

# InDret

## *L'assegurança de responsabilitat civil dels administradors d'una societat anònima*

**Antonio Roncero Sánchez**  
Catedràtic de Dret Mercantil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Working Paper núm: 207  
Barcelona, abril de 2004  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

## *Sumari*

1. Introducció: origen, evolució i licitud de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes
2. Caracterització general d'aquesta modalitat d'assegurança
  - 2.1. Consideracions prèvies: referència a factors que han influït en la delimitació contractual d'aquesta cobertura assegurativa
  - 2.2. Caracterització com a modalitat de l'assegurança de responsabilitat civil
3. Subjectes intervinents en la relació asseguradora
  - 3.1. Assegurador
  - 3.2. Acceptant. Conseqüències de l'assumpció de la posició jurídica d'acceptant per la societat
  - 3.3. Assegurat
    - a) Concepte d'assegurat
    - b) Extensió al personal d'alta direcció
4. El risc i la seva cobertura
  - 4.1. Consideracions prèvies: la responsabilitat civil asegurable
  - 4.2. Delimitació de la responsabilitat civil assegurada
    - a) Delimitació causal
    - b) Delimitació subjectiva
    - c) Delimitació temporal
    - d) Delimitació geogràfica o espacial
  - 4.3. Delimitació de la cobertura del risc de defensa jurídica
5. El sinistre
6. Bibliografia

## ***1. Introducció: origen, evolució i licitud de l'assegurança de responsabilitat civil des 'administradors de societats anònimes***

La tendència cap a l'ampliació i agreujament de l'àmbit i del règim de la responsabilitat dels administradors de les societats de capital que s'aprecia a la generalitat dels ordenaments jurídics, sobretot a partir de la segona meitat del segle passat, ha provocat una notable ampliació dels casos on s'exigeix responsabilitat i, en conseqüència, ha augmentat de manera molt destacada el risc de responsabilitat dels administradors socials. Tanmateix, això ha suscitat el debat sobre la necessitat d'arbitrar mesures que permetin als administradors afrontar el seu risc de responsabilitat davant del temor que el càrrec d'administrador no sigui acceptat pels professionals més qualificats i competents. En aquest context, al marge d'altres alternatives, se situa l'extraordinari desenvolupament de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats que, sens perjudici dels seus antecedents (l'extensió de la tècnica asseguradora a l'activitat exercida pels administradors de les societats anònimes ja s'havia plantejat a finals del segle XIX, encara que en aquell moment la proposta va tenir poc èxit), es produeix fonamentalment als Estats Units i als països anglosaxons a partir de la dècada dels anys setanta del segle passat i, posteriorment, a l'Europa continental, on ha experimentat una notable difusió, sobretot durant els anys noranta, si bé encara no ha assolit un grau d'implantació semblant a l'existent als Estats Units.

El desenvolupament d'aquesta modalitat assegurativa, internacionalment coneguda com "assegurança D&O" (abreviatura de *directors and officers*), reflex de la importància que la praxi anglosaxona i, particularment, la nordamericana (influència que no només s'aprecia en la seva denominació sinó, sobretot, en la delimitació de la cobertura) ha tingut en la seva configuració i difusió ha estat cíclic, alternant-se etapes de considerable expansió amb altres d'acusada recessió. Als Estats Units, després de la profunda crisi del sector del mercat assegurador a mitjan dels anys vuitanta i la subsegüent etapa d'expansió experimentada a la fi de la mateixa dècada i a principis dels noranta, l'inici de la nova centúria ha coincidit amb una nova fase de recessió; en particular, l'evolució del nombre de reclamacions de responsabilitat contra els administradors de societats de capital (que mostra un increment sostingut en els últims anys amb un avenç molt significatiu el 2001 i un augment de la quantia mitja dels danys potencials la indemnització dels quals es reclama a través de *class actions* interposades per accionistes d'un set-cents per cent els últims quatre anys) i l'augment de la quantia de les indemnitzacions que han de ser satisfetes a conseqüència de transaccions o de resolucions judicials (només les indemnitzacions satisfetes en concepte de transaccions el 2000 per les companyies asseguradores ha suposat 2,73 vegades la quantia total de les primes percebudes per aquestes en aquest mateix any) així com esdeveniments recents de gran transcendència pel sector assegurador (atacs terroristes de l'11 de setembre de 2001, escàndols financers de multinacionals nord-americanes com Enron o WorldCom), han provocat pèrdues molt importants en aquest sector (en alguns casos del dos-cents o tres-cents per cent) i, amb això, una nova convulsió en l'oferta d'aquesta modalitat assegurativa que realitzen les companyies asseguradores, concretada fonamentalment en un espectacular augment de les primes (sobretot en relació als administradors de societats dedicades a certs sectors de l'activitat econòmica com les telecomunicacions, l'alta tecnologia, l'aviació o la

biotecnologia, amb increments en alguns casos de fins a un mil per cent) i una reducció de la cobertura (increment de les clàusules d'exclusió de cobertura, reducció dels límits quantitius, augment de les franquícies, etc.).

Com es pot apreciar, l'evolució de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats de capital, com a instrument per facilitar la reducció del risc de responsabilitat que assumeixen, ha estat paral·lela al propi procés d'evolució del règim de responsabilitat dels administradors, la qual cosa no és més que una altra manifestació de la interrelació existent entre la responsabilitat civil i l'assegurança de responsabilitat civil (vegeu GARRIGUES, *Contrato*, pàg. 357; CALZADA, *El seguro*, pàg. 44 i SÁNCHEZ CALERO, *Evolución*, pàg. 19). Això explica que al mercat assegurador espanyol aquesta modalitat d'assegurança només hagi aparegut amb posterioritat a la reforma de la Llei de Societats Anònimes de 1989, una modificació legislativa que va marcar el punt d'inflexió en l'exercici d'accions de responsabilitat contra els administradors de les societats anònimes i, per tant, en l'augment del seu risc de responsabilitat. De moment, no obstant, el volum de contractació d'aquesta assegurança encara és moderat al nostre país, si bé es preveu una evolució positiva d'acord amb aquest augment del risc de responsabilitat dels administradors (FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 273 i ss).

Entre els motius que, almenys en un primer moment, han pogut frenar l'expansió de l'assegurança se cita que la seva contractació pot constituir un incentiu per exigir responsabilitat als administradors socials (segons l'antic principi de què "la cobertura provoca la responsabilitat"; SÁNCHEZ CALERO, *Evolución*, pàgs. 21 i ss.) i, sobretot, la possibilitat que la seva existència generi una major propensió a declarar responsables els administradors i/o a fixar indemnitzacions més quantioses (FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàg. 160, nota 211), la qual cosa pot significar que la pròpia contractació de l'assegurança implica un augment del risc de responsabilitat dels administradors que la companyia asseguradora ha de valorar als efectes de delimitar el risc assegurat, el càlcul de la prima i l'eventual distribució del risc amb altres asseguradors. No obstant, les raons més importants que han pogut frenar la difusió d'aquesta assegurança deriven de l'extraordinària complexitat del risc assegurat, donades les dificultats que planteja la seva definició, l'apreciació de la seva existència i, sobretot, l'estudi estadístic de la probabilitat que es produeixin els sinistres i la seva importància econòmica, que es tradueix, entre d'altres aspectes, en problemes per elaborar les bases tècniques que permetin un càlcul adequat de les primes (en sentit similar vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàgs. 400 i 401).

L'admissió i la difusió d'aquesta modalitat assegurativa a cada ordenament jurídic ha exigut la superació prèvia dels obstacles que tradicionalment s'han oposat a la seva licitud, una qüestió que actualment es pot considerar superada. Els principals arguments esgrimits sobre aquesta qüestió han estat bàsicament la influència negativa que la contractació d'una assegurança pot provocar en el comportament dels administradors (l'assegurament de la responsabilitat pot provocar una disminució de la diligència i de l'atenció de l'administrador assegurat en el compliment de les seves funcions) i la seva incompatibilitat amb el caràcter imperatiu i d'ordre públic del règim legal de la responsabilitat dels administradors d'una societat anònima. El primer argument, un reflex de l'adduït tradicionalment contra l'assegurança de responsabilitat civil en

general, es basa en una hipòtesi que no ha estat demostrada ni és probablement demostrable, sens perjudici d'una interpretació diferent i positiva de l'efecte que la conclusió d'un contracte d'assegurança de responsabilitat civil pot provocar sobre el comportament dels administradors socials, en permetre'ls adoptar decisions empresarials assumint el nivell de risc necessari per satisfer l'interès dels accionistes (vegeu GÓMEZ-LLORENTE, pàg. 237).

D'altra banda, per analitzar la seva pretesa incompatibilitat amb el caràcter imperatiu i d'ordre públic del règim legal de responsabilitat dels administradors socials s'ha d'abordar el significat, d'una banda, de la contractació de l'assegurança sobre la responsabilitat de l'administrador i, de l'altra, del caràcter imperatiu del règim legal. La contractació de l'assegurança no constitueix un supòsit d'exoneració de la responsabilitat dels administradors sinó només una limitació d'aquesta en sentit econòmic (l'administrador assegurat respon exactament igual i per les mateixes conductes que el no assegurat si bé aquell comparteix en major o menor mesura les conseqüències patrimonials de la seva responsabilitat amb un altre subjecte, la companyia asseguradora). Tanmateix, el caràcter imperatiu del règim legal significa que no és possible la seva derogació per voluntat de les parts, és a dir, no es pot alterar en allò relatiu a un alliberament, una limitació o una reducció de la responsabilitat legalment imposada; això no impedeix que l'administrador declarat responsable pugui compartir les conseqüències econòmiques de la seva responsabilitat amb un altre subjecte, tret que sigui el propi perjudicat ja que, en aquest cas, quedaria sense cobrir la part de les conseqüències traslladades a aquest, incomplint-se la prescripció legal que imposa l'obligació d'indemnització íntegra dels danys causats al perjudicat. Si s'assumeix que la responsabilitat dels administradors no compleix tant una funció preventiva com una compensatòria o rescabadora i de distribució dels costos del dany, el contracte d'assegurança resultaria determinant per reforçar aquesta funció de la responsabilitat i, en conseqüència, plenament compatible amb el règim legal doncs, en definitiva, compliria una mateixa funció de rescabament (a la doctrina espanyola vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 394).

La licitud d'aquesta modalitat de contracte d'assegurança de responsabilitat civil és avui indiscutible, fins i tot en aquells ordenaments jurídics que no l'admeten expressament. El debat dels darrers temps s'ha centrat, fonamentalment, en l'examen de la licitud de certs aspectes del contracte d'assegurança de responsabilitat dels administradors i, en particular, en l'admissibilitat del pagament de la prima per part de la societat on l'administrador o administradors assegurats exerceixen les seves funcions, una qüestió que, com veurem posteriorment, també sembla superada (*infra* apartat III.2). Resolt el problema de la licitud, la qüestió es desplaça a l'anàlisi dels elements del contracte per resoldre les qüestions de Dret societari i de Dret d'assegurances que poden plantejar. Al respecte s'ha de senyalar que, al nostre ordenament jurídic, l'absència d'una regulació específica que estableixi el règim jurídic bàsic de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes, com succeeix a la generalitat dels ordenaments jurídics, planteja certes dificultats i obliga a "reconstruir" la seva disciplina jurídica fonamentalment a partir del règim propi del contracte d'assegurança (en particular, de l'assegurança de responsabilitat civil que també té un règim legal extraordinàriament parc) i de les normes reguladores de la posició jurídica de l'administrador d'una societat anònima (ens

referirem preferentment a aquest tipus societari, on es planteja la contractació d'aquesta assegurança més freqüentment, encara que òbviament també es pugui plantejar la seva contractació en relació a d'altres tipus societaris -particularment, societats de capital- i d'altres entitats -per exemple, Caixes d'Estalvi-).

## ***2. Caracterització general d'aquesta modalitat d'assegurança***

### **2.1. Consideracions prèvies: referència a factors que han influït en la delimitació contractual d'aquesta cobertura assegurativa**

Abans de passar a abordar els seus caràcters, és necessari realitzar algunes consideracions que contribueixen a definir amb major nitidesa els perfils d'aquesta figura assegurativa i que fan referència a factors que han tingut una influència determinant en la seva delimitació contractual al nostre i a d'altres mercats asseguradors. En primer lloc, al marge de la complexitat del risc assegurat que s'ha senyalat a l'apartat anterior, s'ha de remarcar la significativa heterogeneïtat apreciable als clausulats generals elaborats per les diferents companyies asseguradores que, encara que no afecti als caràcters bàsics d'aquesta assegurança que es poden considerar comuns a tots els ordenaments jurídics, planteja una notable dificultat en ordre, sobretot, a l'exposició de la delimitació de la cobertura del risc i del contingut del contracte (les pòlisses se solen elaborar com "vestits a mida" atenent a les singularitats del risc assegurat a cada companyia; SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 401). Als mercats asseguradors menys desenvolupats en relació a aquesta branca de l'assegurança es pot observar que, en un primer moment, l'oferta de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors és una mera traducció de la que es realitza a d'altres mercats asseguradors i, singularment, de les pòlisses utilitzades als Estats Units i al mercat reassegurador de Londres. Només en una segona fase les companyies asseguradores comencen a elaborar pòlisses adaptades amb major o menor rigor a les singularitats del mercat nacional i, particularment, al concret règim jurídic de la responsabilitat dels administradores de societats de capital vigent en aquest però, fins i tot en aquesta segona fase, la dependència respecte del clausulat general traduït continua sent elevada.

