

Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios

*Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O **

IVÓ COCA VILA

Senior Researcher en el Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg i. B.

MARTA PANTALEÓN DÍAZ

Contratada predoctoral (FPU) en el Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid **

RESUMEN

El progresivo endurecimiento del sistema de responsabilidad de los administradores societarios hace del contrato de seguro un mecanismo cada vez más atractivo a fin de aminorar los importantes riesgos patrimoniales que acechan a los gestores societarios. Si en un primer momento se trataba exclusivamente de mitigar el riesgo derivado de eventuales pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, se discute hoy si las extendidas pólizas de seguro D&O podrían asimismo cubrir otras muchas consecuencias eco-

* Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE). Agradecemos a la Profesora Rut Lopera Viñé, a los Profesores Gonzalo J. Basso, Héctor García de la Torre, Carlos Castellví Monserrat, Fernando Molina Fernández, Fernando Pantaleón Prieto, Enrique Peñaranda Ramos, Leopoldo Puente Rodríguez, Daniel Rodríguez Horcajo y Antonio I. Ruiz Arranz, y al Letrado Diego Sobejano Nieto su lectura del borrador de este trabajo y valiosas críticas y sugerencias. Pedimos disculpas al lector por los errores restantes, que tras el escrutinio por parte de tantos brillantes colegas solo pueden deberse a una mezcla de nuestra ineptitud y obstinación. [Solo se ha tenido en cuenta la bibliografía publicada hasta octubre de 2020, fecha de aceptación de este artículo para su publicación]

** Direcciones de correo electrónico de contacto: i.coca-vila@csl.mpg.de; marta.pantaleon@uam.es.

nómicas perjudiciales vinculadas con el desempeño del cargo de administrador (sanciones, decomiso, gastos de defensa jurídica...). Así las cosas, el objetivo de este trabajo es analizar el sentido funcional o la naturaleza jurídica de cada uno de los institutos jurídicos de los que típicamente se derivan consecuencias económicas perjudiciales para los administradores y altos directivos en el desempeño de su cargo para, acto seguido, examinar minuciosamente los límites normativos (de orden público) a su asegurabilidad.

PALABRAS CLAVE

Seguro D&O. Administradores societarios. Orden público. Responsabilidad civil. Enriquecimiento injustificado. Responsabilidad concursal. Responsabilidad tributaria. Aseguramiento de sanciones. Decomiso.

The Non-transferable and the Insurable in the System of Corporate Directors' Liability

A Study of the Public-Policy Limits to D&O Liability Insurance

ABSTRACT

The continual tightening of the system of responsibility to which corporate directors and officers are subject makes insurance a more and more attractive mechanism to mitigate the very considerable risk of economic loss that they are affected by in the exercise of their functions. In this regard, a debate that was originally centred on how to lessen risk arising from eventual claims for damages in tort or contract has now shifted its focus to the issue whether usual D&O policies could additionally cover other sources of economic loss linked to the office of corporate directors, such as sanctions, confiscation of assets, legal defence fees... The aim of this paper is hence to carry out an in-depth analysis of the legal nature and functions of the different forms of liability that corporate directors might typically incur in the exercise of their functions, which will in turn serve as a point of departure for a thorough examination on the normative (public-policy) limits to the insurability of the economic consequences associated to them.

KEY WORDS

D&O insurance. Corporate directors. Public policy. Damages. Unjust enrichment. Liability for insolvency. Tax liability. Insurance of sanctions. Confiscation.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La responsabilidad civil en sentido estricto (indemnización de daños y perjuicios).*—2.1 Concepto y asegurabilidad.—2.2 Las concretas pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto.—2.3 ¿Inasegurabilidad del dolo?—3. *Las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos.*—4. *La responsabilidad por deudas sociales.*—5. *La asegurabilidad de las sanciones.*—5.1 Introducción.—5.2 La sanción (pública): concepto, finalidad y garantías.—5.3 La inasegurabilidad de la multa.—5.4 La asegurabilidad de los daños derivados de la inhabilitación.—6. *Los daños derivados del decomiso.*—6.1 Decomiso de efectos e instrumentos del delito.—6.2 Decomiso de las ganancias procedentes del delito (y de sus transformaciones).—6.3 Excurso: articulación de las consecuencias pecuniarias del delito.—7. *La asegurabilidad de los gastos derivados de procedimientos judiciales y la constitución de fianzas civiles y penales.*—7.1 Introducción.—7.2 El seguro de defensa jurídica.—7.3 Las fianzas pecuniarias y carcelarias.—8. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La progresiva expansión y el endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores y directivos de las sociedades de capital han hecho del desempeño de ambos cargos una profesión de riesgo¹. Aquellos están sujetos, por un lado, a un severo y extenso régimen de responsabilidad mercantil (art. 236 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; en adelante, LSC)². Por el otro, son igualmente infinitas las obligaciones de naturaleza administrativa que recaen sobre los gestores de las sociedades de capital. Su infracción puede acarrearles asimismo importantísimas sanciones; piénsese solo en las dispuestas en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en

¹ Muy claro en este sentido ya RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 24 ss., con múltiples referencias.

² Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE/TAPIA HERMIDA, *La Ley mercantil*, (10), 2015, p. 85; o PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *InDret*, (4), 2003, pp. 3 ss.

adelante, LMV), cuya dimensión afflictiva, en términos cuantitativos, en poco o nada diverge de la propia de las sanciones penales. Por último, la formidable expansión del Derecho penal económico ha sometido igualmente a los administradores sociales y directivos a un importante riesgo de sanción penal. No es solo que se hayan multiplicado los tipos penales llamados a reprimir las conductas de los *insiders* en el marco de las sociedades de capital (expansión cuantitativa), sino que aquellos se configuran de un modo cada vez amplio e indeterminado (expansión cualitativa). Por citar solo dos ejemplos de la importante reforma penal del año 2015: piénsese en el delito de administración desleal (art. 252 CP), en el que se tipifica ahora toda infracción de las facultades de administración de un patrimonio ajeno, cometida incluso con dolo eventual y ánimo de beneficiar a la sociedad (administración desleal altruista)³; o en el nuevo delito concursal (art. 259.3 CP) que criminaliza comportamientos (meramente) imprudentes⁴.

No es de extrañar, pues, que a este progresivo endurecimiento de los distintos regímenes de responsabilidad le haya acompañado un aumento del interés por parte de las sociedades de capital en el aseguramiento de las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que eventualmente incurren sus gestores en el ejercicio de su cargo⁵. A ojos de aquellas, la mitigación del riesgo que amenaza a los administradores y altos directivos se presenta como una condición fundamental para garantizar una administración eficiente: en primer lugar, porque el contrato de seguro permite reducir los costes de gestión derivados del aumento de las demandas retributivas de quien se sabe expuesto a un severo régimen de responsabilidad; en segundo lugar, porque aquel facilita la captación de talento, al contrarrestar los desincentivos que echarían atrás al potencial administrador o directivo adverso al riesgo⁶; y, en tercer y último lugar, porque el aseguramiento es igualmente un mecanismo idóneo para disminuir los importantes incentivos que genera un régimen de responsabilidad severo para llevar a cabo una gestión conservadora o poco original, y, por ende, ineficiente. Como señala Veiga Copo, a tenor de la extraordinaria presión jurídica que caracteriza el desempeño del cargo de administrador o directivo, «el

³ Al respecto, en profundidad, *vid.* COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, *passim*.

⁴ Críticamente, *vid.* RODRÍGUEZ CELADA, *InDret*, (1), 2017, pp. 4 ss. *Vid.* al respecto, además, FEJOO SÁNCHEZ, 2016, pp. 109-157; o PASTOR MUÑOZ, 2019, pp. 292 ss.

⁵ *Vid.* FLEISCHER, *MK-GmbHG*, 2019, nm. 374. Entre nosotros, en este sentido, *vid.* ya RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 20 ss.; y CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 981 ss.

⁶ En esta línea, BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 502, afirman que, en los EE. UU., la captación y retención de administradores y directivos cualificados es el motivo que más frecuentemente conduce a las compañías a contratar un seguro *D&O*.

seguro se convierte en el instrumento más racional para combatir el rigorismo elevado en la exigencia de responsabilidad»⁷.

En este contexto resulta fácil de comprender la rápida y exitosa implantación en nuestro país de las pólizas de responsabilidad de administradores y directivos societarios⁸, importadas sin apenas variaciones del mercado norteamericano y comúnmente denominadas –también en España– como pólizas de seguro *D&O* (*Directors and Officers*)⁹. Aunque no existe un único patrón de *D&O*, se trata este de un seguro de daños, voluntario y atípico, en el que, por lo general, es la propia sociedad de capital la que aparece como tomadora, obligándose por su parte la aseguradora a satisfacer la responsabilidad de los administradores y directivos derivada de los siniestros contemplados en la póliza¹⁰. Aunque el núcleo central de riesgo cubierto por los seguros *D&O* lo constituyen las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios, estas pólizas suelen extender también su cobertura a otras muchas consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en la que puedan incurrir los administradores y directivos (seguro compuesto). Por un lado, es común la expresa cobertura de la responsabilidad tributaria de los administradores sociales, la responsabilidad concursal o los costes derivados de la defensa jurídica del asegurado, incluidas las fianzas civiles y penales. Por el otro, la usual vaga determinación del objeto del seguro a partir de la noción de daño patrimonial derivado de un «acto incorrecto» deja abierta la puerta a interpretaciones extensivas del objeto de cobertura. Se plantea entonces, por ejemplo, si no podrían quedar cubiertos también los daños derivados de la imposición al asegurado de sanciones (administrativas) como respuesta a la comisión (imprudente) de actos ilícitos.

El seguro *D&O* constituye, sin duda, un mecanismo eficaz de transferencia a un tercero del riesgo jurídico que amenaza a los administradores y directivos¹¹. Ello resulta atractivo tanto para el administrador o directivo que exige a la sociedad la contratación de una póliza *D&O*, como para la misma sociedad tomadora del seguro, para la que asegurar a sus gestores resulta igualmente una operación económicamente racional. Sin embargo, la posibilidad de transferir

⁷ VEIGA COPO, 2019, p. 726.

⁸ De ello da cuenta VEIGA COPO, 2019, p. 722.

⁹ Un estudio informativo de la «*D&O Insurance*» en el mercado norteamericano puede leerse en: KNEPPER/BAILEY/LANE, 2019, § 23.01 ss.; o en BAKER/GRIFFITH, 2011, pp. 42 ss.; y entre nosotros, PÉREZ CARRILLO, 2005, pp. 15 ss., 32 ss. Además, *vid.* el extenso estudio comparado editado por DEAKIN/KOZIOL/RISS, 2018, *passim* y, en particular, para el caso español, DEL OLMO GARCÍA, 2018, pp. 477–560.

¹⁰ Sobre las características esenciales de esta clase de seguros, *vid.* RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 49 ss.; o CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 985 ss.

¹¹ En detalle, *vid.* BAKER/GRIFFITH, 2011, pp. 10 ss.

tales riesgos tiene límites normativos. Las sociedades de capital y las aseguradoras no son plenamente libres a la hora de decidir qué riesgos pueden quedar cubiertos en el marco de un seguro *D&O*. La autonomía privada de la que gozan a la hora de pactar el aseguramiento de un determinado riesgo encuentra en el artículo 1255 CC un límite infranqueable¹². Habrá de considerarse nula, por un lado, aquella traslación del riesgo a la aseguradora que sea contraria a una norma imperativa. Por el otro, es *también nulo el contrato contrario al orden público, esto es, aquella forma de aseguramiento que resulte incompatible con la función o finalidad de la específica institución o sistema de responsabilidad del que trae causa el daño cubierto*¹³.

Hasta donde alcanzamos, la cuestión de la asegurabilidad de las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad de administradores o directivos apenas es objeto de atención por parte de la doctrina administrativista o penal. Tampoco en la doctrina mercantilista se ha abordado hasta el momento de forma omnicompreensiva la pregunta acerca de qué formas de responsabilidad en las que típicamente incurre un administrador societario son asegurables¹⁴. Sin embargo, la progresiva expansión del ámbito de cobertura en las pólizas de seguro *D&O*, amparada por autores que, por ejemplo, no ven óbice en asegurar la pena (criminal) de multa impuesta a un administrador (¡!)¹⁵, supone una seria amenaza al *telos* propio de muchas de las consecuencias jurídicas centrales de nuestro ordenamiento y, por extensión, una profunda distorsión de los distintos subsistemas de responsabilidad¹⁶. ¿Puede realmente un administrador liberarse del riesgo de responsabilidad civil «derivada» de la comisión de un delito doloso? ¿Tiene todavía un sentido imponer una sanción tributaria a quien recibirá el importe equivalente de una aseguradora? ¿Y qué hay de las formas de responsabilidad que la doctrina mayoritaria califica como «sanciones civiles»? ¿Puede efectivamente una aseguradora comprometerse al pago de una pena de multa impuesta por un juez penal a un alto directivo? ¿Y a los costes derivados de la defensa jurídica del administrador que es acusado con evidentes pruebas de haber cometido un delito de adminis-

¹² Aunque en el marco del ordenamiento jurídico alemán, todo ello es abordado en profundidad por RUTTMANN, 2014, pp. 27 ss.

¹³ Sobre la función de defensa y salvaguarda de instituciones jurídicas del orden público (art. 1255 CC), *vid.* LLOPIS GNER, 1996, pp. 286 ss.

¹⁴ Esta empresa, como mínimo parcialmente, sí ha sido emprendida en Alemania por RUTTMANN, 2014, *passim*.

¹⁵ Entre nosotros, *vid.*, p. ej., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

¹⁶ Sobre el papel disruptivo del seguro *D&O* en los mecanismos de disuasión de las distintas formas de responsabilidad aseguradas y cómo tratar de compensarlos *vid.* BAKER/ GRIFFITH, 2011, pp. 2 ss., 77 ss.

tracción desleal? Estas y otras muchas preguntas similares hace tiempo que han dejado de ser especulaciones puramente teóricas.

Ante este panorama, *el objetivo central de este trabajo es llevar a cabo un examen normativo de la asegurabilidad de cada uno de aquellos riesgos jurídicos que típicamente acechan a los administradores y altos directivos de las sociedades de capital en el desempeño de sus funciones*¹⁷. Ello nos obliga a adoptar una perspectiva transversal que trascienda a la clásica compartimentación entre las distintas ramas del Derecho (civil, administrativo, penal, procesal). Se trata, en suma, de determinar normativamente qué conceptos son asegurables en el marco de las pólizas de seguro *D&O* y cuáles, por el contrario, no lo son, al ser su aseguramiento incompatible con la función propia de la institución de la que se deriva el riesgo y, por ende, contrario al orden público (art. 1255 CC). En todo caso, la naturaleza híbrida de una gran cantidad de formas de responsabilidad y consecuencias jurídicas –piénsese por ejemplo en la inhabilitación de los administradores prevista como consecuencia de su consideración como «personas afectada por la calificación» del concurso de la sociedad como culpable (art. 455.2.2.º del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en adelante, *TRLR*; antiguo art. 172.2.2.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante, *LC*)– nos obliga a descartar en este trabajo una aproximación metodológica basada en conceptos clasificatorios rígidos en favor de una basada en tipos ideales¹⁸. Lo pretendido es, pues, presentar en lo que sigue los rasgos definitorios esenciales de cada uno de los (proto)tipos o polos ideales de las distintas formas de responsabilidad y consecuencias jurídicas que afectan a los administradores de las sociedades de capital y, acto seguido, el correspondiente juicio normativo sobre su asegurabilidad. Todas las formas intermedias o impuras, esto es, aquellas que compartan rasgos definitorios de dos o más polos ideales distintos habrán de tratarse

¹⁷ Queda por lo tanto fuera de nuestro objeto de estudio la cuestión de la asegurabilidad de las consecuencias jurídicas lesivas del patrimonio de la propia sociedad derivadas de actos ilícitos de los administradores o directivos. Este problema fue parcialmente ya abordado a propósito de las «penas» impuestas a la persona jurídica por SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, pp. 8 ss. Al respecto, *vid.* además BAER, *Ind. L. J.*, (83-3), 2008. En todo caso, el instrumental teórico aquí desarrollado sirve para responder también a esta pregunta. Quien entienda que las consecuencias impuestas (*ex art. 31 bis CP*) a las personas jurídicas son auténticas sanciones (penales), habrá de responder a la cuestión de su asegurabilidad del mismo modo en el que lo haremos nosotros a propósito de la pena de multa.

¹⁸ Al respecto, *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, 2005, pp. 728 ss.; o recientemente, OROZCO LÓPEZ, 2018, pp. 298 ss.

a los efectos que aquí interesan a partir de la solución dada al tipo ideal al que estén más próximos¹⁹.

En lo que sigue se aborda primeramente la asegurabilidad de la responsabilidad civil en sentido estricto (apartado 2). Acto seguido, nos ocupamos de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos (apartado 3) y de la responsabilidad por deudas sociales (apartado 4). A continuación, analizamos la asegurabilidad de las sanciones tanto administrativas como penales, en particular, de las multas e inhabilitaciones para ejercer el cargo de administrador o directivo (apartado 5). Seguidamente, hacemos lo propio con las consecuencias (económicas) derivadas de las distintas formas de decomiso (apartado 6) y de la defensa jurídica del administrador o directivo (apartado 7). El presente trabajo concluye con un último apartado (8) dedicado a compendiar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTIDO ESTRICTO (INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS)

2.1 CONCEPTO Y ASEGURABILIDAD

En términos dogmáticos, el concepto «responsabilidad civil» puede emplearse en un sentido amplio o en uno más restringido. En el primero –que es, por cierto, el que figura en la rúbrica del título V del libro I del CP: «De la *responsabilidad civil* derivada de los delitos...»²⁰– la categoría engloba todas las formas de responsabilidad *inter privatos* que contempla el ordenamiento jurídico, unidas entre sí simplemente por el hecho de ser pretensiones de un *particular* hacia otro, sujetas al principio *dispositivo*.

A los efectos de dilucidar su asegurabilidad, la categoría de la responsabilidad civil en sentido amplio resulta, en nuestra opinión, poco fructífera. Como hemos señalado, el que el aseguramiento de una determinada forma de responsabilidad contrarie o no el «orden público» dependerá, en esencia, de la medida en que su cobertura por un contrato de seguro le impida desempeñar la *función* que le es propia. Sin embargo, lo cierto es que la expresión «responsabili-

¹⁹ Preguntarse por la asegurabilidad de una clase de responsabilidad en atención a la finalidad última de la consecuencia jurídica puede también ayudar a establecer las siempre borrosas fronteras entre formas de responsabilidad híbridas. Al respecto, *vid.* BAKER, 2009, pp. 66 ss.

²⁰ Así, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, 2014, pp. 1173-1185; DEL MORAL GARCÍA, 2018, p. 458.

dad civil», en su acepción más amplia, aglutina (al menos) cuatro formas de responsabilidad claramente diferenciadas: la responsabilidad civil indemnizatoria, que será objeto de este apartado del trabajo; las pretensiones civiles de reintegración de derechos subjetivos, a la que se dedicará el apartado 3; la responsabilidad civil por deudas, que se analizará en el apartado 4 del artículo; y, finalmente, ciertas formas de lo que podríamos denominar «decomiso civil de ganancias» –paradigmáticamente, en el ámbito que aquí se analiza, el previsto en el artículo 227.2 LSC–, que se estudiarán, junto con dicha figura, en el apartado 6 del trabajo.

Desde el punto de vista *funcional*, las cuatro formas de responsabilidad que acaban de enumerarse no tienen *nada* que ver unas con otras. De hecho, es perfectamente posible afirmar que, funcionalmente, algunas de ellas comparten mucho menos entre sí que con otras instituciones propias del Derecho *público*. Este es el caso de los decomisos civiles de ganancias, cuya finalidad inequívocamente preventiva ha de conducir, a nuestro juicio, a darles el mismo tratamiento –al menos, desde el punto de vista de su asegurabilidad– que a su homónimo jurídico-público. Un paralelismo muy similar a este puede apreciarse entre la responsabilidad indemnizatoria civil y sus equivalentes funcionales en el Derecho administrativo: la «responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», regulada con carácter general en el capítulo IV del título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)²¹, y las pretensiones de aquellas contra los particulares tendentes al resarcimiento de un daño, dispersas por la normativa sectorial²². Y la misma equivalencia funcional se da entre las formas jurídico-privadas de responsabilidad por deudas ajenas (de las que la prevista en el art. 367 LSC es, probablemente, el mejor ejemplo) y la responsabilidad tributaria, cuya regulación general se establece en la sección 3.ª del capítulo II del título I de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

²¹ En nuestra doctrina, el análisis de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tomando como base los principios rectores del Derecho civil de daños tuvo como punto de partida el estudio crítico de PANTALEÓN PRIETO, DA, (237-238), 1994, pp. 239-253; que volvió sobre estas ideas en, el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 181-191. *Vid.*, en esta misma línea, SANZ RUBIALES, 2012, pp. 285 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 879 ss.

²² A este respecto, el artículo 28.2 LRJSP establece que «las responsabilidades administrativas que se derivan de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora». Sobre ello, *vid.*, en detalle, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2017, pp. 226 ss.

Por todo ello, consideramos más adecuado, desde el punto de vista metodológico –y a los efectos que aquí interesan– agrupar las diferentes formas de responsabilidad en que pueden incurrir los administradores societarios teniendo en cuenta sus concretas funciones, y no tanto su adscripción en la clásica dicotomía Derecho público/Derecho privado. En esta misma línea, renunciaremos por completo a emplear la expresión «responsabilidad civil» en el sentido amplio antes mencionado y nos referiremos con ella *exclusivamente* a las pretensiones de carácter *resarcitorio* (indemnización de daños y perjuicios) que tanto las personas jurídico-privadas como jurídico-públicas pueden entablar contra los administradores de una sociedad de capital. Solo esta clase de pretensiones son, como ya anticipamos, objeto de este apartado.

La regulación general más básica de esta responsabilidad civil «en sentido estricto» se encuentra en los artículos 1101 (responsabilidad contractual) y 1902 CC (responsabilidad extracontractual). Estas pretensiones parten, en todo caso, de la base de una interacción entre dos o más personas, resultas de la cual una de ellas sufre un *daño*. Ante esta situación, las normas reguladoras de la responsabilidad civil responden a la pregunta por si el perjudicado por ese daño ha de ser quien definitivamente lo soporte o, por el contrario, este puede exigir al Estado que movilice los recursos necesarios para que el daño sea *desplazado* a otro (u otros) de los partícipes en la interacción que lo ha generado. La regla general es clara y coincide con la máxima latina «*casus sentit dominus*»: en principio, cada cual se hace cargo de su propia mala suerte; el daño, como regla, «se queda donde está» (*losses lie where they fall*)²³. El desplazamiento del daño a otro de los implicados en la interacción es excepcional y exige siempre la existencia de una razón de peso, que permita considerar que, entre aquel y el perjudicado, es *más justo* que sea el primero quien definitivamente lo soporte²⁴.

²³ Así, entre muchos otros, SALVADOR CODERCH, 1997, pp. 103 s.; PANTALEÓN PRIETO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 74-175, 179, 190 s.; SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, (1), 2005, p. 21. Este criterio por defecto de distribución del infortunio tiene, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 81, «una importante ventaja: no es manipulable y en ese sentido es completamente imparcial. Cada uno disfruta de lo bueno que tiene en la vida, pero también carga con lo malo, y entre ellos se produce generalmente un cierto equilibrio. Otra ventaja secundaria es que es totalmente económica desde una perspectiva procesal: al no haber reasignación, no hacen falta procedimientos jurídicos». Un estudio del fundamento de este principio de distribución defectiva de la desgracia puede leerse en COCA VILA, 2016, pp. 387 y ss., con múltiples referencias. Además, *cf.*: FREELAND, 2019, pp. 367 ss.

²⁴ Lo expresan de forma prácticamente idéntica REGLERO CAMPOS/PEÑA LÓPEZ, 2014, p. 71. Sobre las razones por las que sería más justo que aquel sobre el que se cierne el peligro en primera instancia deba también soportar la realización del daño, *vid.* COCA VILA, 2016, pp. 392 y ss.; y resumidamente, el mismo, *New Criminal Law Review*, (22:1), 2019, pp. 43 ss., 52 ss.

Las posibles «razones de peso» a estos efectos son, básicamente, cuatro: (i) la causación objetivamente imputable del daño a través de un incumplimiento contractual que, de acuerdo con el reparto de riesgos establecido en el contrato, resulta atribuible al deudor²⁵; (ii) la causación objetivamente imputable del daño con «culpa o negligencia», en el sentido del artículo 1902 CC; (iii) la causación objetivamente imputable del daño en el curso de una actividad legalmente señalada como especialmente peligrosa y, en esta medida, sujeta a un régimen de responsabilidad extracontractual sin culpa; (iv) y la condición de persona en cuyo (mayor) interés se ha causado lícitamente un daño (menor) a otro, que no tenía el deber de soportarlo²⁶. Son estos los que la doctrina civilista señala como «criterios de imputación» de responsabilidad civil, que se encuentran en la base de la célebre clasificación que distingue entre responsabilidad civil contractual (i) y responsabilidad civil extracontractual por culpa (ii), objetiva o por riesgo (iii) y cuasi-expropiatoria o por sacrificio (iv)²⁷.

Dejando de lado los casos de «mala fe del asegurado» (art. 19 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; en adelante, LCS) –que abordaremos detenidamente más adelante (epígrafe 2.3)–, la asegurabilidad de todas estas formas de responsabilidad civil está fuera de duda. Y es que el seguro de responsabilidad civil contribuye *favorablemente* al desempeño de la función de esta clase de pretensiones, permitiendo, por un lado, que el perjudicado obtenga una garantía de compensación muy superior a la que le proporciona la solvencia del responsable²⁸ y, por otro, que el coste que el resarcimiento supone para este último se distribuya entre todos los pagadores de primas, sin resultar demasiado gravoso para ninguno de ellos; todo ello sumado, por supuesto, a la obtención de un beneficio por parte de la compañía aseguradora. El seguro parece, de este modo, disolver el juego de «suma cero» entre responsable y perjudicado que se plantea, por defecto, en los escenarios de los que se ocupa el Derecho de daños, convirtiéndolo en un juego

²⁵ En defecto de pacto, ha de entenderse que son en este sentido «atribuibles» al deudor no solo los incumplimientos del contrato debidos a su culpa (art. 1104 CC), sino también los que deriven de un impedimento incluido en su ámbito de control o a sucesos cuyo acaecimiento durante la vida de la relación contractual fuera razonablemente previsible a tiempo de contratar. *Vid.*, en este sentido, por todos, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1056-1072.

²⁶ El mejor ejemplo de ello es, quizás, la responsabilidad civil por daños causados en estado de necesidad, prevista en la regla 3.^a del artículo 118.1 CP.

²⁷ Esta misma clasificación de las formas de responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse en PANTALEÓN PRIETO, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 176-178.

²⁸ Así, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 42 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 5; el mismo, 2016, p. 643; GUERRERO LEBRÓN, 2004, p. 10.

de «suma positiva»: dejando al margen el hecho de que el daño ya producido no puede borrarse del mundo, todos salen beneficiados.

El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos no supone, en este punto, ninguna excepción reseñable. Las dudas sobre la licitud del seguro *D&O* se encuentran hoy, en efecto, felizmente superadas²⁹. Como recuerdan Campins Vargas y Roncero Sánchez, aquellas traían causa, básicamente, de dos argumentos. El primero y más importante de ellos —empleado tradicionalmente para sostener, con carácter general, la ilicitud del seguro de responsabilidad civil— es el argumento del «riesgo moral»: proteger patrimonialmente a los administradores de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes de diligencia hará que tengan *incentivos perversos* para comportarse de forma descuidada hacia los intereses de la sociedad y los de los terceros con los que se relacionen en el ejercicio de su cargo³⁰. En otras palabras, el aseguramiento de la responsabilidad civil destruye su eficacia preventiva. Por otro lado, el segundo de los argumentos giraba en torno al carácter supuestamente *imperativo* (indisponible) del régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios³¹.

La respuesta habitual a este último argumento consiste en subrayar las evidentes diferencias que existen entre *excluir* la responsabilidad civil de los administradores y *asegurarla*: una cosa es que la sociedad no pueda renunciar anticipadamente a exigir responsabilidad civil a sus administradores, eximiéndolos completamente de responsabilidad, y otra muy distinta es que estos celebren —o, como resulta más habitual en este ramo, la sociedad celebre en su beneficio— un contrato de seguro por medio del que un tercero (la compañía aseguradora) acuerda hacerse cargo de la satisfacción de dicha responsabilidad³². Esta es, sin embargo, una respuesta solo aparentemente válida, en la medida en que, en realidad, el segundo de los argumentos en contra de la asegurabilidad de la responsabilidad civil de los administradores societarios resulta perfectamente reconducible al primero³³. En efecto, la única razón por la que podría sostenerse la indisponibilidad del régimen de responsabilidad de los administradores sería la de que esta persigue funciones que *trascienden* los intereses individuales de los particulares implicados en la renuncia anticipada (la concreta sociedad, los

²⁹ *Vid.*, en este sentido, CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 84 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 642.

³⁰ Una formulación clásica de este argumento puede encontrarse en MCNEELY, *CLR*, (41-1), 1941, *passim* (especialmente, pp. 30, 33 s., 60).

³¹ CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 642.

³² Así, RONCERO SÁNCHEZ, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2016, p. 643.

³³ Lo destaca, con razón, CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 990.

concretos administradores); funciones como la de crear *incentivos* para que los administradores societarios, en *general*, desempeñen correctamente su labor. Y lo cierto es que, desde el punto de vista de la eliminación de tales incentivos, la exoneración de responsabilidad y el seguro no se diferencian en nada.

Esto conduce a la necesidad insoslayable de refutar el argumento del riesgo moral, al que la doctrina ha opuesto dos consideraciones, a nuestro juicio, definitivas. La primera es la más simple y la más importante, y consiste en negar la premisa mayor (implícita) del argumento: la responsabilidad civil –incluida, por supuesto, la responsabilidad civil por culpa y, en concreto, la de los administradores societarios– *no tiene una finalidad preventiva, sino meramente resarcitoria*³⁴. Los mecanismos que el ordenamiento jurídico destina a la prevención de conductas incorrectas están específicamente diseñados para cumplir de la mejor forma posible esta función: son formas de responsabilidad que el Estado impone de oficio y cuya medida se determina en función de la gravedad de la conducta (penas, sanciones) o del beneficio obtenido por el autor (decomiso de ganancias). Las pretensiones indemnizatorias, por el contrario, se encuentran sometidas al principio dispositivo –como demuestra, en el ámbito societario, el artículo 238.2 LSC– y dependen, tanto en el *an* como en el *quantum*, del daño causado al perjudicado³⁵.

³⁴ Cuestión distinta, claro está, es que el sistema pueda tener bajo ciertas circunstancias un efecto colateral preventivo, en todo caso secundario. La tesis aquí sostenida –o una versión más o menos matizada de ella– goza de una aceptación generaliza en la doctrina española y ha contado siempre, como defensor más ferviente, con PANTALÓN PRIETO; *vid.* sobre todo, 1991, p. 1791; el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, pp. 171-173; y, respecto de la responsabilidad contractual, el mismo, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1020 s., 1023-1043. La posición contraria, célebremente defendida por autores como POSNER, *J. Leg. Stud.*, (1), 1972, *passim* (especialmente, 29-52), tiene como principal abanderado en España a Salvador Coderch, aunque son varios los autores que comparten en este punto sus tesis; *vid.*, p. ej., 1997, pp. 117, 120-124; y, más recientemente, SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, (4), 2004, *passim* (especialmente, p. 12); SALVADOR CODERCH/GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, (1), 2005, *passim* (especialmente., pp. 6, 9 s., 14, 19 s.). La aplica al concreto ámbito de la responsabilidad de los administradores societarios LLEBOT MAJÓ, 2016, pp. 14, 26.

³⁵ Esta tajante afirmación se ve hasta cierto punto enturbiada por ciertas normas del Derecho positivo español que –importando la doctrina del «método triple de cómputo del daño» (*dreifache Schadensberechnung*) ideada por el *Reichsgericht* alemán antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*; en adelante, BGB)– parecen establecer como medidas *alternativas* del lucro cesante, como daño vinculado a ciertas infracciones de derechos subjetivos (i) el beneficio dejado de obtener por el titular del derecho como consecuencia de la infracción, (ii) el beneficio obtenido por el infractor a resultas de la misma y (iii) el precio que el infractor hubiera tenido que pagar al titular por la concesión de una licencia para explotar lícitamente el derecho (*vid.* arts. 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en adelante, LPI; 43.2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, en adelante, LM; y 74.2 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes). Para una certera crítica de dicha doctrina y su «importación» al Derecho positivo español, *vid.* BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, *passim*, quien sostiene, además la posibilidad de interpretar los citados preceptos en clave de auténtica cuantificación (por apro-

De acuerdo con lo que antes hemos sostenido, esta línea de argumentación debería conducir a afirmar –contra lo que todavía sostiene parte de la doctrina– el carácter enteramente dispositivo del régimen legal de responsabilidad de los administradores societarios: si este no protege más interés que el de las partes implicadas (administrador potencialmente responsable y concretos perjudicados potenciales, señaladamente la propia sociedad), no debería existir ningún inconveniente en que estas acordaran someterse a uno más o menos exigente, por ejemplo, excluyendo mediante una disposición estatutaria la posibilidad de ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores con base en una infracción de su deber de diligencia. A ello parecen oponerse, sin embargo, dos disposiciones legales: los artículos 230.1 y 236.2 LSC. En la medida en que el primero de los preceptos se circunscribe a las infracciones del deber de lealtad de los administradores y lo más frecuente en la práctica es que estas sean *dolosas*³⁶, diferiremos su tratamiento al tercer epígrafe de este apartado (2.3). En cuanto al artículo 236.2 LSC, consideramos que la única interpretación razonable del precepto pasa por leerlo –en la línea propuesta por parte de nuestra doctrina mercantilista³⁷– como una disposición «*antifraude*», de manera que los únicos acuerdos de la junta general que no tendrían la virtualidad de exonerar a los administradores de responsabilidad frente a la sociedad serían aquellos en los que los primeros hubieran *abusado* de su posición, forzando la adopción del correspondiente acuerdo (por ejemplo, ocultando información relevante a los socios) precisamente con dicha finalidad³⁸.

Sea como fuere, la segunda de las consideraciones con base en las que la doctrina ha tratado de defender la licitud del seguro *D&O* frente al argumento del riesgo moral se basa en el cuestionamiento empírico de la premisa menor (de nuevo, implícita) del razonamiento: no está demostrado que el aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores societarios reduzca sus incenti-

ximación del daño padecido por el titular del derecho (pp. 1296-1299). En sentido similar se manifiesta, aunque en relación exclusivamente con el artículo 140.2 LPI, SERRANO GÓMEZ, 2012, pp. 85-88.

