Año 55/Nº 3/marzo 2019

rc

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

www.inese.es

María Luisa Albelda de la Haza
Socia de ASJUSA ABOGADOS

RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: Responsabilidad civil de las sociedades de prevención de riesgos laborales en relación con la responsabilidad civil del empresario

■ Los certificados gremiales pueden resultar útiles como referencia y no con carácter vinculante en la cuantificación del lucro cesante por paralización de vehículos ■ El concepto de daño como elemento esencial de la responsabilidad civil ■ Indemnización por pérdida de oportunidad ■ Los pasajeros y la navegación aérea.

2 ...en materia de seguros

Javier López García de la Serrana
Abogado – Doctor en Derecho
Director de HispaColex

a

SEGURO DE D&O. SE CONSIDERA CLÁUSULA LIMITATIVA DE DERECHOS LA QUE EXCLUYE LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS TRIBUTARIAS DE LOS ADMINISTRADORES.
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

1. INTRODUCCIÓN

En el número anterior poníamos de relieve lo complejo que resulta para los distintos agentes que trabajamos en el ámbito del derecho de seguros, interpretar y conocer el verdadero alcance de un contrato de seguro, y el gran reto que hay que afrontar para asesorar sobre la contratación de algunas pólizas. En ese caso nos referíamos de forma conjunta al seguro de RC de explotación y RC profesional y a cómo podíamos diferenciar en la práctica el alcance de las coberturas de ambas pólizas, para lo que cual la sentencia dictada por la Sala Primera del TS de 29 de diciembre daba un gran paso y aclaraba en gran medida la cuestión.

Pues bien, con ésta última sentencia la Sala Primera ha dado un paso más y viene a analizar al "tercero en discordia", esto es al Seguro de D&O. Este tipo de pólizas han sido hasta hace relativamente pocos años "el gran desconocido" dentro del sector empresarial, en gran parte porque en la práctica resultaba difícil definir el contenido y alcance de la cobertura, lo que conjuntamente con el coste adicional que representaba sobre todo para las PYMES, hacía que los administradores y directivos fueran reacios a suscribir este tipo de pólizas. Esta sentencia, puede contribuir a hacer más atractiva la contratación de esta póliza, puesto viene a definir un poco más la naturaleza de algunas de las cláusulas más comunes y en definitiva a concretar un poco más el alcance de este tipo de aseguramiento.

2. SUPUESTO DE HECHO

Los administradores solidarios de la mercantil Puente Fierros, suscribieron a través de la sociedad con una entidad aseguradora una póliza que cubría la responsabilidad civil en que podían incurrir por el desarrollo de su actividad, así como los gastos de defensa. Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de la citada mercantil, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento administrativo que concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

Como consecuencia de lo anterior, ambos administradores presentaron una demanda en la que pedían, en cumplimiento de la póliza de seguros mencionada, la condena de la aseguradora a cubrir tanto la responsabilidad derivada por la AEAT (66.713,32 euros), como los gastos de defensa (924,44 euros). La aseguradora se opuso a la demanda porque la responsabilidad derivada por la

AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general. El artículo 1 de las condiciones generales, relativo a la cobertura del seguro, disponía lo siguiente: "El Asegurador pagará por cuenta de cualquier Persona Asegurada, toda Pérdida procedente de, o a consecuencia de, cualquier Reclamación presentada contra la misma por primera vez durante el Periodo de Seguro, salvo cuando dicha Persona Asegurada sea indemnizada por la Sociedad Asegurada". La definición de "Pérdida" contenida en el apartado 2.19.1 de la póliza es la siguiente: "Daños (...) que el asegurado esté legalmente obligado a pagar".

