

El seguro de responsabilidad civil de los administradores

2ª edición

Antonio Roncero Sánchez

Facultad de Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

272

Sumario

1. Introducción: origen, evolución y licitud del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas
2. Caracterización general de esta modalidad de seguro
 1. Consideraciones previas: referencia a factores que han influido en la delimitación contractual de esta cobertura asegurativa
 2. Caracterización como modalidad del seguro de responsabilidad civil
3. Sujetos intervinientes en la relación aseguradora
 - 3.1. Asegurador
 - 3.2. Tomador. Consecuencias de la asunción por la sociedad de la posición jurídica de tomador
 - 3.3. Asegurado
 - a. Concepto de asegurado
 - b. Extensión al personal de alta dirección
4. El riesgo y su cobertura
 - 4.1. Consideraciones previas: la responsabilidad civil asegurable
 - 4.2. Delimitación de la responsabilidad civil asegurada
 - a. Delimitación causal
 - b. Delimitación subjetiva
 - c. Delimitación temporal
 - d. Delimitación geográfica o espacial
 - 4.3. Delimitación de la cobertura del riesgo de defensa jurídica
5. El siniestro
6. Bibliografía

1. Introducción: origen, evolución y licitud del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas

La tendencia hacia la ampliación y agravamiento del ámbito y régimen de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital que se aprecia en la generalidad de los ordenamientos jurídicos particularmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, ha provocado una notable ampliación de los supuestos de exigencia de responsabilidad y, en consecuencia, ha aumentado de un modo muy destacado el riesgo de responsabilidad de los administradores sociales. Ello ha suscitado, a su vez, el debate sobre la necesidad de arbitrar medidas que permitan a los administradores afrontar su riesgo de responsabilidad ante el temor de que el cargo de administrador no sea aceptado por los profesionales más cualificados y competentes. En este contexto, al margen de otras alternativas, se sitúa el extraordinario desarrollo alcanzado por el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades que, sin perjuicio de sus antecedentes (la extensión de la técnica aseguradora a la actividad desarrollada por los administradores de las sociedades anónimas se planteó ya a finales del siglo XIX, aunque en ese momento la propuesta tuviese escaso éxito), se produce en Estados Unidos y los países anglosajones fundamentalmente a partir de la década de los años setenta del siglo pasado y, posteriormente, también en la Europa continental donde ha experimentado una notable difusión sobre todo en la década de los años noventa, aún cuando todavía no haya alcanzado un grado de implantación similar al existente en Estados Unidos.

El desarrollo de esta modalidad asegurativa, internacionalmente conocida como “seguro D&O” (abreviatura de *directors and officers*) lo que refleja la importancia que en la configuración y difusión del mismo ha tenido la praxis anglosajona y, particularmente, la estadounidense (influencia que se aprecia no solo en su denominación sino, sobre todo, en la delimitación de la cobertura), ha sido cíclico alternándose etapas de considerable expansión con otras de acusada recesión. En Estados Unidos, tras la profunda crisis de este sector del mercado asegurador a mediados de los años ochenta y la subsiguiente etapa de expansión experimentada a finales de esa misma década y principios de los noventa, el inicio de la nueva centuria ha coincidido con una nueva fase de recesión; en particular, la evolución del número de reclamaciones en exigencia de responsabilidad contra administradores de sociedades de capital (que muestra un incremento sostenido en los últimos años con un avance muy significativo en 2001 y un aumento de la media de la cuantía de los daños potenciales cuya indemnización se reclama a través de *class actions* interpuestas por accionistas de un setecientos por ciento en los últimos cuatro años) y el aumento de la cuantía de las indemnizaciones que han de ser satisfechas como consecuencia de transacciones o de resoluciones judiciales (solamente las indemnizaciones satisfechas por las compañías aseguradoras por transacciones en 2000 ha supuesto 2,73 veces la cuantía total de las primas percibidas por éstas en ese mismo año) así como acontecimientos recientes de gran trascendencia para el sector asegurador (ataques terroristas del 11 de Septiembre de 2001, escándalos financieros de multinacionales estadounidenses como Enron o WorldCom), han provocado pérdidas muy importantes en este ramo del seguro (en algunos casos del doscientos o trescientos por ciento) y con ello una nueva convulsión en la oferta de esta modalidad asegurativa que realizan las compañías aseguradoras concretada fundamentalmente en un espectacular aumento de las primas (sobre todo en relación con administradores de sociedades

dedicadas a ciertos sectores de la actividad económica como telecomunicaciones, alta tecnología, aviación o biotecnología, con incrementos en algunos casos de hasta un mil por ciento) y una reducción de la cobertura (incremento de cláusulas de exclusión de cobertura, reducción de límites cuantitativos, aumento de las franquicias, etc).

Como puede apreciarse, la evolución del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital en tanto instrumento para facilitar la reducción del riesgo de responsabilidad asumida por éstos, ha sido paralela al propio proceso de evolución del régimen de responsabilidad de los administradores, lo cual no es más que otra manifestación de la interrelación existente entre responsabilidad civil y seguro de responsabilidad civil (véase GARRIGUES, 1983, p. 357; CALZADA, 1983, p. 44 y SÁNCHEZ CALERO, 1994, p. 19). Ello explica que en el mercado asegurador español esta modalidad de seguro sólo haya aparecido con posterioridad a la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en 1989, una modificación legislativa que marcó el punto de inflexión en el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades anónimas y, en consecuencia, en el aumento de su riesgo de responsabilidad. Por el momento, no obstante, el volumen de contratación de este seguro en nuestro país es todavía moderado, aún cuando pueda preverse una evolución positiva en consonancia con ese aumento del riesgo de responsabilidad de los administradores (FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 273 y ss).

Entre los motivos que, al menos en un primer momento, han podido frenar la expansión del seguro se cita la consideración de que su contratación puede constituir un incentivo para exigir responsabilidad a los administradores sociales (según el viejo principio de que “la cobertura provoca la responsabilidad”; SÁNCHEZ CALERO, 1994, pp. 21 y ss.) y, sobre todo, la posibilidad de que su existencia genere una mayor propensión a declarar responsables a los administradores y/o a fijar indemnizaciones más cuantiosas (FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, p. 160, nota 211), lo cual puede significar que la propia contratación del seguro implica un aumento del riesgo de responsabilidad de los administradores que ha de ser valorado por la compañía aseguradora a efectos de la delimitación del riesgo asegurado, cálculo de la prima y eventualidad de la distribución del riesgo con otros aseguradores. No obstante, las razones más relevantes que han podido frenar la difusión de este seguro derivan de la extraordinaria complejidad del riesgo asegurado originada por las dificultades que plantea su definición, la apreciación de su existencia y, sobre todo, el estudio estadístico de la probabilidad de producción de los siniestros e importancia económica de éstos lo cual se traduce, entre otros aspectos, en problemas para la elaboración de bases técnicas que permitan un cálculo adecuado de las primas (en parecido sentido véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, pp. 400 y 401).

La admisión y difusión de esta modalidad asegurativa en cada ordenamiento jurídico ha exigido la superación previa de los obstáculos que tradicionalmente se han opuesto a su licitud, una cuestión que sin embargo en la actualidad puede considerarse superada. Los principales argumentos esgrimidos a este respecto han sido básicamente la negativa influencia que la contratación de un seguro puede provocar sobre el comportamiento de los administradores (el aseguramiento de la responsabilidad puede provocar una disminución de la diligencia y atención del administrador asegurado en el cumplimiento de sus funciones) y su incompatibilidad con el carácter imperativo y de orden público del régimen legal de la responsabilidad de los administradores de una sociedad

anónima. El primer argumento, reflejo a su vez del aducido tradicionalmente contra el seguro de responsabilidad civil en general, se basa en una hipótesis que no ha sido demostrada ni es probablemente demostrable, sin perjuicio de que también quepa una interpretación distinta y positiva del efecto que la conclusión de un contrato de seguro de responsabilidad civil puede provocar sobre el comportamiento de los administradores sociales, al permitir a éstos la adopción de decisiones empresariales asumiendo el nivel de riesgo necesario para satisfacer el interés de los accionistas (véase GÓMEZ-LLORENTE, 1995, p. 237 y CAMPINS VARGAS, 2003, pp. 987 y 988).

Por otra parte, para analizar su pretendida incompatibilidad con el carácter imperativo y de orden público del régimen legal de responsabilidad de los administradores sociales debe abordarse el significado, de un lado, de la contratación del seguro sobre la responsabilidad del administrador y, de otro, del carácter imperativo del régimen legal. La contratación del seguro no constituye un supuesto de exoneración de la responsabilidad de los administradores sino únicamente una limitación de la misma en sentido económico (el administrador asegurado responde exactamente igual y por las mismas conductas que el no asegurado si bien aquél comparte en mayor o menor medida las consecuencias patrimoniales de su responsabilidad con otro sujeto, la compañía aseguradora). Junto a ello, el carácter imperativo del régimen legal significa que no cabe su derogación por voluntad de las partes, es decir, no cabe su alteración en lo que respecta, al menos, a una liberación, limitación o reducción de la responsabilidad legalmente impuesta; ello no impide que el administrador declarado responsable pueda compartir las consecuencias económicas de su responsabilidad con otro sujeto salvo que éste sea el propio perjudicado pues, en este caso, quedaría sin cubrir la parte de dichas consecuencias trasladadas a éste incumpléndose así la prescripción legal que impone la obligación de indemnización íntegra de los daños causados al perjudicado. Si se asume que la responsabilidad de los administradores cumple no tanto una función preventiva cuanto compensativa o resarcitoria y de distribución de los costes del daño, el contrato de seguro resultaría determinante para reforzar esa función de la responsabilidad y, en consecuencia, plenamente compatible con el régimen legal pues, en definitiva, vendría a cumplir junto a éste una misma función de resarcimiento (en la doctrina española véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 394).

La licitud de esta modalidad de contrato de seguro de responsabilidad civil resulta en la actualidad indiscutible incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que no establecen expresamente su admisibilidad. El debate se ha centrado en los últimos tiempos fundamentalmente en el examen de la licitud de ciertos aspectos del contrato de seguro de responsabilidad de administradores y, en particular, en la admisibilidad del pago de la prima por parte de la sociedad en la cual el administrador o administradores asegurados ejercen sus funciones, una cuestión que, como veremos posteriormente, también parece hoy superada (*infra* apartado III.2). Resuelto el problema de la licitud, la cuestión se desplaza al análisis de los elementos del contrato para resolver las cuestiones de Derecho societario y de Derecho de seguros que los mismos pueden plantear. A este respecto debe señalarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, la ausencia de una regulación específica que establezca el régimen jurídico básico del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, como por otra parte sucede en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, plantea ciertas dificultades y obliga a “reconstruir” su disciplina jurídica a partir fundamentalmente del régimen propio del contrato de seguro (en particular, del seguro de responsabilidad civil cuyo

régimen legal es también extraordinariamente parco) y de las normas reguladoras de la posición jurídica de administrador de una sociedad anónima (nos referiremos preferentemente a este tipo societario, que es en relación con el cual se plantea más frecuentemente la contratación de este seguro, aunque obviamente también pueda plantearse su contratación en relación con otros tipos societarios -particularmente, sociedades de capital- y otras entidades -por ejemplo, Cajas de Ahorro-).

2. Caracterización general de esta modalidad de seguro

2.1. Consideraciones previas: referencia a factores que han influido en la delimitación contractual de esta cobertura asegurativa

Con carácter previo a abordar sus caracteres es necesario realizar algunas consideraciones que contribuyen a definir con mayor nitidez los perfiles de esta figura asegurativa y que hacen referencia a factores que han tenido una influencia determinante en su delimitación contractual en nuestro y en otros mercados aseguradores. Ante todo, al margen de la complejidad del riesgo asegurado que ha sido señalada en el apartado anterior, debe subrayarse la significativa heterogeneidad apreciable en los clausulados generales elaborados por las diferentes compañías aseguradoras que, aún cuando no afecte a los caracteres básicos de este seguro que pueden considerarse comunes a todos los ordenamientos jurídicos, plantea una notable dificultad en orden, sobre todo, a la exposición de la delimitación de la cobertura del riesgo y del contenido del contrato (las pólizas suelen elaborarse como “trajes a medida” atendiendo a las singularidades en cada compañía del riesgo asegurado; SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 401). En los mercados aseguradores menos desarrollados en relación con este ramo del seguro puede observarse que, en un primer momento, la oferta de seguro de responsabilidad civil de administradores es una mera traducción de la que se realiza en otros mercados aseguradores y, singularmente, de las pólizas utilizadas en Estados Unidos y en el mercado reasegurador de Londres. Sólo en una segunda fase las compañías aseguradoras comienzan a elaborar pólizas adaptadas con mayor o menor rigor a las singularidades del mercado nacional y, particularmente, al concreto régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital vigente en éste pero, aún en esta segunda fase, la dependencia respecto del clausulado general traducido continúa siendo elevada.

La traslación mimética de pólizas del contrato construidas en relación con otros ordenamientos jurídicos no plantea problemas de ilicitud sino exclusivamente de clara y, en ocasiones, profunda inadecuación. La utilización de los clausulados generales elaborados en el mercado estadounidense ha convertido a algunos aspectos de la cobertura y del contenido del contrato en *standard* internacional a pesar de la diferente relevancia que los mismos tienen en otros ordenamientos jurídicos. Cuestiones como la cobertura conjunta del riesgo de responsabilidad de administradores de sociedades y altos cargos o personal de alta dirección bajo la misma modalidad asegurativa, la utilización de conceptos acuñados en el ordenamiento jurídico estadounidense para delimitar el riesgo asegurado, la inclusión en la cobertura asegurada del riesgo de que la sociedad pueda verse obligada a indemnizar a sus administradores por los gastos que a éstos haya podido originar la exigencia de responsabilidad y la exclusión de la cobertura del riesgo de la responsabilidad social o

frente a la sociedad cuando ésta es exigida por la propia sociedad tomadora, constituyen claros ejemplos de esa tendencia.