³⁶ Esto, sin embargo, no es necesariamente así. *Vid.*, al respecto, n. 52.

³⁷ Así, IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 128 s.; QUIJANO GONZÁLEZ, 2011, pp. 1699 s.; *vid.*, en sentido similar, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, 1998, p. 111.

³⁸ Hay que reconocer, sin embargo, que con esta lectura la norma se vuelve hasta cierto punto redundante, en la medida en que, al menos en la mayoría de los casos, el acuerdo fraudulento en cuestión será anulable por contrario al interés social (art. 206.1 LSC). Quizás la finalidad de la norma sea simplemente la de dejar a salvo la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores sin necesidad de impugnar el acuerdo, o habiendo caducado la acción de impugnación (art. 205 LSC).

vos para desempeñar correctamente sus funciones³⁹. Es más, desde el punto de vista teórico, lo cierto es que la hipótesis contraria resulta igualmente plausible. En esta línea, hay autores que apuntan que el seguro de responsabilidad civil podría conducir a que los administradores asumieran el *nivel de riesgos óptimo* para la buena marcha de la sociedad, eliminando su tendencia a la «administración defensiva» e impidiendo que la adopción de cautelas excesivas pueda frustrar oportunidades de negocio interesantes⁴⁰. Por otro lado, no puede soslayarse el papel que, en esta clase de seguros, desempeña la compañía aseguradora como agente de *control externo* de la administración societaria; papel que ha llevado a parte de la doctrina a calificar el seguro *D&O* como un instrumento especialmente eficaz de gobierno corporativo⁴¹.

En definitiva –y dejando de lado, por ahora, los casos de dolo del asegurado– las pretensiones *indemnizatorias* entabladas contra los administradores societarios (su responsabilidad civil en sentido estricto) pueden ser lícitamente objeto de un seguro, en la medida en que (i) su función no es preventiva, sino resarcitoria, y el seguro contribuye favorablemente al cumplimiento de dicha función; y (ii) no está, en todo caso, ni mucho menos claro que los incentivos de los administradores societarios para el correcto desempeño de su cometido se vean reducidos por la contratación en su beneficio de un seguro de responsabilidad civil.

A partir de este punto, el resto del apartado se dedica, en primer lugar, a delimitar con mayor precisión cuáles de las pretensiones de responsabilidad de los administradores societarios contempladas en nuestro ordenamiento han de calificarse como resarcitorias y, por ende, asegurables con base en las consideraciones anteriores (epígrafe 2.2). En segundo lugar, se estudia la medida en la que dichas consideraciones pueden extenderse a los supuestos de «mala fe del asegurado» (art. 19 LCS), poniendo en tela de juicio –al menos, *de lege ferenda*– la supuesta contrariedad al orden público (art. 1255 CC) del aseguramiento de la responsabilidad civil por dolo (epígrafe 2.3).

³⁹ Así, entre otros, RONCERO SÁNCHEZ, 2016, pp. 642-643; VEIGA COPO, t. II, 2019, p. 1085.

⁴⁰ RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 36 s.; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 990 s.

⁴¹ RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 44-46; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, pp. 989, 991, 1007; GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 10 s.; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, p. 470; 2005, p. 99; BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, pp. 489, 516-525, 533-537.

2.2 LAS CONCRETAS PRETENSIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN SENTIDO ESTRICTO

En el ordenamiento jurídico español las pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto se encuentran sometidas a una *doble regulación general*. Así, en lo que respecta a los administradores societarios, tenemos, por un lado, las pretensiones indemnizatorias contempladas en la legislación *civil y mercantil*, cuyo régimen general establecen los artículos 236 a 241 bis LSC (acciones social e individual de responsabilidad) y, supletoriamente, los citados artículos 1101 y ss. (responsabilidad contractual) y 1902 y ss. (responsabilidad extracontractual) del CC. Por otro, sin embargo, encontramos los preceptos del título V del libro I del CP reguladores de la «indemnización de perjuicios materiales y morales» (art. 110.3.º CP)⁴², que han de ser objeto de aplicación preferente si la pretensión resarcitoria se ventila en un proceso penal entablado contra el administrador, como consecuencia de la comisión por su parte de un hecho previsto como delito⁴³. Sea como fuere, la doctrina reconoce, de forma prácticamente unánime, que todas las que acaban de enumerarse son pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto⁴⁴, cuya asegurable –de acuerdo con lo argumentado en el epígrafe anterior (2.1)– estaría, por tanto, fuera de duda.

Más allá de estos regímenes generales, existe un sinnúmero de preceptos, dispersos por el ordenamiento jurídico que contemplan supuestos *específicos* de responsabilidad indemnizatoria de los administradores societarios. Estas regulaciones se limitan a concretar las anteriormente mencionadas en relación con supuestos o ámbitos particulares, a modo de auténticas *leges speciales* que, en esta medida, han de ser objeto de aplicación preferente sobre aquellas. Contemplan, sin duda, pretensiones de esta clase –entre muchos otros ejemplos– los artículos 11 ter.3, 32.1 y 224.1 LSC, el

⁴² Como veremos, la «restitución» (arts. 110.1.º y 111 CP) pertenece más bien al ámbito de la reintegración de derechos subjetivos absolutos; algo que probablemente quepa decir también de la «reparación del daño» (arts. 110.2.º y 112 CP), si es que significa algo diferente de su indemnización.

⁴³ *Cfr.*, no obstante, GANDÍA PÉREZ, *ADPCP*, (73), 2020, 467-522, quien considera que, en este ámbito, han de resultar también preferentemente aplicables los artículos 236 a 241 bis LSC. Su argumento se basa, sin embargo, en una premisa, a nuestro juicio, cuestionable: la de que la regulación penal de la responsabilidad civil *ex delicto* se ciñe a las pretensiones indemnizatorias extracontractuales.

⁴⁴ Respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, *vid.*, por todos, PANTALEÓN PRIETO, *Jueces para la Democracia*, (19), 1993, *passim* (especialmente, p. 6); SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2001, *passim* (especialmente, pp. 3, 10); ALONSO GALLO/PUENTE RODRÍGUEZ, 2018, nms. 6220 s. Una opinión contraria (pero aislada) sostiene HORTAL IBARRA, *InDret*, (4), 2014, *passim* (especialmente, pp. 4 s., 25 s.).

artículo 455.2.5.º TRLC (antiguo art. 172.2.3.º *in fine* LC), o los artículos 38 y 124 LMV; y probablemente quepa predicar lo mismo de los artículos 73.3⁴⁵ y 136 a 138 LSC⁴⁶. A pesar de la intensa polémica desarrollada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁴⁷, esta es también, de acuerdo con la doctrina prácticamente unánime⁴⁸ y la jurisprudencia de la Sala Primera del TS⁴⁹, la naturaleza de la llamada «responsabilidad concursal» actualmente contemplada en el artículo 456 TRLC (antiguo art. 172 bis LC). Ninguna de estas formas de responsabilidad presenta particularidades dignas de ser reseñadas respecto de

⁴⁵ El precepto contempla la responsabilidad solidaria de los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado de las aportaciones no dinerarias satisfechas como contrapartida de un aumento de capital y el valor real de dichas aportaciones. Puede, sin embargo, que tenga razón LA CASA GARCÍA, 2011, pp. 673 s., cuando caracteriza esta forma de responsabilidad como una por deuda ajena, en la línea de las que analizaremos en el apartado 4. De acuerdo con este autor, los administradores serían aquí una suerte de fiadores *ex lege* de la deuda *del socio aportante* para con la sociedad, por la diferencia entre el valor real de su aportación y el que le han atribuido los administradores.

⁴⁶ Estos preceptos establecen, en síntesis, la obligación solidaria de los administradores de desembolsar las acciones propias adquiridas por la sociedad anónima en caso de aumento de capital vulnerando las prohibiciones en materia de autocartera, salvo que demuestren no haber incurrido en culpa. *Cfr.*, no obstante, ÁVILA DE LA TORRE, 2011, pp. 1061-1063; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2011, pp. 1058, 1060, que aproximan más bien su naturaleza jurídica a la de la responsabilidad de los administradores por deudas sociales que analizaremos en el apartado 4 del trabajo, caracterizándola como una «pena civil». Cuesta ver, sin embargo, cuál es, de acuerdo con este autor, la deuda *social* de la que responden los administradores en este caso, ¿quizás una de la sociedad consigo misma?

⁴⁷ Antes de la reforma, era mayoritaria la calificación de esta forma de responsabilidad como una responsabilidad de los administradores por deudas sociales en garantía de los derechos de los acreedores, como la prevista en el artículo 367 LSC; así, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2004, pp. 2578 s., 2599; ESPINÓS BORRAS DE QUADRAS, 2004, pp. 1788-1797; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, pp. 657 s., 665; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 373 s. Esta fue también la postura asumida por la mayoría de la Sala 1.ª del TS (p. ej., en sus SSTs 1.ª 501/2012, de 16 de julio; 669/2012, de 14 de noviembre; 744/2012, de 20 de diciembre; y 74/2013, de 28 de febrero). El respaldo jurisprudencial a la tesis de la doctrina mayoritaria no fue, sin embargo, unánime, y el Magistrado Sancho Gargallo así lo hizo constar en sus votos particulares a las SSTs 1.ª 298/2012, de 21 de mayo; 669/2012, de 14 de noviembre y 744/2012, de 20 de diciembre, defendiendo la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal; una posición que, en la doctrina, habían sostenido también ALONSO UREBA, 2004, pp. 1438, 1442, 1445-1448; MAMBRILLA RIVERA, 2004, p. 2860; y, aparentemente, IRIBARREN BLANCO, *ADCo*, (7), 2006, pp. 88 s.

⁴⁸ Así, p. ej., MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, p. 1848; MARTÍNEZ GALLEGU, 2018, pp. 516-519; SANCHO GARGALLO, 2018, pp. 337-341. *Cfr.*, no obstante, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2016, pp. 375-396.

⁴⁹ La Sala estableció esta doctrina por primera vez en su sentencia plenaria 772/2014, de 12 de enero de 2015, y la ha mantenido posteriormente, de manera más o menos explícita, en numerosas resoluciones; *vid.*, p. ej., las SSTs 1.ª 45/2015, de 15 de febrero; 275/2015, de 7 de mayo; 395/2016, de 9 de junio; 719/2016, de 1 de diciembre; 2013/2017, de 29 de marzo; 693/2017, de 20 de diciembre; y 214/2020, de 29 de mayo.

las regulaciones más generales de la responsabilidad civil de los administradores societarios, por lo que han de considerarse, a nuestro juicio, igualmente asegurables⁵⁰.

2.3 ¿INASEGURABILIDAD DEL DOLO?

Todo lo señalado hasta este punto –función puramente resarcitoria y, por tanto, carácter *asegurable* de la responsabilidad civil en sentido estricto– solo parece tener un límite: la (supuesta) *ilicitud* del aseguramiento de la responsabilidad derivada de conductas dolosas del asegurado. En este último epígrafe del apartado, estudiaremos las implicaciones de esta prohibición y trataremos de desentrañar (en su caso) su fundamento. El problema es, en realidad, común a *todas* las formas asegurables de responsabilidad de los administradores que analizamos en este trabajo. Si lo abordamos en el marco de este apartado, dedicado en exclusiva a las pretensiones indemnizatorias de daños, ello se debe, sencillamente, al hecho de que el debate doctrinal y jurisprudencial en la materia ha girado casi siempre en torno a esta concreta forma de responsabilidad.

Los dos preceptos legales que articulan la discusión sobre la asegurabilidad del dolo son los artículos 19 y 76 LCS. De acuerdo con el primero, «el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por *mala fe* del asegurado»; concepto que la doctrina mayoritaria considera equivalente al de *incumplimiento doloso de sus obligaciones* por parte del asegurado⁵¹ y en el que cabrían, por consiguiente –en el marco del seguro *D&O*–, prácticamente cualquier supuesto de infracción por parte de los administradores de su deber de *lealtad* frente a la sociedad⁵² y todos los casos posibles de responsabilidad civil de los administradores «derivada» de

⁵⁰ Respecto de la responsabilidad concursal, *vid.*, entre otros, GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 182 s.; RONCERO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2005, p. 23; IRIBARREN BLANCO, *ADCo*, (7), 2006, pp. 86, 112; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 373-376.

⁵¹ En efecto, la mayoría de los autores coincide en afirmar que, para que resulte aplicable la exclusión de cobertura declarada en el artículo 19 LCS, es suficiente con que el asegurado provoque dolosamente el *siniestro* –el hecho generador del daño– sin necesidad de que su dolo se extienda a este último. *Vid.*, en este sentido, por todos, SÁNCHEZ CALERO, 1984, pp. 273 s.; el mismo, 2010, pp. 447-448; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 464-471.

⁵² Aunque no todos; *vid.*, en este sentido, COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, pp. 3 s.

*delitos dolosos*⁵³. Por su parte, el artículo 76 LCS establece, en lo que aquí interesa, que

«el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este»⁵⁴.

Pese a las duras críticas doctrinales que –probablemente con razón– se han vertido contra la aplicación imperativa de este sistema a los seguros *voluntarios* de responsabilidad civil⁵⁵, lo cierto es que hoy reina un amplísimo consenso doctrinal en torno al juego de estos dos preceptos de la LCS⁵⁶, amén de unanimidad en la jurisprudencia de las Salas 1.^a⁵⁷ y 2.^a del TS⁵⁸. En síntesis, aunque las partes del seguro de responsabilidad civil son libres para pactar válidamente cualesquiera exclusiones de cobertura basadas en las características de la conducta del asegurado que da lugar al siniestro (paradigmáticamente, su carácter doloso) estas *no resultan oponibles* al perjudicado en el ejercicio por su parte de la acción directa contra el asegurador. Sin embargo, en la medida en que tales exclusiones de cobertura son perfectamente eficaces *en la relación interna* entre las partes, queda a salvo el derecho del asegurador a *repetir* contra el asegurado. Esto permite afirmar que el asegurador

⁵³ Aunque son estos los supuestos más frecuentes de responsabilidad civil *ex delicto* de los administradores societarios, no puede desconocerse que también existe la posibilidad de que sean condenados en el marco de su actividad por delitos imprudentes como los delitos contra la salud pública (art. 367 CP), el homicidio (art. 142 CP), o las lesiones (art. 152 CP) –piénsese en los clásicos casos de responsabilidad penal por productos defectuosos–, el blanqueo de capitales (art. 301.3 CP) o las insolvencias punibles (art. 259.3 CP).

⁵⁴ Como señala SÁNCHEZ CALERO, 2010, pp. 1797-1799, este precepto tiene como correlato, en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, el artículo 117 CP.

⁵⁵ Así, SÁNCHEZ CALERO, 2010, pp. 454 s.; TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, p. 44; y, especialmente en relación con el seguro *D&O*, IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 304-306.

⁵⁶ *Vid.*, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, 1984, pp. 669-679; el mismo, 2010, pp. 1790, 1799; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 2002 s.; PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 286-290, 298; LA MISMA, *RDS*, (20-1), 2003, pp. 202 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 231-235; el mismo, 2016, pp. 665 s.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 303-308; 2006, p. 99; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 386 s.; TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, pp. 39 s., 44; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 474 s.; ELGUERO MERINO, *ibid.*, p. 1342; VEIGA COPO, t. I, 6.^a ed., 2019, pp. 814-842.

⁵⁷ *Vid.*, por todas, las SSTS 1.^a 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre.

⁵⁸ *Vid.*, entre otras muchas, SSTS 2.^a 365/2013, de 20 de marzo; 588/2014, de 25 de julio; 615/2015, de 15 de octubre; 526/2018, de 5 de noviembre; y 212/2019, de 23 de abril.

no está obligado al pago *definitivo* de la prestación en caso de dolo del asegurado (art. 19 LCS) y, al mismo tiempo, que la *exceptio doli* es inoponible al perjudicado (art. 76 LCS).

A los efectos que aquí interesan, la única duda que hoy cabe plantear al respecto es si la regla general de inoponibilidad al perjudicado de excepciones basadas en la cualidad de la conducta del asegurado rige también cuando quien resulta perjudicado *es el propio tomador del seguro*. Esta hipótesis reviste especial relevancia en el marco del seguro *D&O*, pues lo más frecuente en la práctica es que sea la sociedad en la que los administradores (asegurados) desempeñan sus funciones quien celebre el contrato (como tomadora), en interés de estos últimos. Si, como resulta habitual, el contrato de seguro (i) cubre también los daños causados por los administradores a la propia sociedad –la acción social de responsabilidad–, pero (ii) excluye expresamente la cobertura de los daños causados por conductas dolosas de los administradores⁵⁹, y resulta que los administradores perjudican a la sociedad con un comportamiento doloso (por ejemplo, con una infracción dolosa de su deber de lealtad), se plantea la pregunta de si la sociedad –a la vez tomadora y perjudicada– puede beneficiarse, en su ejercicio de una acción directa contra la compañía aseguradora, del régimen de inoponibilidad de excepciones previsto en el artículo 76 LCS.

Esto fue precisamente lo que ocurrió en el conocido como «caso Banesto», resuelto en primera instancia por la SAN (Penal) 16/2000, de 31 de marzo, y en casación por la STS 2.ª 867/2002, de 29 de julio. El Banco Español de Crédito (Banesto) había suscrito con la compañía aseguradora «AGF La Unión y El Fénix» un seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de cuya cobertura quedaban expresamente excluidas «las reclamaciones causadas por 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 ninguna acción delictiva» (cláusula 4.1), así como las «surgidas de actos delictivos, que sean fraudulentos o dolosos, por parte del asegurado» (cláusula 4.6). Los administradores de Banesto cometieron varios delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil de los que resultaron perjudicadas tanto la propia sociedad como el Fondo de Garantía de Depósitos, que había tenido que rescatarla, «asu-

⁵⁹ Esto es, como han señalado muchos autores, lo más habitual en la práctica; *vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, pp. 408 s.; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 296-299; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 24; el mismo, 2016, pp. 665 s., 672; GUERRERO LEBRÓN, 2004, pp. 189 s.; PÉREZ CARILLO, 2005, pp. 207 ss.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 177-179; BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 500.

miendo» –en sus propias palabras– los perjuicios causados a la entidad. Ambos reclamaron a la compañía aseguradora la indemnización de estos daños (art. 117 CP), pretensión que fue desestimada por la Sala de lo Penal de la AN. Consideró la Sala que tales daños se encontraban (válidamente) excluidos de cobertura por la cláusula 4.6 de la póliza y que tal exclusión debía serle oponible a Banesto, en la medida en que «en cuanto tomador del seguro, al mismo tiempo que perjudicado, conocía perfectamente estas cláusulas de exoneración y no puede razonablemente invocarse en este caso la especial tutela que al perjudicado brinda el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro»⁶⁰.

El Fondo de Garantía de Depósitos recurrió en casación este pronunciamiento de la Audiencia, que la Sala 2.^a del TS confirmó, con base en una argumentación que puede resumirse en dos ideas: (i) la de que el régimen de inoponibilidad de excepciones del artículo 76 LCS rige únicamente en el ámbito del seguro *obligatorio* de responsabilidad civil de automóviles, pero no en seguros voluntarios, y menos aún en seguros «de grandes riesgos»⁶¹ como el de Banesto; y (ii) la de que, en todo caso, el Fondo de Garantía de Depósitos no sería uno de los «perjudicados por el delito» legitimados para reclamar la responsabilidad civil *en el proceso penal* (art. 110 LECrim), sin perjuicio del posible ejercicio por su parte de acciones civiles ulteriores⁶². Como hemos visto, la primera de estas ideas se encuentra, desde hace tiempo, completamente superada en la jurisprudencia de la Sala 2.^a⁶³. En cuanto a la segunda, se refiere a una problemática ajena al objeto de este trabajo, en la que no podemos abundar⁶⁴. Pero sí merece especial atención, a los efectos que aquí interesan, el argumento de la AN –ni respaldado, ni refutado expresamente por la Sala 2.^a del TS– de acuerdo con el que lo dispuesto en el artículo 76 LCS no podría aplicarse al perjudicado que es a la vez *tomador* del seguro y que, en esta medida, ha *consentido* válidamente las exclusiones de cobertura contenidas en

⁶⁰ SAN (Penal) 16/2000, de 31 de marzo (FD 10.ºD).

⁶¹ Son seguros de grandes riesgos los contemplados en el artículo 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en particular –en lo que aquí interesa– los seguros de responsabilidad civil cuyo tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes: (i) activo total del balance: 6.200.000 euros; (ii) importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros; (iii) número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados. De acuerdo con el artículo 44, par. II LCS, tales seguros están dispensados del mandato general de imperatividad contenido en el artículo 2 LCS.

⁶² STS 2.^a 867/2002, de 29 de julio (FD 12.º).

⁶³ Todas las sentencias de la Sala citadas en la n. 58 se refieren a seguros *voluntarios* de responsabilidad civil.

⁶⁴ *Vid.*, por todos, ARNAIZ SERRANO, 2004, pp. 172-175.

la póliza (también las basadas en la particular gravedad de la conducta del asegurado)⁶⁵.

Esta decisión ha sido objeto de críticas por parte de numerosos autores, que han aducido que la *exceptio doli* ha de resultar tan inoponible al tomador del seguro como a cualquier otro perjudicado por la conducta del asegurado: el artículo 76 LCS no distingue⁶⁶. Muchos de ellos, sin embargo, matizan este reproche argumentando que, en cualquier caso, la AN y el TS habrían podido llegar a la misma conclusión por una vía más correcta: la de considerar oponible a Banesto –como a cualquier otro perjudicado– la exclusión de cobertura basada en la obtención de «beneficios ilícitos» por parte de los administradores (cláusula 4.1 de la póliza)⁶⁷. Pero este razonamiento pierde gran parte de su fuerza persuasiva si se tiene en cuenta que, en la interpretación de este precepto que consideramos más correcta, el artículo 76 LCS no solo declara inoponible al perjudicado la *exceptio doli*, sino *todas* las exclusiones de cobertura basadas en las características de la conducta del asegurado⁶⁸. Si se menciona específicamente el dolo de este último entre las «excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado» frente a las que se considera «inmune» la acción directa, ello se debe exclusivamente a que esta es la única de las exclusiones de cobertura de este tipo contemplada expresamente en la ley (art. 19 LCS). Por lo demás, parece razonable sostener que la obtención ilícita de beneficios contemplada en la cláusula 4.1 no era más que un *caso particular* de conducta dolosa que, de ser además constitutiva de delito, cabría también en la cláusula 4.6 que sirvió de base a las resoluciones de ambos tribunales⁶⁹. En lo tocante a su oponibilidad al perjudicado, no existía base alguna, a nuestro modo de ver, para tratar de forma diferente una y otra cláusula de la póliza.

⁶⁵ Esta misma conclusión ha alcanzado más recientemente la AN en su auto (Penal) 58/2016, de 19 de febrero, sobre el conocido como «caso Abengoa». Habiéndose imputado a los administradores de esta sociedad la comisión contra ella, en lo que aquí interesa, de un delito de administración desleal, el JCI exigió a uno de ellos una fianza para cubrir las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de una eventual condena, e inadmitió su prestación por parte de la compañía aseguradora que había suscrito con la sociedad un seguro *D&O* (AJCI núm. 3, 125/2015, de 11 de enero de 2016). La AN confirmó esta decisión, aunque con base en argumentos diferentes –y más vinculados con el tenor de la concreta póliza suscrita en el caso– de los empleados en el «caso Banesto».

⁶⁶ *Vid.*, en este sentido, IRIBARREN BLANCO, 2005, p. 308; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 666.

⁶⁷ Así, p. ej., PÉREZ CARRILLO, *RDS*, (20-1), 2003, pp. 201 s.; IRIBARREN BLANCO, 2005, pp. 306-308; el mismo, *ADC*, (7), 2006, n. 33 (p. 99); RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 666.

⁶⁸ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, 1985, pp. 663-666; el mismo, 2010, pp. 1781-1785; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 2002 s.; ELGUERO MERINO, 2017, pp. 1360-1364; VEIGA COPO, t. II, 2019, pp. 822-832.

⁶⁹ Así, SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 409.

Descartada esta alternativa de fundamentación de las sentencias analizadas, el criterio de los tribunales podría, a nuestro juicio, considerarse razonable desde cierto punto de vista: si se asume la premisa –compartida, como vimos, por buena parte de la doctrina⁷⁰– de que el artículo 76 LCS consagra una excepción ajena a la lógica del seguro *voluntario* de responsabilidad civil, tiene perfecto sentido sostener que, cuando se trata de esta clase de seguros, el precepto ha de ser objeto de una interpretación *restrictiva*. Sobre esta base, es plausible defender que, a efectos del régimen de oponibilidad de excepciones, donde el artículo 76 LCS habla de «perjudicado» se refiere únicamente a los *terceros* (al contrato) que padecen el daño, de manera que al tomador del seguro le serían oponibles las mismas excepciones que al propio asegurado⁷¹. Este razonamiento conduciría, sin embargo, a una conclusión ciertamente paradójica: de entre todos los perjudicados por la conducta del asegurado, la compañía aseguradora tendría menos obligaciones *precisamente* respecto del único que le paga primas a cambio de la cobertura del riesgo.

La única forma de deshacer la paradoja pasa por argumentar – como hizo, por cierto, la AN en el «caso Banesto»– que, si se protege menos al tomador respecto de otros perjudicados, ello se debe a que el primero (a diferencia de los segundos) ha *consentido* las exclusiones de cobertura previstas en la póliza, con base en las que, entre otros aspectos, se ha calculado la prima del seguro⁷². Y es que una compañía aseguradora que hipotéticamente se aviniera a cubrir el dolo del asegurado lo haría a cambio de una prima (mucho) más elevada. Pero este argumento solo opera con una condición: la de que la exclusión de cobertura del dolo del asegurado proclamada en el artículo 19 LCS tenga carácter *dispositivo*. Si, por el contrario, las partes no pueden (aunque quieran) pactar la cobertura de la mala fe del asegurado, entonces la eventual conformidad del tomador con la exclusión de dicha cobertura *no significará nada*: nadie pactaría una prima más baja por dejar de cubrir un riesgo que, de todas formas, *no puede asegurarse*.

Esto último nos conduce a la pregunta fundamental a la que trataremos de dar respuesta en este epígrafe: ¿regiría la exclusión de cobertura del dolo del asegurado declarada en el artículo 19 LCS

⁷⁰ Vid. n. 55.

⁷¹ Desde este punto de vista, si la sociedad quisiera asegurarse frente al dolo de sus administradores, no debería emplear para ello un seguro de responsabilidad civil –seguro que, no ha de olvidarse, se contrata *en interés de estos últimos*, como asegurados–, sino a un *seguro de daños* del que ella misma fuera asegurada y que la protegiera de dicho riesgo; como quien, p. ej., contrata un seguro contra el robo para proteger su propiedad de eventuales sustracciones dolosas por parte de terceros (arts. 50-53 LCS).

⁷² Cercano a esta línea, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, p. 95; el mismo, *InDret*, (1), 2005, pp. 10 s.; el mismo, 2016, pp. 650 s.

incluso en caso de un hipotético pacto en contrario⁷³? No se nos escapa que la relevancia de esta cuestión, al menos en las circunstancias actuales, es meramente *teórica*: la mayoría de las pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores societarios *excluyen expresamente* –con diferentes formulaciones– la cobertura de los daños derivados de conductas dolosas de los asegurados⁷⁴. Abordarla puede, sin embargo, resultar de utilidad para despejar algunos equívocos que, a nuestro juicio, siguen dominando el debate sobre la responsabilidad civil por dolo y su aseguramiento. Por lo demás, no puede descartarse sin más la posibilidad de que, bajo determinadas condiciones⁷⁵, una sociedad pueda tener interés en «blindar» a sus administradores frente a su eventual responsabilidad (civil) *incluso* por conductas dolosas y esté dispuesta a pagar por ello una prima *tan alta* que alguna compañía aseguradora se avenga a cubrir este riesgo, a pesar de la evidente dificultad de calcular estadísticamente la probabilidad de que se produzca un siniestro.

La doctrina defiende, sin embargo, de manera abrumadoramente mayoritaria, que cualquier pacto en este sentido sería *nulo*, por mucho que favoreciera al asegurado y aunque se adoptase en un seguro de grandes riesgos; una idea que, aunque de forma normalmente menos explícita, también parece latir bajo la mayoría de las resoluciones judiciales al respecto⁷⁶. Los argumentos que se emplean para defender esta tesis son fundamentalmente dos, si bien, por las razones que en adelante expondremos, no nos resultan del todo convincentes.

El primero de los argumentos consiste en sostener que un eventual aseguramiento del dolo «desnaturalizaría» el contrato de seguro, al privarlo de la nota de *aleatoriedad* que le es inherente⁷⁷. Esto,

⁷³ Este pacto sería, sin duda, una de las «cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado» respecto de las que no opera el mandato de imperatividad del artículo 2 LCS. Y de este mandato se excluyen, en cualquier caso, los seguros de grandes riesgos (*vid.* n. 61), categoría a la que suelen pertenecer en la práctica los seguros de responsabilidad civil de administradores societarios; así lo indican RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 71-75; el mismo, 2016, p. 648; IRIBARREN BLANCO, 2005, p. 33.

⁷⁴ *Vid.* n. 59.

⁷⁵ Piénsese, p. ej., en una sociedad interesada en «captar» administradores altamente prestigiosos –y, precisamente por ello, especialmente aversos al riesgo de responsabilidad– y que opera en ordenamientos jurídicos extraordinariamente «laxos» en cuanto a la apreciación del dolo; o en los que resulta frecuente calificar como dolosas-eventuales (y no como meramente imprudentes) las conductas de los administradores consistentes en la celebración de negocios de riesgo. Al respecto, *vid.* COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019, pp. 2-5.

⁷⁶ Sin ir más lejos, en su citada sentencia sobre el «caso Banesto» la Sala 2.^a declara que «no puede incluirse válidamente en la cobertura de la responsabilidad civil la ocasionada por hechos delictivos fraudulentos o dolosos, aunque hayan sido aceptadas por el asegurador, ya que es un principio general no discutido el de la no asegurabilidad del dolo criminal, pues sería contrario a la moralidad y la ética que la gente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le puedan derivar de sus propios comportamientos delictivos» (STS 2.^a 867/2002, de 29 de julio, FD 12.^o).

⁷⁷ Así, p. ej., FONT RIBAS, 1999, p. 93; BADILLO ARIAS, 2017, pp. 470 s.; VEIGA COPO, t. I, 2019, pp. 58, 686.

sin embargo, parece desmentirlo, sin ir más lejos, la propia LCS, que sin duda permite celebrar seguros de daños que cubren el riesgo de lesión dolosa del interés asegurado: este es, por definición, el caso del seguro contra el robo (art. 50-53 LCS), y también el seguro de incendios cubre por defecto los daños causados «por malquerencia de extraños» (art. 48, par. I LCS). Puede, por supuesto, replicarse, que lo que elimina la aleatoriedad del seguro es solo la cobertura de conductas dolosas *del propio asegurado*, razonamiento que parece basarse en la idea de que para una de las partes (precisamente el asegurado) esta clase de conductas no son simplemente –como para la compañía aseguradora– un acontecimiento más o menos probable, sino una *certeza*, desde el momento en que decide ejecutarlas.

Frente a ello, no obstante, cabe aducir, al menos, dos argumentos. El primero se basa, de nuevo, en el Derecho positivo: ¿acaso deja de ser un seguro el seguro de vida, cuando, como dispone el artículo 93 LCS, cubre, salvo pacto en contrario, el riesgo de suicidio del asegurado⁷⁸? Pero es el segundo el que resulta, a nuestro juicio, más convincente. Y es que, a los efectos que aquí interesan, los comportamientos dolosos del asegurado son indistinguibles de los meramente imprudentes, e incluso de los perfectamente correctos. Desde la perspectiva de la compañía aseguradora, todos ellos son eventos aleatorios respecto de los que es posible, en todo momento, realizar un juicio de pronóstico sobre la *probabilidad* de que concurran, basado en la información (siempre limitada) que esté disponible. En efecto, la predicción del posible comportamiento doloso futuro de las personas no es imposible⁷⁹; de hecho, existen instrumentos actuariales muy desarrollados capaces de estimar el riesgo de reincidencia de los autores de delitos con un alto grado de sensibilidad⁸⁰. Por otra parte, desde el punto de vista del asegu-

⁷⁸ Máxime, entendiendo por «suicidio», como establece el mismo precepto, «la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado». No se nos escapa, sin embargo, que este argumento tiene una fuerza solo relativa: probablemente, la ley piensa en el suicida como una persona por hipótesis psicológicamente desequilibrada, cuyas decisiones «conscientes y voluntarias» son, por tanto, en cierto sentido, «más aleatorias» que las de un individuo normal.

⁷⁹ De hecho, de acuerdo con lo que señalan BAKER/GRIFFITH, *Univ. Chic. Law Rev.*, (74), 2007, p. 500, parece que uno de los factores que las compañías aseguradoras tienen en cuenta a la hora de decidir sobre la oferta de condiciones de un seguro *D&O* es, precisamente, la probabilidad de que los administradores de la sociedad tomadora lleven a cabo conductas «fraudulentas» contra la sociedad o contra terceros.

⁸⁰ *Vid.* MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, (2), 2014, pp. 33-36. Cosa bien distinta es que se encuentre justificado el uso de estos pronósticos de peligrosidad para decidir, p. ej., sobre la aplicación de medidas de seguridad penales o la concesión de beneficios penitenciarios; lo que resulta problemático tanto por el escaso valor predictivo positivo de los mencionados instrumentos (así, LA MISMA, *InDret*, (2), 2014, pp. 27-43; PUENTE RODRÍGUEZ, *RGDPr*, (47), 2019, p. 20; el mismo, 2020, pp. 135 s.), como –sobre todo– por razones normativas; *vid.*, en este sentido, MARTÍNEZ GARAY, 2019, pp. 169-192, 197-199; PUENTE RODRÍGUEZ, 2020, *passim* (especialmente pp. 133-143).

rado, ello dependerá de que haya tomado ya o no la *resolución firme* de llevar a cabo la conducta en cuestión: si lo ha hecho, la concurrencia del hecho generador del daño será para él una *certeza*, ya se trate de una conducta dolosa, imprudente o sencillamente correcta respecto del siniestro; si no lo ha hecho –como normalmente será el caso en el momento de contratar el seguro–, el mismo hecho será, como para la aseguradora, una eventualidad más o menos *probable* (y, de nuevo, con independencia de que se trate o no de un comportamiento doloso). Resulta así que, dependiendo de la perspectiva que se adopte, habrá propiamente *alea* o no lo habrá, pero ello *no dependerá* en ningún caso del carácter doloso de la conducta del asegurado.

