G A _ P
Gómez-Acebo & Pombo

N.º 13 | 2019

Boletín de Seguros

Coordinador:
Pablo Muelas García
Socio. Grupo de Seguros de Gómez-Acebo & Pombo

G A _ P

Sumario

Análisis normativo **3**

— El aseguramiento de las sanciones y las multas en España. Particularidades en materia de protección de datos 3

— Análisis preliminar de algunas implicaciones para entidades aseguradoras de determinadas modificaciones introducidas por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas 4

— El deber de declaración del riesgo en los seguros de vida 7

Análisis jurisprudencial **16**

— La importancia para el asegurador de la correcta elaboración del cuestionario sobre la salud del asegurado 16

— Seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades 18

— La acción directa en los seguros de responsabilidad civil de los administradores. STS 3140/2018, de 11 de septiembre del 2018. 20

Análisis tributario-contable **23**

— Cobertura de riesgos de los administradores de la empresa: el caso de los seguros D&O 23

Reseñas de eventos **26**

— Resumen de la jornada sobre negocio y regulación en el sector asegurador organizada por Gómez-Acebo & Pombo 26

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2019. Todos los derechos reservados.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Estudio Variable

Análisis normativo

El aseguramiento de las sanciones y las multas en España. Particularidades en materia de protección de datos

En los últimos tiempos ha sido extensamente debatida la posibilidad de aseguramiento de sanciones y multas en España. Es un tema que, dentro del mundo jurídico asegurador, despierta distintas sensibilidades: por un lado, aquellos que se oponen a su aseguramiento, por considerarlo una amenaza al *ius puniendi* estatal; otros, por el contrario, entienden que la cobertura aseguradora, además de responder a una demanda del mercado, puede conciliarse con la finalidad perseguida por el régimen sancionador, incluso favorecerla.

Los contrarios a su aseguramiento opinan que la cobertura por parte de un tercero debilitaría el impacto de las multas y sanciones, amortiguando el incentivo en favor de la diligencia debida del asegurado. Adicionalmente, alegan que este tipo de coberturas produciría la desnaturalización del artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro, en virtud del cual no son asegurables los siniestros causados con mala fe del asegurado.

Las consideraciones anteriores admiten perspectivas diferentes, reconociendo que con ellas se alcanzan conclusiones más posibilistas:

— Con el aseguramiento, la fuerza del *ius puniendi* no desaparece, simplemente se manifiesta de una forma distinta. Aunque el impacto económico en la fecha de cumplimiento de la sanción se sustituye por una periodificación en los pagos por medio del pago de primas, se mantiene lo nuclear: que el asegurado experimenta los efectos de la sanción. De hecho, la intervención de un seguro puede coadyuvar a una mayor disciplina en el asegurado ante la amenaza de un incremento en las primas futuras o, peor, una no renovación de dicha póliza. Esta gestión dinámica del riesgo puede venir reforzada, además, por la eventual existencia de medidas de control impuestas por la entidad aseguradora.

— El argumento de que el seguro desincentiva la diligencia debida al experimentar un tercero las consecuencias de su incumplimiento, resulta poco sólido si observamos que España es un país particularmente propenso a establecer seguros obligatorios cuando se detecta una actividad de riesgo. Nadie puede afirmar que allí donde hay un seguro obligatorio, la diligencia disminuye, pues hay otros estímulos que favorecen el comportamiento deseado.

— Si el aseguramiento en general de sanciones y multas es un tema candente, especial actualidad cobra el debate centrado en el campo de la protección de datos con el advenimiento del Reglamento General de Protección de Datos. Al interés de esta cuestión se suma la preocupación de constatar los nuevos riesgos que hay que administrar y el elevadísimo importe de algunas sanciones del nuevo marco regulatorio.

— En la búsqueda de mecanismos que ayuden a gestionar adecuadamente los riesgos derivados de la protección de los datos, el seguro se manifiesta como una herramienta conveniente. El sector asegurador, de hecho, ha venido trabajando en este ámbito de riesgos cubriendo desde hace años las sanciones de las autoridades de control. Ante ello —interesante—, el supervisor no ha reaccionado de ningún modo.

— Actualmente, no existe limitación legal o prohibición expresa de aseguramiento de sanciones o multas en el campo de la protección de datos. ¿Quiere esto decir que no hay límite? Aunque sería positivo disponer de una regulación que acotara los términos y condiciones en los que las sanciones de protección de datos son asegurables, tenemos referencias que nos ayudan a definir un razonable perímetro de asegurabilidad.

— Las sanciones en materia de protección de datos no son homologables a los efectos del derecho administrativo sancionador. En el primer caso, prevalecen los intereses privados, y los principios que guían este derecho no responden a la culpabilidad personal, sino que responden a criterios de responsabilidad objetiva. De ahí que el dolo no sea un elemento que considerar en la determinación de la sanción. En conclusión, pudiendo haber sanciones en ausencia de dolo, cabría defender su asegurabilidad sin contravenir el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro.

Ésta y otras circunstancias nos permiten, hoy, reconocer con argumentos la legitimidad del aseguramiento de multas y sanciones, si bien habrá que estudiar cada caso concreto para interpretar en su justo alcance los hechos concurrentes.

Pablo Muelas García

Análisis preliminar de algunas implicaciones para entidades aseguradoras de determinadas modificaciones introducidas por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas

1. Introducción. Obligaciones de información no financiera y sobre diversidad

Esta norma extiende la obligación de elaborar un estado de información no financiera y desarrolla el contenido de dicho estado que ya fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto Ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modificaron también el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas y por el que se transpuso inicialmente en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre del 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información

no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

2. Sujetos obligados. Extensión de las obligaciones previstas en la normativa

De conformidad con la nueva redacción del artículo 49.5b del Código de Comercio y del artículo 262.5*b* de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad, las entidades de interés público —como las entidades aseguradoras— deberán elaborar un estado de información no financiera que habrán de incluir en el informe de gestión consolidado o individual (o en un informe separado) en los ejercicios económicos que den comienzo a partir del 1 de enero del 2018 cuando el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo o por la entidad aseguradora en cuestión durante el correspondiente ejercicio sea superior a quinientos.

De acuerdo con la disposición transitoria de la Ley 11/2018, una vez transcurran tres años de la entrada en vigor de esta Ley 11/2018, la obligación de presentar el estado de información no financiera será de aplicación a todas las entidades de interés público con más de doscientos trabajadores, por lo que este requisito se extenderá aún más.

Con independencia de la obligación de elaborar dicho estado de información no financiera, en los casos en que proceda, la nueva redacción del artículo 262.1, párrafo tercero, de la Ley de Sociedad de Capital, también establece que todas las sociedades (excepto las que tienen la calificación de empresas pequeñas y medianas), en la medida necesaria para la comprensión de la evolución, los resultados o la situación de la sociedad, deberán incluir en su informe de gestión tanto indicadores clave financieros como, cuando proceda, de carácter no financiero que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, incluida información sobre cuestiones relativas al medio ambiente, al personal y al cumplimiento de reglas en materia de igualdad y no discriminación y de discapacidad.

La excepción en los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero del 2018 se limitará a pequeñas y medianas empresas (tal y como éstas se definen en la Directiva 2013/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio del 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas) en lugar de a las sociedades que puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La obligación general incluirá también el cumplimiento de reglas en materia de igualdad y no discriminación y de discapacidad que no se exigían expresamente en los ejercicios anteriores.

