

---

# 1

## SITUACIÓN ACTUAL DE LOS SEGUROS DE D&O<sup>1</sup>

*Alberto Muñoz Villarreal<sup>2</sup>*

### ABSTRACT

In this article, the author sets out the main characteristics of directors' and officers' liability insurance (D&O insurance in Anglo-Saxon terminology), analyses the current situation of this type of insurance in several European countries and ends by analysing the impact that the health pandemic we are suffering is having on this type of liability and its insurance.

### RESUMEN

En este artículo el autor expone las características principales de los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos (seguro de D&O en la terminología anglosajona), analiza la situación actual de este tipo de seguros en varios países europeos y finaliza analizando la incidencia que la pandemia sanitaria que estamos sufriendo tiene en este tipo de responsabilidad y su aseguramiento.

---

<sup>1</sup> **Como citar este artículo científico.** MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Situación actual de los seguros de D&O. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 11-40, maio-ago. 2022.

<sup>2</sup> Profesor Contratado Doctor (Acr.) de la Universidad Autónoma de Madrid. Codirector Diploma Alta Especialización en Seguros y Responsabilidad Civil, Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Consejo Asesor de la Sección de RC y Seguro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socio de Muñoz Arribas Abogados S.L.P. España. *e-mail*: amv@munoz-arribas.com

**SUMÁRIO:** 1 Características del Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos. 1.1 Coberturas. Exclusiones. 1.2 Sistemas de Cobertura *Occurrence* vs. *Claims-Made Basis*. 1.3 Límites de Cobertura. 1.4 Fianzas y Gastos de Defensa Jurídica. 1.5 Culpa vs. Dolo. 1.6 Filiales y Participadas. 1.7 Cláusulas que Deben Tenerse en Cuenta. 2 Situación Actual del Mercado de Seguros de D&O. 3 Covid 19 y Pólizas de D&O. Referencias.

## **1 CARACTERÍSTICAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS**

El riesgo asegurado es la responsabilidad civil en que incurran los administradores, consejeros y directivos en el ejercicio de sus funciones por incumplimientos involuntarios de los deberes inherentes al cargo. Ampara actos u omisiones cometidos por un asegurado en el ejercicio de su cargo y actuando en su condición de tal, contrarios a la ley o a los estatutos sociales, así como cualquier incumplimiento de un deber u obligación en el desempeño de su cargo, incluyendo declaraciones erróneas o inexactas y prácticas de empleo indebidas, cometidos antes o durante la vigencia del seguro.

Como características básicas de este seguro podemos señalar las siguientes:

- no es un seguro para la empresa;
- es un seguro de responsabilidad civil que protege el patrimonio personal de los consejeros, administradores y altos cargos sociales;
- protege básicamente a personas físicas;
- las reclamaciones que ampara son por perjuicios financieros causados a terceros (accionistas, clientes, etc.) por falta de

diligencia en la gestión social, incluyendo las reclamaciones por la inadecuada gestión de los recursos humanos;

- en líneas generales protege la gestión amplia de una empresa por su equipo de dirección y gestión.

## 1.1 COBERTURAS. EXCLUSIONES

Las coberturas por oposición a las exclusiones, son las garantías que el asegurador otorga en la póliza al asegurado para protegerle del riesgo. Los términos cobertura y garantía son sinónimos y se refieren al alcance de la póliza. Las coberturas son el objeto del seguro y pueden variar de unas aseguradoras a otras dentro de la misma clase de seguro.

En el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (seguro de “Directors & Officers”, o D&O, en la terminología anglosajona) hay coberturas principales, como la indemnización, las fianzas o la defensa jurídica, y coberturas complementarias, que en algunas pólizas se determinan extensiones.

Estamos con terminología castellana ante el Aseguramiento de la Responsabilidad de los Administradores y Altos Ejecutivos y hemos de tener en cuenta que dentro del concepto administrador se incluyen tanto personas físicas, como jurídicas, y que cuando hablamos de cargo directivo estamos haciendo referencia a un

cargo jerárquico, orgánico, operativo o funcional ejercido por una persona física que forma parte, como empleado, de la compañía tomadora de la póliza, para desempeñar las funciones encomendadas. Este cargo puede ser ejercido en la sociedad matriz y/o en las filiales o participadas de la matriz. Los cargos directivos, tanto en general como aquellos que, referidos a una función o actividad concreta, están cubiertos como asegurados en la póliza al considerárseles altos cargos.

Con carácter general el clausulado de las pólizas define a administradores y altos directivos como cualquier persona física que sea miembro del Órgano de Administración, o que ostente el cargo de consejero desempeñe o no funciones ejecutivas de alta dirección, alto directivo, alto cargo, administrador, administrador de hecho, gerente u otro cargo equivalente de la sociedad, o cualquier empleado mientras trabaje con funciones de supervisión o capacidad gerencial en la sociedad, así como el Director de Cumplimiento o Compliance Officer, Director de Control Financiero o Financial Controller, el Secretario y/o Vicesecretario y la persona/s físicas que represente/n a cualquiera de los socios y adopte/n o contribuya/n a adoptar decisión que afecten a la administración y/o gestión de la sociedad. Así como la persona física designada por una persona jurídica cuando sea ésta quien desempeñe el cargo de consejero o asimilado en la sociedad.

Las especiales características de la Póliza, es en nuestra opinión la ampliación del concepto de Seguro, que acorde con el desarrollo del concepto de “Alto Cargo”, se amplía más allá del término “consejero” o “Administrador”.

Nos encontramos ante un Seguro de Responsabilidad Civil (RC), con un tipo especializado de Póliza, resultado del proceso histórico de su nacimiento y desarrollo.