Por otro lado, el segundo y más frecuente de los argumentos con los que suele defenderse la inasegurabilidad del dolo consiste en afirmar la contrariedad al «orden público» (art. 1255 CC)⁸¹ del aseguramiento de la mala fe del asegurado. Quienes defienden esta tesis suelen alinear lo dispuesto en el artículo 19 LCS con la prohibición de la renuncia (anticipada) a la exigencia de responsabilidad contractual por dolo declarada en el artículo 1102 CC –cuyo equivalente societario sería el citado artículo 230.1 LSC– y con la interdicción, establecida en el artículo 1256 CC de que «la validez y el cumplimiento de los contratos» se dejen «al arbitrio de uno de los contratantes». Bajo el razonamiento de estos autores subyace, en el mejor de los casos⁸², un argumento que ya nos resulta conocido, y no es otro que el del riesgo moral⁸³: el aseguramiento de la responsabilidad civil por dolo, al igual que la renuncia anticipada a exigirla generaría *incentivos perversos* para el incumplimiento doloso de las obligaciones (y de ahí las prohibiciones legales citadas)⁸⁴.

Frente a ello puede aducirse de nuevo, en primer lugar, que *asegurar no es exonerar*. En este sentido, cabe perfectamente defender que los artículos 1102 CC y 230.1 LSC, por un lado, y el artículo 1256 CC, por otro, responden a lógicas diferentes entre sí y –sobre todo, en lo que aquí interesa– distintas de la del artículo 19

⁸¹ En la doctrina alemana, a las «buenas costumbres» (§138.1 BGB); *vid.* DREHER, *VersR*, (66), 2015, p. 789.

⁸² Pues no faltan autores que se limitan a enunciarla, como si fuera una evidencia, sin dedicar una línea a fundamentarla; así, p. ej., SÁNCHEZ CALERO, 1984, p. 273; el mismo, 2010, p. 447; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, 1998, *passim* (especialmente, pp. 70 s., 141-147); PÉREZ CARRILLO, 1999, p. 259; MONTÉS PENADÉS, 2007, p. 743; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 385 s.; BADILLO ARIAS, 2017, p. 465; VEIGA COPO, t. I, 2019, p. 58.

⁸³ *Vid.* el texto al que acompañan las nn. 29-31.

⁸⁴ Así, ya HEFT, *CLR*, (67), 1967, pp. 718-722; ALONSO SOTO, 1977, *passim* (especialmente, p. 337); y, más recientemente, IRIBARREN BLANCO, 2005, *passim* (especialmente, pp. 84 s., 94-96); SHARKEY, *Md. L. Rev.*, (64-1), 2005, *passim* (especialmente, 434-437, 451 s.); BAKER, 2009, pp. 66 ss., que, sin embargo, combina este argumento con otros de índole estrictamente moral (pp. 70 ss.).

LCS⁸⁵. Así, puede afirmarse que lo que dota de sentido a los dos primeros preceptos es una suerte de presunción *iuris et de iure* de que ninguna de las partes que contrata en estas condiciones tiene realmente voluntad de obligarse⁸⁶; y, en relación con el segundo, en palabras de la STS 1.^a 406/2016, de 15 de junio (que suscribimos por completo) que

«con seguridad no puede darse al artículo 1256 CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código: si ‘las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos’, no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente [...] en el contrato mismo de que se trate» (FD 2.^o).

Pero esta argumentación, por convincente que sea, vuelve a dejarnos inermes ante a la evidencia de que, *a los efectos del riesgo moral*, el aseguramiento de la responsabilidad y la renuncia anticipada a exigirla son idénticos. Frente a ello solo cabe, de nuevo, la refutación de dicho argumento. No obstante, en este punto, podemos simplemente remitirnos a lo señalado al respecto más arriba: las tesis defendidas con carácter general en relación con la responsabilidad civil en sentido estricto –la de que carece de función preventiva; y la de que, aunque la tuviera, la contratación de un seguro de responsabilidad civil, lejos de neutralizarla, podría, de hecho, coadyuvar a ella– valen exactamente igual para la responsabilidad civil por dolo⁸⁷. Desde esta perspectiva, la solución vuelve a ser la misma: si hay razones para permitir el seguro de la culpa, las mismas razones existen para permitir el seguro del dolo.

Aún cabría, sin embargo, una última alternativa de fundamentación del carácter imperativo del artículo 19 LCS; un razonamiento que, aunque no suele aparecer de forma explícita en los análisis doctrinales de esta materia, en el fondo no es más que una suerte de «refinamiento» de los argumentos de la pérdida de aleatoriedad y del riesgo moral que acabamos de exponer. De acuerdo con esta lógica, lo que el precepto trataría de evitar a toda costa es que una persona *firmente resuelta a la causación de un daño* se asegura-

⁸⁵ Esto mismo sostiene, en relación con el Derecho alemán, DREHER, *VersR*, (66), 2015, pp. 784, 789.

⁸⁶ Los artículos 1102 CC y 230.1 LCS vendrían a ser, así, un equivalente funcional de la «*intention to create legal relations*» que el Derecho anglosajón requiere para la formación del contrato. *Vid.*, en sentido similar, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, p. 57; LLEBOT MAJÓ, 2016, pp. 38 s.

⁸⁷ Parece sostener lo contrario (aunque no lo fundamenta en absoluto) SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 399, para quien la responsabilidad civil por dolo, a diferencia de la responsabilidad civil por culpa, habría conservado una función sancionadora.

se frente a la responsabilidad de causarlo, *ocultando sus intenciones a la compañía aseguradora*, de manera que esta –estimando como meramente probable el acaecimiento de un daño en realidad cierto– le ofreciera cobertura a cambio de una prima muy inferior al importe de la responsabilidad: un auténtico *fraude* al seguro. Pero, al margen de que esta maniobra podría ser en sí misma constitutiva de un delito de estafa consumado o en grado de tentativa (art. 248 ss. CP), lo cierto es que para impedir sus perniciosos efectos *no es necesario prohibir el aseguramiento del dolo*; basta con una aplicación rigurosa de lo previsto en los artículos 10-12 LCS.

De acuerdo con estos preceptos, el tomador del seguro –y, en caso de que no coincida con el anterior, el asegurado– tienen la obligación de declarar al asegurador cualquier circunstancia capaz de influir al alza en la valoración del riesgo de que acaezca el siniestro, ya exista aquella al momento de contratar (art. 10 LCS) o sobrevenga durante la vigencia del seguro (arts. 11 LCS). El incumplimiento doloso de este deber *libera* a la compañía aseguradora de su prestación, permitiéndole retener las primas ya abonadas por el tomador (arts. 10 y 12 LCS). Pues bien, no cabe duda de que la intención –originaria o sobrevinida– del asegurado de causar el daño objeto del seguro es una circunstancia que agrava muy sustancialmente el riesgo asegurado, convirtiendo lo meramente probable en una auténtica *certeza*; por lo que, si no existiera el artículo 19 LCS, cabría esperar que cualquier asegurador incluyera una pregunta al respecto en el cuestionario al que se refiere el artículo 10 LCS⁸⁸. Ninguna compañía aseguradora que conociera esta circunstancia consentiría cubrir el riesgo a cambio de una prima inferior al importe esperado del daño, por lo que, en tal caso, el seguro nunca llegaría a celebrarse. Y si, por el contrario, *se le ocultase dolosamente* esta información al asegurador, este quedaría, en cualquier caso, liberado. En definitiva, aunque es posible que una prohibición imperativa de aseguramiento del dolo sirva como instrumento para evitar fraudes como el que acaba de describirse, para este viaje –si se nos permite– no hacen faltan estas alforjas.

Como conclusión de todo lo anterior, parece que no existe ninguna razón decisiva para sostener que la exclusión de cobertura del dolo declarada en el artículo 19 LCS rige incluso en caso de pacto en contrario. Todo lo que puede aspirarse a conseguir con un artículo 19 imperativo, lo logran ya, sin necesidad de ningún mecanismo

⁸⁸ E incluiría, además, en el clausulado de la póliza un recordatorio de la obligación del asegurado de informar al asegurador en caso de dicha intención le sobreviniera con posterioridad a la celebración del contrato.

«antifraude» adicional, los artículos 10 y 12 LCS. De ahí que consideremos recomendable, *de lege ferenda*, la *supresión* del precepto o, al menos, la aclaración expresa de su carácter *dispositivo* en toda clase de seguros. En tanto esto no ocurra –y lo cierto es que, a la vista del Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011 (en adelante, APLCS), no parece que vaya a ocurrir pronto⁸⁹–, sería aconsejable, a nuestro juicio, una *interpretación restrictiva* del artículo 19 LCS, limitando su aplicación a los supuestos de *dolo directo* (intención) del asegurado: los únicos en los que cabe plantearse la posibilidad de que se produzcan fraudes como los que acaban de describirse. Excluir imperativamente la posibilidad de asegurar el *dolo eventual* del asegurado solo puede perseguir finalidades que, de acuerdo con lo que hemos argumentado, son ajenas tanto al Derecho de daños como al propio Derecho de seguros⁹⁰.

3. LAS PRETENSIONES REINTEGRADORAS DE DERECHOS SUBJETIVOS

El segundo de los grandes bloques de pretensiones que configuran lo que al comienzo del apartado 2 del trabajo hemos denominado «responsabilidad civil en sentido amplio» lo integran, como allí apuntamos, las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos. Aunque el análisis doctrinal de esta clase de pretensiones ha girado fundamentalmente en torno a derechos *absolutos* –como la propiedad (art. 33 CE), los derechos de propiedad intelectual e industrial (derechos de autor, patentes, marcas, etc.) o los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, o los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE)–, lo cierto es que la *pretensión de cumplimiento* que funciona, en nuestro ordenamiento, como «remedio» más básico frente al incumplimiento de los derechos de crédito (art. 1088 CC) –así como las acciones a ella vinculadas de cesación, remoción y atribución, si procede, del *commodum representationis* (art. 1186 CC)– encajan perfectamen-

⁸⁹ A los efectos que aquí interesan, el documento se limita a reproducir la regulación actualmente vigente (*vid.* art. 20.1 APLCS).

⁹⁰ Esta es, de hecho, la interpretación mayoritaria en Alemania, donde la doctrina en ningún caso extiende la (supuesta) contrariedad a las «buenas costumbres» del aseguramiento del dolo (*vid.* n. 81) a los supuestos de dolo eventual; así, p. ej., DREHER, *VersR*, (66), 2015, pp. 783, 793. Una definición de dolo aparentemente restringida al dolo directo sostiene, a estos efectos, ALONSO SOTO, 1977, pp. 41 s., 317-320. En otros pasajes de la misma obra, sin embargo, el autor parece entender incluido en el concepto el dolo eventual; *vid.* n. 20 (p. 42), pp. 81 s.

te en esta categoría, como enseguida veremos, tanto desde el punto de vista estructural como funcional⁹¹.

La función de estas pretensiones es, como su propio nombre indica, la de *reintegrar* un derecho subjetivo que ha sido infringido: si la infracción de un derecho subjetivo supone siempre un «desajuste» entre el estado de cosas *real* y el que el ordenamiento jurídico *garantiza* al titular del derecho, las pretensiones reintegradoras tienden ni más ni menos que a «*reajustar*» ambos estados de cosas⁹². De este modo, la *mera infracción* de un derecho —la intromisión de otra persona en el ámbito protegido por un derecho absoluto o el incumplimiento de un derecho de crédito por parte del deudor—, con o sin culpa, y cause o no un daño a su titular (o al acreedor)⁹³, hace nacer a favor de este último una pretensión frente al infractor para que reintegre el derecho afectado. Y, de acuerdo con la función de «*reajuste*» que la caracteriza, esta pretensión faculta al titular del derecho a exigir a quien lo infringe (i) que *cese* en la intromisión; (ii) que remueva sus efectos, de forma que se *restablezca* el estado de cosas lícito; y (iii) —en su caso— que le *res-tituya* aquello que, desde el punto de vista patrimonial, el ordenamiento jurídico le atribuía en exclusiva: el «contenido de atribución» (*Zuweisungsgehalt*) del derecho que el infractor le ha «usurpado» (aunque sea de buena fe).

El funcionamiento de esta clase de pretensiones toma como modelo la acción *reivindicatoria*. Si Ana es propietaria de un anillo de plata, que Beatriz le sustrae dolosamente y con ánimo de lucro (art. 234 CP), Ana tiene, como es evidente, derecho a que Beatriz le devuelva el anillo; derecho que puede exigir en el propio proceso penal en el que Beatriz sea condenada por un delito de hurto (arts. 110.1.º y 111 CP) o en un proceso civil ulterior (art. 348, par. II CC). Y el mismo derecho tiene Ana si Beatriz —encaprichada del anillo por razones sentimentales, pero no queriendo dejar a Ana con las manos vacías— se lleva el anillo de plata de Ana, abandonando en el mismo lugar un anillo de diamantes mucho más valioso con la intención de que esta lo haga suyo por ocupación (art. 609, par. I CC): la reivindicatoria, como todas las pretensiones de reintegración —y a diferencia de las de responsabilidad civil en sentido estricto— es independiente del *daño*. Pero supongamos, en tercer

⁹¹ Así, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1043, 1047; BASOZABAL ARRUE, *RDC*, (7-3), 2020, pp. 27 s.; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a n. 33.

⁹² *Vid.*, en este sentido, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, p. 1280; el mismo, 1998, pp. 88 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, p. 1175.

⁹³ Así, entre muchos otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 238; PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1972; el mismo, *Diario La Ley*, (2), 1996, *passim* (especialmente, pp. 3, 8); el mismo, *AFDUAM*, (4), 2000, p. 168; y en particular, respecto de la pretensión de cumplimiento contractual, el mismo, *ADC*, (44-3), 1991, p. 1046.

lugar, que tanto Ana como Beatriz son propietarias de sendos anillos de plata prácticamente indistinguibles entre sí, de manera que, al ir a recogerlos después de dejarlos sobre un lavabo para lavarse las manos, cada una se lleva por error (invencible) el anillo de la otra. ¿Acaso no tiene cada una, en cualquier caso, el derecho a exigir a la otra que le devuelva su anillo? La respuesta es obviamente que sí, y ello se debe a que la reivindicatoria –de nuevo, como todas las pretensiones reintegradoras– no solo es independiente del daño sino también de la *culpa* del infractor. Las pretensiones de reintegración de derechos no exigen otro criterio de imputación de la responsabilidad que la intromisión («objetiva») en el derecho protegido en cuestión.

Esta misma lógica puede aplicarse a todos los derechos absolutos, personales y patrimoniales, reconocidos por el ordenamiento. Y la misma independencia del daño (y de la culpa) ha de predicarse de las pretensiones reintegradoras de derechos *de crédito* vinculadas a la pretensión de cumplimiento. Así, si un administrador societario usa sin permiso, en su propio beneficio, los ficheros de datos personales de los clientes de la sociedad –incumpliendo así su deber *contractual* de lealtad frente a esta (art. 229.1.c LSC)–, la sociedad puede sin duda exigirle que cese inmediatamente en su conducta y que remueva, en su caso, los efectos generados por la infracción (ficheros adicionales de datos creados, publicidad sobre un negocio personal enviada a los clientes, etc.) sin necesidad alguna de probar que la conducta del administrador le ha causado un daño⁹⁴.

Todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico se encuentran amparados por pretensiones de reintegración como las expuestas, que se «activan» con la *simple vulneración* del derecho y representan, por así decirlo, el núcleo mínimo de lo que supone ser titular de un derecho subjetivo. Pero los derechos subjetivos con contenido de atribución –aquellos que, desde el punto de vista patrimonial, garantizan a su titular un ámbito de aprovechamiento en exclusiva o, si se quiere, un «monopolio de explotación»⁹⁵– son objeto de una forma de tutela reintegradora adicional, igualmente independiente de la culpa y del daño: la *restitutoria*. Este es el ámbito propiamente dicho de las acciones de «enriquecimiento injusto»,

⁹⁴ La concepción –aquí plenamente compartida– de las acciones sociales de cesación y remoción derivadas de la infracción por parte de los administradores de su deber de lealtad frente a la sociedad como manifestaciones de la pretensión de cumplimiento contractual ha sido defendida, entre otros, por MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 45, 49.

⁹⁵ Así, Díez-Picazo y Ponce de León, 2007, p. 252. Sobre el concepto de «contenido de atribución» como atributo de ciertos derechos subjetivos, *vid.* solo Basozabal Arrue, *ADC*, (3), 1997, p. 1267; el mismo, 1998, pp. 113-128; Vendrell Cervantes, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1129-1142, 1231.

«injustificado» o «sin causa» que, al menos en ordenamientos como el español –en el que la restitución de prestaciones derivada de la ineficacia contractual (arts. 1303-1308 y 1314 CC), la gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. 1888-1894 CC) y el cobro de lo indebido (arts. 1895-1901 CC) son objeto de una regulación específica– se ciñe a una sola pretensión reintegradora de derechos: la llamada «*condictio* por intromisión» (*Eingriffskondiktio*).

La propiedad proporciona, de nuevo, los ejemplos más claros para comprender el funcionamiento de esta institución. A estos efectos, supongamos que Ana toma sin permiso los aperos de labranza de Beatriz y los emplea para arar su propia finca. El que Beatriz sea propietaria de tales utensilios significa, entre otras cosas, que el ordenamiento le atribuye su explotación *en exclusiva*: solo Beatriz y las personas a las que ella autorice puede sacar rendimientos de ellos. Dicha autorización –o «licencia»– tiene, evidentemente, un precio: lo que cuesta alquilar unos aperos de labranza equivalentes en el mercado. Y este es, precisamente, el coste que se ha ahorrado Ana utilizando sin permiso los utensilios de Beatriz para arar su finca. De esta forma, Ana se ha enriquecido «usurpando» a Beatriz *algo que es suyo*, un valor que el ordenamiento jurídico, como propietaria, le atribuye en exclusiva: la licencia que, hipotéticamente, le habría tenido que abonar Ana por usar sus aperos de labranza, si esta le hubiera pedido permiso para hacerlo. Este es el objeto de la *condictio* por intromisión que Beatriz puede ejercitar frente a Ana para la *reintegración* de su derecho de propiedad. Y, como todas las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos, la *condictio* es totalmente independiente de la culpa y el daño⁹⁶. Ana debe restituir a Beatriz la licencia hipotética de los aperos por mucho que los haya tomado de buena fe (por ejemplo, porque un error invencible la ha llevado a confundirlos con los suyos propios), y por mucho que con su conducta no haya causado a Beatriz daño alguno, ni siquiera en forma de lucro cesante (por ejemplo, porque esta no iba a darles ningún uso durante el tiempo en que los utilizó Ana y, de hecho, pensaba destruirlos esa misma tarde).

De nuevo, esta lógica puede extrapolarse fácilmente a derechos subjetivos más «espiritualizados», pero igualmente dotados de un contenido de atribución. De hecho, el ámbito de aplicación paradigmático de la *condictio* es el de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En efecto, la infracción de una patente o de los derechos de autor sobre una obra –por poner dos ejemplos particu-

⁹⁶ *Vid.*, por todos, BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 94 s., 100 s; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 142-158, 167-168.

larmente claros— faculta *en todo caso* al titular a reclamar al infractor lo que este habría tenido que abonarle para la concesión de una licencia de explotación, por mucho que la intromisión en el derecho haya sido completamente inocente y de que su titular no haya sufrido ningún daño (o incluso se haya beneficiado)⁹⁷. El derecho de este a la licencia hipotética es tan independiente de estos factores como lo es su derecho a exigir que la intromisión *cese* inmediatamente (art. 71.1.a LP, art. 138 LPI). Estos remedios *reintegradores* le corresponden por el simple hecho de que la patente o los derechos de autor en cuestión son *suyos* y el ordenamiento jurídico le garantiza su explotación en exclusiva.

Pero no solo los derechos absolutos de carácter patrimonial tienen un contenido de atribución amparable por medio de la *condictio*. Aunque este es el caso más habitual, lo mismo puede predicarse de algunos derechos de la personalidad, como la intimidad y la propia imagen, cuyo titular puede explotar económicamente en el mercado con carácter exclusivo (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en relación con el derecho al honor⁹⁸). Y también existen, por último, algunos derechos de crédito de los que puede predicarse un funcionamiento al menos asimilable: las obligaciones de «entregar una cosa determinada», en las que la pérdida de la cosa *sin culpa* del deudor determina la extinción del crédito (art. 1182 CC), pero de tal modo que corresponden al acreedor —en lugar de su derecho a la entrega de la cosa (pretensión de cumplimiento)— «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta» (art. 1186 CC): el llamado «*commodum representationis*». Este es, precisamente, el contenido de atribución que el ordenamiento reconoce al titular del *ius ad rem*; contenido que al igual que los frutos de la cosa debida (art. 1095 CC), le corresponde desde el momento en que nace la obligación de entregarla. En este sentido, cuando el acreedor reclama el *commodum* al deudor, no hace más que ejercitar una pretensión *reintegradora* de su derecho de crédito, asimilable a la *condictio*, y que —por su propia naturale-

⁹⁷ *Vid.*, en este sentido, BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 94 s., 100 s. Proporciona un magnífico ejemplo de ello el famoso caso «Ariston», resuelto por el *Reichsgericht* alemán en su sentencia 8 de agosto de 1895 (*RGZ*, 35, pp. 63 ss.). Como relata BASOZABAL ARRUE, se trataba de un supuesto «en el que el demandado había utilizado composiciones musicales del demandante sin su permiso para su reproducción y difusión a través de un aparato musical mecánico, este sí, inventado y construido por el propio demandado». Sin embargo, «no existía un daño en el sentido de la teoría de la diferencia; por el contrario, el demandante y su obra habían ganado cierta popularidad gracias a la acción intromisiva» (*ADC*, (3), 1997, pp. 1264 s.). Este es, de hecho, el caso en el que tiene su origen la doctrina del método triple de cómputo del daño a la que hicimos referencia en la n. 35.

⁹⁸ Así, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007 pp. 253 s.; PANTALEÓN PRIETO, *Diario La Ley*, (2), 1996, n. 25; BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 172; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1149-1162, 1231. *Vid.*, en sentido similar, DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 119 s.

za— es tan independiente de la culpa y del daño como la pretensión de cumplimiento⁹⁹.

La somera exposición del funcionamiento de la *condictio* por intromisión que acabamos de llevar a cabo permite llamar la atención sobre un elemento fundamental para distinguir esta pretensión de otras instituciones (señaladamente, del decomiso de ganancias): como pretensión *reintegradora* de derechos subjetivos que es, la función de la *condictio* es restituir al titular del derecho *lo que es suyo* (y nada más). En este sentido, a pesar de que la *condictio* por intromisión se estudia generalmente en el marco del Derecho del enriquecimiento injustificado, ni presupone la obtención de un *beneficio* por parte del infractor, ni faculta al titular del derecho infringido a apropiarse de *todas* las ganancias obtenidas por aquel como consecuencia de la intromisión¹⁰⁰. Si un administrador societario, infringiendo su deber de lealtad (art. 229.1.c LSC) explota sin permiso, en su propio interés, una patente de la sociedad, esta tiene derecho a exigirle la licencia hipotética que habría tenido que abonar para explotarla lícitamente, *aunque el administrador lo haya hecho con pérdidas*. Cualquier otra solución permitiría a este último usurpar a la sociedad lo que es suyo —el contenido de atribución de su derecho de patente— ¡y además hacerlo a riesgo de esta última! Pero, por la misma lógica, si el infractor consigue explotar hábilmente la patente y obtener con ello pingües beneficios, la única parte de ellos que corresponderá a la sociedad *para la reintegración de su derecho de patente* será, de nuevo, la licencia hipotética. El resto del beneficio obtenido por el administrador es producto de su talento, no de algo que el ordenamiento atribuya a la sociedad en exclusiva, por lo que no tiene ningún sentido (desde el punto de vista de la lógica restitutoria) que esta última se lo apropie: si lo hiciera, ¡sería ella la que se enriqueciera injustamente!

Es importante, así pues, no confundir una pretensión reintegradora de derechos subjetivos como la *condictio* por intromisión con una forma diferente de «responsabilidad civil» (en sentido

⁹⁹ Vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (44-3), 1991, pp. 1021 s., 1050; BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 181; el mismo, *RDC*, (7-3), 2020, pp. 27 s. La principal discusión al respecto continúa siendo la de si dicha pretensión permite al acreedor exigir también el llamado «*commodum ex negotiatione*»: el precio que el deudor hubiera obtenido de la venta a un tercero de la cosa debida. Un excelente resumen de las diferentes posiciones al respecto puede encontrarse en RUIZ ARRANZ, *ADC*, (71-4), 2018, pp. 1451-1457, que termina decantándose por la respuesta negativa.

¹⁰⁰ Así, entre otros, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, pp. 1296-1298, 1296 s.; el mismo, 1998, pp. 89-93, 333 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. pp. 1166-1191. *Cfr.*, en sentido contrario, GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, *passim*; y, de forma especialmente radical, GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 57-59, 63 s., que llega a proponer, sobre esta base, que las ganancias decomisadas como consecuencia de la comisión de delitos contra bienes jurídicos individuales se atribuyan a la víctima del delito, en lugar de al Estado.

amplio) reconocida en nuestro ordenamiento, que legitima al titular de un derecho infringido a apropiarse de todos los *beneficios* obtenidos por el infractor a través de la intromisión. Así, por ejemplo, el artículo 9.2.d de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, LO 1/82) adjudica al titular del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen infringido «el lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos»; una medida que, evidentemente, va mucho más allá de la restitución, en su caso¹⁰¹, del contenido de atribución de estos derechos de la personalidad. En la misma línea, el artículo 227.2 LSC dispone que «la infracción del deber de lealtad determinará [...] la obligación [...] de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador», cuando lo cierto es que la simple vulneración de ese deber –salvo, por supuesto, que se una a la infracción *adicional* de un derecho societario con contenido de atribución¹⁰²– casi nunca supone la usurpación por parte del administrador de algo que legítimamente «pertenezca» a la sociedad¹⁰³. Y lo mismo cabe decir, como veremos, de la obligación de quien recibe «por título lucrativo» efectos procedentes de un delito, en el que no ha intervenido como autor ni como partícipe, de «restituirlos» a las personas legitimadas, en su caso, para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal (art. 122 CP)¹⁰⁴. Desde el punto de vista funcional, estas normas no tienen *nada que ver* con la devolución a los titulares de derechos subjetivos de lo que es suyo, sino que persiguen una finalidad inequívocamente *disuasoria*, al modo de un «deco-

¹⁰¹ Pues el honor carece, como ya hemos visto, de contenido de atribución; *vid.* n. 98 y el texto al que acompaña.

¹⁰² Como en el ejemplo antes examinado del administrador que explota sin permiso en su propio beneficio una patente de la sociedad.

¹⁰³ Así, MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 20-26; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 38-42. Pese a ello, no faltan autores que continúan calificando impropriamente esta pretensión como una «*condictio*» (RIBAS FERRER, 2011, p. 1624) o como una acción de «enriquecimiento injusto» (GALLEGO SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 1602-1607; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, *passim*). GALLEGO SÁNCHEZ aclara, sin embargo, que no se trata de una acción de enriquecimiento injusto «en sentido estricto», en la medida en que, a diferencia de esta última no requiere un empobrecimiento del demandante correlativo al enriquecimiento del demandado, ni es subsidiaria de la acción de daños (pp. 1603-1606); dos rasgos que, sin embargo, como hemos visto, en absoluto caracterizan a las acciones de enriquecimiento sin causa por antonomasia en el Derecho español: la *condictio* por intromisión.

¹⁰⁴ *Cfr.*, sin embargo, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 149; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, p. 3, reflejando la opinión mayoritaria al respecto en la doctrina penalista. MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley*, (8231), 2014, llega a señalar, en este sentido, de forma ciertamente confusa, que el precepto responde al mismo tiempo «al viejo apotegma de que nadie debe enriquecerse en perjuicio del prójimo» y a la «nulidad de los negocios civiles por causa ilícita conforme a lo dispuesto en el artículo 1305 CC» (p. 1).

miso privado de ganancias»¹⁰⁵. Dado su evidente paralelismo con esta institución jurídico-pública remitiremos su estudio –y el de su asegurabilidad– al apartado 6 de este trabajo.

En lo que respecta a las pretensiones de reintegración de derechos subjetivos propiamente tales, no creemos que exista obstáculo alguno para afirmar la licitud de su aseguramiento, ya sea mediante la cobertura de la propia deuda restitutoria (si es pecuniaria) o mediante la de los posibles gastos derivado de su cumplimiento (si no lo es). Dejando de lado la cuestión relativa a la posible cobertura del dolo del asegurado –respecto de la que cabe remitirse, *mutatis mutandis*, a todo lo señalado al respecto en el epígrafe 2.3 del trabajo–, lo cierto es que el seguro parece perfectamente compatible con la función de estas pretensiones que, como vimos, no es otra que la de *reajustar* el estado real de cosas a aquel que el ordenamiento jurídico garantiza al titular del derecho. De hecho, como sucedía en relación con los remedios indemnizatorios, el aseguramiento podría, incluso, contribuir *favorablemente* al cumplimiento de dicha función, transformando un juego de suma cero entre el titular del derecho y el infractor en uno de suma positiva: el titular del derecho obtiene una garantía de reintegración muy superior a la que le proporciona la solvencia del infractor; reintegración cuyo coste, en lugar de concentrarse en este último, se distribuye entre todos los pagadores de primas, minimizando la disrupción en la vida de cada uno que ello supone. Adicionalmente, por supuesto, la compañía aseguradora extrae un beneficio adicional de la operación.

El único argumento que podría aducirse en contra de esta tesis sería, de nuevo, el del riesgo moral: asegurar las pretensiones reintegradoras (o los gastos derivados de su cumplimiento) las priva de toda posible eficacia preventiva. Pero en el ámbito de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos la *inexistencia de una función preventiva* es, si cabe, aún más clara que en el de las indemnizatorias. Para entender por qué, no hay más que reparar en que la medida ordinaria de la *condictio* por intromisión es, como hemos explicado, la licencia hipotética que el infractor habría tenido que pagar al titular del derecho para explotar este último lícitamente. Siendo esto así, si no existieran mecanismos disuasorios adicionales vinculados a la infracción –penas, sanciones administrativas, decomiso de ganancias– nadie se gastaría un euro en pagar licen-

¹⁰⁵ Así, GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 56 s., 64; respecto del artículo 9.2.d LO 1/82, MARTÍN CASALS, 1989, pp. 1272 s.; PANTALEÓN PRIETO, 1991, pp. 1972 s.; DE COSSIO, 1993, p. 75; DEL OLMO GARCÍA, 2009, p. 143; DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 109, 114; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1168-1173; y, en relación con el artículo 227.2 LSC, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, pp. 45, 62-64; LLEBOT MAJÓ, 2016, p. 50; MASSAGUER FUENTES, *RDM*, (313), 2019, texto junto a nn. 33 s.; GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 43-49, 85.

cias de explotación de derechos ajenos: cualquier operador racional infringiría el derecho sin más confiando en la probabilidad (por mínima que fuera) de no ser detectado y ahorrarse los correspondientes costes. ¡A nadie se le ocurriría diseñar así un instrumento de prevención de infracciones! Si esto se suma al hecho de que las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos –como las indemnizatorias– se encuentran sometidas al principio dispositivo y no dependen en absoluto de la gravedad de la conducta del infractor, la conclusión parece evidente: el seguro no puede privar a esta clase de pretensiones de una eficacia disuasoria de la que, a todas luces, carece.

Por todo ello, a nuestro juicio, podrían perfectamente ser objeto de un seguro *D&O* las *condiciones* entabladas contra los administradores como consecuencia de la infracción por su parte, en el ejercicio de su cargo, de *derechos subjetivos con contenido de atribución* –patentes, derechos de autor, derechos de imagen, etc.– pertenecientes a la propia sociedad o a terceros. Y tampoco plantearía problema alguno, en fin, la cobertura de los gastos que pudiera suponer para los administradores la satisfacción de las medidas de *cesación* o *remoción* de efectos que les fueran eventualmente impuestas en aras del cumplimiento de sus deberes (contractuales) para con la sociedad.

4. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SOCIALES

Los administradores de sociedades de capital están sujetos, además, a una forma de responsabilidad civil (en sentido amplio) cuya lógica no puede reconducirse a las que acabamos de examinar: ni a la indemnizatoria, ni a la reintegradora de derechos, ni a la disuasoria que –como veremos– subyace a los «decomisos privados de ganancias» mencionados en el apartado anterior. El ejemplo paradigmático de esta clase de pretensiones es la forma de responsabilidad reconocida actualmente en los artículos 360.1.b y 367 LSC¹⁰⁶. Ambos preceptos tienen la misma estructura: el incumpli-

¹⁰⁶ Pese a lo que han sostenido autores como SÁEZ LACAVE, 2011, p. 437, el artículo 36 LSC no recoge un supuesto de responsabilidad de los administradores (y los socios fundadores) por deudas de la sociedad en formación –en cuyo caso, debería ser analizada en este epígrafe–, sino uno de responsabilidad de estos sujetos *por sus propias deudas*. En efecto, como se desprende claramente de una interpretación conjunta de los artículos 36 y 37 LSC, la sociedad en formación *únicamente* queda vinculada por los actos y contratos celebrados en su nombre «para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios» (art. 37 LSC). Si las personas mencionadas celebran

miento por parte de los administradores de un deber legal orientado a la protección de los acreedores sociales los convierte en «fiadores solidarios *ex lege*» de ciertas deudas *de la sociedad*. Los administradores responden de estas deudas solidariamente entre sí y con la propia sociedad, pudiendo posteriormente ejercitar contra esta última una acción de *reembolso* por lo abonado (en su caso) a los acreedores sociales¹⁰⁷.

El artículo 360.1.b LSC se refiere a un supuesto ciertamente infrecuente: la reducción del capital social por debajo del mínimo legal *como consecuencia del cumplimiento de una ley*. En este caso, los administradores tienen el plazo de un año para instar la adopción e inscripción en el Registro Mercantil de un acuerdo por el que la sociedad (a) se disuelva; (b) se transforme en otro tipo societario a cuyas exigencias legales de capital se ajuste (o que no las tenga en absoluto); o (c) aumente su capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Si incumplen este deber, la sociedad queda disuelta *de pleno derecho* y los administradores responden solidariamente entre sí y con la sociedad «de las deudas sociales». El precepto no aclara si esta responsabilidad se extiende a *todas* estas deudas o solo a las contraídas por la sociedad *con posterioridad* a la reducción del capital por debajo del mínimo. La segunda de estas interpretaciones es, sin embargo, como enseguida argumentaremos, la que mejor se coherencia con la lógica que subyace tanto a este precepto como al artículo 367 LSC.