3. Contenido del estado de información no financiera

El estado de información no financiera consolidado debe incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación de la sociedad (o el grupo) y el impacto de su actividad respecto a determinadas cuestiones. En particular, este estado debe reflejar lo siguiente:

a) Una descripción de estos aspectos: 1) el modelo de negocio, incluyendo el entorno empresarial, la organización, la estructura, los mercados en los que opera, los objetivos y estrategias y los factores que puedan afectar a su futura evolución; 2) las políticas aplicadas y los procedimientos de diligencia debida para prevenir y atenuar riesgos y medidas adoptadas; 3) los resultados de esas políticas, con indicadores clave de resultados no financieros que permitan el seguimiento y la evaluación de los progresos y favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores de acuerdo con los marcos de referencia en el sector; 4) los principales riesgos, incluida la gestión de éstos y los procedimientos para detectarlos y evaluarlos, así como un desglose de los principales riesgos a corto, medio y largo plazo detectados, y 5) los indicadores clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto de la actividad empresarial concreta, que puedan aplicarse generalmente y que cumplan las directrices de la Comisión Europea y los estándares de la Iniciativa de Reporte Global (*Global Reporting Initiative*).

b) Información significativa sobre las cuestiones que se indican a continuación (la norma detalla la información concreta que se ha de facilitar respecto de cada una de ellas): 1) cuestiones medioambientales (entre ellas, contaminación, economía circular, uso sostenible de recursos, cambio climático y protección de la biodiversidad); 2) cuestiones sociales y relativas al personal (organización del trabajo, salud y seguridad, relaciones sociales, formación, accesibilidad de personas discapacitadas, igualdad); 3) respeto de los derechos humanos; 4) lucha contra la corrupción y el soborno; 5) información sobre la sociedad (compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible, subcontratación y proveedores, consumidores e información fiscal).

La sociedad obligada deberá basarse en marcos normativos nacionales, de la Unión Europea o internacionales y habrá de especificar en qué marcos se ha basado.

En el caso de que la sociedad obligada no aplique ninguna política en alguna de las cuestiones previstas anteriormente, el estado de información no financiera ofrecerá una explicación clara y motivada al respecto.

La nueva normativa elimina la posibilidad de que se omita determinada información en circunstancias excepcionales cuando, en la opinión debidamente justificada del órgano de administración, la divulgación de dicha información pudiese perjudicar gravemente su posición comercial.

4. Presentación, aprobación, depósito y publicación

El estado de información no financiera consolidado incluirá referencias y explicaciones complementarias sobre los importes detallados en las cuentas anuales.

El consejo de administración de las sociedades cotizadas no podrá delegar la supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información no financiera.

El estado de información no financiera puede incorporarse al informe de gestión o presentarse en un informe separado en el que se indique de manera expresa que dicha información forma parte del informe de gestión, se incluya la información que se exige para dicho estado y se someta a los mismos criterios de aprobación, depósito y publicación que el informe de gestión. El estado de información no financiera podrá ser único para todas las empresas del grupo si se dan determinadas condiciones. Si se presenta en documento separado, deberá ser firmado por todos los administradores del sujeto obligado.

El informe sobre la información no financiera debe ser presentado como punto separado del orden del día para su aprobación en la junta general.

La información incluida en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

Las sociedades podrán publicar en el Portal de la Responsabilidad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social el estado de información no financiera y, en cualquier caso, se pondrá a disposición del público de forma gratuita y será fácilmente accesible en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un periodo de cinco años.

José F. Canalejas Merín

El deber de declaración del riesgo en los seguros de vida

1. Regulación

La Ley de Contrato de Seguro contiene, en su artículo 10, una regulación general del deber de declaración del riesgo en los siguientes términos:

> El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él. El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al

> tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al periodo en curso en el momento [en] que haga esta declaración. Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

En cuanto al seguro de vida, la citada ley no regula de forma expresa el deber de declarar el riesgo, sino que únicamente establece una remisión genérica a lo establecido en las disposiciones generales para el caso de reticencia o inexactitud en las declaraciones del tomador (art. 89), que se completa con unas normas especiales sobre los efectos de dichas conductas (arts. 89 y 90). Hay que tener en cuenta, sin embargo, a estos efectos, que lo establecido en estos artículos prima sobre la norma del artículo 10, por ser normas especiales que prevalecen sobre la general[1].

2. Naturaleza jurídica y principales características

La norma reguladora configura la declaración del riesgo como un deber y no como una obligación del tomador del seguro. Se trata de un deber con naturaleza de carga precontractual que debe, por tanto, ser cumplido antes de la perfección del contrato y que afecta a la validez del negocio al tener la consideración de un presupuesto necesario para la adecuada formación del contrato. Dada su naturaleza, el asegurador no puede urgir el cumplimiento forzoso de este deber, de modo que ante el incumplimiento podrá —como más adelante veremos— decidir no contratar o, si ya lo hubiere hecho, resolver el contrato[2].

El deber de declarar el riesgo presenta las siguientes características: *a*) Es un elemento esencial para la configuración del contrato de seguro, puesto que va a determinar la decisión posterior del asegurador en cuanto a si asegura o no el riesgo, las condiciones en las que accede a asegurarlo y la fijación de la prima o precio que habrá de pagar el seguro. *b*) Es un deber que se impone al tomador del seguro porque es, por una parte, el contratante y, por otra, el que mejor conoce el riesgo que se quiere asegurar. La jurisprudencia ha establecido, sin embargo, que, en el caso de los seguros de vida, si no coinciden las personas del tomador y el asegurado,

---

[1] Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1987.

[2] ALONSO SOTO, R., «La infracción de los deberes del asegurado y sus consecuencias», en: HERRADOR, M. J., *Responsabilidad civil y seguro*, Madrid 2018, págs. 1008 y ss.; BATALLER, J., *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid 1997; GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid 1973, pág. 60; SÁNCHEZ CALERO, F., *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 y a sus modificaciones*, Pamplona 2005, pág. 202.

la obligación de declarar el riesgo corresponderá al asegurado[3]. *c*) Es un deber que se subordina a una actuación del asegurador consistente en la presentación de un cuestionario según el cual podrá llevar a cabo la selección del riesgo. *d*) Debido, por una parte, a que la correcta delimitación del riesgo resulta esencial para la concertación de un contrato de seguro y, por otra, a que dicha delimitación no es posible —como ya se ha indicado— sin la colaboración del futuro contratante, desempeña un papel importante la buena fe del solicitante a la hora de declarar el riesgo y la confianza que el asegurador ha de depositar en dicha declaración.

3. Contenido y forma de cumplimiento del deber de declarar el riesgo

Como se acaba de indicar, la Ley de Contrato de Seguro vincula el deber de declarar el riesgo a la cumplimentación de un cuestionario que ha de presentar el asegurador antes de la conclusión del contrato. Aunque el contratante es quien mejor conoce el riesgo que se pretende asegurar, el asegurador es un empresario profesional y especializado que tiene experiencia y sabe cuáles son los elementos esenciales que influyen en la apreciación y valoración de los riesgos, valoración que, a su vez, necesita para establecer las condiciones de asunción del riesgo en el contrato de seguro. Así pues, a diferencia de lo que sucedía en la legislación anterior contenida en el Código de Comercio, el deber de declarar el riesgo se configura en la Ley de Contrato de Seguro (LCS) como una carga que se impone al tomador del seguro consistente en contestar a lo que se pregunta y sólo a lo que se pregunta. En este sentido, la jurisprudencia ha establecido que no hay obligación de declarar lo que es conocido por la entidad aseguradora[4].

El cuestionario sobre el riesgo es un formulario de preguntas elaborado por el asegurador para conocer la verdadera entidad del riesgo. Este cuestionario se suele elaborar con la información que sobre la naturaleza y las circunstancias del riesgo aporta el contratante en la solicitud de seguro, así como con la información de la que dispone la entidad aseguradora basada en su saber, experiencia y conocimiento del mercado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la solicitud de seguro no tiene legalmente la naturaleza jurídica de oferta de contrato, sino de una simple invitación para contratar dirigida al asegurador que no vincula al solicitante; la verdadera oferta de contrato es la proposición de seguro que realiza el asegurador (art. 6 LCS), de modo que se plantea la cuestión del valor que ha de darse a la descripción del riesgo que el solicitante pretende asegurar y que se incorpora a la solicitud de seguro. La solicitud de seguro es una declaración de ciencia sobre unos hechos conocidos por el solicitante cuya finalidad es facilitar al asegurador los datos necesarios para que pueda preparar el cuestionario sobre la naturaleza del riesgo o adoptar la decisión de contratar o no contratar el seguro,

[3] La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2018 considera que la cumplimentación del cuestionario de salud exige una actuación personal del propio asegurado, ya que los datos de salud no solamente son privados, sino que, además, gozan de la condición de datos de carácter personal especialmente protegidos, de modo que debe afirmarse que la cumplimentación del cuestionario de salud para valorar el riesgo en los seguros de vida es un acto personalísimo del asegurado.

