

Eduardo Pavelek Zamora

## La Responsabilidad subsidiaria y su aseguramiento

De la lectura del título de este breve trabajo, se puede echar de menos que, a la palabra responsabilidad, le falta su calificativo “civil”. Pues bien, no se trata de una simple descuido, es una omisión plenamente consciente.

En efecto, en los últimos años, se ha podido apreciar una renovación continuada de los seguros que amparan la responsabilidad civil clásica para pasar a extender su contenido a diversas coberturas indemnizatorias y también prestacionales, en particular en lo que respecta a la modalidad de Administradores Sociales y Directivos (D&O).

En este escenario, la STS 58/2019 de 29 de enero del 2019, que ha provocado numerosos comentarios, declara la cobertura por el seguro de la responsabilidad de los asegurados como consecuencia del impago de unas deudas tributarias, en concepto, precisamente, de responsabilidad subsidiaria como administradores de la empresa que no atendió cumplidamente a sus obligaciones fiscales.

Al reflexionar sobre esta cuestión, se puede constatar que existen muchas más variedades de responsabilidades subsidiarias, tanto civiles por los daños causados, como de contenido económico que se desenvuelven en el campo de las responsabilidades por deudas. El tratamiento que el sector asegurador hace de las mismas así como su catalogación, constituye el propósito de este trabajo, pues al menos diez especies han sido localizadas en la normativa española vigente, la mayoría con respuesta aseguradora.

## NOCIÓN DE SUBSIDIARIEDAD

Si acudimos al diccionario de la RAE , en la parte que nos interesa ,se remite a la concepción jurídica del término para definirlo como :“*Dicho de una acción o de una responsabilidad: que suple a otra principal.*”

Al invocar el elemento responsabilidad, la noción es más ilustrativa:

“*responsabilidad que entra en juego en defecto de la directa y principal de otra persona*”.

Se podría incluso atender a su sentido más común al referirse a algo que opera en defecto de otro o como complementario a otro.

Centrándonos en el tema que nos ocupa , el contenido asegurador de la Responsabilidad civil , el diccionario del español jurídico de la RAE aporta mucha mayor precisión :

“*Responsabilidad civil que nace en defecto de responsabilidad directa. Puede corresponder a personas que ejercen la patria potestad, guardadores legales o de hecho, personas jurídicas o el Estado y demás entes públicos*” ( Código Penal art 118-121).

Siguiendo con este relato, será responsable subsidiario un “*Responsable secundario que debe hacer frente a la obligación de que se trate en caso de que el responsable directo no pueda hacerlo*”.

Se observa así cómo la responsabilidad “civil” subsidiaria como concepto original es la contemplada en el Código Penal con matizaciones doctrinales que han ido evolucionando , pero también surgen responsabilidades subsidiarias fuera del ámbito de su CAPÍTULO II.- *De las personas civilmente responsables.*

O dicho de otra manera, la legislación española, según se ha esbozado, acoge diferentes manifestaciones de la responsabilidad subsidiaria, eso sí, liberada de la calificación de civil, pero con un contenido económico que en algunas circunstancias pueden encajar dentro de la cobertura de ciertas modalidades de seguro, bien es cierto que alguna veces de forma indeseada.

## LAS DIFERENTES CATEGORIAS DE RESPONSABILIDADES

### SUBSIDIARIAS

#### 1. La Responsabilidad subsidiaria en la vía penal ( civiles y otras).

Como ya se ha esbozado, la responsabilidad civil subsidiaria (subrayando expresamente la calificación de civil) constituye la esencia del resarcimiento económico de los daños causados por ilícitos penales, ya sean dolosos o culposos. La aproximación judicial a esta clase de responsabilidad ha ido evolucionado desde un esquema de responsabilidad culposa hacia la responsabilidad por riesgo.

*"Los artículos 120 y 121 del Código penal recogen los supuestos de responsabilidad subsidiaria, esto es, de la responsabilidad que surge en defecto, total o parcial, de la principal. Son supuestos en los que la responsabilidad civil se exige a personas que no han participado en el delito, pero que, sin embargo, tienen una vinculación con los partícipes del hecho que genera una culpa in vigilando, (por ejemplo, este fundamento aparece claramente en el art. 120.1), in eligendo, o bien, una responsabilidad objetiva (los supuestos de los números 2, 3, 4 y 5 admiten ser interpretados conforme a una responsabilidad objetiva)."*

Aunque continúa siendo un asunto muy controvertido, la posición de la Jurisprudencia ofrece pocas dudas, en particular si atendemos al hecho de que en el proceso penal el asegurador responde de manera directa:

*"En definitiva, dolosos o culposos, si los actos de los auxiliares o dependientes tienen lugar en el desempeño de sus funciones arrastran la responsabilidad de la empresa asegurada que ha de ser asumida (no la del responsable penal sino la del responsable civil subsidiario), en su caso, por la aseguradora."*

Otra clase de responsabilidad, la "personal subsidiaria", conduce a la pena de prisión si no se abona las multas impuestas. Obviamente, salvo que las entidades de seguro creen un cuerpo de "mercedarios" dispuestos, previo abono de sus servicios, a ir a la cárcel, esta responsabilidad no es objeto de cobertura alguna.

