

La responsabilidad de los administradores por déficit concursal y su aseguramiento

DANIELA STÉPHANIE RIVERA VALLVÉ

III ARANZADI

© Daniela Stéphanie Rivera Vallvé, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: Febrero 2025

Depósito Legal: M-4349-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1078-957-9

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-958-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	
ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA Y LA EXTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL	15
1. INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE LA RES- PONSABILIDAD CIVIL	19
1.1. La finalidad indemnizatoria de la responsabilidad civil y su dis- tinción de la sanción civil y de la pena privada	25
1.2. Los elementos esenciales de la responsabilidad civil	31
2. LA RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO	58
2.1. La evolución histórica de la responsabilidad por déficit concursal	70
2.2. La acción de complemento del pasivo o acción por insuficiencia del activo del sistema francés	92
2.2.1. La acción de complemento del pasivo de la <i>Loi 67-563 du</i> <i>13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation</i> <i>des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes</i>	93
2.2.2. La reforma de la <i>Loi 85-98 du 25 janvier 1985 relative au</i> <i>redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises</i>	104
2.2.3. La ambiciosa reforma de la Ley de salvaguarda	115

	<u>Página</u>
2.2.4. La simplificación del régimen de la <i>Ordonnance n.º 2008-1345 du 18 décembre 2008</i>	128
2.2.5. La acción de responsabilidad por insuficiencia del activo en la actualidad	131
3. LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL	153
3.1. <i>La naturaleza jurídica de la responsabilidad por déficit concursal</i>	153
3.2. <i>La estructura de la responsabilidad por déficit concursal</i>	177
3.2.1. Las condiciones previas	178
3.2.2. El ámbito subjetivo.....	194
3.2.3. El daño efectivo y la conducta relevante.....	205
3.2.4. La relación de causalidad y la imputación objetiva	211
3.2.5. El factor de atribución.....	253
4. OTRAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL	261
4.1. <i>La individualización de la condena</i>	262
4.2. <i>La admisión expresa de la solidaridad</i>	264
4.3. <i>La imprescriptibilidad de la acción de cobertura del déficit concursal</i>	266
4.4. <i>La compatibilidad entre la responsabilidad por déficit concursal y la indemnización por daños y perjuicios del art. 455.2.5.º TRLC.</i>	270
5. IDEAS CLAVE DEL PRIMER CAPÍTULO	274

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE SEGURO D&O Y LA POSIBILIDAD DE COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL

1. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	283
1.1. <i>Caracterización y finalidad</i>	283
1.2. <i>Elementos esenciales del seguro de responsabilidad civil</i>	304
2. EL SEGURO D&O	318
2.1. <i>Historia e introducción en Europa del seguro D&O</i>	325

	<u><i>Página</i></u>
2.2. <i>La progresiva ampliación de los supuestos de responsabilidad de los administradores y el afianzamiento del seguro D&O</i>	338
2.3. <i>Caracterización del seguro D&O</i>	369
2.4. <i>Los elementos subjetivos del seguro D&O</i>	386
2.5. <i>El riesgo y la delimitación de la cobertura</i>	422
2.5.1. <i>Particularidades relativas a la declaración del riesgo</i>	422
2.5.2. <i>La relación entre las nociones de riesgo, siniestro y daño.....</i>	430
2.5.3. <i>La necesaria delimitación del riesgo</i>	435
2.5.4. <i>La delimitación causal del riesgo.....</i>	439
2.5.5. <i>La delimitación espacial y jurisdiccional del riesgo.....</i>	490
2.5.6. <i>La delimitación temporal del riesgo.....</i>	495
2.5.7. <i>La delimitación cuantitativa del riesgo</i>	515
2.5.8. <i>Las coberturas accesorias en el seguro D&O y su delimitación.....</i>	536
3. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR DÉFICIT CONCURSAL	586
BIBLIOGRAFÍA.....	609

y auditores) también suscitó dudas sobre la licitud del seguro¹¹⁴. Esta situación se prolongó hasta que, en 1989¹¹⁵, por las dificultades que tenían las grandes sociedades para encontrar personas cualificadas dispuestas a aceptar el cargo, se modificó la subsección tercera de la sección 310¹¹⁶:

«This section does not prevent a company-

(a)from purchasing and maintaining for any such officer or auditor insurance against any such liability, or

(b)from indemnifying any such officer or auditor against any liability incurred by him—

(i)in defending any proceedings (whether civil or criminal) in which judgment is given in his favour or he is acquitted, or

(ii)in connection with any application under section 144(3) or (4) (acquisition of shares by innocent nominee) or section 727 (general

respect of any negligence, default, breach of duty or breach of trust of which he may be guilty in relation to the company.

(2)Except as provided by the following subsection, any such provision is void.

(3)A company may, in pursuance of such a provision, indemnify any such officer or auditor against any liability incurred by him in defending any proceedings (whether civil or criminal) in which judgment is given in his favour or he is acquitted, or in connection with any application under section 144(3) or (4) (acquisition of shares by innocent nominee) or section 727 (director in default, but not dishonest or unreasonable), in which relief is granted to him by the court» (resaltado añadido).

114. Paolini y Nambisan indican que, además de los problemas relacionados con la admisibilidad de la *indemnification* por la sociedad, «*under the original versión of section 310 of the Companies Act 1985, it was unclear whether or not companies could actually incur the cost of a premium in respect of insurance against directors potential liability in damages without contravening the terms of that section. In the absence of any clarity on the point, the development of the UK market for D&O insurance cover was severely hampered for a number of years*». En: Paolini, Adolfo; Nambisan, Deepak. «*Directors and...*», *op. cit.*, Chapter 2.II. *The legality of D&O Insurance-the Companies Act 2006*.

115. A través de la sección 137 de la *Companies Act* de 1989.

116. Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, *op. cit.*, págs. 68-70; Paolini, Adolfo; Nambisan, Deepak. «*Directors and...*», *op. cit.*, Chapter 2.II. *The Legality of D&O Insurance—The Companies Act 2006*.

power to grant relief in case of honest and reasonable conduct) in which relief is granted to him by the court».

En la actualidad, la expresa admisibilidad de la contratación de un seguro D&O por la sociedad se halla en la sección 233 de la *Companies Act* de 2006, la cual establece lo siguiente:

«Section 232(2) (voidness of provisions for indemnifying directors) does not prevent a company from purchasing and maintaining for a director of the company, or of an associated company, insurance against any such liability as is mentioned in that subsection».

En España, era comprensible la escasísima difusión del seguro D&O: la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (arts. 79 a 81; en lo sucesivo, LSA de 1951), y la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (art. 13; en adelante, LSRL de 1953) condicionaban la responsabilidad de los administradores de tal manera que, de facto, estos resultaban prácticamente inmunes¹¹⁷.

117. Así, por ejemplo, en el art. 79 LSA de 1951, el factor de atribución de la responsabilidad era cualificado; de manera que se hacía responder a los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores por «*el daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave*». Además, bastaba con haber «*salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado el daño*» para quedar exento de responsabilidad. A su vez, en el art. 80 del mismo texto legal, se habilitaba a los accionistas para ejercitar la acción social de responsabilidad y para oponerse al acuerdo de la junta general de transacción o renuncia al ejercicio de la acción, pero se exigía que reunieran un diez por ciento del capital social (el doble al previsto con posterioridad y vigente en los arts. 238.2 y 239 LSC, en relación con el art. 168 LSC). Y, aunque se admitía la legitimación de los acreedores, esta quedaba subordinada a que la acción social «*no h[ubier]a sido ejercitada por la Sociedad o sus accionistas y se t[rata]ra de un acuerdo que amena[zara] gravemente la garantía de los créditos*». Por no hablar de lo previsto en el art. 13 LSRL de 1953, que remitía a «*los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la Ley o de la escritura fundacional*». Para más inri, se tratara de la acción social o de la individual, se limitaba la responsabilidad a aquellos «*administradores causantes, por acción u omisión, del daño o perjuicio*», lo cual planteaba dudas y serias dificultades en relación con la acreditación del nexo causal.

No obstante, esta perspectiva cambió radicalmente como consecuencia de la adaptación de la legislación nacional a las directivas europeas¹¹⁸, al determinar el endurecimiento del régimen vigente desde la década de los cincuenta, el cual, tal y como señala Iribarren¹¹⁹, «*supu[so], prácticamente, el nacimiento de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital*»¹²⁰.

118. Concretamente, por la aprobación de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades, mediante la cual —en concreto, su artículo séptimo— se modificaron, entre otros, los arts. 79 y 80 de la LSA de 1951.

119. Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, op. cit., pág. 71.

120. En palabras de la Audiencia Provincial de Cádiz, «*como enseña la más autorizada doctrina el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital resultante de la Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades (Ley 19/1989, de 25 de julio) supuso un auténtico revulsivo en el mundo societario, impulsando el paso de un sistema de responsabilidad exclusivamente por malicia, abuso de facultades o negligencia grave (artículo 79 LSA de 1951) aderezado por el dolo e incumplimiento de la ley o de la escritura fundacional (artículo 13 LSRL de 1953), a otro en el que no sólo desaparece el requisito de la gravedad de la negligencia sino que además establece la responsabilidad solidaria de los administradores por las obligaciones sociales a partir del puro incumplimiento de determinados deberes.*

Y en orden a su exigencia cumple distinguir —dicho sea a los efectos de la dialéctica entablada, naturalmente sin perjuicio de ulteriores y necesarias matizaciones— entre la acción individual dirigida a la depuración de conductas ilícitas, culposas o negligentes, regulada en el artículo 135 de la LSA, que se define como directa y principal, no subsidiaria, otorgada a accionistas, socios y terceros para recomponer su patrimonio particular vulnerado por actos de administración (sentencia del T.S. de 10 de marzo de 2003), y se configura en la jurisprudencia como una acción resarcitoria o indemnizatoria, que exige un comportamiento de los administradores contrario a la ley o a los estatutos o carente de la diligencia de un ordenado comerciante que d[é] lugar a un daño, de modo que el accionante-perjudicado ha de probar que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe nexo causal entre el mismo y el daño producido (...); y la del artículo 262.5 de la LSA que contempla una responsabilidad civil cuasi objetiva u objetiva (...), también a menudo definida como sanción o pena civil, externamente privada de relación de causalidad con el daño» (SAP de Cádiz 571/2008 (Sección 5.^a), de 3 de diciembre de 2008, núm. rec. 346/2008, Fundamento de Derecho Segundo).