[4] Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1989, de 25 de octubre de 1995 y de 16 de marzo del 2016.

de modo que, al no ser una declaración de voluntad, no podrá ser impugnada por vicios del consentimiento. La solución a esta cuestión variará en función de si en el *iter prenegocial* el asegurador responde a la solicitud de seguro remitiendo o no al solicitante del seguro un cuestionario de declaración del riesgo que ha de contestar el propio solicitante. En el caso de que el asegurador remita el citado cuestionario al solicitante, la descripción del riesgo contenida en la solicitud no podrá considerarse una auténtica declaración del riesgo a los efectos de cumplimentación del deber contenido en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, que establece que la efectiva declaración del riesgo ha de hacerse en el cuestionario que, a partir de la solicitud, le presente el asegurador. En el caso contrario, es decir, si el asegurador no presenta el cuestionario, dado que el solicitante, por imperativo legal, queda exonerado del deber de declarar el riesgo, su declaración tendrá un mero valor informativo.

La presentación del cuestionario es una facultad del asegurador[5]. Si el asegurador no presenta un cuestionario sobre las circunstancias del riesgo, no podrá invocar posteriormente el incumplimiento del deber de declarar el riesgo, ya que el artículo 10.1 de la Ley de Contrato de Seguro establece taxativamente que la falta de presentación por parte de la entidad aseguradora exonera al tomador del seguro del deber de declaración del riesgo[6].

El cuestionario no requiere ninguna forma especial ni estandarizada. Cada compañía elabora el que considera adecuado a la correspondiente modalidad de seguro y a las circunstancias que presenta cada solicitud concreta. La jurisprudencia ha determinado que basta una simple declaración sobre las circunstancias del riesgo, pero exige la firma del asegurado como testimonio de que asume lo declarado[7]. Su contenido, sin embargo, deberá abarcar todas las preguntas y cuestiones sobre las circunstancias relativas al estado del riesgo que el asegurador considere necesarias para valorar la verdadera entidad del riesgo[8]. La vaguedad del contenido del cuestionario o la complicación u oscuridad de las preguntas que dificulta su interpretación y contestación será considerada como una manifestación de la negligencia del asegurador a la hora de recabar información sobre el riesgo[9]. Aunque el contratante del seguro tiene el deber de declarar al asegurador, de conformidad con el cuestionario a que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, la falta de respuesta a una pregunta irrelevante a tal fin no producirá ningún efecto perjudicial con respecto al contrato o a la prestación debida por el asegurador[10].

---

5 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo del 2012.

6 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo del 2016.

7 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero del 2001 y de 31 de mayo del 2004.

8 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994.

9 Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1985, de 31 de diciembre del 2003, de 29 de marzo del 2006, de 31 de mayo del 2006, de 3 de junio del 2008 y de 5 de abril del 2017.

10 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1987 y 2 de febrero de 1997.

Finalmente hay que añadir que, en determinados seguros de personas, como los seguros de vida o enfermedad, el cuestionario se suele completar con un informe médico sobre el estado de salud del asegurado, que puede complementarse con análisis clínicos, radiografías, electrocardiogramas y otras pruebas. La falta del examen médico que verifique la declaración sobre el estado de salud del solicitante del seguro es imputable a la entidad aseguradora como constitutiva de una falta de diligencia[11].

No obstante, resulta conveniente efectuar algunas indicaciones en torno al cuestionario sobre el riesgo que presenta el asegurador al solicitante, dada la importancia que en los seguros de vida tiene la declaración del riesgo, especialmente por lo que respecta al estado de salud del asegurado. En efecto, en este tipo de seguros, el asegurador normalmente presentará un detallado cuestionario sobre el estado de salud del asegurado que comprenderá: 1) los antecedentes hereditarios sobre la edad y las causas de fallecimiento de los parientes más próximos (padres, abuelos, hermanos); 2) el estado físico del sujeto; 3) las enfermedades y accidentes sufridos; 4) la profesión y el modo de vida habitual (estrés, práctica de deportes normales y de riesgo, consumo de bebida y tabaco, etcétera), y 5) La asistencia médica y sanitaria recibida (operaciones quirúrgicas, medicación, ingresos hospitalarios, etcétera)[12]. Hay que señalar a este respecto que el asegurador deberá guardar secreto sobre el estado de salud del asegurado[13].

4. Los efectos de la inexactitud o reticencia en la declaración

Se entiende por *declaración inexacta o falsa* aquella que no es verdadera, es decir, la que por acción (se describe falsamente el riesgo) u omisión (se ocultan circunstancias relevantes para la apreciación del riesgo) desnaturaliza la verdadera entidad del riesgo. No es necesario a estos efectos que el asegurado obre de mala fe, porque la buena fe del asegurado no evita que el asegurador pueda apreciar equivocadamente el riesgo[14]. La reticencia es el silencio guardado voluntaria e intencionalmente por una persona sobre algo que debería revelar; consiste, en definitiva, en insinuar, no decir directamente o no dar a entender algo de forma clara, o en responder de forma parcial a lo que se pregunta, siempre de forma maliciosa con intención de defraudar al asegurador. Ahora bien, no todas las reticencias o declaraciones inexactas producen efectos sobre la validez o continuidad del contrato; sólo serán relevantes, a este respecto,

---

[11] Sentencia del Tribunal Supremo 24 de abril de 1986 y 23 de junio de 1993. Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo del 2016 y 5 de abril del 2017 equiparan las declaraciones genéricas sobre la salud del asegurado a la falta de cuestionario.

[12] TIRADO, F. J., «El riesgo en el seguro de vida», en: SÁNCHEZ CALERO, F., ob. cit., pág. 1681.

[13] TIRADO, F. J., ob. cit., pág 1689; OCTAVIO DE TOLEDO, E., «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional», *La Ley,* 2 de febrero de 1983, págs. 1134 y ss.

[14] GARRIGUES, J., ob. cit., pág 60; CALBACHO, F., y otros, «El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro», *La Ley,* 1988, 4, pág. 863; SÁNCHEZ CALERO, F., ob. cit., pág 202; TIRADO, F. J., «Anotaciones al deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro», *RES*, núm. 61, 1990, pág. 129, y Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2011, que considera incumplido el deber pese a no haber cuestionario.

aquellas que hagan referencia a circunstancias que puedan influir en la estimación de los riesgos[15]. Por eso no deben ser tomadas en consideración las reticencias o falsedades que recaigan sobre circunstancias ya conocidas por el asegurador, porque el riesgo pudo ser estimado exactamente, a pesar de aquéllas. Determinar si una circunstancia omitida o declarada inexactamente pudo influir o no en la apreciación del riesgo entrañará una cuestión de hecho sometida a la consideración de los tribunales[16].