## 2. La responsabilidad tributaria subsidiaria.

El art. 43.1.b) de la Ley General Tributaria, modificado por Ley 7/2012, de 29 de octubre, 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».*

Esta especie de responsabilidad por deudas esta siendo específicamente garantizada en muchas pólizas D&O sin problema alguno, aunque recordemos que la sentencia del Tribunal Supremo que la respaldó, se decanta hacia la valoración de las cláusulas que se alegaron como exclusión por el asegurador:

*“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. Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta”.*

## 3. La responsabilidad subsidiaria ambiental.

En el artículo 13 de Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, se establece el mismo régimen de derivación de responsabilidades de la Ley General Tributaria a la que expresamente se remite. De este modo, *“Serán responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley y, en particular, de las obligaciones pecuniarias correspondientes entre otros, los gestores y administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas.”* Tanto el alcance de los seguros D&O como de otras modalidades de seguro de responsabilidad civil no aborda adecuadamente esta derivación de responsabilidades en forma específica.

#### 4. La responsabilidad por deudas a la Seguridad Social.

De similar naturaleza a los supuestos precedentes, se sitúa el procedimiento de derivación de deudas hacia la esfera patrimonial de otros responsables subsidiarios. Aunque la prolija y cambiante normativa en esta materia contempla numerosos supuestos de subsidiariedad, es en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social donde se contempla este supuesto:

*“ La constatación de la insuficiencia de bienes del deudor principal en el procedimiento recaudatorio seguido contra él, la declaración de insolvencia efectuada en otro procedimiento administrativo o judicial y la declaración de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación serán circunstancias suficientes para la consideración del deudor principal como insolvente a efectos de exigir el pago de la deuda al responsable subsidiario” .*

Tampoco los seguros D&O acostumbran a incorporar esta responsabilidad al contenido del contrato en forma expresa, aunque es de suponer que, con la interpretación que el Tribunal Supremo aplica a la responsabilidad de los Administradores, acabaría por garantizarse.

#### 5. La responsabilidad civil de productos.

Se trata en este caso de la responsabilidad del proveedor del producto cuando no pueda ser identificado el productor o el importador ( art 138.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias). Aunque tal responsabilidad no sea calificada como subsidiaria, en realidad comparte las mismas características : responder en defecto de otro.

La STS 34/2020 de 21 de enero aborda esta cuestión en una demanda de responsabilidad por una prótesis de cadera defectuosa suministrada por un proveedor que no identificó al fabricante oportunamente, pues “existe la obligación a cargo del suministrador de comunicar a la víctima o al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador”:

*“Esta sala considera que, en atención al régimen de responsabilidad del distribuidor contemplado en el TRLGDCU, que hace responsable al proveedor de manera excepcional y subsidiaria, para el caso de que no identifique al fabricante en un plazo de tres meses, no hay alteración de la causa de pedir cuando se analiza y se estima la demanda interpuesta contra el distribuidor porque el demandante ha creído que fabricante y distribuidor eran la misma persona como consecuencia, en buena parte, del comportamiento observado por el propio distribuidor con anterioridad a la interposición de la demanda”.*

Si el proveedor ha suscrito un seguro incluyendo la cobertura de “ RC productos”, esta clase de siniestros, al margen de otros elementos temporales, territoriales o de límites asegurados, caen plenamente bajo el ámbito de protección del seguro.

## **6. La responsabilidad subsidiaria concursal.**

Tanto la nueva como la antigua Ley concursal se refiere en varias ocasiones a los socios personalmente responsables de las deudas sociales (en unos casos indicando el carácter subsidiario de la responsabilidad y en otros no: arts. 3, 38, 41, 52, 131, 133, ...).

Como puede observarse, se trata de deudas sociales contra los socios, pero no de cualquier sociedad, si no de aquellas que encajan en los tipos societarios en los cuales los socios responden de las deudas sociales con su propio patrimonio (sociedad colectiva, comanditaria, civil, agrupaciones de interés económico,..).

Tal responsabilidad es en unos casos solidaria y en otros mancomunada, pero siempre subsidiaria respecto a la propia responsabilidad de la sociedad.

La responsabilidad, ni subsidiaria ni directa, de los socios por deudas sociales no nos consta que esté contemplada en ninguna modalidad de seguro. Ahora bien, considerando que las pólizas clásicas de Responsabilidad Civil pueden incluir a los socios como asegurados adicionales, una interpretación extensiva del alcance de estas pólizas podría llevar a concluir en la cobertura de ciertos supuestos acudiendo a toda la doctrina sobre cláusulas limitativas, sorpresivas, contenido natural del contrato, frustración de las expectativas de los asegurados, etc...

