

La sentencia Banesto y el Seguro de Responsabilidad Civil

EDUARDO PAVELEK ZAMORA

MAPFRE RE

Las andanzas y desventuras de Don Mario y parte de su «equipo» (no nos estamos refiriendo obviamente al equipo ciclista de Banesto que tantos días de gloria proporcionó al deporte español) han suscitado abundantes y cáusticos comentarios de las numerosas tertulias de las cadenas radiofónicas del país, desplegando miles de páginas en los periódicos y revistas, incluyendo varias «monografías» sobre el tema. Una primera sentencia por el llamado caso «Argentina Trust» y una segunda y elaborada resolución judicial, la del caso Banesto, que condena al Sr. Conde y algunas otras personas, que no merece la pena identificar para los propósitos de este comentario, por los delitos de apropiación indebida y estafa en los varios «negocios» que emprendieron los ya condenados. El fin de esta historia, de la que sin duda, seguirá hablándose durante mucho tiempo más a medida que vayan decidiéndose todos los recursos judiciales que tendrían que presentarse, dista mucho de haber acabado.

Pero además, y este es el aspecto que queremos destacar, la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional establece en su Fallo que **«no ha lugar a declarar la responsabilidad civil directa de AGF - La Unión y el Fénix, S. A.»**.

Para cualquiera que no haya estado al corriente de este caso, recordemos que uno de los puntos que se planteaba era precisamente la posible condena como responsable civil directo del asegurador que había suscrito **«la Póliza de**

Responsabilidad Civil de Administradores Sociales y Altos Directivos del Banco Español de Crédito.

Esta modalidad de Seguro, conocida internacionalmente como Seguro de «Directors and Officers Liability» (D & O en terminología aseguradora), equivalente a los cargos societarios antes mencionados, se empezó a contratar con una cierta frecuencia en España a principios de los años noventa, tras la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que vino a modificar sustancialmente el régimen de responsabilidad de los miembros de los Consejos de Administración, hasta el punto de que la gran mayoría de las más importantes entidades españolas, con independencia de su personificación societaria, mantienen en vigor un contrato de seguro de esta naturaleza.

Pues bien, descendiendo a los aspectos estrictamente aseguradores, este tipo de pólizas ha provocado sin duda prolijas discusiones acerca del contenido de la cobertura otorgada, de contornos un tanto difusos, polémicas sobre las prestaciones a cargo del asegurador y la aplicación de los supuestos excluidos más típicos, que podrían llevar a pensar en un cierto vaciamiento del alcance del seguro y la consideración de las cláusulas definitorias y limitativas, especialmente en el ámbito temporal... y todo ello en el escenario de la acción directa contra el Asegurador reconocida tanto en la Ley del Contrato de Seguro como en el nuevo Código Penal, aderezado, como

último elemento sazoador, con el controvertido tratamiento del dolor y las excepciones oponibles al perjudicado.

Como puede colegirse, se estarían abordando aspectos de particular trascendencia aseguradora para otros posibles supuestos de naturaleza transgresora parecida: Las responsabilidades civiles por actuaciones calificadas de dolosas impuestas en el proceso penal al amparo de los arts. 109 y siguientes.

Sin embargo, la sentencia que comentamos no llega a tanto ya que toca estos extremos un tanto superficialmente, pues no debe olvidarse que se trata de un proceso penal en el que la cobertura del seguro no constituía el frente principal de este controvertido caso. No obstante, sí pueden obtenerse importantes conclusiones que suponen un primer paso para la interpretación del alcance de esta modalidad de aseguramiento, con independencia de valorar con una cierta prevención las conclusiones de esta primera sentencia hasta que no se hayan agotado todos los recursos que quedan pendientes.

ANTECEDENTES

Para situar muy brevemente los elementos temporales de este seguro, de gran trascendencia en la resolución dictada, téngase en cuenta la siguiente secuencia según se desprende de la citada sentencia:

- Formalización de la póliza: **12 de agosto de 1993.**
- Cobertura retroactiva hasta comprender hechos o actuaciones realizados antes o durante la vigencia de la póliza, siempre que el asegurado no tuviera conocimiento con anterioridad al **11 de febrero de 1991** de cualquier incidente o circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación.
- Rescisión de la póliza con fecha 22 de marzo de 1994 (de todos modos hubiera quedado rescindida, -más bien extinguida- a su tér-

mino natural de las cero horas del 14 de noviembre de 1994).

