta modalidad: "Todos los actos culposos relacionados, continuos o repetidos constituyen un único acto culposo. Todas las reclamaciones procedentes de un mismo acto culposo o de una misma serie de actos culposos constituyen una única reclamación"(AIG)

(48) IRIBARREN BLANCO, M. "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital", Ed. Thomson Civitas

(49) 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".

(50) 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.

(51) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. "El derecho de repetición de las aseguradoras" Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. RC, año 42 nº 5 mayo 2.006.

(52) 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".

(53) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA. "El derecho de repetición de las aseguradoras". Publicado en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro. RC, año 42 nº 5 mayo 2.006.

(54) 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.

(55) 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.

(56) IRIBARREN BLANCO, M.: "El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O) Editorial Thomson, Civitas.

(57) "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.