## 7. La responsabilidad contable.

El Diccionario del español jurídico define la responsabilidad contable como aquella que *“en la que incurre el que por acción u omisión contraria a la ley, origina el menoscabo de los caudales o efectos públicos, quedando obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

Se trata de una *“Subespecie de la responsabilidad civil”* que constituye el contenido de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, e incurren en ella quienes manejan o utilizan caudales o fondos públicos y rinden, por tanto, cuentas de los mismos, causando de este modo, por acción u omisión y de forma contraria a las leyes reguladoras de contabilidad y de presupuestos, alcances, daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente en dichos caudales o fondos públicos, concurriendo dolo, culpa o negligencia graves, alcances y daño.

Dos modalidades de seguros otorgan cobertura a esta responsabilidad especial que se sustancia a través de jurisdicción especial del Tribunal de Cuentas :

- Seguros de Administradores y Directivos de Empresas Publicas.
- Seguros específicos para Autoridades y Cargos públicos.

## 8. La responsabilidad subsidiaria sancionadora.

La asegurabilidad de las sanciones ha sido un tema objeto de debate en los últimos tiempos con argumentos a favor y en contra que no es momento de detallar, pero la realidad aseguradora no deja lugar a dudas : algunas sanciones se aseguran aunque con sujeción a ciertas condiciones y sublímites.

En tal sentido, la abundante y variopinta normativa autonómica, como la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, pueden incluir un precepto que derive el pago de la sanción hacia los responsables subsidiarios:

*“De la obligación de pago de las multas y del beneficio ilícito obtenido impuesta a las personas jurídicas en virtud de lo establecido en esta Ley son responsables subsidiarios:*

*a) Los gestores o administradores cuya conducta haya sido determinante de que la persona jurídica incurriera en la infracción”.*

Si el seguro D&O acoge la cobertura de multas y sanciones de naturaleza administrativa sin especificar exclusiones concretas, ha de pensarse que estos supuestos quedarían cubiertos por el seguros con sujeción a las limitaciones suscritas.

## 9. La responsabilidad subsidiaria militar.

Por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar se declara en su artículo 1.2. *“Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el Título Preliminar del Código Penal”.*

A destacar que , siguiendo la doctrina de la Sala quinta del Tribunal Supremo

*“la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos por los militares en acto de servicio tiene un alcance más amplio que el genéricamente establecido en el artículo 121 del Código Penal”, toda vez que “no sólo comprende los hechos punibles*

*realizados en acto de servicio sino los que se cometan con motivo u ocasión del mismo, esto es, aunque no hayan sido consecuencia directa de la función o servicio ordenado, y aunque el responsable directo haya incurrido en extralimitación o ejercicio anormal de las tareas encomendadas, siempre que guarde relación con el desempeño de los cometidos propios de la función o cargo”.*

En lo que respecta al seguro, no nos consta que el Estado haya suscrito ninguna póliza que cubra sus responsabilidades con carácter general, aunque sí lo hace sobre algunos riesgos particulares (vehículos, embarcaciones, helicópteros) al contrario de lo que ocurre con las Comunidades Autónomas y otros organismos públicos que gozan de una larga tradición aseguradora, en particular el sistema sanitario.

#### **10. La responsabilidad subsidiaria colegial.**

Como última novedad, es oportuno referirse a la Ley 4/2020, de 18 de noviembre, por la que se modifica la Ley 11/2002, de 12 de diciembre, de Colegios y Consejos de Colegios Profesionales de Extremadura, aunque es de suponer que la normativa autonómica de otros Colegios Profesionales contemplen una disposición similar.

En efecto, al regular el vidrioso tema del “visado” en los servicios de la profesiones técnicas, la citada norma incorpora una suerte de asunción de una responsabilidad subsidiaria en defecto de la propia del técnico sin especificar su naturaleza: ART. 15. 3. *En caso de daños derivados de un trabajo que haya visado el Colegio en los que resulte responsable el autor del mismo, el colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por este al visar el trabajo* ART. 15. 3. *En caso de daños derivados de un trabajo que haya visado el Colegio en los que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por este al visar el trabajo”.*

No da la impresión de que sea plausible acudir a esta responsabilidad que en cualquier caso conduciría más a una responsabilidad de carácter solidario con la del técnico, o bien de una responsabilidad del propio Colegio al realizar el visado sin detectar los defectos del proyecto.

### COROLARIO

Como se ha podido observar, las responsabilidades de naturaleza subsidiaria, “pagar en lugar de otro” son bastante numerosas con naturaleza y manifestaciones diferentes, especialmente en materia procesal.

En lo que respecta al seguro, si se incluyen estas responsabilidades en forma específica, o bien si no resultan excluidas expresamente, respetando los requisitos de transparencia e incorporación del contrato de seguro en cuestión, habría que concluir en que son objeto de la cobertura del seguro aunque no siempre se refieran a obligaciones indemnizatorias y se decanten hacia otras garantías prestacionales.

*Eduardo Pavelek Zamora*

*Diciembre 2020*