A su vez, la utilización no sólo de los clausulados generales redactados por las compañías aseguradoras estadounidenses, sino también de la propia experiencia del mercado asegurador norteamericano para elaborar la cobertura del seguro de responsabilidad civil de administradores en la Europa continental ha provocado también, al menos en un primer momento, efectos desfavorables sobre el desarrollo de esta modalidad asegurativa o, como mínimo, un desajuste entre la oferta realizada por las compañías aseguradoras y la demanda del mismo existente entre las sociedades de capital.

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que el mercado del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades se encuentra fuertemente internacionalizado y, sobre todo, muy mediatizado por el mercado del reaseguro, lo cual determina 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. Esta dependencia del reaseguro, que en el caso del mercado español ha supuesto un límite muy importante a la expansión de esta modalidad de seguro al menos hasta la modificación de la LCS por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995 que supuso la admisión de las cláusulas de delimitación temporal del riesgo denominadas "*claims made*", explica el mimetismo que ha podido apreciarse entre la oferta del seguro realizada en nuestro país y la existente en ciertos mercados de reaseguro.

En estrecha conexión con esta última consideración debe señalarse también la permanente variación del contenido del condicionado general de estos seguros que se aprecia en todos los mercados aseguradores lo cual puede obedecer, al margen de a la propia evolución del régimen de responsabilidad de administradores y, por tanto, del riesgo asegurado, a la competencia existente entre las compañías aseguradoras en este ramo del seguro. En cualquier caso, la singularidad de esta modalidad de seguro de responsabilidad civil radica, como en general sucede en relación con otras clases o modalidades del mismo, en la propia peculiaridad del supuesto de responsabilidad asegurado. De este modo, las diferencias apreciables entre las pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores ofrecidas en los distintos mercados aseguradores obedecen fundamentalmente a las propias diferencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos en relación con el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil de los administradores sociales.

2.2. Caracterización como modalidad del seguro de responsabilidad civil

El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima constituye una clase o modalidad del seguro de responsabilidad civil, modalidad asegurativa que en nuestro Derecho positivo se configura a su vez como un seguro de daños entendiendo por tal aquel en cuya virtud el asegurador se compromete a indemnizar el daño derivado de la realización del riesgo delimitado en el propio contrato (ello presupone que por daño en esta modalidad de seguro entendemos el nacimiento a cargo del asegurado de una deuda de responsabilidad, es decir, la obligación de

indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un tercero por un acto del que aquél sea civilmente responsable -por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1999, p. 1127-).

Desde el punto de vista de su caracterización como modalidad del seguro de responsabilidad civil, constituye en primer lugar un seguro voluntario pues ninguna norma legal impone obligatoriamente su contratación sin perjuicio de que la misma pueda imponerse convencionalmente (así, mediante una disposición estatutaria o acuerdo de la junta general a tenor de lo previsto en el art. 123.1 LSA) e igualmente de que desde una perspectiva de *lege ferenda* pueda considerarse conveniente la introducción del deber legal de los administradores, al menos en ciertas sociedades, de concluir un seguro de responsabilidad civil (así SÁNCHEZ CALERO, 1994, pp. 40 y 41). A su vez, en tanto la fuente u origen de la responsabilidad asegurada en caso de seguro de responsabilidad civil de administradores viene constituida por el ejercicio de las funciones propias del órgano de administración de una sociedad anónima, debe considerarse como un seguro de responsabilidad civil derivada del desarrollo de una actividad que presenta perfiles específicos que impide su asimilación a otras actividades (ello impide en particular calificar a este seguro como modalidad de seguro de responsabilidad civil profesional que, por otra parte, tampoco tendría consecuencias relevantes; véase RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 65 y ss. y MORRAL SOLDEVILLA, 2003 p. 319; en contra FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 39 y ss.; VICENT CHULIÁ, 1999, p. 300 y SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 393) y le dota de singularidad frente a otros seguros de responsabilidad civil derivada del desarrollo de una actividad.

Junto a ello, en función de la concreta configuración adoptada en cada caso, el seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima puede presentar otros caracteres. Así, aún cuando obviamente cabe la contratación individual del seguro por el administrador que quiere ponerse a salvo de su riesgo de responsabilidad, frecuentemente se configura como un contrato de seguro por cuenta de terceros (art. 7 LCS) en tanto se concluye por la sociedad en la cual ejercen sus funciones los administradores asegurados, configurándose así como un seguro celebrado en nombre propio (sociedad contratante) pero por cuenta e interés de un tercero (administrador o administradores asegurados); en la praxis, frente a los seguros contratados individualmente por los propios administradores asegurados, predominan de forma absolutamente mayoritaria los suscritos por la sociedad para asegurar la responsabilidad de sus administradores, una situación que en ocasiones deriva de la propia exigencia de las compañías aseguradoras que no admiten la contratación individual de este seguro (véase LLINÁS VILA, 1996, p. 181; VICENT CHULIÁ, 1999, p. 282). Por otra parte, la superación por el tomador del seguro (sociedad contratante) de los parámetros cuantitativos establecidos en el artículo 107.2 LCS permitirá la calificación de éste como seguro “de grandes riesgos” (en relación con lo cual debe tomarse en consideración que el propio artículo 107.2 LCS determina que “*si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado*”) lo que tendrá como principal consecuencia la inaplicación del mandato de imperatividad contenido en el art. 2 LCS (art. 44 LCS); ello supone no la exclusión de la aplicación de la LCS sino únicamente el aumento del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes contratantes al atribuir carácter meramente dispositivo a sus disposiciones (ALMAJANO PABLOS en SÁNCHEZ CALERO, 1996, pp. 70 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, 1994, pp. 71, 72, 683 y 684) si bien, para evitar la desnaturalización del contrato de seguro, se entiende que

determinados preceptos de la LCS no podrán ser derogados por voluntad de las partes, como son los que establecen la necesaria concurrencia de los elementos del contrato (riesgo -art. 4 LCS-, interés -art. 25 LCS-, etc.) o el respeto al principio indemnizatorio (art. 26 LCS) así como tampoco aquellos preceptos a través de los cuales se reconoce a un tercero un derecho propio que como tal está al margen del poder de disposición de las partes del contrato como el reconocimiento de acción directa al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS; véase, por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1994, pp. 72 y 684).

3. Sujetos intervinientes en la relación aseguradora

3.1. Asegurador

En el contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades no se plantea ninguna especialidad en torno a la delimitación de la figura del asegurador. Dado que se trata de una modalidad del seguro de responsabilidad civil, la entidad aseguradora habrá de disponer de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora en el ramo correspondiente e, igualmente, dentro de la zona geográfica adecuada que, en principio y para entidades aseguradoras domiciliadas en España, será la correspondiente al Espacio Económico Europeo (art. 6, apartado 5 Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados). A este respecto, el contrato podrá ser concluido tanto por entidades aseguradoras domiciliadas en España, en otros países miembros del Espacio Económico Europeo o en terceros países, siempre que en cada caso se cumplan los requisitos para el ejercicio de la actividad aseguradora establecidos en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

En general, la complejidad y grado de sofisticación de este seguro ha provocado que su contratación se concentre en todos los mercados aseguradores en un reducido conjunto de compañías aseguradoras (en Estados Unidos, en el año 2001, sólo dos compañías -American International Group y Chubb & Son Incorporate- reunían el cuarenta por ciento del total de pólizas y el cuarenta y ocho por ciento del volumen total de primas; si a ello añadimos la cuota que ostenta el mercado del Lloyd se obtiene más del sesenta por ciento del volumen de contratación, mientras que el resto de compañías no superan individualmente el cinco por ciento). En algunos mercados aseguradores se han creado *pools* o agrupaciones entre compañías aseguradoras para facilitar la gestión de los contratos de seguro de responsabilidad civil de administradores sociales concertados por todas ellas. La agrupación no asume en ningún caso ni total ni parcialmente el riesgo asegurado por cada una de las compañías aseguradoras participantes, sino que ocupa exclusivamente la posición de una oficina central cuya labor se limita a la realización de los trabajos preparatorios en relación con las ofertas y proposiciones de seguro (elaboración de principios comunes sobre el condicionado general, intercambio de informaciones, etc).

3.2. Tomador. Consecuencias de la asunción por la sociedad de la posición jurídica de tomador

Como hemos señalado anteriormente, aún cuando el seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas puede ser contratado bien individualmente por el propio administrador que quiere ponerse a salvo del riesgo derivado de su eventual responsabilidad (seguro por cuenta propia) bien colectivamente por la sociedad en la cual ejercen sus funciones los administradores asegurados (seguro por cuenta ajena), en la praxis predominan de manera abrumadora los supuestos de contrato de seguro concluidos por la propia sociedad, una posibilidad cuya licitud ha sido discutida en el pasado pero que resulta hoy incuestionable (véanse los argumentos en RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 88 y ss). Incluso, en algunos casos, las compañías aseguradoras no admiten la celebración de esta clase de contrato de seguro directamente por cada uno de los administradores asegurados sino que exigen que el mismo sea concluido de forma colectiva por la propia sociedad en la que éstos desarrollan sus funciones (desde un punto de vista práctico, la contratación del seguro de responsabilidad de todos los administradores de una sociedad con una misma compañía aseguradora permite a ésta calcular con mayor precisión el riesgo asegurado y evita que se produzcan “lagunas de protección”, al margen de que elimina los problemas que podrían plantearse en caso de que cada administrador contrate el seguro con una compañía diferente particularmente como consecuencia del carácter solidario de su responsabilidad; véase FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 53 y 54; VICENT CHULIÁ, 1999, p. 282).

No obstante, en nuestro país una reciente decisión jurisprudencial ha llevado a algunos autores a sugerir una modificación de esta praxis al entender que resulta más conveniente que la posición de tomador sea ocupada por uno de los administradores asegurados (por ejemplo, el Presidente o el Secretario del Consejo de administración) actuando por cuenta de todos los demás (véase PAVELEK, 2000, p. 43). En este sentido, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, entre los argumentos esgrimidos para rechazar la reclamación del tomador-perjudicado contra la compañía aseguradora por daños sufridos como consecuencia de la actuación de los asegurados (administradores de aquél), se afirma que “... Banesto, en cuanto tomador del seguro, al mismo tiempo que perjudicado, conocía perfectamente estas cláusulas de exoneración y no puede razonablemente invocarse en este caso la especial tutela que al perjudicado brinda el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro”, añadiéndose que “...se da la circunstancia de que el perjudicado es Banesto, que fue tomador del seguro, por lo que las excepciones oponibles fueron expresamente pactadas con su intervención”; ello pone de manifiesto que la asunción por la sociedad de la posición jurídica de tomador del seguro puede tener importantes consecuencias en los supuestos en los cuales la propia sociedad sea la perjudicada por la actuación de los administradores y siempre que la responsabilidad interna o social sea objeto de cobertura por el seguro (al respecto debe señalarse que en ocasiones la cobertura del riesgo de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad para la cual ejercen sus funciones se limita o se excluye, salvo en los casos en los que dicha responsabilidad sea exigida en favor de la sociedad por los socios o acreedores en los términos del art. 134, apartados 4 y 5, LSA); en particular, implica que la sociedad-perjudicada, en cuanto tomadora del contrato, es conocedora de todo el contenido de la póliza lo cual, en opinión de nuestros tribunales, puede disminuir sus posibilidades de ejercicio de la acción directa frente al asegurador respecto al 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 (ello, sin embargo, no puede referirse a las exclusiones de cobertura,

como parece hacerse en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000, pues éstas constituyen delimitaciones de la cobertura del riesgo y, en cuanto tales, son oponibles a cualquier perjudicado).

Debe advertirse, no obstante, que aún cuando el seguro sea contratado por la sociedad el mismo se concluye en interés de los administradores asegurados; es decir, sin perjuicio del interés que eventualmente pudiera tener la sociedad en la contratación del seguro (interés o intereses que tienen relevancia únicamente para valorar el significado de la contratación del seguro por la sociedad desde una perspectiva estrictamente jurídico-societaria), éste se concluye para proteger exclusiva o preferentemente el interés de los administradores a mantener la integridad de su patrimonio personal en los casos en los que el mismo se vea gravado como consecuencia del nacimiento de una deuda de responsabilidad (la mayoría de la doctrina afirma que la contratación de este seguro se dirige a proteger intereses propios de la sociedad para la que los administradores desarrollan sus funciones –véase DE LA TORRE, 1991, p. 84, CALBACHO, 1999, p. 569, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y otros, 1996, p. 49, FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, p. 53, PÉREZ CARRILLO, 1999, 248, nota 51, MOYA JIMÉNEZ, 1998, p. 279, CAMPINS VARGAS, 2003, pp. 1003 y ss.-, intereses que sin perjuicio de su nivel de satisfacción mediante la contratación del seguro no deben ser confundidos con el interés asegurado –véase RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 87 y ss. y también CAMPINS VARGAS, 2003, p. 1007-).