La translació mimètica de les pòlisses del contracte construïdes en relació amb altres ordenaments jurídics no planteja problemes d'il·licitud sinó exclusivament de clara i, en ocasions, profunda inadequació. La utilització dels clausulats generals elaborats al mercat estadunidenc ha convertit alguns aspectes de la cobertura i del contingut del contracte en un estàndard internacional malgrat la diferent rellevància que aquells tenen en d'altres ordenaments jurídics. Qüestions com la cobertura conjunta del risc de responsabilitat dels administradors de societats i dels alts càrrecs o del personal d'alta direcció sota la mateixa modalitat assegurativa, la utilització de conceptes sorgits a l'ordenament jurídic estadunidenc per delimitar el risc assegurat, la inclusió a la cobertura assegurada del risc que la societat es pugui veure obligada a indemnitzar als seus administradors per les despeses que els hagi pogut originar la exigència de responsabilitat i l'exclusió de la cobertura del risc de la responsabilitat social o enfront la societat

quan aquesta és exigida per la pròpia societat prenedora, constitueixen clars exemples d'aquesta tendència.

Alhora, la utilització no només dels clausulats generals redactats per les companyies asseguradores estatounidenques, sinó també de la pròpia experiència del mercat assegurador nordamericà per elaborar la cobertura de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors a l'Europa continental també ha provocat, almenys en un primer moment, efectes desfavorables sobre el desenvolupament d'aquesta modalitat assegurativa o, com a mínim, un desajustament entre l'oferta de les companyies asseguradores i la demanda existent entre les societats de capital.

S'ha de tenir en compte, igualment, que el mercat de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats està fortament internacionalitzat i, sobretot, molt mediatitzat pel mercat de la reassegurança, que determina que les companyies asseguradores elaborin i assumeixin la cobertura del risc prenent en consideració, de vegades exclusivament, la possibilitat que el risc sigui assumit per una companyia reasseguradora mitjançant una operació de reassegurança. Aquesta dependència de la reassegurança, que al mercat espanyol ha suposat un límit molt important a l'expansió d'aquesta modalitat d'assegurança com a mínim fins la modificació de la LCS per la Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances privades de 1995 que va suposar l'admissió de les clàusules de delimitació temporal del risc denominades "*claims made*", explica el mimetisme que s'ha pogut apreciar entre l'oferta d'assegurança realitzada al nostre país i l'existent a certs mercats de reassegurament.

En estreta connexió amb aquesta darrera consideració també s'ha d'assenyalar la permanent variació del contingut del condicionat general d'aquestes assegurances que s'aprecia a tots els mercats asseguradors, fet que pot obeir, al marge de a la pròpia evolució del règim de responsabilitat dels administradors i, per tant, del risc assegurat, a la competència existent entre les companyies asseguradores en aquest sector de l'assegurança. En qualsevol cas, la singularitat d'aquesta modalitat d'assegurança de responsabilitat civil recau, com succeeix generalment en relació a d'altres classes o modalitats d'aquesta, en la pròpia peculiaritat del supòsit de responsabilitat assegurat. D'aquesta manera, les diferències apreciables entre les pòlisses d'assegurança de responsabilitat civil d'administradors oferides als diferents mercats asseguradors obeeixen fonamentalment a les pròpies diferències existents als diferents ordenaments jurídics en relació al règim jurídic aplicable a la responsabilitat civil dels administradors socials.

## **2.2. Caracterització com a modalitat de l'assegurança de responsabilitat civil**

L'assegurança de responsabilitat civil dels administradors d'una societat anònima constitueix una classe o modalitat de l'assegurança de responsabilitat civil, modalitat assegurativa que al nostre Dret positiu es configura alhora com una assegurança de danys en virtut de la qual l'assegurador es compromet a indemnitzar el dany derivat de la realització del risc delimitat al propi contracte (això pressuposa que, en aquesta modalitat d'assegurança, s'entén per dany el naixement a càrrec de l'assegurat d'un deute de responsabilitat, és a dir, de l'obligació d'indemnitzar els danys i

perjudicis ocasionats a un tercer per un acte del que sigui civilment responsable -per tots, SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàg. 1127-).

Des del punt de vista de la seva caracterització com una modalitat de l'assegurança de responsabilitat civil, constitueix en primer lloc una assegurança voluntària perquè cap norma legal imposa la seva contractació obligatòriament sense perjudici es pugui imposar convencionalment (així, mitjançant una disposició estatutària o un acord de la junta general segons allò que s'ha previst a l'art. 123.1 LSA) i que, des d'una perspectiva de *lege ferenda*, es pugui considerar convenient la introducció del deure legal dels administradors, almenys en certes societats, de concloure una assegurança de responsabilitat civil (així, SÁNCHEZ CALERO *Administradores*, pàgs. 40 i 41). Alhora, com que la font o l'origen de la responsabilitat assegurada en cas d'una assegurança de responsabilitat civil dels administradors es constitueix per l'exercici de les funcions pròpies de l'òrgan d'administració d'una societat anònima, s'ha de considerar com una assegurança de responsabilitat civil derivada del desenvolupament d'una activitat que presenta perfils específics que impedeixen la seva assimilació a d'altres activitats (això impedeix, en particular, qualificar aquesta assegurança com una modalitat d'assegurança de responsabilitat civil professional que, d'altra banda, tampoc tindria conseqüències rellevants; vegeu RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 65 i ss.; en contra FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 39 i ss.; VICENT CHULIÀ, pàg. 300 i SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 393) i li dóna singularitat enfront d'altres assegurances de responsabilitat civil derivada del desenvolupament d'una activitat.

A més, segons la concreta configuració adoptada en cada cas, l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors d'una societat anònima pot presentar altres caràcters. Així, tot i que, òbviament, és possible la contractació individual de l'assegurança per l'administrador que es vol posar fora de perill del seu risc de responsabilitat, freqüentment es configura com un contracte d'assegurança per compte de tercers (art. 7 LCS) ja que el conclou la societat on els administradors assegurats exerceixen les seves funcions, configurant-se com una assegurança celebrada en nom propi (societat contractant) però per compte i interès d'un tercer (administrador o administradors assegurats); a la praxi, enfront les assegurances contractades individualment pels propis administradors assegurats, predominen de forma absolutament majoritària els subscrits per la societat per assegurar la responsabilitat dels seus administradors, una situació que, en ocasions, deriva de la pròpia exigència de les companyies asseguradores que no admeten la contractació individual d'aquesta assegurança (vegeu LLINÁS VILA, pàg. 181; VICENT CHULIÀ, pàg. 282). D'altra banda, la superació per l'acceptant de l'assegurança (societat contractant) dels paràmetres quantitius establerts a l'article 107.2 LCS permetrà la seva qualificació com una assegurança "de grans riscos" (en relació amb la qual s'ha de prendre en consideració que el propi article 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*") que tindrà com a principal conseqüència la inaplicació del mandat d'imperativitat contingut a l'art. 2 LCS (art. 44 LCS); això no suposa excloure l'aplicació de la LCS sinó només l'augment de l'àmbit d'autonomia de la voluntat de les parts contractants en atribuir un caràcter merament dispositiu a les seves disposicions (ALMAJANO PABLOS EN SÁNCHEZ CALERO, *Estudios*, pàg. 70 i ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 71, 72, 683 i 684) si bé, per evitar la



desnaturalització del contracte d'assegurança, s'entén que determinats preceptes de la LCS no podran ser derogats per la voluntat de les parts, com els que estableixen la necessària concurrència dels elements del contracte (risc -art. 4 LCS-, interès -art. 25 LCS-, etc.) o el respecte al principi indemnitzatori (art. 26 LCS) així com aquells preceptes a través dels quals es reconeix a un tercer un dret propi que com a tal està al marge del poder de disposició de les parts del contracte com el reconeixement de l'acció directa al tercer perjudicat en l'assegurança de responsabilitat civil (art. 76 LCS; vegeu, per tots, SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 72 i 684).

### **3. Subjectes intervinents a la relació asseguradora**

#### **3.1. Assegurador**

En el contracte d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats no es planteja cap especialitat respecte la delimitació de la figura de l'assegurador. Atès que es tracta d'una modalitat de l'assegurança de responsabilitat civil, l'entitat asseguradora haurà de disposar d'autorització administrativa per exercir l'activitat asseguradora al sector corresponent i, igualment, dins la zona geogràfica adequada que, en principi i per entitats asseguradores domiciliades a Espanya, serà la corresponent a l'Espai Econòmic Europeu (art. 6, apartat 5 Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades). En aquest sentit, el contracte podrà ser conclòs tant per entitats asseguradores domiciliades a Espanya com per les que ho estiguin a d'altres països membres de l'Espai Econòmic Europeu o a tercers països, sempre que, en cada cas, es compleixin els requisits per l'exercici de l'activitat asseguradora establerts a la Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances privades.

En general, la complexitat i el grau de sofisticació d'aquesta assegurança ha provocat que la seva contractació es concentri a tots els mercats asseguradors en un reduït conjunt de companyies asseguradores (als Estats Units, l'any 2001, només dues -American International Group i Chubb & Son Incorporate- reunien el 40% del total de pòlisses i el 48% del volum total de primes; si a això afegim la quota que ostenta el mercat del Lloyd s'obté més del seixanta per cent del volum de la contractació, mentre que la resta de companyies no superen individualment el cinc per cent). En alguns mercats asseguradors s'han creat *pools* o agrupacions entre companyies asseguradores per facilitar la gestió dels contractes d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials que concerten. L'agrupació no assumeix en cap cas ni totalment ni parcial el risc assegurat per cadascuna de les companyies asseguradores participants, sinó que només ocupa la posició d'una oficina central que es limita a realitzar treballs preparatoris relatius a les ofertes i les proposicions d'assegurança (elaboració de principis comuns sobre el condicionat general, intercanvi d'informacions, etc).

#### **3.2. Acceptant. Conseqüències de l'assumpció per la societat de la posició jurídica d'acceptant**

Com hem assenyalat anteriorment, encara que l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes pot ser contractada individualment pel propi

administrador que es vol posar fora de perill del risc derivat de la seva eventual responsabilitat (assegurança per compte propi) o col·lectivament per la societat on els administradors assegurats exerceixen les seves funcions (assegurança per compte d'altri), a la praxi predominen de manera aclaparadora els supòsits de contractes d'assegurança conclusos per la pròpia societat, la licitud dels quals s'havia discutit en el passat però avui resulta inqüestionable (vegeu els arguments a RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 88 i ss). Fins i tot, en alguns casos, les companyies asseguradores no admeten la celebració d'aquesta classe de contractes d'assegurança directament per cadascun dels administradors assegurats sinó que exigeixen que siguin conclusos de manera col·lectiva per la societat on desenvolupen les seves funcions (des d'un punt de vista pràctic, la contractació de l'assegurança de responsabilitat de tots els administradors d'una societat amb una mateixa companyia asseguradora permet a aquesta calcular amb major precisió el risc assegurat i evita que es produeixin "llacunes de protecció", alhora que elimina els problemes que es podrien plantejar si cada administrador contractés l'assegurança amb una companyia diferent, particularment pel caràcter solidari de la seva responsabilitat; vid. FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 53 i 54; VICENT CHULIÀ, pàg. 282).