La aseguradora argumentó que no quedaban incluidas dentro del concepto de "Pérdida" el impago de impuestos, multas o sanciones, tal y como se expresa en el apartado 2.19.3 de las condiciones generales: "Pérdida no incluye impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley o la parte que corresponda al incremento de cualquier indemnización en concepto de daños punitivos, ejemplarizantes o sancionadores, daños que no sean asegurables en virtud de la ley aplicable a esta póliza, o Gastos de Limpieza". La demandada entiende que se trata de una cláusula delimitadora del riesgo y, conforme a ella, quedaba claro que la derivación de responsabilidad a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza de responsabilidad civil.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues entendió que el apartado 2.19.3 de las condiciones generales era una cláusula limitativa de derechos. En las condiciones especiales se hablaba de reclamación, sin mayor distinción, por lo que en principio la derivación de responsabilidad por parte de la AEAT estaría cubierta, y la exclusión que el apartado 2.19.3 hacía de los impuestos sería limitativa, en cuanto que mermaba el alcance de la cobertura inicial del impuesto. En consecuencia, el juzgado condenó a la aseguradora al pago de las cantidades reclamadas.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso y absolvía a la demandada. La sentencia de apelación, después de recordar la jurisprudencia aplicable al caso, concluyó que la cláusula 2.19.3 no es limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, y por ello válida aunque no esté firmada por el tomador del seguro. En este sentido, razona que en este caso el hecho de que la regulación o definición que del riesgo de pérdida financiera descrito en el condicionado particular, se equipare al de "daños que el asegurado este obligado a pagar" incluido en el condicionado general, no puede estimarse que suponga una limitación de la propia garantía una vez producido el primero, sino que define y delimita el propio objeto de cobertura (en el sentido que refiere la jurisprudencia citada en el precedente fundamento de derecho), en cuanto determina cual es el concretado riesgo cubierto bajo tal concepto de perdida, "estableciendo una exclusión objetiva debidamente destacada y sombreada, en relación a las procedentes de pago de impuestos, de la que resulta en forma clara e inequívoca en su propia literalidad que los impuestos no tienen consideración de pérdida, lo que en absoluto puede reputarse sorpresivo o contrario al contenido usual o normal de este seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (...)".

Añade igualmente la sentencia de apelación que: "En este caso no puede estimarse que la exclusión de la perdida derivada del impago de impuestos sea contraria o anormal al contenido propio de este seguro según la definición que del mismo se contiene en el art. 73 de la LCS, pues el pago de un impuesto ni es propiamente un daño que el asegurado este legalmente obligado a pagar a un tercero, ni tampoco representa una pérdida financiera para la empresa sino que constituye una obligación legal a la que debe hacer frente la misma. Y es que hay que tener en cuenta que además, en este caso los impuestos reclamados a los administradores son aquellos derivados de retenciones de IVA e IRPF, ya cobrados por la sociedad que administraban, que posteriormente no fueron ingresados ni declarados a la Agencia Tributaria, y el hecho de que la reclamación de su importe a los administradores sea consecuencia de un expediente seguido en la Agencia Tributaria para la declaración o derivación de su responsabilidad subsidiaria en el mismo, no obsta a tal exclusión, "pues tratándose como se trata la póliza suscrita de un seguro que cubre la responsabilidad civil de estos últimos, la exclusión de pago de impuestos solo puede referirse a aquellos supuestos en que a los

mismos les puedan ser exigidos los que no fueron pagados por la sociedad que administraban, que no es otro que el previsto en el art. 43.1b) de la Ley General Tributaria , en que se fundó en este caso la declaración por la Agencia Tributaria de su responsabilidad subsidiaria en el citado impago por la sociedad".

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por uno de los dos administradores reclamantes, sobre la base de un único motivo que aducía a la infracción del art. 3 de la LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 853/2006, de 11 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, porque "la cláusula litigiosa establece una reglamentación del contrato que se opone, con carácter negativo para el asegurado, a aquello que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares y, pese a ello, la sentencia recurrida la considera válida y se le opone al asegurado sin contar con su firma".