En todo caso, la asunción por la sociedad de la posición de tomador determina importantes consecuencias y plantea algunos problemas tanto desde la perspectiva de la relación aseguradora como desde un plano estrictamente jurídico-societario. Así, desde la primera perspectiva, ello implica que la sociedad asumirá *“las obligaciones y deberes que derivan del contrato... salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado”* (art. 7 LCS). En la suscripción del contrato, la sociedad-tomadora podrá actuar por medio de sus administradores lo cual, en el caso (frecuente en la praxis) de que la póliza excluya la cobertura en relación con reclamaciones que versen sobre hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor y conocidos por el tomador, plantea la cuestión de determinar si el conocimiento por un administrador-asegurado del hecho que provoca la reclamación debe entenderse que implica conocimiento por la propia sociedad-tomadora y, en consecuencia, determina la no cobertura de la misma; en principio, el conocimiento de un hecho dañoso por uno o varios administradores asegurados excluirá la cobertura de la reclamación dirigida contra éstos pero no la dirigida contra administradores que desconociesen la existencia del mismo, sin que pueda estimarse que el conocimiento individual del hecho dañoso por uno o varios administradores implique que deba considerarse que la propia sociedad es conocedora del mismo.

A su vez, desde un plano jurídico-societario, la suscripción del seguro por la sociedad suscita diferentes cuestiones. Ante todo plantea la caracterización del pago de la prima por la sociedad-tomadora desde el punto de vista de la relación existente entre sociedad y administrador y, en particular, determinar si la misma constituye contenido de la retribución satisfecha a los administradores (a favor, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, 1994, p. 41, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y otros, 1996, p. 52, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, 1998, p. 153 y VICENT CHULIÁ, 1999, p. 300; en contra, por todos, CALBACHO LOSADA, 1999, pp. 569 y 570 y CAMPINS VARGAS, 2003, pp. 1008 y ss.). La respuesta a esta cuestión requiere, de un lado, el análisis del significado y relevancia de los intereses que tratan

de satisfacerse a través de la conclusión de un contrato de seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima y, de otro, la delimitación de los concretos elementos que componen la retribución de éstos. Por lo que al primer aspecto se refiere, un sector de la doctrina afirma que la contratación del seguro y el pago de la prima no puede considerarse elemento de la retribución de los administradores dado que con ella se pretende la satisfacción de intereses propios de la sociedad contratante (en particular, la protección del patrimonio social al aumentar las posibilidades de que la sociedad pueda ver resarcidos los daños y perjuicios que pueda sufrir como consecuencia de una actuación de sus administradores; así CALBACHO LOSADA, 1999, p. 569); sin embargo, el análisis detenido del significado de la contratación del seguro por la sociedad pone de manifiesto que con el mismo se persigue, directa y principalmente, proteger el interés de los administradores consistente en salvaguardar su patrimonio personal de las consecuencias económicas que pueden derivar de su declaración de responsabilidad, sin perjuicio de que junto a ello también puedan satisfacerse de modo mediato y reflejo intereses de la sociedad (es cierto que la contratación del seguro aumenta las posibilidades de que la sociedad, como cualquier potencial perjudicado, pueda ver resarcido el daño sufrido, pero ello por sí solo no justifica que los potenciales perjudicados concluyan a su cargo contratos de seguro para cubrir la responsabilidad en que pueden incurrir quienes con su actuación pueden causar los daños); a su vez, desde la perspectiva de las relaciones existentes entre sociedad y administradores, la contratación del seguro implica igualmente una ventaja patrimonial para el administrador asegurado que se corresponde con la parte de su patrimonio personal que éste no debe sacrificar para contratar el seguro.

Desde la perspectiva de la retribución, si por tal entendemos toda contraprestación satisfecha por la sociedad a sus administradores por el ejercicio del cargo con la única exclusión de la compensación de los gastos necesarios satisfechos por el administrador y la indemnización de los daños sufridos por éste como consecuencia del ejercicio del cargo (esta es la definición de retribución más extendida: véase, por todos, TUSQUETS, 1998, pp. 130, 145 y 146), la conclusión debe ser que el pago de la prima realizado por la sociedad, en tanto no constituye compensación por gastos *necesarios* (no debe olvidarse que se trata de una modalidad de seguro *voluntario* de responsabilidad civil) ni tampoco indemnización de daños, constituirá parte integrante de la retribución satisfecha (cuestión distinta es que se entendiese, como hace un sector de la doctrina alemana y, entre nosotros siguiendo a este sector, CAMPINS VARGAS, 2003, pp. 1008 y ss., que del concepto de retribución debieran excluirse no sólo el pago de gastos necesarios y la indemnización de daños sino también el pago de los gastos –no necesarios sino simplemente convenientes– realizados por la sociedad para posibilitar o facilitar la realización de la actividad de administración); obviamente, la consideración del pago de la prima como retribución en sentido sustantivo o material no impide que el coste del seguro imputable a cada administrador pueda ser fiscalmente excluido del conjunto de rentas que integran el rendimiento del trabajo personal del administrador y, en consecuencia, se exonere a éste de la obligación de tributar respecto de dicha cantidad como también sucede en relación con otras ventajas obtenidas directa o indirectamente con ocasión del desarrollo de su actividad (así podría interpretarse que sucede en España, aunque ello sea una cuestión discutible; cfr. los arts. 43 y 44 de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y el art. 42 de su Reglamento); en todo caso, el tratamiento fiscal no puede determinar la caracterización del pago de la prima desde una perspectiva sustantiva o material. La consideración del pago de la prima como retribución implica que en la contratación del

seguro habrá de respetarse el régimen previsto para la retribución de los administradores lo que, en particular, se traduce en la necesidad de cumplir ciertas exigencias como presupuesto de licitud (determinación estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y cobertura por el concreto sistema retributivo previsto; intervención del órgano u órganos competentes para la fijación de la retribución de los administradores). Por su parte, quienes entienden que, incluso con el régimen legal vigente, es posible diferenciar entre ventajas patrimoniales obtenidas por la prestación del servicio que constituyen remuneración del administrador y ventajas patrimoniales obtenidas por la prestación del servicio que no constituyen remuneración de éste (pero tampoco gasto necesario para la sociedad) sino presupuestos de hecho para la asunción del cargo de administrador, concluyen atribuyendo a la junta general la competencia para decidir la contratación del seguro y evitar así la autocontratación (véase, CAMPINS VARGAS, 2003 pp. 1013 y 1014).

Desde la perspectiva del régimen de responsabilidad, no puede entenderse que la contratación del seguro por la sociedad implique ni una exoneración o limitación a la responsabilidad de los administradores (se trata únicamente de una limitación de las consecuencias económicas derivadas de la declaración de responsabilidad) ni tampoco una renuncia anticipada al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra éstos (en tanto la suscripción del seguro aumenta las posibilidades de que los daños sufridos como consecuencia de la actuación de los administradores sean indemnizados -CALBACHO, 1999, p. 569-, la contratación del seguro no puede interpretarse como voluntad de no exigir responsabilidad a los administradores sino, al contrario, como deseo de reforzar las posibilidades de obtener resarcimiento en caso de responsabilidad social de los administradores).

Finalmente, la contratación del seguro por la sociedad determina también que los cambios estructurales o de situación que pueda experimentar la sociedad (fusión, escisión, transformación, cesión global de activo y pasivo, cambio de control, apertura de un procedimiento concursal,...) puedan afectar a la ejecución del contrato de seguro, implicando una alteración del riesgo de responsabilidad cubierto, una modificación de las personas aseguradas o de su régimen de responsabilidad o una incertidumbre sobre el cumplimiento futuro de las obligaciones asumidas por el tomador. Ello aconseja que estas circunstancias sean tomadas en consideración en la póliza (lo cual es frecuente en la praxis aunque deba señalarse que con notables imprecisiones y omisiones) en la perspectiva, más que de introducir limitaciones a la cobertura ofrecida por el asegurador, de imponer al tomador una obligación de información al asegurador y atribuir a éste el derecho a proponer la modificación del contrato en esos casos atendiendo a las nuevas circunstancias concurrentes.

3.3. Asegurado

a. Concepto de asegurado

En el seguro de responsabilidad civil, asegurado es el sujeto cuyo patrimonio se vería gravado como consecuencia del nacimiento de una deuda de responsabilidad (SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1129 y ss). En la concreta modalidad objeto de nuestro estudio, parece claro que en tanto el seguro se dirige a proteger contra las consecuencias que derivan de la responsabilidad civil en que puedan incurrir

ciertos sujetos que ocupan el cargo de administrador o desempeñan ciertas funciones en el seno de la sociedad, la posición de asegurado será asumida por estas personas. Sin embargo, en algunos países y singularmente en Estados Unidos, el denominado seguro D&O ofrece una doble cobertura: de un lado, protege a los administradores y altos ejecutivos (*directors and officers*) contra las consecuencias que origine su responsabilidad (*D&O coverage*) y, de otro, protege también a la sociedad contra las obligaciones que pueden nacer a cargo de ésta en el supuesto de que sus administradores o altos ejecutivos incurran en responsabilidad en el desarrollo de sus funciones (*corporate reimbursement coverage* o cobertura “de reembolso”), lo cual permite concluir que, en este caso, la posición de asegurado es asumida tanto por los administradores y altos cargos como por la propia sociedad. En nuestro país, como consecuencia de que el contenido del contrato que se oferta por los aseguradores no ha sido originalmente diseñado tomando en consideración nuestro marco jurídico sino trasladando mediante su simple traducción las pólizas ofertadas por las compañías aseguradoras en otros mercados de seguros, también esta modalidad de seguro ofrece en la praxis cobertura tanto para los administradores y “altos ejecutivos” como para la propia sociedad, a pesar de lo cual se considera que la posición jurídica de asegurado es asumida exclusivamente por aquéllos (en la definición de asegurado a estas personas se añaden también otras vinculadas al administrador o alto directivo asegurado -cónyuge, herederos-, lo que por otra parte tiene como consecuencia el aseguramiento de un elevado conjunto de personas: véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 402).

La denominada cobertura de reembolso en virtud de la cual la compañía aseguradora se compromete a reembolsar a la sociedad los gastos que, siendo legalmente permitidos o exigidos, ésta haya asumido al indemnizar a sus administradores y altos ejecutivos por los gastos y pagos que a éstos haya podido originar una reclamación de responsabilidad, tiene como lógico presupuesto la admisibilidad de la asunción por la sociedad de la obligación de indemnizar a sus administradores por los gastos o daños que les haya podido originar la exigencia de responsabilidad. En Estados Unidos este aspecto de la cobertura se vincula a la denominada *corporate indemnification* que se refiere al conjunto de medidas legales, estatutarias y negociales en virtud de las cuales la sociedad ha de indemnizar a sus administradores o altos ejecutivos por gastos sufridos por éstos como consecuencia de un procedimiento de exigencia de responsabilidad (sobre esta posibilidad véase RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 133 y ss); así, dado que la sociedad puede venir obligada a asumir las consecuencias patrimoniales derivadas de la exigencia de responsabilidad a sus administradores y altos ejecutivos, es frecuente que las compañías estadounidenses, particularmente si sus estatutos sociales establecen la obligación de indemnización a los administradores en ciertos supuestos de responsabilidad de éstos, se procuren la cobertura del riesgo de tener que hacer frente a dicha indemnización, lo cual ha venido realizándose precisamente a través del seguro de responsabilidad de D&O.

Sin embargo, este aspecto de la cobertura presenta un interés radicalmente distinto en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. En Derecho español es también posible que la exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad anónima origine gastos o daños a la propia sociedad pues, aún cuando legalmente no se imponga un deber en este sentido, puede entenderse, de un lado, que la sociedad viene obligada a satisfacer los gastos de defensa judicial y a indemnizar daños que le haya podido originar el proceso de exigencia de responsabilidad al administrador

siempre que la actuación que ha dado origen al mismo no constituya infracción de los deberes de actuación propios del cargo y, de otro, que la sociedad puede comprometerse frente al administrador a indemnizar los daños o compensar los gastos que pueda originarle la exigencia de responsabilidad, compromiso que, sin embargo y como consecuencia del carácter imperativo del régimen legal, queda limitado exclusivamente al supuesto de que los daños hayan sido causados a un tercero que no pueda exigir responsabilidad alguna a la sociedad o por un comportamiento que no genere responsabilidad frente a la sociedad en el supuesto de que ésta pague la indemnización al tercero lo cual, ciertamente, deja un escasísimo margen de eficacia a dichos compromisos (al respecto véase RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 142 a 164).

De este modo, la obligación de indemnización a cargo de la sociedad frente a sus administradores en los casos de exigencia de responsabilidad a éstos, no tiene ni el mismo carácter ni sobre todo la misma extensión en Derecho español que en Derecho estatal estadounidense y, por ello, carece de sentido que en las pólizas de los contratos de seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas que se concluyen en nuestro país se incluya mecánicamente como parte de la cobertura del riesgo también la denominada *corporate indemnification*, particularmente cuando no existe compromiso por parte de la sociedad de indemnizar los daños o reembolsar los gastos que un proceso de esas características origine a los administradores.