Este último artículo se ocupa, por su parte, de las situaciones —mucho más frecuentes en la práctica— en las que la sociedad se encuentra inmersa en alguna de las causas legales de disolución enumeradas en el artículo 363 LSC. Si esto ocurre, la ley concede a los administradores un plazo de dos meses para *convocar una junta general*, que a su vez deberá acordar (a) que se solicite la declaración de concurso, en caso de la sociedad sea insolvente; (b) lo que resulte procedente para remover la causa de disolución, siempre que la medida conste en el orden del día de la junta; o (c)

actos o contratos en nombre de la sociedad en formación *fuera* de estos supuestos actuarán como el mandatario que, al «traspasar los límites del mandato», se vuelve «*responsable personalmente* a la parte con quien contrata» (art. 1725 CC). Esto es, precisamente, lo que para el ámbito societario establece el artículo 36 LSC. *Vid.*, en esta línea (en relación con el antiguo art. 15.1 de la Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; en adelante, LSA), PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, (46-1), 1993, pp. 49-52.

¹⁰⁷ A pesar de que esta acción de reembolso no se encuentra reconocida expresamente en la normativa societaria, la doctrina prácticamente unánime afirma su existencia; así, p. ej., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1999, p. 19; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *ibid.*, p. 65; CASADO CASADO, 2009, p. 117; BATALLER GRAU, 2011, pp. 2576 s.; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 320, 330. De hecho, su reconocimiento bien podría basarse en una aplicación analógica de lo dispuesto para la fianza en el artículo 1839, par. 1 CC.

la disolución de la sociedad (art. 365 LSC). Si, convocada la junta, esta no llega a constituirse, los administradores tienen otros dos meses desde la fecha en la que estuviera prevista su celebración para solicitar ellos mismos la *disolución judicial* de la sociedad o el *concurso*; cosa que también deben hacer –aunque, esta vez, en el plazo de dos meses desde la celebración de la junta– si, constituida esta, no adoptara ninguno de los acuerdos mencionados (art. 366 LSC). De acuerdo con el artículo 367 LSC, el incumplimiento por parte de los administradores de cualquiera de estos deberes los convierte en responsables solidarios «de las obligaciones sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa legal de disolución»¹⁰⁸.

A diferencia de lo que sucede en relación con la responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 456 TRLC (antiguo art. 172 bis LC), la doctrina iusprivatista y la jurisprudencia rechazan de forma prácticamente unánime que la contemplada en el artículo 367 LSC tenga carácter indemnizatorio¹⁰⁹; un diagnóstico que –dada su práctica identidad estructural– seguramente quepa predicar también de la responsabilidad *ex* artículo 360.1.b LSC¹¹⁰. La total independencia respecto de la causación de un daño, tanto en el *an* (exclusivamente condicionado por la infracción del deber) como en el *quantum* (siempre en función del volumen de las deudas sociales por las que se responde), avalarían, en efecto, la concepción de esta institución como una responsabilidad *por deuda ajena, en garantía* de los derechos de los acreedores sociales: las

¹⁰⁸ Los antecedentes inmediatos del artículo 367 LSC son los artículos 262.5 LSA y 105 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL), en la redacción que les dieron, respectivamente, las Disposiciones finales primera y segunda de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España. Con anterioridad a esta reforma, los mencionados preceptos establecían, para los mismos supuestos, la responsabilidad de los administradores por *todas* las deudas sociales, como lo hacía también el artículo 108 LSRL para los casos ahora recogidos en el artículo 360.1.b LSC. Probablemente, el hecho de que este último artículo siga sin establecer expresamente que la responsabilidad de los administradores se ciñe –como la que les impone el artículo 367 LSC– a las deudas sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa de disolución (aquí, a la reducción del capital social por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley) se deba, sencillamente, al descuido del legislador al no llevar a cabo una reforma del artículo 108 LSRL paralela a la que se operó respecto de los artículos 262.5 LSA y 105 LSRL, generando así una asimetría difícilmente justificable entre ambos regímenes que se ha mantenido hasta la actualidad. En este sentido, BATALLER GRAU, 2011, p. 2539, defiende –acertadamente, a nuestro juicio– la necesidad de aplicar por analogía esta restricción a la responsabilidad prevista en el artículo 360.1.b LSC.

¹⁰⁹ *Vid.*, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, p. 19; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *ibid.*, *passim* (especialmente, pp. 50-53, 66); ALONSO UREBA, 2004, pp. 1446-1448; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; MAMBRILLA RIVERA, 2004, pp. 2858-2860; QUIJANO GONZÁLEZ, 2011, p. 1692; BATALLER GRAU, 2011, pp. 2575 s.; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330; RONCERO SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 667. *Cfr.*, no obstante, CASADO CASADO, 2009, pp. 112-120.

¹¹⁰ Así, expresamente, BATALLER GRAU, 2011, p. 2539; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, p. 300.

obligaciones a las que tienen que hacer frente los administradores no son suyas, sino de la sociedad, razón por la que –como si fueran sus fiadores– tienen frente a ella una acción de regreso por el importe de lo abonado. Se trataría, así, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS,

«de una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, en cuanto [...] se funda en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de ese administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con lo que se pretende garantizar los derechos de los acreedores»¹¹¹.

La lógica por la que se rige esta forma de responsabilidad es, en efecto, muy simple. La existencia de una serie de causas legales de disolución de las sociedades de capital persigue el objetivo de que estas no puedan continuar operando en el tráfico en circunstancias que ponen en *peligro* su solvencia y, por consiguiente, los derechos de sus acreedores. Este riesgo acentuado puede deberse a la incapacidad de la sociedad de generar nuevos ingresos por no poder esta seguir desarrollando su actividad, o no estar haciéndolo *de facto* (art. 363.1.a-d LSC); pero responde, sobre todo, a su interés en seguir desarrollando tal actividad pese a tener una cifra de capital inferior a la legalmente permitida para el tipo societario de que se trate (arts. 360.1.b y 363.1.f LSC) o una que el patrimonio neto de la sociedad –debido a la existencia de pérdidas– no llega siquiera a cubrir hasta la mitad (art. 363.1.e LSC)¹¹². Cuando se dan estas circunstancias, la ley *protege a los acreedores sociales*, asegurándose de que, o bien los administradores cumplen sus deberes y desaparece el especial peligro para sus créditos (la sociedad entra en concurso, hace desaparecer la causa de disolución o se disuelve), o bien aquellos *garantizan con su propio patrimonio* cada nueva deuda que contraigan en nombre de la sociedad, supliendo en esta función a una disciplina de capital que –precisamente porque concurre la causa legal de disolución– ya no puede cumplirla.

De esta concepción de la *ratio* de los artículos 360.1.b y 367 LSC deberían derivarse, en buena lógica, dos corolarios. El primero, como vimos, ya lo ha recogido expresamente el segundo de

¹¹¹ STS 1.^a 420/2019, de 15 de julio (FD 3.^o). *Vid.*, en el mismo sentido, las SSTs 1.^a 124/2010, de 12 de marzo; 360/2012, de 13 de junio; 650/2017, de 29 de noviembre; 601/2019, de 8 de noviembre; y 5/2020, de 8 de enero.

¹¹² De hecho, algunos autores sostienen –posiblemente con razón– que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales solo adquiere verdadero sentido en este segundo grupo de supuestos: aquellos en que la disciplina de capital no puede desempeñar su función de garantía patrimonial ante los terceros que contratan con la sociedad. *Vid.*, en esta línea, BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 291, 300.

los preceptos, y consiste en la limitación de la responsabilidad de los administradores a las deudas sociales *posteriores* al acaecimiento de la causa de disolución. Y es que, en palabras de la STS 1.^a 601/2019, de 8 de noviembre, «[l]a justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo generado para los acreedores *posteriores* que han *contratado* sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago» (FD 2.º, énfasis añadido). Pero si esto es así, de ello debería seguirse un segundo corolario: que la responsabilidad se restringiera a las deudas *contractuales* contraídas por la sociedad en el desarrollo del objeto social; un matiz que, sin embargo, no suele introducirse en las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de estos preceptos.

Sea como fuere, lo cierto es que la perspectiva que acaba de exponerse permite apreciar un evidente paralelismo entre la institución estudiada y la responsabilidad de los administradores societarios por deudas *tributarias* de la sociedad prevista en los artículos 42.1.a (responsabilidad solidaria) y 43.1.a y b LGT (responsabilidad subsidiaria). Dejando a salvo la parte en que esta responsabilidad se extiende a las *sanciones* –parte respecto de la que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cabría afirmar también una naturaleza administrativo-sancionadora¹¹³ y para cuyo tratamiento nos remitimos, por tanto, al apartado 5 del trabajo– y obviando las diferencias entre el régimen de responsabilidad societario y el tributario que marca, como no podría ser de otra manera, la naturaleza *jurídico-pública* de este último¹¹⁴, las similitudes entre uno y otro son innegables: también aquí, el incumplimiento por parte de los administradores de un deber legal establecido en beneficio de los derechos de los acreedores (en este caso, Hacienda) los convierte en «fiadores *ex lege*»¹¹⁵ de ciertas deudas *de la sociedad* (aquí, de la deuda tributaria, en el sentido del art. 58 LGT), con la correspondiente *acción de regreso* contra esta última por lo pagado, reconocida expresamente en el artículo 41.6 LGT. De hecho, la simetría entre ambas instituciones no le ha pasado desapercibida a la Sala 3.^a del TS, que la ha hecho notar en algunas de

¹¹³ SSTC 146/1994, de 12 de mayo; y 85/2006, de 27 de marzo. En la doctrina, *vid.*, por todos, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 69, 74 s.

¹¹⁴ Sobre ellas, *vid.* SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, p. 70.

¹¹⁵ Según el caso de que se trate, solidarios o subsidiarios, siendo la diferencia fundamental entre ambos regímenes la necesidad de declarar fallido al deudor principal antes de reclamar lo adeudado al responsable subsidiario, cosa que no requiere la exigencia de responsabilidad solidaria (arts. 174-176 LGT); *vid.*, en este sentido, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, p. 73; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 586 s. El paralelismo con la institución de la fianza es muy claro: el responsable solidario no es otra cosa que un fiador solidario *ex lege* de la deuda tributaria, mientras que el subsidiario goza del equivalente jurídico-público del beneficio de excusión previsto en el artículo 1830 CC.

sus sentencias¹¹⁶; una estela que ha seguido, recientemente, la Sala 1.^a en su sentencia 316/2020, de 17 de junio.

En el caso de los artículos 42.1.a y 43.1.a LGT, la responsabilidad de los administradores presupone, bien su colaboración activa en la comisión de una *infracción* tributaria por parte de la sociedad (responsabilidad solidaria), o bien su omisión de impedir que esta se produzca (responsabilidad subsidiaria). Por su parte, el supuesto de responsabilidad subsidiaria contemplado en el artículo 43.1.b LGT exige que el administrador de una sociedad que deja *de facto* de tener actividad –pero no se disuelve, dando lugar con ello a la sucesión en la deuda tributaria regulada prevista en el artículo 40 LGT– *se desentienda* de las deudas tributarias pendientes en el momento del cese, en lugar de hacer todo lo posible por propiciar su pago por parte de la sociedad¹¹⁷. En ambos supuestos, la lógica vuelve a ser muy clara: si los administradores *dificultan el cobro* de los créditos tributarios que la Hacienda Pública tiene frente a la sociedad, han de «facilitarlo», a la vez, con la garantía de su propio patrimonio. El fundamento de esta responsabilidad es diferente del de la prevista en los artículos 360.1.b y 367 LSC (obstaculización del cobro de créditos preexistentes *versus* contratación en nombre de la sociedad sin garantías suficientes de pago), pero ambas comparten la misma *finalidad*: también la tributaria es una responsabilidad *por deuda ajena en garantía* de los derechos de los acreedores, y así lo ha reconocido tanto la jurisprudencia de la Sala 3.^a del TS¹¹⁸ como la doctrina fiscalista prácticamente unánime¹¹⁹.

Si se acoge la concepción que acaba de presentarse, la responsabilidad de los administradores societarios por deudas sociales –tanto en su variante societaria, como en la tributaria¹²⁰– debería ser asegurable. Y es que no hay una finalidad a la que el seguro de responsabilidad civil contribuya más *favorablemente* que aquella que constituye la función de estas dos formas de responsabilidad por deuda ajena: la garantía de los derechos de los acreedores¹²¹. Cuando un seguro *D&O* cubre la responsabilidad de los adminis-

¹¹⁶ *Vid.*, p. ej., las STSS 3.^a de 22 de septiembre de 2008 (rec. núm. 40/2004) y 88/2017, de 24 de enero.

¹¹⁷ Así, MERINO JARA, *AFDUPV*, (24), 2006, pp. 31 s.; SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (215), 2015, pp. 57 s.; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 618 s.

¹¹⁸ *Vid.*, por todas, las SSTs 3.^a de 15 de diciembre de 2011 (rec. núm. 5748/2008); y de 10 de febrero de 2014 (rec. núm. 377/2009).

¹¹⁹ Así, entre otros, SILVESTRE LÓPEZ, *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 67-69; VILLAR EZCURRA, 2016, pp. 577 s.

¹²⁰ Excluyendo siempre –por las razones detalladas en el texto que acompaña a la n. 113– la parte en la que esta se extiende a las sanciones, cuya asegurabilidad analizaremos en el apartado 5 del trabajo.

¹²¹ Así, IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; el mismo, 2005, pp. 169-170; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, pp. 374 s.

tradadores por deudas de la sociedad, los acreedores sociales pasan a ver respaldados sus créditos por el patrimonio social, el personal de los administradores y la suma asegurada en la póliza, lo que (salvo en supuestos muy excepcionales) permitirá prácticamente descartar el riesgo de impago.

Aunque en el ámbito tributario no se ha planteado, que nos conste, la discusión sobre la asegurabilidad de la responsabilidad *ex* artículos 42 y 43 LGT, casi todos los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre ella parecen implícitamente tendentes a afirmarla, teniendo en cuenta el enorme esfuerzo desplegado, en este ámbito, para *alejarse* lo más posible la responsabilidad tributaria –salvo, de nuevo, en la parte que se extiende a las sanciones– de la lógica (¡y las garantías!) del Derecho administrativo-sancionador. En esta línea se ha pronunciado muy claramente la Sala 1.^a del TS, que, en su reciente sentencia 58/2019, de 29 de enero, no solo ha declarado asegurable la responsabilidad tributaria de los administradores societarios, sino que la ha considerado parte del «contenido natural» del seguro *D&O*¹²². Esta conclusión debería, a nuestro juicio, hacerse extensiva –*a fortiori*, incluso– a la modalidad societaria de responsabilidad por deuda ajena prevista en los artículos 360.1.b y 367 LSC, y así lo ha afirmado también, mayoritariamente, la doctrina mercantilista¹²³.

No obstante, el principal argumento en contra de la posibilidad de incluir la cobertura de esta forma de responsabilidad en una póliza *D&O* podría venir –paradójicamente– de la calificación *por parte de estos mismos autores* de la responsabilidad *ex* artículo 367 LSC como una «responsabilidad-sanción»¹²⁴, una «sanción civil»¹²⁵ o, incluso, una «pena civil»¹²⁶. No cabe, ciertamente, desconocer que estas expresiones se emplean, las más de las veces, en un sentido *impropio*, con la simple finalidad de oponer la responsabilidad por deuda ajena a la responsabilidad civil en sentido estricto-

¹²² De manera que la exclusión de su cobertura, al «restringir de forma sorprendente» el ámbito de este seguro, requiere la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al artículo 3 LCS.

¹²³ *Vid.*, en este sentido, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 245, 256 s., 286; SÁNCHEZ CALERO, *RES*, (107), 2001, p. 411; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 239-243; el mismo, *InDret*, (1), 2005, p. 20; el mismo, 2016, p. 667; IRIBARREN BLANCO, *RDM*, (254), 2004, pp. 1468 s.; el mismo, 2005, pp. 169 s.; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, p. 384. Deja abierta la cuestión, en cambio, GUERRERO LEBRÓN, 2004, p. 175 s.

¹²⁴ Así, entre otros, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 158-164; CAMPINS VARGAS, *RDM*, (249), 2003, p. 983; MAMBRIILA RIVERA, 2004, pp. 2858-2860; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, p. 665; RONCERO SÁNCHEZ, 2016, p. 667.

¹²⁵ *Vid.*, por todos, PÉREZ CARRILLO, 1999, pp. 158-164; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 242 s.; CASADO CASADO, 2009, pp. 100 s.; VIÑUELAS SANZ, *AFDUAH*, (3), 2010, p. 384; BATALLER GRAU, 2011, p. 2575; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330.

¹²⁶ Así, p. ej., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 1999, pp. 48 s., 53, 62-66; BELTRÁN SÁNCHEZ, 2016, pp. 298, 319-330.

to, de carácter indemnizatorio, con la que no tiene nada en común desde el punto de vista estructural ni funcional¹²⁷. Este es un recurso lingüístico sumamente perturbador para el desarrollo de una construcción dogmática fina¹²⁸, pero al fin y al cabo inocuo desde el punto de vista práctico. El problema es más serio cuando, como a veces sucede, a la calificación de esta forma de responsabilidad como «sanción» se le añade la atribución del carácter intencionalmente aflictivo y la función preventivo-punitiva que, como veremos, caracteriza a las sanciones en sentido estricto. En este sentido, ha llegado a afirmarse que, aunque la responsabilidad actualmente prevista en el artículo 367 LSC, en la práctica,

«[s]e utiliza para asegurar el cobro del crédito social, [...] esta no es la finalidad del precepto. El precepto tiene la finalidad de proteger el tráfico mercantil en general, evitar situaciones de disolución social de hecho, con la inseguridad y desprotección que ello provoca respecto del que contrata sin conocer la situación económica de dificultad por la que atraviesa la sociedad. Con la práctica judicial se está consiguiendo, entonces, un resultado que no pretendía el precepto»¹²⁹.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS no ha tardado en distanciarse nítidamente de esta última tesis¹³⁰. Y lo ha hecho, según creemos, con buen criterio, pues, si la responsabilidad por deuda ajena estuviera orientada a cumplir una finalidad preventivo-punitiva (o siquiera meramente disuasoria) ningún legislador racional la habría dotado de las características que presenta. En este ámbito, a los rasgos estructurales de esta forma de responsabilidad, comunes a los de las dos anteriores, que la inhabilitan para desempeñar una función preventiva –su sujeción al principio dispositivo, al menos en su variante societaria; y su total independencia de la gravedad de la conducta que la desencadena, en la medida en que su volumen se corresponde con el de las deudas a las que se extiende– se suma uno, si cabe, aún más elocuente: la posibilidad de los

¹²⁷ Así precisamente aclara la STS 1.^a 417/2006, de 28 de abril, el uso de tales expresiones en sentencias anteriores de la Sala.

¹²⁸ Que el cuerpo de este trabajo tenga cinco apartados y no solo dos es la mejor muestra de que el mundo de la responsabilidad jurídica no se divide exclusivamente en «indemnizaciones» (resarcitorias) y «sanciones» (preventivo-punitivas).

¹²⁹ CASADO CASADO, 2009, p. 100; conclusión que la autora matiza, respecto de la redacción dada al artículo 262.5 LSA en 2005 por la LSAE, señalando que, a partir de ese momento, la responsabilidad de los administradores por deudas sociales contemplada en el precepto –sin perder su naturaleza sancionadora– habría adquirido, adicionalmente, un cierto carácter resarcitorio (pp. 112-120), convirtiéndose, de este modo, en «una figura más bien 'sui generis'» (p. 269). En sentido similar, se pronuncia GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2016, p. 419; y, aunque de forma más matizada RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 242 s.

¹³⁰ Así, p. ej., las SSTS 1.^a 923/2011, de 26 de noviembre; 590/2013, de 15 de octubre; 367/2014, de 10 julio; y 246/2015, de 14 mayo.

administradores de recuperar de la sociedad, en vía de regreso, lo pagado a los acreedores sociales. ¿Dónde se ha visto una sanción (en sentido estricto) cuyo carácter personalmente aflictivo para el infractor sea, al menos en principio, meramente *provisional*¹³¹?

Todo ello demuestra, a nuestro juicio, que, si bien existe un indudable interés público en reforzar con mecanismos preventivo-punitivos los deberes de los administradores societarios que protegen los intereses de los acreedores sociales, de esta función se encargan instrumentos –penas, sanciones administrativas, decomiso de ganancias– configurados para cumplirla de la forma más idónea posible. Como veremos en los siguientes apartados del trabajo, esto es precisamente lo que explica que el aseguramiento de estas formas de responsabilidad deba considerarse contrario al orden público (art. 1255 CC). Pero no hay ninguna razón para afirmar lo mismo de la responsabilidad societaria o tributaria de los administradores por deudas de la sociedad en garantía de los derechos de los acreedores sociales; una forma de responsabilidad cuya función, como hemos argumentado, no puede sino verse *favorecida* por la cobertura de un seguro.

5. LA ASEGURABILIDAD DE LAS SANCIONES

5.1 INTRODUCCIÓN

Aunque la pregunta sobre la posibilidad de asegurar sanciones no es nueva¹³², esta cobra en los últimos tiempos un creciente interés. De hecho, son muchas ya las pólizas comercializadas en el mercado español de seguros *D&O* que extienden su cobertura al menoscabo patrimonial que sufre el administrador fruto de la imposición de una sanción administrativa. Asimismo, existe un creciente sector doctrinal que, apartándose de la máxima clásica de la inasegurabilidad de las sanciones (públicas), brinda sostén teórico a esta praxis, como mínimo cuando se trata del aseguramiento de cierta clase de sanciones administrativas impuestas por infracciones negligentes¹³³. Así las cosas, tampoco puede sorprender que en los últimos tiempos se haya comenzado a quebrar asimismo el tabú de la abso-

¹³¹ Lo destaca la Sala 1.ª del TS en su sentencia 923/2011, de 26 de noviembre, antes citada (FD 2.º).

¹³² Tempranamente, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144.

¹³³ *Vid.*, p. ej., ATIENZA NAVARRO, 2015, *passim*. Recientemente, próximo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, pp. 5 ss. Sobre todo ello, tempranamente, FERNÁNDEZ MANZANO, *Actualidad Aseguradora*, 2008, p. 521; y FERNÁNDEZ MONTES-LLORD, *RC*, (7), 2008, pp. 22-30.

luta inasegurabilidad de las penas (criminales), en particular, cuando se trata de la pena de multa o de los efectos patrimoniales perjudiciales de la pena de inhabilitación profesional¹³⁴.

El objetivo de este apartado es valorar la posibilidad de asegurar las consecuencias perjudiciales derivadas de la imposición a los administradores sociales de sanciones de naturaleza pública, tanto administrativa como penal. Quedan fuera de este análisis las sanciones (penales o administrativas) impuestas a personas jurídicas. A tal fin, se esboza a continuación un *tipo ideal de sanción pública*, capaz de abarcar tanto a las penas (criminales) como a las sanciones administrativas (epígrafe 5.2). Acto seguido, y tomando siempre como referencia el tipo ideal referido, se analiza la asegurabilidad de los daños derivados de la imposición de una multa o de una inhabilitación para ejercer el cargo de administrador, ya tengan aquellas naturaleza penal o administrativa (epígrafes 5.3 y 5.4, respectivamente).

5.2 LA SANCIÓN (PÚBLICA): CONCEPTO, FINALIDAD Y GARANTÍAS

La doctrina española se muestra desde antaño dividida acerca de la relación entre los regímenes sancionadores administrativo y penal. Posiblemente siga siendo mayoritario aquel sector que, en consonancia con una consolidada jurisprudencia constitucional, aboga por una *comprensión unitaria del poder sancionador del Estado*¹³⁵. La potestad administrativa sancionadora, al igual que el poder jurisdiccional del Estado, formaría parte de un genérico y único *ius puniendi*, reconocido constitucionalmente en el artículo 25 CE. De esto se deriva una unidad sustancial del concepto y fin de la sanción administrativa y penal y, en consecuencia, de las garantías que habrían de regir su imposición (por ejemplo, legalidad, tipicidad, culpabilidad...). Frente a este modo de ver las cosas, sin embargo, se abre paso una segunda concepción que propugna una *autonomía institucional del Derecho administrativo sancionador* y una separación nítida de ambos regímenes bajo el paraguas del marco constitucional¹³⁶: el Derecho administrativo sancionador

¹³⁴ Sobre esta tendencia *vid.* RUTTMANN, VW, (2), 2015, p. 50. Y, tempranamente, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss.

¹³⁵ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 193 ss.; MUÑOZ MACHADO, 2017, pp. 281 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, 2002, pp. 6683 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 90 ss.

¹³⁶ NIETO GARCÍA, 2012, pp. 51 ss., 124 ss.; PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 535 ss.; el mismo, *RGDA*, (36), 2014, pp. 11 ss.; REBOLLO PUIG, 2010, pp. 325 ss.; HUERGO LORA, 2007, pp. 135 ss.; el mismo, 2018, pp. 15 ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2005, pp. 614 ss.; LETELIER WARTENBERG, *Polít. Crim.*, (12), 2017, pp. 627 ss., pp. 636 ss.

no sería un Derecho penal de segunda clase, sino una expresión propia del Derecho administrativo, que recurriría puntualmente al Derecho penal como una mera referencia técnica para su autónomo desarrollo. Sus sanciones tendrían unos fines propios, distintos al de las penales. En buena lógica, la imposición de sanciones administrativas no habría de regirse por las garantías penales, sino por aquellas que fueran acordes con los fines generales del sistema sancionador administrativo dentro de los límites establecidos constitucionalmente.

Pese a esta importante cesura teórica, los partidarios de ambas concepciones coinciden ampliamente tanto en el concepto de sanción (pública), como en su finalidad inmediata y las garantías mínimas que habrían de regir su imposición; para unos de proveniencia penal, aunque degradadas; para otros propiamente administrativas y directamente derivadas de la CE. Es pacífico definir la noción de *sanción (pública) como aquel mal que inflige intencionadamente un Estado a quien ha cometido uno de los hechos cuya comisión pretende evitar la norma infringida*¹³⁷. Este mal presenta a su vez una doble dimensión: por un lado, supone un acto de reproche o de censura como consecuencia de la comisión responsable de un hecho ilícito (dimensión simbólico-comunicativa); por el otro, una privación o restricción de los derechos o bienes del sancionado (dimensión fáctico-aflictiva)¹³⁸. El que en la imposición de una pena privativa de libertad se aprecien ambas dimensiones en su máxima expresión no significa que el resto de las sanciones penales (multas, privaciones de derechos) no supongan igualmente un doble mal en el sentido descrito; del mismo modo que la preeminencia de la dimensión fáctico-aflictiva en la mayoría de las sanciones administrativas no quita que aquellas también supongan en alguna medida un acto de reproche o de censura¹³⁹. Mientras que el Derecho penal conoce tres clases distintas de penas, reguladas

¹³⁷ En la literatura administrativa, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 189 ss.; REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 153 ss.; el mismo, 2010, pp. 63 ss.; REBOLLO PUIG/IzQUIERDO CARRASCO, 2018, pp. 203 ss.; GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, nn. 21 y 22 (p. 904); SUAY RINCÓN, 1989, pp. 55-58. En la penal, *vid.*, p. ej., SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2015, pp. 255 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, pp. 388 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, p. 60. En la jurisprudencia constitucional, en un sentido muy parecido, *vid.* solo la STC 48/2003, de 12 de marzo.

¹³⁸ Recientemente, a propósito de la pena, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 ss.

¹³⁹ Toda sanción, a diferencia de un precio, de una tasa pública o de una cuarentena, pretende en mayor o menor medida comunicar (censura). De otra opinión, *cf.* p. ej., CASTELLVÍ MONTSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 26 y ss., para quien el concepto de sanción se configuraría exclusivamente a partir del mal aflictivo y su fin represivo. En nuestra opinión es incorrecto limitar la dimensión de censura a la pena (criminal). También el Derecho administrativo sancionador conoce sanciones esencialmente simbólico-comunicativas (amonestaciones, publicación de la identidad de un infractor...). Al respecto, recientemente, KOCH, 2019, *passim*.

sistemática y unitariamente en los artículos 32 ss. CP —esto es, la pena privativa de libertad, la de multa y la privativa de otros derechos—, en el Derecho administrativo son las leyes sectoriales las que configuran y regulan las sanciones dispuestas por el legislador para cada uno de los concretos ámbitos regulados.

En todo caso, las sanciones penales y administrativas comparten un mismo fin inmediato, a saber, irrogar un daño al sancionado a modo de respuesta por el hecho ilícito cometido. *Las sanciones, pues, tienen una naturaleza esencialmente represiva o punitiva: su sentido se agota en un primer término en la irrogación del mal en que consiste la sanción*, sin que esta sirva directamente a la realización de ningún interés público presente¹⁴⁰. En palabras de Rebollo Puig, «el concreto mal que se causa es inútil para los intereses generales, en el sentido de que no los satisface o no los realiza, como también es inútil para los intereses específicos de la Administración como persona jurídica o de cualquier administrado»¹⁴¹. En atención a los intereses protegidos por la norma infringida, la sanción, por definición, llega siempre tarde. Cuestión distinta, claro está, es que la sanción se encuentre legitimada en atención a su función mediata o última, ya se advierta esta en su capacidad retributiva o comunicativa, ya sea por el efecto preventivo que lograría la amenaza y consecuente imposición de una sanción¹⁴².

Así las cosas, no es de extrañar que también exista acuerdo a la hora de aislar una serie de principios o garantías que habrían de regir la imposición de toda sanción pública. Tanto los defensores de la unidad sustancial del *ius puniendi* como aquellos que pregonan la autonomía institucional del Derecho administrativo sancionador coinciden en afirmar que toda imposición de una sanción a un ciudadano, con independencia de su naturaleza, ha de estar regida por los *principios de responsabilidad (o culpabilidad) y de personalidad de la sanción*¹⁴³. Aunque suele concederse que no rigen en el Derecho administrativo sancionador de la misma forma que en el Derecho penal, la doctrina administrativista conviene, en primer lugar, que está excluida toda forma de responsabilidad estrictamente objetiva, siendo imprescindible la constatación de una conducta

¹⁴⁰ Muy claros, en este sentido, REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO, *Derecho Administrativo*, 2018, p. 204; y CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 29 ss.

¹⁴¹ REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 156.

¹⁴² REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 156 y s. Próximos, además, CANO CAMPOS, *RAP*, (184), 2011, pp. 103 y s.; y, en relación con la pena, BASSO, 2019, p. 43; LOPERA VIÑÉ, 2019, pp. 1448 s. En general, acerca de las teorías de legitimación de la pena en atención a su fin mediato, *cf.*: RODRÍGUEZ HORCAJO, 2016, pp. 29 ss.

¹⁴³ *Vid.* REBOLLO PUIG, 2015, p. 851: los principios de «personalidad y culpabilidad son tan propios del Derecho Administrativo sancionador como del Derecho Penal». En el mismo sentido, si bien señalando las diferencias (de grado) existentes entre uno y otro orden, MOLINA FERNÁNDEZ, 2016, p. 402.

dolosa o negligente a la que anudar la sanción¹⁴⁴; y, en segundo lugar, que la imposición de una sanción administrativa también debe estar regida por el principio de personalidad, de modo que la sanción ha de ser impuesta al sujeto considerado responsable por el hecho ilícito que se sanciona¹⁴⁵. Con independencia de si dicho principio se ancla constitucionalmente en el de legalidad (art. 25.1 CE), como parece entenderlo el TC, en el de culpabilidad (art. 24.2 CE), o en el de justicia (art. 1.1 CE) o dignidad humana (10.1 CE)¹⁴⁶, la exigencia de una «identidad de sujeto» entre el agente al que se pretende responder y quien ha de soportar el mal en el que se materializa dicha respuesta constituye un mandato constitucional transversal a los regímenes sancionadores penal y administrativo¹⁴⁷. Y adviértase que esta «identidad de sujeto» no se agota en la dimensión simbólico-comunicativa del castigo, es decir, no demanda solo que se censure al responsable del hecho ilícito, sino que requiere asimismo que el carácter aflictivo de la sanción recaiga única y exclusivamente sobre quien ha sido objeto del acto de reproche. Así las cosas, queda vedada cualquier forma de traslación de la sanción a un sujeto distinto al considerado responsable por una infracción, sea esta penal o administrativa¹⁴⁸. Mientras que trasladar a quien no es responsable de la infracción el contenido aflictivo de una sanción en contra de su voluntad es injusto, hacerlo con la anuencia del que habrá de soportar finalmente la sanción es incompatible con el sentido última de aquella: *sancionar no es provocar indiscriminadamente un mal, sino hacer responder a quien ha cometido un hecho ilícito a través de la aflicción de un mal*¹⁴⁹.

¹⁴⁴ El propio TC, en su sentencia 76/1990, de 26 de abril ya estableció nítidamente que tal principio está constitucionalizado tanto para las infracciones administrativas como para los delitos. Mientras que para unos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, 2017, pp. 205 ss.) en el Derecho administrativo sancionador regiría el principio de culpabilidad penal de forma languidecida, para otros (PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 555 ss.) se trataría de un principio de imputación subjetiva propiamente administrativo, al que preferentemente denominan de responsabilidad (art. 28 LRJSP). Distinguiendo también entre sujetos culpables y responsables, *vid.* además NIETO GARCÍA, 2012, pp. 414 ss., 427 ss.

¹⁴⁵ En profundidad, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 662 ss.; y, siguiéndole, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 187 ss. Sobre esto mismo, en los últimos tiempos, *vid.* además FARALDO CABANA, 2018, pp. 519 ss. En la doctrina administrativista, *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, 2010, pp. 257 ss.

¹⁴⁶ Sobre el principio de la personalidad de la pena o sanción administrativa en la doctrina jurisprudencial constitucional, *vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 178 ss., quien reconduce el principio al de justicia y dignidad humana, del mismo modo que lo hace REBOLLO PUIG, 2015, pp. 845-848.

¹⁴⁷ *Vid.* REBOLLO PUIG, 2105, p. 8555, quien frente a algunas voces que cuestionarían la vigencia del principio en el Derecho administrativo sancionador señala que «si se trata de castigos han de regir sin excepciones los principios de personalidad y de culpabilidad, aunque no sean castigos privativos de libertad e incluso cuando su contenido aflictivo sea mínimo».

¹⁴⁸ *Vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 200 ss.

¹⁴⁹ En este sentido, *cfr.* ya REBOLLO PUIG, 2015, pp. 845 ss.

El tipo ideal de sanción acabado de presentar encuentra en las sanciones penales clásicas su representación más pura. Más disonancias cabe apreciar en el extenso mundo de las sanciones administrativas. No solo porque en las leyes sectoriales abundan formas de responsabilidad híbridas, a caballo entre el Derecho de policía, el administrativo sancionador y lo puramente resarcitorio –piénsese, por ejemplo, en las «multas» administrativas dispuestas para eliminar el beneficio ilícito obtenido o que incorporan como un tanto alzado los daños causados a la administración¹⁵⁰–, sino también porque el Derecho administrativo sancionador conoce de ciertos institutos, en especial, el de la responsabilidad subsidiaria y solidaria (art. 28.3, 4 LRJSP), de difícil encaje con el principio de culpabilidad y de personalidad de la sanción¹⁵¹. Sea como fuere, las conclusiones que de ahora en adelante se extraen en torno a la asegurabilidad de la multa y de la inhabilitación para ejercer el cargo de administrador societario son válidas siempre y cuando la medida asegurada presente una naturaleza esencialmente punitiva o represora. Si la medida en cuestión, pese al *nomen iuris*, comparte un mayor número de rasgos definitorios con un tipo ideal distinto al acabado de presentar, por ejemplo, con el propio de la responsabilidad civil resarcitoria, la cuestión de su asegurabilidad habrá de correr la misma suerte que la de su correspondiente tipo ideal.