Este endurecimiento del sistema se consolidó tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyos arts. 133 y 265.2 se recogen los antecedentes de los actuales arts. 236 y 367 LSC, los cuales regulan la responsabilidad de los administradores por daños y por deudas, respectivamente¹²¹.

En cualquier caso, a la recepción paulatina del seguro *D&O* en Europa y España por cuestiones de distinta índole (tradición jurídica, adaptación a la normativa europea, situación económica o factores sociológicos), se sumó otra traba: el escaso margen del que disponían las entidades aseguradoras nacionales, como consecuencia de las condiciones impuestas por los reaseguradores (que no aceptaban la alteración de sus clausulados modelo)¹²².

Esta situación determinó que, salvo en Alemania¹²³, las primeras pólizas en el mercado europeo fueran el resultado de traducciones casi litera-

121. Veiga remite a un «giro en cierto modo copernicano que sup[uso] en el ámbito de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades que marcó la nueva regulación de anónimas» y sostiene que, a partir de ese momento, «el camino para una nueva simbiosis necesaria entre seguro y responsabilidad estaba trazado». En Veiga Copo, Abel B. *Tratado del... 8.ª Edición, op. cit.*, pág. 1107.

122. Desde estas etapas iniciales hasta la actualidad, esta modalidad de seguro de responsabilidad civil tiene una marcada dependencia del mercado del reaseguro, lo que determinó (y sigue determinando, como se puso de manifiesto en el contexto de la COVID-19) que las compañías aseguradoras nacionales asuman la cobertura del riesgo a partir de la valoración, a veces de forma exclusiva, de las posibilidades de que dicho riesgo pueda ser asumido por una compañía aseguradora mediante una operación de reaseguro. En: Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, *op. cit.*, pág. 772, nota 12.

123. En Alemania, el modelo aplicado no se importó, pero fue determinante para el escaso éxito del primer clausulado: las *Allgemeine Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern*, que se aprobaron en 1986 por el *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen*, y fueron utilizadas por la filial alemana de CHUBB (*CHUBB Versicherung*). Se trataba de una insuficiente adaptación de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional (de abogados, notarios, etc.), con base en la cual se dejaba fuera de la cobertura supuestos de responsabilidad de interés (como la de los administradores de las filiales y la de los altos directivos), y se incorporaban exclusiones innecesarias o sorprendentes. Así, por ejemplo, se excluían: i) los daños personales o en los bienes (exclusión típica de las pólizas *D&O* en la actualidad); o ii) las faltas de gestión (*unterne-*

les del modelo estadounidense, diseñado y adaptado a las particularidades de ese sistema y ordenamiento jurídico¹²⁴.

En la práctica, el resultado de esta traducción del modelo anglosajón dio lugar a desajustes de cobertura; por ejemplo, se solía excluir la responsabilidad por deudas del actual art. 367 LSC¹²⁵. A su vez, la cobertura que se ofrecía iba más allá de la propia del seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos, identificada con el *Side A* de la póliza, también conocido como *personal coverage* o cobertura personal.

hmerische Fehlenentscheidungen), a consecuencia de una cláusula trasladada directamente de las condiciones del seguro de responsabilidad profesional de liquidadores y auditores. Esta última exclusión fue la más criticada debido a la confusión que generaba y la dificultad de fijar los límites entre las faltas de gestión y los actos ilícitos cubiertos. Es en 1993 cuando por primera vez se introdujo el modelo anglosajón, habitual en Europa, a través de las *Allgemeine Bedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte* (AVB OLA). En: Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, op. cit., págs. 79-80.

124. La recepción del modelo anglosajón ya no solo se refleja en la denominación empleada, seguro *D&O*, sino también en la concreción de la oferta. En relación con los caracteres primarios, prevalecieron los seguros colectivos, suscritos por la sociedad en nombre propio y por cuenta de sus administradores y altos directivos, de hecho o de derecho, incluidos los que realicen sus funciones en sociedades filiales y participadas. A su vez, la delimitación del riesgo y la regulación de derechos, obligaciones y deberes de las partes se concretaban conforme a cláusulas adaptadas al sistema norteamericano. V. gr. a los efectos de determinar materialmente el riesgo, en las pólizas se remitía a actos lesivos de los asegurados de carácter incorrecto, culposo, erróneo o dañoso. En realidad, se intentaba encontrar la traducción óptima del *wrongful act* descrito en los seguros *D&O* anglosajones, a través de una enumeración asistemática de supuestos varios (incumplimiento de obligaciones legales, reglamentarias o estatutarias; falta de gestión cometida por imprudencia o negligencia; por omisión, error de hecho o de derecho no intencionado; por abuso de confianza; etc.). Iribarren llega a hablar de desconcierto del operador nacional, al encontrarse con formulaciones extrañas del dolo o exclusiones de supuestos de responsabilidad derivados de la violación de normativa estadounidense, sin equivalente en la española. En: *Ibid.*, págs. 72-73. Esta referencia a normativa extranjera sigue presente en las pólizas *D&O* actuales, tal y como se expondrá *ut infra*. Véase también, Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, op. cit., págs. 772-773.
125. Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, op. cit., págs. 75-76.

De esta manera, la estructura tipo de una póliza D&O también incluía la posibilidad de reembolsar a la sociedad por los gastos en los que hubiera incurrido al cubrir a sus administradores y directivos por las reclamaciones de responsabilidad dirigidas contra ellos (*Side B* o *company reimbursement part*); así como la de cubrir a la propia sociedad por las reclamaciones derivadas de operaciones de valores o *securities claims* (*Side C* o *entity coverage*)¹²⁶. Tanto en el *Side B* como en el *Side C* la asegurada era la sociedad; mientras que en el *Side A*, lo eran sus administradores y altos directivos¹²⁷.

126. *Ibid.*, págs. 76-77. Se trata de una descripción conforme a la práctica estadounidense que se halla en: Ramharter, Martin. *D&O Liability...*, *op. cit.*, págs. 46-53; y Baker, Tom; Griffith, Sean J. *Ensuring Corporate...*, *op. cit.*, págs. 46-48. Y también es conforme a la práctica inglesa: Paolini, Adolfo; Nambisan, Deepak. «*Directors and...*», *op. cit.*, Chapter 3, IV. Who is the insured?: composite policies. Estas coberturas se siguen utilizando en la actualidad, incluso con la misma terminología (*Sides A, B* y *C*). Sin embargo, se han ido ampliando progresivamente las coberturas para la sociedad; de forma que, dependiendo del mercado, se pueden obtener las siguientes: i) operaciones de valores (operaciones bursátiles de compraventa de valores de una sociedad); ii) persona jurídica codemandada en prácticas de empleo; iii) defensa jurídica por responsabilidad penal de la persona jurídica; iv) *Entity up/Entity down* (cobertura para el consejero persona jurídica); y v) prácticas de empleo para la sociedad. En: Iturmendi Morales, Gonzalo; Elguero Merino, José María. *Administradores y...*, *op. cit.*, pág. 284.

127. Tanto el *Side A* como el *Side B* se atribuyen al modelo original del Lloyd's. Baker y Griffith remiten a una supuesta teoría que explicaría el porqué de la denominación: «[o]ne theory is that an early London market D&O insurance policy listed the A and B forms of coverage on opposite sides of the policy form, side A and side B». La tercera forma de cobertura, el *Side C*, es de desarrollo más reciente y data de la década de los noventa del Siglo XX. En: Baker, Tom; Griffith, Sean J. *Ensuring Corporate...*, *op. cit.*, pág. 46.

En el mercado norteamericano actual, de acuerdo con Kirshner, se ha ampliado, además, la cobertura a un *Side D*, que incorpora sublímites de cobertura para los gastos de investigación en los que haya incurrido la sociedad ante las *derivative suits*. Así, «[f]or example, the corporation may have a \$ 5 million liability limit for securities claims (including actual derivative litigation), but only a smaller \$ 200,000 sublimit for investigations in response to a shareholder demand on the corporation to sue». Es más, hay complementos al *Side A*, como la *Side A DIC* (*difference in conditions*), que aporta cobertura personal adicional a administradores, considerados individualmente, para cubrir lagunas de cobertura. En: Kirshner, Jodie A. «Directors and Officers» Liability in the United States. En: «*Directors & Officers*» (*D&O*) Liability. Deakin, Simon;

Inicialmente, la cobertura de reembolso o *Side B* solo tenía sentido en Estados Unidos, porque las leyes estatales de sociedades admiten, en determinadas circunstancias, que sea la sociedad la que cubra o compense a los administradores por los gastos en los que hayan incurrido en caso de que se hayan dirigido reclamaciones de responsabilidad en contra de estos últimos (*indemnification*).