Al margen de ello, la consideración de los administradores como asegurados y la delimitación de la figura del asegurado que se realiza en las pólizas de seguro D&O que, generalmente, adolece de notable ambigüedad y falta de precisión generadoras a su vez de relevantes problemas de interpretación (FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, p. 130), plantea algunas cuestiones de interés. El principal problema radica en determinar el sujeto o sujetos que en un momento determinado ostentan la condición de administrador de la sociedad o sociedades a las que se extiende el seguro de responsabilidad civil, dado que la posición jurídica de asegurado va ligada a la condición de administrador (en consecuencia, deberían quedar excluidos quienes formalmente no ocupen dicha posición, como puede suceder en caso del llamado “administrador de hecho”, sin perjuicio de que las consecuencias de los actos realizados por éste pudieran ser imputadas a los administradores “de derecho” de la sociedad; la nueva redacción dada al art. 133 de la Ley de sociedades anónimas por la Ley 26/2003, de 17 de julio, asimila la responsabilidad de quien actúe como administrador de hecho a la atribuida a quienes formalmente ostenten la condición de administrador lo cual, en principio, consideramos que no es suficiente para entender que la responsabilidad en la que puedan incurrir los administradores de hecho *ex* art. 133.2 Ley de sociedades anónimas quedaría también cubierta por el seguro de responsabilidad civil concluido para asegurar la responsabilidad de los “administradores de la sociedad” pues dicha asimilación no convierte a los administradores de hecho formalmente en titulares de la posición jurídica de administrador, aunque en todo caso la cuestión habrá de resolverse atendiendo a la definición de asegurado contenida en la póliza; y lo mismo debería concluirse, tras su entrada en vigor, respecto a la denominada responsabilidad concursal contenida en el art. 172.3 de la Ley Concursal que se atribuye a los administradores de hecho y de derecho); así, frecuentemente el seguro se concluye para cubrir del riesgo de responsabilidad no sólo a los administradores de la sociedad tomadora sino también a quienes ostenten la condición de administrador en sociedades filiales o participadas (lo cual exige una exacta delimitación de los

administradores asegurados y del riesgo cubierto por el seguro así como también una precisa definición de sociedad filial y/o participada; sobre esta praxis véase, SÁNCHEZ CALERO, 2001, pp. 404 y ss.) y, a su vez, es también frecuente que en la póliza se ofrezca cobertura no sólo para quienes en el momento de conclusión del contrato ostentan la condición de administradores de la sociedad tomadora, sino también para quienes la ostentaron en el pasado y puedan hacerlo en el futuro.

Por otra parte, en tanto la posición jurídica de asegurado va ligada al desempeño del cargo de administrador en una concreta sociedad, el cese del administrador por cualquier causa implica que éste dejará de estar cubierto por el seguro (si bien únicamente respecto de las actuaciones que pueda realizar en el futuro y no respecto de las actuaciones que haya realizado mientras ostentaba el cargo de administrador), lo cual obliga a tomar en consideración el momento a partir del cual el sujeto nombrado administrador ocupa la posición de asegurado así como el momento en el cual el administrador cesado deja de ocupar la posición de asegurado respecto de actuaciones futuras. Del mismo modo, habrán de atenderse las situaciones particulares que pueden plantearse, por ejemplo, en el supuesto de que el cargo de administrador sea ocupado por una persona jurídica (ello aconseja en principio una definición de asegurado que permita entender que la cobertura se ofrece a la persona jurídica-administrador y no al representante persona física a través del cual aquélla ejerza el cargo de administrador, aunque en la praxis sucede más frecuentemente lo contrario - SÁNCHEZ CALERO, 2001, pp. 403 y 404-).

b. Extensión al personal de alta dirección

También como consecuencia de la inercia derivada de la transcripción de formularios del seguro elaborados en otros países, el contrato de seguro de responsabilidad de administradores de sociedades es ofrecido usualmente en España por las compañías aseguradoras como contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores y “altos cargos” de una sociedad anónima. Con las fórmulas utilizadas en nuestro país por las compañías aseguradoras para delimitar al asegurado (administradores, consejeros o miembros del órgano de administración y altos cargos, altos ejecutivos o personal de alta dirección) se pretende emular, con diversa fortuna, la cobertura que se presta en el mercado asegurador anglosajón a los denominados *directors* y *officers*, una opción que en los ordenamientos jurídicos anglosajones resulta comprensible dada la proximidad existente entre el régimen de responsabilidad aplicable a unos y otros cargos. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico esta tendencia resulta inapropiada y desaconsejable fundamentalmente como consecuencia de las notables diferencias existentes entre la relación jurídica que vincula a un administrador y a un alto cargo con la sociedad para la cual desarrollan sus funciones o prestan sus servicios, que trascienden también al régimen de su respectiva responsabilidad.

Así, la relación jurídica que vincula a un administrador con la sociedad en la cual desempeña su cargo (la denominada “relación de administración”) es una relación de naturaleza orgánica cuyo contenido se determina en gran parte por el propio régimen legal, sin perjuicio de que su origen sea un negocio jurídico bilateral e igualmente al margen de que quepa integrar su contenido con otras medidas de naturaleza negocial que, en último extremo, no hacen sino completar aspectos de la relación orgánica (véase POLO SÁNCHEZ, 1992, pp. 48 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, 1994, pp. 66 y ss.). Por su parte, la relación jurídica que vincula a otros sujetos que presten sus servicios en la sociedad con

ésta tiene naturaleza estrictamente contractual, si bien el tipo de contrato puede variar (así, relación laboral general, relación laboral especial -alta dirección-, relación de arrendamiento de servicios).

Las diferencias apreciables entre la relación que vincula con la sociedad a unos y otros sujetos trascienden también a su respectiva responsabilidad, no sólo en lo que se refiere a la responsabilidad personal del administrador o del colaborador sino también en lo relativo a la responsabilidad de la sociedad frente a terceros por actos realizados por sus administradores o por sus colaboradores dependientes en el desarrollo de sus funciones o en la prestación de sus servicios. Los administradores de sociedades anónimas se encuentran sometidos a un régimen especial de responsabilidad frente a la sociedad (responsabilidad social o interna) y frente a socios y terceros (responsabilidad externa), en el cual se establecen sus presupuestos, carácter solidario y causas de exoneración, un régimen que en principio resulta aplicable exclusivamente a los sujetos que ostenten la condición legal de administrador. En cambio, no existe un régimen especial de responsabilidad civil del “alto cargo no administrador” de una sociedad anónima (prescindiendo de los problemas que en Derecho español puede plantear la delimitación de esta categoría de colaboradores dependientes) sino que, en principio, el mismo derivará de la aplicación de las normas generales en materia de responsabilidad civil y de la concreta naturaleza y régimen de la relación que vincule al “alto cargo” con la sociedad para la cual preste sus servicios, quedando al margen de la que sea imputable a quienes ostenten el cargo de administrador; en particular, con carácter general (prescindiendo por tanto de la naturaleza concreta de la relación que vincule al auxiliar o colaborador con el empresario), los arts. 1903 y 1904 Cc establecen, respectivamente, la responsabilidad del empresario frente a los terceros por los perjuicios ocasionados por sus dependientes y el derecho de repetición de aquél frente a éstos (por lo que respecta a los dependientes dotados de poder de representación, deberá tomarse en consideración lo establecido en los arts. 281 y siguientes del C. de Co); de ello se desprende que la responsabilidad del empleado o dependiente es únicamente interna, es decir, frente al empresario o principal pues es éste quien responderá frente a terceros de los daños causados por la actuación de aquél, sin perjuicio además de la clara tendencia existente en Derecho comparado a restringir o limitar la responsabilidad del dependiente frente al empresario.

A pesar de la diferencia de naturaleza existente entre la relación jurídica que vincula con la sociedad al administrador y a los “altos cargos no administradores”, debe también señalarse, de un lado, la existencia en Derecho administrativo sancionador de normas que establecen un régimen de responsabilidad común a administradores y a altos directivos (art. 95 Ley del Mercado de Valores, art. 1.4 Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, art. 40.1 Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) así como su asimilación también a efectos de aplicación de normas reguladoras de aspectos de su posición jurídica (en este sentido véase la Disp. Adicional 150 Ley del Mercado de Valores, sobre retribución de directivos y administradores en sociedades cotizadas) y, de otro, la existencia de propuestas de extensión de la responsabilidad legalmente prevista para quienes ostentan la condición de administrador a otros sujetos que asumen funciones gestoras en el seno de una sociedad, particularmente, el o los apoderados generales o, con otra denominación, el o los directores generales, fundamentalmente con la finalidad de evitar la frustración del sistema legal de responsabilidad (que, en algunos casos, se refieren no tanto a la aplicación del régimen al director general en cuanto tal sino al sujeto que se considera, en atención a

las circunstancias concurrentes, administrador “de hecho” de la sociedad que puede o no ser, a su vez, el propio director general). Pero, sin perjuicio de que pudiera reconocerse una tendencia hacia la aproximación, al menos en algunos aspectos, del régimen jurídico aplicable a administradores y a altos directivos, lo cierto es que las propuestas de extensión del régimen de responsabilidad previsto para los administradores de las sociedades de capital a ciertos empleados dependientes de la sociedad (y, singularmente, al director general) no han recibido por el momento respaldo legal. Por ello, entre ambos subsisten todavía notables diferencias que impiden su asimilación y desaconsejan el aseguramiento conjunto de su responsabilidad civil.

Ello resulta especialmente claro en los casos en los que la sociedad ha concluido, junto a un seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos, un seguro de responsabilidad civil empresarial modalidad explotación que cubre, entre otros riesgos, la responsabilidad del empresario (sociedad) por daños causados por un empleado o dependiente; en este caso, el seguro D&O cubriría la responsabilidad del alto directivo frente a la sociedad, es decir, el derecho de repetición previsto en general en el artículo 1904 Cc. Sin embargo, teniendo en cuenta que en virtud del art. 43 LCS en los seguros de responsabilidad civil empresarial la compañía aseguradora no puede subrogarse en el derecho de repetición que pudiera corresponder al asegurado (empresario) contra el causante del daño salvo que éste tenga cubierta su responsabilidad civil y que el empresario asegurado generalmente no ejercitará su derecho de repetición contra el dependiente causante del daño, la contratación simultánea de ambos seguros (y la satisfacción de las primas correspondientes por la sociedad) únicamente tiene como consecuencia posibilitar que el asegurador de la responsabilidad civil empresarial pueda repetir contra el asegurador de la responsabilidad civil del alto directivo; por ello, la contratación de un seguro de responsabilidad empresarial que cubra también los daños causados por la actuación de altos directivos excluye lógicamente la inclusión de éstos en un seguro de responsabilidad civil de administradores, salvo que se quiera satisfacer una doble prima por obtener una misma y única cobertura.

Por otra parte, la cobertura conjunta obliga a realizar continuas precisiones fundamentalmente en relación con la delimitación del riesgo asegurado (tanto positiva como, sobre todo, negativa -exclusiones de cobertura-), cálculo de la prima y otros aspectos del contenido del contrato de seguro que, sin embargo, habitualmente no se realizan en las pólizas emitidas en nuestro mercado asegurador (así MARTÍN GIL, 1996, p. III), lo que pone de manifiesto la artificialidad de la agrupación de administradores y altos directivos a efectos del aseguramiento de su responsabilidad civil.

4. El riesgo y su cobertura

4.1. Consideraciones previas: la responsabilidad civil asegurable

Atendiendo a la configuración legal del seguro de responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico, el riesgo cubierto por esta modalidad asegurativa viene constituido por el nacimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado como consecuencia de su responsabilidad civil (art. 73 LCS; cfr. SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1129 y ss.) si bien, en los casos en los cuales el asegurador se

comprometa a asumir también la defensa jurídica del asegurado, habrá que entender que el seguro cubre no sólo el riesgo de responsabilidad sino también el riesgo de defensa jurídica, sin perjuicio de que la cobertura de éste sea accesoria y complementaria respecto de la de aquél (la cobertura del riesgo de defensa jurídica se incluye salvo pacto en contrario en el seguro junto a la cobertura del riesgo de responsabilidad civil: art. 74 LCS). A partir de esta definición general de riesgo será necesario, por tanto, que en el caso concreto se individualice el supuesto de responsabilidad asegurado que puede generar la deuda a cargo de la persona asegurada (a ello se refiere la propia LCS al determinar en su art. 73 que el asegurador se compromete a asegurar el riesgo de responsabilidad civil “*dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato*”; véanse SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1138 y ss. y FONT RIBAS, 1999, pp. 98 y 99) lo cual exigirá la concreción de los hechos origen de la responsabilidad civil asegurada (delimitación positiva) combinada con la indicación de las causas de exclusión de la cobertura (delimitación negativa).

En relación con cada supuesto o grupo de supuestos de responsabilidad cuyas consecuencias son objeto de cobertura por un seguro de responsabilidad civil, interesa distinguir entre la eventual responsabilidad asegurable y la concreta responsabilidad asegurada. La primera hace referencia, dentro de la modalidad de responsabilidad de que se trate, al ámbito de posibles supuestos de responsabilidad que en abstracto pueden ser objeto de cobertura por un contrato de seguro, entretanto la segunda se refiere a los concretos supuestos que, dentro de la responsabilidad asegurable, son objeto de cobertura en particular por un concreto contrato de seguro de responsabilidad civil; en consecuencia, la responsabilidad asegurada viene delimitada por la responsabilidad asegurable así como por los supuestos de responsabilidad descritos y las exclusiones o limitaciones contenidas en el propio contrato.

En la delimitación de la responsabilidad civil asegurable, con carácter general ha de hacerse mención a la exclusión legal de la asegurabilidad de la responsabilidad civil derivada de dolo del asegurado (art. 19 LCS), exclusión que no impide que el perjudicado o sus herederos puedan dirigirse contra el asegurador en ejercicio de la acción directa para exigir el cumplimiento por éste de su obligación de indemnizar, sin perjuicio de la posibilidad de repetición contra el asegurado que actuó dolosamente (art. 76 LCS). Ello no permite concluir que en el seguro de responsabilidad civil cabe asegurar el dolo sino, simplemente, que por diferentes razones de política jurídica la ley ha extendido frente al perjudicado la obligación del asegurador de indemnizar los daños sufridos por éste (sobre la crítica a esta extensión véase, por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1246 y ss); en todo caso, esta situación hace innecesaria la exclusión convencional del dolo (dado que la exclusión se referiría a un riesgo que queda legalmente excluido de la cobertura ofrecida por el seguro: BAÍLLO, 2002, pp. 1278 y 1279) e impide que las partes contratantes puedan, mediante pacto en ese sentido, hacer oponible al perjudicado la inasegurabilidad del dolo o, simplemente, la exclusión de la cobertura del dolo del asegurado (el art. 76 LCS admite imperativamente el ejercicio de la acción directa también en este caso, una norma que como señalamos anteriormente resulta aplicable incluso a los seguros de “grandes riesgos”); no obstante algunos autores consideran que, a pesar de lo dispuesto en el art. 76 LCS, el dolo del asegurado es una excepción extracontractual oponible por la compañía aseguradora al tercero perjudicado (BAÍLLO, 2002, p. 1283).