No obstant, al nostre país una recent decisió jurisprudencial ha dut alguns autors a suggerir una modificació d'aquesta praxi en entendre que és més convenient que la posició d'acceptant sigui ocupada per un dels administradors assegurats (per exemple, el president o el secretari del consell d'administració) actuant per compte de tots els altres (vegeu PAVELEK, pàg. 43). En aquest sentit, la Sentència de l'Audiència Nacional de 31 de març de 2000, entre els arguments esgrimits per rebutjar la reclamació de l'acceptant-perjudicat contra la companyia asseguradora pels danys patits a conseqüència de l'actuació dels assegurats (administradors d'aquell), 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", afegint-se 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"; això posa de manifest que l'assumpció per la societat de la posició jurídica d'acceptant de l'assegurança pot tenir importants conseqüències en els supòsits on la pròpia societat sigui la perjudicada per l'actuació dels administradors i sempre que la responsabilitat interna o social sigui objecte de cobertura per l'assegurança (en aquest sentit s'ha d'assenyalar que de vegades la cobertura del risc de responsabilitat dels administradors enfront de la societat on exerceixen les seves funcions es limita o s'exclou, excepte en els casos on aquella responsabilitat sigui exigida a favor de la societat pels socis o els creditors en els termes de l'art. 134, apartats 4 i 5, LSA); en particular, implica que la societat-perjudicada, com a acceptant del contracte, coneix tot el contingut de la pòlissa, la qual cosa, en opinió dels nostres tribunals, pot disminuir les seves possibilitats d'exercitar l'acció directa enfront de l'assegurador en cas que el perjudicat sigui un tercer, ja que permetrà que la companyia asseguradora oposi excepcions basades en el contracte que no podria oposar a d'altres perjudicats (no obstant, això no es pot referir a les exclusions de cobertura, com sembla que es produeix a la Sentència de l'Audiència Nacional de 31 de març de 2000, doncs aquestes constitueixen delimitacions de la cobertura del risc i, per tant, són oposables a qualsevol perjudicat).

No obstant, s'ha d'advertir que encara que l'assegurança sigui contractada per la societat, es conclou en interès dels administradors assegurats; és a dir, sens perjudici de l'interès que eventualment pugués tenir la societat en la contractació de l'assegurança (interès o interessos que només són rellevants per valorar el significat de la contractació de l'assegurança per la societat des d'una perspectiva estrictament juridico-societària), la qual es conclou per protegir exclusivament o preferentment l'interès dels administradors en mantenir la integritat del seu patrimoni personal en els casos on es vegi gravat pel naixement d'un deute de responsabilitat (la majoria de la doctrina afirma que la contractació d'aquesta assegurança es dirigeix a protegir els interessos propis de la societat on els administradors desenvolupen les seves funcions -vegeu DE LA TORRE, pàg. 84, CALBACHO, p.àg 569, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA i altres, pàg. 49, FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàg. 53, PÉREZ CARRILLO, 248, nota 51, MOYA JIMÉNEZ, pàg. 279-, interessos que sens perjudici del seu nivell de satisfacció mitjançant la contractació de l'assegurança no s'han de confondre amb l'interès assegurat -vegeu RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 87 i ss.).

En tot cas, l'assumpció per la societat de la posició d'acceptant determina importants conseqüències i planteja alguns problemes tant des de la perspectiva de la relació asseguradora com des d'un pla estrictament jurídico-societari. Així, des de la primera perspectiva, això implica que la societat assumirà "*les obligacions i deures que deriven del contracte... excepte aquells que per la seva naturalesa hagin de ser complerts per l'assegurat*" (art. 7 LCS). En la subscripció del contracte, la societat-acceptant podrà actuar mitjançant els seus administradors, la qual cosa, en cas (freqüent a la praxi) que la pòlissa exclouï la cobertura de les reclamacions que versin sobre fets succeïts amb anterioritat a la seva entrada en vigor i coneguts per l'acceptant, planteja la qüestió de determinar si el coneixement per un administrador-assegurat del fet que provoca la reclamació implica coneixement per la pròpia societat-acceptant i, en conseqüència, determina la seva no cobertura; en principi, el coneixement d'un fet danyós per un o diversos administradors assegurats exclourà la cobertura de la reclamació dirigida contra aquests però no la dirigida contra els administradors que desconeguessin la seva existència, sense que es pugui estimar que el coneixement individual del fet danyós per un o diversos administradors suposi que la pròpia societat el coneix.

Ahora, des d'un pla jurídico-societari, la subscripció de l'assegurança per la societat planteja diferents qüestions. En primer lloc, la caracterització del pagament de la prima per la societat-acceptant des del punt de vista de la relació existent entre la societat i l'administrador i, en particular, determinar si forma part de la retribució satisfeta als administradors (a favor, entre altres, SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, pàg. 41, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA i altres, pàg. 52, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Grupos*, pàg. 153 i VICENT CHULIÀ, pàg. 300; en contra, per tots, CALBACHO ENLLOSADA, pàgs. 569 i 570). La resposta a aquesta qüestió requereix, d'una banda, l'anàlisi del significat i la rellevància dels interessos que es tracten de satisfer a través de la conclusió d'un contracte d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors d'una societat anònima i, de l'altra, la delimitació dels elements concrets que componen la seva retribució. Pel que fa al primer aspecte, un sector de la doctrina afirma que la contractació de l'assegurança i el pagament de la prima no es pot considerar un element de la retribució dels administradors atès que amb ella es pretén la satisfacció d'interessos propis de la societat contractant (en particular, la protecció del

patrimoni social en augmentar les possibilitats que la societat pugui veure rescabats els danys i perjudicis que pugui patir a conseqüència d'una actuació dels seus administradors; així CALBACHO ENLLOSADA, pàg. 569); no obstant, l'anàlisi detinguda del significat de la contractació de l'assegurança per la societat posa de manifest que es persegueix, directament i principalment, protegir l'interès dels administradors de salvaguardar el seu patrimoni personal de les conseqüències econòmiques que poden derivar de la seva declaració de responsabilitat, sens perjudici que també es puguin satisfer de manera mediata i reflexa els interessos de la societat (és cert que la contractació de l'assegurança augmenta les possibilitats que la societat, com qualsevol potencial perjudicat, pugui veure rescabats el dany patit, però això no justifica per si sol que els potencials perjudicats concloguin al seu càrrec contractes d'assegurança per cobrir la responsabilitat en què poden incórrer aquells que amb la seva actuació poden causar danys); tanmateix, des de la perspectiva de les relacions existents entre la societat i els administradors, la contractació de l'assegurança també implica un avantatge patrimonial per l'administrador assegurat que es correspon amb la part del seu patrimoni personal que no ha de sacrificar per contractar l'assegurança.

Des de la perspectiva de la retribució, si l'entendem com tota contraprestació satisfeta per la societat als seus administradors per l'exercici del càrrec amb l'única exclusió de la compensació de les despeses necessàries satisfetes per l'administrador i la indemnització dels danys patits per aquest a conseqüència de l'exercici del càrrec (aquesta és la definició de retribució més estesa: vegi's, per tots, TUSQUETS, pàgs. 130, 145 i 146), la conclusió ha de ser que el pagament que fa la societat de la prima, en no constituir una compensació per les despeses *necessàries* (no s'ha d'oblidar que es tracta d'una modalitat d'assegurança *voluntària* de responsabilitat civil) ni tampoc una indemnització de danys, constituirà part integrant de la retribució satisfeta (qüestió diferent seria entendre, com fa un sector de la doctrina alemanya, que del concepte de retribució s'haurien d'excloure, no només el pagament de les despeses necessàries i la indemnització de danys, sinó també el pagament per la societat de les despeses -necessàries o simplement convenients- per possibilitar o facilitar la realització de l'activitat d'administració); òbviament, la consideració del pagament de la prima com una retribució en sentit substantiu o material no impedeix que el cost de l'assegurança imputable a cada administrador pugui ser fiscalment exclòs del conjunt de rendes que integren el rendiment del treball personal de l'administrador i, per tant, se l'exoneri de l'obligació de tributar respecte aquella quantitat com succeeix amb altres avantatges obtinguts directa o indirectament en ocasió del desenvolupament de la seva activitat (així es podria interpretar que succeeix a Espanya, encara que sigui una qüestió discutible; cfr. arts. 43 i 44 de la Llei de l'Impost de la Renda de les Persones Físiques i l'art. 42 del seu Reglament); en tot cas, el tractament fiscal no pot determinar la caracterització del pagament de la prima des d'una perspectiva substantiva o material. Tot això implica que en contractar l'assegurança s'haurà de respectar el règim previst per la retribució dels administradors, la qual cosa es tradueix en la necessitat de complir certes exigències com a pressupost de licitud (determinació estatutària del caràcter retribuït del càrrec d'administrador i cobertura pel concret sistema retributiu previst; intervenció de l'òrgan o òrgans competents per la fixació de la retribució dels administradors).

D'altra banda, no es pot entendre que la contractació de l'assegurança per la societat impliqui una exoneració o limitació de la responsabilitat dels administradors (es tracta únicament d'una limitació de les conseqüències econòmiques derivades de la declaració de responsabilitat) o una renúncia anticipada a l'exercici de l'acció social de responsabilitat contra aquests (ja que la subscripció de l'assegurança augmenta les possibilitats que els danys patits a conseqüència de l'actuació dels administradors siguin indemnitzats -CALBACHO, pàg. 569-, la contractació de l'assegurança no es pot interpretar com una voluntat de no exigir responsabilitat als administradors sinó, al contrari, com un desig de reforçar les possibilitats d'obtenir un rescabament en cas de responsabilitat social dels administradors).

Finalment, la contractació per la societat de l'assegurança també determina que els canvis estructurals o de situació que pugui experimentar la societat (fusió, escissió, transformació, cessió global d'actiu i passiu, canvi de control, obertura d'un procediment concursal,...) puguin afectar l'execució del contracte d'assegurança, implicant una alteració del risc de responsabilitat cobert, una modificació de les persones assegurades o del seu règim de responsabilitat o una incertesa sobre el futur compliment de les obligacions assumides per l'acceptant. Això aconsella tenir en compte aquestes circumstàncies a la pòlissa (la qual cosa és freqüent a la praxi encara que s'ha d'assenyalar que amb notables imprecisions i omissions) en el sentit de, més que introduir limitacions a la cobertura que ofereix l'assegurador, imposar a l'acceptant una obligació d'informar a l'assegurador i atribuir-li el dret a proposar la modificació del contracte en aquests casos atenent les noves circumstàncies concurrents.

### 3.3. Assegurat

#### a) Concepte d'assegurat

A l'assegurança de responsabilitat civil, l'assegurat és el subjecte el patrimoni del qual es veuria gravat a conseqüència del naixement d'un deute de responsabilitat (SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 1129 i ss). Dins la modalitat objecte del nostre estudi, sembla clar que com l'assegurança vol protegir contra les conseqüències que derivin de la responsabilitat civil en què puguin incórrer certs subjectes que ocupen el càrrec d'administrador o exerceixen certes funcions al si de la societat, la posició d'assegurat serà assumida per aquestes persones. No obstant, en alguns països i singularment als Estats Units, l'anomenada assegurança D&O ofereix una doble cobertura: d'una banda, protegeix els administradors i els alts executius (*directors and officers*) contra les conseqüències que originin la seva responsabilitat (*D&O coverage*) i, de l'altra, també protegeix la societat contra les obligacions que poden néixer al seu càrrec en els casos en què els seus administradors o alts executius incorrin en responsabilitat en el desenvolupament de les seves funcions (*corporate reimbursement coverage* o cobertura "de reembossament"), la qual cosa permet concloure que, en aquest cas, la posició d'assegurat és assumida tant pels administradors i alts càrrecs com per la pròpia societat. Al nostre país, com que el contingut del contracte que ofereixen els asseguradors no ha estat originàriament dissenyat atenent el nostre marc jurídic sinó traslladant, mitjançant la seva simple traducció, les pòlisses oferides per les companyies asseguradores a d'altres mercats d'assegurances, aquesta modalitat d'assegurança també ofereix cobertura a la praxi tant pels administradors i els "alts executius" com per la pròpia societat, si bé

es considera que la posició jurídica d'assegurat és assumida exclusivament per aquells (a la definició d'assegurat també s'hi afegeixen d'altres persones vinculades a l'administrador o l'alt directiu assegurat -cònjuge, hereus-, fet que comporta l'assegurament d'un elevat nombre de persones: vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 402).

L'anomenada cobertura de reembossament en virtut de la qual la companyia asseguradora es compromet a reembossar a la societat les despeses que, sent legalment permeses o exigides, hagi assumit en indemnitzar als seus administradors i alts executius per les despeses i pagaments que una reclamació de responsabilitat els hagi pogut originar, té com a pressupost lògic que la societat pot assumir l'obligació d'indemnitzar els seus administradors per les despeses o danys que els hagi pogut originar l'exigència de responsabilitat. Als Estats Units l'aspecte de la cobertura es vincula en la denominada *corporate indemnification*, que es refereix al conjunt de mesures legals, estatutàries i negocials en virtut de les quals la societat ha d'indemnitzar els seus administradors o alts executius per les despeses que pateixen a conseqüència d'un procediment d'exigència de responsabilitat (sobre aquesta possibilitat vegeu RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 133 i ss); així, donat que la societat pot venir obligada a assumir les conseqüències patrimonials derivades de l'exigència de responsabilitat als seus administradors i alts executius, és freqüent que les companyies nordamericanes, particularment si els seus estatuts socials estableixen l'obligació d'indemnitzar els administradors en certs supòsits de responsabilitat d'aquests, es procurin la cobertura del risc d'haver de fer front a la indemnització, la qual cosa s'ha realitzat precisament mitjançant l'assegurança de responsabilitat de D&O.