- La suma asegurada ascendió a 10.000 millones de pesetas por siniestro, procediéndose a una mayoritaria cesión de reaseguro a través de los mercados internacionales que tradicionalmente operan en esta modalidad.
- El Tomador del seguro, como suele ser habitual en este tipo de pólizas, era la Sociedad Banesto, cuyos Consejeros o altos cargos asimilados adquieren la condición de asegurados en cuanto a su propia responsabilidad personal como tales miembros del Consejo o apoderados, en su condición de Altos Directivos.

OBJETO DEL CONFLICTO

Como bien se apunta textualmente en la Sentencia, **«la cuestión principal que ha sido objeto de este debate consiste en si la referida póliza daba cobertura a responsabilidades como las que se declaran en esta resolución y si las excepciones recogidas en las condiciones particulares son oponibles frente al perjudicado».**

Se introducen de este modo elementos de particular importancia en un doble plano:

- La determinación de la cobertura por parte del seguro de las responsabilidades derivadas de la conducta de los ya condenados; todo ello en la órbita del propio contrato de seguro suscrito.
- La oponibilidad de las excepciones frente al perjudicado, cuestión que quizá presente un encaje más general en el marco de la interpretación del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

LA CONSIDERACIÓN DE GRAN RIESGO

Los requisitos necesarios para que jugara esta apreciación de «Gran Riesgo» fueron introducidas

en la legislación vigente a través de la Ley 21/1990 sobre adaptación al Derecho Español de la Directiva 88/357/CEE sobre «libertad de servicios de seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados». Se referían, a los efectos del Seguro de Responsabilidad Civil que es el que nos ocupa, al cumplimiento de dos de los tres límites requeridos en cuanto a suma total de Balance, cifra neta de negocio y número medio de personas empleadas. Exactamente los mismos criterios contemplados en el art. 107.2 de las modificaciones introducidas en la Ley de Contrato de Seguro, a través en este caso de la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Asumiendo, pues, que Banesto encajaba sobradamente en esta categoría de «Grandes Riesgos», la consecuencia directa de tal consideración, en virtud de lo dispuesto en el art. 44 de la Ley de Contrato de Seguro, doblemente modificado en las Leyes citadas 21/1990 y 30/1995, es la no aplicación a los Contratos de Seguro de «Grandes Riesgos» de los preceptos imperativos que conforman la propia Ley de Contrato de Seguros.

En otras palabras, la póliza de D & O suscrita por Banesto se regía por las estipulaciones contractuales de la propia póliza en la que se presume la presencia de un cierto equilibrio negocial de las partes en atención a su naturaleza de Gran Riesgo, singularidad que no merece la protección especialmente conferida en la Ley de Contrato de Seguro a los llamados seguros masa en los que asegurador y asegurado aparecen en un distinto plano contractual.

LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA

Con carácter general, no debe olvidarse que esta modalidad de seguros se rige, en cuanto al ám-

bito temporal respecta por el denominado esquema «claims made». De este modo, la póliza ampararía las reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza, de una póliza suscrita, no se olvide, con anterioridad a la modificación del art. 73 de la Ley 50/80 introducida en la Ley 30/95.

Aunque el hecho de suscribir una póliza «claims made» no implica necesariamente que haya de referirla a conductas activas u omisiones anteriores al efecto de la póliza, la realidad es que actualmente, a la luz del citado art. 73, se exige un período de retroactividad que no puede ser inferior al año, especificación que todavía no había sido explicitada cuando se suscribió esta póliza. La cobertura retroactiva se ciñó entonces a cualquiera actuaciones anteriores siempre que el asegurado no tuviera conocimiento antes de 11-2-1991 de cualquier incidente o circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación. No se trata propiamente de una cobertura de las llamadas de retroactividad ilimitada pero que sí condiciona el conocimiento de las incidencias, aunque no de las actuaciones objeto de la cobertura.