En Estados Unidos, la leyes estatales de sociedades incorporan determinados supuestos de *corporate indemnification* o compensación societaria. La *corporate indemnification* puede venir impuesta por una específica obligación legal o ser el resultado de la iniciativa de las sociedad (mediante una previsión estatutaria o un acuerdo)¹²⁸. En el sistema del *civil law* no hizo falta acudir a una institución como la *corporate indemnification*, porque no se presentó la necesidad de prever compensaciones societarias para los administradores por los gastos derivados de su responsabilidad, a causa de la escasa entidad del riesgo¹²⁹.

Koziol, Helmut; Riss, Olaf (Eds.). Gotinga: Walter de Gruyter, 2018. Págs. 723-766. ISBN: 9783110489712, pág. 763. En este sentido, de acuerdo con Ramharter, «[i]f a non indemnifiable loss which is covered by the terms and conditions of the excess policy is excluded from coverage under the primary policy, the excess policy «drops down» and takes over the role of the primary policy. Policies which contain such a drop-down feature are referred to as difference-in-condition policies». En: Ramharter, Martin. *D&O Liability...*, *op. cit.*, pág. 79.

128. De conformidad con Iribarren, esta compensación societaria no se limita a los gastos de defensa, sino que alcanza también a las deudas de responsabilidad frente a terceros e incluso —aunque de forma limitada— frente a la sociedad. En: Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, *op. cit.*, pág. 77.
129. Roncero señala que, en la actualidad, resultan admisibles en España estos compromisos de compensación. En concreto, menciona las «cartas de indemnidad» que grandes sociedades cotizadas emiten a favor de sus consejeros y directivos, en particular, en relación con el desempeño de sus funciones para una sociedad filial, dependiente o participada. Se trata de compromisos unilaterales de la sociedad por los que esta asume liberar a sus consejeros o directivos de cualquier consecuencia derivada de la declaración de su responsabilidad, salvo que el factor de atribución de la responsabilidad sea el dolo. Ahora bien, debe atenderse al carácter imperativo del régimen legal, de manera que los compromisos de compensación solo resultarán admisibles en la medida en que no incluyan la cobertura de las consecuencias de la responsabilidad del administrador frente a la propia sociedad (responsabilidad *ad intra*). Esto se debe a que los pactos o acuerdos que determinen un reparto con el propio perjudicado de la deuda indemnizatoria, por los daños causados por la actuación de un admi-

nistrador infringiendo sus deberes, no resultan válidos al contravenir normas imperativas. En: Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, op. cit., pág. 779, nota 27. También de forma limitada, Guerrero consideraría admisible un pacto estatutario o acuerdo de la junta general de compensación societaria, en supuestos de «ejercicio de la acción individual de responsabilidad, solo si la eficacia del pacto o del acuerdo quedase condicionada a la aceptación, caso por caso, por parte de los perjudicados de la novación subjetiva propuesta (art. 1205 CC) y siempre que no se considerase lesivo a los intereses sociales. En el caso de la acción social de responsabilidad habría que descartarlo porque supondría una burla al régimen imperativo de responsabilidad establecido por el legislador societario, y el acuerdo de junta general relativo a la asunción del pago de las indemnizaciones que correspondieran a los administradores, en la medida en que supondría una renuncia a su ejercicio, solo se admitiría en los términos establecidos en el art. 238.2 LSC, es decir, si no se opusieran a él los socios que representarían el 5 por 100 del capital social. En cuanto a los directivos, un pacto estatutario o un acuerdo de la junta general en tal sentido, si se refiriese a la responsabilidad exigida por terceros no haría más que reiterar el contenido del art. 1903 CC, pero si comprendiese la responsabilidad exigida por la propia sociedad, el pacto estatutario supondría una renuncia a priori, que no tendría validez, y el acuerdo de la junta general, solo sería admisible, si fuese a posteriori». En: Guerrero Lebrón, María Jesús. El Seguro de Responsabilidad Civil de los Administradores de Sociedades de Capital. En: Pulido Begines, Juan Luis (Dir.). *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*. Madrid: Marcial Pons, 2019, págs. 323-345. ISBN: 9788491237037, pág. 324, nota 1. En cambio, no se comparte la opinión de Del Olmo, quien se posiciona a favor de una configuración más amplia de estos compromisos de la sociedad de compensar a sus administradores, en base a que solo se regula expresamente la imperatividad del régimen del deber de lealtad, no así respecto del de diligencia. En concreto, sostiene que «some legal writers are more prone to limiting directors liability regarding their duty of care (not regarding their duty of loyalty) and admitting agreements under which the company undertakes to pay for any indemnifications imposed on the director stemming from damage caused in the discharge of his duties as a director. This approach is clearly reasonable, provided that directors liability can be insured». En: Del Olmo García, Pedro. «Directors and Officers» Liability in Spain. En: «Directors & Officers» (D&O) Liability. Deakin, Simon; Koziol, Helmut; Riss, Olaf (Eds.). Gotinga: Walter de Gruyter, 2018. Págs. 477-560. ISBN: 9783110489712, págs. 527-528. En todo caso, Roncero ya concluía, en una obra anterior, que sigue sin tener sentido la inclusión mecánica de la *corporate indemnification* en el mercado español, sobre todo, en aquellos casos en los que ni siquiera existe un compromiso de cobertura. En: Roncero Sánchez, Antonio. *El seguro...*, op. cit., pág. 659/1188. Sobre esta última consideración, téngase en cuenta que la compensación societaria o *corporate indemnification* supone un incremento considerable de la prima y que «the vast majority of D&O

Durante esta etapa inicial, Roncero¹³⁰ remarca los problemas de comprensibilidad derivados una mala traducción; e incide en que se llegó al absurdo de incluir en las pólizas españolas riesgos inexistentes, como la responsabilidad derivada de la infracción de normas únicamente vigentes en Estados Unidos, para sociedades sin proyección en ese país. Al efecto, propone como ejemplo la exclusión de cobertura por infracción de la *Employee Retirement Income Security Act (ERISA exclusion)*, que se llegó a convertir en toda una cláusula de estilo y que aún se puede encontrar en alguna póliza *D&O*.

En las pólizas iniciales también se incorporaban pactos ilegales, como el de confidencialidad (que impedía que los asegurados informaran a los perjudicados sobre la existencia del seguro, por lo que se contravenía lo previsto expresamente en el art. 76 *in fine* LCS¹³¹, relativo al ejercicio de la acción directa); o las *no action clauses*, cuya invalidez también la determina la vigencia del art. 76 LCS. Las *no action clauses* consisten en impedir la reclamación directa contra el asegurador hasta que la indemnización quede definitivamente determinada por un acuerdo o una sentencia, y suelen ser un complemento de la supresión del *duty to defend* de los aseguradores (*vid.* cap. II, § 2.5.8) y el encargo de la defensa a los asegurados¹³².

2.2. LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y EL AFIANZAMIENTO DEL SEGURO *D&O*

Desde su difusión en España a partir de la década de los noventa, el seguro *D&O* ha ido evolucionando progresivamente —aunque persista, en mayor o menor medida, cierta dependencia respecto del clausulado general traducido, de origen anglosajón—, a la par que se ha ido endureciendo el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades

insurance payments are made under the side B and C parts of the coverage». En: Baker, Tom; Griffith, Sean J. *Ensuring Corporate...*, *op. cit.*, pág. 48.

130. Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, *op. cit.*, págs. 772-773.

131. En concreto, en el art. 76 *in fine* LCS se establece que, «[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».

132. Iribarren Blanco, Miguel. *El seguro...*, *op. cit.*, pág. 78.

de capital y ampliando —o concretando— el catálogo de sus obligaciones y sanciones.

Basta recordar la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, que, en aras a la «*profesionalización de administradores y directivos*» y la «*gestión adecuada y transparente de las sociedades*» (Preámbulo I), reforzó los deberes de los administradores —en especial, el deber de lealtad— y facilitó el ejercicio de la acción social (v. gr. se legitimó de forma directa a la minoría en caso de conculcación del deber de lealtad, de acuerdo con lo previsto en el art. 239.1.II LSC).

En esta línea, otro ejemplo reciente lo constituye la Ley 5/2021, a través de la cual se modificó el art. 225 LSC. Ya se analizó esta modificación en relación con la crítica a la tesis funcional de la naturaleza jurídica de la responsabilidad por déficit concursal (*vid.* cap. I, 3.1); no obstante, conviene profundizar en la polémica que ha suscitado el alcance de la exigencia de que el administrador «*subordin[e], en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*».

Ya se indicó que, desde una perspectiva sistemática, a la reforma de la normativa societaria, se aúna la evolución del régimen especial de la responsabilidad por déficit concursal, cuyo ámbito de aplicación también ha ido ampliándose; todo ello en un contexto en el que los estados de alerta se han adelantado para priorizar la conservación de las empresas viables.

Paralelamente, el fenómeno de progresiva expansión del Derecho penal ha supuesto un incremento del riesgo para los administradores, de forma especialmente patente con las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en lo sucesivo, CP). Por ejemplo, se modificó el delito societario de administración desleal del art. 295 CP, para convertirlo en un delito común —*ex* art. 252 CP—, en el que se tipifica la conducta de «*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno (...) las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio a la sociedad*».

Entre estas modificaciones relevantes también se halla la del delito de insolvencia punible, mediante la cual se ampliaron los supuestos típicos, se incorporaron remisiones expresas al deber de diligencia en la gestión

de asuntos económicos, e incluso se admitió su comisión imprudente en el art. 259.3 CP¹³³.