Al margen de ello, en relación en particular con la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima ha de considerarse como responsabilidad asegurable todos aquellos supuestos de responsabilidad *civil* (quedan excluidos por tanto los actos que generen únicamente responsabilidad penal, fiscal y/o administrativa) en que pueda incurrir el administrador de una sociedad anónima en el ejercicio de su cargo que, en concreto, serán aquellos contemplados en el régimen especial de responsabilidad de los administradores contenido en los arts. 133 a 135 LSA y otros supuestos vinculados a determinados incumplimientos o infracciones (cfr. en este sentido los arts. 15.1, 15.2, 17.2, 74.3, 127 y 262.5 LSA y las Disposiciones Transitorias Tercera y Sexta LSA, así como el art. 172.3 de la Ley Concursal). Entre estos últimos podría resultar discutible la asegurabilidad del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 262.5 LSA (y también de los contenidos en las Disp. Transitorias 30 y 60 LSA, si bien en relación con éstos deba señalarse que es difícil que hubiesen sido objeto de cobertura en el pasado e inimaginable que lo sean en el futuro) por tratarse de un supuesto de responsabilidad-sanción por incumplimiento de una obligación legal cuya exigencia no requiere la existencia de un daño (sobre la caracterización de este supuesto de responsabilidad véase en esta misma obra el trabajo del Prof. BELTRÁN); sin embargo, la desvinculación de la responsabilidad respecto de la producción de un daño efectivo no significa que la misma pierda su carácter de responsabilidad civil ni tampoco que adquiera el carácter personalísimo que tienen las sanciones penales y administrativas y, en consecuencia, ha de concluirse afirmando la asegurabilidad del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 262.5 LSA (véase VICENT CHULIÁ, 1999, pp. 303 y 304; SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 411).

A partir de la contemplación conjunta de los supuestos de responsabilidad en que puede incurrir el administrador de una sociedad anónima y que pueden ser objeto de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de administradores, debe señalarse que el riesgo en esta modalidad de seguro presenta características singulares respecto del riesgo cubierto por otros seguros de responsabilidad civil. Por encima de otras consideraciones, debemos destacar nuevamente que se trata de un riesgo extraordinariamente complejo dadas las dificultades que plantea sobre todo el estudio estadístico de la probabilidad de producción de los siniestros e importancia económica de éstos (véase *supra* apartado I). Ello se traduce en una notable dificultad para el cálculo de la prima y asimismo en problemas para establecer directrices generales sobre la asunción de este tipo de riesgos fundamentalmente porque, en esta modalidad de seguro, el riesgo presenta particularidades en cada caso de modo que su cobertura no es generalizable a otros casos. En general, los supuestos de responsabilidad civil de administradores sociales no son evidentes y, a su vez, el esclarecimiento de los hechos es normalmente muy complejo y difícil particularmente en los casos de responsabilidad frente a la sociedad y, sobre todo, si el administrador demandado es separado de su cargo. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de prestar una atención singular en la elaboración del contenido de las pólizas que documentan esta modalidad de seguro en cada caso, para lo cual resulta esencial la consideración del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas en nuestro ordenamiento jurídico.

4.2. Delimitación de la responsabilidad civil asegurada

La delimitación convencional del riesgo en el contrato de seguro se realiza positivamente mediante la concreción del riesgo asegurado y negativamente mediante la enunciación de exclusiones o

limitaciones a dicho riesgo (véase SÁNCHEZ CALERO, 1999, pp. 1138 y ss). Las exclusiones de cobertura, por tanto, se refieren a supuestos que en principio han de entenderse comprendidos en el riesgo asegurado pero que, por voluntad de las partes contratantes, quedan fuera de la cobertura de modo que su realización no desencadenará la obligación del asegurador. En el seguro de responsabilidad civil el riesgo asegurado es la responsabilidad civil y, salvo que se excluya, también la defensa jurídica del asegurado frente a reclamaciones formuladas contra él en exigencia de su responsabilidad (art. 74 LCS). Usualmente, la delimitación de ambos riesgos se realiza de forma independiente aunque interconectada como consecuencia precisamente de la propia interconexión existente entre la cobertura de ambos riesgos, utilizándose en ambos casos criterios propios de delimitación entre los que destaca el relativo a la causa de la responsabilidad (o hecho dañoso) si bien, en principio, la delimitación del riesgo de responsabilidad civil vincula a la del riesgo de defensa jurídica en el sentido de que el asegurador se compromete a realizar la prestación correspondiente a esta cobertura únicamente en los casos en los cuales el supuesto concreto o la reclamación correspondiente queden incluidos en la cobertura del riesgo de responsabilidad civil.

En principio, salvo en los supuestos de seguros obligatorios de responsabilidad civil, cabe que las partes establezcan cuantas exclusiones o limitaciones a la cobertura del riesgo asegurado tengan por conveniente. No obstante, las cláusulas incluidas en el contrato con dicha finalidad habrán de ser claras y precisas (art. 3 LCS) y, a su vez, se entiende que las exclusiones no pueden ser de tal amplitud que hagan ilusoria la garantía que proporciona el seguro (véase ALONSO SOTO, 1977, p. 295; FONT RIBAS, 1999, p. 99). Del mismo modo, aun cuando conceptualmente no pueda admitirse la identificación entre cláusulas delimitativas del riesgo asegurado y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (fundamentalmente de la Sala de lo Penal y sólo excepcionalmente también de la Sala de lo Civil) con la finalidad de proteger al asegurado ha equiparado en ocasiones ambos tipos de cláusulas (véase SÁNCHEZ CALERO, 1999, p. 98; TAPIA HERMIDA, 1999, pp. 983 y ss.; AVILA DE LA TORRE, 1997, pp. 67 y ss.); por ello, no puede obviarse la posibilidad de que cláusulas delimitativas del riesgo puedan ser consideradas como limitativas de los derechos del asegurado y, en consecuencia, sometidas a los requisitos establecidos para la validez de éstas o, en su caso, como lesivas del asegurado (ello puede suceder particularmente en relación con aquellas cláusulas denominadas “sorprendentes” que delimitan el riesgo de forma no frecuente o habitual: véase FONT RIBAS, 1998, pp. 40 y 41).

Debe señalarse igualmente la tendencia de nuestra jurisprudencia a realizar una interpretación amplia de las inclusiones de riesgos en la cobertura del contrato y una interpretación restrictiva de las exclusiones (TAPIA HERMIDA, 1999, p. 986), lo cual provoca que resulte especialmente relevante una redacción clara y precisa de las cláusulas de exclusión para conseguir que éstas respondan exactamente a la voluntad de las partes y no defrauden sus respectivas expectativas.

Respecto a la redacción de las cláusulas delimitativas del riesgo asegurado, debe tomarse en consideración la delimitación de la cobertura del riesgo de responsabilidad civil que se realiza en los seguros de responsabilidad civil general pues, una parte importante de las exclusiones de cobertura de algunas modalidades de éste no son más que un reflejo de las elaboradas con carácter general

para el mismo (en este sentido en relación con el seguro D&O véanse FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 145 y ss. y VICENT CHULIÁ, 1999, p. 302).

En todo caso, el aspecto principal en la delimitación del riesgo de responsabilidad asegurado por esta modalidad de seguro viene constituido no por la identificación de los supuestos de responsabilidad incluidos en la cobertura (delimitación positiva del riesgo) sino, al contrario, por las exclusiones de la misma (delimitación negativa del riesgo). Las cláusulas que se introducen con esta última finalidad son muy numerosas y heterogéneas lo que, al margen de dificultar la identificación del riesgo asegurado en cada caso, pone de manifiesto que una de las principales características de esta modalidad asegurativa es la necesidad de que la cobertura ofrecida se adapte exactamente a las circunstancias del riesgo asegurado (conscientes de la singularidad del supuesto de responsabilidad asegurado, las propias compañías aseguradoras ofrecen pólizas específicamente adaptadas a las necesidades que se originan en ciertas sociedades o entidades). La heterogeneidad de los clausulados generales de esta modalidad de seguro puede apreciarse tanto si se comparan las pólizas ofrecidas en diferentes mercados aseguradores como si se comparan las pólizas ofrecidas por las distintas compañías aseguradoras en un mismo mercado asegurador (VICENT CHULIÁ, 1999, pp. 302 y 303), concentrándose las diferencias precisamente en las exclusiones (supuestos de responsabilidad excluidos de la cobertura). El número de exclusiones ha experimentado un crecimiento sostenido desde inicios de los años ochenta si bien, a finales del siglo pasado, puede constatarse una reacción en dirección contraria en la perspectiva de mejorar y aumentar la cobertura ofrecida por esta póliza, una tendencia que se ha visto frenada con el inicio de la nueva centuria y la crisis experimentada por este ramo del seguro que ha tenido como consecuencia, entre otras, una cobertura más restrictiva.

La amplitud y heterogeneidad de las cláusulas de exclusión aconsejan que centremos nuestra atención únicamente en las principales exclusiones de entre aquellas más comunes que con mayor frecuencia pueden encontrarse en las diferentes pólizas, sistematizadas en atención también a los criterios o parámetros utilizados para la delimitación del riesgo asegurado.

a. Delimitación causal

En el seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, la identificación del riesgo de responsabilidad asegurado que se realiza en las pólizas que se ofrecen en nuestro mercado asegurador se hace girar en torno a la definición de la expresión “acto incorrecto”, “acto negligente”, “acto dañoso” u otra equivalente, con una evidente proximidad a la técnica y fórmulas utilizadas en otros mercados aseguradores (singularmente en Estados Unidos donde con ese fin se utiliza el concepto “*wrongful act*”); ello unido a la imprecisión con la que normalmente se procede a la definición del concepto utilizado (SÁNCHEZ CALERO, 2001, pp. 406 y 407) plantea dificultades para la identificación exacta de los supuestos de responsabilidad cubiertos por el seguro. No obstante, en general puede señalarse que en todos los casos se hace referencia, con mayor o menor precisión técnica, a los supuestos de responsabilidad derivados de acciones u omisiones culposas, negligentes o imprudentes que supongan incumplimiento de un deber o sean realizadas sin la diligencia debida o resulten contrarias a la ley o a los estatutos de la sociedad y sean realizadas por los administradores en el desarrollo de sus funciones como tales.

A partir de esta formulación general debe realizarse el esfuerzo por determinar los concretos supuestos de responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas que quedan incluidos en la misma. Es claro que dentro del riesgo asegurado han de entenderse incluidos los supuestos de responsabilidad derivados de la aplicación de los arts. 133 a 135 LSA, que son precisamente los supuestos prototípicos en relación con los cuales se diseña la cobertura del seguro de responsabilidad civil de administradores sociales, pero también el resto de supuestos de responsabilidad en los que puede incurrir el administrador de una sociedad anónima, incluido también el contemplado en el artículo 262.5 LSA (a este respecto, las compañías aseguradoras han comenzado recientemente a incluir cláusulas específicas de exclusión de este supuesto del riesgo asegurado: VICENT CHULIÁ, 1999, pp. 303 y 304, quien afirma que la exclusión se limita a las pequeñas sociedades y SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 411, quien se manifiesta contrario a la previsión de dicha exclusión pues este supuesto “debería entrar dentro de la cobertura de este seguro”; en contra de esta interpretación véase MORRAL SOLDEVILLA, 2003, p. 326); no obstante, si la voluntad de las partes es realmente cubrir dicho riesgo es necesario que el mismo reciba una atención específica en la configuración de ciertos aspectos del contenido de la póliza, pues éstos están generalmente diseñados pensando en supuestos de responsabilidad-indemnización y no contemplan las singularidades que plantean los supuestos de responsabilidad-sanción. Igualmente, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, se entenderá también incluido en la cobertura, salvo exclusión expresa, el riesgo de incurrir en la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de esa Ley, tanto si se considera que se trata de un supuesto de responsabilidad-sanción (GARCÍA-CRUCES, 2003, pp. 309 y 310) como si se entiende, como estimamos más acertado, que se trata de un supuesto de responsabilidad por daños (ALONSO UREBA, 2003, pp. 304 y ss).

Por lo que respecta a las exclusiones debe señalarse, en primer lugar, que dado que se trata de un seguro de responsabilidad civil quedará excluido de su cobertura el riesgo de responsabilidad que no tenga este carácter (fundamentalmente, los supuestos de responsabilidad derivados de infracciones administrativas y penales, pero no así la responsabilidad civil derivada de la comisión culposa de un delito o falta). A su vez, en tanto la cobertura ofrecida por el seguro se refiere a la responsabilidad derivada del ejercicio de las funciones propias de órgano de administración de una sociedad anónima, han de entenderse excluidos de la misma, entre otros y sin necesidad de que se pacte expresamente una exclusión en este sentido, el riesgo de responsabilidad derivado del desarrollo para la sociedad de funciones distintas de las propias del cargo de administrador (caso en el que el administrador desarrolle otras funciones -letrado, ingeniero, médico,...-), la responsabilidad que pueda imputarse a un administrador que a su vez ostente la condición de socio como consecuencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica así como el denominado “riesgo de empresa” (aunque en rigor los administradores no asumen responsabilidad por el llamado “riesgo de empresa” dado que las obligaciones asumidas por aquéllos son de comportamiento y no de resultado: ALONSO UREBA, 1991, p. 686; SÁNCHEZ CALERO, 1994, p. 243).