Pues bien, la sentencia justifica que las actuaciones derivadas de alguna de las operaciones enjuiciadas encajan en estos supuestos anteriores a la cobertura, en cuyo caso no puede declararse la responsabilidad de la Unión y el Fénix, pues ya eran conocidas por los asegurados en las fechas indicadas, de modo que no se trataría de las excepciones contempladas en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, sino simplemente de la delimitación temporal de la vigencia de la póliza establecida por las partes de acuerdo con el principio de libertad de pacto del art. 1255 del Código Civil.

Podría no obstante cuestionarse, como bien resalta la sentencia, si la delimitación temporal de la cobertura que no se atenga al régimen general del art. 73 tiene carácter de cláusula limitativa cuando se trata de «Gran Riesgo», pues, en el caso de asunción voluntaria de la obligación de aseguramiento, el asegurador puede acotar temporalmente el alcance de su compromiso contractual. Sin embargo, si se reviste de tal consideración de

cláusula limitativa en caso de aplicación de la Ley de Contrato de Seguro, como expresamente se declara en el segundo párrafo del art. 73 introducido en la última modificación tras la denominada crisis del «claims made».

Por tanto, los hechos enjuiciados y en relación con las operaciones **Cementeras, Carburos Metálicos y Locales Comerciales**, algunos de los asuntos por los que se enjuiciaba la conducta del Sr. Conde y parte de su equipo, discurren fuera del alcance temporal del seguro de la póliza, por lo que no son objeto de cobertura.

Sorprende sin embargo que haga mención en la propia sentencia a la modificación del citado art. 73 que tuvo lugar en noviembre de 1995 cuando los supuestos objeto del contencioso y la propia póliza de D & O eran anteriores a la Ley 30/95 que acogió esta reforma.

Por tanto, los hechos enjuiciados y en relación con las operaciones Cementeras, Carburos Metálicos y Locales Comerciales, algunos de los asuntos por los que se enjuiciaba la conducta del Sr. Conde y parte de su equipo, discurren fuera del alcance temporal del seguro de la póliza, por lo que no son objeto de cobertura.

LAS EXCEPCIONES

Sin embargo, como no todos los expedientes por los que finalmente se condenó a los acusados encajaban dentro de los confines temporales que amparaban esta póliza, se aborda también la cobertura de los negocios relacionados con el Centro Comercial Concha Espina y Oil Dor. Estos dos supuestos, por el contrario, sí tuvieron lugar dentro del período de vigencia de la póliza. ¿Cómo argumentar, pues, la valoración de estas excepciones, en realidad exclusiones del seguro, en relación con su oponibilidad frente a los perjudicados?

El razonamiento del Magistrado Ponente es, desde nuestra modesta opinión, tan ingenioso como contundente para este tipo de pólizas pues puede llegar, de seguirse esta línea, a obligar a replantearse el mecanismo empleado en la contratación de esta modalidad de seguro en

cuanto que se produciría una cierta ineffectividad de la acción directa formulada por el perjudicado.

En efecto, dos excepciones de entre las numerosas exclusiones que contienen estas pólizas son traídas a colación:

- La exclusión 4.1.: Las reclamaciones basadas en el hecho de que el asegurado haya obtenido un beneficio o remuneración al cual no tenía derecho, aprovechándose de su cargo, aunque no haya incurrido en ningún tipo de acción delictiva.
- La exclusión 4.6.: Las reclamaciones surgidas de actos delictivos, que sean fraudulentos o dolosos por parte del asegurado.

Sobre la naturaleza de las exclusiones como cláusulas limitativas en relación con la inmunidad de la acción directa frente al asegurador y las excepciones que éste pueda oponer al asegurado, se podría

continuar debatiendo sin llegar a una solución definitiva alguna. Obviamente no es el momento de hacerlo y les remitimos a los comentarios a la Ley de Contrato de Seguro de Sánchez Calero. Igualmente vacilante y hasta contradictorio ha sido el tratamiento de la conducta dolosa del asegurado en relación con la obligación de indemnizar al perjudicado en el mismo marco de la acción directa.

Ambos conflictos interpretativos no parecen haber sido definitivamente resueltos y plantean serios problemas de comprensión en el mundo del seguro de responsabilidad civil cuando se pretende explicar la relación existente entre la inseguridad del dolo del art. 19 de la Ley de Contrato de Seguro, el juego del pago de la indemnización y sucesiva repetición del art. 76 en el marco de la propia naturaleza aleatoria del Contrato de Seguro, en particular de los seguros no-obligatorios.