Su finalidad y esto es lo fundamental, es cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del asegurado, de la obligación de indemnizar a un tercero, los daños y perjuicios derivados de un hecho del que resulta civilmente responsable.

El D&O, se sitúa en el ramo de los seguros de RC, dentro de los que presenta alguna especialidad, sus características fundamentales son:

1. cubrir la Responsabilidad de consejeros, Administradores y Altos Ejecutivos;
2. reembolso de la indemnización corporativa o adelanto de

gastos de defensa e indemnizaciones que haya podido realizar la sociedad administrada;

### 3. el Seguro de Defensa Jurídica.

Entre las coberturas principales, contenidas en todas las pólizas de D&O del mercado se incluyen, de forma general, las siguientes:

- a) responsabilidad personal directa y responsabilidad por actos de otros, que incluye los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa, derivados de una reclamación presentada contra el administrador o consejero:
  - por un error de gestión en su condición de asegurado;
  - por un error de gestión no cometido, del que el directivo o consejero pueda ser legalmente responsable en su condición de asegurado.

Las pólizas de D&O suelen describir, a título enunciativo, pero no limitativo, el origen o procedencia de las reclamaciones, situándolas en la propia Sociedad, accionistas, empleados, organismos públicos con facultades inspectoras o de control, administradores concursales, socios comerciales, competidores o cualquier tercero;

- b) responsabilidad como fundador de la sociedad.

Esta cobertura ampara las reclamaciones que reciba el directivo en su condición de fundador de una sociedad para cubrir los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa en que éste incurra como consecuencia de los errores cometidos en el proceso fundacional, que han generado un daño patrimonial.

El fundador es cualquier persona física, que, en nombre de la sociedad, constituye una filial de la empresa de la que es administrador, directivo o empleado o, en el caso de constitución

defectuosa, que hubiera sido designado por la sociedad para ser administrador, directivo o empleado de dicha filial;

c) responsabilidad como fundador de la sociedad.

Esta cobertura ampara las reclamaciones que reciba el directivo en su condición de fundador de una sociedad para cubrir los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa en que éste incurra como consecuencia de los errores cometidos en el proceso fundacional, que han generado un daño patrimonial.

El fundador es cualquier persona física, que, en nombre de la sociedad, constituye una filial de la empresa de la que es administrador, directivo o empleado o, en el caso de constitución defectuosa, que hubiera sido designado por la sociedad para ser administrador, directivo o empleado de dicha filial;

d) responsabilidad por prácticas de empleo indebidas.

Son prácticas de empleo las conductas o prácticas indebidas realizadas sobre empleados por parte de otros empleados, con independencia de su rango o nivel, realizadas de forma activa o pasiva mediante el consentimiento, el desconocimiento o la falta de actuación.

El administrador es responsable, por omisión, respecto a las prácticas de empleo que realiza un empleado sobre otro. Algunas de ellas conllevan un cierto componente doloso en su realización, que, al no ser realizadas directamente por el administrador asegurado, quedan amparadas por la póliza de D&O.

Dentro del concepto de prácticas de empleo, se incluyen, entre otras, las siguientes actuaciones:

- despido o extinción improcedente del contrato de trabajo;
- incumplimiento del contrato de trabajo verbal o

- escrito;
- falsedad relacionada con el empleo;
  - incumplimiento de leyes contra la discriminación laboral;
  - acoso en el lugar de trabajo (mobbing), incluyendo el sexual;
  - privación injustificada de promoción o ascenso profesional;
  - aplicación injustificada de medidas disciplinarias;
  - privación injustificada de oportunidades profesionales;
  - evaluación o retención negligente;
  - invasión de la intimidad;
  - difamación, humillación o calumnia relacionada con el empleo;
  - represalia jurídica;
  - infligir sufrimiento psicológico relacionado con el empleo.

En la cobertura de prácticas de empleo, todos los empleados sin distinción tienen la consideración de asegurados y, salvo inclusión expresa, la sociedad no está cubierta. Se amparan en esta cobertura los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa;

- e) gastos de restitución de imagen.

Son los derivados de la contratación de servicios profesionales externos de relaciones públicas, gestión de crisis o firmas jurídicas, incluyendo el coste de posibles emisiones y publicaciones, con el objeto de mitigar un daño o efecto negativo a la reputación del

asegurado como consecuencia de una reclamación o investigación o de la difusión de noticias negativas sobre el asegurado en medios de comunicación. También se denominan gastos de relaciones públicas en algunas pólizas;

f) gastos de investigación.

Se definen como aquéllos necesarios para preparar y responder por parte del asegurado a una investigación, sin incluir salarios ni honorarios de los asegurados ni gastos de la sociedad ni los derivados del acceso a archivos y documentos de su cargo, siempre que esté legalmente admitido.

Entre las extensiones destaca la del abogado interno. Es el profesional de la abogacía, asalariado de la sociedad, que asesora jurídicamente al Consejo de Administración, actuando o no como secretario del mismo. Si el abogado interno es consejero, queda cubierto por la póliza de D&O; si no lo es, debería hacerse constar expresamente este cargo para que quede amparado por la póliza.

Si no asesora al Consejo ni participa en el mismo, se define como la persona física habilitada para el ejercicio de la abogacía, que trabaja como asalariado de la sociedad, ya sea a tiempo completo o parcial, prestando servicios de asesoramiento legal a la sociedad como empleado de la misma.

Su asesoramiento no se extiende al que haya prestado a otra entidad que no sea su propia sociedad, aunque hubiese sido hecho a solicitud expresa de la sociedad. El asegurador cubre las reclamaciones por errores de gestión cometidos en su condición de abogado interno y sólo si es responsable a título personal del error de gestión, no pudiendo ser imputada responsabilidad alguna a la sociedad.