Las cláusulas de exclusión relativas a la causa de la responsabilidad que con mayor frecuencia se incluyen en esta modalidad de seguro se refieren a la diferenciación y separación de la cobertura ofrecida por este seguro de la ofrecida por otras modalidades asegurativas (al margen de las cláusulas genéricas, entre éstas deben citarse las dirigidas a separar la cobertura del seguro de

responsabilidad civil de administradores de la ofrecida por, entre otros, el seguro de responsabilidad empresarial por productos defectuosos y el seguro de responsabilidad patronal), al grado de culpabilidad del asegurado (se excluyen así los supuestos de responsabilidad en los que concurra dolo, mala fe o conducta fraudulenta del asegurado, aunque ello resulte innecesario) y a la naturaleza de la causa de la responsabilidad y la concreta materia sobre la que la misma versa (entre otros supuestos, se excluye la responsabilidad por imposición de multas y sanciones o por conductas o actuaciones delictivas, la derivada de la obtención ilícita o fraudulenta de ventajas, beneficios o remuneraciones y el pago de comisiones, sobornos, regalos o gratificaciones a grupos políticos o sindicales o, en general, a cualquier sujeto). Así mismo, suelen excluirse los supuestos de responsabilidad derivados de la realización de actividades ajenas al cargo, exclusión que, como hemos señalado, también resulta innecesaria.

Del análisis de un conjunto importante de las pólizas de seguro de responsabilidad de administradores que se ofertan en nuestro mercado asegurador se desprende la existencia de notables defectos de técnica jurídica en su elaboración generadores, a su vez, de incertidumbre e inseguridad jurídica, unas deficiencias que en su mayor parte derivan de la traslación de conceptos, términos y expresiones contenidas en las pólizas ofrecidas en otros mercados aseguradores y, singularmente, en Estados Unidos. La observación en conjunto de las numerosas cláusulas de exclusión contenidas en las pólizas de esta modalidad de seguro permite apreciar frecuentes coincidencias o solapamientos entre las mismas (en algunos casos un mismo supuesto de responsabilidad puede enmarcarse en dos o más cláusulas de exclusión), dificultades para la identificación del supuesto de responsabilidad excluido y, sobre todo, la utilización de expresiones genéricas o imprecisas cuya concreción no es en modo alguno sencilla lo cual plantea graves problemas interpretativos y de aplicación además de llevar, en ese afán de la compañía aseguradora por eliminar cualquier duda sobre la exclusión de determinados supuestos de responsabilidad, a atribuir a estas exclusiones un ámbito más amplio del probablemente previsto por las partes y, singularmente, por el asegurado. La progresiva adaptación de las pólizas ofrecidas en nuestro mercado asegurador al régimen de responsabilidad de administradores de sociedades anónimas vigente en Derecho español, ha significado afortunadamente la desaparición de algunas exclusiones de origen norteamericano que se incluían en los primeros formularios (en ocasiones con referencia expresa a normas vigentes en otros ordenamientos jurídicos) aunque los asegurados no estuviesen sometidos al riesgo excluido, o la limitación de su eficacia únicamente a las reclamaciones interpuestas en territorio de los Estados Unidos y Canadá (en general, sobre las cláusulas de exclusión de carácter causal véase FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 144 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 264 a 276).

b. Delimitación subjetiva

En principio, en el supuesto de seguro de responsabilidad civil de administradores sociales, el círculo de posibles perjudicados resulta en abstracto ilimitado dado que éstos pueden ser la propia sociedad tomadora, los socios y cualesquiera otros sujetos. A estos efectos resulta por tanto decisiva la limitación convencional que de dicho círculo realicen las partes contratantes mediante la previsión de exclusiones a la cobertura lo cual, en el concreto aspecto al que nos referimos, se realiza mediante la previsión de cláusulas de exclusión *ad hoc* y/o mediante la delimitación de la figura del tercero

perjudicado que habitualmente también se realiza en la póliza. Así, en unos casos, la delimitación del círculo de perjudicados se realiza mediante la definición de tercero perjudicado de la cual se excluyen ciertos sujetos y, en otros, mediante la previsión de cláusulas que excluyen de la cobertura del riesgo las reclamaciones en exigencia de responsabilidad formuladas por determinados sujetos, siendo igualmente admisible que se combinen ambas posibilidades.

Las exclusiones de cobertura basadas en la identidad del tercero perjudicado tienen como fundamento común la eventual existencia de un riesgo de simulación del siniestro sobre la base de un concierto entre tercero y asegurado con la finalidad de obtener la indemnización del asegurador (junto a éste se señalan también otros argumentos que carecen de alcance general; véase CALZADA, 1983, pp. 246 y ss). En el supuesto del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas en particular, las exclusiones cuyo fundamento radica en el riesgo de concierto o colusión entre asegurado y perjudicado son básicamente las relativas a las reclamaciones de responsabilidad interna o social (es decir, responsabilidad frente a la sociedad por daños sufridos por ésta) interpuestas por la propia sociedad tomadora, las reclamaciones dirigidas contra un asegurado por otro asegurado, las reclamaciones interpuestas por terceros estrechamente vinculados al asegurado (principalmente, miembros de su familia) y las reclamaciones interpuestas por accionistas mayoritarios, con participación relevante o con posición de control en la sociedad tomadora (exclusión cuya extensión debe determinarse atendiendo más a criterios sustantivos -control, poder de decisión determinante- que formales -titularidad de un determinado porcentaje de capital social-; véase PÉREZ CARRILLO, 1999, p. 274; precisamente la utilización exclusiva de criterios cuantitativos hace que algunos autores consideren injustificada esta exclusión: véase SÁNCHEZ CALERO, 2001 p. 410).

La exclusión del riesgo de responsabilidad interna o social, que es reflejo de la exclusión que en los seguros de responsabilidad civil general celebrados por cuenta ajena afecta a las reclamaciones interpuestas por el tomador del seguro (en el seguro de responsabilidad de administradores ya ha sido señalado que generalmente el tomador es la propia sociedad) y se contiene con frecuencia en las pólizas de seguro D&O en Estados Unidos, merece una atención particular. Generalmente, dicha exclusión se refiere únicamente a las reclamaciones en exigencia de responsabilidad social interpuestas por la propia sociedad y no, en cambio, a los supuestos de ejercicio de la acción social de responsabilidad por otros sujetos legitimados (en particular, socios y acreedores); sin embargo, esta limitación de cobertura, teniendo en cuenta el carácter restrictivo con el que en Derecho español y, en general, en la Europa continental se reconoce legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social (al menos comparativamente con lo que sucede en Estados Unidos), sitúa a la sociedad tomadora en una situación de desprotección frente a otros perjudicados y, con ello, disminuye notablemente el atractivo de esta modalidad asegurativa. Debe reconocerse, no obstante, que la cobertura ilimitada del riesgo de responsabilidad social conlleva un relevante peligro de abuso y manipulación (si se plantea un concierto entre administradores asegurados y sociedad tomadora para simular un siniestro en la perspectiva de conseguir una indemnización del asegurador, será muy difícil que éste pueda, sin ayuda de los asegurados, defenderse frente a esa reclamación).

Por ello, si bien no es conveniente (ni frecuente) que en las pólizas ofertadas en nuestro mercado asegurador se excluya el riesgo de responsabilidad interna o social, sí lo es la previsión de un conjunto de cautelas para eliminar o reducir ese riesgo de abuso concretadas en la introducción de restricciones o limitaciones a la cobertura de este riesgo; las posibilidades a este respecto son múltiples: puede limitarse la cobertura de este riesgo únicamente a los casos en los cuales la reclamación en exigencia de responsabilidad social sea ejercitada contra los administradores siguiendo las instrucciones o la iniciativa de los socios o con participación de éstos; cabe excluir de la misma los casos en los cuales la reclamación en exigencia de responsabilidad sea planteada por los propios administradores asegurados, por una sociedad filial o por la sociedad matriz del grupo; o la cobertura de la responsabilidad interna pero vinculando el deber de indemnización de la compañía aseguradora al cese efectivo en su cargo del administrador asegurado demandado o a la determinación judicial de la indemnización de daños y perjuicios; incluso, en ocasiones, se tratan de reducir las posibilidades de manipulación a través de la regulación de la franquicia (sobre ésta y otras exclusiones de carácter subjetivo véanse FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 150 y ss.; PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 245 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 276 y ss).

c. Delimitación temporal

En el seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades, como en general sucede también en otros seguros de responsabilidad civil, la prestación del asegurador se vincula generalmente a la reclamación realizada por el tercero perjudicado (*claim made*) que deberá haberse producido durante la vigencia material del seguro y prescindiendo, por tanto, del momento en el cual se haya producido el hecho dañoso causante de la responsabilidad del asegurado. La admisión de estas cláusulas en Derecho español, en tanto implican no sólo la fijación de un período de vigencia material del seguro (lo cual resulta plenamente admisible a tenor de lo establecido en el art. 22 LCS) sino, sobre todo, una fijación convencional del siniestro al menos en su perspectiva de hecho o acto desencadenante de la prestación del asegurador, ha sido intensamente demandada por las compañías aseguradoras y objeto de una importante controversia en la doctrina y jurisprudencia hasta la modificación del artículo 73 Ley del Contrato de Seguro por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en 1995; tras esta reforma, y sin perjuicio de la valoración que la misma pueda merecer (para una valoración crítica de la misma véase, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, 1997, pp. 33 y ss. y 1999, pp. 1158 y 1159; CALZADA CONDE, 1997, pp. 52 y ss.), se ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico la admisibilidad de las cláusulas *claim made* que reúnan los requisitos señalados en ese precepto y, consiguientemente, la nulidad de las restantes (conclusión esta última que, sin embargo, no juega en los seguros de “grandes riesgos” pues la exclusión del carácter imperativo de la LCS en relación con éstos, lleva a admitir cualquier fórmula de delimitación temporal del riesgo basada en la reclamación del perjudicado; así OLIVENCIA, 1994, pp. 208 y 209; SÁNCHEZ CALERO, 1997, pp. 42 y 43 y 1999, pp. 1164 y 1165; FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, p. 217). En particular, el artículo 73 LCS exige que, en el supuesto de que el siniestro se vincule a la reclamación del perjudicado, se contemple bien la cobertura retroactiva (deben quedar cubiertos los supuestos en los que la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya nacido con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato) bien la cobertura posterior (supuestos en los que la reclamación se haya producido en un período de tiempo no inferior a un año tras la terminación del período de duración del contrato o, en su caso, de sus prórrogas).

Con frecuencia en las pólizas del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, el siniestro se define como la reclamación realizada por un tercero contra el asegurado en exigencia de su responsabilidad, a la vez que se determina el período de vigencia material del seguro tomando en consideración el momento de realización de la reclamación (véanse FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 189 y ss.; PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 274 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, 2001, pp. 411 y ss). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000 se ocupa, entre otros aspectos, de la extensión temporal de la cobertura ofrecida por una póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores sociales (en la misma se afirma: “...De la póliza resulta que la cobertura se encuentra delimitada temporalmente (...), estableciéndose una cobertura retroactiva hasta comprender “hechos o actuaciones realizados antes o durante la vigencia de la póliza, siempre que el asegurado no tuviera conocimiento con anterioridad al 11 de febrero de 1991 de cualquier incidente o circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación”. Esta cláusula limitativa, que delimita temporalmente la cobertura de la póliza, puede ser opuesta por el asegurador, pues en el caso de asunción voluntaria de la obligación de aseguramiento, el asegurador puede acotar temporalmente el alcance de su obligación de aseguramiento. Debe tenerse en cuenta que los hechos que hemos declarado punibles de responsabilidad de los asegurados son hechos dolosos y que, en consecuencia, los asegurados conocían la circunstancia -el delito- por la que podían ser objeto de reclamación respecto de los hechos que se realizaron con anterioridad al 11 de febrero de 1991. Conforme resulta del relato fáctico, la operación Cementeras, la de Carburos Metálicos y la operación locales comerciales discurren en un momento anterior al del período de cobertura, por lo que respecto de estos hechos no puede declararse la responsabilidad civil de La Unión y El Fénix. No se trata en este caso de una excepción a las que se refiere el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, que declara inmunes a la acción directa del perjudicado las excepciones que pueda oponer el asegurador al asegurado, sino simplemente de la delimitación temporal de la vigencia de la póliza establecida por las partes de acuerdo con el principio de libertad de pacto del art. 1255 del Código Civil. Las cláusulas “claims made” han sido reconocidas por el art. 73 de la Ley del Contrato de Seguro, tras su reforma por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, con la limitación de que la cobertura retroactiva alcance al menos a un año de antelación al comienzo de los efectos del contrato, por lo que el establecimiento de la fecha del 11 de febrero de 1991 cumplía este requisito al haberse formalizado la póliza el 12 de agosto de 1993...”, para añadir posteriormente “...Por otro lado hay una aceptación especial por Banesto de las cláusulas “Claims Made Basis”, que aparte de los efectos declarados, obligaba a la reclamación dentro del período de vigencia de la póliza, lo que no tuvo lugar al ser rescindida la póliza con fecha 22 de marzo de 1994, que hubiere quedado rescindida naturalmente al término de su vigencia a las cero horas del día 14 de noviembre de 1994, día en que se interpuso la querella por el Ministerio Fiscal, que no fue comunicada al asegurado hasta el día siguiente. No consta que se notificase al asegurador la reclamación dentro del período de vigencia de la póliza, por lo que éste puede oponer las cláusulas de delimitación temporal de la cobertura aceptadas especialmente por Banesto”).