No es nuestra pretensión aportar claridad a este conflicto art. 76 de la Ley de Contrato pero sí re-

sumir las conclusiones de la sentencia en el sentido siguiente:

- Estas exclusiones, en cuanto su consideración de tales, tienen la naturaleza de cláusulas limitativas, decisión ciertamente polémica.
- Atendiendo al art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, su aplicación viene condicionada a su aceptación específica por escrito por parte del asegurado y a su necesidad de ser destacada de modo especial.
- Estas prescripciones han sido observadas en la póliza que, como ya se ha mencionado, se enmarca bajo el régimen de Grandes Riesgos para los que según reza la sentencia, «incluso se ha discutido por la teoría de si el art. 3 de la Ley es aplicable al Seguro de Grandes Riesgos que excluye toda norma imperativa».

En definitiva: estas excepciones, en cuanto riesgos excluidos o cláusulas de exoneración, no pueden invocarse razonablemente por el perjudicado, Banesto, por la vía de la acción directa del art. 76, porque Banesto era precisamente el Tomador del Seguro de modo que conocía perfectamente estas cláusulas.

Si se acepta este argumento, todas estas pólizas en las que el Tomador es la Sociedad cuyos Administradores Sociales aseguran su Responsabilidad Civil personal verían en cierto modo frustrada, imaginamos que con gran alegría de los aseguradores y reaseguradores, la posibilidad del ejercicio de la acción directa por parte de la Sociedad que, aunque no exclusivamente, sí acostumbra a ser el principal perjudicado por las decisiones de sus Consejeros y Altos Directivos.

De todos modos, este razonamiento admite ciertamente una seria oposición porque el tomador del seguro es efectivamente Banesto, pero la Sociedad actúa en este caso a través de sus propios órganos societarios, para concluir en definitiva en el hecho de que quienes tienen conocimiento de estas circunstancias son personas físicas. Banesto como tal, desde nuestra opinión, ni conoce ni deja de conocer; son los miembros de los Órganos de Gestión o el apoderado que suscri-

be la póliza quienes tienen conocimiento de estas circunstancias son personas físicas. Banesto como tal, desde nuestra opinión, ni conoce ni deja de conocer, son los miembros de los Órganos de Gestión o el apoderado que suscribe la póliza quienes pueden llegar a percibir todos estos extremos, pero el perjuicio causado a Banesto lo es a su patrimonio social, interés económico dañado que se extiende a otros perjudicados también afectados en este detrimento patrimonial alterado por la conducta de algunos de los Administradores, cuya responsabilidad se invocaría al amparo de la propia acción social.

Como punto final de este apartado, destaquemos que, con el fin de salvar este escollo, quizá tengan que modificarse las prácticas aseguradoras actuales en las que la Sociedad es tomador de este tipo de seguro de forma que haya que buscar otro elemento subjetivo del contrato que actúe como tomador como puede ser el Presidente del Consejo de Administración o quizá el Secretario, que actuaría por cuenta de todos los asegurados restantes.

LAS CLÁUSULAS «CLAIMS MADE»

En la misma línea argumentada de que las excepciones oponibles fueron expresamente pactadas por Banesto, se declara que esta cláusula de ámbito temporal por la que se cubren las responsabilidades por reclamaciones formuladas durante la vigencia fueron asimismo «expresamente pactadas».

De este modo, para que la cobertura entrara en juego, tales reclamaciones deberían haber sido notificadas durante la vigencia de la póliza, que se resolvió por el asegurador con antelación a su vencimiento natural; es de suponer a la vista de lo que ya estaba sucediendo tras la intervención administrativa de Banesto. Como no consta que se procediese a la comunicación al asegurador antes de esta fecha, la sentencia concluye en que este último «puede oponer las cláusulas de deli-

mitación temporal de la cobertura aceptadas especialmente por Banesto».

Habría *no obstante* que resaltar que el concepto de «reclamación», tal y como se concibe en las pólizas, no se reduce solamente a la reclamación formal como puede ser una demanda, un expediente administrativo o una petición de resarcimiento manifestada a través de un documento estricto fehaciente, sino que goza de un mayor alcance y surte efectos importantísimos en cuanto a la determinación de la fecha del siniestro en el ámbito del período de cobertura del seguro.