5.3 LA INASEGURABILIDAD DE LA MULTA

La multa es la sanción paradigmática tanto del Derecho penal económico, como mínimo en términos cuantitativos, como del Derecho administrativo sancionador¹⁵². Aunque las pólizas *D&O*

¹⁵⁰ Para un detallado estudio de estas medidas híbridas, *vid.* REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1) 2001, pp. 172, 174.

¹⁵¹ Hasta donde alcanzamos, en la doctrina administrativista cabe identificar básicamente dos estrategias a fin de dar un acomodo constitucional a tales figuras: por un lado, hay quienes tratan de interpretar ambas instituciones a la luz de los principios de culpabilidad y personalidad de la sanción. En este sentido, *vid.*, por todos, PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 556 ss.; o GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES, 2017, pp. 592 ss. Por el otro, hay quienes directamente entienden que aquellas no constituyen sanciones y, por ende, no están sujetas a los referidos principios. En este sentido, *vid.* REBOLLO PUIG, 2017, pp. 858 ss.

¹⁵² La pérdida de derechos en el concurso prevista en el artículo 455.2.3.º TRLC (antiguo art. 172.2.3.º LC) para los administradores de la sociedad concursada «afectados» por la calificación del concurso como culpable está a medio camino entre una regla que prioriza en el cobro al resto de acreedores «inocentes» frente a los administradores –aunque para ello bastaría con subordinar sus créditos– y una suerte de «multa» (desproporcionada) con cargo a los créditos. En este segundo caso, resultarían aplicables todas las consideraciones formuladas en este epígrafe. Así la caracteriza, p. ej., MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, p. 1083, que, aparte de calificarla como una «sanción», considera que el juez concursal ha de imponerla de oficio, en cuanto «expresa una cuestión de orden público»; *vid.*, en sentido similar, FERRER BARRIENDOS, 2004, p. 1779; ROSENDE VILLAR, 2010, p. 635.

más corrientes en el mercado español siguen excluyendo actualmente de forma expresa la cobertura de las multas de naturaleza penal, sí es relativamente frecuente que aquellas den cobertura a los daños derivados de la imposición de sanciones administrativas. Asimismo, hace ya tiempo que la máxima de la inasegurabilidad de las sanciones pecuniarias, ya sean penales o administrativas, ha dejado de ser un dogma incuestionable en la doctrina¹⁵³. Es más, son varios los autores que, sobre la base de una comprensión fuerte del principio de autonomía de la voluntad, defienden la legitimidad del aseguramiento de los daños derivados del pago de una multa, incluso penal¹⁵⁴. Hasta donde alcanzamos, son esencialmente cuatro los argumentos esgrimidos en favor de esta tesis.

En primer lugar, se afirma que *no existen normas imperativas que prohíban –con carácter general– el aseguramiento de las multas*, por lo que no cabría considerar nulos tales contratos en virtud de lo establecido, en el caso español, en el artículo 1255 CC¹⁵⁵. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en donde la promesa y/o el pago de una multa de naturaleza penal por parte de un tercero distinto al condenado sería constitutivo de delito y, por ende, contrario a una norma imperativa¹⁵⁶, en el ordenamiento español este hecho sería hoy penalmente atípico. Por un lado, la promesa de compensar el daño derivado del pago de una multa no constituye una complicidad psíquica punible (art. 29 CP) en el delito cometido por el administrador, pues en el momento del

¹⁵³ Para un tratamiento monográfico del problema en el Derecho alemán, *vid.* RUTTMANN, 2014, *passim*.

¹⁵⁴ Entre nosotros, muy claro, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153. En Alemania, aunque únicamente respecto de multas impuestas por la comisión de un hecho imprudente, asimismo KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss.

¹⁵⁵ En este sentido, VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, pp. 12 s.; FERNÁNDEZ-MONTES LLORD, *RC*, 2008, p. 24. Tal prohibición sí estaba expresamente contemplada en el artículo 5.2 APLCS que, sin embargo, nunca entró en vigor. A propósito del § 134 BGB, *vid.* Asimismo RUTTMANN, 2014, pp. 67 ss.; KAPP, *NJW*, (44) 1992, p. 2796. De otra opinión, SPINDLER, *MK-AktG*, 2019, nm. 101: la obligación de asumir las multas penales y administrativas conculcaría la normativa societaria imperativa que limita los acuerdos de limitación de responsabilidad de los administradores (§ 93 Abs. 2, Abs. 4).

¹⁵⁶ En Alemania históricamente se consideró el pago de una multa penal ajena constitutivo de delito de favorecimiento (*Begünstigung*) del § 257 Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*; en adelante StGB) (versión de 15 de mayo de 1871) primero; y, posteriormente, de frustración del castigo (*Strafverteilung*) del § 258 StGB. Sin embargo, también el Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*; en adelante, BGH) entiende desde el año 1990 (BGH, *NJW* 1991, 990) que el hecho es atípico, pues «el pago de una pena de multa –inmediata o mediatamente– a cargo del patrimonio de un tercero no satisface el tipo de frustración del castigo». La «afectación personal» de la pena no sería objeto de la ejecución del castigo y, por ende, no podría ser objeto de protección del tipo penal del § 258 II StGB. Así las cosas, «el tercero que, sin injerirse en el curso externo del procedimiento de ejecución, simplemente contribuye a que el condenado no quede (o lo haga en menor medida) ‘personalmente afectado’, no frustra la pretensión de castigo estatal». Sobre todo ello, en detalle, *vid.* solo SCHOLL, *NSiZ*, (12), 1999, pp. 599 ss.

contrato de seguro no se habría concretado de forma suficiente el hecho típico al que se contribuye reforzando psíquicamente al autor¹⁵⁷. Por otro lado, la contratación por parte del administrador de un seguro *D&O* que obliga a la sociedad a satisfacer la correspondiente prima tampoco constituye –con carácter general– un delito de administración desleal (art. 252 CP), pues nada empece a afirmar la racionalidad económica de la decisión empresarial consistente en asegurar el riesgo de sanción que acecha a sus administradores¹⁵⁸. Por último, se afirma que razones de estricta legalidad impedirían considerar la promesa o el pago de una multa penal ajena constitutivos de un delito de encubrimiento (art. 451 CP) o de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)¹⁵⁹.

Una vez constatada la inexistencia de una norma imperativa que prohíba el aseguramiento de las multas, se alega, ahora ya en segundo lugar, que *no cabe burlar esta decisión legislativa a través del recurso a la vaga noción del negocio jurídico contrario al orden público* (art. 1255 CC). En este sentido, ha afirmado entre nosotros Sánchez Álvarez que asegurar las multas penales en modo alguno sería más inmoral que el pago de la multa por tercero, o que el hecho de que el condenado solicite un crédito para pagar la multa o la satisfaga con los fondos recolectados por un grupo de amigos¹⁶⁰. En Alemania, Kapp sostiene que el compromiso de reembolsar la pena de multa impuesta como consecuencia de la comisión de un delito imprudente no sería tampoco contrario a las buenas costumbres (§ 138 BGB)¹⁶¹. Asumiendo que dicho precepto no opera cuando el comportamiento de una de las partes contratantes no supone una contribución a la acción punible, entiende el referido autor que, a diferencia de lo que acontecería ante el compromiso de asumir las multas derivadas de la comisión de hechos dolosos, donde todavía cabría apreciar una relación causal abstracta de implicación con el delito, en caso de hechos imprudentes el § 138 BGB no entraría en consideración¹⁶².

¹⁵⁷ Vid., p. ej., ROBLES PLANAS, 2003, pp. 290 ss.; PEÑARANDA RAMOS, 2020, pp. 30 s.

¹⁵⁸ En este mismo sentido, aunque a propósito del § 266 StGB, equivalente funcional a nuestro artículo 252 CP, vid. HORRER/PATZSCHKE, *CCZ*, (3), 2013, pp. 94 ss. Sobre la noción de riesgo permitido en el delito de administración desleal del artículo 252 CP, vid. COCA VILA, *Diario La Ley*, (9371), 2019.

¹⁵⁹ Sobre la posible tipificación penal del pago de la multa penal por tercero, *cfr.* tempranamente MANZANARES SAMANIEGO, 1977, pp. 248 ss.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

¹⁶¹ KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss.

¹⁶² KAPP, *NJW*, (44), 1992, pp. 2798 ss. Adviértase además que, para Kapp, las multas administrativas (*Geldbußen*) serían asegurables incluso cuando responden a la previa comisión de una infracción dolosa que no se dirige contra la propia empresa tomadora del seguro.

A los dos argumentos acabados de presentar se añade, en tercer lugar, uno de naturaleza estrictamente práctica. Dada la imposibilidad del Estado de garantizar el carácter personalísimo de las sanciones pecuniarias, pues su carácter aflictivo puede ser siempre fácilmente trasladado a un tercero¹⁶³, *considerar nulo el contrato de aseguramiento de la multa constituiría una absurda manera de «privilegiar las comedias»*¹⁶⁴ tendentes a desplazar ocultamente el carácter aflictivo de la multa. Al mismo tiempo que se impediría el aseguramiento del riesgo a través de un contrato de seguro, se toleraría (pues no habría forma de impedirlo) que el condenado recibiera donaciones equivalentes a la multa antes o después de satisfacerla o que aquel disolviera el carácter aflictivo de la pena en su entorno familiar o social. Ante esta situación, lo más razonable sería reconocer que al Estado, como señala Sánchez Álvarez, «lo que le interesa a fin de cuentas es que la multa se pague y no el origen del dinero o la identidad de quien lo efectúe»¹⁶⁵ y, por consiguiente, consentir también el aseguramiento de las sanciones penales y administrativas como una forma más de las muchas imaginables e inevitables de trasladar a un tercero el daño derivado del pago de la multa.

Finalmente, a estos tres argumentos se añade un cuarto, si bien exclusivamente tendente a afirmar la asegurabilidad de cierto tipo de sanciones administrativas. A diferencia de las sanciones penales, cuyo componente de orden público y dimensión ético-social sería incuestionable, *ciertas sanciones carecerían de esta dimensión, ya sea porque no tienen el componente de reproche ético-social propio de las sanciones penales*¹⁶⁶; *ya sea porque se imponen como consecuencia de la infracción de normas administrativas no encaminadas a la protección de un orden público general, sino de intereses sectoriales o particulares (sector del crédito, protección de datos...)*¹⁶⁷. En realidad, estas –impropiamente llamadas– sanciones no perseguirían una finalidad estrictamente punitiva y preventiva, sino que destacarían por su aspecto indemnizatorio en

¹⁶³ En el consustancial riesgo de traslado del carácter aflictivo de la pena de multa se advierte un rasgo patológico fundamental de esta clase de penas. Al respecto, *cfr.*: ya MANZANARES SAMANIEGO, 1977, pp. 243 ss.; SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, p. 18; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 171 ss.; HILLENKAMP, 1987, pp. 457 ss.; y, recientemente, FARALDO CABANA, 2017, pp. 55 ss.

¹⁶⁴ Para un desarrollo del argumento, *vid.* GRUBE, 2019, nm. 31.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

¹⁶⁶ Así lo entiende KAPP, *NJW*, (44), 1992, p. 2799: no tendría sentido considerar contrario a las buenas costumbres una promesa de pago de una sanción que no trae consigo ninguna carga ética.

¹⁶⁷ *Cfr.* al respecto FONT RIBAS, 1994, pp. 834 ss.; y en un sentido parecido, ATIENZA, 2015, p. 168; o próximo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños* (143), 2020, pp. 4 ss.

el marco de relaciones de dependencia intensificada. Así las cosas, no habría razón por la que considerar contrario al orden público (art. 1255 CC) el acuerdo de aseguramiento de una medida cuasi-indemnizatoria que se impusiera para la defensa de un interés que carece de toda dimensión público-constitucional o económica, como mínimo, no cuando la infracción a la que responden sea meramente negligente¹⁶⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, ninguno de los cuatro argumentos acabados de referir, ni separada ni conjuntamente, son idóneos para legitimar la asegurabilidad de las sanciones pecuniarias. Bien mirado, las tesis favorables a su asegurabilidad la conciben, en consonancia con la ya superada teoría de la obligación¹⁶⁹, como una sanción impersonal que, en el mismo momento en el que se impone, mutaría en una obligación civil, convirtiéndose el sancionado en un mero deudor del Estado acreedor. Solo así cabe entender la afirmación de Sánchez Álvarez según la cual sería indiferente quién pague la multa¹⁷⁰. En buena lógica, este autor tampoco debería ver obstáculo en afirmar la transmisibilidad de la multa a los herederos del deudor¹⁷¹, en ejecutar la multa aun cuando después de pronunciada sentencia firme se apreciara en el penado una situación de trastorno mental que le impidiera comprender el sentido de la pena de multa (art. 60 CP)¹⁷², o en recuperar pretéritas formas de traslación de la responsabilidad administrativa que creíamos superadas con la constitucionalización del Derecho público sancionador¹⁷³. Sin embargo, pese a su carácter pecuniario, la extrema fungibilidad del dinero y lo fácil que pueda ser trasladar fácticamente el daño a un tercero, *también la multa es una sanción*. Ello resulta incuestionable en el caso de la pena de multa, regulada

¹⁶⁸ Cfr. FONT RIBAS, 1994, pp. 834 ss.; ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 168 ss. Y en el mismo sentido, a propósito del aseguramiento de sanciones en materia de protección de datos, vid. ELGUERO MERINO, *RCyS*, (28), 2008, pp. 56 ss.

¹⁶⁹ Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret*, (2), 2006, pp. 18 ss.; FARALDO CABANA, 2017, pp. 57 ss.; LA MISMA, 2018, pp. 520 ss.; y tachándola ya a mediados de los años 70 de superada e incompatible con el carácter penal de la multa, MANZANARES SAMANIEGO, 1977, p. 55.

¹⁷⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *RDM*, (227), 1998, p. 153.

¹⁷¹ Tal y como todavía preveía el artículo 132 del CP de 1870 y prevé ahora el art 130.2 CP respecto de la «pena» de multa impuesta a la persona jurídica. Al respecto, vid. FARALDO CABANA, 2018, pp. 515 ss.; y críticamente ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 10. Una lectura de las multas impuestas a las personas jurídicas, en particular, en caso de transformación, fusión, absorción o escisión (art. 130.2 CP) pretendidamente compatible con los principios de culpabilidad y personalidad puede leerse en el interesante AAN 246/2019, de 30 de abril, en el que se estima el recurso de apelación contra el AJCI núm. de 15 de enero de 2019.

¹⁷² Aunque dicho precepto no alude de forma expresa a la multa, su *telos* es claro: si el sentido de la suspensión de la pena es aquí la imposibilidad de que el condenado sepa el por qué y para qué la cumple, la regla del artículo 60 CP también ha de valer para la pena de multa. En este sentido, acertadamente, MOLINA BLÁZQUEZ, 2000, p. 724.

¹⁷³ Vid. ROLDÁN BARBERO, 1982, pp. 35 y ss.

en los artículos 32 y 50 CP como una auténtica pena consistente en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, y es igualmente admitido unánimemente por la doctrina administrativista, que ve en la multa la sanción (represiva) por antonomasia del Derecho administrativo sancionador¹⁷⁴.

Como cualquier otra sanción, *la multa representa un mal de naturaleza dual, impuesto intencionadamente por el Estado a quien es considerado responsable de la comisión de un hecho ilícito*. Si en las penas privativas de libertad el dolor penal se concreta en la restricción de la libertad ambulatoria, a través de la multa se pretende afectar negativamente a la capacidad de consumo del sancionado, como manifestación particular de la libertad del ciudadano. Como señala Zipf, aquella no se reduce, pues, a la mera exacción de una suma de dinero, o a una simple afectación del patrimonio del condenado: el verdadero «sufrimiento penal reside en el sentimiento de renuncia a determinados bienes: formulado en términos generales, en la renuncia al consumo»¹⁷⁵. El menoscabo patrimonial derivado del pago de una multa, pues, nada tiene que ver con el quebranto que le supone al deudor satisfacer una obligación civil de pago, sino que, como señala acertadamente Gracia Martín, es el instrumento a través del que el Estado trata de afligir al sancionado como forma de respuesta a su hecho delictivo¹⁷⁶. La pérdida de capacidad de consumo del sancionado no es, en suma, un dato contingente, sino el fin inmediato perseguido a través de las sanciones pecuniarias¹⁷⁷, por lo que el ingreso del dinero en las arcas del Estado, por su parte, es un mero efecto reflejo¹⁷⁸. Así lo evidencia el artículo 126 CP, en donde se relega al último lugar la imputación a la multa de los pagos efectuados por el penado.

A los efectos que aquí interesan, lo anterior significa que una multa, sea penal o administrativa, solo puede cumplir su cometido inmediato en la medida en que sea el sujeto responsable quien soporte la pérdida de capacidad de consumo que el Estado pretende lograr a través de su imposición. Al Estado, pues, no le puede ser nunca indiferente quién realiza el pago en primera instancia o quién acaba por soportar el menoscabo patrimonial deri-

¹⁷⁴ *Pars pro toto*, REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 167.

¹⁷⁵ ZIPF, 1966, p. 53. Para BAUMANN, 1968, pp. 48 ss., la pena de multa pretendería lograr una «disminución del estándar de vida» del condenado como consecuencia de la reducción de la capacidad de consumo. Próximo, SERRANO BUTRAGUEÑO, 1996, p. 54.

¹⁷⁶ Muy claro en este sentido, *cfr.* GRACIA MARTÍN, 2006, p. 172. En el mismo sentido, ROCA AGAPITO, 2003, p. 240.

¹⁷⁷ Este dato es esencial para distinguir las auténticas sanciones administrativas de otro tipo de medidas de naturaleza resarcitoria, preventivo-policial o próximas decomiso. En un sentido parecido, *vid.* CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 27 ss.

¹⁷⁸ Muy claro en este sentido, ROLDÁN BARBERO, 1982, p. 37.

vado de aquel. Es más, con el traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de multa a un tercero se priva a la pena de su finalidad inmediata, del mismo modo que se priva de sentido a la pena privativa de libertad cuando es un tercero no condenado el que ingresa en el centro penitenciario. Y adviértase que esto vale tanto para las formas de traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de la multa de naturaleza jurídica, como puede ser un contrato de seguro, como para aquellas formas de traslado puramente fácticas¹⁷⁹. Es decir, el objetivo de la multa tanto se burla cuando es un tercero el que directamente la paga, como cuando es un tercero el que soporta finalmente la pérdida de consumo buscada a través de la multa, ya sea porque dona al sancionado el monto equivalente antes o después de su pago, ya sea porque el sancionado disuelve la dimensión aflictiva de la multa en su entorno social o familiar. Todo acto de traslación o difusión de la dimensión aflictiva de la multa, sea jurídico o puramente fáctico, es, pues, incompatible con su fin inmediato¹⁸⁰. Y ello con independencia del alcance del interés protegido por la norma infringida (también la sanción impuesta por la infracción de una norma que protege un interés meramente sectorial es personalísima)¹⁸¹, y del carácter doloso o imprudente de la infracción: también el desplazamiento de una sanción que responde a un hecho negligente atenta contra su fin inmediato¹⁸².

Frente a lo anterior no cabe simplemente afirmar que, dado que al Estado le sería imposible evitar el traslado de la dimensión fáctico-aflictiva de las sanciones pecuniarias a un tercero, en vez de «poner puertas al campo», habría de tolerarse cualquier forma de dispersión o traslado de la dimensión aflictiva de las sanciones, incluida la consistente en asegurar el pago de la multa. Tampoco el hecho de que los tribunales o la Administración no con-

¹⁷⁹ Acertadamente, GRACIA MARTÍN, 2006, p. 173.

¹⁸⁰ Esto último vale con independencia de quién asuma el pago de la prima. Es decir, esto mismo valdría incluso en el supuesto en el que a diferencia de lo que suele ocurrir, no fuera la sociedad, sino el propio administrador el que asumiera el pago de la prima. El menoscabo patrimonial que pueda sufrir quien paga la prima del seguro que cubre su propio riesgo en modo alguno puede operar como un descuento a futuro del dolor penal de la multa: esta solo puede cumplir su finalidad cuando el mensaje censor posterior a la comisión del hecho está acompañado del correspondiente menoscabo de la capacidad de consumo que lo fortalece.

¹⁸¹ Sobre la distinción entre sanciones de política general y especial, *vid.* PAREJO ALFONSO, 2018, pp. 543 ss. Cuestión distinta es que en ciertos ámbitos el Estado imponga bajo el *nomen iuris* «multa» medidas de naturaleza no sancionatoria. Esta parece ser la razón principal que lleva a ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 169 y ss., a admitir la asegurabilidad de ciertas multas administrativas sectoriales.

¹⁸² Como señalamos en el epígrafe 2.3, la (supuesta) contrariedad al orden público del aseguramiento de la responsabilidad derivada de conductas dolosas no se basa en argumentos funcionales, sino en la intención de evitar auténticos fraudes al asegurador.

trolen el origen último del dinero con el que se satisface el pago de la multa es razón suficiente para negar el carácter personalísimo de las sanciones pecuniarias. Al contrario, el alto riesgo de traslado de la dimensión aflictiva propio de la multa habla más bien a favor de la búsqueda de mecanismos que garanticen su carácter personal¹⁸³.

En este lugar, baste con señalar, en primer lugar, que el pago directo de la multa por parte de un tercero no debería ser bajo ningún concepto aceptado por la Administración, pues el carácter personalísimo de la multa resta cualquier efecto liberatorio al pago por tercero (arts. 1158 ss. CC)¹⁸⁴. Como señala Altenhain, «sería contradictorio condenar por su culpabilidad al autor a asumir un mal y acto seguido renunciar –por razones fiscales– a la irrogación de ese mal»¹⁸⁵. En segundo lugar, creemos como mínimo digna de reconsideración la extendida afirmación según la cual no existe en el ordenamiento jurídico español una norma imperativa que prohíba el traslado a un tercero de la dimensión aflictiva de la pena de multa. Por un lado, con base en una argumentación sistemático-histórica que toma como referencia la noción de «condena» del artículo 129 del CP de 1870, se asevera que la pena de multa no sería una «condena» a los efectos del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)¹⁸⁶. Por otro, se afirma que el legislador ha previsto ya una respuesta específica para el quebrantamiento de la multa, a saber, su sustitución por una pena alternativa (art. 53 CP)¹⁸⁷. En nuestra opinión, sin embargo, ninguno de estos dos argumentos es decisivo¹⁸⁸. Más bien, lo fundamental es convenir en qué consiste realmente quebrantar una condena: sí, como entiende el BGH a pro-

¹⁸³ Fundamental en este sentido HILLENKAMP, 1987, pp. 459 ss.; y recientemente, como en el texto, GRUBE, 2019, nm. 30 ss.

¹⁸⁴ Con razón se afirma en la STS 2.ª 1038/2009, de 3 de noviembre, que «si lo que pretende el termino es pagar él la multa, directamente, el Tribunal no debe consentirlo pues estaría ejecutando una pena de forma distinta a lo establecido en sentencia –artículo 3.2 CP– y contrariando el principio de personalidad de las penas». El TS, sin embargo, adopta una postura resignada en lo que al pago por parte del condenado con fondos donados por un tercero se refiere: «en la práctica el Juez solo podrá verificar que formalmente el pagador sea el condenado y aún esto puede ser a veces difícil, pues puede pagarse por ingreso en la cuenta de consignaciones del juzgado». Acerca de si el pago por tercero está igualmente sometido a la regla de prelación del artículo 126 CP o si aquel puede decidir a qué concepto se imputa la donación al condenado *cf.* los AAP Girona 265/2002, de 3 de junio; y 72/2010, de 11 de febrero.

¹⁸⁵ ALTENHAIN, *NK-StGB*, 2017, nm. 65.

¹⁸⁶ *Vid.* CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, (45), 1992, pp. 113 ss.

¹⁸⁷ *Vid.* ROVIRA TORRES, 1999, pp. 28 ss., 39.

¹⁸⁸ Por un lado, frente al argumento histórico cabe afirmar que la noción de «condena» ha de interpretarse en consonancia con el catálogo de penas reconocido actualmente en el artículo 32 CP, en el que se cuenta la de multa. Por otro, la previsión de un sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa no excluye necesariamente la posibilidad de castigar el quebrantamiento de la condena de multa: una cosa es no pagar y otra distinta desplazar la dimensión fáctico-aflictiva de la pena a un tercero.

pósito del § 258 II StGB¹⁸⁹, solo debería ser típico el quebrantamiento formal del proceso de ejecución de la medida, siempre que el condenado fuera el que pagara formalmente la multa, el hecho habría de ser considerado atípico. Si, por el contrario, se admite que la transmisión de la dimensión fáctico-aflictiva del castigo a un tercero puede constituir también un quebrantamiento de condena penalmente típico¹⁹⁰ –algo en absoluto descartable, pues también aquí se frustra el fin material que persigue la ejecución de la pena– cabría afirmar que el aseguramiento de la pena de multa sería contrario a una norma imperativa y, por tanto, nulo (art. 1255 CC).

Sea como fuere, y ya en tercer lugar, adviértase que, aunque no se admitiera la tipicidad del quebrantamiento material de la pena de multa *ex* artículo 468 CP, en la medida en que el aseguramiento de las multas penales y administrativas es frontalmente incompatible con su finalidad inmediata y con los principios constitucionales que rigen su imposición¹⁹¹, tales contratos han de considerarse necesariamente contrarios al orden público (1255 CC) y, por ende, nulos. Esta tesis, además de ser la expresamente plasmada en el artículo 5.2 del malogrado APLCS, ha sido sostenida acertadamente por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones¹⁹² y es la defendida a día de hoy por la inmensa mayoría de la doctrina española¹⁹³. A falta de mejores mecanismos para reforzar el carácter personal de las multas, es la nulidad del contrato que la asegura la mejor manera de combatir el que aquella quede privada de su sentido. En tanto en cuanto el legislador español siga regu-

¹⁸⁹ BGHSt. 37, 226 (230).

¹⁹⁰ *Vid.* solo HILLENKAMP, *JR*, 1992, p. 75. En este sentido apuntan también entre nosotros tanto CUERDA RIEZU *ADPCP*, (62), 2009, p. 201, como SERRANO BUTRAGUEÑO, 1996, p. 55.

¹⁹¹ Muy claro en este sentido ya MANZANARES SAMANIEGO, 1977, p. 17: «No será admisible ningún efecto que careza de sentido en relación con la esencia y fines de la pena». Asimismo, PEÑARANDA RAMOS, 2015, p. 257. Sobre la incompatibilidad del aseguramiento de la responsabilidad penal con el principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio *cf.* solo CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 207 ss.

¹⁹² *Vid.* la Consulta 5/2008 de 31 de marzo acerca de la «posibilidad de aseguramiento de multas penales, sanciones, administrativas y multas coercitivas en el caso de ser impuestas por órganos administrativos, juzgados y tribunales españoles o de terceros países». Un análisis detallado de la Consulta puede leerse en ATIENZA NAVARRO, 2015, pp. 160 ss.

¹⁹³ A esta misma conclusión llegan, sin ánimo de exhaustividad, ALONSO SOTO, 1977, pp. 390-392; VEIGA COPO, 2019, pp. 1264 ss., 1268; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, p. 236; TAPIA HERMIDA, 2010, p. 1890 ss.; FERNÁNDEZ-MONTES LLORD, *RC*, 2008, pp. 29 s.; PANTALEÓN PRIETO, 2016, p. 57. En particular, sobre la imposibilidad de asegurar la responsabilidad penal, *vid.* CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, pp. 206 ss.; y en la conclusión, asimismo VÁZQUEZ DE CASTRO, *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020, p. 5: «debe siempre considerarse que resulta inadmisibles la cobertura de las sanciones o multas penales al ser el derecho penal la parcela del ordenamiento jurídico que salvaguarda el orden social como bien jurídico protegido». En la doctrina alemana, como en el texto, *vid.* solo RUTTMANN, 2014, pp. 97-99.

lando el sistema de gobierno corporativo a través del recurso a instrumentos represivos como la multa, sean penales o administrativos, el riesgo de sanción no puede ser asegurado en el marco de una póliza *D&O*.

5.4 LA INASEGURABILIDAD DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA INHABILITACIÓN

Junto con la multa, los administradores societarios están igualmente sometidos al riesgo de ser inhabilitados para ejercer su cargo. Esta inhabilitación puede resultar, en primer lugar, de la comisión de un hecho penalmente ilícito. Entre las distintas penas privativas de otros derechos (arts. 39-49 CP), nos interesa en lo que sigue la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio. Esta guarda una profunda relación con la delincuencia de empresa, donde resulta una pena prácticamente omnipresente, ya sea impuesta como pena principal (art. 45 CP) en delitos típicamente socio-económicos –así, en los delitos contra la propiedad intelectual (art. 271 CP) e industrial (art. 276 CP)–; ya sea como pena accesoria (56.3.º CP) impuesta por la comisión de cualquier delito económico imaginable¹⁹⁴. Piénsese, por ejemplo, en la inhabilitación para participar como «miembro de los órganos de gobierno o ejecutivos de cualquier entidad bancaria» impuesta por la Sala 2.ª del TS como pena accesoria en el conocido como «caso Tarjetas Black»¹⁹⁵. En segundo lugar, la inhabilitación o prohibición para ejercer el cargo de administrador puede ser igualmente impuesta como una sanción de naturaleza administrativa¹⁹⁶. A título de ejemplo cabe citar aquí la separación e inhabilitación para ejercer el cargo de administrador o directivo por un tiempo determinado prevista en el artículo 302 LMV como consecuencia de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en la referida ley. Por su parte, el artículo 455.2.2.º TRLC (antiguo art. 172.2.2.º LC) prevé que los administradores «afectados» por la calificación como culpable de la sociedad en la que desempeñan sus funciones sean inhabilitados «para administrar los bienes ajenos», así como «para representar a cualquier persona», durante un periodo de dos a quince años; inhabilitación a la que el artículo 13.2.º CCom añade

¹⁹⁴ Al respecto, en detalle, *vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, 2005, pp. 351 ss.; o RAMOS VÁZQUEZ, 2013, pp. 115 ss.

¹⁹⁵ STS 2.ª 438/2018, de 3 octubre.

¹⁹⁶ *Vid.* al respecto REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 189 ss., con numerosos ejemplos extraídos de las leyes sectoriales.

una prohibición de «ejercer el comercio» o «tener cargo [o] intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales» durante el mismo periodo¹⁹⁷.

Aunque un contrato de seguro difícilmente puede dejar sin efecto la inhabilitación profesional, sí que parece posible minimizar los efectos perjudiciales de esta clase de sanciones a través del aseguramiento del lucro cesante¹⁹⁸. *La pregunta que nos interesa en lo que sigue es, pues, si un administrador societario puede garantizarse la expectativa de enriquecimiento derivada del normal ejercicio de su cargo de administración que se ve truncada con una inhabilitación judicial o administrativa a través de un contrato de seguro de lucro cesante (arts. 63 ss. LCS)*¹⁹⁹. Aunque, hasta donde alcanzamos, las pólizas D&O más corrientes en el mercado español no cubren por el momento este concepto, dado el importante auge de esta clase de seguros –piénsese solo en la gran expansión y el reconocimiento judicial del subsidio por privación del permiso de conducir del profesional que se ve con ello impedido para ejercer su profesión²⁰⁰– parece conveniente plantearse también en este trabajo la legitimidad de asegurar la frustración del incremento patrimonial esperado.

Aunque el artículo 96.3.1.^a CP contempla también la inhabilitación profesional como una medida de seguridad²⁰¹, en este lugar nos interesa esta medida en tanto que sanción (represiva). Así se

¹⁹⁷ La doctrina califica de forma prácticamente unánime esta consecuencia de la calificación del concurso como una «pena civil», con una clara finalidad preventivo-punitiva y regida, por tanto, por los principios limitadores propios del Derecho sancionador. Así, entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ, 2004, pp. 3106-3110; FERRER BARRIENDOS, 2004, pp. 1777 s.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 2004, pp. 2567-2569, 2577; JUSTE MENCÍA, 2004, p. 2275; FERNÁNDEZ PÉREZ, 2005, p. 652; ROSENDE VILLAR, 2010, pp. 635, 637; MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, pp. 1771, 1830; MORENO SERRANO, *ibid.*, pp. 1592, 1598; MARTÍNEZ GALLEGO, 2018, p. 514. *Cfr.*, no obstante, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, p. 2881, que afirma que la inhabilitación concursal, «no es una medida de carácter sancionador sino de protección que busca precaver a los titulares de aquellos patrimonios de una posible y probable administración descuidada».

¹⁹⁸ Un problema adicional que aquí no puede ser abordado es el de la eventual asegurabilidad de los daños reputacionales derivados de la inhabilitación profesional. Entendida esta como una pena (parcialmente) infamante sería discutible la asegurabilidad del daño reputacional. Por un lado, pareciera que si parte del mal intencionado por la pena de inhabilitación profesional es la afectación al honor, el aseguramiento del coste reputacional sería contrario a la finalidad de la pena. Sin embargo, no está claro que ello suponga realmente un traslado del dolor penal a un tercero: la afectación a la dignidad del condenado, en puridad, no desaparece por mucho que una aseguradora asuma el costo reputacional.

¹⁹⁹ *Vid.* al respecto TIRADO SUÁREZ, 2010, pp. 1359 ss.; el mismo, 2014, pp. 597 ss.

²⁰⁰ *Vid.* n. 206.

²⁰¹ Queda fuera de nuestro objeto de estudio la posibilidad de asegurar el lucro cesante de la inhabilitación profesional impuesta como medida de seguridad (art. 96 CP). Esta, como señala FERNÁNDEZ TERUELO, 2005, p. 352; carece de trascendencia práctica cuando se trata de delincuencia económica protagonizada por administradores societarios. Sobre la inhabilitación profesional como medida de seguridad, *vid.*, en profundidad, TRAPERO BARREALES/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2019, pp. 1591 ss.; DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, pp. 50 ss.

regula en los artículos 32, 45 y 56 del CP, donde se prevé la inhabilitación profesional como una auténtica pena criminal, y esta es también la naturaleza que –de forma indiscutida– le atribuye a la institución la doctrina española contemporánea²⁰². Como cualquier otra sanción, la inhabilitación profesional constituye un mal de doble naturaleza: por un lado, implica un acto intencional de reproche o de censura a quien considerado responsable por un hecho ilícito (dimensión simbólico-comunicativa); por el otro, implica asimismo la causación intencional de un cierto grado de dolor penal (dimensión fáctico-aflictiva). De nuevo, esto vale tanto para la inhabilitación penal como para la administrativa. A partir de aquí, en nuestra opinión, la decisión acerca de la posibilidad de asegurar la pérdida del rendimiento económico que el administrador hubiera obtenido de no haberse producido el siniestro en forma de inhabilitación profesional depende de cómo se conciba la dimensión fáctico-aflictiva de esta pena. A su vez, de ello depende también el que el aseguramiento del lucro cesante de la inhabilitación profesional pueda ser o no considerado típico en tanto que quebrantamiento de condena (art. 468 CP)²⁰³. Aunque esta cuestión apenas ha sido tratada hasta el momento en la doctrina penal española, creemos posible identificar en este momento dos posibles respuestas teóricas a este problema.