3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

En el desarrollo del motivo se aduce por el recurrente, resumidamente, que el ámbito natural de un contrato de seguro de responsabilidad de administradores y directivos es el de salvaguardar su patrimonio personal frente a reclamaciones personales derivadas de actos incorrectos en su gestión societaria. Por tanto, resultaría evidente que excluir repentinamente la declaración de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de su ámbito de cobertura no se acomoda al propio contrato, sino que deja a sus asegurados huérfanos de una garantía con la que contaban por ser los tributos un elemento inherente a la actividad societaria.

Para analizar el motivo, la sentencia parte de la jurisprudencia de la Sala sobre cuestiones similares, en concreto, trae a colación entre otras la Sentencia 541/2016, de 14 de septiembre que venía a distinguir de forma teórica entre cláusulas delimitadores y limitativas, de tal forma que establece que estas últimas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. Además estas cláusulas limitativas deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito.

Pero en la práctica esta distinción no es tan clara. La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, "derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora" (sentencias 273/2016, de 22 de abril y 541/2016, de 14 de septiembre).

En nuestro caso, el seguro concertado se encuadra dentro del denominado seguro de responsabilidad civil, regulado en los arts. 73 y ss. de la LCS. De tal forma que para determinar el contenido natural, hemos de partir de su configuración legal. El art. 73 LCS dispone lo siguiente: "Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho". Conforme a esta regulación, el contenido natural del seguro viene determinado principalmente por el propio contrato, del que se extrae directamente que se trata de la responsabilidad de los administradores y directivos de sociedades, por actos realizados en el ejercicio de su cargo, sin que las condiciones especiales especifiquen más al respecto.

Por tanto, en este caso son las condiciones generales las que sí concretan qué actos quedan cubiertos y, sobre todo, por lo que ahora interesa, cuáles quedan excluidos. En la cláusula 2.19.3, expresamente se excluyen de la consideración de daño susceptible de indemnización "los impuestos", esto es, las obligaciones tributarias. Lo que comprendería la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad. El daño que los demandantes pretenden sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) de la LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a: "Los administradores de hecho o de derecho de

aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago". De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural.

Es este sentido, concluye la sentencia que debe estimarse el recurso, puesto que el seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común, tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

En consecuencia, la Sala Primera casa la sentencia de apelación y, en su lugar, conforme a lo argumentado desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia.

4.LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS.

Artículo 3 y 73 y ss de la LCS.

SSTS núm. 853/2006, de 11 de septiembre, y núm. 516/2009, de 15 de julio.

STS núm. 715/2013, de 25 de noviembre

SSTS núm. 273/2016, de 22 de abril y núm. 541/2016, de 14 de septiembre.

CONCLUSIONES

En mi opinión esta sentencia resulta de gran relevancia, pero no sólo para el sector asegurador como ahora veremos, sino también para que las empresas y en concreto, administradores y directivos, tomen conciencia de la necesidad de suscribir este tipo de pólizas, que, gracias a resoluciones como la dictada por la Sala Primera, cada vez adquieren un contenido y alcance más definido. Esta mayor transparencia lo que permite es que el asegurado se sienta más seguro y tome conciencia de la necesidad de contratar esta modalidad de aseguramiento, que a su vez lo que viene a proteger es el patrimonio personal de los distintos administradores y directivos en el ejercicio de su cargo.

Pero, a su vez, esta sentencia también permite a las aseguradoras conocer un poco más cómo el Tribunal Supremo viene interpretando esta modalidad de pólizas, o, dicho de otro modo, cuál va a ser la tendencia para interpretar "el contenido natural de este contrato", lo que resulta de gran relevancia para que puedan adaptar sus pólizas. En este caso, parece claro que el seguro de D&O no sólo debe asegurar –según la Sala Primera- los errores derivados de la obligaciones que se impone a los directivos y administradores por la LSA, sino que también, incluye la garantía para aquellas responsabilidades derivadas de la Ley General Tributaria, por lo que es necesario que las aseguradoras conozcan que cualquier exclusión relacionada con responsabilidades derivadas de éstas, deberán ser incluidas en las condiciones particulares de la póliza y firmada por el asegurado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la LCS.