De este modo, la *noción de reclamación*, elemento conceptual no definido en la Ley de Contrato de Seguro, se inscribe en las definiciones de la póliza en sentido similar al siguiente, junto con otras cláusulas definitorias de gran relevancia:

De este modo, para que la cobertura entrara en juego, tales reclamaciones deberían haber sido notificadas durante la vigencia de la póliza, que se resolvió por el asegurador con antelación a su vencimiento natural; es de suponer a la vista de lo que ya estaba sucediendo tras la intervención administrativa de Banesto.

ha definido este concepto en el punto anterior, que será asignada al período de seguro en que se localice la citada reclamación, con independencia del conocimiento de otras comunicaciones o reclamaciones posteriores en el tiempo pero que obedezcan a una misma o igual conducta negligente que se exprese en un acto único o continuado.

El hecho de que sucesivas reclamaciones, aun de diferentes perjudicados, se conozcan en el curso de varios períodos de seguros no implica la acumulación de la suma asegurada por anualidad que, en todo caso, constituirá el máximo de responsabilidad por una misma o igual conducta negligente concreta.

Se considerará como un solo siniestro el conjunto de reclamaciones que se fundamenten en una misma o igual conducta negligente concreta por parte de los asegurados en el desempeño de su cargo, con independencia del número de perjudicados y de la forma en que se ejercite la acción de responsabilidad.

Unidad de Siniestro

Se considerará como un solo siniestro el conjunto de reclamaciones que se fundamenten en una misma o igual conducta negligente concreta por parte de los asegurados en el desempeño de su cargo, con independencia del número de perjudicados y de la forma en que se ejercite la acción de responsabilidad.

En el supuesto de que se formule tal acción contra varios asegurados o la totalidad de los mismos, la responsabilidad de la Compañía nunca excederá del máximo de indemnización por siniestro establecido en las Condiciones Particulares.

Reclamación

- El procedimiento judicial o administrativo iniciado contra un Asegurado como presunto responsable de un daño cubierto por la póliza.
- La comunicación fehaciente del Asegurado por parte de un tercero, perjudicado o no, de cualquier hecho o circunstancia de la que pudieran derivarse ulteriores responsabilidades, con independencia de la fecha de presentación de una demanda o querrela o de la apertura de un expediente administrativo sancionador.
- La notificación realizada al asegurador por el propio asegurado de una circunstancia o hecho concreto que pudieran engendrar una reclamación formal o comunicación posterior de petición de resarcimiento.

Fecha del Siniestro

Se considerará como tal la del momento en que se conozca la primera reclamación, tal y como se

CONSIDERACIONES FINALES

Puede afirmarse que con esta sentencia se van a iniciar sucesivas interpretaciones jurisprudenciales sobre el alcance de esta modalidad de seguro cuyos condicionados, inicialmente malas traducciones de textos extranjeros, dejan mucho que desear.

Responsabilidad Civil y Seguros

Restarán no obstante muchos puntos en los que la sentencia no entra y que continuarán siendo objeto de polémica como son la cobertura de los Gastos de Defensa Jurídica, los comportamientos no dolosos de algunos administradores, desconocedores de conductas dolosas de otros, los supuestos de cobertura de la llamada por la doctrina *responsabilidad-sanción*, la *prestación de fianzas* carcelarias, las amplias y prolijas exclusiones, la propia consideración de perjudicado y, en fin, demasiados aspectos por dilucidar que es de esperar vayan siendo despejados en próximas sentencias en las que se invoque al Seguro.

Finalmente, resaltemos nuevamente que todavía quedan por resolverse los recursos a esta sen-

tencia entre los que la cuestión del seguro de responsabilidad civil no es precisamente lo más trascendental; queda también pendiente el pleito civil sobre la validez de este contrato de seguro que, como se vio, se rescindió antes de su extinción natural, aunque quizá fuera más preciso hablar de una cuestión de nulidad del seguro mejor que su rescisión, y, como último extremo, otro pleito civil en el que se plantearía el ejercicio de la acción social de responsabilidad del art. 134 de la *Ley de Sociedades Anónimas*.

Mucho nos tememos, que sólo los más jóvenes lectores de esta sentencia llegarán a conocer el resultado final de este complejo asunto.