No se puede pasar por alto que el endurecimiento también se ha proyectado en el ámbito relativo al Derecho de la competencia. V. gr. a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, se incorporó el Título VI (arts. 71 y ss.) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). Así, en el art. 71.2.b) LDC, se especificó que «[l]a actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

Un ejemplo aún más reciente lo constituye la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se

133. Recuérdese que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que, por acción u omisión, puedan ser consideradas autoras o partícipes de los delitos. A su vez, ante un supuesto de delito especial propio (v. gr. delito de insolvencia punible, delitos contra la Hacienda Pública o delitos contra la Seguridad social), por aplicación del art. 31 CP, el «administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Aunque el art. 31 CP complementa al art. 28 CP (relativo a la autoría), no regula la responsabilidad penal de los administradores por los delitos que se cometan en el seno de la persona jurídica; mediante este precepto únicamente se pretende que no exista una laguna de punibilidad en aquellos supuestos de delito especial propio, en los que la calificación de la autoría recaiga en la persona jurídica. Conviene hacer hincapié en que, a través del art. 31 CP, no se configura una presunción de autoría por razón del cargo: «[si] se pretende exigir responsabilidad penal al administrador de la persona jurídica de que se trate, no basta con que el mismo ostente un cargo, sino que además habrá de desarrollar una acción u omisión contributiva a la realización del tipo por el que se le haya condenado, o dicho de otro modo, debería realizar algún acto de ejecución material que contribuya al resultado típico» (STS 810/2022 (Sala de lo Penal), de 13 de octubre de 2023, núm. rec. 4536/2020, Fundamento de Derecho Décimo).

modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (en adelante, Directiva sobre diligencia debida).

El título del texto induce a cierta confusión; sin embargo, no se trata de un texto cuyo núcleo principal opere sobre el deber de diligencia de los administradores (*duty of care*), sino que se dirige a los Estados miembros, para garantizar que las sociedades realicen una *due diligence* en materia de derechos humanos y medio ambiente¹³⁴. Se trata de un texto que, desde su propuesta, suscito una gran polémica.

Con buen tino, Alonso¹³⁵ ya consideró que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, publicada el 23 de febrero de 2022 (en adelante, Propuesta de Directiva sobre diligencia debida), constituía un instrumento desproporcionado de politización o publicación del papel de las sociedades que generaba confusión entre objetivos públicos y privados. En el texto definitivo, sin perjuicio de los cambios introducidos, la aludida confusión se mantiene.

A pesar de que en la Directiva sobre diligencia debida se alegue su utilidad de cara a «*proporcionar a las empresas claridad y seguridad jurídica*» para cumplir con las obligaciones que se le imponen, uno de sus principales problemas lo configura precisamente la inseguridad jurídica. A modo de ejemplo, a través de su Anexo, se remite a varias decenas de

134. Conforme al art. 5, esta *due diligence* debe incluir: a) la integración de la *due diligence* en las políticas y sistemas de gestión de riesgos; b) la detección y evaluación de los efectos adversos reales o potenciales, y, cuando resulte necesario, la priorización de aquellos efectos detectados, en función de su gravedad y probabilidad; c) la prevención y la mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance; d) la reparación de los efectos adversos reales; e) el desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas; f) el establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación; e) la supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de *due diligence*; y f) la comunicación pública sobre diligencia debida.

135. Alonso Ledesma, Carmen. La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. En: Peñas Moyano, María Jesús (Coord.). *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano González*. 1.ª Edición. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2023. ISBN: 9788413202228, pág. 71.

normas internacionales —muchas de las cuales son normas abiertas—, en un intento por concretar los estándares que rigen los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente.

Su falta de concreción también plantea problemas sobre el alcance de su ámbito de aplicación subjetivo en la práctica. Pese a que no se incluía a la mayoría de las sociedades¹³⁶, aquellas obligadas deben tener en consideración «*los efectos adversos, reales y potenciales, para los derechos humanos y el medio ambiente de sus propias operaciones, de las operaciones de sus filiales y de las operaciones efectuadas por sus socios comerciales en las cadenas de actividades de dichas empresas*» (art. 1.1.a) de la Directiva sobre diligencia debida).

136. Según el art. 2.1 del referido texto legal, «[l]a presente Directiva se aplicará a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de uno de los Estados miembros y que cumplan algunas de las condiciones siguientes: a) tener una media de más de 1000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 000 000 EUR en el último ejercicio respecto del que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales; b) aun no habiendo alcanzado los umbrales a que se refiere la letra a), ser la empresa matriz última de un grupo que haya alcanzado dichos umbrales en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales consolidados; c) haber celebrado, o ser la empresa matriz última de un grupo que haya celebrado, acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión a cambio de cánones con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22 500 000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80 000 000 EUR en el último ejercicio para el que se hayan aprobado o hubieran debido aprobarse estados financieros anuales».

Asimismo, en el segundo apartado del mismo precepto, se amplía también de forma condicionada el ámbito subjetivo «a las empresas que se hayan constituido de conformidad con la legislación de un tercer país», porque —de acuerdo con el Considerando 31 de la Directiva sobre diligencia debida— «es fundamental crear un marco europeo con un enfoque responsable y sostenible de las cadenas de valor mundiales, dada la importancia de las empresas como pilar en la construcción de una sociedad y una economía sostenibles».

Esta cadena de actividades, definida en el art. 3.g) de la Directiva sobre diligencia debida¹³⁷, alcanza a las relaciones comerciales de la sociedad obligada, establecidas con socios comerciales directos o indirectos¹³⁸), tanto en sentido ascendente como descendente, y, sin lugar a dudas, plantea la proyección de las obligaciones impuestas sobre las pymes¹³⁹, relacio-

137. El precepto alude a: i) «las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones anteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la producción de bienes o la prestación de servicios por parte de la empresa, incluidos el diseño, la extracción, el abastecimiento, la fabricación, el transporte, el almacenamiento y el suministro de materias primas, productos o partes de productos y el desarrollo del producto o del servicio»; y ii) «las actividades de los socios comerciales que intervienen en los eslabones posteriores de la cadena de una empresa relacionadas con la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto de dicha empresa, cuando los socios comerciales lleven a cabo esas actividades para la empresa o en su nombre, excluyendo la distribución, el transporte y el almacenamiento de un producto que esté sujeto a controles de las exportaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2021/821 o a controles de las exportaciones relacionadas con armas, municiones o materiales de guerra, tras la autorización de la exportación del producto».

138. De acuerdo con el art. 3.f) de la Directiva sobre diligencia debida, un «socio comercial directo» es una entidad «con la que la empresa tenga un acuerdo comercial relacionado con las operaciones, productos o servicios de la empresa o a la que la empresa preste servicios con arreglo a la letra g)»; mientras que «un socio comercial indirecto» es una entidad que —sin ser un socio comercial directo— «reali[za] operaciones comerciales relacionadas con las operaciones, productos o servicios de la empresa». Esta segunda definición adolece de una gran indeterminación, porque alude a un vínculo meramente sectorial o por tipo de actividad empresarial, e introduce un grado de inseguridad supino.

139. Aunque no se incluya expresamente a las pymes en la definición de cadena de actividades, nada obsta a su inclusión. Es más, en el Considerando 69 de la Directiva sobre diligencia debida, se reconoce que «[a]unque las pymes no están incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, podrían verse afectadas por sus disposiciones como contratistas o subcontratistas de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación». Y se especifica que «el objetivo es mitigar la carga financiera o administrativa que pesa sobre las pymes, muchas de las cuales ya tienen dificultades en el contexto de la crisis económica y sanitaria mundial». Al efecto, se aclara lo siguiente: a) «los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión, deben crear y gestionar, ya sea de forma individual o conjunta, sitios web, portales o plataformas especializados y fáciles de utilizar para facilitar información y asistencia a las empresas»; y b) «los Estados miembros pueden proporcionar asistencia financiera a las pymes y ayudarlas a reforzar su capacidad», a la vez que «se anima a las empresas cuyos socios comerciales

nadas o interesadas en mantener relaciones comerciales con la sociedad obligada¹⁴⁰.

sean pymes a ayudarlas a cumplir las medidas de diligencia debida y a aplicar requisitos justos, razonables, no discriminatorios y proporcionados con respecto a las pymes». En definitiva, se plantea todo un camino de buenas intenciones, en el que se priorizan ideales sobre las necesidades de un debilitado tejido empresarial.

140. Aunque analizando el texto de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida, Recalde sostuvo que el control por una sociedad de todas sus relaciones con proveedores, distribuidores, clientes, entre otros, no solo resulta compleja, sino que podría llegar a ser contraproducente *«si conduce a su indiscriminada aplicación a pequeñas y medianas sociedades o a una práctica formalizada de “marcar casillas” con el solo fin de eludir el riesgo de incurrir en responsabilidad»*. En este último caso, la normativa devendría ineficaz. Al efecto, abogaba por la exigencia de una evaluación funcional y global de las entidades relacionadas, focalizando el control en aquellas que, por sus características o sector de actividad, resulten más relevantes de cara a la concurrencia o generación de riesgos especiales (*risk based approach*). En: Recalde Castells, Andrés. La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre «diligencia debida» —due diligence— en materia de sostenibilidad). En: Peñas Moyano, María Jesús (Coord.). *Estudios e Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal. Libro Homenaje al profesor Jesús Quijano González*. 1.^a Edición. Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid, 2023. ISBN: 9788413202228, pág. 698.

En esta línea, Alonso también destacaba la complejidad y el coste del control derivado de las obligaciones vinculadas a la cascada contractual. En: Alonso Ledesma, Carmen. *La propuesta..., op. cit.*, pág. 66. A modo de ejemplo, y aunque mediante el art. 5.3 de la Directiva sobre diligencia debida se alude a la salvaguarda del secreto empresarial, en el art. 8.2 del mismo texto legal se establece la obligación de: a) *«inventariar sus propias operaciones, la de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales, a fin de determinar ámbitos generales en los que es más probable que se produzcan efectos adversos»*; y b) *«llevar a cabo una evaluación en profundidad de sus propias operaciones, las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con sus cadenas de actividades, las de sus socios comerciales en los ámbitos en los que se haya detectado una mayor probabilidad de que se produzcan efectos adversos»*.