En cuanto a las exclusiones estas son las delimitaciones secundarias de la póliza, es decir, lo que no cubre el seguro en caso de siniestro. Al ser limitaciones de los derechos del asegurado, deben



estar destacadas de forma especial en la póliza (negrita, subrayado, mayúscula) y deben estar expresamente aceptadas por el asegurado por escrito, con su firma.

No todas las pólizas tienen las mismas exclusiones, por lo que, a la hora de decidir por una propuesta u otra, además de por la prima y las coberturas que ofrece, deben revisarse las exclusiones que contiene.

Algunas exclusiones son absolutas y por tanto no negociables y otras son relativas y por ello puede negociarse su derogación para que el supuesto quede cubierto, con o sin prima adicional. Las exclusiones pueden ser geográficas, temporales, de riesgo, de daños, etc. Lo importante es que no queden excluidos, entre otros, cargos, riesgos, filiales, participadas, consejeros o actividades de la empresa.

Delimitaciones negativas del riesgo asegurado, es decir, son las garantías, circunstancias o condiciones que no se cubren en la póliza.

Constituyen limitaciones de cobertura al riesgo asegurado y, por tanto, a posibles derechos del asegurado. Como tales limitaciones, deben cumplir con lo preceptuado en el artículo 3 LCS (Ley de Contrato de Seguro), esto es, deben estar destacadas de forma especial y deben estar expresamente aceptadas por escrito.

El seguro de D&O ha evolucionado significativamente desde su nacimiento en España en 1990, siendo el capítulo de las exclusiones uno de los que más fácilmente permiten comprobar dicha evolución. Si en su origen había casi 30 exclusiones, actualmente es posible contratar una póliza con solo cuatro exclusiones específicas.

De forma general, las exclusiones del seguro de D&O son:

- actos intencionados. Reclamaciones derivadas de beneficios o ventajas a los que el asegurado no tuviera legalmente derecho, así como las conductas

intencionadas, las acciones y omisiones dolosas o deliberadamente antijurídicas cometidas por los asegurados. Esta exclusión se aplica tanto cuando es declarada la conducta dolosa mediante sentencia firme, o es admitida como tal mediante declaración escrita del propio asegurado;

- hechos conocidos y procedimientos anteriores. Exclusión que se aplica a la cobertura retroactiva de responsabilidad civil para no amparar las reclamaciones conocidas o que razonablemente debiera haber conocido la sociedad o el asegurado que tienen como causa errores de gestión que sean iguales o estén notificados a una póliza anterior de D&O o de responsabilidad civil general o patronal o bien reclamaciones presentadas con anterioridad a la fecha de inicio del seguro actual. Se trata de excluir el pasado de reclamaciones conocidas.

## 1.2 SISTEMAS DE COBERTURA *OCCURRENCE VS. CLAIMS-MADE BASIS*

Uno de los aspectos más controvertidos en su momento en el Derecho de Seguros en España, hasta la reforma del artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), fue sin duda alguna el relativo a la “Delimitación Temporal”, sobre el que existe abundante doctrina y jurisprudencia.

Las llamadas cláusulas “claims made”, responde a la controversia que en su momento se produce entre los poderes institucionales y los agentes sociales, así como con los aseguradores, en base a extender o a limitar las consecuencias de la responsabilidad civil, precisamente en cuanto al ámbito temporal.

De todos es sabido el criterio de la ocurrencia del daño, como

límite temporal, criterio que se venía aplicando en la mayor parte de las Pólizas y que venía refrendado por la Jurisprudencia. Se trataba de cubrir “los daños ocurridos durante la vigencia de la Póliza”.

Las dificultades que en múltiples casos planteaban, determinan cuando ocurre el siniestro, o en qué fase o momento se ha producido el daño, dio lugar a que la jurisprudencia norteamericana, estableciera una especie de solidaridad continuada en el tiempo.

Los conflictos respecto al asegurador, el asegurado y al perjudicado, darán lugar al cambio de criterio, del clásico de la ocurrencia del daño (*loss occurrence basis*), se pasará al de la reclamación (*claims made basis*), una modificación sustancial que habría de dar más seguridad jurídica a todas las partes implicadas en un siniestro. Se trata en resumen de poner en marcha un medio de seguridad frente a los siniestros cronológicamente diferidos o de consecuencias prolongadas (*long tail risk*).

Los presupuestos de las cláusulas “Claims Made Basis”, pueden resumirse en:

- a. la reclamación como siniestro;
- b. el elemento de referencia como presupuesto básico de la reclamación;
- c. la notificación o parte previo del asegurado;
- d. el plazo de cobertura subsiguiente o *post-contractum* a la cancelación de la póliza;
- e. el plazo de cobertura retroactiva.

En resumen, los plazos tanto de la cobertura retroactiva como de la subsiguiente encuentran adecuado acomodo en la reforma del art. 73 de la LCS, haciendo posible el necesario equilibrio en las contraprestaciones de las partes.

La modificación del art. 73 de la LCS, añadiendo un segundo párrafo al mismo, reforma introducida por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en el apartado 5 de su Disposición Adicional 6ª, vino a centrar y precisar legalmente la cuestión de la cobertura temporal de las pólizas de Responsabilidad Civil, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había mostrado hasta el momento oscilante, lo cual contribuía a crear inseguridad jurídica en el ámbito asegurador –con lo que esto suponía en cuanto a gastos imprevistos por siniestros aparentemente no cubiertos por las pólizas de Responsabilidad Civil– e, indirectamente, en el campo del reaseguro.

Fundamentalmente, esta modificación sienta dos principios, hasta entonces inexistentes en la realidad legal aseguradora, aunque no en la práctica ni, por lo tanto, en la jurisprudencia.