La vinculación de la prestación del asegurador a la reclamación del perjudicado realizada dentro de un determinado período exige definir qué se entiende por “reclamación” (y, en particular, si es suficiente cualquier clase de exigencia o requerimiento para entender formulada una reclamación o si, por el contrario, es necesario que la misma se refiera al pago de una compensación económica) y a quién ha de formularse la misma (básicamente, al asegurado o a la sociedad tomadora) en relación con lo cual debe tomarse en consideración la posibilidad de acción directa que el artículo 76 LCS reconoce al perjudicado contra la compañía aseguradora (posibilidad que generalmente es ignorada

en las pólizas que se ofrecen en nuestro mercado asegurador: véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 413). Asimismo, entendemos que el art. 73 LCS únicamente autoriza la vinculación de la prestación del asegurador a la reclamación del perjudicado realizada dentro del período de vigencia material del seguro pero no a la notificación de ésta al asegurador por lo que, en consecuencia, no serán válidas aquellas cláusulas que exijan que no sólo la reclamación sino también su notificación al asegurador se haya realizado dentro del período de vigencia material del seguro (que, no obstante, se incluyen en algunas pólizas; véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 413).

Por otra parte, la vinculación de la prestación del asegurador a la reclamación del perjudicado puede plantear dificultades en algunos supuestos. Así, en la Ley Concursal se prevé la posibilidad de que el juez del concurso, en la sentencia de calificación del concurso, condene a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa (art. 172, apartado 3). Tras la entrada en vigor de esta Ley, por tanto, es posible que se determine la responsabilidad de los administradores sociales directamente por el juez y sin previa reclamación por parte de los acreedores de la persona jurídica declarada en concurso culpable; no obstante, a partir de esta sentencia, generalmente los acreedores sociales realizarán la correspondiente reclamación a los administradores declarados responsables de modo que, en principio, habrá de ser tomada en consideración la fecha de esta reclamación y no la de la sentencia a efectos de verificar la inclusión de este supuesto de responsabilidad en la cobertura del seguro por haber acaecido dentro de su período de vigencia material (en ningún caso podría tomarse en consideración como fecha de la reclamación la de la solicitud de declaración del concurso formulada por un acreedor dado que la misma no implica una demanda o exigencia de responsabilidad a los administradores sociales ni tampoco desembocará necesariamente en ésta); el problema únicamente podría plantearse en el improbable supuesto de que el administrador declarado responsable procediese espontáneamente a satisfacer a los acreedores el importe de sus créditos en los términos fijados en la sentencia dictada por el juez del concurso.

d. Delimitación geográfica o espacial

En los seguros de responsabilidad civil, la determinación de la extensión geográfica o territorial de la cobertura del riesgo asegurado, cuestión que depende de la voluntad de las partes, generalmente se circunscribe al territorio del Estado en el cual se contrata; no obstante, en el seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas, en tanto generalmente se contrata por grandes compañías para cubrir el riesgo de responsabilidad de sus administradores y de los administradores de sus sociedades filiales cuyos intereses pueden extenderse más allá del territorio donde radica el domicilio social de la sociedad matriz, no es infrecuente que se amplíe la extensión geográfica de la cobertura pudiendo comprender los supuestos de responsabilidad en que puedan incurrir los asegurados en cualquier lugar del mundo (cfr. FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, pp. 230 y ss.; PÉREZ CARRILLO, 1999, p. 279; SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 413). Esta posibilidad, que resulta de gran interés para los asegurados que desarrollan sus funciones de administración fuera del lugar de celebración del contrato, exige desde la perspectiva del asegurador una correcta valoración del riesgo asumido lo cual suele conducir a la adopción de determinadas medidas limitativas de la cobertura

ofrecida; así, en atención al elevado riesgo de responsabilidad que asumen los administradores de sociedades en algunos países y, particularmente en Estados Unidos y Canadá, las compañías aseguradoras que ofrecen este seguro en nuestro país y extienden su cobertura al mundo entero, incluyen un tratamiento específico para la cobertura de los supuestos de responsabilidad que se hayan producido en un determinado país o que hayan de juzgarse con arreglo a su ordenamiento jurídico, medidas que generalmente afectan a los dos países señalados y que pueden consistir bien en la exclusión de cobertura en estos casos, bien en la previsión de un conjunto de exclusiones que juegan exclusivamente en los supuestos de responsabilidad que se produzcan en los mismos o deban ser juzgados con arreglo a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

La extensión geográfica de la cobertura, al margen de la complejidad que introduce particularmente en relación con el cumplimiento de la prestación relativa a la defensa jurídica del asegurado (por todos, FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1994, pp. 230 y ss.), plantea también otros problemas. Así, aún cuando la cobertura del riesgo asegurado se extienda a múltiples países, en la póliza generalmente se determina que el contrato de seguro queda sometido al Derecho español (y, en particular, a la LCS); ahora bien, las reclamaciones en exigencia de responsabilidad que puedan plantearse contra los asegurados fuera de España, se regirán por el ordenamiento jurídico correspondiente, con independencia de que las mismas queden cubiertas por el contrato de seguro, lo cual plantea el problema de decidir si los derechos que se reconocen en Derecho español a los perjudicados y, en particular, la acción directa contra el asegurador (art. 76 LCS), podrán ser ejercitados por el perjudicado contra el asegurador sometido al Derecho español en un supuesto de responsabilidad de un asegurado cubierto por el seguro pero que ha de juzgarse con arreglo a un ordenamiento jurídico extranjero (SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 414).

4.3. Delimitación de la cobertura del riesgo de defensa jurídica

Salvo en el supuesto de que las partes contratantes acuerden algo distinto, el seguro de responsabilidad civil incluye también la cobertura del riesgo de defensa jurídica, en cuya virtud el asegurador se compromete a prestar el servicio de defensa jurídica al asegurado ante cualquier reclamación dirigida contra éste en exigencia de su responsabilidad (art. 74 LCS). Como consecuencia de su compromiso, el asegurador ha de soportar los gastos de defensa jurídica del asegurado tanto si ha asumido la misma como si ésta ha sido asumida por el propio asegurado (ya porque así lo determinen las partes o porque exista un conflicto de intereses entre ambas), lo cual comprende el pago de todos los gastos necesarios y razonables originados como consecuencia de la defensa del asegurado tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial, incluyendo también en su caso la constitución de fianzas que puedan exigirse al asegurado en razón o como consecuencia de un procedimiento en exigencia de su responsabilidad (una prestación que generalmente suele incluirse expresamente en las pólizas; por referencia al seguro D&O véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 417). Este aspecto de la cobertura es accesorio y complementario respecto de la cobertura del riesgo de responsabilidad civil, lo cual implica que el asegurador asume la dirección jurídica del asegurado únicamente ante reclamaciones en exigencia de responsabilidad civil que queden comprendidas en el riesgo de responsabilidad asegurado, sin perjuicio de que las partes hayan pactado algo distinto (ello comprenderá también, en particular, la asunción por el asegurador de los gastos de defensa jurídica

del asegurado en los casos en los que a través de la reclamación se impute a éste responsabilidad derivada de una conducta dolosa).

En el seguro de responsabilidad civil de administradores sociales, este aspecto de la cobertura presenta mayor o menor importancia en los diferentes mercados aseguradores en atención a la existencia o no de modalidades de seguro alternativas o a otros aspectos del ordenamiento jurídico al que queda sometido dicho mercado y, en particular, el régimen legal de distribución de las costas procesales (uno de los factores decisivos en la expansión del seguro D&O en Estados Unidos ha sido precisamente el sistema de distribución de costas procesales existente en este país -la llamada *american rule*- en cuya virtud, cada parte litigante ha de satisfacer sus propios gastos con independencia del resultado del proceso, frente al criterio del vencimiento objetivo vigente en la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeo-continenciales). En orden a la delimitación de este aspecto de la cobertura debe subrayarse, ante todo, la complejidad que habitualmente puede presentar una reclamación en exigencia de responsabilidad dirigida contra los administradores de una sociedad anónima, particularmente si se trata de una sociedad de grandes dimensiones, lo cual exige contar con una asistencia jurídica altamente especializada que, además, debe coordinarse con la propia defensa jurídica de la sociedad en los casos en los que ésta es demandada junto a sus administradores. A su vez, debe constatarse también la existencia de un interés de la sociedad tomadora en que sus asuntos internos se traten del modo más confidencial posible (GÓMEZ-LLORENTE, 1995, p. 234), así como que esta clase de seguro resulta especialmente indicada para grandes sociedades que a menudo cuentan con gabinetes jurídicos propios (de carácter interno o externo) capaces de prestar la asistencia jurídica especializada y de confianza que demandan dichas reclamaciones. Todo ello explica que, en la praxis, sea frecuente que las partes contratantes atribuyan al asegurado la dirección jurídica de su defensa mientras que el asegurador asume el pago de los gastos que deriven de la misma dentro de los límites pactados en el contrato reconociéndose a éste, a lo sumo, ciertas facultades en relación con la adopción de las decisiones más relevantes en las que se concreta aquélla (véase SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 417), lo cual puede plantear problemas de discrepancia entre asegurador y asegurado así como también la cuestión de la eventual existencia de una obligación a cargo del asegurador consistente en el anticipo de gastos (que suele vincularse a la previa autorización del asegurador de los gastos cuyo anticipo se solicita). Junto a ello, en algunos mercados aseguradores y particularmente en Estados Unidos, presenta una gran trascendencia práctica la distribución de los costes originados por la defensa jurídica cuando la reclamación se dirige conjuntamente contra personas aseguradas y contra personas no aseguradas o versa sobre supuestos de responsabilidad cubiertos y supuestos no cubiertos por el seguro (por referencia al mercado español véase PÉREZ CARRILLO, 1999, p. 258).

Por otra parte, no puede entenderse incluido dentro de la cobertura de defensa jurídica (ni, por tanto, puede considerarse que su coste se compute a efectos del límite cuantitativo eventualmente establecido en la póliza para esta cobertura) el pago por el asegurador de los gastos derivados de la realización de campañas publicitarias o de imagen dirigidas a restablecer la reputación, prestigio o imagen pública de un administrador asegurado que haya sido declarado responsable, que con frecuencia se incluye también en las pólizas de esta modalidad de seguro.

5. El siniestro

La determinación del siniestro como realización del riesgo en el seguro de responsabilidad civil presenta algunas dificultades, cuestión que se encuentra íntimamente conectada con la propia determinación del daño en esta modalidad de seguro por cuanto aquél es el hecho desencadenante de éste. Atendiendo a la configuración legal del seguro de responsabilidad civil en Derecho español, el daño consiste en el nacimiento a cargo del asegurado de una deuda de responsabilidad, es decir, una obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al tercero perjudicado (cfr. art. 73 LCS y SÁNCHEZ CALERO, 1999, p. 1129 y ss) y, en consecuencia, el siniestro vendrá constituido por el hecho que provoca el nacimiento de la deuda de responsabilidad o hecho que causa el daño al tercero dado que la responsabilidad nace del propio hecho causante del daño. Sin embargo, esta definición de siniestro plantea algunos inconvenientes si lo contemplamos como hecho desencadenante de la prestación del asegurador dado que, el nacimiento de la deuda de responsabilidad (daño) como consecuencia del hecho dañoso (siniestro), no desencadena automáticamente la prestación del asegurador, a lo cual debe añadirse que el asegurador puede verse obligado a realizar su prestación (al menos, en la parte relativa al pago de gastos de defensa jurídica) en supuestos en los cuales no haya nacido deuda de responsabilidad a cargo del asegurado (por ejemplo, gastos de defensa judicial en un supuesto de reclamación infundada que se resuelve declarando la no responsabilidad del asegurado pero sin imposición de costas al demandante). De este modo, parece posible tanto que existiendo siniestro y daño sin embargo el asegurador no se vea obligado a realizar su prestación como que no habiendo existido siniestro ni, por tanto, daño, el asegurador deba realizar al menos parcialmente su prestación.

Las contradicciones señaladas derivan en parte de la integración a efectos de su cobertura del riesgo de responsabilidad civil y del riesgo de defensa jurídica, dos riesgos que aún cuando se aseguren conjuntamente por un mismo contrato de seguro, presentan distinto objeto. Por ello, la solución a las mismas debe partir de la distinción entre ambas coberturas, la relativa al riesgo de responsabilidad civil del asegurado y la relativa al riesgo de su defensa jurídica, lo que permite concluir que respecto a la primera cobertura, el siniestro se concreta en principio en el hecho dañoso (nacimiento de la deuda de responsabilidad) y, respecto a la segunda, el siniestro deriva de la reclamación de un tercero referida a un supuesto de responsabilidad (real o no) cubierto por el seguro. No obstante, deberá distinguirse también entre el siniestro como hecho causante del daño y el siniestro como hecho desencadenante de la prestación del asegurador para señalar que la singularidad de esta modalidad de seguro frente a otros seguros de daños radica precisamente en que el hecho que causa el daño no ha de coincidir necesariamente con el hecho que provoca la prestación del asegurador, si bien no es posible que se produzca éste sin que se haya producido aquél.

Todo ello permite concluir que el siniestro, entendido unitariamente en su doble significado de evento causante del daño y evento desencadenante de ciertas obligaciones del asegurado y de la prestación del asegurador, es necesariamente en el seguro de responsabilidad civil un conjunto de sucesos o un suceso complejo que ha de comprender el hecho causante del daño y el hecho desencadenante de la prestación del asegurador en la cobertura del riesgo de responsabilidad civil y en la cobertura del riesgo de defensa jurídica. En relación con el riesgo de responsabilidad civil, el

siniestro se inicia con el hecho dañoso que es por tanto su hecho causante si bien, la realización de éste no desencadena necesariamente todos los efectos vinculados a la producción del siniestro en el seguro de daños y, entre éstos, puede no provocar la prestación del asegurador.