No obstant, l'aspecte de la cobertura presenta un interès radicalment diferent en l'àmbit del nostre ordenament jurídic. En Dret espanyol també és possible que l'exigència de responsabilitat a l'administrador d'una societat anònima origini despeses o danys a la pròpia societat perquè, si bé legalment no s'imposa un deure en aquest sentit, es pot entendre, d'una banda, que la societat està obligada a satisfer les despeses de defensa judicial i a indemnitzar els danys que hagi pogut originar a l'administrador el procés d'exigència de responsabilitat sempre que l'actuació que l'ha originat no constitueixi una infracció dels deures d'actuació propis del càrrec i, de l'altra, que la societat es pot comprometre enfront l'administrador a indemnitzar els danys o compensar les despeses que li pugui originar l'exigència de responsabilitat, compromís que, no obstant i donat el caràcter imperatiu del règim legal, queda limitat al supòsit de danys causats a un tercer que no pugui exigir cap responsabilitat a la societat o per un comportament que no generi responsabilitat enfront la societat si aquesta paga la indemnització al tercer el qual, certament, deixa un marge d'eficàcia escàs a aquells compromisos (respecte aquesta qüestió vegi's RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 142 a 164).

D'aquesta manera, l'obligació d'indemnitzar a càrrec de la societat enfront els seus administradors quan se'ls exigeix responsabilitat, no té ni el mateix caràcter ni sobretot la mateixa extensió al Dret espanyol que al Dret estatal estadunidenc i, per això, no té sentit que les pòlisses dels contractes d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes que es conclouen al nostre país incloguin mecànicament, com a part de la cobertura del risc, l'anomenada *corporate indemnification*, particularment quan no hi ha compromís per part de la

societat d'indemnitzar els danys o reembossar les despeses que un procés d'aquestes característiques origini als administradors.

Al marge d'això, la consideració dels administradors com a assegurats i la delimitació de la figura de l'assegurat que es realitza a les pòlisses d'assegurança D&O que, generalment, pateix d'una notable ambigüitat i d'una falta de precisió generadores al seu torn de rellevants problemes d'interpretació (FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàg. 130), planteja algunes qüestions d'interès. El principal problema recau en determinar el subjecte o subjectes que en un moment determinat ostenten la condició d'administrador de la societat o les societats a què s'estén l'assegurança de responsabilitat civil, ja que la posició jurídica d'assegurat va lligada a la condició d'administrador (en conseqüència, s'haurien d'excloure els que formalment no ocupin aquella posició, com pot succeir en el cas de l'anomenat "administrador de fet", sens perjudici que les conseqüències dels seus actes es poguessin imputar als administradors "de dret" de la societat; no obstant, la redacció donada a l'art. 133 de la Llei de societats anònimes per la Llei 26/2003, de 17 de juliol, ha assimilat la responsabilitat de qui actuï com a administrador de fet a l'atribuïda als qui formalment ostentin la condició d'administrador que, en principi, podria ser suficient per entendre que la responsabilitat en què puguin incórrer els administradors de fet *ex art. 133.2 Llei de societats anònimes* també quedaria coberta per l'assegurança de responsabilitat civil que assegura la responsabilitat dels «administradors de la societat»; i el mateix s'hauria de concloure, després de la seva entrada en vigor, respecte de la denominada responsabilitat concursal de l'art. 172.3 de la Llei Concursal que s'atribueix als administradors de fet i de dret); així, sovint l'assegurança es conclou per cobrir del risc de responsabilitat no només dels administradors de la societat acceptant sinó també dels qui ostentin la condició d'administrador a les societats filials o participades (la qual cosa exigeix una exacta delimitació dels administradors assegurats i del risc cobert per l'assegurança, així com una definició precisa de societat filial i/o participada; sobre aquesta praxi vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàgs. 404 i ss.) i, alhora, també és freqüent que la pòlissa ofereixi cobertura no només pels que en el moment de conclusió del contracte ostenten la condició d'administradors de la societat acceptant, sinó també pels qui la van ostentar en el passat i ho puguin fer en el futur.

D'altra banda, com que la posició jurídica d'assegurat va lligada al compliment del càrrec d'administrador en una societat concreta, el cessament de l'administrador per qualsevol causa implica que aquest deixarà d'estar cobert per l'assegurança (si bé únicament respecte les actuacions que pugui realitzar en el futur i no respecte les actuacions que hagi realitzat mentre ostentava el càrrec d'administrador), la qual cosa obliga a prendre en consideració el moment a partir del qual el subjecte nomenat administrador ocupa la posició d'assegurat així com el moment en què l'administrador cessat deixa d'ocupar la posició d'assegurat respecte d'actuacions futures. De la mateixa manera, s'hauran de tenir en compte les situacions particulars que es poden plantejar, per exemple, en el cas que el càrrec d'administrador sigui ocupat per una persona jurídica (això aconsella, en principi, una definició d'assegurat que permeti entendre que la cobertura s'ofereix a la persona jurídica-administrador i no al representant persona física a través del qual exerceixi el càrrec d'administrador, encara que a la praxi succeeix més sovint el contrari -SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàgs. 403 i 404-).

**b) Extensió al personal d'alta direcció**

A conseqüència de la inèrcia derivada de la transcripció de formularis de l'assegurança elaborats a d'altres països, el contracte d'assegurança de responsabilitat dels administradors de societats s'ofereix per les companyies asseguradores a Espanya com a contracte d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors i "alts càrrecs" d'una societat anònima. Amb les fórmules utilitzades per les companyies asseguradores al nostre país per delimitar l'assegurat (administradors, consellers o membres de l'òrgan d'administració i alts càrrecs, alts executius o personal d'alta direcció) es pretén emular, amb diversa fortuna, la cobertura que es dona al mercat assegurador anglosaxó als anomenats *directors* i *officers*, una opció que en els ordenaments jurídics anglosaxons resulta comprensible donada la proximitat existent entre el règim de responsabilitat aplicable a ambdós càrrecs. No obstant, en el nostre ordenament jurídic aquesta tendència resulta inapropiada i desaconsellable fonamentalment per les notables diferències existents entre la relació jurídica que vincula un administrador i un alt càrrec amb la societat on desenvolupa les seves funcions o presta els seus serveis, que també transcendeixen al règim de la seva responsabilitat.

Així, la relació jurídica que vincula un administrador amb la societat on exerceix el seu càrrec (l'anomenada "relació d'administració") és una relació de naturalesa orgànica el contingut de la qual es determina en gran part pel propi règim legal, sens perjudici que el seu origen sigui un negoci jurídic bilateral i, al marge que es pugui integrar el seu contingut amb d'altres mesures de naturalesa comercial que, si no hi ha cap altre remei, no fan sinó completar aspectes de la relació orgànica (vegey POLO SÁNCHEZ, pàgs. 48 i ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, pàgs. 66 i ss). D'altra banda, la relació jurídica que vincula altres subjectes que prestin els seus serveis a la societat amb aquesta té una naturalesa estrictament contractual, si bé el tipus de contracte pot variar (així, una relació laboral general, una relació laboral especial -alta direcció-, una relació d'arrendament de serveis).

Les diferències apreciables entre la relació que vincula ambdós subjectes amb la societat també transcendeixen a la seva responsabilitat, no només pel que fa a la responsabilitat personal de l'administrador o del col·laborador sinó també en allò relatiu a la responsabilitat de la societat enfront de tercers per actes realitzats pels seus administradors o pels seus col·laboradors dependents en el desenvolupament de les seves funcions o en la prestació dels seus serveis. Els administradors de societats anònimes estan sotmesos a un règim especial de responsabilitat enfront la societat (responsabilitat social o interna) i enfront els socis i tercers (responsabilitat externa), on s'estableixen els seus pressupòsits, el seu caràcter solidari i les causes d'exoneració, un règim que en principi només és aplicable als subjectes que ostentin la condició legal d'administrador. En canvi, no existeix un règim especial de responsabilitat civil de l' "alt càrrec no administrador" d'una societat anònima (prescindint dels problemes que en Dret espanyol pot plantejar la delimitació d'aquesta categoria de col·laboradors dependents) sinó que, en principi, derivarà de l'aplicació de les normes generals en matèria de responsabilitat civil i de la concreta naturalesa i del règim de la relació que vinculi l' "alt càrrec" amb la societat on presti els seus serveis, independentment que sigui imputable als qui ostenten el càrrec d'administrador; en particular, amb caràcter general (prescindint, per tant, de la naturalesa concreta de la relació que



vinculi l'auxiliar o col·laborador amb l'empresari), els arts. 1903 i 1904 CC estableixen, respectivament, la responsabilitat de l'empresari enfront de tercers pels perjudicis ocasionats pels seus dependents i el seu dret de repetició enfront aquests (pel que fa als dependents dotats de poder de representació, s'haurà de tenir en compte el que estableixen els arts. 281 i següents del C. de Co); d'això es desprèn que la responsabilitat de l'empleat o dependent només és interna, és a dir, enfront l'empresari o el principal ja que aquest respondrà enfront de tercers dels danys causats per l'actuació d'aquell, sens perjudici de la clara tendència existent al Dret comparat de restringir o limitar la responsabilitat del dependent front l'empresari.

Malgrat la diferent naturalesa existent entre la relació jurídica que vincula la societat amb l'administrador i els "alts càrrecs no administradors", també s'ha d'assenyalar, d'una banda, l'existència en Dret administratiu sancionador de normes que estableixen un règim de responsabilitat comuna tant per administradors com alts directius (art. 95 Llei del Mercat de Valors, art. 1.4 Llei de Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit, art. 40.1 Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances privades) així com la seva assimilació als efectes d'aplicació de les normes reguladores de certs aspectes sobre la seva posició jurídica (en aquest sentit vegi's la Disp. Addicional 150 LMV, sobre la retribució dels directius i administradors de societats cotitzades) i, de l'altra, l'existència de propostes d'extensió de la responsabilitat legalment prevista pels qui ostenten la condició d'administrador a d'altres subjectes que assumeixen funcions gestores al si d'una societat, particularment, el o els apoderats generals o, amb una altra denominació, el o els directors generals, fonamentalment per evitar la frustració del sistema legal de responsabilitat (que, en alguns casos, es refereixen no tant a l'aplicació del règim al director general com a tal sinó al subjecte que es considera, en atenció a les circumstàncies concurrents, administrador "de fet" de la societat que pot ser o no, alhora, el mateix director general). Però, sens perjudici que es pogués reconèixer una tendència cap a l'aproximació, almenys en alguns aspectes, del règim jurídic aplicable als administradors i als alts directius, el cert és que les propostes d'extensió del règim de responsabilitat previst pels administradors de les societats de capital a certs empleats dependents de la societat (i, singularment, al director general) encara no han rebut un recolçament legal. Per això, encara subsisteixen entre ambdós notables diferències que impedeixen la seva assimilació i desaconsellen l'assegurament conjunt de la seva responsabilitat civil.

Això resulta especialment clar en els casos en què la societat ha conclòs, juntament amb una assegurança de responsabilitat civil dels administradors i alts directius, una assegurança de responsabilitat civil empresarial en la modalitat d'explotació que cobreix, entre d'altres riscos, la responsabilitat de l'empresari (societat) pels danys causats per un empleat o dependent; en aquest cas, l'assegurança D&O cobriria la responsabilitat de l'alt directiu enfront la societat, és a dir, el dret de repetició previst per l'article 1904 CC. No obstant, tenint en compte que, en virtut de l'art. 43 LCS, en les assegurances de responsabilitat civil empresarial la companyia asseguradora no es pot subrogar en el dret de repetició que pogués correspondre a l'assegurat (empresari) contra el causant del dany tret que aquest tingués coberta la seva responsabilitat civil i que l'empresari assegurat generalment no exercitarà el seu dret de repetició contra el dependent causant del dany, la contractació simultània d'ambdues assegurances (i la satisfacció per la

societat de les primes corresponents) només possibilita que l'assegurador de la responsabilitat civil empresarial pugui repetir contra l'assegurador de la responsabilitat civil de l'alt directiu; per això, la contractació d'una assegurança de responsabilitat empresarial que cobreixi també els danys causats per l'actuació dels alts directius exclou lògicament la inclusió d'aquests en una assegurança de responsabilitat civil dels administradors, tret que es vulgui satisfer una doble prima per obtenir una mateixa i única cobertura.