Por un lado, cabría entender que la inhabilitación para ejercer una profesión, en nuestro caso la de administrador societario, se agota en su dimensión fáctica (mal sensible) en la simple privación formal del derecho del administrador sancionado a participar como miembro de un órgano de gobierno societario mientras dure la condena o por un tiempo determinado en el caso de las inhabilitaciones administrativas. Con independencia de cuál fuera el fin último que se le atribuyera a esta clase específica de sanciones (retributivo, preventivo general o especial...), la inhabilitación cumpliría su función inmediata en la medida en que el condenado simplemente no pudiera ejercer una determinada profesión o cargo, con total independencia de las consecuencias ulteriores que de ello se derivaran. Esta parece ser la interpretación que hace de esta clase de sanciones (administrativas) Rebollo Puig²⁰⁴ y es la que ha sido defendida en Alemania por Horn y Werber a propósito de la inhabilitación penal para conducir. El dolor penal pretendido con la prohibición de circular, hoy regulado como pena accesoria (*Nebens-*

²⁰² Cfr: TRAPERO BARREALES/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2019, p. 1601; DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, pp. 47 ss., 55 ss.; BOLDOVA PASAMAR, 2006, pp. 129 ss.; o POZUELO PÉREZ, 1998, pp. 19 ss., 45 ss.

²⁰³ RAMOS VÁZQUEZ, 2013, p. 126.

²⁰⁴ REBOLLO PUIG, *Justicia Administrativa*, (1), 2001, p. 190.

trafe) en el § 44 StGB, sería única y exclusivamente el consistente en impedir a una persona sentarse al volante, pero no, en cambio, las consecuencias patrimoniales que de ello pudieran derivarse para el conductor profesional que *de facto* queda impedido para ejercer su oficio²⁰⁵. Así las cosas, el lucro cesante derivado de una pena privativa de derechos sería asegurable²⁰⁶. Es más, para Horn, el contrato de seguro permitiría precisamente reducir la dimensión fáctica de la pena privativa de derechos a la que le debería corresponder: «un dolor penal que se limita exclusivamente (y por lo tanto para todo el mundo igual) a una privación temporal de libertad del autor». ¿O es que alguien, se pregunta Horn, entiende que tales medidas pretenden la «ruina financiera del delincuente o el sufrimiento compartido de la familia»²⁰⁷? En favor de la asegurabilidad de una pena como la de retirada del carné añade Werber un argumento adicional: si de lo que se trata es de evitar que el condenado se ponga al volante, ¿qué mejor manera que permitirle asegurar el lucro cesante derivado de la imposibilidad de seguir ejerciendo su profesión y eliminar así cualquier incentivo para quebrantar la pena de inhabilitación²⁰⁸?

A este modo de ver las cosas, sin embargo, cabe oponerle una segunda forma de comprender la dimensión fáctico-aflictiva de la pena de inhabilitación especial. Del mismo modo que la exigencia del pago de una cantidad dineraria es en la pena de multa tan solo

²⁰⁵ Así, WERBER, *ZVersWiss*, (61), 1972, p. 348. Asimismo, HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144.

²⁰⁶ A esta conclusión han llegado algunos tribunales en nuestro país a propósito de los subsidios en caso de pérdida del permiso de conducción como sanción por la comisión de un delito contra la seguridad vial. *Vid.*, por todas, SAP Madrid 90/2015, de 3 de marzo; SAP Girona 445/2018, de 10 de octubre; o SAP Navarra 90/2004, de 25 de mayo: «no puede entenderse que afirmar la cobertura de la retirada del permiso de conducir sea semejante a asegurar la pena misma correspondiente a un delito doloso, dado que, al margen de tal cobertura, la pena subsiste y es cumplida en toda su intensidad por el conductor, quedando así satisfecho el fin de la pena pretendido obtener por la norma penal, siendo asegurada únicamente, en tal caso, una consecuencia económica que puede derivarse de la pena, consecuencia que, además, no se produce con carácter general como necesariamente derivada de la pena, sino especialmente para determinados individuos que, fundamentalmente por razón de su profesión vinculada a la conducción de vehículos o dependiente de ella, sufren un concreto quebranto añadido a la pena misma correspondiente al delito, consecuencia no prevista ni querida como necesaria por la norma penal». En un sentido parecido, *vid.* además el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 18 de julio de 2007 (ref.: AEH-Servicio Jurídico 6/07). La tesis contraria ha sido también acogida en algunas resoluciones judiciales; *vid.*, entre otras, la SAP Madrid 267/2006, de 12 de junio: el delito doloso elimina el riesgo como elemento esencial del contrato de seguro (art. 19 LCS). Sobre todo ello, *vid.* DE PORRES ORTIZ DE URBINA, *Revista de Jurisprudencia*, (15.03.18), 2018; TIRADO SUÁREZ, 2010, n. 59 (pp. 1380 ss.).

²⁰⁷ HORN, *VersR*, (45), 1974, pp. 1142 ss., 1144. Asimismo, sostiene BOLDOVA PASAMAR, 2006, p. 134, que la inhabilitación profesional no ha de ser concebida como una «condena al hambre», por lo que habría de aplicarse de forma restringida a la específica profesión que haya sido el medio para delinquir.

²⁰⁸ WERBER, *ZVersWiss*, (61), 1972, p. 349.

el mecanismo a través del que irrogar un menoscabo en la capacidad de consumo como forma particular de libertad, cabría afirmar que la dimensión fáctico-aflictiva de la inhabilitación no se agota en la mera imposibilidad de seguir formando parte del órgano de gobierno de una sociedad. *El fin inmediato de una inhabilitación represiva consistiría en menoscabar la libertad del condenado privándole de su capacidad de generar ingresos a través del ejercicio de una determinada profesión.* Esto es, la pérdida del lucro derivado de la inhabilitación no sería un «daño colateral» o un efecto adicional de la pena no querido, sino parte constitutiva de la aflicción pretendidamente buscada con la imposición de la inhabilitación. En esta línea cabría interpretar las siguientes palabras de De Vicente Remesal:

«La idoneidad de la pena de inhabilitación profesional para que pueda surtir efectos desde la perspectiva de la prevención general cabe derivarla de la restricción que implica sobre las posibilidades de actuación del sujeto en la sociedad mediante la privación del ejercicio de su actividad profesional, de su significado (privación de un derecho) y de las consecuencias que conlleva su imposición, tanto patrimoniales –quizá fundamentalmente– como de otra naturaleza, de trascendencia personal o social»²⁰⁹. Y todavía más, «la gravedad de su imposición no se restringe a las consecuencias patrimoniales derivadas de la misma por no poder ejercer la profesión, sino que se extiende también a las derivadas de las dificultades para la consecución de un trabajo tras el cumplimiento de la pena»²¹⁰.

Frente a este modo de concebir la inhabilitación profesional, sin embargo, cabría afirmar que, a diferencia de la pena de multa, aquella no se gradúa en función de sus consecuencias patrimoniales negativas sobre el sujeto sancionado. Tomando como referencia un mismo injusto, *ceteris paribus*, habría de inhabilitarse por menos tiempo a quien genera la mayor renta, cosa que, sin embargo, el legislador no ha previsto. La interpretación formalista de la dimensión aflictiva de la inhabilitación, no obstante, pareciera pasar por alto el que parece ser el verdadero núcleo aflictivo de estas penas, especialmente cuando se imponen a administradores societarios, a saber, la afectación a la capacidad de generar renta del sancionado. Sin duda, esta cuestión merece un estudio en profundidad que no puede ser emprendido en este lugar. En cualquier caso, entendida la dimensión aflictiva de la inhabilitación de esta segunda forma, resulta evidente que el contrato de seguro del lucro cesante sería contrario a la finalidad inmediata de la inhabilitación.

²⁰⁹ DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, p. 68 (énfasis añadido).

²¹⁰ DE VICENTE REMESAL, *CPC*, (113), 2014, p. 68.

El aseguramiento reduciría su carga aflictiva al mero deshonor ínsito a la declaración de culpabilidad²¹¹, convirtiendo *de facto* la inhabilitación en «algo similar a una vacación retribuida»²¹². Si el fin de la inhabilitación no se agota en impedir al condenado que siga participando como miembro en los órganos de gobierno de una sociedad, sino que implica la causación intencionada de un menoscabo en su capacidad de generar ingresos económicos fruto de su ejercicio profesional, un contrato de seguro que cubriera el lucro cesante del administrador que ha sido inhabilitado para seguir ejerciendo tal cargo sería nulo (art. 1255 CC)²¹³.

A la anterior conclusión podría llegarse, de nuevo, a través de dos caminos distintos. El primero consistiría en afirmar que el pago del lucro cesante por parte de la aseguradora al administrador condenado es penalmente típico como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP. En tal caso, el contrato de seguro sería nulo por ser contrario a una norma imperativa. Por otro lado, quien entienda que el delito de quebrantamiento de condena solo alcanza las alteraciones formales del proceso de ejecución de una condena habrá de reconocer que, en la medida en que el administrador no ejerce durante el tiempo de la condena ningún cargo, no quiebra su condena, pero el contrato en virtud del que la aseguradora se compromete a compensarle el lucro cesante es contrario al orden público (pues anula el fin inmediato de la sanción) y, por ende, igualmente nulo.

6. LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DECOMISO

En apartados anteriores, la *homogeneidad funcional* de formas de responsabilidad aparentemente diversas – responsabilidad societaria y tributaria por deudas sociales (apartado 4); penas y sanciones administrativas (apartado 5)– nos condujo a darles un *tratamiento unitario*, a pesar de su tradicional ubicación en categorías dogmáticas diversas. En el ámbito del decomiso ocurre, sin embargo, todo lo contrario. Como reconoce la doctrina prácticamente unánime, aquí se agrupan, bajo un mismo *nomen iuris*, al

²¹¹ Somos conscientes de que la inhabilitación, pese al aseguramiento del lucro cesante, puede seguir suponiendo un importante mal para aquel administrador vocacional que disfruta ejerciendo su profesión. Sin embargo, desde una perspectiva objetiva, parece razonable afirmar que el mal esencial de la inhabilitación reside en la incapacidad del condenado para generar renta a través de un determinado oficio.

²¹² La expresión la tomamos de la STS 3.^a 7277/1999, de 19 de septiembre, en la que se afirma que la sanción de suspensión de funciones conforme al reglamento disciplinario de policía debe comportar necesariamente la pérdida de remuneración.

²¹³ Próximo, TAPIA HERMIDA, 2010, p. 1892.

menos *dos* instituciones funcionalmente diferentes: por un lado, el decomiso de bienes, efectos, medios e instrumentos del delito – al que nos referiremos, en adelante, como «decomiso de efectos e instrumentos»²¹⁴– y, por otro, el decomiso de ganancias²¹⁵. Siguiendo, con algún matiz, la ilustrativa clasificación ideada por Eser, podríamos decir que, mientras que el primero funciona al modo de una «expropiación de seguridad» (orientada a la *cosa* decomisada), el segundo tiene un sentido claramente preventivo-general y especial negativo (orientado a los *autores*, concretos o potenciales, del delito)²¹⁶.

Pero, antes de analizar por separado una y otra institución (y la posibilidad de asegurarlas), hemos de advertir que la anterior categorización dista mucho de ser perfecta. La que en adelante presentaremos es solo *una posible interpretación* de la regulación española actual del decomiso; una que, en nuestra modesta opinión, es *la única lectura razonable* que cabe hacer de una regulación sumamente insatisfactoria y necesitada de una reforma integral. En este sentido, baste ahora con advertir la existencia de dos «cuerpos extraños» no reconducibles por completo a ninguna de las categorías dogmáticas estudiadas –aunque vagamente relacionados con las dos que analizaremos en este apartado–, y cuyo único destino razonable *de lege ferenda* sería, a nuestro juicio, la *derogación*: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos (previsto en los arts. 127.3 y 127 septies CP) y los «decomisos privados de ganancias» a los que nos hemos referido tantas veces a lo largo del artículo²¹⁷.

Así las cosas, dedicaremos un primer epígrafe del apartado (6.1) al tratamiento del decomiso de efectos e instrumentos y la eventual asegurabilidad de los daños irrogados al propietario como

²¹⁴ En aras de la brevedad y, sobre todo, para dejar completamente de lado la discusión –en buena medida estéril– sobre si cabe establecer una diferencia entre los «bienes», los «medios» y los «instrumentos» que se emplean para perpetrarlo. Sobre ello, *vid.*, por todos, CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 134-138.

²¹⁵ Así, entre muchos otros, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 619-621; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 39 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 4 s.; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34-36, 126 s.; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 144, 152-154; DE PABLO SERRANO, 2012, p. 112; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 347-349; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 33-36, 41-46; CARRILLO DEL TESO, 2018, *passim* (especialmente, pp. 165-168). Este es también el criterio adoptado en la CFGE 4/2010, p. 12. *Vid.*, en sentido similar, ESER, 1969, pp. 89-97; ESER/SCHLUSTER, 2019, nms. 12-23. Una minoría de autores tratan, sin embargo, el decomiso como una consecuencia jurídica del delito, con una naturaleza unitaria y materialmente *penal* y critican, sobre esta base, que no se respeten en este ámbito los límites del *ius puniendi* estatal; *vid.*, en esta línea, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 25-27, 29-32, 36-50, 53-57; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 2017, pp. 908, 913 s.; el mismo, 2017, pp. 404-408, 417, 424; y, aparentemente, MARTÍN PÉREZ, *DPyC*, (19), 2005, p. 226.

²¹⁶ *Vid.* ESER, 1969, pp. 54-56.

²¹⁷ *Vid.* especialmente el texto que acompaña a las nn. 101-102.

consecuencia de la adopción de esta medida, haciendo también una breve referencia crítica al primero de los «cuerpos extraños» que acaban de mencionarse: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos. En un segundo epígrafe (6.2), analizaremos el decomiso de ganancias y sus «homólogos» jurídico-privados, extrayendo las oportunas consecuencias en punto a su asegurabilidad. Finalmente, en el tercer epígrafe (6.3), se presentará brevemente, a modo de excursus, una propuesta de «coordinación» del decomiso con el resto de las consecuencias jurídicas pecuniarias del delito –multa y responsabilidad civil– que resulta de la articulación de la propuesta de interpretación expuesta en los epígrafes anteriores con lo defendido en el resto de los apartados del trabajo.

6.1 DECOMISO DE EFECTOS E INSTRUMENTOS DEL DELITO

De acuerdo con el artículo 127.1 CP, la comisión de un delito doloso trae consigo, en todo caso «la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios e instrumentos con que se haya perpetrado»; consecuencia que el artículo 127.2 CP prevé con carácter potestativo para los delitos imprudentes castigados con una pena privativa de libertad superior a un año. La pérdida de estos bienes –su atribución al Estado– puede suponer (y, de ordinario, supondrá) un daño *para su propietario*, que, en esta medida, podría estar interesado en su cobertura a través de un seguro. En este sentido, cabe preguntarse si serían asegurables los daños derivados del eventual decomiso de los efectos e instrumentos de un delito²¹⁸. En concreto, a los efectos que aquí interesan: ¿sería lícita la cláusula de una póliza *D&O* que declarara cubierto el riesgo de que un administrador societario resultara perjudicado, en el ejercicio de sus funciones, por el posible decomiso de bienes de su propiedad considerados «efectos» o «instrumentos» de un delito?

Para responder a esta pregunta es necesario, como sabemos, dilucidar la *función* que el decomiso de efectos e instrumentos desempeña en nuestro ordenamiento. Sin embargo, un primer vistazo al régimen jurídico de esta institución revela ya que esta no es una tarea sencilla. Y es que la regulación española del decomiso de efectos e instrumentos es tan sumamente laxa en sus exigencias que, aplicada en toda la extensión que literalmente tolera, permiti-

²¹⁸ Respecto de los delitos *dolosos*, que constituyen el principal ámbito de aplicación del decomiso y a los que –salvo que los bienes le sean decomisados a un tercero– resulta prácticamente consustancial la «mala fe» del asegurado, en el sentido del artículo 19 LCS, cabe remitirse aquí, de nuevo, a lo argumentado en el epígrafe 2.3 del trabajo.

ría alcanzar consecuencias verdaderamente llamativas (amén de difícilmente explicables desde el punto de vista funcional). Dejando de lado, por ahora, la moderación potestativa de esta consecuencia jurídica por razones de proporcionalidad prevista en el artículo 128 CP, al condenado por menudeo de cocaína no solo podrían decomisársele la droga y las ganancias derivadas del tráfico, sino también el vehículo que emplea para desarrollar esta actividad y el local donde almacena la sustancia; todo ello *sumado* a la imposición de una pena de prisión de tres a seis años y una multa proporcional del tanto al triplo del valor de la cocaína objeto del delito (art. 368 CP). Por poner otro ejemplo más relevante para el objeto de nuestra investigación, el administrador societario que utilizara su ordenador personal para falsear las cuentas anuales de la sociedad no solo se vería sometido las penas de prisión y de multa previstas en el artículo 290 CP y al decomiso de las posibles ganancias derivadas del delito, sino que perdería, *además* la propiedad del ordenador. Más irrazonable todavía: si el accionista mayoritario de una sociedad anónima cometiera el delito de imposición de acuerdos abusivos del artículo 291 CP, ¿acaso no debería el Estado decomisarle –al margen de las ganancias eventualmente obtenidas– sus *acciones*, convirtiéndose así la entidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.1.a LRJSP, en una sociedad mercantil estatal? ¿No son estas un «instrumento» o, al menos, un «medio» empleado en la ejecución del delito?

Como hemos argumentado en el apartado anterior del trabajo, en cualquiera de estos casos está más o menos clara la finalidad que persigue el Estado cuando impone las *penas* correspondientes: castigar en la medida de la culpabilidad, y, en su caso, prevenir así la comisión de futuros delitos. También parece fácil determinar el fin de la «absorción» por su parte de las *ganancias* derivadas del delito y sus eventuales transformaciones: lo que quiere, como veremos, es eliminar cualquier incentivo a la delincuencia con ánimo de lucro (prevención general), privando al mismo tiempo al autor de los recursos necesarios para cometer nuevos delitos (prevención especial)²¹⁹. Y es comprensible, en fin, que el Estado, en el primero de los supuestos planteados, se apropie de la cocaína para destruirla (arts. 128 octies CP y 367 ter LECrim). Pero, una vez que ha hecho todo esto –que ha castigado y ha disuadido todo lo que estime oportuno o los principios constitucionales le permiten; y que ha extraído del tráfico jurídico todos los bienes que podían suponer, *en sí mismos*, un peligro para la colectividad– ¿para qué quiere el Estado, *además*, un coche, un

²¹⁹ *Vid.* el texto que acompaña a las nn. 237 s.

piso, un ordenador y unas acciones? Y, sobre todo, ¿de donde extrae su legitimidad para apropiarse de estos bienes, cuyo valor es (huelga decirlo) totalmente *independiente* de la gravedad del hecho y de la culpabilidad de su autor? Parece latir aquí la idea de que cualquier bien «manchado» por el delito ha de ir a parar a las arcas públicas; una idea que subyacía a la vieja *confiscatio bonorum* del Derecho romano y medieval²²⁰ y que parecía felizmente superada desde los tiempos de la Ilustración²²¹.

Si los ejemplos anteriores se analizan con sentido crítico parece, en efecto, que –una vez impuestas las correspondientes penas y confiscadas, en su caso, las ganancias del delito– el único decomiso que tiene sentido es el de la cocaína, en el primero de los supuestos de hecho. Es por ello que opinamos que la única interpretación razonable de la normativa reguladora del decomiso de efectos e instrumentos es una que, por medio de una *reducción teleológica*, permita alcanzar, precisamente, tal conclusión: la de que solo pueden decomisarse legítimamente por esta vía bienes cuya *intrínseca peligrosidad* para los intereses jurídicamente protegidos determina que exista un *interés público* en extraerlos del tráfico por medio de su destrucción o (excepcionalmente) de su conservación en un entorno que garantice su carácter inocuo²²². En este sentido, son buenos ejemplos de «efectos» decomisables los ejemplares obtenidos de la comisión de delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270-272 CP) o industrial (arts. 273-277 CP), las falsificaciones de moneda o documentos (arts. 386 ss. CP) o, como hemos visto, la droga cultivada para el tráfico (arts. 368 y 374 CP). Y también pueden ser

²²⁰ Sobre esta institución, *vid.* solo ESER, 1969, pp. 13-18; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 1-11.

²²¹ Es célebre, en este sentido, la crítica de BECCARIA a la pena de confiscación general, aduciendo que «[l]as confiscaciones ponen precio a las cabezas de los flacos, hacen sufrir al inocente la pena del reo y conducen a los mismos inocentes a la desesperada necesidad de cometer los delitos» (1969, p. 68). Sobre ello, *vid.* el interesante trabajo al respecto de MAÑALICH RAFFO, 2011, pp. 252-257.

²²² Así, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981 pp. 616 s., 621, 624; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34-36, 126 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 552-554, 562-564; el mismo, 2016 pp. 230 s., 235; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RGDP*, (6), 2006, pp. 15-22; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 34, 42-44, 55. *Vid.*, en sentido similar, ESER, 1969, pp. 340-347; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 102-104, 137-138; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 28 s., 41 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 4 s. (aunque considera inviable *de lege lata* la interpretación restrictiva aquí propuesta); FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 144, 152 s.; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, pp. 30, 56; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nms. 6156 s.; BACIGALUPO SAGGESE, 2019, p. 256; ESER/SCHLUSTER, 2019, nm. 21. *Cf.*, sin embargo, CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 124, 136-140, 177 s., 328, que, aunque comparte esta tesis en relación con el decomiso de efectos del delito, atribuye al de instrumentos una naturaleza propiamente penal, precisamente sobre la base de que este se extiende también a bienes de lícito comercio. Aún más radical en este sentido se muestra DÍAZ CABALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 13 s., que entiende que la incautación de cosas intrínsecamente peligrosas no es una función del decomiso, sino de otras instituciones propias del Derecho administrativo.

objeto de decomiso, en tanto «bienes», «medios» o «instrumentos»²²³ las sustancias, útiles o maquinaria específicamente orientados a la comisión de los delitos mencionados²²⁴. Por el contrario, el dinero y otros bienes «de origen lícito» (art. 127 septies CP) o «de lícito comercio» (art. 128 CP) solo pueden ser decomisados en tanto *ganancias* procedentes del delito o transformaciones de estas.

Este decomiso «de seguridad» es, por así decirlo, «reipersecutorio»: «sigue» a la cosa peligrosa, sea quien sea su propietario, pues el interés en extraerla del tráfico es absolutamente independiente de esto último²²⁵. Su homólogo estructural más claro es, en este sentido, la expropiación forzosa: el mecanismo que permite al Estado apropiarse de bienes de titularidad privada «por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización» (art. 33.3 CE). Lo que diferencia el decomiso de efectos e instrumentos de la expropiación «ordinaria» es, sencillamente, el *deber de soportar* la pérdida de la cosa decomisada que el propietario tiene frente a la colectividad y que –al igual que cuando la Administración le causa un *daño*– permite al Estado privarle de ella *sin indemnización* (art. 32.1 LRJSP) en aras del interés público en extraerla del tráfico.

Pero el decomiso, al igual que la expropiación, carece de la naturaleza intencionalmente aflictiva y del contenido simbólico-comunicativo de reproche que, como vimos, caracteriza a las penas y las sanciones administrativas. Y esto es lo que explica que el deber del propietario de soportar la pérdida de los efectos e instrumentos del delito sin indemnización alguna *no presuponga su culpabilidad*, ni en el sentido penal del término, ni en el sentido lato del Derecho administrativo sancionador. Basta, a estos efectos, que se dé una situación en la que resulte *justo* que el interés público en la extracción de la cosa del tráfico se realice *exclusivamente a costa de su propietario*, en lugar de abonarle una indemnización que distribuya este coste entre los contribuyentes²²⁶. De este modo, no

²²³ Como señalamos en la n. 214, la distinción entre tales categorías resulta prácticamente estéril.

²²⁴ Curiosamente, la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial proporciona ejemplos muy similares de ambas formas de esta clase de «decomiso» en el ámbito extrapenal; *vid.*, en este sentido, p. ej., los artículos 139 LPI y 41.1.c y d LM.

²²⁵ Así, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 153.

²²⁶ En este sentido, resulta interesante destacar cómo se fundamenta, en la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (en adelante, LEF), el derecho del expropiado al justiprecio. De acuerdo con ella, lo que recoge la LEF es, en definitiva, «una serie de supuestos realmente importantes, en los que [...] cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado, que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, *no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado*». El «deber de soportar» la pérdida de la cosa característico del decomiso de efectos e instrumentos existe, precisamente, en todas las situaciones que no se ajustan a este patrón.

solo tiene el deber de soportar la pérdida de la cosa el autor *condenado* por el delito del que esta es (indiciariamente) efecto o instrumento, o por actividades delictivas relacionadas (art. 127.1 y 2, 127 bis, quinquies y sexies CP). También lo tiene el *acusado* por el delito –e incluso el *investigado* respecto del que existan «indicios racionales de criminalidad»– cuando el proceso penal no haya podido (todavía) concluir con una sentencia condenatoria, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 127 ter CP. Y lo tiene, por último, cualquier *tercero* que adquiera la cosa conociendo o teniendo motivos para sospechar «que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso» (art. 127 quater CP).

¿Qué hay, sin embargo, de los terceros que adquieren *de buena fe*²²⁷ una cosa de procedencia ilícita (o que ha sido utilizada como instrumento para la comisión de un delito), cuya *peligrosidad intrínseca* hace aconsejable extraerla del tráfico? Supongamos, por ejemplo, que Ana falsifica un bolso, haciendo pasar hábilmente la falsificación –cuyo precio de mercado no supera los 50 euros– por un conocido modelo de la marca *Loewe* valorado en 2.000 euros, y por este precio se lo vende a Beatriz, cometiendo, con ello, sendos delitos contra la propiedad industrial (art. 274 CP) y de estafa (art. 248 CP). De haber conocido Beatriz la falsedad del bolso, o haber tenido motivos para sospecharla, no cabría duda de la posibilidad de decomisárselo con base en el artículo 127 quater CP: el falso *Loewe* es un efecto del delito cuya simple existencia lesiona el derecho de marca de la firma, por lo que existe un claro interés público en extraerlo del tráfico; un interés que, evidentemente, *no desaparece* por el hecho de que Beatriz sea una adquirente de buena fe. Su buena fe tiene, sin embargo, importantes consecuencias a los efectos que aquí interesan, en la medida en que no permite entender que Beatriz tenga el *deber de soportar* que se le confisque el bolso sin la correspondiente indemnización. De esta forma, al Estado únicamente le quedará una vía legítima para extraer el falso *Loewe* del tráfico: su expropiación forzosa²²⁸, abonando a Beatriz un justiprecio de 50 euros (el valor real de la falsificación)²²⁹. De acuerdo con el tenor literal del artículo 127 quater CP, esta parece ser la única solución posible tanto cuando el tercero de buena fe adquiere la cosa a *título oneroso* –como en el ejemplo–, como cuando lo hace a *título lucrativo*²³⁰.

²²⁷ Esto es: ignorando su procedencia ilícita o que el motivo de la transmisión era evitar su decomiso, y no teniendo motivos para sospecharlo.

²²⁸ Así, CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 70.

²²⁹ Los 1.950 euros restantes serán, por supuesto, un daño cuya indemnización podrá Beatriz reclamar a Ana en el propio proceso penal, como responsabilidad civil «derivada del» delito de estafa del que ha sido víctima.

²³⁰ Así puede inferirse, en efecto, del hecho de que el artículo 127 quater.2 CP establezca una presunción de mala fe en caso de adquisición a título total o parcialmente gratuito, lo que no puede más que revelar que la buena o mala fe del adquirente (respecto del origen de los bienes o el motivo de transmisión) *también es relevante* en este caso. La solución legal de proteger en la misma medida, a estos efectos, al adquirente de buena fe a título

Los daños derivados del decomiso de efectos e instrumentos del delito son, en fin, daños que el Estado inflige al propietario de una cosa, al expropiársela *sin indemnización*, para satisfacer el interés público en que sea retirada del mercado. Hemos dicho que la ausencia de indemnización se debe al hecho de que el propietario tiene el *deber de soportar* la pérdida de la cosa, lo que equivale a decir que no tiene el derecho a que el coste que esta pérdida le supone termine distribuyéndose entre todos los miembros de la sociedad. Pero que el propietario tenga, en este sentido, un deber de soportar el daño *frente a la colectividad* no significa que tenga una especie de deber «absoluto» de soportarlo: a diferencia de lo que sucede en el ámbito sancionador, nada en la finalidad del decomiso de efectos e instrumentos parece oponerse a la posibilidad de que quien lo sufre sea indemnizado por *un tercero*, diferente del Estado²³¹. Desde este punto de vista, no existe, a nuestro juicio, ninguna razón de orden público por la que deba considerarse *ilícito* (art. 1255 CC) el aseguramiento de los daños derivados de esta clase de decomiso; incluyendo, por tanto, la cobertura de este riesgo por parte de un seguro *D&O*.

Procede aquí, sin embargo, realizar dos matizaciones de orden práctico. La primera es que, teniendo en cuenta el limitadísimo alcance que aquí se ha reconocido al decomiso de efectos e instrumentos, resulta extremadamente difícil de imaginar un supuesto en el que los administradores de una sociedad de capital –al menos, de una dedicada al desarrollo de un objeto *lícito*– puedan verse sometidos, en el ejercicio de sus funciones, al riesgo de que *sus propios bienes* resulten decomisados por esta vía. La segunda es que, aun en el improbable caso de que este supuesto se diera en la práctica, el «principio de ganancias brutas» por el que, como enseguida veremos, ha de regirse el decomiso de ganancias²³², tendría que conducir en este caso a considerar la indemnización abonada por el seguro al administrador una *ganancia* (decomisa-

oneroso y a título lucrativo es coherente con el hecho de que la LEF no prevea regímenes diferenciados para la expropiación de las cosas adquiridas por uno u otro título.

Huelga decir, por lo demás, que no cabe «decomisar privadamente» estos bienes al tercero de buena fe por la vía del artículo 122 CP: teniendo en cuenta que el decomiso de efectos e instrumentos del delito (de acuerdo con la interpretación aquí defendida) tiene como finalidad, precisamente, la de extraer estos objetos del tráfico, la solución de atribuirselos a la víctima del delito resultaría sencillamente grotesca; por no hablar de que, en la mayoría de los casos, no existirá víctima individual alguna, al proceder los efectos e instrumentos decomisables de delitos contra bienes jurídicos colectivos.

²³¹ De esta forma, el decomiso «de seguridad» se llevaría a cabo de la forma *menos aflictiva posible* para el propietario de la cosa, en la línea sugerida por autores como ESER, 1969, pp. 269-274, 358.

²³² *Vid.* n. 245 y el texto al que acompaña.

ble) del delito²³³. Siendo esto así, ninguna sociedad tomadora estaría dispuesta a pagar una prima a cambio de la cobertura de este riesgo.

Hasta aquí la razonable lógica del decomiso de efectos e instrumentos del delito como «expropiación de seguridad». Como anticipamos en la introducción a este apartado, nuestro CP regula asimismo, no obstante, una institución que no puede reconducirse a dicha lógica: el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito contemplado en artículos 127.3 y 127 septies CP. Y es que, como es evidente, el interés que existe en extraer del tráfico los bienes intrínsecamente peligrosos, sobre los que recae el decomiso de efectos e instrumentos, no existe también (o, al menos, no necesariamente) en relación con «*otros bienes, incluso de origen lícito*» en la cantidad «que corresponda al valor económico» de aquellos. Salvo que el ámbito de aplicación de estos preceptos esté cubierto, al mismo tiempo por el del decomiso de ganancias –en cuya virtud, como vimos, la confiscación de dinero y bienes de tenencia lícita no plantea problema alguno²³⁴– resulta extremadamente difícil entender su función. Si una persona cultiva droga en un invernadero con la finalidad de destinarla al tráfico (art. 368 CP), con tan mala suerte de que el invernadero se incendia, el delito se descubre y la plantación queda totalmente destruida antes de que el autor haya podido obtener de ella ganancia alguna, ¿qué sentido tiene que este, *además* de verse sometido a una pena de prisión de uno a tres años y de tener que pagar una multa *del tanto al duplo del valor de la droga*, deba

²³³ Nos confesamos, sin embargo, incompetentes para responder a la difícil cuestión de cómo podría decomisarse esta ganancia (por definición) *subsiguiente* al proceso penal en el que se ha acordado ya el decomiso de los efectos e instrumentos del delito. Una posible vía consistiría en la apertura de un procedimiento de «decomiso autónomo», aplicando por analogía los artículos 127 ter CP y 803 e y ss. LECrim, aunque este camino probablemente quedaría bloqueado por el efecto de *cosa juzgada* desplegado por la primera sentencia; así, claramente, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 29-32, 68. Si bien esta solución resulta a todas luces insatisfactoria desde el punto de vista político-criminal, a ella parece claramente conducir lo dispuesto en los artículos 803 ter e y p LECrim, a no ser que se interprete que la «causa de pedir» de la primera sentencia se ciñe, en lo que aquí interesa, a los bienes cuyo decomiso *se hubiera solicitado* en el primer procedimiento (o, al menos, pudiera haberse solicitado de haber llevado a cabo una investigación diligente del patrimonio del acusado). En esta línea se orienta, precisamente, el artículo 803 ter u LECrim, aunque –como con razón nos ha hecho notar la Prof.^a CARRILLO DEL TESO– lo que en él se prevé es, propiamente, una «cláusula de apertura» del propio procedimiento de decomiso autónomo, no del decomiso que se decreta en el proceso penal principal. Un argumento adicional en contra de la posibilidad de abrir un segundo procedimiento de decomiso –que debemos, esta vez, a una aguda observación del Prof. PUENTE RODRÍGUEZ– podría extraerse de la regulación del proceso de revisión de sentencias penales firmes, de acuerdo con la que el conocimiento sobrevenido de hechos y elementos de prueba despliega eficacia exclusivamente *a favor del reo* (art. 954.1.d LECrim).