A partir de esta situación, se admite que las partes puedan definir el siniestro a los únicos efectos de cumplimiento de la prestación por el asegurador (art. 73 LCS); precisamente, como hemos señalado anteriormente, haciendo uso de esta autorización en las pólizas del contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónima suele estimarse que el siniestro viene constituido por la reclamación formulada por el tercero perjudicado (una cláusula que en todo caso deberá respetar los límites establecidos en el propio art. 73 LCS -véase *supra* el apartado IV.2.3-). La circunstancia de que, en función de la definición de siniestro en su vertiente de hecho causante de la prestación del asegurador contenida en la póliza, la cobertura pueda extenderse a reclamaciones realizadas tras la finalización del contrato pero relativas a actuaciones llevadas a cabo durante la vigencia del mismo (así sucede en los supuestos en los cuales la prestación del asegurador se vincula a la reclamación por parte del tercero perjudicado -cláusula *claim made*-, una praxis que es admitida por el vigente art. 73, párrafo 2, LCS), plantea si a efectos de aplicación del límite máximo de la prestación del asegurador eventualmente prevista en la póliza, las reclamaciones formuladas tras la finalización del período de seguro han de considerarse incluidas en la última anualidad de éste (de modo que se computen junto al resto de siniestros producidos en ese año) o en una nueva anualidad (lo cual implicaría que a efectos del cómputo del límite máximo únicamente concurriría con otras reclamaciones que pudieran realizarse en ese mismo período). En principio y sin perjuicio de que en la póliza se resuelva esta cuestión en otro sentido parece que, en tanto se considere que el siniestro en su perspectiva de acto desencadenante de la prestación del asegurador viene constituido por la reclamación formulada por un tercero, habría que inclinarse por esta última posibilidad dado que, para el cálculo del límite se toma en consideración el siniestro pero una vez producida la reclamación (es decir, el momento relevante para incluir un siniestro en uno u otro período de seguro es el de realización de la reclamación). De este modo, si la prestación del asegurador se vincula a la reclamación del perjudicado y, en consecuencia, la cobertura se extiende también a reclamaciones formuladas tras la finalización del período de vigencia formal del seguro (tal y como exige el propio art. 73 LCS), este “período extendido” debe considerarse como un nuevo período a efectos de aplicación del límite máximo a la prestación del asegurador.

El establecimiento de límites a la prestación del asegurador aplicables por siniestro (se combine o no con la fijación de un límite por períodos de tiempo dentro de la vigencia del contrato) suele complementarse con la inclusión de la denominada cláusula de “unidad de siniestro”, en cuya virtud los daños producidos a distintos perjudicados que tengan una misma causa por derivar del mismo hecho dañoso, se consideran conjuntamente a efectos de aplicación del límite máximo (PERÁN ORTEGA, 1998, p. 199 y, en relación con el seguro de responsabilidad civil de administradores sociales, FERNÁNDEZ DEL MORAL, 1998, p. 161; SÁNCHEZ CALERO, 2001, p. 416). No obstante, la singularidad del supuesto de responsabilidad asegurado en el caso de seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades anónimas dificulta la aplicación del principio de unidad de siniestro; así, teniendo en cuenta que la aplicación de este principio exige que los daños provengan del mismo acto (no siendo suficiente con que deriven de actos distintos pero de igual naturaleza), en

ocasiones será difícil determinar si los daños sufridos por diferentes perjudicados derivan del mismo acto realizado por el o los administradores, lo cual será especialmente problemático en caso de actuaciones “encadenadas” (es decir, en el supuesto de que los daños sufridos por diferentes sujetos deriven de un conjunto de actuaciones concatenadas llevadas a cabo por los administradores); en otros casos, incluso, será difícil individualizar el concreto acto que desencadena los daños. A su vez, debe tenerse en cuenta que, a efectos de aplicación del principio de unidad de siniestro, éste debe ser entendido como el hecho dañoso o hecho desencadenante de la responsabilidad del asegurado (con independencia de que en el caso concreto la prestación del asegurador se vincule a la reclamación del perjudicado) y, en consecuencia, lo relevante será que los daños sufridos por los diferentes perjudicados hayan sido originados por la misma causa y no que su indemnización se exija a través de una misma reclamación.

6. Bibliografía

ALCOVER GARAU, G., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales *ex art.* 262.5 y los procedimientos concursales”, *RdS*, 8, 1997, págs. 265 a 271.

ALONSO SOTO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, 1977.

ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, 198, 1991, págs. 639 a 727.

- “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, págs. 505 a 576.

ANGEL YAGÜEZ, R. de, *Tratado de responsabilidad civil*, 30 ed., Madrid, 1993.

- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995.

ARRANZ, A. Y BARRILERO, E., “La Ley de sociedades anónimas y su repercusión en el seguro. La responsabilidad civil de consejeros y altos cargos”, *Bol. Estudios Económicos*, 142, abril 1991, págs. 5 a 25.

ATIENZA NAVARRO, M. L., “Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil. Reflexiones a propósito de alguna jurisprudencia reciente”, *RESeg.*, 93, 1998, págs. 165 a 183.

AVILA DE LA TORRE, A., *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1997.

BAÍLLO Y MORALES-ARCE, J., "El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible", en VVAA, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, págs. 1263 a 1285.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995.

BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA, J. Y OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coords.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1999.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Pérdidas y responsabilidad de los administradores", *RDM*, 1992, págs. 471 y ss.

- "La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución", *Aranzadi Civil*, 16, 1997, págs. 13 y ss.

BLANCO GIRALDO, *La Ley del contrato de seguro en la jurisprudencia y en la doctrina jurisprudencial*, Madrid, 1999.

CALBACHO LOSADA, F., *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima (Doctrina y jurisprudencia)*, Valencia, 1999.

CALZADA CONDE, M.A., *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983.

- "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro", *RESeg.*, 89, 1997, págs. 45 a 68.

CAMPINS VARGAS, A., "Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro", *RDM*, 249, 2003, págs. 981 a 1014.

CARMONA RUANO, M., "Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro", *RESeg.*, 89, 1997, págs. 69 a 110.

CERDÁ ALBERO, F., *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*, Valencia, 2000.

CLAVERO TERNERO, M.F., *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad*, Madrid, 1995.

DE LA TORRE BERRUGA, D., "La responsabilidad de los Consejeros y altos cargos. El seguro de responsabilidad civil", *Previsión y Seguro*, 11, 1991, págs. 75 a 94.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995.

- *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, 1997.
- *El administrador de hecho de las sociedades*, Elcano, 2002.

DOMINGUEZ DOMINGUEZ, C., “El seguro de responsabilidad civil y los profesionales”, *Cuadernos de Derecho jurisprudencial*, CGPJ. Derecho de Seguros, Madrid, junio 1995, págs. 489 y ss.

- “Las cláusulas de limitación temporal (claim made) en el seguro de responsabilidad civil”, *RGD*, 628/629, 1997, págs. 57 a 66.

ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *RdS*, 5, 1995, págs. 47 a 78.

- “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, en PAZ-ARES, C. (Coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, págs. 691 a 765.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., GARCÍA-PITA, J.L. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, en J & A GARRIGUES ABOGADOS, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, 1996, págs. 1 a 55.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J., “En torno a la delimitación temporal de la cobertura de los seguros de responsabilidad civil profesional y su proyectada reforma. ¿Fin al stop español al *claims made*?”, *RESeg.*, 78, 1994, págs. 33 a 58.

- *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D & O)*, Granada, 1998.

FONT RIBAS, A., “Estudio introductorio”, en HERNÁNDEZ MORENO (Dir.), cit. infra, págs. 11 a 60.

- “La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades”, en GALÁN CORONA, E. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Madrid, 1999, págs. 91 a 116.

GARCÍA LUENGO, R.B., “Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena”, *RDM*, 1983, págs. 7 a 74.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J., *Contrato de seguro terrestre*, 20 ed., Madrid, 1983.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 247 a 321.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952.

GÓMEZ-LLORENTE, M. M., "Responsabilidad civil de administradores: pólizas de seguro y perspectiva internacional", *RRCCS*, Abril 1995, págs. 232 a 237.

HEBRERO ALVAREZ, J.I., "La validez de las cláusulas *claims made* en el mercado español de responsabilidad civil", *RESeg.*, 56, 1988, págs. 89 y ss.

- "El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles: especial incidencia de su regulación legal", *RESeg.*, 71, 1992, págs. 51 a 90.

HERNÁNDEZ MORENO, A. (Dir.), *Contrato de seguro: exclusión de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitación del objeto y la limitación de derechos en el contrato de seguro*, Barcelona, 1998.

HILL PRADOS, M.C., "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", en *Estudios en homenaje a Manuel Broseta*, Valencia, 1995, Tomo II, págs. 1729 a 1758.

ITURMENDI MORALES, G., "El aseguramiento de la responsabilidad profesional de los administradores de las sociedades anónimas", *RDSP*, 3, 1994, págs. 7 a 38.

JUSTE MENCÍA, J., "En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 y 7 de junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999", *RdS*, 14, 2000, págs. 441 a 457.

LLAVERO, M., "¿Puede exonerarse de responsabilidad civil a los administradores de una sociedad?", *Otrosí. Publicación informativa del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 23, Febrero 2001, págs. 12 a 21 y núm. 24, Marzo 2001, págs. 22 a 31.

LLEBOT MAJO, O.J., "El sistema de responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", *RdS*, 7, 1996, págs. 49 a 70.

LLINÁS VILA, E., "Cobertura del riesgo de responsabilidad civil de los altos directivos" en *VVAA, Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores*, Barcelona, 1996, págs. 171 a 189.

LÓPEZ-COBO, C.I., *El seguro de responsabilidad civil: fundamentos y modalidades*, Madrid, 1988.

MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997.

MARTÍN GIL, S., "Pólizas de altos cargos (D&O)", *AA*, 13, 1996, págs. II a VIII.

MONER MUÑOZ, E., "Los daños dolosos como causa de exclusión del seguro de responsabilidad civil", *RGD*, 613/614, 1995, págs. 11311 a 11321.

MORRAL SOLDEVILLA, R., "Algunas consideraciones sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades mercantiles", *RESeg.*, 115, 2003, págs. 311 a 336.

MOYA JIMÉNEZ, A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2ª ed, Barcelona, 1998.

OLIVENCIA, M., "El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En particular, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Estudios*, cit., págs. 187 a 209.

PAVELEK ZAMORA, E., "La sentencia Banesto y el seguro de responsabilidad civil", *GR*, 70, 21 trimestre 2000, págs. 39 a 45.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *InDret*, 10/2003.

PERÁN ORTEGA, J., *La responsabilidad civil y su seguro*, Madrid, 1998.

PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid, 1999.

POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, y A. OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo VI, Madrid, 1992.

PULGAR EZQUERRA, J., "El régimen especial de responsabilidad de los administradores de una SA por incumplimiento de la obligación legal de adaptación estatutaria", *RdS*, 2, 1994, págs. 208 a 218.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima (aspectos sustantivos)*, Valladolid, 1985.

- "Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA)", *RdS*, 5, 1995, págs. 265 a 282.
- "Responsabilidad de los Consejeros", en ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, págs. 537 a 594.

REGLERO CAMPOS, F., "Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claim made*)", *Inuria*, 1, 1994, págs. 18 y ss.

RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M.I., *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 40 ed., Pamplona, 1998.

RONCERO SÁNCHEZ, A., *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (Sujetos, interés y riesgo)*, Pamplona, 2002.

SACRISTÁN BERGIA, F., "La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución", *RdS*, 6, 1996, págs. 268 a 275.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M., "Responsabilidad de los administradores y Registro Mercantil", *RdS*, 7, 1996, págs. 316 a 333.

- "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores", *RDM*, 227, 1998, págs. 117 a 153.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores. Artículos 123 a 143*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo IV, Madrid, 1994.

- "Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro", en *VVAA, Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, Tomo III, Madrid, 1996.
- "La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del art. 73 de la Ley del Contrato de Seguro", *RESeg.*, 89, 1997, págs. 7 a 43.
- "El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles", *RESeg.*, 107, Julio/Septiembre, 2001, págs. 393 a 419.

SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.), TIRADO SUÁREZ, J., TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Pamplona, 1999.

SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil*, Madrid, 1993.

SOTO NIETO, F., "El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, 3188, 1992, págs. 1 y ss.

- "Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas limitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo", *Inuria*, 1, 1994, págs. 59 y ss.

- “El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo”, *RESeg.*, 92, 1997, págs. 19 a 50.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Menéndez*, Madrid, 1996, II, págs. 2481 a 2508.

TAPIA HERMIDA, A., “Tendencia expansiva de la noción de personal de alta dirección en el ámbito de la economía financiera (el managerialismo financiero)”, *RDBB*, 80, 2000, págs. 299 a 302.

TAPIA HERMIDA, A.J., “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente”, *RDM*, 233, 1999, págs. 977 a 1050.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998.

VÉLEZ NEGUERUELA, J.L., “El límite a la responsabilidad de los administradores de las empresas”, *La Ley*, 1999, págs. 2061 a 2064.

VICENT CHULIÁ, F., “Medidas de aseguramiento y prevención de la responsabilidad de los administradores sociales”, en *VVAA, Manuales de la reforma mercantil en España*, Tomo III: *El gobierno de las sociedades*, ed. Diario Expansión, Madrid, 1999, págs. 275 a 306.