A su vez, en el art. 10.2.b) de la Directiva sobre diligencia debida se incorpora la obligación de *«recabar de los socios comerciales directos garantías contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta de la empresa y, en su caso, del plan de acción preventiva, para lo que habrán de obtener a su vez las correspondientes garantías contractuales por parte de sus socios, en la medida*

A los efectos del presente trabajo, conviene aludir a la expresa regulación del deber de diligencia de los administradores contenida en la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida. Así, en su art. 25, bajo el epígrafe «*Deber de diligencia de los administradores*», se establecía lo siguiente:

«Los Estados miembros velarán por que, al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores (...) tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo.

Los Estados miembros se asegurarán de que sus disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulen el incumplimiento de las obligaciones de los administradores se apliquen también a lo dispuesto en el presente artículo».

En esta redacción ya no solo se aludía al mejor interés de la empresa, sino que se incorporaban perspectivas más amplias en esta pretendida

en que las actividades de estos formen parte de la cadena de actividades de la empresa. Cuando se obtengan tales garantías contractuales, se aplicará lo dispuesto en el apartado 5 (due diligence)».

Otro ejemplo se halla en el art. 10.6 del texto analizado, mediante el cual se llega al extremo —cuando no sea posible impedir o mitigar de forma suficiente los efectos adversos meramente potenciales—, de imponer la obligación de abstenerse de entablar nuevas relaciones o de ampliar las ya existentes —incluso de suspenderlas o cesarlas— con un socio comercial «*en relación con cuya cadena de actividades o en cuya cadena de actividades*» hayan surgido los antedichos efectos. Eso sí, el obligado deberá evaluar la proporcionalidad de su decisión, y, si decide no suspender ni poner fin a la relación comercial, deberá informar a la autoridad de control competente, realizar un seguimiento de los efectos adversos y evaluar periódicamente su decisión y la existencia de medidas adecuadas adicionales (art. 10.6, párrafos segundo a quinto). Lo que no es proporcional, en todo caso, es la inversión de recursos y de tiempo que supone el cumplimiento de esta normativa.

De estas pequeñas pinceladas solo se puede colegir que la Directiva sobre diligencia debida, de devenir un cuerpo normativo eficaz, no solo resulta potencialmente onerosa —por rebote— para la mayoría del tejido empresarial español, sino también restrictiva para el emprendimiento y lleva a plantearse una profunda distorsión de un principio rector tan importante como la libertad de empresa.

«orientación» del deber de diligencia; deber regulado en el art. 225 LSC, que —a diferencia de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida— debe regir el ejercicio de las funciones de todo administrador, con independencia de las características de la sociedad administrada.

A su vez, con el art. 26 de la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida se iba aún más allá y se imponía a los administradores la obligación de implementar y supervisar las medidas de *due diligence*, «*tomando para ello debidamente en consideración las aportaciones pertinentes de las partes interesadas y las organizaciones de la sociedad civil*»; así como la de adaptar la estrategia de la sociedad de forma que tenga en cuenta los efectos adversos reales y potenciales detectados. Tanto el art. 25 como el 26 del texto proyectado fueron duramente criticados —y con razón— por su falta de concreción¹⁴¹ y nivel de injerencia en la gestión de las sociedades. Consecuentemente, se optó por eliminar de la Directiva sobre diligencia debida toda referencia al deber de diligencia de los administradores.

No obstante, no se puede obviar que esta clara tendencia legislativa y el efectivo incremento de las obligaciones de los administradores, así como la expansión de su ámbito de responsabilidad, se proyectan negativamente en la toma de decisiones por parte de los administradores y directivos de las sociedades, por su natural aversión al riesgo. A su vez, dificulta la comprensión del grado de cumplimiento de una normativa aplicable cada vez más amplia y compleja; con una exigencia de diligencia general en la que deben ponderarse los intereses de otros *stakeholders* y que se asocia a criterios de oportunidad vinculados al interés general y la desprivatización del Derecho de sociedades. Para entender tamaño despropósito, basta con pensar en el administrador de una pyme, que puede ser un experto en lo

141. Recalde reconoció que el art. 25 de la Propuesta suscitaba dudas, entre las cuales destaca cómo se debería haber concretado la exigencia de responsabilidad a los administradores (legitimación activa, daños resarcibles, aplicación de la *business judgment rule*, etc.). El autor también planteó la posibilidad de que el *risk management* incluyera el establecimiento de sistemas referidos al funcionamiento interno y control de los riesgos vinculados a los objetivos e intereses que contemplaba la Directiva proyectada. En tal caso, el deber de diligencia obligaría al administrador a analizar *ex ante* los efectos de sus decisiones sobre la sostenibilidad y, en su caso, los derechos humanos, el cambio climático o las consecuencias medioambientales. En: Recalde Castells, Andrés. *La obligación...*, *op. cit.*, págs. 705-706. Misma línea, Alonso Ledesma, Carmen. *La propuesta...*, *op. cit.*, págs. 68-69.

que respecta a la actividad económica constitutiva del objeto social, pero no dispone de ninguna formación profesional ni mucho menos jurídica.

Este fenómeno de expansión normativa ha promovido la concepción del ejercicio del cargo de administrador como una actividad cada vez más arriesgada¹⁴². Este riesgo inherente ha conllevado que se le haya conferido al seguro D&O un papel fundamental por los beneficios que ofrece a los administradores y a las propias sociedades (no solo por la cobertura ofrecida a la entidad, sino por la posibilidad de ser indemnizada por los daños provocados por sus administradores y directivos, al poder ser considerada tercera-perjudicada¹⁴³), sin que de ello se desprenda que todo riesgo ase-

142. De forma expresa, en su análisis de la evolución del seguro D&O, Lima considera que la asunción del cargo de directivo ha llegado a considerarse una «actitud arriesgada, a veces casi temeraria», y que el riesgo es mayor cuanto mayor sea el grado de exposición mediática de la sociedad a cuya dirección se asciende. En: Lima Rego, Margarida. Adelanto de los constes en los seguros «D&O». En: Veiga Copo, Abel B. (Dir.); Martínez Muñoz, Miguel (Coord.). *Dimensiones y Desafíos del Seguro de Responsabilidad Civil*. 1.^a Edición. Cizur Menor: Aranzadi, 2021. Págs. 207-225. ISBN: 9788413461502, pág. 208. Vázquez pone el acento en la negativa de los aspirantes a aceptar el cargo de consejero independiente en las sociedades cotizadas como consecuencia del nivel de responsabilidad que asumen. La autora añade que «los candidatos han de superar las exigencias de idoneidad personales y profesionales que les son requeridas, junto a la necesidad de contar con conocimientos y experiencia adecuados y, al mismo tiempo, no han de estar incurso en ninguna de las situaciones que afecten o condicionen la independencia de su actuación o que supongan un conflicto de intereses para con la sociedad o sus integrantes. Debiendo, asimismo, disponer de tiempo y dedicación necesarios para conocer la sociedad y los asuntos que le conciernen y mantenerse debidamente formados al respecto. Imposiciones sustantivas que pueden ser completadas con otros requerimientos previstos en los estatutos sociales o en el propio reglamento interno del Consejo de Administración. Si ello se acrecienta con la equiparación del riguroso régimen de responsabilidad de los consejeros sociales ejecutivos que integra el órgano gestor, las reticencias a aceptar el cargo serán superiores y, en algunos supuestos, incluso podría entenderse como la causa que impide que el aspirante pueda acceder a la propuesta de nombramiento». En: Vázquez Ruano, Trinidad. La póliza D&O como instrumento resarcitorio ante la responsabilidad de administradores y consejeros sociales. En: *Revista Española de Seguros*. Madrid: Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, 2023. Núm. 193-194. Págs. 145-168. ISSN: 0034-9488, págs. 159-160.

143. Desde la perspectiva de la sociedad, el seguro le proporciona, entre otras, las siguientes ventajas o utilidades: i) incrementa sus perspectivas de cobro de

gurable quede asegurado, pues cómo y hasta qué punto se cubra el riesgo «es una cuestión antialeatoria que dirimirán las propias aseguradoras»¹⁴⁴.

las indemnizaciones a cargo de sus administradores, cuando la sociedad es una perjudicada; ii) fortalece la solvencia de las mismas frente a terceros, ya que la sociedad suele ser responsable solidaria de los daños causados por sus administradores; y iii) permite atraer a las personas más cualificadas como administradores pues les garantiza el ejercicio de sus funciones sin temor no solo a las responsabilidades sino a las reclamaciones. Iribarren añade que el seguro D&O beneficia a las sociedades por el estricto control que los aseguradores realizan de la situación de la sociedad, antes de suscribir el seguro y durante el tiempo que dure la cobertura. En: Iribarren Blanco, Miguel. Seguros de responsabilidad civil y administradores sociales. En: Girgado Perandones, Pablo (Dir.). *El Contrato de Seguro y su Distribución en la Encrucijada* (en línea). 1.^a Edición. Cizur Menor: Aranzadi, 2018. Cuarta parte. Capítulo 1. (Consulta: 7 de julio de 2022). ISBN: 9788491779052. Disponible en: «<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F196747125%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000001506572731fe30684a3#sl=p&eid=b59ef12bf6ec165765a2581b6cd11126&eat=a-201566561&pg=RB-14.1&psl=&nvgS=false>», II.2. Financiado por las sociedades. El carácter retributivo de la prima. Sin embargo, este control de las aseguradoras no necesariamente es efectivo ni llega a proyectarse con la misma intensidad durante la vigencia de la cobertura. En este sentido, Baker y Griffith partieron de la teoría conforme a la cual «*corporations do not need the risk spreading that insurance provides. Instead, they buy insurance for the other services that are packaged with the risk spreading: tax avoidance, lower credit costs, bankruptcy avoidance, potentially cheaper external capital, and (...) monitoring*». Sin embargo, en su análisis del mercado asegurador estadounidense, llegaron a la conclusión de que «*D&O insurers do almost nothing to monitor the public corporations they insure, and D&O insurers do not condition the sale of insurance on compliance with loss-prevention requirements in any systematic way. Although D&O insurers do occasionally provide loss-prevention advice, underwriters report —and brokers and risk managers confirm— that this advice is not highly valued by public corporations, nor is it in any way binding on corporations as, for example, a condition of policy renewal*». Más adelante en su obra, los citados autores vuelven a incidir en las limitaciones del control por las aseguradoras y afirman que «*insurers have virtually no role in monitoring the policyholder (and thus no role in deterrence) during the life of the policy, other than through repricing the coverage for the next policy period*». En: Baker, Tom. Griffith, Sean J. *Ensuring Corporate...*, op. cit., págs. 106-109; 201. Roncero también admite el alcance limitado del control que pueda realizar la aseguradora. En: Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, op. cit., pág. 782, nota 34.