Por un lado, se consagra la reclamación como siniestro, de forma complementaria o alternativa al hecho causante o a la producción del daño, que si venían siendo tradicionalmente aceptados por la práctica, doctrina y jurisprudencia.

La razón de esta ampliación hay que buscarla principalmente en los daños continuados, en los diferidos y en los sobrevenidos, que producían importantes quebrantos en la economía de las aseguradoras –pues en muchos casos no era fácil hacer un cálculo aproximado del riesgo, en consecuencia, de la prima– de suceder tales daños, con lo cual se causaban importantes desviaciones pecuniarias imprevisibles. Además, por otra parte, no siempre se da una equivalencia entre daño y reclamación, en cuanto que hay daños que después no son reclamados, y reclamaciones efectuadas sin existir daño efectivo o, al menos, una relación de causalidad suficiente.

Al ser considerada la reclamación como siniestro (la llamada *claims made basis*), dada la no coincidencia temporal en numerosas ocasiones entre hecho, daño, manifestación de este y la reclamación,

le resultará al asegurador más fácil fijar la cobertura de la póliza y las reservas para cada siniestro.

Asegurado y perjudicado pueden verse asimismo beneficiados con este criterio, por cuanto las cantidades a percibir estarán actualizadas al momento de dicha reclamación.

Como segundo principio consagrado, mencionar la admisión de cláusulas limitativas de la cobertura temporal de la póliza como no perjudiciales para el asegurado, como fruto del *rebus sic stantibus*, es decir, de la autonomía de la voluntad de las partes, de su derecho dispositivo sólo limitado por “las leyes, la moral y el orden público” (art. 1255 del Código Civil –en adelante CC–).

En este caso, tales cláusulas deben observar lo dispuesto en el art. 3, LCS, es decir, deberán ser aceptadas específicamente por el asegurado, por ser limitativas de sus derechos.

Además, se ha producido progresivamente un cambio de mentalidad y de concepto del seguro de Responsabilidad Civil (en adelante RC). De ser originariamente una protección para el asegurado para cubrirle de posibles deudas que por reclamaciones de RC pudieran nacer en su patrimonio, ha pasado a suponer un instrumento socializador, cuyo fin principal es cada vez más la compensación de un daño inferido a un perjudicado.

En concreto, lo que dispone el nuevo art. 73 LCS, en su segundo apartado es la admisibilidad o conformidad con el Derecho de dos tipos de Cláusulas en las pólizas de RC.

En primer lugar, y tomando como referencia una definición de siniestro comprensiva del hecho generador o del momento de la producción efectiva del daño, podrá pactarse que la compañía aseguradora atienda a las reclamaciones contra el asegurado efectuadas tras la terminación del contrato o la última de sus prórrogas durante un año como mínimo.

Es decir, que, si las partes nada más disponen, se entendería que la póliza de RC habría de amparar todas las reclamaciones que tuvieran lugar tras su vigencia o la última de sus prórrogas ilimitadamente. No olvidemos el principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC en virtud del cual “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Así, de no limitarse, podría llegar a responder la aseguradora de todas las deudas de su asegurado amparadas por la póliza sin límite de tiempo.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, como límites legales extrínsecos a la relación de seguro, siempre moduladores del principio del mencionado art. 1911 CC, los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad: de 1 año (tres en Cataluña) si la misma es extracontractual (art. 1968 CC), de 5 años si deriva de contrato (art. 1964 CC), y se da su cómputo desde el momento en que el agraviado tuvo conocimiento del daño y pudo ejercitar la acción, art. 1968 CC, pudiendo interrumpirse por las causas señaladas por la ley.

Ahora bien, cabe destacar la reforma normativa de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vigente desde el 7 de octubre de 2015, que supuso reducir el plazo de prescripción de la acción ejercitada en virtud de la RCC de 15 a 5 años, plazo que debe de computarse desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación, tal y como precisa la reforma. El régimen transitorio prevé que las acciones derivadas de situaciones anteriores a la fecha de entrada en vigor de la reforma se sometan al plazo de 15 años, ahora bien, sin que su vencimiento pueda superar los cinco años a contar desde la entrada en vigor de la ley (Disposición Adicional Transitoria Quinta que remite al art. 1939 del CC), con lo que la fecha límite para el cómputo del plazo de prescripción de estas acciones, será en todo caso el 7 de octubre de 2020.

Además, se deduce del citado artículo que las partes, en el

libre ejercicio de su autonomía y voluntad, pueden hacer uso de este derecho dispositivo y acotar el tiempo en que la aseguradora atenderá tales reclamaciones postcontractuales, si se observan las prescripciones legales y si las contraprestaciones son equivalentes.

Sin embargo, esta limitación nunca podrá ser inferior a un año. Este límite es de derecho necesario o *ius cogens* y ha de ser por lo tanto siempre observado.

En segundo lugar, y en cuanto al supuesto de siniestro como reclamación efectiva contra el asegurado, podrá pactarse que la compañía aseguradora atienda a las reclamaciones de siniestros cuyo hecho causante o cuyos daños se manifiesten en un período anterior, de un año como mínimo, a la entrada en vigor de la póliza de RC, y ello, aunque esta se hubiese prorrogado.

Como en el primer caso, si no se hubiese pactado nada, estaría cubierto cualquier daño anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que no hubiese prescrito la acción de su reclamación.

Las partes, empero, pueden optar por acotar tal período de cobertura retroactiva, a condición de que no se rebase el límite legal necesario de un año anterior a la cobertura contractual de la póliza.