Especialidades normativas en materia de seguro de vida:

4.1. *Indisputabilidad del contrato*

La primera especialidad, contenida en el artículo 89, consiste en que no cabe rescisión por incumplimiento del deber precontractual de declarar el riesgo una vez transcurrido un año de la contratación del seguro[17]. Así, en virtud de esta norma el asegurador no podrá rescindir el contrato de seguro una vez vencido el plazo por causa de la inexactitud o la reticencia del tomador del seguro a la hora de declarar las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. Las partes podrán fijar una duración más breve del periodo en el que el asegurador renuncia a la impugnación del contrato (art. 89 LCS). Sin embargo, debe tenerse en cuenta también que la regla contiene dos excepciones en cuanto a la aplicación de la indisputabilidad, una de ellas relativa al caso en el que el tomador haya actuado con dolo[18] y la otra cuando la declaración inexacta se refiera a la edad del asegurado, que recibirá un tratamiento diferente. Por otra parte, hay que recordar que, según la norma general del artículo 10, el asegurador solamente podrá rescindir el contrato en el plazo de un mes a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud de la declaración. Sin embargo, transcurrido el plazo de un año desde la perfección del contrato u otro menor pactado por las partes, el asegurador podrá impugnar o rescindir el contrato de seguro en el plazo de un mes a contar del momento en que tenga conocimiento de la

[15] Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1985, de 19 de octubre de 1989, de 9 de julio de 1994, de 2 de febrero de 1997, de 31 de diciembre de 1998, de 31 de diciembre del 2002, de 3 de octubre del 2003, de 21 de abril del 2004, de 23 de septiembre del 2005 y de 24 de noviembre del 2006.

[16] Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio del 2002 y de 31 de enero del 2005.

[17] Artículo 89: «En caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta ley. Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar de la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo. Se exceptúa de esta norma la declaración inexacta relativa a la edad del asegurado, que se regula en el artículo siguiente». *Vide* también la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio del 2007, que resume y establece los presupuestos de la indisputabilidad.

[18] Aunque el artículo sólo se refiere al dolo, la jurisprudencia lo ha extendido a la culpa grave (*vide* SSTS de 2 de febrero del 2007 y de 11 de mayo del 2007).

inexactitud o reticencia en la declaración del riesgo realizada por el tomador del seguro, siempre que dicha inexactitud haya sido debida a dolo o culpa grave de éste[19].

4.2. *Inexactitud de la edad*

La segunda es una regla especial relacionada con la declaración de la edad del asegurado (art. 90 LCS)[20]. Aunque la edad es un elemento esencial para el cálculo de la prima —ya que ésta se fija en función de la expectativa de vida de la persona asegurada, la cual se calcula estadísticamente mediante las tablas de mortalidad—, la singularidad de la excepción se fundamenta en que la edad de la persona es un dato objetivo fácilmente constatable en función de la fecha de nacimiento que consta en el Registro Civil y en el documento nacional de identidad[21].

A estos efectos la norma establece que el asegurador no podrá impugnar el contrato de seguro por causa de una declaración inexacta de la edad del asegurado. Solamente podrá ejercer el derecho a la impugnación del contrato si la verdadera edad del asegurado en el momento de la entrada en vigor del contrato excede de los límites establecidos previamente por el asegurador para concertar un contrato de seguro. Esta norma se aplica con independencia de si hubo o no negligencia del tomador del seguro en la declaración del riesgo, no existiendo, por otra parte, un tiempo límite para su ejercicio.

---

[19] La jurisprudencia ha establecido la existencia de dolo o culpa grave en los siguientes supuestos: no advertir debidamente de una circunstancia relevante (SSTS de 31 de diciembre de 1988, de 26 de julio del 2002 y de 31 de mayo del 2004); ocultación de una enfermedad grave (SSTS de 15 de diciembre de 1989, de 12 de julio de 1993, de 27 de diciembre del 2001, de 7 de diciembre del 2004, de 8 de mayo del 2006, de 14 de junio del 2007, de 15 de noviembre del 2007 y de 4 de marzo del 2008); desconocimiento de la enfermedad que padecía, dado que debía habérselo informado el médico que lo atendía (STS de 13 de octubre de 1989); no declaración del padecimiento de epilepsia (STS del 26 de julio del 2002); ocultación de una patología cardiaca y respiratoria que posteriormente determinó la invalidez del asegurado (STS de 12 de diciembre del 2016). Y de negligencia leve en los siguientes casos: el asegurado conoce su enfermedad, pero no la influencia de ella en la estimación del riesgo (STS de 18 de julio de 1989), olvido de una biopsia practicada con mucha anterioridad a la contratación del seguro sin efectos negativos para la salud (STS de 30 de septiembre de 1996), ocultación como enfermedad nerviosa de una sintomatología ansioso-depresiva de larga evolución (STS de 1 de junio del 2006), no declaración de las ciáticas lumbares padecidas ni de los ingresos hospitalarios por dicha causa cuando no había preguntas sobre ello en el cuestionario (STS del 21 de abril del 2004). Como caso singular sobre la omisión del padecimiento de una enfermedad puede citarse el abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre del 2017, que considera que no hay justificación para la reticencia del asegurado al no informar de su enfermedad teniendo en cuenta que era conocedor de que sufría problemas de salud, que se había sometido a distintas pruebas médicas y que estaba bajo tratamiento.

[20] Artículo 90: «En el supuesto de indicación inexacta de la edad del asegurado, el asegurador sólo podrá impugnar el contrato si la verdadera edad del asegurado en el momento de la entrada en vigor del contrato excede de los límites de admisión establecidos por aquél. En otro caso, si como consecuencia de una declaración inexacta de la edad, la prima pagada es inferior a la que correspondería pagar, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si, por el contrario, la prima pagada es superior a la que debería haber abonado, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses».

[21] TIRADO, F. J., «La indicación inexacta de la edad del asegurado», en: SÁNCHEZ CALERO, F., ob. cit., pág. 1703.

Los requisitos exigidos para que proceda la resolución del contrato por parte del asegurador serán los siguientes: en primer lugar, que exista un error entre la verdadera edad del asegurado y la establecida en el contrato; en segundo lugar, que dicha circunstancia se produzca en el momento de la entrada en vigor del contrato y, en tercer lugar, que el asegurador tenga establecidos, con carácter general y previo, unos criterios relativos a los límites de edad para prestar la cobertura del seguro[22]. No hay que confundir este límite con la cuestión de la inasegurabilidad de la persona en razón de la edad, pues el asegurador puede acceder a asegurarla pagando una sobreprima, salvo que se trate de un menor de catorce años o un incapacitado (art. 83 LCS). En otro caso, la solución legal a la discrepancia en torno a la edad real y la declarada será la reducción de la indemnización o la devolución del exceso de la prima pagada. En efecto, si el error no afecta a los límites mínimo o máximo establecidos por el asegurador para admitir un seguro de vida, el asegurador no podrá impugnar el contrato ni tendrá derecho a urgir su rescisión.

En cambio, si la edad del asegurado fuera superior a la que figura en el contrato de seguro de vida, se producirá una insuficiencia de la prima establecida, puesto que la mayor edad aumenta la probabilidad de fallecimiento. En este caso, si se descubre el error antes de producirse el siniestro, el asegurador podrá exigir una sobreprima o bien reducir la suma asegurada; pero, si se descubriere una vez producido el siniestro, la prestación del asegurador se reducirá en la proporción que corresponda a la prima percibida teniendo en cuenta la edad real del asegurado. En ningún caso el asegurador podrá rescindir el contrato por esta causa. Si se hubiera pagado la indemnización, el asegurador podrá ejercer la acción de enriquecimiento injusto contra el tomador o los beneficiarios del seguro. Por el contrario, si la edad del asegurado resulta ser inferior a la contenida en el contrato de seguro, el tomador del seguro o el asegurado habrán pagado una prima superior a la que le correspondería, de modo que, si el error se descubre antes de producirse el siniestro, el asegurador podrá proponer al tomador el incremento de la indemnización pactada en la proporción correspondiente a las sobreprimas pagadas o tendrá que restituir la parte de la prima indebidamente cobrada sin intereses. La opción entre las dos alternativas corresponderá al tomador del seguro. En el caso de que no cumpliera con la obligación de restituir la parte de la prima indebidamente percibida, se considerará que ha actuado de mala fe y vendrá obligado al pago de los intereses. Si el error se descubriera con posterioridad al siniestro, el asegurador deberá, además de pagar la indemnización pactada, devolver el exceso de las primas pagadas al tomador del seguro o a los herederos del asegurado.