144. Veiga Copo, Abel B. *Tratado del...* 8.^a Edición, op. cit., pág. 1107.

En la actualidad, todas las sociedades del IBEX35, en torno a tres cuartas partes de las sociedades cotizadas, más de la mitad de las no cotizadas, y más de un treinta por ciento de las pymes tienen contratado un seguro D&O¹⁴⁵. A pesar de que los diferentes informes y estudios publicados no coincidan en cuanto al porcentaje de expansión¹⁴⁶, se trata

145. Datos extraídos de Iribarren Blanco, Miguel. *Seguros de...*, op.cit., I. Introducción.

146. Por ejemplo, Valero, en su análisis de la contratación y citando un informe europeo de Hiscox, señaló que un ochenta por ciento de las pymes en España no disponían de un seguro D&O en 2014. En: Valero López, Miguel Ángel. Las pymes aprenden a asegurar a sus ejecutivos. En: *Estrategia Financiera* (en línea). España: Wolters Kluwer, 2014. Núm. 315. Editorial. (Consulta: 20 de diciembre de 2021) ISSN: 1130-8753. Disponible en: «https://www-smarteca-es.sire.ub.edu/my-reader/SMTD8608_00000000_20140401000003150000?fileName=page042.xhtml&location=pi-1183», pág. 2. Con posterioridad, basándose en la novena edición del estudio de Hiscox y sin especificar el porcentaje relativo al seguro D&O, Valero concretó que en el 2017 solo un veintisiete por ciento de los emprendedores españoles disponía de un seguro de responsabilidad civil. En: Valero López, Miguel Ángel. Las pymes aprenden a asegurar a sus ejecutivos. En: *Técnica Contable y Financiera* (en línea). España: Wolters Kluwer, 2019. Núm. 17. Gestión de Empresa. (Consulta: 20 de diciembre de 2021) ISSN: 2531-2030. Disponible en: «https://www-smarteca-es.sire.ub.edu/my-reader/SMTD2017174_00000000_20190301000000170000?fileName=page132.xhtml&location=pi-3535&publicationDetailsItem=SystematicIndex», pág. 4. Las cifras también son diferentes en una publicación de INESE, de octubre de 2022, en la que se afirma que únicamente el diez por ciento de los directivos de las pymes españolas dispone de un seguro D&O específico; porcentaje que se reduce a un tres por ciento en aquellas sociedades que no tienen empleados contratados, y que supera el treinta y ocho por ciento en aquellas otras que tienen entre diez y cuarenta y nueve empleados. En: Redacción INESE. Solo el 10% de los directivos de las pymes españolas cuenta con un seguro propio D&O. En: *Página web de INESE* (en línea). Madrid: INESE, 14 de octubre de 2022. Noticias. (Consulta: 30 de diciembre de 2022). Disponible en: «<https://www.inese.es/solo-el-10-de-los-directivos-de-las-pymes-espanolas-cuenta-con-un-seguro-propio-do/>». En cualquier caso, los datos manejados son bastante coherentes con los del mercado internacional del seguro D&O. De acuerdo con Spann, en 2019, prácticamente todas las sociedades cotizadas estadounidenses, así como una amplia mayoría de las sociedades del *Financial Times Stock Exchange* (FTSE) 500 y las grandes entidades financieras disponían de un seguro D&O. En cuando al sector de las pequeñas y medianas empresas, la tasa de adquisición de este seguro alcanzaba valores

de una modalidad de seguro que ha trascendido de las grandes sociedades a las pymes y para la que todavía queda un amplio margen de expansión a fundaciones y asociaciones¹⁴⁷.

Aunque actualmente se pueda afirmar que existe una mejor adaptación de la cobertura al régimen español de responsabilidad civil de los administradores, todavía se pueden apreciar referencias ajenas al ordenamiento jurídico en las pólizas de seguro *D&O*, además de definiciones complejas e imprecisas¹⁴⁸.

entre el treinta y el cincuenta por ciento. La autora propone una explicación para la poca fiabilidad de las estadísticas sobre las reclamaciones y el seguro *D&O* (salvo en el caso de Brasil y Corea del Sur, países altamente regulados): «*one must always keep in mind that since D&O claims and their coverage could be a massive reputational risk for corporations and their managers, D&O issues are often handled **strictly confidentially**. Besides, more than 95% of D&O claims are estimated to be settled out of court. Consequently, there are no reliable statistics available for most of the D&O markets around the world*». En: Spann, Elisabeth. «Directors and Officers» Liability from an Insurance Laws Perspective. En: «*Directors & Officers*» (*D&O*) Liability. Deakin, Simon; Koziol, Helmut; Riss, Olaf (Eds.). Gotinga: Walter de Gruyter, 2018. Págs. 845-853. ISBN: 9783110489712, pág. 846.

147. Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, *op. cit.*, pág. 770. El autor reitera su opinión en una obra posterior e indica, citando un estudio de INESE de 2018, que únicamente el nueve por ciento de las pólizas *D&O* contratadas en el 2017 corresponden a asociaciones, clubes y entidades sin ánimo de lucro. En: Roncero Sánchez, Antonio. Cuestiones actuales sobre el Seguro de Responsabilidad Civil de administradores sociales (seguro *D&O*) y perspectivas de evolución tras la pandemia de la COVID-19. En: *Revista Española de Seguros*. Madrid: Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, 2021. Núm. 185-186. Págs. 97-121. ISSN: 0034-9488, pág. 99, nota 6.

148. Así, por ejemplo, Roncero señala que es frecuente que en las pólizas se recoja la exclusión de daños punitivos o ejemplarizantes, por remisión a una institución ajena al sistema del *Civil Law*, los *punitive damages*. Asimismo, se hace referencia erróneamente, tanto por la traducción como por la traslación al sistema español, a la «*la parte multiplicada de los daños múltiples*» (sic) en vez de a la «*parte multiplicada de los daños multiplicados*»; que remite a la posibilidad, propia del sistema estadounidense, de que el órgano jurisdiccional pueda optar por multiplicar los daños a efectos de incluir en la indemnización el *moral hazard* experimentado por el perjudicado, yendo más allá del daño efectivo, con una perspectiva punitiva o sancionadora. Pero los defectos de la traducción y las incoherencias también remiten al ordenamien-

La técnica empleada en la delimitación y selección del riesgo necesita depurarse; es más, la propia estructura de las pólizas dificulta a menudo la comprensión del alcance de la cobertura, compleja *per se*, por incorporación de largos listados de definiciones con referencias cruzadas —o circulares— a distintas partes del clausulado.

Roncero¹⁴⁹ destaca que la técnica empleada no responde necesariamente a la voluntad de definir, sino a la de solapar o disimular buena parte de las exclusiones de cobertura; lo que, además de perjudicar a los asegurados, entre cuyas principales preocupaciones está el no comprender el alcance de la cobertura que se ofrece, también tiene consecuencias negativas para las aseguradoras, las cuales no necesariamente son conscientes del alcance de la cobertura que asumen de forma efectiva (recuérdese que la interpretación del clausulado beneficia al adherente o asegurado, de acuerdo con los arts. 2 *in fine* y 3.I LCS, y 1288 CC).

En este punto, cabe abrir un inciso y aludir a dos previsiones legales relevantes para la posición de las aseguradoras, y estrechamente relacionadas con la caracterización de todo contrato de seguro como uno de

to inglés: se suele incluir la cobertura de la responsabilidad por «*homicidio empresarial*» (v. gr. en el «Seguro de Gestión Empresarial» de AIG, modelo AIG-GESTION EMPRESARIAL-2022), que debería expresarse en términos de responsabilidad por accidente laboral, pero cuya nomenclatura responde al régimen de responsabilidad previsto en *The Corporate Manslaughter & Corporate Homicide Act* de 2007, vigente en el Reino Unido. El autor también manifiesta su descontento frente a definiciones dirigidas a delimitar la cobertura del seguro y que son el resultado de traducciones defectuosas. V. gr. «*wrongful act*» como acto incorrecto o erróneo, cuando la responsabilidad de los administradores no se aprecia si la conducta desplegada es conforme a sus deberes, aunque se trate de una conducta errónea o equivocada. En: Roncero Sánchez, Antonio. *Tendencias y...*, *op. cit.*, pág. 773, nota 13.