Por supuesto que, en este tipo de siniestro, de haberse efectuado la reclamación previamente a la entrada en vigor de la póliza, tal siniestro no podría en ningún caso estar amparado por el seguro, por cuanto que, en primer lugar, ya ha ocurrido el suceso previsto como siniestro y, en segundo lugar, porque se habría eliminado el alea, el elemento azaroso e imprevisible, que es esencial en el contrato de seguro, sin el cual el mismo se vería desnaturalizado.

Lo mismo ocurriría si el asegurado hubiese tenido conocimiento anterior de un hecho del que pudiese razonablemente derivar responsabilidad hacia sí. Aparte del principio de la Buena Fe, que debe presidir toda relación contractual, en la relación de

seguro en particular se habría prescindido de la imprevisibilidad del siniestro, sin la cual, al menos respecto de este siniestro en concreto, dicha relación no sería válida.

Es decir, que tal precepto introduce dos tipos de cobertura: Una contractual, la que las partes libremente dispongan, y otra legal, que puede ser ampliada por la voluntad de las partes, de un año anterior o posterior a la vigencia contractual pactada en el contrato (más, en su caso, sus sucesivas prórrogas), según se haya pactado que el siniestro asegurable sea la reclamación efectiva u otro momento anterior, respectivamente.

Nada obsta para que las partes acuerden un concepto de siniestro complejo, que abarque ambos tipos y, en consecuencia, pueda suponer una cobertura añadida retroactiva y precontractual.

Lo que implícitamente prohíbe la Ley es que, sea cual sea la definición de siniestro adoptada, pueda pactarse que únicamente se limite la cobertura de la póliza al tiempo de vigencia contractual de la misma.

La reforma del artículo 73 LCS no entraría en juego, por atenderse todas las reclamaciones acaecidas por hechos (daños) contemporáneos a la póliza o anteriores que no hayan prescrito, sin otro límite de tiempo. La delimitación temporal de la cobertura aclara este aspecto en el sentido descrito (incluso [...] antes de la fecha de efecto del seguro).

Téngase en cuenta la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo Civil (Pleno) de fecha 26 de abril de 2018, ponente D. Francisco Marín Castán, que resume el Área civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de la siguiente manera:

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reunida en pleno, ha estimado el recurso de casación interpuesto por MUSAAT contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia.



El demandante, arquitecto técnico de profesión, aseguró su responsabilidad civil profesional con MUSAAT desde su colegiación, suscribiendo en el año 2010 la última póliza de duración anual que estuvo vigente hasta su expiración a finales de ese año, ya que la aseguradora le comunicó por anticipado su voluntad de no renovarla.

Esta última póliza contenía unas “condiciones especiales” de las que se deduce que el seguro cubría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza por obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia del contrato. No se discute que tal cláusula limitativa se ajustaba a los requisitos del artículo 3 LCS.

La sala explica que se declaran legalmente admisibles los dos tipos de limitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez: las cláusulas retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro), y las cláusulas prospectivas o de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro), cada una de ellas reguladas en diferentes incisos del párrafo segundo del artículo 73 LCS, no siendo exigible que los requisitos de uno y otro inciso sean cumulativos.

Se fija, en consecuencia, la siguiente doctrina jurisprudencial: “El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro”.

### 1.3 LÍMITES DE COBERTURA

Límite especial en exceso de consejeros no ejecutivos: es un límite de indemnización especial, en exceso del límite general de la póliza, pero adicional a éste, para los consejeros independientes/no ejecutivos, que opera cuando se hubiera agotado el límite general de la póliza y cualquier otro límite que les correspondiera a estos consejeros.

Es un límite de indemnización individual separado para cada consejero independiente/no ejecutivo y sólo se le aplica a él. La contratación de este límite especial es voluntaria por parte de la sociedad, que lo suscribe como beneficio a favor del consejero por su condición de independiente/no ejecutivo como aliciente para la aceptación o mantenimiento del cargo.

#### 1.4 FIANZAS Y GASTOS DE DEFENSA JURÍDICA

El seguro otorga cobertura para las fianzas impuestas al directivo tras una reclamación por un error de gestión o prácticas de empleo indebidas.

La fianza civil es una garantía judicial cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación por parte del demandado. La fianza supone la entrega de una cantidad de dinero. En procedimientos civiles tiene como finalidad cubrir la responsabilidad civil del causante de un daño, de forma que, si no se constituye la fianza, el juez embarga bienes del causante del daño en cantidad suficiente y de no alcanzar dichos bienes el importe total de la fianza embarga el sueldo del directivo o consejero en los porcentajes que la ley marca.

En el seguro de D&O, la fianza civil es entendida como la cantidad que el asegurado debe consignar para evitar el embargo de bienes y derechos. La cobertura de esta fianza en la póliza de D&O se instrumenta de dos formas según la póliza que se contrate: el criterio mayoritario es constituir la fianza civil frente al criterio minoritario de abonar los gastos de constitución de la fianza civil.

La constitución de la fianza supone el depósito del importe de la fianza por el asegurador con cargo al límite de la suma asegurada. Los gastos de constitución, por el contrario, son los que abona el asegurador por el coste derivado de la obtención por el asegurado de una garantía financiera a su favor para constituir la fianza, que no es constituida por el asegurador.

La fianza penal es una cantidad que debe depositarse en el juzgado penal, cuando ésta ha sido admitida y fijada por el juez, para evitar la medida cautelar personal de prisión provisional. Su objetivo es garantizar que el imputado se presentará a juicio y acudirá al Tribunal tantas veces como se le cite. Si el imputado no acude a juicio o al Tribunal, pierde íntegramente la fianza. La no constitución de esta fianza conlleva el ingreso o permanencia en prisión del imputado. Por tanto, la fianza penal sirve para obtener la libertad bajo fianza.