5. Consideraciones finales

Esta regulación novedosa de la declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro, que la configura como deber de contestar al cuestionario presentado por el asegurador, frente a la contenida en el artículo 381 del Código de Comercio (actualmente derogado) ha suscitado una polémica doctrinal basada en la contradicción con el principio de la máxima buena fe

[22] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre del 2003.

imperante en el contrato de seguro, ya que puede conducir a considerar irrelevante la ocultación fraudulenta por parte del asegurado de datos y circunstancias sobre el riesgo, que son conocidos por él y que sabe que influyen en el riesgo, pero que no constan directa o indirectamente en las preguntas que contiene el cuestionario. En relación con esta cuestión, se ha planteado la posibilidad de que el asegurador invocara la actuación dolosa o negligente del asegurado para resolver el contrato o negarse a pagar la indemnización en caso de siniestro, alegando una compensación de culpas del asegurador por no haber incluido la circunstancia en el cuestionario y la del tomador del seguro por haber ocultado conscientemente la existencia de un factor importante para la valoración del riesgo finalmente asegurado[23].

Esta situación ha provocado también la existencia de opiniones autorizadas que postulan la vuelta al modelo anterior y el abandono del sistema de cuestionario o su matización considerando que, de conformidad con el principio de la buena fe contractual, el tomador del seguro debe informar al asegurador sobre los hechos que conoce y están relacionados con las preguntas que se formulan en el cuestionario[24]. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en un futuro próximo, el modelo puede quedar desfasado por el advenimiento de nuevas tecnologías digitales que permiten un mayor conocimiento y un control de los riesgos que asume el asegurador[25].

Ricardo Alonso

[23] RUIZ MUÑOZ, M., «Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador», *RES*, núm. 65, 1991, pág. 23. *Vide* las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, de 22 de febrero del 2001 y de 14 de junio del 2002.

[24] *Vide* nota 14.

[25] URÍA, F., y REQUEIJO, A., «*Insurtech*: retos y desafíos de cara a una nueva distribución y contratación de seguros», *RES*, núm. 169, 2017, así como las siguientes ponencias presentadas en el Congreso de Seguros de SEAIDA celebrado el 23 de marzo del 2017: ALARCÓN, J., «*Big data* e internet de las cosas»; TAPIA, A., «La declaración del riesgo»; VILLANUEVA, A., «Suscripción de riesgos y gestión de siniestros en seguros de personas».

Análisis jurisprudencial

La importancia para el asegurador de la correcta elaboración del cuestionario sobre la salud del asegurado

Tras habérsele reconocido una invalidez permanente absoluta, el tomador y asegurado demandó a la aseguradora el abono de la prestación pactada con base en un contrato denominado «Seguro de Protección Familiar - Seguro de Vida» que, además del riesgo de fallecimiento, cubría la mencionada contingencia.

La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia. Pero el Tribunal Supremo, mediante su Sentencia de 10 de octubre del 2018 (RJ 2018\4288), estimó el recurso de casación interpuesto por el actor, casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y estimó íntegramente la demanda, condenando a la aseguradora a abonar al demandante la suma asegurada más los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago (intereses calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al tipo legal más un 50 % y, a partir de ese momento, al tipo del 20 % si aquel interés no fuere superior).

Entre las muchas circunstancias del caso, resultaron especialmente relevantes para su solución las siguientes: 1) el correspondiente cuestionario —declaración de salud— fue cumplimentado materialmente por un empleado del agente, si bien incluyó las contestaciones ofrecidas por el asegurado y fue firmado por éste; 2) en el referido documento figuraban respuestas negativas a las preguntas de si padecía alguna alteración física, psíquica o funcional; de si presentaba alguna sintomatología que aconsejara consulta médica, estudio, hospitalización, tratamiento o intervención quirúrgica, y de si consumía bebidas alcohólicas; 3) el asegurado, cuando suscribió el seguro, llevaba varios años consumiendo de forma habitual diversas clases de estupefacientes (cocaína, heroína, cannabis), además de alcohol y sustancias psicoactivas; 4) no se acreditó que el asegurado sufriera con anterioridad a la suscripción de la póliza y cumplimentación de la declaración de salud ninguna patología física o psíquica vinculada al consumo de drogas y médicamente diagnosticada que, además, pudiera vincularse causalmente con las que finalmente determinaron su invalidez (ni tan siquiera presentaba en el momento de contratar síntomas de enfermedad alguna que se manifestaran de forma evidente y que, por ejemplo, le impidieran trabajar); 5) existió una relación de causalidad entre la politoxicomanía y la invalidez reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante la Resolución de 6 de agosto del 2010.

La controversia se centró en determinar si la declaración de estado de salud suscrita por el demandante se efectuó en términos tales como para poder concluir que incurrió en ocultación maliciosa de enfermedades anteriores conocidas y, por tanto, que hubo dolo o, al menos, culpa grave del asegurado, lo que liberaría al asegurador de su obligación de pago con arreglo al artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pues bien, el Tribunal Supremo, siguiendo su doctrina previa, formuló en la sentencia reseñada las consideraciones que seguidamente se resumen:

a) La jurisprudencia ha indicado que el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber de declarar el riesgo por el mero hecho de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora (o de quien actuara por cuenta de aquella). En efecto, lo verdaderamente relevante es que, por la forma en que se cumplimentó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante (SSTS de 17 de febrero y de 12 de diciembre del 2016), lo que en este caso no sucedió.

b) La doctrina del Tribunal Supremo señala que el deber de declaración del riesgo regulado en el artículo10 de la Ley de Contrato de Seguro se configura como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, de modo que éste habrá de asumir las consecuencias que deriven de la presentación de un cuestionario incompleto (SSTS de 5 de abril y de 4 de octubre del 2017 y de 10 y 30 de mayo del 2018). En efecto, dado que lo verdaderamente relevante es el contenido material del cuestionario (y no su forma), resulta preciso examinar en cada caso si el tipo de preguntas que se formularon comportaban que el asegurado pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían; es decir, ha de valorarse si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo.

c) De acuerdo con lo anterior, no cabe apreciar la existencia de ocultación en casos de cuestionarios (o declaraciones de salud) demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permiten al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (SSTS de 16 de marzo del 2016, de 5 de octubre del 2017 y de 30 de mayo del 2018). En suma, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues sobre él deben recaer las eventuales consecuencias de la presentación al asegurado de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico. A este propósito, debe recordarse que el artículo 10.1 de la Ley de Contrato de Seguro exonera al tomador de su deber de declarar el riesgo, no sólo en los casos de falta de cuestionario, sino también cuando éste sea tan genérico que la valoración del riesgo no dependa de las circunstancias comprendidas en él o por las que fue preguntado el contratante asegurado. El asegurador no puede, en suma, descargar sobre el asegurado las consecuencias de su propia desatención en la redacción o contenido del cuestionario, pues en otro caso se terminarían por ampliar los conceptos legales de 'dolo' y 'culpa grave' hasta comprender, en perjuicio de este último, la negligencia no grave o la simple falta de previsión sobre las consecuencias futuras de sus hábitos.

d) Finalmente y en cuanto a los intereses moratorios, el Tribunal Supremo recordó que la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudirse a él para resolver una controversia, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al

nacimiento de la obligación de indemnizar. Esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o a su cobertura (SSTS de 8 de febrero y de 14 de marzo del 2018; siempre que la discusión no sea consecuencia, precisamente, de la oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora). Pero en este caso, según la sentencia comentada, tal circunstancia no concurrió, pues nunca se cuestionó la realidad del siniestro (declaración de invalidez), que inmediatamente fue puesto en conocimiento de la aseguradora, ni tampoco se suscitaron dudas razonables en torno a su cobertura por la póliza. De ahí que el alto tribunal aplicara el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y, como se ha anticipado, finalmente condenara a la aseguradora a pagar la suma reclamada más los intereses de demora devengados desde la fecha del siniestro (6 de agosto del 2010) y hasta su completo pago, calculados durante los dos primeros años siguientes al siniestro al interés legal incrementado en un 50 % y, a partir de ese momento, al tipo del 20 % si aquél no resulta superior.