149. En la etapa inicial de expansión del seguro D&O, para delimitar el riesgo asegurado, las pólizas incluían numerosas cláusulas de exclusión. Roncero recuerda que en algunas de las pólizas de esa época se delimitaba positivamente la cobertura en una cláusula e incorporaban exclusiones en otras treinta y dos; en cambio, actualmente, se dedican unas pocas cláusulas a consignar expresamente exclusiones de cobertura y la mayor parte de las exclusiones se incorporan a los listados de definiciones. El autor destaca que hay pólizas en las que se incluyen más de sesenta definiciones. En: *Ibid.*, págs. 773-774.

uberrimae bonae fidei (máxima buena fe)¹⁵⁰, así como con la función tuitiva que brinda, con carácter general, la LCS al adherente: los arts. 3.I y 8.I.3 LCS.

El tenor del art. 3.I LCS es el siguiente:

*«Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito»*¹⁵¹.

150. Sobre esta característica, la jurisprudencia ha especificado que *«el contrato de seguro es un contrato uberrimae [bonae] fidei, que exige la buena fe entre las partes contratantes, tanto en la fase precontractual de su concertación como durante su ejecución, y, por consiguiente, en la declaración del riesgo y ulterior comunicación de la agravación del mismo por parte del asegurado, así como en la redacción transparente de las condiciones delimitadoras y limitativas del riesgo, por parte de la aseguradora, para que el tomador adquiera perfecta constancia de los términos en los que los siniestros quedan efectivamente cubiertos»* (STS 712/2021 (Sala de lo Civil), de 25 de octubre de 2021, núm. rec. 4403/2018, Fundamento de Derecho Segundo; SAP de Gerona 470/2021 (Sección 2.^a), de 1 de diciembre de 2021, núm. rec. 666/2021, Fundamento de Derecho Noveno).

151. A pesar de la indiscutible función tuitiva que la normativa del seguro confiere al adherente, el legislador español ha pretendido equilibrarla en relación con posibles conductas pasivas de aquel que firma sin asesorarse ni informarse; de tal forma que no debería ser objeto de semejante protección en el ámbito privado. Veiga también se plantea si hace falta una función *«tan protectora y tuitiva»* en el ámbito privado. Y añade que *«es el propio tomador quien absurdamente firma en barbecho, sin leer el condicionado, cuestión distinta es que la cognoscibilidad del mismo o su imposibilidad sea imputable a la aseguradora y a la propia redacción del clausulado, pero la práctica adolece de desidia y conformismo»*. En: Veiga Copo, Abel B. *Tratado del Contrato...* 4.^a Edición, op. cit., Capítulo 2, 6. Contrato de adhesión.

Así, en el art. 581-3 Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, tras el Dictamen del Consejo de Estado, de marzo de 2018 (en adelante, ALCM) se pretende establecer una presunción de aceptación, de forma que, a pesar de que se exija que *«[l]as limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario [deban]*

figur[ar] de forma destacada y comprensible y deb[a]n ser aceptadas por el tomador», se matiza que «[l]as condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato». Parece que, por un lado, se quiere garantizar la transparencia formal y, por el otro, instituir un mínimo deber de diligencia del tomador, con base en la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), obligándole a resolver el contrato en plazo, si no quiere quedar vinculado. En sí, con la reforma, se está planteando la relativización de la función tuitiva de la norma a favor del adherente, para incorporar una solución a la elevada litigiosidad que ha suscitado el desconocimiento de los elementos diferenciadores entre cláusulas delimitadoras, limitativas y lesivas, así como el incumplimiento de los requisitos formales de las cláusulas limitativas. Sería muy fácil tildar de desafortunada esta previsión, con base en la posible facilitación de determinadas prácticas abusivas por parte de las aseguradoras; sin embargo, no todo adherente se halla en una posición que merite recibir —*sine die*— exorbitante protección. Resulta comprensible que el cambio propuesto en el ALCM suscite reticencias; no obstante, no se puede ignorar su utilidad frente a la elevada litigiosidad y que, a pesar de la matización de la función tuitiva —a favor del adherente— del art. 3 LCS, subsiste una normativa específica sobre condiciones generales de la contratación y, en su caso, de protección al consumidor. En concreto, se deberá respetar lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en lo sucesivo, LCGC); así como en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), en la medida en que resulte de aplicación. Al efecto, téngase presente que «[la] legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro» (por todas, STS 693/2021 (Sala de lo Civil), de 11 de octubre de 2021, núm. rec. 4061/2018, Fundamento de Derecho Segundo); y que «la jurisprudencia (...), de conformidad con la doctrina del TJUE, vincula el concepto de consumidor al ámbito objetivo de la operación, con independencia de cuál sea la personalidad del contratante» (por todas, STS 1183/2023 (Sala de lo Civil), de 18 de julio de 2023, núm. rec. 1993/2020, Fundamento de Derecho Segundo).

Si se analiza sistemáticamente, el art. 3 LCS devino la primera norma en establecer una regulación especial de las condiciones generales de la contratación de carácter jurídico-privado. Es incluso anterior a la primera Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actualmente, arts. 80 y ss. TRLGDCU) y, desde 1998, también se compagina, en tanto que *lex specialis*, con la LCGC, aplicable a los contratos celebrados entre empresarios o profesionales. Conviene aludir a la STS 367/2016 (Sala de lo Civil), de 3 de junio de 2016, núm. rec. 2121/2014, Fundamento de Derecho Cuarto,

según la cual «[l]a aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor». En esta resolución se añade que «[n]i el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores». A pesar de ello, en su Voto Particular, el Excmo. Sr. Don Francisco Javier Orduña Moreno defiende que resulta técnicamente incorrecto equiparar el control de transparencia con el concepto de abusividad, a los efectos de excluir dicho control de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales, porque: «el control de incorporación es “único” para todas las cláusulas, bien esenciales o bien accesorias»; «el control de incorporación no puede aplicarse (escindirse) sólo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado»; «el control de incorporación tiene su sede natural, conceptualmente hablando, en la LCGC, y no en el Código Civil, en donde no cabe aplicar un control de incorporación escindido, esto es, referido sólo al control formal de inteligibilidad del clausulado»; y «reconocido el fundamento del control de incorporación en la LCGC, y el similar control de incorporación tanto en el texto refundido de la LGDCU (artículo 80), como en la citada LCGC (artículos 5 y 7), no hay inconveniente alguno de aplicar el concepto de transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, para todos los contratos de adhesión entre profesionales, pues su fundamento de aplicación es idéntico: predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente». No obstante, este segundo posicionamiento doctrinal no ha sido respaldado normativamente, más allá de lo previsto en la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (Núm. expediente. 122/000142). Con esta Proposición de Ley, se pretende extender a la contratación entre empresarios el control de transparencia material; es decir, «los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de

A su vez, en el art. 8.I.3 LCS se determina que, como parte del conte-

los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario (o empresario adherente) comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos».

De acuerdo con Pertíñez, el art. 3 LCS es una norma general del contrato de seguro e introduce tres formas de control de las condiciones generales. Según este autor, estos controles podrían reconducirse a las categorías generales de control sobre las cláusulas no negociadas establecidas en la normativa sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas: 1) los requisitos formales de inclusión, firma, entrega y redacción clara y precisa se coheren con los requisitos de incorporación de las condiciones generales (arts. 5 y 7 LCGC, y 80.1 LGDCU); 2) la regla para las cláusulas lesivas se asimila al control de abusividad *stricto sensu* del art. 82 LGDCU, aunque la causa de su ineficacia se halla en el carácter desequilibrado de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe —y no en la transparencia—; y 3) la regla de las cláusulas limitativas condiciona su validez a requisitos de transparencia (carácter destacado y aceptación expresa) y no así de equilibrio de su contenido. En: Pertíñez Vélchez, Francisco. Tutela de los consumidores y cláusulas abusivas en el contrato de seguro. En: Veiga Copo, Abel B. (Dir.); Martínez Muñoz, Miguel (Coord.). *Retos y Desafíos del Contrato de Seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al Profesor Rubén Stiglitz*. Cátedra Uría Menéndez-ICADE de Regulación de los Mercados. Cizur Menor: Aranzadi, 2020. Págs. 589-611. ISBN: 9788413085968, págs. 597-599. Yendo aún más allá, Miranda identifica tres controles de transparencia: 1) el formal general, relativo a la claridad y precisión de las condiciones generales y particulares; 2) el formal especial para las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados; y 3) el material, relativo a las cláusulas lesivas, asimilables a las abusivas (arts. 3 LCS, 8 LCGC y 83.1 TRLGDCU). Véase el análisis sobre los controles de transparencia del art. 3 LCS realizado en: Miranda Serrano, Luis María. Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro (más allá de los clásicos requisitos de inclusión). En: Bataller Grau, Juan (Dir.); Peñas Moyano, María Jesús (Dir.); Atienza Navarro, María Luisa (Coord.); Mas Badía, María Dolores (Coord.); Peñas Moyano, Benjamín (Coord.); Casar Furjó, María Emilia (Coord.). *Un derecho del seguro más social y transparente* (en línea). 1.^a Edición. Cizur Menor: Aranzadi, 2017. Primera Parte. Capítulo 1. (Consulta: 30 de diciembre de 2022). ISBN: 9788491528388. Disponible en: «<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F25796%2Fv1.3&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e34000001506572731fe30684a3#sl=0&eid=0b0061d871561217b8c8d9374f231661&eat=subl1&pg=&psl=e&nvgS=false>».

nido mínimo de la póliza, debe constar la «[n]aturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente». Aunque no se explicita, del tenor del precepto se infiere qué es una cláusula delimitadora del riesgo, vinculada de forma indisociable a las notas de claridad y —por aplicación sistemática del art. 3.I LCS («las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa») — precisión¹⁵².