Respecto a las fianzas penales, el seguro de D&O otorga diferente cobertura según los dos criterios existentes en el mercado: la mayoría de las pólizas cubren los gastos de constitución de las fianzas penales y sólo una parte de las mismas constituye directamente la fianza penal.

En cuanto a las fianzas, se está produciendo una “criminalización” de los Seguros de D&O en relación con las fianzas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 511/2017 de 11 diciembre, JUR\2018\40526) y gastos de defensa jurídica (Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 83/2016, de 13 de abril, JUR 2016/132964), que a efectos prácticos supone que en el plazo de 10 días, en ocasiones, la aseguradora tenga que hacer frente a fianzas millonarias, y que en determinados siniestros esas coberturas consuma el límite de la póliza y dejen sin cobertura por ejemplo a un directivo que ha actuado sin dolo por tener que afianzar la RC de un directivo que ha actuado con dolo.

En cuanto a los gastos de defensa jurídica es de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 314/2016 de 27 mayo, que señala como no se ha llegado a formular ninguna reclamación contra los actores en los términos en que lo exige la póliza de seguro para que se considere existente una “reclamación”: no existe siniestro que sea objeto de cobertura por la póliza de seguro objeto del proceso.

Además de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), sentencia núm. 511/2017 de 11 diciembre. JUR 2018\40526, que determina que la exclusión por catos doloso, en un supuesto en el que estaban imputando al asegurado en una causa penal, no se aplicaran mientras no se determine, mediante reconocimiento del asegurado, o bien por sentencia u otra resolución firme, recaída en acción legal subyacente contra el asegurado, o en una acción o proceso independiente, que dicho asegurado no tuviera derecho legal a dicho beneficio o ventaja, o que cometió dicho acto deshonesto, fraudulento u omisión: gastos devengados, no simplemente presupuestados.

### 1.5 CULPA VS. DOLO

El dolo es un elemento subjetivo característico del derecho penal, definido de forma tradicional como el conocimiento de la ilicitud de un acto y la voluntad de realizarlo. En el seguro de D&O el dolo del administrador o directivo se manifiesta en la realización cognitiva o voluntaria que acusa el perjuicio financiero a la sociedad a terceros. Se opone al concepto de culpa o negligencia en el que falta el elemento volitivo.

El dolo es causa de exclusión de cobertura en cualquier póliza de seguros por mandato del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Así, el citado artículo establece que “el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”, mientras que el art. 76 establece la acción directa de manera que

el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción

directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

En teoría en los seguros obligatorios el dolo no es oponible a causa la seguridad jurídica que otorgan a los ciudadanos los seguros de contenido legalmente determinado, y en los seguros voluntarios el dolo si es oponible al tratarse de un negocio de claro contenido obligacional por ambas partes. Pero en la práctica a día de hoy los tribunales no permiten oponer a terceros la *excepcio doli* incluso en los seguros obligatorios (Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de enero de 2014).

Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 4ª), sentencia núm. 2355/2020 de 6 de octubre (Caso Pescanova) la inoponibilidad del dolo al tercero perjudicado del artículo 76 de la LCS fue pensada para priorizar el resarcimiento del consumidor indefenso. Sin embargo, esta inoponibilidad es aprovechada por las empresas que desplazan la responsabilidad, cometida por errores profesionales de sus empleados, a la aseguradora que únicamente podrá repetir contra los responsables casi siempre insolventes, provocando una situación de desigualdad en la esfera de la aseguradora.

La práctica totalidad de las pólizas de seguros de D&O al uso excluyen de cobertura los actos dolosos. Esta exclusión operará –tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal– respecto del asegurado, pero no del tercer perjudicado porque las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo resuelven la aparente antinomia entre el principio general de inasegurabilidad del dolo del art. 19 de la LCS y la cobertura frente a los terceros perjudicados

de la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos “ex” art. 76 de la LCS y art. 117 del CP con dos argumentos esenciales: un primer argumento técnico-jurídico, cual es la preferencia de la norma especial, que es el art. 76 de la LCS –que, además, se aplica a todo tipo de seguros de responsabilidad civil, tanto obligatorios como voluntarios– sobre la norma general, que es el art. 19 de la LCS. Un segundo criterio social de interpretación de las normas implicadas conforme a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 Código Civil). Finalidad social que, en este concreto caso, conduce a dar primacía a la protección de los intereses de los terceros perjudicados que, en esta jurisdicción penal, aparecen, además, como víctimas de los delitos o faltas.

## 1.6 FILIALES Y PARTICIPADAS

Las Nuevas filiales son las entidades adquiridas por la sociedad tomadora de la póliza de D&O con posterioridad a la fecha de contratación de ésta y que pasan a formar parte de su grupo societario.

Las nuevas filiales se cubren automáticamente por el seguro de D&O de la sociedad tomadora (matriz) salvo que la póliza establezca exclusiones por el hecho de que la filial sea una institución financiera, esté domiciliada en EEUU, tenga valores cotizados como ADR’s, ADS’s o cotice directamente. Si la filial no es incluida en el seguro porque concurren algunas de las delimitaciones anteriores, algunas pólizas otorgan cobertura durante un reducido periodo de tiempo para permitir que la sociedad matriz contrate una póliza independiente o acredite la improcedencia de tal limitación.

Las Entidades participadas son la entidad externa a la matriz, que no es jurídicamente una filial, pero en la que la matriz participa, sin controlarla, en un determinado porcentaje con derecho a designar consejeros según su participación. Las entidades participadas están

incluidas en la cobertura de D&O de la matriz, sin perjuicio de que puedan estar también incluidas en la póliza de la matriz de la que son filiales y de tener su propia póliza de D&O, cubriendo solo a los directivos designados por su matriz, pero no a los demás.