Sobre la base de estas ideas, el Tribunal Supremo estimó que el asegurador debía soportar las consecuencias de haber elaborado un cuestionario nada preciso sobre el consumo de drogas y sus efectos en la salud, de modo que no resultaba admisible que reprochase al asegurado no haber declarado un riesgo respecto de algo (su adicción a las drogas) sobre lo que no se le preguntó y cuyos efectos sobre su salud tampoco tenía por qué conocer, dada la ausencia de patología o sintomatología derivada del consumo de estupefacientes. La conclusión, por tanto, no podía ser otra que descartar la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente de información relevante sobre su salud y considerar que la aseguradora debía hacer efectiva la prestación comprometida.

Alberto Díaz Moreno

Ante la trascendencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre del 2018, cuya aportación a la mejor definición de las posibilidades del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades es notable, Gómez-Acebo & Pombo ha solicitado a dos de sus colaboradores (un catedrático consejero académico y un abogado mercantilista) analizar dicha sentencia desde sus respectivas perspectivas profesionales.

Seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades

La compañía tomadora de un seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades mercantiles ejerció (argumentando su condición de perjudicada) acción directa (art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro o LCS) contra la aseguradora reclamando el abono de las cantidades que (en su opinión) debía abonarle el administrador único de una filial íntegramente participada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados con su comportamiento contrario a los deberes inherentes al desempeño del cargo.

La demanda fue desestimada en la primera instancia, pero estimada en la segunda. Mediante la Sentencia de 11 de septiembre del 2018 (JUR 2018\241697), el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación formulado por la compañía aseguradora y confirmó la desestimación inicial de la demanda (aunque por motivos diferentes a los recogidos en la sentencia del juzgado).

En términos sintéticos, la argumentación del Tribunal Supremo se apoyó en las siguientes consideraciones:

a) La viabilidad de la acción directa (que permite dirigirse directamente contra la aseguradora) exige acreditar la responsabilidad del asegurado (en el caso resuelto, del administrador de una sociedad por actos realizados en el ejercicio de su cargo). Por ello debe justificarse, declararse y cuantificarse esta responsabilidad.

b) La acción de responsabilidad ejercida por la tomadora/perjudicada fue la acción individual (art. 241 LSC) y no la social (art. 238 LSC). Así se deduce del hecho de que la actora no era la compañía gestionada por el administrador en cuestión, de manera que solicitaba una indemnización para ella y no para la primera (la filial participada). Recuérdese que el ejercicio de la acción social resulta procedente cuando el daño se causa directamente a la sociedad administrada (de ahí que persiga indemnizarla por el perjuicio sufrido, al margen que quién, de entre los legitimados, ejerza la acción). Por el contrario, la acción individual procede cuando el acto hubiera lesionado *directamente* (no de manera «refleja», derivada —por ejemplo— de su participación en la compañía) los intereses de algún socio o de un tercero, estando legitimado para su ejercicio el directamente perjudicado.

c) En consecuencia, no cabe que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo indirecto en su patrimonio como consecuencia del perjuicio causado directamente a la sociedad. Para que la acción individual de responsabilidad tenga éxito, se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social, sólo puede ejercerse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, mediatamente, el individual de socios o terceros.

d) En el caso concreto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre del 2018 se constató que la actuación del administrador causó daños directamente a la sociedad administrada (filial) y no a la demandante (que sólo sufrió daños indirectos en cuanto socia/matriz de aquella compañía). Por tanto, al no existir responsabilidad inmediata del administrador asegurado frente a la actora, no concurría uno de los presupuestos esenciales del ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil, lo que condujo a la desestimación de la demanda. Quizás la solución habría sido distinta si hubiera sido la sociedad administrada la que hubiera ejercido la acción (en este caso, social) de responsabilidad.

Alberto Díaz Moreno

La acción directa en los seguros de responsabilidad civil de los administradores. STS 3140/2018, de 11 de septiembre del 2018

El pasado 11 de septiembre del 2018, el Tribunal Supremo dictó una sentencia (JUR 2018\241697) que estimaba íntegramente un recurso de casación interpuesto por una aseguradora contra una sentencia dictada por la Sala Décima de la Audiencia Provincial de Madrid en materia de la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS).

La importancia de esta sentencia radica en que se trata de una de las primeras del Tribunal Supremo en la que se combinan la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y los presupuestos de responsabilidad societaria del administrador por aquellos actos efectuados en el ejercicio de su cargo.

Con carácter previo al análisis de la sentencia, es necesario analizar cuáles son los antecedentes de hecho que preceden al recurso de casación:

— En el año 2004, la sociedad Viguetas y Forjados Algaba, S. A., constituyó la sociedad GLA Estructuras Cemtor, S. L. (la «Sociedad»), administrada por un administrador único.

— En el año 2005, la sociedad Recursos Naturales Santa Marina, S. A., adquirió el 100 % del capital de Viguetas y Forjados, S. A., y posteriormente cambió su denominación social por la de Grupo GLA Cemtor, S. A. Hay que señalar que esta sociedad fue la que suscribió con la aseguradora Arch Insurance Company (Europe) Ltd., Sucursal en España (la «Aseguradora»), la póliza de seguros que cubría la responsabilidad civil de los administradores, así como de los altos cargos del grupo de sociedades.

— En el año 2009, el Grupo GLA Cemtor, S. A., fue absorbido por Lafarge Áridos y Hormigones, S. A. U. («Lafarge»), pasando a ser éste el nuevo socio único de la Sociedad. Como consecuencia de la absorción y mediante el procedimiento de la sucesión universal, Lafarge se subrogó en la posición de tomadora de la póliza de seguro de responsabilidad civil.

En cuanto a los hechos controvertidos y objeto de discusión en el recurso de casación, cabe señalar que el administrador único de la Sociedad, en los años 2006 y 2007, concertó distintos tipos de contratos de obra con tres sociedades subcontratistas y les adelantó el 10 % del valor de cada una de las obras, además de otorgar algunos préstamos que superaban los importes de los que podría disponer directamente sin necesidad de recabar la preceptiva autorización del comité de riesgos, hecho que era conocido por el administrador único. Como consecuencia de estas actuaciones se produjo un perjuicio económico para la Sociedad.

Ante esta situación, Lafarge, en su condición de socio único de la Sociedad, interpuso una demanda contra la Aseguradora fundamentada en el ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro con el fin de exigirle el pago de una indemnización por los perjuicios causados por la actuación del administrador único. En virtud de lo establecido en dicho artículo 76, se establece que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar [...]».

En el escrito de contestación de la demanda, la Aseguradora alegó, por un lado, la falta de legitimación activa de Lafarge para interponer la acción directa de responsabilidad y, por otro lado, la imposibilidad de interponer la acción directa de responsabilidad del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro al amparo de lo previsto en el artículo 73 de la misma ley, así como por lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, alegando que la acción directa sólo puede prosperar siempre y cuando se haya declarado previamente la responsabilidad civil del asegurado, es decir, la del administrador único en este caso.

El Juzgado de Primera Instancia número 58 de Madrid desestimó íntegramente la demanda y lo fundamentó en la falta de legitimación activa del demandante, ya que consideraba que el perjuicio causado no se había causado a un tercero, tal y como establece el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, sino que se trata de un perjuicio causado al propio tomador de la póliza de seguro. Ante esta situación, Lafarge, recurrió en apelación.

La Sala Décima de la Audiencia Provincial de Madrid resolvió en un sentido totalmente opuesto al de la Primera Instancia, ya que estimó íntegramente la demanda y condenó a la Aseguradora al pago de la indemnización solicitada, junto con los intereses legales, así como la condena en costas. La Audiencia Provincial de Madrid fundamentó su sentencia en los siguientes puntos:

— Que Lafarge, en su condición de tomador de la póliza de responsabilidad civil, contaba con la legitimación activa necesaria para interponer la acción directa, ya que se había subrogado en la posición del tomador inicial de la póliza, entendiendo que, al amparo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, el tomador también puede ser a su vez el perjudicado.