²³⁴ *Vid.* el texto que acompaña a la n. 224.

entregarle al Estado *este mismo valor* en dinero o su equivalente en bienes²³⁵?

Ciertamente, esta forma de decomiso se acompaña de un precepto, el artículo 128 CP, que parece no tener otra función que la de mitigar las injusticias –en particular, las poco disimulables infracciones del principio *non bis in idem*– que pueden resultar de su aplicación, estableciendo que

«cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente».

Esta cláusula de proporcionalidad «con la naturaleza o gravedad de la infracción penal» parece aproximar el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito a la lógica de las penas pecuniarias, lo que llevaría, a su vez, a considerar su aseguramiento contrario al orden público. Pero si se trata de una pena, ¿por qué permite el artículo 127 quater imponérsela a *terceros* ajenos al delito? ¿Y qué sentido tiene que, en caso de que se hayan satisfecho completamente las *responsabilidades civiles*, su imposición se vuelva meramente facultativa? Hasta donde alcanzamos, no resulta posible dar a estas preguntas una respuesta razonable. El decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos se presenta, así, como una institución *internamente incoherente*, cuya finalidad –si es que responde a alguna– resulta extremadamente difícil de dilucidar, y mucho más aún de fundamentar legítimamente. Por ello consideramos que su completa derogación sería su destino más aconsejable *de lege ferenda*²³⁶.

6.2 DECOMISO DE LAS GANANCIAS PROCEDENTES DEL DELITO (Y DE SUS TRANSFORMACIONES)

Como anticipábamos en la introducción a este apartado, la principal diferencia entre el decomiso de efectos e instrumentos y el de ganancias radica en su finalidad. En efecto, como la doctrina recono-

²³⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6167.1, llama la atención sobre la disfuncionalidad de esta consecuencia, aunque entiende que «es probable que esto se pueda solucionar en un estadio previo, pues es razonable pensar que en un supuesto como este no cabría ni siquiera ya el decomiso propio, por lo que seguir discutiendo sobre el decomiso impropio sería innecesario».

²³⁶ Critican esta institución, en la línea aquí defendida, autores como CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 45, 61-69, 97, 128 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 573 s.; el mismo, 2016, p. 235; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RGDP*, (6), 2006, pp. 26-31; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 156; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, p. 56; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6167.1; BACIGALUPO SAGGESE, 2019, p. 256; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 44-46. *Vid.*, en sentido similar, DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 942 s.; el mismo, *La Ley Penal*, (124), 2017, pp. 6, 9.

ce de forma prácticamente unánime, el decomiso de ganancias se orienta principalmente a eliminar los incentivos para la comisión de delitos con ánimo de lucro, garantizando, en la medida de lo posible, que el delito no pueda ser una empresa rentable (*crime does not pay*)²³⁷. A esta función disuasoria o, si se prefiere, preventivo-general, se une otra preventivo-especial, que tiene importancia, sobre todo, en el ámbito de la criminalidad organizada: la de evitar que las ganancias ilícitamente obtenidas se reinviertan para la comisión de nuevos delitos²³⁸. Desde este punto de vista, el decomiso de ganancias se aleja de la lógica del decomiso de efectos e instrumentos del delito y se aproxima a la propia del Derecho sancionador.

Esto no significa, sin embargo, que el decomiso de ganancias sea una sanción, ni mucho menos una pena, pues no comparte con estas instituciones dos elementos que les son consustanciales: su naturaleza *intencionalmente aflictiva* y la expresión simbólico-comunicativa de *reproche* por su parte²³⁹. El decomiso de ganancias

²³⁷ *Vid.*, en este sentido, por todos, ESER, 1969, pp. 86, 284, 333 s.; AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 200-206, 240-241; LA MISMA, *RECPC*, (15-5), 2013, pp. 7 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 49 s.; POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, p. 7; BLANCO CORDERO, *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 2; el mismo, 2012, p. 165; ROIG TORRES, *EPyC*, (36), 2016, pp. 232, 236, 268; CARRILLO DEL TESO, 2017; pp. 14 s.; LA MISMA, 2018, pp. 30 s.; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6158; ESER/SCHLUSTER, 2019, nm. 16. Así lo reconocen también VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, p. 167; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 415; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 342, 352; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 4 s., 38 s., aunque defienden, en sentido contrario a lo aquí sostenido, que este sería un simple *efecto* del decomiso de ganancias, no su finalidad.

²³⁸ Así, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 200-206, 240-241; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 49 s.; CARRILLO DEL TESO, 2017, pp. 14 s.; MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, 2018, p. 30. También, aunque de forma algo más matizada, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 346 s.

²³⁹ En este sentido se manifestó muy claramente el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en su Auto de 14 de enero de 2004 (2 BvR 564/95); *vid.*, especialmente, párs. 56-81. Una traducción de los pasajes fundamentales de la resolución puede encontrarse en ROIG TORRES, *EPyC*, (36), 2016, pp. 223-224. Alcanza esta misma conclusión, aunque con base en un razonamiento parcialmente diferente, CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 352 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 26-41, 58 s.

No se orienta en la misma línea, sin embargo, la jurisprudencia del TEDH, conforme a la que puede seguir sosteniéndose que el decomiso de ganancias *brutas* impuesto en un proceso *penal* como consecuencia de la comisión de un delito es una «pena» a los efectos del artículo 7 CEDH; *vid.* STEDH de 9 de febrero de 1995 (as. Welch c. Reino Unido), párs. 22-36. El TEDH se ha mantenido firme en esta línea: pese a haber negado el carácter penal de *otras* regulaciones del decomiso de ganancias a los efectos del mismo precepto, lo ha hecho siempre *distinguiéndolas* expresamente de aquella de la que se ocupó en su citada sentencia de 9 de febrero de 1995; *vid.*, en este sentido, la DTEDH de 10 de julio de 2007 (as. Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein), punto C. Otras resoluciones del TEDH no se refieren tanto a la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias como a la del *procedimiento* en el que se impone, a los efectos de la aplicación de los distintos apartados del artículo 6 CEDH. Respecto de esta cuestión, la tendencia del TEDH ha sido la de afirmar o negar la naturaleza penal del procedimiento dependiendo de que la confiscación de las ganancias se hiciera o no con base en una condena penal previa; *vid.* SSTEDH de 5 de mayo de 1995 (as. Air Canada c. Reino Unido), párs. 50-55; y 5 de julio de 2001 (as. Phillips c. Reino Unido), párs. 28-36; DDETDH de 27 de junio de 2002 (as. Butler c. Reino Unido), punto B; y 5 de julio de 2005 (as. Van Offeren c. Países Bajos); y SSTEDH de 1 de marzo de 2007 (as. Geerings c. Países Bajos), párs. 43-44; y 23 de septiembre de 2008 (as. Grayson & Barnham c. Reino Unido), párs. 37-50.

se mueve en el ámbito de la pura *prevención fáctica*. Solo supone la irrogación de un mal en la medida en que ello resulta necesario para disuadir; el dolor es aquí un mero «efecto colateral» de la prevención. Ello aleja esta institución de la lógica sancionadora y vuelve a acercarla, en cierto sentido, a la otra gran modalidad de decomiso: el de efectos e instrumentos. Y es que aquí puede, de nuevo, establecerse un fructífero paralelismo con la figura de la *expropiación sin indemnización*²⁴⁰: en aras de un interés público –allí, el de extraer del tráfico cosas intrínsecamente peligrosas; aquí, la disuasión de la criminalidad con móvil económico y el «drenaje» de los fondos de los autores de delitos, especialmente de las organizaciones criminales– el Estado se apropia de ciertos bienes pertenecientes a un particular, que tiene el *deber de soportar* su pérdida; ya sea por su implicación (indiciaria) en el delito del que (supuestamente) proceden (arts. 127.1 y 2, 127 bis, ter, quinquies y sexies CP), o por su conocimiento o desconocimiento imprudente del origen ilícito de las ganancias (art. 127 quater CP).

Buena parte de la doctrina ha tratado de expresar esta misma idea –o, al menos, de alejar el decomiso de ganancias de la lógica (y las garantías) del Derecho sancionador– argumentando que la naturaleza de esta institución es la de una medida civil de «eliminación de enriquecimientos injustos» o de «corrección de situaciones patrimoniales ilícitas»²⁴¹. Se olvida, con ello, que el decomiso de

²⁴⁰ *Vid.*, en esta línea, POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, p. 7.

²⁴¹ Así, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 620 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 28 s., 35 s., 39 s., 49 s.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Diario La Ley*, (5495), 2002, pp. 5, 8; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 34, 127; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 552, 568-572; el mismo, 2016, pp. 230, 235; LANDROVE DÍAZ, 2005, p. 129; VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 166-171; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 153 s.; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 407; BLANCO CORDERO, *Diario La Ley*, (7569), 2011, p. 2; el mismo, 2012, p. 165; DE PABLO SERRANO, *ibid.*, pp. 113 s.; GÓMEZ TOMILLO, *ibid.*, pp. 57-59, 63-64; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley* (8667), 2015, pp. 6 s., 11 s.; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 352 s.; el mismo, *InDret*, (1), 2019, pp. 38-41, 58 s.; DOLZ LAGO, *La Ley Penal*, (124), 2017, pp. 2 s., 4, 6; FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 430. Esta es, precisamente, la postura acogida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se dice literalmente, respecto de la figura (a estos efectos idéntica) del decomiso *ampliado* de ganancias, que «no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza *más bien civil y patrimonial*, próxima a la de figuras como el *enriquecimiento injusto*» (énfasis añadido). También se orienta claramente en esta línea la DTEDH de 10 de julio de 2007 (as. Dassa Foundation y otros c. Liechtenstein), si bien merece la pena destacar que el pronunciamiento del TEDH se ciñe, en este punto, a la regulación *liechtensteiniana* del decomiso de ganancias, distinguiéndola expresamente de otras como la inglesa (*vid.* punto C de la decisión). Mención aparte merece la opinión de ESER. Durante la vigencia en Alemania del principio de ganancias netas, este autor destacó como defensor de una concepción del decomiso de ganancias como «cuasi-*condictio* compensatoria» (*quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme*); así, ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, pp. 84-87, 120-123, 284-299. No obstante, la abandonó con la adopción legislativa del principio de ganancias brutas, considerando ahora el decomiso de ganancias como una auténtica pena patrimonial; *vid.*, en este sentido, ESER/SCHLUS-TER, 2019, nms. 15-18.

ganancias tiene tan poco que ver con las penas como con las pretensiones civiles de restitución del «enriquecimiento sin causa» en sentido estricto, que, como vimos, en nuestro ordenamiento jurídico se reducen a una sola: la *condictio por intromisión*. Estas instituciones tienen finalidades y objetos completamente diferentes²⁴². La *condictio* se orienta a la *reintegración* de derechos subjetivos con contenido de atribución: nace con la vulneración del derecho y su función –como la del resto de pretensiones reintegradoras– es la de *reajustar* el estado de cosas real a aquel que el Derecho garantiza a su titular, devolverle lo que es *suyo*. Por eso, el objeto de la *condictio* es la *licencia* que el titular del derecho habría cobrado al infractor por explotarlo lícitamente, nunca más (no se extiende, en su caso, al beneficio adicional obtenido por el infractor) y nunca menos (no requiere que este haya obtenido efectivamente beneficios de la explotación)²⁴³. Frente a ella, el decomiso de ganancias –de forma coherente con sus finalidades disuasoria y preventivo-especial– no exige en absoluto la intromisión en un derecho subjetivo, y menos aún en uno con contenido de atribución, sino simplemente la comisión de un hecho previsto como delito. El tan manido ejemplo del tráfico de drogas es la mejor muestra de que una y otra noción no tienen por qué coincidir. Por lo mismo, su objeto no es la licencia hipotética, sino el beneficio, en su caso, obtenido por el autor²⁴⁴: sin ganancias no hay decomiso de ganancias y, a su vez, el decomiso se extiende a *todas* las ganancias obtenidas por el autor (se haya enriquecido este finalmente o no con el delito)²⁴⁵.

²⁴² *Vid.*, en este sentido, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 227-242; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 34, 47-49, 68; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 142-153.

²⁴³ *Vid.* el texto que sigue a la n. 99.

²⁴⁴ De hecho, ¿cuál sería, en este caso, la licencia hipotética? ¿Quizás el precio que el Estado habría cobrado al autor del delito por cometerlo impunemente? Que el simple planteamiento de esta pregunta resulte ridículo no debe sorprender: el Estado no tiene nada parecido a un derecho subjetivo cuyo contenido de atribución consista en la explotación en exclusiva del delito.

²⁴⁵ Opinamos, en este sentido, en la línea defendida por la doctrina mayoritaria, que el decomiso ha de extenderse a las ganancias *brutas* percibidas por el autor, sin descontar los gastos en que este ha incurrido para obtenerlas; *vid.*, por todos, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 304-313; LA MISMA, *RECPC*, 2013, n. 83 (pp. 23 s.); DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 114-117; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 157-165; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6158. Aunque, como con acierto han sostenido VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 171 s.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 55-58, para evitar un «enriquecimiento injusto» del autor, bastaría con confiscarle sus ganancias *netas*, no es esta, como hemos argumentado, la finalidad del decomiso, sino principalmente la de *disuadir* de la comisión futura de delitos económicamente motivados. Tanto desde este punto de vista, como por las razones de índole *práctica* aducidas por los autores citados, el principio de ganancias brutas parece preferible al de ganancias netas. En contra de esta opinión se manifiestan, sin embargo, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 171 s.; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 416; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1), 2019, pp. 55-58. BLANCO CORDERO, por su parte, aunque *de lege ferenda* se muestra partidario del principio de ganancias brutas (*Diario La Ley*, (7569), 2011, pp. 18 s.; *REDP*, (1), 2013, pp. 135-140), opina que es el de ganancias netas el que mejor se cohesiona con la regulación española vigente (*Diario La Ley*, (7569), 2011, pp. 16 s.). Otros autores, como POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Diario La Ley*, (6948), 2008, pp. 6 s., proponen aplicar un criterio u otro en función de la clase de delito de que se trate, reservando el principio de ganancias netas para «negocios que, incurriendo en delito en algún extremo, son legales en el resto de su estructura» (p. 7). Conviene aclarar, en cualquier caso, que –como apuntaremos enseguida en el texto y desarrollaremos con

Recapitulando lo dicho hasta este punto, resulta, pues, que el decomiso de ganancias es estructural y funcionalmente diferente de la *condictio* por intromisión. Desde el punto de vista *estructural*, su homólogo más claro es el decomiso de efectos e instrumentos, en la medida en que ambas instituciones adoptan, como hemos visto, la forma de una expropiación sin indemnización. Pero el interés público en aras del que el Estado decomisa es bien distinto en uno y otro caso: extraer del tráfico jurídico *cosas* intrínsecamente peligrosas, por un lado; y disuadir a los *potenciales autores* de la comisión de delitos con ánimo de lucro, reduciendo a la vez las posibilidades de reincidencia de la persona concretamente condenada por el delito, por otro. Esto permite afirmar que, desde la perspectiva *funcional*, el decomiso de ganancias se parece mucho más a una sanción que al decomiso de efectos e instrumentos, aunque no comparta la naturaleza intencionalmente aflictiva ni el componente de reproche propio de los instrumentos sancionadores. Y esto es lo que explica las diferencias que, a nuestro juicio, cabe establecer entre los regímenes jurídicos de una y otra clase de decomiso; diferencias que atañen tanto a su *funcionamiento* como a su *asegurabilidad*.

En lo que respecta al primero de estos planos, en el epígrafe anterior (6.1) nos referimos al carácter «reipersecutorio» del decomiso de efectos e instrumentos: esta clase de decomiso «sigue» a la cosa intrínsecamente peligrosa, porque su finalidad es, precisamente, la de extraer *esa cosa* del tráfico jurídico. Más allá del (inexplicable) decomiso «por equivalente» contemplado en los artículos 127.3 y 127 septies CP, el Estado no tiene, en este sentido, ningún interés en apropiarse, por esta vía, de otros bienes pertenecientes al autor del delito. El decomiso de ganancias, por el contrario, «sigue» a este último: aquí, el Estado no está interesado en ningún bien *concreto* del patrimonio del autor, sino solo en absorber el *volumen* de ganancias (brutas) que este ha obtenido con la comisión del delito, sea cual sea la forma en que se presenten en el momento del decomiso²⁴⁶. De ahí, por un lado, que tenga perfecto sentido en esta sede el decomiso de las *transformaciones* de las

mayor profundidad en el epígrafe 6.3 de este apartado— el principio de ganancias brutas no impide en absoluto descontar el importe de la *condictio* por intromisión debida (en su caso) al titular del derecho subjetivo con contenido de atribución infringido por el delito: el objeto de las pretensiones reintegradoras de carácter restitutorio no es propiamente una ganancia del delito, pues, en la medida en que *pertenece* al titular del derecho infringido, *nunca llega a ingresar* en el patrimonio del autor.

²⁴⁶ En palabras de CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, n. 50 (p. 352), «[e]n el decomiso de ganancias lo relevante no es la privación del bien concreto en que se manifiesta la ganancia —al contrario de lo que ocurre con el decomiso de instrumentos y efectos— sino la supresión del enriquecimiento económico que supone ese bien». Así, ya MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 620 s.

ganancias originales, así como de dinero y bienes de tenencia lícita; y, por otro, que el decomiso de bienes de terceros *ex artículo 127 quater.1.a* proceda únicamente en caso de adquirentes de las ganancias *a título lucrativo*²⁴⁷.

Aunque el precepto no lo especifica, entendemos, en efecto, que esto es lo único coherente con la función eminentemente disuasoria de esta clase de decomiso. Para comprender por qué, basta, de nuevo, con imaginar un sencillo ejemplo: supongamos que Ana obtiene una ganancia de 120.000 euros con la venta de cocaína en el mercado negro. Con ese dinero, compra un coche de lujo que, meses después, vende a su amiga Beatriz. Beatriz compra el coche conociendo (o al menos teniendo motivos fundados para sospechar) que Ana lo ha adquirido con dinero procedente del narcotráfico. En este caso, Ana ha obtenido ganancias de un delito y las ha *transformado* en dos ocasiones sucesivas, de forma que *permanecen* en su patrimonio. Beatriz, por su parte, es, en efecto, la adquirente de mala fe –en el sentido del artículo 127 *quater* CP– de una de tales transformaciones: el coche. Parece evidente, sin embargo, que para disuadir a las personas como Ana de que trafiquen con drogas con ánimo de lucro y para dificultar a esta la comisión de nuevos delitos de esta clase, es a la vez *necesario* y *suficiente* con decomisarle *a esta* la ganancia bruta (transformada) del delito. Decomisar *además* el coche de Beatriz sería efectivamente posible: como consecuencia de su mala fe en la adquisición, esta tendría, en efecto, un deber de soportar que se le «expropiara» sin mediar la correspondiente indemnización. Sin embargo, sería *innecesario* desde el punto de vista preventivo, por lo que el decomiso no respondería a ningún interés público digno de tutela.

La situación es distinta, no obstante, cuando el tercero en cuestión adquiere las ganancias (o sus transformaciones) *a título gratuito*: cuando, en el ejemplo anterior, Ana no vende el coche de lujo a Beatriz, sino que se lo dona. Aquí la ganancia *sale* (aparentemente) del patrimonio de Ana para ingresar en el de Beatriz; un negocio que, hasta donde alcanzamos, puede responder a dos posibles finalidades. Puede, por un lado, que se trate, sencillamente, de una donación *simulada*, precisamente con la finalidad de evitar el decomiso del coche. En este caso, Beatriz es un simple testaferrero: la donación es nula por falsedad de la causa (art. 1276 CC), con lo que la ganancia nunca ha salido *realmente* del patrimonio de Ana. Resulta, en este sentido, indiferente decomisárselo a una o a la otra: en ambos casos, la confiscación del vehículo es necesaria (y suficiente) para que queden completamente satisfechas las finalidades del decomiso de ganancias. La segunda –y quizás menos probable– alternativa es que se trate de una donación *genuina*: que Ana haya cometido el delito precisamente con la finalidad de obtener el dinero que necesita para regalarle un coche de lujo a Beatriz; en otras palabras, con «ánimo de lucro *ajeno*». Aquí, la ganancia

²⁴⁷ Vid., en sentido similar, FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, pp. 148 s.; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, pp. 14 s.

(transformada) ha ingresado efectivamente en el patrimonio de Beatriz, pero, a diferencia de lo que sucede en caso de adquisición a título oneroso, decomisárselo a esta *sí es necesario* para que se realicen los fines de esta institución: careciendo ya de objeto la vertiente preventivo-especial del decomiso de ganancias –pues la propia Ana se ha privado a sí misma de los recursos adicionales para la reincidencia que le había proporcionado el delito–, confiscarle el automóvil a Beatriz (la adquirente a título gratuito) es la única manera de disuadir a quienes, como Ana, cometen delitos *en beneficio ajeno*²⁴⁸.

Pero la segunda y más importante diferencia entre una y otra forma de decomiso –al menos, a los efectos que aquí interesan– se refiere a su *asegurabilidad*. Como señalamos en el epígrafe anterior de este apartado (6.1), el aseguramiento de los daños que, para el propietario, se derivan del decomiso de efectos e instrumentos puede ser totalmente *irrelevante* en la práctica (amén de especialmente difícil de imaginar para el caso de un seguro *D&O*). Sin embargo, en la medida en que su cobertura resulta perfectamente compatible con la función que desempeña esta modalidad de decomiso, ha de considerarse, según creemos, perfectamente lícita. Parece evidente, no obstante, que del decomiso de ganancias puede afirmarse todo lo contrario: si se indemnizan los daños que este supone para el propietario, *se frustra completamente su finalidad preventiva*, tanto en el plano disuasorio como en el preventivo especial²⁴⁹. A estos efectos, la lógica de esta institución vuelve a alejarse de la del decomiso de ganancias y aproximarse a la de las sanciones. El aseguramiento de los daños derivados del decomiso de ganancias ha de considerarse, al igual que el de estas, ilícito por contrario al orden público (art. 1255 CC). Es más, aunque no lo fuera, cobraría fuerza de nuevo aquí –e incluso con más motivo– la segunda de las razones convertirían el aseguramiento de efectos e instrumentos del delito en una hipótesis casi inimaginable desde el punto de vista práctico: en la medida en que la indemnización abonada al propietario por la compañía aseguradora tendría que considerarse, sin duda, una transformación *decomisible* de la ganancia original, ningún tomador sensato estaría dispuesto a pagar por la cobertura de este riesgo.

Con ello, concluimos el tratamiento del decomiso de ganancias propiamente dicho. Pero no podemos poner fin a este epígrafe sin ocuparnos de los «homólogos» jurídico-privados que, como hemos

²⁴⁸ Y no vemos ninguna razón para afirmar, como AGUADO CORREA, *InDret*, (1), 2014, p. 48, que dicha confiscación vulneraría «el derecho a la propiedad [de Beatriz] y el principio de proporcionalidad» (algo que la autora, por lo demás, se limita a declarar sin fundamentarlo en absoluto).

²⁴⁹ Así, ESER, 1969, pp. 164 s., 374 s.

anticipado tantas veces a lo largo del trabajo²⁵⁰, esta institución tiene dispersos por el ordenamiento jurídico. Nos referimos a las normas que, en caso de vulneración de un derecho subjetivo, legitiman a su titular a apropiarse de todos los beneficios por el infractor a través de la intromisión, como el artículo 9.2.d LO 1/82, el artículo 227.2 LSC y el artículo 122 CP.

De hecho, este último contempla, a nuestro juicio, la «pieza» que le falta a la regulación penal del decomiso de las ganancias del delito o sus transformaciones a *terceros* distintos de su autor (indiciario): la posibilidad de «decomisárselas» también a quienes las adquieren a título gratuito *sin conocer ni tener motivos para sospechar su origen ilícito*, aunque esta vez atribuyéndoselas a las personas legitimadas (en su caso) para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, en lugar de al Estado²⁵¹. El artículo 127 quater CP²⁵² –cuyo ámbito de aplicación ha de restringirse, a nuestro juicio, a las adquisiciones a título gratuito– no prevé esta posibilidad, que, sin embargo, tiene perfecto sentido desde el punto de vista de la disuasión de la comisión de delitos *con ánimo de lucro ajeno*. Piénsese, por ejemplo, en la madre enferma terminal que, ante la expectativa de su próximo fallecimiento, explota económicamente una patente ajena sin permiso de su titular y dona todas las ganancias obtenidas a sus hijos –demasiado jóvenes para conocer o siquiera sospechar de la actividad delictiva de su madre–, con el objetivo de proporcionarles sustento económico para cuando ella falte. Si la madre es descubierta y condenada por un delito contra la propiedad industrial (art. 273 CP), lo que permite el artículo 122 CP es que se atribuyan al titular de la patente infringida²⁵³ los fondos de origen ilícito que aquella ha transferido al patrimonio de sus hijos; medida que, evidentemente, eliminará los incentivos para que personas como ella cometan en el futuro delitos con la misma finalidad²⁵⁴.

²⁵⁰ Vid., sobre todo, nn. 101 s. y el texto al que acompañan.

²⁵¹ Se aproximan a esta idea CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 56 s.; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 10 s., 60 s.; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 570-572; FARALDO CABANA, *RP*, (20), 2008, pp. 148 s.; AGUADO CORREA, *InDret*, (1), 2014, p. 50; DÍAZ LÓPEZ, *Diario La Ley*, (8667), 2015, pp. 8, 11 s., 13 s., 18 s.; DÍAZ CABIALE, *REPC*, (18-10), 2016, pp. 48 s., 61; FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 444; DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 944 s.; el mismo, *La Ley Penal*, (124), 2017, p. 8; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 114-116; RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nms. 6165, 6167. Por su parte, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 174 s., propone en estos casos decomisar al autor (indiciario) del delito otros bienes por valor equivalente a la «ganancia» consistente en el ahorro que supone utilizar lo obtenido del delito, en lugar de bienes de origen lícito, para realizar el acto de disposición a título gratuito; una solución ciertamente ingeniosa, pero, a nuestro juicio, difícilmente conciliable con el tenor literal de los distintos preceptos implicados.

²⁵² Cuyo ámbito de aplicación ha de restringirse, como hemos argumentado, a las adquisiciones a título gratuito.

²⁵³ Que, por supuesto, puede ejercitar también *contra la madre* la *condictio* por intromisión, exigiéndole el importe que le habría cobrado por una licencia para explotar lícitamente su patente.

²⁵⁴ Lo que parece más discutible *de lege ferenda* es que, en esta clase de supuestos, los adquirentes de las ganancias tengan el deber de soportar su pérdida sin la indemnización que les correspondería en el caso de que les fueran expropiadas. Ciertamente, ello eliminaría por completo la eficacia disuasoria de esta medida. Sin embargo, no puede desconocerse la difícilmente justificable asimetría que la ley introduce, en este punto, entre el

La función de todas estas pretensiones es idéntica a la del decomiso de ganancias²⁵⁵, lo que, a nuestro juicio, ha de conducir necesariamente a afirmar la *ilicitud* de su aseguramiento²⁵⁶. En lo que aquí interesa especialmente, esto significa que la cobertura por parte de un seguro *D&O* de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad *ex* artículo 227.2 LSC ha de considerarse nula por contraria al orden público (art. 1255 CC)²⁵⁷; sin perjuicio, por supuesto, de la asegurabilidad de las pretensiones *reintegradoras* que la sociedad pueda ejercitar contra sus administradores en caso de infracción por parte de estos de su deber contractual de lealtad. Pero si todo esto es así, entonces lo que carece de sentido es precisamente el carácter *privado* de estos «decomisos de ganancias», a los que cabe dirigir, en este sentido, las mismas críticas que la doctrina ha vertido (con razón) contra la institución típicamente anglosajona de los *punitive damages*²⁵⁸. ¿Por qué se somete al principio dispositivo el ejercicio de una pretensión cuya finalidad es inequívocamente *preventiva*? Y, sobre todo, ¿por qué se *enriquece injustamente* al titular del derecho subjetivo infringido o al perjudicado por el delito, atribuyéndole las *ganancias* obtenidas por el infractor, en una medida superior a la que resultaría (en su caso) de la reintegración del derecho vulnerado²⁵⁹? Como señalábamos en

tratamiento de quienes adquieren a título gratuito bienes y efectos del delito –a los que, como vimos, solo les pueden ser decomisados en los supuestos previstos en el artículo 127 quater CP (*vid.* n. 230)– y el de los que adquieren de la misma forma ganancias del delito (o sus transformaciones).

²⁵⁵ *Vid.* n. 105.

²⁵⁶ Así también, aunque por razones relacionadas más bien con la inexistencia de un interés asegurable dado el carácter «ilícito» de la ganancia, GIMENO RIBES, *RDM*, (317), 2020, texto junto a nn. 222-224.

²⁵⁷ *Cfr.*, sin embargo, RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 274-276, que considera asegurable esta forma de responsabilidad, si bien constata la frecuente exclusión expresa de su cobertura en la mayoría de las pólizas *D&O*.

²⁵⁸ De las que son buenos exponentes, entre otros, GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC*, (61-1), 2008, *passim* (especialmente, pp. 117, 121, 122, 142 s.); DEL OLMO GARCÍA, 2009, *passim* (especialmente, pp. 139 s.); GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 33-53; DE ÁNGEL YAGÜEZ, 2012, *passim* (especialmente, pp. 51-159); y MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, 2016, *passim* (especialmente, pp. 39-54). De hecho, estos «decomisos privados de ganancias» son lo más parecido que existe en nuestro ordenamiento a una de las formas en que con mayor frecuencia se presenta institución: los llamados «*disgorgement damages*». Así lo ha sostenido, en relación con el artículo 9.2.d LO 1/82, DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 103 s. *Cfr.*, sin embargo, respecto del artículo 227.2 LSC, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, *AJUM*, (39), 2015, p. 63.

²⁵⁹ Así, BASOZABAL ARRUE, *ADC*, (3), 1997, pp. 1277; el mismo, 1998, pp. 95 s.; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, p. 1173; DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 119 s., aunque este último, de nuevo, solo en relación con el artículo 9.2.d LO 1/82. La respuesta a esta pregunta podría ser que con ello se quiere *incentivar* a los particulares afectados a que persigan las correspondientes infracciones, ejerciendo como una suerte de «fiscales privados» y supliendo, así, la falta de recursos públicos para el desempeño eficaz de esta función. ¿Pero acaso no aumentarían estos recursos públicos si realmente se *decomisaran* (atribuyéndoselas al Estado) todas las ganancias resultantes de infracciones, en lugar de atribuirselas a particulares que no las merecen? Parece evidente, en fin, que ante la disyuntiva de invertir en fiscales públicos o en «fiscales privados», cualquier estado mínimamente progresista se decantaría por la primera de las opciones.

relación con el decomiso «por equivalente» de efectos e instrumentos del delito, no existe –hasta donde alcanzamos– ninguna forma de dar a estas preguntas una respuesta razonable. Nos encontramos, de nuevo, ante una institución *internamente incoherente*, que habría de correr, a nuestro juicio, la misma suerte que aquella: la derogación²⁶⁰.

6.3 EXCURSO: ARTICULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PECUNIARIAS DEL DELITO

De todo lo señalado hasta este punto en el trabajo pueden extraerse, a nuestro juicio, consecuencias importantes en cuanto a las relaciones que guardan entre sí las diferentes consecuencias pecuniarias del delito –la multa, el decomiso, y las pretensiones indemnizatorias y reintegradoras de derechos que, en su caso, procedan– y cómo han de articularse unas con otras. Esta cuestión es objeto de una regulación parcial en dos preceptos del CP: los artículos 126 y 127 octies.3. El primero de ellos fija un orden de prelación (incompleto) en el pago de tales consecuencias, disponiendo, en lo que aquí interesa, la prioridad de «la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios» sobre las costas procesales y la de estas sobre la multa. Por su parte, el artículo 127 octies.3 CP establece que «los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente».

Esta parca regulación deja numerosos interrogantes abiertos: ¿qué posición ocupan las diferentes modalidades de decomiso en el orden de prelación de pagos? La valoración de la situación económica del reo (art. 50 CP) y de los beneficios que este ha obtenido del delito (art. 52.1 CP), a los efectos de la determinación de la pena de multa ¿tiene lugar antes o después del decomiso? Y en vista de que la responsabilidad civil *ex delicto* solo lo es, como hemos visto, en sentido amplio, abarcando en realidad desde pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto (indemnizatorias) hasta pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos (arts. 111 y 112 CP), e incluso un supuesto de «decomiso privado

²⁶⁰ Ello sin perjuicio, por supuesto, de una posible expansión del decomiso (público) de ganancias fuera de los límites estrictamente penales, aplicándolo también a otra clase de ilícitos; una medida propuesta por autores como PANTALEÓN PRIETO, 1991, p. 1972; VENDRELL CERVANTES, *ADC*, (56-3), 2012, pp. 1174 s., 1189 s., cuya adopción sería quizás aconsejable *de lege ferenda*.

de ganancias» (art. 122 CP), ¿ocupan el mismo rango en la prelación de pagos todos estos supuestos de responsabilidad? ¿Y ha de destinarse el importe de lo decomisado (y no destruido) a la satisfacción de todas ellas indistintamente, o únicamente a la de las indemnizatorias?

Las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores del trabajo permiten, a nuestro juicio, dar una respuesta razonable y coherente a estas preguntas. No queríamos, por ello, dar por finalizado este apartado sin introducir un pequeño excurso sobre el sistema de articulación entre las diferentes consecuencias pecuniarias del delito –y el consiguiente orden de prelación entre ellas– que se extrae de lo defendido hasta este punto. Opinamos, en este sentido, que la prioridad absoluta ha de corresponder a las pretensiones civiles de *reintegración* de derechos subjetivos y, en particular, a la acción reivindicatoria y la *condictio* por intromisión. Salvo en los excepcionales supuestos de adquisición *a non domino* contemplados en el artículo 111.2 CP, el objeto de estas pretensiones *nunca llega a salir* propiamente del patrimonio del titular del derecho infringido, por lo que este tiene derecho a «separar» lo que es *suyo* del patrimonio del reo, sometido al resto de consecuencias jurídicas del delito²⁶¹.

Una vez satisfechas estas pretensiones se debe, a nuestro juicio, decretar el *decomiso* de los bienes que procedan, bienes que, *en principio*, se adjudican al Estado. Este se apropia, por un lado, de los *efectos e instrumentos* del delito que, por su peligrosidad intrínseca para los bienes jurídicos, se destinarán normalmente a su destrucción (367 ter LECrim); y, por otro, de las *ganancias brutas* del delito que *sí han llegado a ingresar* en el patrimonio del reo. Se decomisa, por tanto, el importe de las ganancias del delito, una vez descontado el de las pretensiones reintegradoras de derechos subjetivos que, en su caso, se hayan satisfecho. Lo que resta del patrimonio del reo tras el decomiso se dedica a *indemnizar* los daños causados a los eventuales perjudicados y, acto seguido, los gastos que el Estado hubiera hecho por su cuenta en la causa (art. 126.1.2.º CP); pretensiones de responsabilidad civil en sentido estricto que, en la parte a la que *no alcance* la solvencia del condenado, se satisfacen con cargo al importe de los bienes decomisados y no destruidos²⁶².