## 1.7 CLÁUSULAS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA

Como ya saben la RC de D&O deriva de la vulneración de la ley o los estatutos sociales, pero también por ejemplo del convenio de encargo de tratamiento de datos entre una empresa que provee servicios y la empresa a la que se los provee (con aceptación de la política de seguridad para terceros de dicha empresa), al respecto téngase en cuenta que en dichos convenios se suele fijar una cláusula indemnizatoria en virtud de la cual el proveedor indemnizará y eximirá de responsabilidad a su cliente frente a los daños y perjuicios, pérdidas, multas y sanciones que se deriven de cualquier reclamación por parte de un tercero o Autoridad de Control por cualquier incumplimiento de dicho Convenio.

Como ejemplos que pueden afectar a nuestro objeto de estudio pueden citarse: Modificaciones de nuestro contenido web que no solo pueden dañar la reputación de nuestra empresa, sino también la de nuestros clientes y visitantes web.

Robos de identidad de personas físicas para su uso posterior por delincuentes en diferentes tramas de delitos. Pérdidas de información sensible almacenada en portátiles, ordenadores o dispositivos de almacenamiento portable (como USB).

Robo de propiedad intelectual o comercial para su posterior uso, así como supuestos de venta a la competencia o extorsión a la empresa afectada. Ataques de denegación de servicio que impidan el correcto funcionamiento de los sistemas que prestan un servicio a los clientes (individuos o empresas), paralizando una o varias actividades de la empresa.

Ahora bien, más interesante parece el ejemplo de las páginas web corporativas, al respecto la LSC estipula la obligación, para las sociedades cotizadas, de tener una página web corporativa y en su artículo 11 ter. 3 regula que

los administradores tienen el deber de mantener lo insertado en la página web durante el término exigido por la ley, y responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a esa página, salvo que la interrupción se deba acaso fortuito o de fuerza mayor. Para acreditar el mantenimiento de lo insertado durante el término exigido por la ley será suficiente la declaración de los administradores, que podrá ser desvirtuada por cualquier interesado mediante cualquier prueba admisible en Derecho.

A eso se añade que, *ex lege*, si dicha interrupción de acceso a la página web fuera superior a dos días consecutivos, o cuatro alternos, no podrá celebrarse la junta general que hubiera sido convocada para acordar sobre el asunto a que se refiera el documento inserto en esa página (salvo que el total de días de publicación efectiva fuera igual o superior al término exigido por la ley); pudiendo estar previsto en dicha junta la aprobación de una Oferta Pública de Adquisición, etc., cuyo retraso puede causar graves perjuicios o justificar una reclamación alegando los mismos.

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la norma alude a páginas corporativas, de manera que no se va a aplicar la responsabilidad antes descrita a todas las páginas web de una sociedad (en las que vendan o publiciten productos, etc.), sino solo en aquellas que hayan sido creadas, inscritas y publicadas en los términos previstos en el artículo 11 bis, es decir aquellas en las que se inserta el anuncio de la convocatoria de la junta general, etc.

Lo segundo a tener en cuenta es que la norma alude a responsabilidad por los perjuicios causados por la interrupción



temporal de acceso a esa página, de manera que tendrán que existir (y probarse) dichos perjuicios.

En todo caso, dado el volumen de ataques informáticos que se producen a las páginas web corporativas de sociedades (por diversos motivos: ideológicos, políticos, búsqueda de notoriedad del hacker, etc.) y la falta de jurisprudencia que delimite claramente la cuestión, hemos de acudir a los principios básicos de la RC de los directivos, ya analizados en los epígrafes previos.

Téngase en cuenta que en virtud del art. 529.1.1 ter de la LSC, es facultad indelegable del consejo de administración de las sociedades cotizadas la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.

1. Es fundamental para los administradores y directivos contar con pólizas, tanto de riesgos cibernéticos como de D&O, y que ambas estén coordinadas;
2. la RC de los D&O se caracteriza por de los administradores y consejeros sociales es personal, solidaria, ilimitada, de naturaleza subjetiva, extracontractual y orgánica, tanto por acción como por omisión, como consecuencia de los perjuicios financieros causados a terceros, o a la propia sociedad;
3. es fundamental para los administradores y directivos contar con pólizas, tanto de riesgos cibernéticos como de D&O, y que ambas estén coordinadas;
4. la RC de los D&O se caracteriza por de los administradores y consejeros sociales es personal, solidaria, ilimitada, de naturaleza subjetiva, extracontractual y orgánica, tanto por acción como por omisión, como consecuencia de los perjuicios financieros causados a terceros, o a la propia sociedad;

5. no basta, para imputar responsabilidad, cualquier incumplimiento contractual.

La responsabilidad de los administradores en ningún caso se puede conectar al hecho objetivo del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las relaciones contractuales, convirtiéndolos en garantes de las deudas sociales o en supuestos de fracasos de empresa que han derivado en desarreglos económicos que, en caso de insolvencia, pueden desencadenar otro tipo de responsabilidades en el marco de otra u otras normas.

## **2 SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE SEGUROS DE D&O**

En Reino Unido la nueva normativa anticorrupción y regulatoria (“senior manager regime”) puede elevar el número de siniestro y se expuso el caso actual más significativo que son las demandas a varios directivos de compañías implicadas en el incendio de la torre Grenfell de 2017 en un edificio de viviendas sociales de 120 apartamentos distribuidos en 24 plantas que dejó 71 muertos, así como el reciente caso de Thomas Cook.