D'altra banda, la cobertura conjunta obliga a realitzar contínues precisions, sobretot en relació a la delimitació del risc assegurat (tant positiva com, sobretot, negativa -exclusions de cobertura-), el càlcul de la prima i d'altres aspectes del contingut del contracte d'assegurança que habitualment no es realitzen a les pòlisses emeses al nostre mercat assegurador (així MARTÍN GIL, pàg. III), la qual cosa posa de manifest l'artificialitat de l'agrupació dels administradors i dels alts directius als efectes de l'assegurament de la seva responsabilitat civil.

#### **4. El risc i la seva cobertura**

##### **4.1. Consideracions prèvies: la responsabilitat civil asegurable**

Atenent la configuració legal de l'assegurança de responsabilitat civil en el nostre ordenament jurídic, el risc cobert per aquesta modalitat assegurativa ve constituït pel naixement d'un deute indemnitzatori a càrrec de l'assegurat a conseqüència de la seva responsabilitat civil (art. 73 LCS; cfr. SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 1129 i ss.) si bé, quan l'assegurador també es compromet a assumir la defensa jurídica de l'assegurat, caldrà entendre que l'assegurança no només cobreix el risc de responsabilitat sinó també el risc de defensa jurídica, sens perjudici que la seva cobertura sigui accessòria i complementària respecte la de l'altra (la cobertura del risc de defensa jurídica s'inclou llevat pacte en contrari a l'assegurança juntament amb la cobertura del risc de responsabilitat civil: art. 74 LCS). A partir d'aquesta definició general de risc serà necessari, per tant, que en el cas concret s'individualitzi el supòsit de responsabilitat assegurat que pot generar el deute a càrrec de la persona assegurada (a això es refereix la pròpia LCS quan determina al seu art. 73 que l'assegurador es compromet a assegurar el risc de responsabilitat civil "*dins dels límits establerts a la llei i al contracte*"; vegeu SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 1138 i ss. i FONT RIBAS, *La asegurabilidad*, pàgs. 98 i 99) la qual cosa exigirà concretar els fets origen de la responsabilitat civil assegurada (delimitació positiva) combinada amb la indicació de les causes d'exclusió de la cobertura (delimitació negativa).

En relació amb cada supòsit o grup de supòsits de responsabilitat les conseqüències del qual són objecte de cobertura per una assegurança de responsabilitat civil, interessa distingir entre l'eventual responsabilitat asegurable i la concreta responsabilitat assegurada. La primera fa referència, dins la modalitat de responsabilitat de què es tracti, a l'àmbit dels possibles supòsits de responsabilitat que en abstracte poden ser objecte de cobertura per un contracte d'assegurança, mentre que la segona fa referència als supòsits que, dins la responsabilitat asegurable, són objecte de cobertura, en particular, per un concret contracte d'assegurança de

responsabilitat civil; en conseqüència, la responsabilitat assegurada ve delimitada per la responsabilitat assecurable i pels supòsits de responsabilitat descrits i les exclusions o limitacions contingudes al propi contracte.

Dins la delimitació de la responsabilitat civil assecurable, amb caràcter general, s'ha d'esmentar l'exclusió legal de l'assecurabilitat de la responsabilitat civil derivada del dol de l'assecurat (art. 19 LCS), exclusió que no impedeix que el perjudicat o els seus hereus es puguin dirigir contra l'assegurador en exercici de l'acció directa per exigir-li el compliment de la seva obligació d'indemnitzar, sens perjudici de la possibilitat de repetició contra l'assecurat que actuà fraudulentament (art. 76 LCS). Això no permet concloure que calgui assegurar el dol en l'assegurança de responsabilitat civil sinó, simplement, que per diferents raons de política jurídica la llei ha estès enfront del perjudicat l'obligació de l'assegurador d'indemnitzar els danys patits per aquest (sobre la crítica a aquesta extensió vegeu, per tots, SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 1246 i ss); en tot cas, aquesta situació fa innecessària l'exclusió convencional del dol (atès que l'exclusió es referiria a un risc que queda legalment exclòs de la cobertura oferida per l'assegurança: BAÍLLO, pàgs. 1278 i 1279) i impedeix que les parts contractants puguin oposar al perjudicat, mitjançant pacte en aquest sentit, la inassecurabilitat del dol o, simplement, l'exclusió de la cobertura del dol de l'assecurat (l'art. 76 LCS admet imperativament l'exercici de l'acció directa també en aquest cas, una norma que com senyalàvem anteriorment resulta aplicable fins i tot a les assegurances de "grans riscos"); no obstant, alguns autors consideren que, malgrat el que disposa l'art. 76 LCS, el dol de l'assecurat és una excepció extracontractual oposable per la companyia asseguradora al tercer perjudicat (BAÍLLO, pàg. 1283).

Al marge d'això, sobre la responsabilitat dels administradors d'una societat anònima, s'ha de considerar com a responsabilitat assecurable tots aquells supòsits de responsabilitat *civil* (queden exclosos, per tant, els actes que generin únicament responsabilitat *penal*, fiscal i/o administrativa) en què pugui incórrer l'administrador d'una societat anònima en exercici del seu càrrec que, concretament, seran els contemplats pel règim especial de responsabilitat dels administradors contingut als arts. 133 a 135 LSA i d'altres supòsits vinculats a determinats incompliments o infraccions (cfr. en aquest sentit, els arts. 15.1, 15.2, 17.2, 74.3, 127 i 262.5 LSA i les Disposicions Transitòries Tercera i Sisena LSA, així com l'art. 172.3 de la Llei Concursal). Entre aquests últims podria resultar discutible l'assecurabilitat del supòsit de responsabilitat contemplat a l'art. 262.5 LSA (i també dels continguts a les Disp. Transitòries 30 i 60 LSA, si bé en relació amb aquests s'ha d'assenyalar que és difícil que hagin estat objecte de cobertura en el passat i inimaginable que ho siguin en el futur) per tractar-se d'un supòsit de responsabilitat-sanció per incompliment d'una obligació legal l'exigència de la qual no requereix l'existència d'un dany (sobre la caracterització d'aquest supòsit de responsabilitat vegeu el treball dels Profs. ROJO i BELTRÁN); no obstant, la desvinculació de la responsabilitat respecte la producció d'un dany efectiu no significa que perdi el seu caràcter de responsabilitat civil ni tampoc que adquireixi el caràcter personalíssim que tenen les sancions penals i administratives i, en conseqüència, s'ha de concloure afirmant l'assecurabilitat del supòsit de responsabilitat contemplat a l'art. 262.5 LSA (vegeu VICENT CHULIÀ, pàgs. 303 i 304; SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 411).

A partir de la contemplació conjunta dels supòsits de responsabilitat en què pot incórrer l'administrador d'una societat anònima i que poden ser objecte de cobertura per l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors, s'ha d'assenyalar que el risc d'aquesta modalitat d'assegurança presenta característiques singulars respecte del risc cobert per altres assegurances de responsabilitat civil. Per sobre d'altres consideracions, hem de destacar que es tracta d'un risc extraordinàriament complex donades les dificultats que planteja, sobretot, l'estudi estadístic de la probabilitat de producció dels sinistres i de la seva importància econòmica (vegeu *supra* apartat I). Això es tradueix en una notable dificultat pel càlcul de la prima i en problemes per establir directrius generals sobre l'assumpció d'aquest tipus de riscos fonamentalment perquè, en aquesta modalitat d'assegurança, el risc presenta particularitats en cada cas de manera que la seva cobertura no és generalitzable a d'altres casos. En general, els supòsits de responsabilitat civil dels administradors socials no són evidents i, alhora, l'esclariment dels fets normalment és molt complex i particularment difícil en els casos de responsabilitat front la societat i, sobretot, si l'administrador demandat és separat del seu càrrec. Tot això posa de manifest la necessitat de prestar una singular atenció en l'elaboració del contingut de les pòlisses que documenten aquesta modalitat d'assegurança en cada cas, per la qual cosa resulta essencial considerar el règim jurídic aplicable a la responsabilitat dels administradors de societats anònimes en el nostre ordenament jurídic.

#### 4.2. Delimitació de la responsabilitat civil assegurada

La delimitació convencional del risc al contracte d'assegurança es realitza positivament mitjançant la concreció del risc assegurat i negativament mitjançant l'enunciació de les seves exclusions (vid. SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, pàgs. 1138 i ss). Les exclusions de cobertura, per tant, es refereixen a supòsits que en principi s'han d'entendre compresos en el risc assegurat però que, per voluntat de les parts contractants, queden fora de la cobertura de manera que la seva realització no desencadenarà l'obligació de l'assegurador. En l'assegurança de responsabilitat civil el risc assegurat és la responsabilitat civil i, tret que s'exclouï, també la defensa jurídica de l'assegurat enfront de reclamacions formulades contra ell exigint-li responsabilitat (art. 74 LCS). Usualment, la delimitació d'ambdós riscos es realitza de manera independent encara que interconnectada donada la interconnexió existent entre la cobertura d'ambdós riscos, utilitzant-se en tots dos casos criteris propis de delimitació entre els que destaca el relatiu a la causa de la responsabilitat (o fet danyós) si bé, en principi, la delimitació del risc de responsabilitat civil vincula la del risc de defensa jurídica en el sentit que l'assegurador es compromet a realitzar la prestació corresponent a aquesta cobertura només quan el cas concret o la reclamació corresponent quedin inclosos dins de la cobertura del risc de responsabilitat civil.

En principi, excepte en els casos d'assegurances obligatòries de responsabilitat civil, les parts poden establir les exclusions o les limitacions a la cobertura del risc assegurat que tinguin per convenient. No obstant, les clàusules incloses al contracte amb aquesta finalitat hauran de ser clares i precises (art. 3 LCS) i, alhora, no podran ser de tal amplitud que facin il·lusòria la garantia que proporciona l'assegurança (vegeu ALONSO COTO, pàg. 295; FONT RIBAS, *La asegurabilidad*, pàg. 99). De la mateixa manera, encara que conceptualment no es pugui admetre la identificació entre les clàusules delimitatives del risc assegurat i les clàusules limitadores dels drets de l'assegurat, la

jurisprudència del Tribunal Suprem (fonamentalment de la Sala Penal i només excepcionalment de la Sala Civil), per protegir l'assegurat, ha equiparat de vegades ambdós tipus de clàusules (vid. SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, p. 98; TÀPIA HERMIDA, pp. 983 i ss.; LATORRE, pp. 67 i ss.); per això, no es pot obviar la possibilitat que les clàusules delimitatives del risc es puguin considerar limitadores dels drets de l'assegurat i, per tant, sotmeses als requisits establerts per la seva validesa o, si escau, com lesives de l'assegurat (això pot succeir particularment en relació a aquelles clàusules denominades "sorprenents" que delimiten el risc de manera no freqüent o no habitual: vid. FONT RIBAS, *Estudio*, pp. 40 i 41).

Igualment, s'ha d'assenyalar la tendència de la nostra jurisprudència a realitzar una interpretació àmplia de les incursions de riscos a la cobertura del contracte i una interpretació restrictiva de les exclusions (TÀPIA HERMIDA, p. 986), que fa especialment rellevant una redacció clara i precisa de les clàusules d'exclusió per aconseguir que responguin exactament a la voluntat de les parts i no defraudin les seves respectives expectatives.

Respecte la redacció de les clàusules delimitatives del risc assegurat, s'ha de tenir en compte la delimitació de la cobertura del risc de responsabilitat civil que es realitza en les assegurances de responsabilitat civil general ja que una part important de les exclusions de cobertura d'algunes modalitats d'aquesta només són un reflex de les elaborades amb caràcter general (en aquest sentit, en relació amb l'assegurança D&O, vegi's FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pp. 145 i ss. i VICENT CHULIÀ, p. 302).

En tot cas, l'aspecte principal de la delimitació del risc de responsabilitat assegurat per aquesta modalitat d'assegurança ve constituït, no per la identificació dels supòsits de responsabilitat inclosos a la cobertura (delimitació positiva del risc) sinó, pel contrari, per les seves exclusions (delimitació negativa del risc). Les clàusules que s'introdueixen amb aquesta última finalitat són molt nombroses i heterogènies la qual cosa, al marge de dificultar la identificació del risc assegurat en cada cas, posa de manifest que una de les principals característiques d'aquesta modalitat assegurativa és la necessitat que la cobertura s'adapti exactament a les circumstàncies del risc assegurat (conscients de la singularitat del supòsit de responsabilitat assegurat, les pròpies companyies asseguradores ofereixen pòlisses adaptades específicament a les necessitats que s'originen en certes societats o entitats). L'heterogeneïtat dels clausulats generals d'aquesta modalitat d'assegurança es pot apreciar tant si es comparen les pòlisses oferides a diferents mercats asseguradors com si es comparen les pòlisses oferides per les diferents companyies asseguradores en un mateix mercat assegurador (VICENT CHULIÀ, pp. 302 i 303), concentrant-se les diferències en les exclusions (supòsits de responsabilitat exclosos de la cobertura). El nombre d'exclusions ha experimentat un creixement sostingut des d'inicis dels anys vuitanta si bé, a la fi del segle passat, es pot constatar una reacció en direcció contrària a la perspectiva de millorar i augmentar la cobertura oferida per la pòlissa, una tendència que s'ha vist frenada amb l'inici de la nova centúria i la crisi experimentada per aquest sector de l'assegurança que ha provocat, entre d'altres, una cobertura més restrictiva.