— Que el administrador único había incurrido en responsabilidad civil. La Audiencia declara que la conducta del administrador único de la Sociedad constituía un «comportamiento irregular e impropio de un ordenador empresario y de un representante legal».

— Que dicha responsabilidad civil quedaba cubierta por la póliza contratada.

Ante esta situación, la Aseguradora recurrió en casación, alegando la misma razón que en su escrito de contestación de la demanda, es decir, infracción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con el artículo 73 de la misma ley y de la doctrina jurisprudencial, que declara que para que pueda prosperar la acción directa del artículo 76 es indispensable que se haya declarado previamente la responsabilidad civil del administrador único.

El Tribunal Supremo estimó íntegramente el recurso de casación y revocó la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo establece que, para que pueda prosperar la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, es necesario que previamente se haya declarado la responsabilidad civil del administrador, tal y como alegaba la Aseguradora. Por ello, el Tribunal Supremo establece que, como se trata de un perjuicio patrimonial causado por una actuación de un administrador en el ejercicio de su cargo, debería dirimirse mediante los mecanismos de responsabilidad civil del administrador regulado en los artículos 236 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, del 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). Por ello, a estos efectos, el Tribunal Supremo establece que para que prospere la acción directa debe prosperar con carácter previo la acción social o la acción individual de responsabilidad. Es necesario recordar que la acción social es aquella interpuesta por la propia sociedad que ha padecido el daño de forma directa, mientras que la acción individual es aquella que pueden interponer los socios o terceros por los daños directos que les haya causado la actuación del administrador.

En este caso concreto, el demandante no había interpuesto expresamente ninguna de estas dos acciones, pero el Tribunal Supremo va más allá y, tras analizar los hechos, fundamentos y razonamientos del escrito de demanda, deduce que se trata de una acción individual, pues lo que se pretendía era la indemnización de Lafarge como socio único de la Sociedad.

Como expone el Tribunal Supremo, el daño causado por la conducta del administrador único, en este caso en concreto, solamente puede provocar daños a los socios y acreedores de un modo reflejo. El Tribunal Supremo fundamenta este daño reflejo y, a modo ejemplificativo, explica que la reducción del patrimonio de la Sociedad provoca una disminución del valor de las participaciones sociales y, en consecuencia, puede provocar que no se repartan dividendos. Este razonamiento es lo que lleva al Tribunal Supremo a la conclusión de que la conducta del administrador único provocaba únicamente un daño indirecto a Lafarge, por lo que no se cumplirían los presupuestos de la acción individual, ya que se requiere que el daño causado sea un daño directo.

Por ello, el Tribunal Supremo falla a favor de la Aseguradora y establece que no está obligada a indemnizar a Lafarge por los daños causados por la conducta del administrador único, cuya concurrencia estaba asegurada bajo la póliza de seguro, ya que Lafarge carece de legitimidad para entablar la acción individual frente al administrador único.

Íñigo Valdenebro Monzón

Análisis tributario-contable

Cobertura de riesgos de los administradores de la empresa: el caso de los seguros D&O

1. La fiscalidad de las primas abonadas por la empresa para asegurar riesgos de sus administradores y directivos: criterio general de la Dirección General de Tributos

Analizar las implicaciones fiscales que, en el ámbito del impuesto sobre la renta de las personas físicas, se derivan del hecho de que las empresas abonen primas a las aseguradoras para cubrir determinados riesgos de sus administradores y directivos exige la remisión al artículo 42 de la Ley 35/2006. Este precepto, tras definir en su primer apartado lo que ha de entenderse por rentas en especie, apunta a continuación que no se considerarán rentas del trabajo en especie «las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador» (art. 42.2*b*) y que estarán exentos, con ciertos límites, rendimientos del trabajo en especie como las primas o cuotas satisfechas a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedad de sus trabajadores (art. 42.3*c*).

Pues bien, de los citados apartados del artículo 42 de la Ley 35/2006 se desprende la voluntad del legislador de excluir de tributación las primas o cuotas que las empresas abonan a las aseguradoras para cubrir los riesgos de accidentes laborales, responsabilidad civil y enfermedad, ahora bien, siempre que las personas que puedan incurrir en tales situaciones tengan la condición de «trabajadores». Se exige así, para su aplicación, que medie una relación de carácter laboral entre el sujeto cubierto por el seguro y la empresa que abona las primas.

En ese sentido, la relevancia que a esos efectos tiene dicha condición ha sido destacada por la Dirección General de Tributos en recientes consultas vinculantes —que no vienen sino a aplicar el mismo criterio que el centro directivo utilizó ya para interpretar el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (*v. gr.*, consulta V1639-05)—. Así, por ejemplo, la consulta vinculante V1292-18, de 17 de mayo, señala claramente que la posibilidad de no calificar de rentas del trabajo en especie las primas o cuotas a las que se refiere el aludido artículo 42.2*b* requiere que la cobertura del contrato alcance a un trabajador, «entendiendo dicho término o expresión —"trabajador"— como persona que presta servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física y jurídica, denominado *empleador o empresario*».

Idéntico criterio ha mantenido el centro directivo al analizar el ámbito de aplicación de la exención contenida en el artículo 42.3*c* de la Ley 35/2006. Así, en la consulta vinculante V0391-18, de 15 de febrero, entiende que dicho beneficio fiscal no es aplicable en el caso de que los beneficiarios del seguro sean los dos socios de una entidad, administradores solidarios de ésta, ya que esas personas no mantienen una relación laboral con la sociedad. La misma conclusión se extrae de la consulta vinculante V1213-18 en el caso de las primas abonadas por una entidad a su único administrador y socio mayoritario.

Todo lo expuesto hasta el momento permite afirmar que la Dirección General de Tributos ha venido manteniendo un criterio uniforme y constante al interpretar lo dispuesto en el artículo 42, apartados 2 y 3, en relación con el tema que nos ocupa. De ese modo, una vez que puede constatarse que una entidad abona primas por seguros cuyos beneficiarios están perfectamente identificados, habrá que atender al tipo de relación que éstos mantienen con dicha entidad para que pueda concretarse si existe o no obligación de tributar en concepto de rentas del trabajo en especie.

2. El caso especial de los seguros D&O

Sentado lo anterior, lo cierto es que la lectura de consultas vinculantes como la V0868-17, de 10 de abril; la V0869-17, de 10 de abril, y la V2607-17, de 13 de octubre, pueden inducir a pensar que la Dirección General de Tributos, sin advertirlo expresamente, habría modificado en ellas su criterio anterior, que, por otra parte, habría vuelto a sostener en las citadas consultas del 2018.

En tales consultas del 2017, la Dirección General de Tributos analizó los casos de distintas entidades que suscribieron diferentes pólizas de seguros para cubrir el riesgo de las posibles responsabilidades civiles en las que pudieran incurrir sus administradores y directivos, sin que éstos fueran designados nominalmente. Esto es, se trata de los llamados «seguros D&O» *(directors* & *officers),* en los que la definición del colectivo asegurado es amplia y sin nominación concreta e incluye a las personas que ejerzan, hayan ejercido o vayan a ejercer tales cargos en la entidad en el presente, en el pasado y en el futuro.

Tal y como advirtió el centro directivo, «no hay en las pólizas una designación personal e individualizada de las personas físicas amparadas por el seguro, y la prima no se calcula en función de las condiciones concretas del asegurado ni del número de las personas físicas o jurídicas cubiertas» (V0868-17), por lo que «las primas de la póliza se abonarían de manera indiferenciada, sin atribución individualizada de la parte de la prima que corresponde a cada persona asegurada» (V0869-17 y V2607-13).