En el caso danés, donde es muy frecuente que sean los propios directivos quienes suscriban la póliza, hay que tener en cuenta que no se permite asegurar la responsabilidad de los directivos de compañías públicas analizando una reciente Sentencia del Tribunal Supremo en la cual se determinaba que en el caso de que alguno de los directivos estuviese asegurado y se consumiera dicho seguro hasta el límite, el resto de la indemnización se asumiría por partes iguales entre todos los directivos (asegurados o no), lo cual desincentiva la suscripción de este tipo de pólizas.

En Holanda el siniestro más significativo en los últimos años ha sido el de Fortis, con un petium de 1.3 billones de euros

y una oferta extrajudicial de 45 millones de euros que el juzgador considero no razonable, destacándose que hay un cambio legislativo previsto en el sistema de las class action.

En Francia los casos más comunes se deben a insolvencias y a la incorrecta aplicación (o falta de aplicación) de la normativa más reciente como Sapin 2, relativa a la transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica.

Por último, en España, hay que hacer énfasis en las malas prácticas laborales y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019, en virtud de la cual se considera que el seguro de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que se prevé en la normativa administrativa (como puede ser Ley General Tributaria).

Otra Sentencia de interés es la Sentencia del Tribunal Supremo 430/2019, de 28 de marzo, Rec. 6360/2017) en la que fija como doctrina que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puede imponer multas a personal directivo de empresas infractoras de las normas del derecho de la competencia, lo que viene a reforzar su actividad de los últimos años (tégase en cuenta que en 2019 la CNMC sancionó con 54 millones de euros a un cartel de empresas de servicios a la industria, y con 280.500 euros a sus directivos, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores inicio 18 procedimientos en 2019 con multas a directivos por importe de 11,4 millones de euros, frente a los 21 procedimientos iniciados en 2018 con sanciones de 5 millones de euros; esto supone duplicar el importe de las multas en 2019).

Además, hemos de tener muy en cuenta las novedades legislativas tales como:

- la Ley Concursal de 2003 ha sido reemplazada por el Texto Refundido de la Ley Concursal (RD Legislativo 1/2020), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2020. Esta norma incluye al director general entre los sujetos que pueden ser considerados responsables civiles, en línea con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del 2014. También prevé la posibilidad de la condena solidaria a los administradores, liquidadores o directores generales por el déficit patrimonial;
- además, la Ley 5/2021, de 12 de abril, que entró en vigor el 3 de mayo de 2021, ha modificado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital del 2010. Esta ley refuerza el deber general de diligencia de los administradores, que deberán subordinar su interés particular al interés de la empresa. También establece que los consejeros de sociedades cotizadas deberán ser personas físicas, por razones de transparencia y de buen gobierno corporativo;
- adicionalmente, introduce en nuestro derecho societario las llamadas ‘acciones de lealtad’ en las sociedades cotizadas, permitiendo que sus estatutos otorguen derechos de voto adicionales a las acciones que su titular haya mantenido durante un período mínimo de 2 años;
- en materia concursal, la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019, sobre reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, deberá trasponerse al derecho español antes del 17 de julio de 2021, y su trasposición es importante para los directivos ya que la directiva les obliga a tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia.

### 3 COVID 19 Y PÓLIZAS DE D&O

Actualmente, las pólizas vigentes no contemplan ninguna información respecto a la pandemia, mientras que en las renovaciones

se están viendo diversas alternativas en el mercado: desde la exclusión absoluta hasta la solicitud de información específica en los cuestionarios de renovación. Este punto es especialmente importante porque es lo que va a marcar la diferencia entre estar cubierto o no. Por ello ahora hay nuevas exclusiones en las renovaciones de los seguros D&O para el año 2020 y 2021: el asegurador no será responsable de efectuar ningún pago por una pérdida, reclamación u otra cobertura de la presente póliza, causado directa o indirectamente, basada en derivada de, o relacionada con una enfermedad contagiosa

Por otro lado, los expertos alertan de que con la crisis aumenta los posibles fraudes perpetrados por los propios administradores de las empresas a tenor del sombrío escenario que tendrán que gestionar.

Ante esta situación por parte de los directivos es importante mantener informados a los accionistas sobre todas las maniobras que realice la empresa y sobre todos los planes de recuperación relacionados con el COVID-19, porque, en caso de no hacerlo, los accionistas podrían presentar denuncias, y deben tener en cuenta que cuando un trabajador o un cliente se infecte en el establecimiento comercial, existirá la posibilidad de alegar que los directores incumplieron su deber de cuidado hacia a los trabajadores y terceros sin haber atendido la legislación correspondiente al COVID-19.

En síntesis, siguiendo la tendencia en otros países, se espera repunte de reclamaciones por insolvencia/liquidaciones derivadas del COVID 19; así como en materia de despidos. En sociedades cotizadas, posible falta en la divulgación de información a accionistas, etc., etc.

## REFERENCIAS

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Breve aproximación a los riesgos cibernéticos y sus responsabilidades. En: **Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico**, Madrid, Ed. Sepin, p. 1-28, 2019.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. D&O y riesgos cibernéticos.

En: MONTERROSO CASADO, Esther (Dir.); MUÑOZ VILLARREAL, Alberto (Coord.). **Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento.** Madrid: Tirant lo Blanch, 2019. p. 297-324.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Seguro de administradores y directivos: clausulas limitativas y responsabilidad tributaria. Análisis de la STS 58/2019, de 29 de enero. En: **Revista de Contabilidad y Tributación**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Financieros (CEF), n. 434, p. 139-151, 2019.

MUÑOZ VILLARREAL, Alberto. Seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos: *claim made*, cobertura temporal y prescripción. En: PIPO MALGOSA, Antonio (Comp.) **2019 Práctica contenciosa para abogados, los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2018 de los grandes despachos.** Madrid: La Ley, 2019. p. 596-613.

*Recebido em: 4-5-2022*

*Aprovado em: 6-8-2022*