L'amplitud i l'heterogeneïtat de les clàusules d'exclusió aconsellen centrar únicament la nostra atenció en les principals exclusions d'entre les més comunes que es poden trobar, més freqüentment, a les diferents pòlisses, sistematitzades en atenció als criteris o paràmetres utilitzats per la delimitació del risc assegurat.

#### a) Delimitació causal

En l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes, la identificació del risc de responsabilitat assegurat que es realitza a les pòlisses que s'ofereixen al nostre mercat assegurador gira entorn la definició de l'expressió "acte incorrecte", "acte negligent", "acte danyós" o una altra equivalent, amb una evident proximitat a la tècnica i les fórmules utilitzades a d'altres mercats asseguradors (singularment als Estats Units on, amb aquest objectiu, s'utilitza el concepte "*wrongful act*"); això unit a la imprecisió amb la que normalment es procedeix a la definició del concepte utilitzat (SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pp. 406 i 407) planteja dificultats per identificar exactament els supòsits de responsabilitat coberts per l'assegurança. No obstant, en general, es pot assenyalar que en tots els casos es fa referència, amb major o menor precisió tècnica, als supòsits de responsabilitat derivats d'accions o omissions culposes, negligents o imprudents que suposin l'incompliment d'un deure o es realitzin sense la diligència deguda o resultin contràries a la llei o als estatuts de la societat i siguin realitzades pels administradors en el desenvolupament de les seves funcions com a tals.

A partir d'aquesta formulació general s'ha de realitzar l'esforç de determinar els supòsits concrets de responsabilitat dels administradors de societats anònimes que hi queden inclosos. És clar que dins del risc assegurat s'han de considerar inclosos els supòsits de responsabilitat derivats de l'aplicació dels arts. 133 a 135 LSA, que són precisament els supòsits prototípics en relació als quals es dissenya la cobertura de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials, però també la resta de supòsits de responsabilitat en què pot incórrer l'administrador d'una societat anònima, inclòs el contemplat a l'article 262.5 LSA (respecte això, recentment les companyies asseguradores han començat a incloure clàusules específiques d'exclusió d'aquest supòsit del risc assegurat: VICENT CHULIÀ, pp. 303 i 304, qui afirma que l'exclusió es limita a les petites societats i SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, p. 411, qui es manifesta contrari a la previsió de l'exclusió perquè aquest supòsit "hauria d'entrar dins la cobertura d'aquesta assegurança"); no obstant, si la voluntat de les parts és realment cobrir aquell risc, cal que rebí una atenció específica en la configuració de certs aspectes del contingut de la pòlissa, doncs generalment estan dissenyats pensant en els supòsits de responsabilitat-indemnització i no contemplen les singularitats que plantegen els supòsits de responsabilitat-sanció. Igualment, després de l'entrada en vigor de la Llei Concursal, també s'entendrà inclòs a la cobertura, excepte una exclusió expressa, el risc d'incórrer en la responsabilitat concursal prevista a l'art. 172.3 d'aquesta Llei, tant si es considera que es tracta d'un supòsit de responsabilitat-sanció (GARCÍA-CRUCES, pp. 309 i 310) com si s'entén, com estimem més encertat, que es tracta d'un supòsit de responsabilitat per danys (ALONSO UREBA, «La responsabilidad», pàgs. 304 i ss).

Pel que fa a les exclusions, s'ha d'assenyalar, en primer lloc, que atès que es tracta d'una assegurança de responsabilitat civil, quedarà exclòs de la seva cobertura el risc de responsabilitat

que no tingui aquest caràcter (fonamentalment, els supòsits de responsabilitat derivats d'infraccions administratives i penals, però no la responsabilitat civil derivada de la comissió culpable d'un delictes o falta). Tanmateix, com que la cobertura de l'assegurança es refereix a la responsabilitat derivada de l'exercici de les funcions pròpies de l'òrgan d'administració d'una societat anònima, s'han d'entendre exclosos, entre d'altres i sense necessitat que es pacti expressament una exclusió en aquest sentit, el risc de responsabilitat derivat del desenvolupament per la societat de funcions diferents a les pròpies del càrrec d'administrador (cas en què l'administrador desenvolupi altres funcions -lletrat, enginyer, metge,...-), la responsabilitat que es pugui imputar a un administrador que, alhora, ostenti la condició de soci com a conseqüència de l'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel de la personalitat jurídica, així com l'anomenat "risc d'empresa" (encara que, en rigor, els administradors no assumeixen responsabilitat per l'anomenat "risc d'empresa" atès que les obligacions que assumeixen són de comportament i no de resultat: ALONSO UREBA, pàg. 686; SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, pàg. 243).

Les clàusules d'exclusió relatives a la causa de la responsabilitat que amb major freqüència s'inclouen en aquesta modalitat d'assegurança es refereixen a la diferenciació i separació de la cobertura proporcionada per aquesta assegurança de la que donen altres modalitats asseguratives (al marge de les clàusules genèriques, s'han de citar les dirigides a separar la cobertura de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de la proporcionada, entre d'altres, per l'assegurança de responsabilitat empresarial per productes defectuosos i l'assegurança de responsabilitat patronal), el grau de culpabilitat de l'assegurat (d'aquesta manera s'exclouen els supòsits de responsabilitat on concorre dol, mala fe o una conducta fraudulenta de l'assegurat, encara que això resulti innecessari) i la naturalesa de la causa de la responsabilitat i la matèria concreta sobre la que versa (entre d'altres supòsits, s'exclou la responsabilitat per imposició de multes i sancions o per conductes o actuacions delictives, la derivada de l'obtenció il·lícita o fraudulenta d'avantatges, beneficis o remuneracions i el pagament de comissions, suborns, regals o gratificacions a grups polítics o sindicals o, en general, a qualsevol subjecte). Tanmateix, se solen excloure els supòsits de responsabilitat derivats de la realització d'activitats alienes al càrrec, exclusió que, com hem esmentat, també resulta innecessària.

De l'anàlisi d'un conjunt important de pòlisses d'assegurança de responsabilitat dels administradors que s'ofereixen en el nostre mercat assegurador es desprèn l'existència de notables defectes de tècnica jurídica en la seva elaboració que generen incertesa i inseguretat jurídica, i que deriven majoritàriament de la translació de conceptes, termes i expressions contingudes a les pòlisses d'altres mercats asseguradors i, singularment, dels Estats Units. L'observació en conjunt de les nombroses clàusules d'exclusió que es contenen a les pòlisses d'aquesta modalitat d'assegurança sovint permet apreciar coincidències o solapaments entre aquestes (en alguns casos un mateix supòsit de responsabilitat es pot emmarcar en dues o més clàusules d'exclusió), dificultats per identificar el supòsit de responsabilitat exclòs i, sobretot, la utilització d'expressions genèriques o imprecises la concreció de les quals no és senzill i planteja greus problemes interpretatius i d'aplicació a més de dur, en aquest afany de la companyia

asseguradora per eliminar qualsevol dubte sobre l'exclusió de determinats supòsits de responsabilitat, a atribuir a aquestes exclusions un àmbit més ampli del probablement previst per les parts i, singularment, per l'assegurador. La progressiva adaptació de les pòlisses del nostre mercat assegurador al règim de responsabilitat dels administradors de societats anònimes vigent en Dret espanyol, ha significat afortunadament la desaparició d'algunes exclusions d'origen nord-americà que s'inclouien als primers formularis (en ocasions amb referència expressa a normes vigents en altres ordenaments jurídics) encara que els assegurats no estiguessin sotmesos al risc exclòs, o la limitació de la seva eficàcia només a les reclamacions interposades en el territori dels Estats Units i Canadà (en general, sobre les clàusules d'exclusió de caràcter causal vegeu FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 144 i ss.; RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 264 a 276).

### **b) Delimitació subjectiva**

En principi, en una assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials, el cercle de possibles perjudicats resulta, en abstracte, il·limitat atès que aquests poden ser la pròpia societat, els socis i qualsevol altre subjecte. Per tant, resulta decisiva la limitació convencional que realitzin les parts contractants d'aquest cercle mitjançant la previsió d'exclusions a la cobertura, ja sigui mitjançant la previsió de clàusules d'exclusió *ad hoc* i/o mitjançant la delimitació de la figura del tercer perjudicat com també es fa a la pòlissa habitualment. Així, en uns casos, la delimitació del cercle de perjudicats es realitza mitjançant la definició de tercer perjudicat de la qual s'exclouen certs subjectes i, en d'altres casos, mitjançant la previsió de clàusules que exclouen de la cobertura del risc les reclamacions que exigeixen responsabilitat formulades per determinats subjectes, sent admissible que es combinin ambdues possibilitats.

Les exclusions de cobertura basades en la identitat del tercer perjudicat tenen com a fonament comú l'eventual existència d'un risc de simulació del sinistre sobre la base d'un concert entre el tercer i l'assegurador per tal d'obtenir la indemnització de l'assegurador (al costat d'aquest també s'esmenten altres arguments que no tenen abast general; vegeu CALZADA, *El seguro*, pàgs. 246 i ss). En el cas de l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes en particular, les exclusions que tenen com a fonament el risc de concert o colusió entre l'assegurador i el perjudicat són bàsicament les relatives a les reclamacions de responsabilitat interna o social (és a dir, la responsabilitat enfront la societat per danys patits per aquesta) interposades per la mateixa societat, les reclamacions dirigides contra un assegurador per un altre assegurador, les reclamacions interposades per tercers estretament vinculats a l'assegurador (principalment, els membres de la seva família) i les interposades per accionistes majoritaris, amb una participació rellevant o amb una posició de control a la societat acceptant (una exclusió amb una extensió que s'ha de determinar atenent més a criteris substantius -control, poder de decisió determinant- que a criteris formals -titularitat d'un determinat percentatge de capital social-; vid. PÉREZ CARRILLO, pàg. 274; precisament la utilització exclusiva de criteris quantitius fa que alguns autors considerin aquesta exclusió injustificada: vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 410).

L'exclusió del risc de responsabilitat interna o social, que és un reflex de l'exclusió que a les assegurances de responsabilitat civil general celebrades per compte d'altri afecta les reclamacions



interposades per l'acceptant de l'assegurança (a l'assegurança de responsabilitat dels administradors ja s'ha esmentat que generalment l'acceptant és la pròpia societat) i es conté freqüentment a les pòlisses d'assegurança D&O als Estats Units, mereix una atenció particular. Generalment, aquesta exclusió només es refereix a les reclamacions que exigeixen responsabilitat social interposades per la pròpia societat i no, en canvi, als casos d'exercici de l'acció social de responsabilitat per altres subjectes legitimats (en particular, els socis i creditors); no obstant, aquesta limitació de la cobertura, tenint en compte el caràcter restrictiu amb què es reconeix la legitimació subsidiària per a l'exercici de l'acció social (almenys si es compara amb el que succeeix als Estats Units) en Dret espanyol i, en general, a l'Europa continental, situa la societat acceptant en una situació de desprotecció enfront altres perjudicats i, amb això, disminueix notablement l'atractiu d'aquesta modalitat assegurativa. No obstant, s'ha de reconèixer que la cobertura il·limitada del risc de responsabilitat social comporta un perill d'abús i de manipulació important (si es planteja un concert entre els administradors assegurats i la societat acceptant per simular un sinistre per aconseguir una indemnització de l'assegurador, serà molt difícil que aquest pugui, sense l'ajut dels assegurats, defensar-se enfront aquesta reclamació).

Per això, si bé no és convenient (ni freqüent) que a les pòlisses oferides al nostre mercat assegurador s'exclouï el risc de responsabilitat interna o social, sí ho és la previsió d'un conjunt de cauteles per eliminar o reduir aquest risc d'abús que es concreten en la introducció de restriccions o de limitacions a la cobertura d'aquest risc; les possibilitats en aquest sentit són múltiples: es pot limitar la cobertura d'aquest risc només als casos on la reclamació que exigeix la responsabilitat social sigui exercida contra els administradors seguint les instruccions o la iniciativa dels socis o amb la seva participació; cal excloure d'aquesta els casos on la reclamació es plantegi pels propis administradors assegurats, per una societat filial o per la societat matriu del grup; o la cobertura de la responsabilitat interna però vinculant el deure de la companyia asseguradora d'indemnitzar al cessament efectiu en el seu càrrec de l'administrador assegurat demandat o a la determinació judicial de la indemnització de danys i perjudicis; fins i tot, en ocasions, es tracten de reduir les possibilitats de manipulació a través de la regulació de la franquícia (sobre aquesta i d'altres exclusions de caràcter subjectiu vegi's FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 150 i ss.; PÉREZ CARRILLO, pàgs. 245 i ss.; RONCERO SÁNCHEZ, pàgs. 276 i ss).