Pues bien, en estos casos, la Dirección General de Tributos no repara en la interpretación del artículo 42.2*b* de la Ley 35/2006, en el que expresamente se hace referencia a los seguros de responsabilidad civil, sino que se limita a analizar el concepto mismo de las rentas en especie que ofrece el apartado 1 del citado artículo 42. Atendiendo a su tenor literal, «constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda», de donde el centro directivo deduce que «a la vista de las características del contrato de seguro objeto de consulta y conforme a lo dispuesto en el precepto transcrito, cabe considerar, en el presente caso, que no existe retribución en especie sometida al impuesto sobre la renta de las personas físicas».

Así las cosas, en tales consultas no se interpreta el citado artículo 42.2*b*, cuya aplicación presupone la existencia de rentas en especie que se excluyen de gravamen cuando la relación entre los asegurados y la empresa pagadora es de carácter laboral y que, en este caso, ante la condición de

administradores y directivos de los beneficiarios de tales seguros, hubiera conllevado en muchos casos la obligación de tributar de no mediar la interpretación que la Dirección General de Tributos mantiene en los casos de los seguros D&O.

Ciertamente se echa de menos una mayor fundamentación jurídica del citado criterio administrativo, cuyo principal punto de apoyo parece estar en la definición misma de las rentas en especie. Teniendo en cuenta que éstas han de implicar su utilización, consumo u obtención «para fines particulares» y atendiendo a las características del clausulado de estos seguros, no parece sencillo en estos casos concretar tales aprovechamientos respecto de cada uno de sus posibles beneficiarios. Esto es, parece que el hecho de no poder determinar de forma individualizada qué parte de la prima corresponde a cada uno de los innominados beneficiarios del seguro es la circunstancia que ha conducido a la Dirección General a entender que en esos casos no cabe siquiera considerar que se ha obtenido una renta en especie.

3. Comentario final

De acuerdo con lo anterior, entendemos que las citadas consultas del 2017 no supusieron un cambio de criterio en la interpretación administrativa del artículo 42, apartados 2*b* y 3*c* de la Ley 35/2006, en virtud de la cual las primas de seguros a las que se alude en esos preceptos no tributarán como rentas del trabajo en especie únicamente cuando entre el beneficiario del seguro y la entidad que abona las primas exista un vínculo de naturaleza laboral.

Por el contrario, lo que hicieron tales consultas fue recoger un criterio interpretativo específico para el caso de los seguros D&O en los que, al concurrir las especiales características a las que ya nos hemos referido, no es posible identificar claramente quiénes y en qué medida utilizan «para fines particulares» lo que en otro caso podría considerarse una renta en especie, siendo por tanto innecesario reparar en el análisis del tipo de relación que une a la empresa con los administradores y directivos.

Ahora bien, teniendo en cuenta la «especialidad» de los casos comentados, entendemos que éstos han de ser interpretados en sus justos términos para evitar que puedan ser objeto de una aplicación extensiva que pudiera llegar a desbordar dicho supuesto especial. Piénsese en las dudas que podría generar la contratación de un seguro con el clausulado que se detallaba en las consultas del 2017 si, en un supuesto concreto y ante una eventual comprobación por parte de la Administración, ésta pudiera probar que el supuesto «colectivo innominado de beneficiarios» abarcase, en realidad, un número muy reducido de personas fácilmente identificables entre las cuales pudiera, sin dificultad, hacerse una imputación individualizada de la prima.

Ángela Atienza y Pilar Álvarez

Reseñas de eventos

Resumen de la jornada sobre negocio y regulación en el sector asegurador por Gómez-Acebo & Pombo

El pasado lunes 26 de noviembre se celebró en la sede de Gómez-Acebo & Pombo una jornada sobre regulación y negocio.

Para abordar las novedades jurídicas, la primera mesa contó con la participación de Ana García Barona (jefa del Área de Regulación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), Idoia Sagastizábal (portavoz de la Comisión de Economía y Empresa del Congreso de los Diputados), Borja López-Chicheri (director-gerente de la Asociación Española de Corredurías de Seguros —ADECOSE—) y Enrique Ortega (socio de Gómez-Acebo & Pombo, coordinador del Área de Fiscal). La segunda mesa, relativa a los negocios desarrollados en un entorno jurídico exigente, estuvo compuesta por Andrés Quiles (director de Seguros de Coverwallet), Elisa de Blas (directora general de Admiral Europe) y Rodrigo Fernández-Avello (director general del Negocio Vida y Pensiones de Santalucía).

En esta breve nota se reseñan los aspectos más destacados de los proyectos normativos a los que se refirieron los anteriores ponentes.

Proyecto de Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros Privados

Es conocido el retraso de la transposición de la Directiva 2016/97/UE sobre la distribución de seguros que debió haber culminado el pasado 1 de julio y entrado en vigor el 1 de octubre. Como consecuencia, el Gobierno ya ha recibido formalmente una advertencia de sanción de la Comisión Europea.

El proyecto de ley en tramitación tiene un carácter muy técnico y, comparado con su ley predecesora, ha recibido pocas enmiendas, lo que permite anticipar un ágil debate. Aún no se ha convocado la ponencia en la que se abordará este proyecto. Teniendo en cuenta el calendario parlamentario y la prioridad que tienen otros proyectos, habría que pensar en el final del primer trimestre del 2019 como primera fecha verosímil para su aprobación.

Conectadas con esta norma, hay otras en elaboración que la desarrollarán:

— El Borrador de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros Privados en Materia de Formación.

— Un proyecto de real decreto por el que se desarrollará la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros Privados en Materia Estadística Contable.

— La Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) donde se establecen los requisitos y principios básicos de los programas de formación para los distribuidores de seguros y demás personal relevante.

Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario

Este proyecto de ley que transpone la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial aporta relevantes novedades en relación con la normativa hipotecaria en vigor. Más allá de la prohibición con excepciones de las ventas vinculadas y de la admisión de las combinadas con requisitos, interesa destacar que la enmienda que trataba de prohibir las primas únicas no va a prosperar, pues se constata que, como opción, puede ser más barata y garantiza que, en caso de siniestro, la prima no experimente subidas.

Ya está convocada la ponencia donde se terminarán de negociar las enmiendas para ser votadas en el pleno de la cámara. Posteriormente el texto irá al Senado, pudiendo tener que volver al Congreso si se introducen nuevas enmiendas.

Por último, una cuestión en debate es si, en caso de reembolso anticipado del préstamo, se extingue automáticamente el contrato de seguro que se suscribió de modo simultáneo. Parece que el seguro se cancelaría, salvo que el prestatario manifieste expresamente su interés por mantenerlo.

Normas de contabilidad IFRS 17

La Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (International Accounting Standards Board o IASB) es una organización privada que dicta estándares internacionales de contabilidad. Por primera vez el EFRAG (grupo europeo de expertos para valorar el impacto de las normas de contabilidad en la eficiencia de los mercados) ha manifestado objeciones a la futura IFSR 17 (*International Financial Reporting Standard*). Una de las críticas es que esta norma no se ajusta al modelo de negocio de las entidades aseguradoras. Además, Estados Unidos, que no se rige por las normas de la IASB, no tiene en su régimen contable los problemas detectados en la IFRS 17, lo que plantearía un problema de competencia de Europa. La IASB, como respuesta a las reservas anteriores, ha acordado retrasar su aplicación al 1 de enero del 2022.

Una vez que entre en vigor la IFSR, el regulador español decidirá si se aplica internamente, lo que resulta esperable a la vista de la experiencia. La nueva norma afectará a la contabilización de los beneficios, el capital, las provisiones técnicas y la presentación de informes financieros.

Pablo Muelas García

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Pablo Muelas García

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
pmuelas@ga-p.com

Ángel Varela Varas

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
avarela@ga-p.com

Fernando Igartua Arregui

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
figartua@ga-p.com

Santiago Gómez-Acebo Carvajal

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
sga@ga-p.com

Enrique Ortega Carballo

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
eortega@ga-p.com

Filipe Santos Barata

Asociado senior, *Lisboa*
Tel.: (+351) 21 340 86 00
fsbarata@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: info@ga-p.com.