152. Conviene introducir la diferenciación conceptual entre cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras.

En cuanto a las cláusulas lesivas, el art. 3.I LCS es expreso cuando determina que las condiciones generales «en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados», pero no las define. Será lesiva «aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro; en definitiva, que impide la eficacia de la póliza» (por todas, STS 259/2022 (Sala de lo Civil), de 29 de marzo de 2022, núm. rec. 1105/2019, Fundamento de Derecho Quinto). Con independencia del cumplimiento de los requisitos formales, la consecuencia de la determinación del carácter lesivo de una cláusula es su nulidad, de forma que se tendrá por no puesta. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo: «aun cuando las cláusulas sean claras y en su caso hayan superado las exigencias formales de aceptación, en ningún caso pueden ser lesivas (art. 3 LCS, aunque el asegurado sea un profesional).

Dentro del concepto de “lesivas” deben incluirse aquellas cláusulas que reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido» (por todas, STS 101/2021 (Sala de lo Civil), de 24 de febrero de 2021, núm. rec. 2934/2018, Fundamento de Derecho Tercero).

En cambio, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, aunque incorporen cierto desbalance prestacional al contrato, pueden ser válidas si se cumple con sus requisitos formales. Al efecto, en el art. 3.I *in fine* LCS se establece que «[s]e destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito» (requisito de la «doble firma»). En cuanto a su definición, «una vez producido el riesgo (estas cláusulas) actúan para restringir, condicionar o modificar el derecho de resarcimiento del asegurado» (STS 661/2019 (Sala de lo Civil), de 12 de diciembre de 2019, núm. rec. 3634/2016, Fundamento de Derecho Tercero). La jurisprudencia ha desarrollado, «de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, en relación con el alcance típico o usual que corresponde a su objeto, con

arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora» (por todas, STS 1479/2023 (Sala de lo Civil), de 23 de octubre de 2023, núm. rec. 5499/2018, Fundamento de Derecho Cuarto).

A su vez, relacionada con el contenido natural del contrato, la jurisprudencia ha desarrollado la noción de cláusula sorprendente para referirse a aquellas que *«delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual»* (por todas, SSTs 609/2019 (Sala de lo Civil), de 14 de noviembre de 2019, núm. rec. 800/2017, Fundamento de Derecho Tercero; 1479/2023 (Sala de lo Civil), de 23 de octubre de 2023, núm. rec. 5499/2018, Fundamento de Derecho Cuarto). De esta manera, *«la cláusula sorprendente puede tener dos consecuencias:*

a) Si reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que sea prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro, por lo que impide la eficacia de la póliza, será lesiva y, por tanto, nula en todo caso.

b) Si lo que hace es delimitar el riesgo de manera que desnaturaliza el contrato, pero no impide su eficacia, no le será aplicable el régimen de las cláusulas delimitadoras, sino el de las limitativas de los derechos del asegurado, por lo que tendrá que cumplir los requisitos del art. 3 LCS (sentencias 58/2019, de 29 de enero; y 421/2020, de 14 de julio)» (por todas, STS 259/2022 (Sala de lo Civil), de 29 de marzo de 2022, núm. rec. 1105/2019, Fundamento de Derecho Sexto).

En cuanto a la noción de cláusula delimitadora, se trata de un tipo de cláusulas que permite *«perfila[r] el compromiso que asume la compañía aseguradora, de manera tal que, si el siniestro acaece fuera de dicha delimitación, positiva o negativamente explicitada en el contrato, no nace la obligación de la compañía aseguradora de hacerse cargo de su cobertura»* (STS 661/2019 (Sala de lo Civil), de 12 de diciembre de 2019, núm. rec. 3634/2016, Fundamento de Derecho Tercero). Se pueden identificar cláusulas delimitadores simples y cualificadas. Las cláusulas delimitadoras de los riesgos cubiertos, de carácter simple, son aquellas que describen, *«de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato»* (art. 8.I.3 LCS), precisando o concretando su objeto. A su vez, las cláusulas delimitadoras cualificadas son aquellas condiciones que describen *«las exclusiones (de la cobertura) destacadas tipográficamente»* (art. 8.I.3 LCS), así como aquellas que incorporan *«condiciones y plazos de la oposición a la prórroga de cada parte, o su inoponibilidad, [que] deberán [ser] destaca[das] en la póliza»* (art. 22.4 LCS). Véase, Tapia Hermida, Alberto J. *Guía del...*, op. cit., Capítulo 1.IV.5.4 Clasificación legal en cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras. También, SSAP de Valladolid 19/2019 (Sección 1.^a), de 10 de enero de 2019, núm. rec. 317/2018, Fundamento de Derecho Tercero; de Lugo 356/2020 (Sección 1.^a), de 9 de julio de 2020, núm. rec. 280/2019, Fundamento de Derecho Segundo; de Cádiz 133/2022 (Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2022, núm. rec. 526/2021, Fundamento de Derecho Segundo; de Lugo 660/2022 (Sección 1.^a), de 23 de noviembre de 2022, núm.

rec. 646/2021, Fundamento de Derecho Segundo. En cualquier caso, las cláusulas delimitadoras cualificadas no deberán limitar materialmente los derechos de los asegurados, porque, de lo contrario, evidentemente tendrán la consideración de limitativas.

A partir de la STS 82/2012 (Sala de lo Civil), de 5 de marzo de 2012, núm. rec. 838/2009, Fundamento de Derecho Cuarto, se puede concluir que «[n]o son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado [sino delimitadoras] las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada. Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

La inclusión de las cláusulas delimitadoras cualificadas se reitera en la STS 609/2019 (Sala de lo Civil), de 14 de noviembre de 2019, núm. rec. 800/2017, Fundamento de Derecho Tercero: «Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, (...) de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)».

Introducidas las anteriores precisiones, cabe especificar que «las condiciones particulares es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos» (por todas, STS 140/2020 (Sala de lo Civil), de 2 de marzo de 2020, núm. rec. 1999/2016, Fundamento de Derecho Cuarto); mientras que, por lo general, se espera que las cláusulas delimitadoras se encuentren incorporadas en las condiciones generales. Ahora bien, nada impide que estas segundas se incluyan en las condiciones particulares; sin embargo, Llorca no lo considera aconsejable. En: Llorca Galiana, Jaume. Las cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos en los contratos de seguros. En: *Revista de Derecho del Sistema Financiero* (en línea). Cizur Menor: Aranzadi, 2022. Núm. 4/2022. Artículos Doctrinales. (Consulta: 13 de abril de 2023). ISSN: 2695-9534. Disponible en: «<https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9b000001877ab68d0a78f462cf&marginal=BIB/2022/3012&docguid=Iede68ac0444311eda452dea5f63fa5ad&ds=>



ARANZADI
DERECHO
MERCANTIL

En esta obra se realiza un estudio profundo de la responsabilidad por déficit concursal, analizándola desde su origen y teniendo en cuenta las últimas reformas legislativas —principalmente, las vinculadas a la refundición de la normativa concursal de 2020 y la Ley 16/2022, de 5 de septiembre— y cómo han influido en la interpretación de esta institución jurídica, así como en su aseguramiento.

El objetivo del estudio se dirige a identificar la naturaleza —vinculada a su finalidad— y caracterizar los elementos estructurales de la responsabilidad por déficit concursal. En concreto, se propone un iter de análisis de este régimen de responsabilidad de los administradores, a través del cual no sólo se reivindica la imprescindible constatación del nexo de causalidad y la imputación objetiva del daño a la conducta del agente, sino también el rol que desempeña la noción de déficit concursal.

A partir de las conclusiones alcanzadas en la primera parte, se justifica por qué la responsabilidad por déficit concursal resulta asegurable a través del seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos o seguro D&O. Precisamente porque este último deviene el instrumento idóneo para tal aseguramiento, se ha dedicado la segunda parte de la obra al estudio del seguro D&O, haciendo énfasis en la delimitación del riesgo, e imprimiendo una perspectiva crítica a la forma en la que se ha interpretado jurisprudencialmente el contenido natural de este contrato.

Asimismo, se ha imbuido a la segunda parte de la obra de una perspectiva práctica, al analizar la práctica aseguradora y la forma en la que se asegura la responsabilidad por déficit concursal, a través del estudio de distintas pólizas D&O. El objetivo de esta segunda parte se dirige a identificar la problemática que puede suscitar el aseguramiento de la responsabilidad por déficit concursal, y plantear propuestas de mejora.

La obra se desarrolla aplicando el método argumentativo propio de la dogmática jurídica, pero combinándolo —de forma especial en la parte dedicada al seguro D&O— con el análisis económico del derecho, en su vertiente normativa. De esta manera, se abordan aspectos eminentemente jurídicos, pero también se tiene en cuenta los efectos de una normativa expansiva relativa a la responsabilidad de los administradores, una interpretación jurisprudencial extensiva de la cobertura ofrecida, y la propia técnica aseguradora aplicada en las pólizas.

Este libro resultará interesante para estudiantes, académicos y juristas, porque no sólo ofrece un aporte teórico al cuerpo del conocimiento jurídico y una actualización doctrinal sobre la naturaleza y la asegurabilidad de la responsabilidad por déficit concursal, sino que —tal y como ya se ha indicado— presenta un iter de análisis de su estructura. En este sentido, precisar la estructura y el alcance objetivo de la responsabilidad por déficit concursal sirve para que las aseguradoras puedan valorar correctamente el riesgo asumido y afinar su delimitación en la póliza D&O. A su vez, conviene enfatizar la utilidad de la perspectiva práctica aplicada para identificar debilidades en la técnica aseguradora y proponer mejoras.

ISBN: 978-84-1078-957-9



788410 789579