### c) Delimitació temporal

En l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats, com succeeix en d'altres assegurances de responsabilitat civil, la prestació de l'assegurador generalment es vincula a la reclamació realitzada pel tercer perjudicat (*claim made*) que s'haurà d'haver produït durant la vigència material de l'assegurança i prescindint, per tant, del moment en què s'hagi produït el fet danyós causant de la responsabilitat de l'assegurat. L'admissió d'aquestes clàusules en Dret espanyol, com suposen la fixació d'un període de vigència material de l'assegurança (que és plenament admissible segons el que estableix l'art. 22 LCS) i, sobretot, una fixació convencional del sinistre, almenys en la seva perspectiva de fet o acte desencadenant de la prestació de l'assegurador, ha estat intensament demandada per les companyies asseguradores i fou objecte d'una important controvèrsia a la doctrina i la jurisprudència fins la modificació de l'article 73 Llei del Contracte d'assegurança per la Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances

privades el 1995; després d'aquesta reforma, i sens perjudici de la valoració que pugui merèixer (per una valoració crítica vid., entre d'altres, SÁNCHEZ CALERO, *La delimitación*, pàgs. 33 i ss. i *Ley*, pàgs. 1158 i 1159; CALZADA CONDE, *La delimitación*, pàgs. 52 i ss.), s'ha consagrat en el nostre ordenament jurídic l'admissibilitat de les clàusules *claim made* que reuneixin els requisits esmentats en aquest precepte i, per tant, la nul·litat de la resta (conclusió que no juga a les assegurances de "grans riscos" perquè l'exclusió del caràcter imperatiu de la LCS en relació a aquestes, suposa admetre qualsevol fórmula de delimitació temporal del risc basada en la reclamació del perjudicat; així OLIVENCIA, pàgs. 208 i 209; SÁNCHEZ CALERO, *La delimitación*, pàgs. 42 i 43 i *Llei*, pàgs. 1164 i 1165; FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàg. 217). En particular, l'article 73 LCS exigeix que, si el sinistre es vincula a la reclamació del perjudicat, o bé es contempli la cobertura retroactiva (han de quedar coberts els supòsits on l'obligació d'indemnitzar a càrrec de l'assegurat hagi nascut amb una anterioritat, almenys, d'un any des del començament dels efectes del contracte) o bé la cobertura posterior (supòsits on la reclamació s'hagi produït en un període de temps no inferior a un any després de l'acabament del període de durada del contracte o, si escau, de les seves pròrrogues).

Amb freqüència, a les pòlisses de l'assegurança de responsabilitat dels administradors de societats anònimes, el sinistre es defineix com la reclamació realitzada per un tercer contra l'assegurat per exigir la seva responsabilitat, alhora que es determina el període de vigència material de l'assegurança atenent al moment de realització de la reclamació (vegeu FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 189 i ss.; PÉREZ CARRILLO, pàgs. 274 i ss.; SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàgs. 411 i ss). En aquest sentit, la Sentència de l'Audiència Nacional de 31 de març de 2000 s'ocupa, entre d'altres aspectes, de l'extensió temporal de la cobertura oferida per una pòlissa d'assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials (en aquesta s'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...», per afegir posteriorment «...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 querrela 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 vinculació de la prestació de l'assegurador a la reclamació del perjudicat realitzada dins un determinat període exigeix definir què s'entén per "reclamació" (i, en particular, si és suficient qualsevol classe d'exigència o de requeriment per entendre formulada una reclamació o si, pel contrari, és necessari que es refereixi al pagament d'una compensació econòmica) i a qui s'ha de formular (bàsicament, a l'assegurat o a la societat acceptant), havent de prendre en consideració la possibilitat d'acció directa que l'article 76 LCS reconeix al perjudicat contra la companyia asseguradora (possibilitat que generalment s'ignora a les pòlisses que s'ofereixen al nostre mercat assegurador: vid. SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 413). Tanmateix, entenem que l'art. 73 LCS només autoritza la vinculació de la prestació de l'assegurador a la reclamació del perjudicat que s'ha realitzat dins el període de vigència material de l'assegurança però no a la seva notificació a l'assegurador, de manera que no seran vàlides les clàusules que exigeixin que, no només la reclamació, sinó també la seva notificació a l'assegurador, s'hagi realitzat dins el període de vigència material de l'assegurança (que, no obstant, s'inclouen a algunes pòlisses; vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 413).

D'altra banda, la vinculació de la prestació de l'assegurador a la reclamació del perjudicat pot plantejar dificultats en alguns casos. Així, a la Llei Concursal es preveu la possibilitat que el jutge del concurs, a la sentència de qualificació del concurs, condemni els administradors o liquidadors, de dret o de fet, de la persona jurídica que ha rebut una qualificació de concurs culpable i als que haguessin tingut aquesta condició dins dels dos anys anteriors a la data de la declaració de concurs, a pagar als creditors concursals, total o parcialment, l'import que no percebin dels seus crèdits a la liquidació de la massa activa (art. 172, apartat 3). Després de l'entrada en vigor d'aquesta Llei, per tant, és possible que el jutge determini directament la responsabilitat dels administradors socials i sense prèvia reclamació pels creditors de la persona jurídica declarada en concurs culpable; no obstant, a partir d'aquesta sentència, generalment, els creditors socials realitzaran la corresponent reclamació als administradors declarats responsables de manera que, en principi, s'haurà de tenir en consideració la data de la reclamació i no la de la sentència als efectes de verificar la inclusió del supòsit de responsabilitat dins la cobertura de l'assegurança per haver succeït dins el seu període de vigència material (en cap cas es podria considerar com a data de la reclamació la de la sol·licitud de declaració del concurs formulada per un creditor ja que no implica una demanda o exigència de responsabilitat als administradors socials ni tampoc desembocarà necessàriament en aquesta); el problema només es plantejaria a l'improbable cas que l'administrador declarat responsable procedís espontàniament a satisfer als creditors l'import dels seus crèdits en els termes fixats a la sentència dictada pel jutge del concurs.

#### d) Delimitació geogràfica o espacial

En les assegurances de responsabilitat civil, la determinació de l'extensió geogràfica o territorial de la cobertura del risc assegurat, qüestió que depèn de la voluntat de les parts, generalment es circumscriu al territori de l'Estat on es contracta; no obstant, l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes, com que generalment és contractada per grans companyies per cobrir el risc de responsabilitat dels seus administradors i dels administradors de les seves societats filials els interessos de les quals es poden estendre més enllà del territori on hi ha el domicili social de la societat matriu, no és infreqüent que s'ampliï l'extensió geogràfica de la cobertura comprnent els supòsits de responsabilitat en què puguin incórrer els assegurats a qualsevol lloc del món (cfr. FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 230 i ss.; PÉREZ CARRILLO, pàg. 279; SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 413). Aquesta possibilitat, que resulta de gran interès pels assegurats que desenvolupen les seves funcions d'administració fora del lloc de celebració del contracte, exigeix des de la perspectiva de l'assegurador una correcta valoració del risc assumit, la qual cosa sol conduir a l'adopció de determinades mesures limitadores de la cobertura oferida; així, en atenció a l'elevat risc de responsabilitat que assumeixen els administradors de les societats d'alguns països i, particularment dels Estats Units i Canadà, les companyies asseguradores que ofereixen aquesta assegurança al nostre país i estenen la seva cobertura al món sencer, inclouen un tractament específic per la cobertura dels supòsits de responsabilitat que s'hagin produït a un determinat país o que s'hagin de jutjar d'acord amb el seu ordenament jurídic, mesures que generalment afecten els dos països citats i que poden consistir en l'exclusió de la cobertura en aquests casos o en la previsió d'un conjunt d'exclusions que només juguen en els supòsits de responsabilitat que s'hi produeixin o que s'hagin de jutjar d'acord amb els seus respectius ordenaments jurídics.

L'extensió geogràfica de la cobertura, al marge de la complexitat que introdueix en relació al compliment de la prestació relativa a la defensa jurídica de l'assegurat (per tots, FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàgs. 230 i ss.), també planteja altres problemes. Així, encara que la cobertura del risc assegurat s'estengui a múltiples països, a la pòlissa es determina generalment que el contracte d'assegurança queda sotmès al Dret espanyol (i, en particular, a la LCS); ara bé, les reclamacions que exigeixin responsabilitat que es puguin plantejar contra els assegurats fora d'Espanya, es regiran per l'ordenament jurídic corresponent, amb independència que quedin cobertes pel contracte d'assegurança, cosa que planteja el problema de decidir si els drets que el Dret espanyol reconeix als perjudicats i, en particular, l'acció directa contra l'assegurador (art. 76 LCS), podran ser exercitats pel perjudicat contra l'assegurador sotmès al Dret espanyol en un supòsit de responsabilitat d'un assegurat cobert per l'assegurança però que s'ha de jutjar d'acord amb un ordenament jurídic estranger (SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 414).

#### 4.3. Delimitació de la cobertura del risc de defensa jurídica

Llevat que les parts contractants acordin quelcom diferent, l'assegurança de responsabilitat civil també inclou la cobertura del risc de defensa jurídica, en virtut de la qual l'assegurador es compromet a prestar a l'assegurat el servei de defensa jurídica davant qualsevol reclamació de responsabilitat que se li dirigeixi (art. 74 LCS). En conseqüència, l'assegurador ha de suportar les

despeses de defensa jurídica de l'assegurat tant si l'ha assumit com si ha estat assumida pel propi assegurat (perquè així ho determinin les parts o perquè existeixi un conflicte d'interessos entre ambdues), la qual cosa comprèn el pagament de totes les despeses necessàries i raonables originades a conseqüència de la defensa de l'assegurat tant en l'àmbit judicial com l'extrajudicial, incloent també, si escau, la constitució de les fiances que es puguin exigir a l'assegurat en raó o a conseqüència d'un procediment de responsabilitat (una prestació que generalment se sol incloure expressament a les pòlisses; en referència a l'assegurança D&O vegeu SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 417). Aquest aspecte de la cobertura és accessori i complementari respecte la cobertura del risc de responsabilitat civil, que implica que l'assegurador assumeix la direcció jurídica de l'assegurat només davant les reclamacions on se li exigeixi responsabilitat civil compreses en el risc de responsabilitat assegurat, sens perjudici que les parts hagin pactat quelcom diferent (això també comprendrà també, en particular, l'assumpció per l'assegurador de les despeses de defensa jurídica de l'assegurat als casos en què, mitjançant la reclamació, se l'imputi una responsabilitat derivada d'una conducta dolosa).

En l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials, l'aspecte de la cobertura presenta una major o menor importància en els diferents mercats asseguradors segons existeixin o no modalitats d'assegurança alternatives o altres aspectes de l'ordenament jurídic a què quedi sotmès el mercat i, en particular, el règim legal de distribució de les costes processals (un dels factors decisius de l'expansió de l'assegurança D&O als Estats Units ha estat precisament el sistema de distribució de les costes processals existent -l'anomenada *american rule*- en virtut de la qual cada part litigant ha de satisfer les seves pròpies despeses amb independència del resultat del procés, que contrasta amb el criteri del venciment objectiu vigent a la generalitat dels ordenaments jurídics europeu-continentals). Per delimitar aquest aspecte de la cobertura s'ha de subratllar, sobretot, la complexitat que pot presentar una reclamació de responsabilitat dirigida contra els administradors d'una societat anònima, particularment si es tracta d'una societat de grans dimensions, que exigeix comptar amb una assistència jurídica altament especialitzada que, a més, s'ha de coordinar amb la pròpia defensa jurídica de la societat quan es demandi al costat dels seus administradors. Tanmateix, també s'ha de constatar l'existència d'un interès de la societat acceptant en què els seus afers interns es tractin de la manera més confidencial possible (GÓMEZ LLORENTE, pàg. 234), així com que aquesta classe d'assegurança resulta especialment indicada per grans societats que, sovint, compten amb gabinets jurídics propis (de caràcter intern o extern) capaços de prestar l'assistència jurídica especialitzada i de confiança que demanden les reclamacions. Tot això explica que, a la praxi, les parts contractants sovint atribueixin a l'assegurat la direcció jurídica de la seva defensa mentre que l'assegurador assumeix el pagament de les despeses que es derivin dins dels límits pactats en el contracte reconeixent-li, com a màxim, certes facultats en relació a l'adopció de les decisions més rellevants en què aquella es concreta (vid. SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, pàg. 417), la qual cosa pot plantejar problemes de discrepància entre l'assegurador i l'assegurat així com la qüestió de l'eventual existència d'una obligació a càrrec de l'assegurador consistent en la bestreta de despeses (que se sol vincular a la prèvia autorització de l'assegurador de les despeses la bestreta de les quals se sol·licita). Al costat d'això, en alguns mercats asseguradors i particularment al dels Estats Units, té una gran transcendència pràctica la distribució dels costos originats per la defensa jurídica quan la reclamació es dirigeix

conjuntament contra persones assegurades i contra persones no assegurades o versa sobre supòsits de responsabilitat coberts i supòsits no coberts per l'assegurança (per referència al mercat espanyol vid. PÉREZ CARRILLO, pàg. 258).

D'altra banda, no es pot considerar inclosa dins la cobertura de la defensa jurídica (ni, per tant, es pot considerar que el seu cost es computi als efectes del límit quantitatiu eventualment establert a la pòlissa per aquesta cobertura) el pagament per l'assegurador de les despeses derivades de la realització de campanyes publicitàries o d'imatge dirigides a restablir la reputació, el prestigi o la imatge pública d'un administrador assegurat que hagi estat declarat responsable, que s'inclou freqüentment a les pòlisses d'aquesta modalitat d'assegurança.

### 5. El sinistre

La determinació del sinistre com a realització del risc en l'assegurança de responsabilitat civil presenta algunes dificultats, qüestió íntimament connectada amb la pròpia determinació del dany, doncs aquell és el fet desencadenant d'aquest. Atenent a la configuració legal de l'assegurança de responsabilitat civil en Dret espanyol, el dany consisteix en el naixement a càrrec de l'assegurat d'un deute de responsabilitat, és a dir, d'una obligació d'indemnitzar els danys i perjudicis ocasionats al tercer perjudicat (cfr. art. 73 LCS i SÁNCHEZ CALERO, *Llei*, pàgs. 1129 i ss) i, per tant, el sinistre vindrà constituït pel fet que provoca el naixement del deute de responsabilitat o pel fet que causa el dany al tercer, ja que la responsabilitat neix del propi fet causant del dany. No obstant, aquesta definició de sinistre planteja alguns inconvenients si es contempla com a fet desencadenant de la prestació de l'assegurador ja que, el naixement del deute de responsabilitat (dany) a conseqüència del fet danyós (sinistre), no desencadena automàticament la prestació de l'assegurador, al que ha d'afegir-se que l'assegurador es pot veure obligat a realitzar la seva prestació (almenys, en el part relativa al pagament de les despeses de defensa jurídica) en supòsits on no hagi nascut cap deute de responsabilitat a càrrec de l'assegurat (per exemple, les despeses de defensa judicial en un supòsit de reclamació no fonamentada que es resol declarant la no responsabilitat de l'assegurat però sense imposar les costes al demandant). D'aquesta manera, sembla possible que encara que existeixi un sinistre i un dany, l'assegurador no es vegi obligat a realitzar la seva prestació o que, no havent existit un sinistre ni, per tant, un dany, l'assegurador hagi de realitzar, almenys parcialment, la seva prestació.

Aquestes contradiccions deriven, en part, de la integració als efectes de la seva cobertura del risc de responsabilitat civil i del risc de defensa jurídica, dos riscos que tot i que s'asseguren conjuntament en un mateix contracte d'assegurança, presenten diferents objectes. Per això, la solució ha de partir de la distinció entre ambdues cobertures, la relativa al risc de responsabilitat civil de l'assegurat i la relativa al risc de la seva defensa jurídica, la qual cosa permet concloure que, respecte la primera cobertura, el sinistre es concreta, en principi, en el fet danyós (naixement del deute de responsabilitat) i, respecte la segona, el sinistre deriva de la reclamació d'un tercer referida a un supòsit de responsabilitat (real o no) cobert per l'assegurança. No obstant, també

s'haurà de distingir entre el sinistre com a fet causant del dany i el sinistre com a fet desencadenant de la prestació de l'assegurador per remarcar que la singularitat d'aquesta modalitat d'assegurança enfront d'altres assegurances de danys radica precisament en que el fet que causa el dany no ha de coincidir necessàriament amb el que provoca la prestació de l'assegurador, si bé no es pot produir aquest sense que s'hagi produït aquell.

Tot això permet arribar a la conclusió que el sinistre, entès unitàriament en el seu doble significat d'esdeveniment causant del dany i d'esdeveniment desencadenant de certes obligacions de l'assegurat i de la prestació de l'assegurador, és necessàriament en l'assegurança de responsabilitat civil un conjunt d'esdeveniments o un esdeveniment complex que ha de comprendre el fet causant del dany i el fet desencadenant de la prestació de l'assegurador en la cobertura del risc de responsabilitat i en la cobertura del risc de defensa jurídica. En relació amb el risc de responsabilitat civil, el sinistre s'inicia amb el fet danyós que és, per tant, el seu fet causant si bé la seva realització no desencadena necessàriament tots els efectes vinculats a la producció del sinistre a l'assegurança de danys i, entre aquests, pot no provocar la prestació de l'assegurador.

A partir d'aquesta situació, s'admet que les parts puguin definir el sinistre als únics efectes de compliment de la prestació per l'assegurador (art. 73 LCS); precisament, com hem esmentat anteriorment, fent ús a les pòlisses del contracte d'assegurança de responsabilitat civil d'administradors de societats anònima d'aquesta autorització se sol estimar que el sinistre ve constituït per la reclamació formulada pel tercer perjudicat (una clàusula que, en tot cas, haurà de respectar els límits establerts al propi art. 73 LCS -vegeu *supra* l'apartat IV.2.3-). La circumstància que, en funció de la definició de sinistre en la vessant de fet causant de la prestació de l'assegurador continguda a la pòlissa, la cobertura es pugui estendre a reclamacions realitzades un cop finalitzat el contracte però relatives a actuacions dutes a terme durant la seva vigència (així succeeix als supòsits on la prestació de l'assegurador es vincula a la reclamació per part del tercer perjudicat -clàusula *claim made*-, una praxi que admet el vigent art. 73, paràgraf 2, LCS), planteja si a efectes d'aplicació del límit màxim de la prestació de l'assegurador eventualment previst a la pòlissa, les reclamacions formulades un cop finalitzat el període d'assegurança s'han de considerar incloses a l'última anualitat (de manera que es computin juntament amb la resta de sinistres produïts aquest any) o en una nova anualitat (la qual cosa implicaria que, als efectes del còmput del límit màxim només concorriria amb altres reclamacions que es poguessin realitzar en aquest mateix període). En principi, i sens perjudici que aquesta qüestió es resolgui en un altre sentit a la pòlissa, sembla que mentre es consideri que el sinistre, en la seva perspectiva d'acte desencadenant de la prestació de l'assegurador ve constituït per la reclamació formulada per un tercer, s'hauria d'inclinar per aquesta última possibilitat ja que, pel càlcul del límit es pren en consideració el sinistre però un cop produïda la reclamació (és a dir, el moment rellevant per incloure un sinistre en un període d'assegurança o un altre és el de realització de la reclamació). D'aquesta manera, si la prestació de l'assegurador es vincula a la reclamació del perjudicat i, per tant, la cobertura també s'estén a les reclamacions formulades un cop acabat el període de vigència formal de l'assegurança (tal com exigeix l'art. 73 LCS), aquest "període estès" s'ha de considerar un nou període a efectes d'aplicació del límit màxim a la prestació de l'assegurador.

L'establiment de límits a la prestació de l'assegurador aplicables per sinistre (es combini o no amb la fixació d'un límit per períodes de temps dins la vigència del contracte) se sol complementar amb la inclusió de l'anomenada clàusula d' "unitat de sinistre", en virtut de la qual els danys produïts a diferents perjudicats que tinguin una mateixa causa, es consideri conjuntament a efectes d'aplicació del límit màxim (PERÁN ORTEGA, pàg. 199 i, en relació a l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors socials, FERNÁNDEZ DEL MORAL, *El seguro*, pàg. 161; SÁNCHEZ CALERO, *El seguro*, p. 416). No obstant, la singularitat del cas de la responsabilitat assegurada a l'assegurança de responsabilitat civil dels administradors de societats anònimes dificulta l'aplicació del principi d'unitat del sinistre; així, tenint en compte que l'aplicació d'aquest principi exigeix que els danys vinguin del mateix acte (no sent suficient que derivin d'actes diferents però d'igual naturalesa), en ocasions serà difícil determinar si els danys patits per diferents perjudicats deriven del mateix acte realitzat pel o pels administradors, la qual cosa serà especialment problemàtica als casos d'actuacions "encadenades" (és a dir, quan els danys patits pels diferents subjectes deriven d'un conjunt d'actuacions concatenades realitzades pels administradors); en altres casos, fins i tot, serà difícil individualitzar l'acte concret que desencadena els danys. Tanmateix, s'ha de tenir en compte que, als efectes d'aplicar el principi d'unitat del sinistre, aquest s'ha d'entendre com el fet danyós o fet desencadenant de la responsabilitat de l'assegurat (amb independència que en el cas concret la prestació de l'assegurador es vinculi a la reclamació del perjudicat) i, conseqüentment, allò rellevant serà que els danys patits pels diferents perjudicats hagin estat originats per la mateixa causa i no que la seva indemnització s'exigeixi a través d'una mateixa reclamació.

## 6. Bibliografia

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

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

ALONSO UREBA, A. (1991), "Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima", *RDM*, 198, pàgs. 639 a 727.

--- (2003), «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)», a GARCIA 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, pàg. 505 a 576.

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

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



ARRANZ, A. Y BARRILERO, E. (1991), "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, pàg. 5 a 25.

ATIENZA NAVARRO, ML. (1998), "Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil. Reflexiones a propósito de alguna jurisprudencia reciente", *RESeg.*, 93, pàg. 165 a 183.

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

BAÍLLO Y MORALES-ARCE, J. (2002), "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, pàg. 1263 a 1285.

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

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

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (1992), "Pérdidas y responsabilidad de los administradores", *RDM*, pàg. 471 i ss.

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

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

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. (1983), *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid.

--- (1997), "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, pàg. 45 a 68.

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

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

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

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

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

--- (1997), *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid.

--- (2002), *El administrador de hecho de las sociedades*, Elcano.

DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ, C. (1995), "El seguro de responsabilidad civil y los profesionales", *Cuadernos de Derecho jurisprudencial*, CGPJ. Derecho de Seguros, Madrid, junio 1995, pàg. 489 i ss.

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

ESTEBAN VELASCO, G. (1995), "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, pàg. 47 a 78.

--- (1997), "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", en PAZ-ARES, C. (Coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, pàg. 691 a 765.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., GARCIA-PITA, J.L. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1996), "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, pàg. 1 a 55.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J. (1994), "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, pàg. 33 a 58.

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

FONT RIBAS, A., «Estudio introductorio», en HERNÁNDEZ MORENO (dir.), cit. infra, pàg. 11 a 60.

--- (1999), «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, pàg. 91 a 116.

GARCÍA LUENGO, R.B. (1983), "Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena", *RDM*, pàg. 7 a 74.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. (1983), *Contrato de seguro terrestre*, 2º ed., Madrid.

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

GIRON TENA, J. (1952), *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid.

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

HEBRERO ÁLVAREZ, J.I. (1988), "La validez de las cláusulas *claims made* en el mercado español de responsabilidad civil", *RESeg.*, 56, pàg. 89 i ss.

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

HERNÁNDEZ MORENO, A. (Dir.) (1998), *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.

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

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

JUSTE MENCÍA, J. (2000), "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, pàg. 441 a 457.

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

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

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

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

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

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

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

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., pàg. 187 a 209.

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

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

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

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

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

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

--- (1995), "Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad (art. 262.5 TRLSA)", *RdS*, 5, pàg. 265 a 282.

--- (1999), "Responsabilidad de los Consejeros", en ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, pàg. 537 a 594.

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

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

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

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

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

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

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

--- (1996), "Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro", en *VVAA, Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez Menéndez*, Tomo III, Madrid.

--- (1997), "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, pàg. 7 a 43.

--- (2001), "El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles", *RESeg.*, 107, Julio/Septiembre, 2001, pàg. 393 a 419.

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

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

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

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

--- (1994), "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, pàg. 59 i ss.

--- (1997), "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo", *RESeg.*, 92, pàg. 19 a 50.

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

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

TAPIA HERMIDA, A.J. (1999), "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", *RDM*, 233, pàg. 977 a 1050.

VÉLEZ NEGUERUELA, J.L. (1999), "El límite a la responsabilidad de los administradores de las empresas", *La Ley*, pàg. 2061 a 2064.

VICENT CHULIÁ, F. (1999), "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, pàg. 275 a 306.