²⁶¹ Así, DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 15 s.; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 118-199, 138; y, en relación con el decomiso de ganancias, ESER, 1969, pp. 295-299. A la misma solución llega, con una argumentación diferente, VIZUETA FERNÁNDEZ, *RP*, (19), 2007, pp. 169, 174.

²⁶² Cualquier solución distinta iría evidentemente en contra de las funciones disuasoria y preventivo-especial del decomiso de ganancias. Así lo sostienen, entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, *ADPCP*, (34), 1981, pp. 633 s.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 69; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 65, 74 s.; FARALDO CABANA, *RPCP*, (20), 2008, p. 150;

Si, por el contrario, el reo sigue siendo solvente tras la correspondiente indemnización a los perjudicados, el importe de lo decomisado se destina a «lo que se disponga legal o reglamentariamente»²⁶³. El resto del patrimonio del condenado se dedica, por último, al pago de las *costas procesales*²⁶⁴ y la *multa*²⁶⁵, teniendo en cuenta, para la determinación de esta última la situación económica del condenado *existente en ese momento*; descontando, en otras palabras, todo lo que este ha perdido en concepto de reintegración de derechos, decomiso, indemnizaciones y costas. Y el mismo principio ha de regir, a nuestro juicio, para la determinación de la multa *proporcional al beneficio* obtenido con el delito. Aunque somos conscientes de que esto supone privar completamente a esta pena de su operatividad práctica —el beneficio del delito post-decomiso de ganancias es necesariamente nulo—, cualquier otra solución conduciría, a nuestro juicio, a un intolerable «doble decomiso» de las mismas ganancias²⁶⁶.

7. LA ASEGURABILIDAD DE LOS GASTOS DERIVADOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y LA CONSTITUCIÓN DE FIANZAS CIVILES Y PENALES

7.1 INTRODUCCIÓN

Las pólizas *D&O* más corrientes en el mercado español contemplan por regla general tanto la cobertura de la defensa jurídica de los administradores (y directivos) asegurados, como la constitución de fianzas civiles y penales, entendido el término fianza en lo

FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 446; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 291 s. *Vid.*, en el mismo sentido, la CFGE 4/2010, p. 20. *Cfr.*, sin embargo, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 122-124; DÍAZ CABIALE, *RECPC*, (18-10), 2016, pp. 33-35; ALONSO GALLO/PUENTE RODRÍGUEZ, 2018, nm. 6395; CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1) 2019, n. 14 (p. 6), que sostienen que el decomiso de ganancias solo ha de extenderse al beneficio procedente del delito que reste, en su caso, una vez satisfecha la responsabilidad civil *ex delicto*. Esta misma postura defiende, aparentemente, RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6168.1, aunque, al contrario que este último autor, la crítica *de lege ferenda* (nm. 6168).

²⁶³ Revisten especial importancia, en este sentido, la DA 6 LECrim, el artículo 2 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y el artículo 2 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

²⁶⁴ Teniendo en cuenta siempre que, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.2 CP, «cuando el delito hubiere sido de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado».

²⁶⁵ Defiende, sin embargo, la prioridad del abono de la multa sobre el decomiso RODRÍGUEZ HORCAJO, 2018, nm. 6168.1.

²⁶⁶ Así, CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 87 s.; *vid.*, en sentido similar, AGUADO CORREA, 2000, texto junto a las nn. 530-546; CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, p. 131; CARRILLO DEL TESO, 2018, pp. 113, 167, 319 s. *Cfr.*, sin embargo, CASTELLVÍ MONSERRAT, *InDret*, (1) 2019, p. 54.

que sigue de un modo impropio, como sinónimo de garantía. Mientras que la asegurabilidad de los costes de defensa, como a continuación habrá de quedar de manifiesto, no plantea especiales problemas, sí parece cuestionable que la fianza carcelaria impuesta como condición para eludir una prisión provisional pueda ser asegurada sin perder con ello su sentido último en tanto que medida cautelar coactiva.

7.2 EL SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA

Es muy habitual que las pólizas *D&O* ofrecidas en el mercado español cubran también el daño que supone al administrador la defensa jurídica en el marco de cualquier procedimiento administrativo, judicial o de arbitraje²⁶⁷. Tales pólizas incorporan una modalidad autónoma de seguro de defensa jurídica (arts. 76 a-g LCS)²⁶⁸, cuya cobertura suele extenderse a todos los gastos derivados de la defensa jurídica del administrador o alto directivo, tanto los directamente vinculados con el proceso judicial, administrativo o de arbitraje (honorarios de procuradores y abogados, dictámenes jurídicos...), como aquellos gastos extrajudiciales indirectamente vinculados con la defensa jurídica (costes de desplazamientos...). La cobertura de estos seguros de defensa jurídica suele asimismo configurarse con independencia tanto de si al asegurado le corresponde una posición procesal activa (demandante, querellante...) o pasiva (demandado, querellado...); como de la naturaleza civil, administrativa o incluso penal del proceso. En la medida en que las consecuencias principales derivadas de aquel (sanciones, responsabilidad civil...) no quedan cubiertas por esta modalidad de seguro²⁶⁹, sino solo sus consecuencias accesorias, esto es, los daños patrimoniales que para el asegurado supone el proceso como tal²⁷⁰,

²⁶⁷ Vid. TAPIA HERMIDA, *RARCS*, (54), 2015, p. 41.

²⁶⁸ Acerca de la delimitación del seguro autónomo de defensa jurídica de los artículos 76 a-g LCS y la cobertura accesorio del riesgo de defensa jurídica en el marco del seguro de responsabilidad civil (art. 74 LCS), *vid.* RONCERO SÁNCHEZ, 2002, pp. 78 ss., 317 ss.; o LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 155 ss.

²⁶⁹ El propio artículo 76 b) excluye de la cobertura del seguro de defensa jurídica «el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales». Sobre los gatos cubiertos por el seguro de defensa jurídica, *vid.* TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1868 ss.

²⁷⁰ Es objeto de controversia la posibilidad de extender el seguro de defensa jurídica a las costas. En realidad, ello se explica por la controvertida naturaleza jurídica de estas. Quien entienda que aquellas tienen una función esencialmente sancionadora frente a la temeridad procesal habrá de negar su asegurabilidad. En este sentido parece apuntar VEIGA COPO, 2019, p. 1235. Es sin embargo mayoritario el sector doctrinal que les atribuye una función eminentemente reparadora y, por ende, admite su asegurabilidad. Al respecto, *vid.*, p. ej., LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 263 s.

su legitimidad, como la de cualquier otro seguro contra daños, no suscita especial controversia²⁷¹.

7.3 LAS FIANZAS PECUNIARIAS Y CARCELARIAS

Por regla general, las pólizas *D&O* más usuales en nuestro país contemplan también la cobertura de las fianzas civiles y penales impuestas a los administradores y altos directivos a fin de garantizar que la eventual sentencia no acabe resultando *inutiliter data*²⁷². En particular, y dado que la asegurabilidad de las fianzas cautelares impuestas en un proceso civil no plantea especiales problemas, nos interesa en lo que sigue tan solo la eventual asegurabilidad de las fianzas impuestas en el proceso penal, ya sea como medidas cautelares reales tendentes a asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en el proceso penal (arts. 589 y ss. LECrim); ya sea como medidas cautelares personales impuestas con el fin de asegurar la sujeción del investigado al proceso penal (art. 531 y ss. LECrim).

Aunque las medidas tendentes a asegurar las responsabilidades pecuniarias que pueden acordarse en el proceso penal no tienen exactamente la misma significación que en el proceso civil (arts. 721 y ss. LEC), la asegurabilidad de aquellas, como mínimo cuando así se pacte expresamente²⁷³, no plantea especiales dificultades. Si la responsabilidad civil, también la *ex delicto*, es asegurable, con mayor razón habrán de serlo también aquellas fianzas que pretenden precisamente asegurar las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas (art. 764 LECrim)²⁷⁴, derivadas de la

²⁷¹ Vid. TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1815, 1861. En la doctrina alemana, sobre la importancia de los seguros *D&O* en el ámbito del Derecho penal económico, vid. FIEDLER, *ZWH*, (8), 2013, pp. 297 ss.

²⁷² Así, LA CASA GARCÍA, 2017, p. 252.

²⁷³ Sobre la cobertura de tales fianzas en el marco de un seguro de responsabilidad civil o de defensa jurídica a falta de pacto expreso, con ulteriores referencias, vid. LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 264 ss.

²⁷⁴ Sobre el alcance de los pronunciamientos patrimoniales que cubren las medidas cautelares resales, vid. el AAN 58/2016, de 19 de febrero, donde literalmente se afirma lo siguiente: «las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase (art. 589 LECr), por lo tanto, no solo la responsabilidad civil ‘ex delicto’ derivada de la acción civil acumulada a la penal, sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial (pena de multa, costas procesales...)». Ello, evidentemente, supone una desnaturalización intolerable de la pena de multa, que es concebida aquí sin tapujos como una pena impersonal. Adviértase que esta fianza, reconvertida a la postre en pena de multa, la puede prestar un tercero, incluida una aseguradora. El problema ya ha sido advertido acertadamente por LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 263, 272, quien en buena lógica entiende inadmisibles la cobertura de las fianzas ordenadas a garantizar la ejecución de procedimientos de naturaleza penal: «la responsabilidad penal quedaría saldada por el propio asegurador, lo que pugnaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena». Algo distinto valdría para las costas siempre y cuando se les atribuya una naturaleza esencialmente resarcitoria. Vid. al respecto n. 270.

comisión de un delito²⁷⁵. De hecho, la propia LECrim contempla de manera explícita la posibilidad de que la fianza civil sea presentada por una tercera persona (fiador personal) o una entidad aseguradora (arts. 591 y 764.3 LECrim)²⁷⁶.

Más problemática es, sin duda, la posibilidad de que las pólizas *D&O* extiendan su cobertura a la fianza carcelaria, esto es, a la fianza económica impuesta en el marco de un proceso penal a fin de eludir el ingreso en prisión provisional como medida cautelar personal (art. 529 y ss. LECrim). También esta clase de fianzas suelen asegurarse en el marco de las pólizas *D&O* cuando son impuestas en un proceso en el que se enjuicia un hecho dañoso comprendido en la cobertura dispensada por el seguro de responsabilidad civil²⁷⁷. Ello, además, parece casar bien con la propia LECrim, que contempla de forma expresa la posibilidad de que la fianza carcelaria sea también prestada por un tercero distinto al presunto responsable de los delitos investigados (art. 534 LECrim). El artículo 535 LECrim establece asimismo que, si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no presentare al rebelde en el término fijado, se procederá a hacer efectiva la fianza, declarándose adjudicada al Estado.

La posibilidad de que sea un tercero el que preste la fianza carcelaria impuesta como condición al investigado para eludir la prisión provisional no suscita mayores problemas para quien, como Nieva Fenoll, entienda que tales fianzas habrían de servir para que, «aunque escape el reo, los daños que haya provocado se vean cubiertos económicamente»²⁷⁸. Evidentemente, la impersonalidad de la fianza carcelaria parece más difícil de explicar para quien la conciba como una medida esencialmente disuasiva. Esta es, hasta donde alcanzamos, la forma más extendida de comprender la fianza carcelaria en la doctrina española: su pago habría de ofrecer al investigado una razón de peso para no sustraerse a la acción de la justicia²⁷⁹. Esta lógica disuasoria se desprende también de una parte de la regulación legal de la institución. De acuerdo con el artículo 531 LECrim, la determinación de la calidad y cantidad de la fianza habrá de hacerse tomando en cuenta las circunstancias que puedan influir en el investigado para ponerse fuera del alcance

²⁷⁵ *Vid.* solo LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 262 ss., 264 ss. Sobre la fianza impuesta en el proceso penal para garantizar las posibles responsabilidades pecuniarias y su paralelismo con la fianza propia del proceso civil, *vid.* p. ej., MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, pp. 378 ss.; DOIG DÍAZ, 2019, pp. 315 ss., 321 ss.

²⁷⁶ *Cfr.* MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 378.

²⁷⁷ En profundidad, LA CASA GARCÍA, 2017, pp. 256 ss.

²⁷⁸ NIEVA FENOLL, 2012, p. 166; el mismo, 2019, p. 266. Este autor, sin embargo, reconoce que en el ordenamiento vigente la fianza carcelaria sirve a asegurar la comparecencia del reo (p. 312).

²⁷⁹ *Vid.*, p. ej., MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2019, p. 352.

de la autoridad judicial. Ahora bien, ¿puede desplegarse en el investigado un efecto disuasorio aquella libertad provisional que se sujeta a una fianza pagada por un tercero? Aunque el investigado ya no asume en tal caso el riesgo de menoscabo patrimonial en caso de no comparecer ante la autoridad judicial, cabría todavía afirmar que la medida cautelar no perdería su eficacia, pues la Administración de justicia contaría ahora con un tercero especialmente interesado en que el investigado compareciera. Y es que, de acuerdo con el artículo 535 LECrim, si el fiador personal o dueño de los bienes de la fianza no fuera capaz de presentar al rebelde en el término fijado sería él quien soportaría finalmente el menoscabo patrimonial. Lo relevante no sería tanto quién presta la fianza sino su correcta determinación: o bien se trata de concretar por qué cantidad de dinero al investigado ya no le interesa evadirse; o bien por qué cantidad de dinero aquel tercero dispuesto a prestar una fianza hará todo lo posible para que el investigado no se sustraiga a la acción de justicia²⁸⁰.

La compatibilidad del aseguramiento de una fianza carcelaria con la noción de orden público (art. 1255 CC) pasa por analizar el fundamento último de aquella institución²⁸¹. En nuestra opinión, la fianza carcelaria tiene una naturaleza jurídica distinta a la llamada a garantizar en el proceso penal la ejecución de los pronunciamientos pecuniarios. Aquella, sin embargo, tampoco constituye una sanción en el sentido arriba referido²⁸². A diferencia de la multa, en la fianza carcelaria no se trata de imponer intencionadamente un mal. De ahí, por ejemplo, que se cancele cuando ya no haya razón para mantener el estado coactivo que su imposición ocasiona (art. 541 LECrim). Pero esto, a diferencia de lo que suele señalar la doctrina²⁸³, tampoco significa que aquella sea asegurable. ¿O es que alguien admitiría el ingreso voluntario en prisión provisional del hermano del investigado? ¿Puede cumplir la fianza carcelaria su cometido central cuando es satisfecha por una aseguradora? Hasta donde alcanzamos, la respuesta ha de ser negativa²⁸⁴. Y es que el traslado del afianzamiento a un tercero libera a quien debe comparecer de toda la carga que se le pretendía imponer para garantizar su presencia en el proceso. El que la

²⁸⁰ NIEVA FENOLL, 2012, p. 166.

²⁸¹ LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261.

²⁸² En este sentido, *vid.* LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261.

²⁸³ Afirmando la asegurabilidad de la fianza carcelaria por no ser propiamente una sanción, *vid.* LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261; próximo, CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, p. 209.

²⁸⁴ De otra opinión, sin embargo, LA CASA GARCÍA, 2017, p. 261; CUERDA RIEZU, *ADPCP*, (62), 2009, p. 209; TAPIA HERMIDA, 2010, pp. 1876, 1893; RONCERO SÁNCHEZ, 2002, n 331 (p. 312).

aseguradora pudiera operar a modo de cuasi-funcionaria (policial), tratando de garantizar que el administrador efectivamente compareciera en nada afecta a la anterior conclusión, como tampoco lo hace la posibilidad legal que aquella pueda tener de exigir al administrador el reembolso de la fianza depositada. Bien mirado, lo uno y lo otro quedan siempre en manos de la libre decisión de un privado, con lo que admitir sobre esta base la asegurabilidad de la fianza carcelaria supondría dejar la dimensión disuasiva de la condición dispuesta por el juez para eludir la prisión provisional en manos de un particular. Así las cosas, el aseguramiento de la fianza carcelaria debería ser considerado incompatible con su fin inmediato y, por lo tanto, radicalmente nulo por contravenir el orden público (art. 1255 CC) en tanto que límite infranqueable para la autonomía privada.

8. CONCLUSIONES

1. Independientemente del alcance de la cobertura pactada en una póliza *D&O*, lo asegurable depende de su conformidad o no con el orden público (art. 1255 CC) y ello a su vez de que el aseguramiento resulte compatible con la función que desempeña la forma de responsabilidad de que se trate.

2. Son asegurables la responsabilidad civil en sentido estricto (resarcitoria), las pretensiones pecuniarias reintegradoras de derechos subjetivos –amén de los gastos derivados de su cumplimiento, en caso de que tengan como objeto otra clase de prestaciones– y la responsabilidad por deudas sociales (societaria y tributaria) en garantía de los derechos de los acreedores.

3. También son asegurables los daños que el propietario padece como consecuencia del decomiso de efectos e instrumentos del delito, pero su aseguramiento apenas tiene interés práctico en el ámbito que aquí interesa.

4. En ninguno de los casos anteriores existen límites de orden público al aseguramiento de las consecuencias del dolo del asegurado. El artículo 19 LCS ha de interpretarse como una norma dispositiva, limitada al dolo directo y encaminada a prevenir fraudes en un ámbito ya cubierto, en todo caso, por los artículos 10-12 LCS.

5. Las sanciones (administrativas o penales) no son asegurables. Dado que toda sanción se impone con el fin inmediato de irrogar un mal al responsable de un hecho ilícito, el desplazamiento de este mal a la aseguradora a través del contrato de seguro privaría a la sanción de su sentido. Cuestión distinta es que el legisla-

dor impropriadamente denomine «sanciones» a consecuencias jurídicas perjudiciales que recaen sobre quien no ha cometido –culpablemente– un ilícito. Aquellas pueden ser asegurables, pero no son sanciones en el sentido material aquí acogido.

6. Y exactamente lo mismo que para las sanciones vale para el decomiso de las ganancias procedentes del delito (y sus transformaciones) cuya finalidad preventivo-general y especial se vería igualmente frustrada por el aseguramiento.

7. Mientras que los costes derivados de la defensa jurídica, al igual que las fianzas pecuniarias, son con carácter general asegurables, no lo son las fianzas carcelarias. Entendidas estas como un mecanismo esencialmente disuasorio, consideramos que el traslado del coste de la fianza a la aseguradora priva a la medida de su efecto coactivo sobre el investigado o acusado y, por ende, de su finalidad esencial inmediata.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa: «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *InDret*, (1), 2014.
- «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: «garantizar que el delito no resulte provechoso»», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-5), 2013.
- *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.
- ALONSO GALLO, Jaime; y PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: «Responsabilidad civil derivada del delito», en Fernando Molina Fernández (coord.), *Memento Práctico Penal, 2019*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 723-745.
- ALONSO SOTO, Ricardo: *El seguro de la culpa*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- ALONSO UREBA, Alberto: «Artículo 172.3. Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso», en Juana Pulgar Ezquerro *et al.* (coords.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Dykinson, Madrid, 2004 pp. 1432-1448.
- ALTENHAIN, Karsten: «§ 258 StGB», en Urs Konrad Kindhäuser *et al.* (eds.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- ARNAIZ SERRANO, Amaya: *La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos*, tesis doctoral (inédita), Universidad Carlos III de Madrid, 2004.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «El aseguramiento de las sanciones administrativas», en Juan Bataller Grau *et al.* (dirs.), *La reforma del Derecho del seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 151-178.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Artículo 137. Adquisición realizada por persona interpuesta», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1061-1065.

- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: «Capítulo X. Las consecuencias accesorias del delito en el Código Penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito», en Juan Antonio Lascaraín Sánchez (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, 2019, pp. 256-266.
- BADILLO ARIAS, José Antonio: «Artículo 19», en José Antonio Badillo Arias (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 463-492.
- BAER, Miriam H.: «Insuring Corporate Crime», *Indiana Law Journal*, (83-3), 2008, pp. 1035-1096.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «La unidad del Derecho sancionador», en Antonio Cabanillas Sánchez (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, v. 4, Madrid, Civitas, 2002, pp. 6683-6696.
- BAKER, Tom: «Liability Insurance at the Tort-Crime Boundary», en David M. Engel y Michael McCann (eds.), *Fault Lines: Tort Law as Cultural Practice*, Stanford Law Books, Stanford, 2009, pp. 66-79.
- BAKER, Tom; y GRIFFITH, Sean J.: *Ensuring Corporate Misconduct. How Liability Insurance Undermines Shareholder Litigation*, University of Chicago Press, Chicago, Londres, 2011.
- «Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors & Officers Liability Insurance Market», *The University of Chicago Law Review*, (74), 2007, pp. 487-544.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «*Commodum ex negotiatione*: una mirada al § 285 BGB», *Revista de Derecho Civil*, (7-3), 2020, pp. 1-33.
- *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *Anuario de Derecho Civil*, (3), 1997, pp. 1263-1299.
- BASSO, Gonzalo J.: *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2019.
- BATALLER GRAU, Juan: «Artículo 367. Responsabilidad solidaria de los administradores», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 2572-2578.
- BAUMANN, Jürgen: *Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafe*, Luchterhand, Neuwied, 1968.
- BECCARIA, Cesare: *De los delitos y de las penas (con el comentario de Voltaire)*, DE LAS CASAS (trad.), Alianza, Madrid, 1969, (publicación original: 1764).
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 289-342.
- «Disposición final segunda. Reforma del Código de Comercio», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 3104-3114.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital», en Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 15-26.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso en España», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabían Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 385-427.
- «Garantizar que el delito no resulte provechoso». El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción», en Jesús María Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 903-914.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: «El decomiso de las ganancias de la corrupción», *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, (1), 2013, pp. 112-145.
- «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 145-185.
- «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *Diario La Ley*, (7569), 2011.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: «Penas Privativas de Derechos», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 123-168.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro», *Revista de Derecho Mercantil*, (249), 2003, pp. 981-1014.
- CANO CAMPOS, Tomás: «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *Revista de Administración Pública*, (184), 2011, pp. 79-119.
- CARRILLO DEL TESO, Ana E.: *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabían Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 13-33.
- CASADO CASADO, Belén: *El Derecho sancionador civil. Consideraciones generales y supuestos*, Universidad de Málaga, Málaga, 2009.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos: «Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias», *Indret*, (1), 2019.
- «El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías», en Joan Queralt Jiménez y Dulce M. Santana Vega (coords.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 341-356.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel: *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- COCA VILA, Ivó: «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», *Diario La Ley*, (9371), 2019.
- «Conflicting Duties in Criminal Law», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019, pp. 34-72.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «El quebrantamiento de condena: Una propuesta legislativa, la frustración de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45), 1992, pp. 113-164.

- CUERDA RIEZU, Antonio: «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (62), 2009, pp. 211-252.
- DEAKIN, Simon; y KOZIOL, Helmut; y RISS, Olaff: *Directors & Officers (D & O) Liability*, De Gruyter, Berlín, 2018.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Daños punitivos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- DE COSSIO, Manuel: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *La Ley Penal*, (124), 2017.
- «El fundamento del decomiso como «consecuencia» del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo», en Jesús María Silva Sánchez *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 939-948.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro: «La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 93-126.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo: «El aseguramiento de las sanciones», *Revista de Jurisprudencia*, (15.03.18), 2018, disponible online en: <https://elderecho.com/el-aseguramiento-de-las-sanciones> [última consulta: 02/07/2020].
- DE VICENTE REMESAL, Javier: «La pena de inhabilitación profesional: consideraciones desde el punto de vista de los fines de la pena», *Cuadernos de Política Criminal*, (113), 2014, pp. 45-104.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en Mariano Herrador Guardia (coord.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 457-522.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Director's & Officer's Liability in Spain», en Simon Deakin *et al.* (coords.), *Directors & Officers (D & O) Liability*, De Gruyter, Berlín, 2018, pp. 477-560.
- «Punitive Damages in Spain», en Helmut Koziol y Vanessa Wilcox (coords.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, Viena, 2009, pp. 137-154.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio: «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-10), 2016.
- DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto: «El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso», *Diario La Ley*, (8667), 2015.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 235-254.
- DOIG DÍAZ, Yolanda: «Medidas cautelares reales», en José María Asencio Mellado (dir.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 315-334.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015», *La Ley Penal*, (124), 2017.

- DREHER, Klaus-Jürgen: «Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D&O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen», *Versicherungsrecht*, (66), 2015, pp. 781-194.
- ELGUERO MERINO, José M.^a: «Artículo 76», en José Antonio Badillo Arias (coord.), *Ley de Contrato de Seguro: jurisprudencia comentada*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1314-1368.
- «El seguro de Responsabilidad Civil por Protección de Datos Personales», *Responsabilidad Civil y Seguro*, (28), 2008, pp. 47-80.
- ESER, Albin: *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1969.
- ESER, Albin; y SCHLUSTER, Frank Peter: «Siebenter Titel. Einziehung (§ 73 - § 76b): Vorbemerkungen», en Albin Eser (coord.), *Schonke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- ESPINÓS BORRAS DE QUADRAS, Álvaro: «Artículo 172.3», en José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y formularios*, t. III, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1781-1808.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: «La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015», en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Recuperación de activos y decomiso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 429-448.
- FARALDO CABANA, Patricia: «La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales», en Fermín Morales Prats (ed.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 515-529.
- *Money and the Governance of Punishment: A Genealogy of the Penal Fine*, Routledge, Londres, 2017.
- «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales y contrabando», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (20), 2008, pp. 139-186.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2016.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)*, Comares, Granada, 1998.
- FERNÁNDEZ MANZANO, Luis Alfonso: «Aseguramiento de multas y sanciones», *Actualidad Aseguradora*, Tribuna, mayo 2008.
- FERNÁNDEZ MONTES-LLORD, Juan Luis: «El aseguramiento de las sanciones administrativas», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, (7), 2008, pp. 22-30.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en Esperanza Gallego Sánchez (coord.), *Ley Concursal: comentarios, jurisprudencia y formularios*, t. II, La Ley, Las Rozas, 2005, pp. 647-672.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo: «La inhabilitación profesional del delincuente económico-empresarial», en Joan Carles Carbonell Mateu (coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 351-362.
- FERRER BARRIENDOS, Agustín: «Artículo 172.1 y 2», en José María Sagrera Tizón, Alberto Sala Reixachs y Agustín Ferrer Barriendos (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal con concordancias, jurisprudencia y formularios*, t. III, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 1770-1781.

- FIEDLER, Björn: «Die zunehmende Bedeutung der D&O-Versicherung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts», *Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen*, (8), 2013, pp. 297-303.
- FLEISCHER, Holger: «§ 43 GmbHG», en Holger Fleischer *et al.* (ed.), *Münchener Kommentar GmbHG*, v. II, 3.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2019.
- FONT RIBAS, Antoni: «La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades», en José Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 91-116.
- FREELAND, Alejandro: «Casum y prelación de facultades de injerencia en situaciones de necesidad», en Percy García Caveró y Alejandro Chinguel Rivera (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro-Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 367-388.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1589-1607.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (73), 2020, pp. 467-522.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «La responsabilidad concursal», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 343-432.
- «Artículo 136. Adquisición originaria por la sociedad anónima», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1057-1061.
- «Título VI. De la calificación del concurso», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 2511-2613.
- «La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial», en José Antonio García-Cruces González y Eduardo Galán Corona (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 48-90.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 15.^a ed., Civitas, Madrid, 2017.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Deber de lealtad y enriquecimiento injusto», *Revista de Derecho Mercantil*, (317), 2020.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: «Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 21-64.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel; y SANZ RUBIALES, Íñigo: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2017.

- GRACIA MARTÍN, Luis: «Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica», en Luis Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 225-254.
- «Las consecuencias accesorias», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 533-588.
- «El sistema de penas en el Código penal español», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 57-90.
- «La pena de multa», en Luis Gracia Martín (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 169-224.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages», *Anuario de Derecho Civil*, (61-1), 2008, pp. 113-146.
- GRUBE, Andreas: «§ 40 StGB», en Ruth Rissing-van Saan *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, v. 4, 13.ª ed., 2019, De Gruyter, Berlín.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos*, La Ley, Las Rozas, 2004.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Artículo 172.2.2.º Sentencia de calificación», en Juan Sánchez-Calero Guilarte y Vicente Guilarte Gutiérrez (coords.), *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 2865-2888.
- HEFT, Carolyn: «Public Policy and Directors' Liability Insurance», *Columbia Law Review*, (67), 1967, pp. 716-730.
- HILLENKAMP, Thomas: «Anmerkung», *Juristische Rundschau*, (2), 1992, pp. 72-76.
- «Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe», en Wilfried Küper, Ingeborg Puppe y Jörg Tenckhoff (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar*, De Gruyter, Berlín, 1987, pp. 455-470.
- HORN, Eckhard: «Ist die Versicherung gegen Vermögensschäden aus strafrechtlichen Sanktionen strafbar?», *Versicherungsrecht*, (45), 1974, pp. 1142-1145.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos: «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo «resolver» la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014.
- HORRER, Philipp; y PATZSCHKE, Andrew: «Strafrechtlicher Umgang mit Fremdzahlungen von Geldbußen, -strafen und -auflagen durch Unternehmen für ihre Mitarbeiter. Können sich Unternehmensverantwortliche strafbar machen, wenn ein Unternehmen Geldstrafen, Geldbußen und Geldauflagen für seine Mitarbeiter zahlt?», *Corporate Compliance Zeitschrift*, (3), 2013, pp. 94-99.
- HUERGO LORA, Alejandro: «Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones administrativas», en Alejandro Huergo Lora (dir.), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 15-60.
- *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial», *Anuario de Derecho Concursal*, (7), 2006, pp. 83-114.
- *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- «El seguro de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales del artículo 262.5 TRLSA (A propósito de la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de diciembre de 2002)», *Revista de Derecho Mercantil*, (254), 2004, pp. 1457-1482.

- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: «Capítulo VIII. La culpabilidad y los sujetos responsables», en Manuel Rebollo Puig *et al.*, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 249-358.
- JUSTE MENCÍA, Javier: «Disposición final 2.^a», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, v. 2, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 2272-2279.
- KAPP, Thomas: «Dürfen Unternehmen ihren (geschäftsführenden) Mitarbeitern Geldstrafen bzw. -bußen erstatten?», *Neure Juristische Wochenschrift*, (44), 1992, pp. 2796-2800.
- KOCH, PHILIPP: *Naming and shaming im Kapitalmarktrecht. Die Veröffentlichung von Verstößen als repressive Sanktion*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- KNEPPER, William E.; BAILEY, Dan A.; y LANE, Stacy R.: «Chapter 23. Insurance: Directors and Officers Liability», en William E. Knepper y Dann A. Bailey (eds.), *Liability of Corporate Officers and Directors*, v. II, 8.^a ed., 2019, pp. 23/1-23/53.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: *Defensa jurídica y dolo del asegurado en el seguro de responsabilidad civil*, Fundación MAPFRE, Madrid, 2017.
- «Artículo 73. Responsabilidad solidaria», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 667-674.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Por un Derecho penal solo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrador y sancionador», en Agustín Jorge Barreiro *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 587-626.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl: «Garantías penales y sanciones administrativas», *Política Criminal*, (12), 2017, pp. 622-689.
- LLEBOT MAJÓ, Josep Oriol: «Los deberes y la responsabilidad de los administradores», en Ángel Rojo Fernández-Río; Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 9-51.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel: «El orden público: modulo general delimitativo de licitud», en Lorenzo Prats Albentosa (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, v. 1, 1996, pp. 283-300.
- LOPERA VIÑÉ, Rut: «Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena», en Manuel Cancio Meliá *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1443-1459.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Artículo 172. Sentencia de calificación», en Juan Sánchez-Calero Guilarte y Vicente Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid, pp. 2833-2864.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La receptación civil», *Diario La Ley*, (8231), 2014.
- «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (34), 1981, pp. 613-634.
- *La pena de multa*, Excma. Mancomunidad de Cabildos, Madrid, 1977.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo: «Beccaria: la pena como exclusión. «Destierros y confiscaciones» y «De la pena de muerte» en *De los delitos y de las penas*», en Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Raffo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 251-287.

- MARTÍN CASALS, Miquel: «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, pp. 1231-1273.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando: «Título VI. De la calificación del concurso», en Juana Pulgar Ezquerro (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas, 2016, pp. 1770-1872.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales. (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *Derecho Privado y Constitución* (19), 2005, pp. 225-258.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina: *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva: «Artículos 172 y 172 bis», en Agustín Macías Castillo y Ramón Juega Cuesta (coords.), *Ley Concursal comentada*, 3.^a ed., Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 510-520.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: «La relación entre culpabilidad y peligrosidad», en Mario Maraver Gómez y Laura Pozuelo Pérez (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2019, pp. 115-199.
- «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad», *Revista de Derecho Mercantil*, (313), 2019.
- MCNEELY, Mary Coate: «Illegality as a Factor in Liability Insurance», *Columbia Law Review*, (41-1), 1941, pp. 26-60.
- MÉNDEZ-MONASTERIO SILVELA, Pedro: *Daños punitivos: el «patito feo» de la responsabilidad civil*, Fe d'erratas, Madrid, 2016.
- MERINO JARA, Isaac: «Acerca de la responsabilidad tributaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco*, (24), 2006, pp. 13-35.
- MOLINA BLÁZQUEZ, María Concepción: «Artículo 60», en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 723-724.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: «Societas peccare non potest... Nec delinqueret», en Silvina Bacigalupo Saggese *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 361-415.
- «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en Agustín Jorge Barreiro *et al.* (coords.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.
- «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, pp. 57-137.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «La responsabilidad por dolo», en Juan Antonio Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 717-746.
- MORENO CATENA, Víctor; y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Penal*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- MORENO SERRANO, Enrique: «Disposición final segunda», en Juana Pulgar Ezquerro (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, La Ley, Las Rozas, 2016, pp. 2588-2601.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. XII, 2.ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.ª ed., (reimpresión 2018), Tecnos, Madrid, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal III: Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2012.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «El comiso», *Diario La Ley*, (5495), 2002.
- OROZCO LÓPEZ, Hernán Darío: *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: *La Responsabilidad Civil de los Auditores: Extensión, Limitación, Prescripción*, Edisofer, Madrid, 1996.
- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 2000, pp. 167-191.
- «La Constitución, el honor y unos abrigos», *Diario La Ley*, (2), 1996.
- «Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, (237-238), 1994, pp. 239-253.
- «“Perseverare diabolicum”. (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la Democracia*, (19), 1993, pp. 6-10.
- «Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)», *Anuario de Derecho Civil*, (46-1), 1993, pp. 5-56.
- «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, (44-3), 1991, pp. 1019-1091.
- «Artículo 1902», en Cándido Paz-Ares Rodríguez *et al.* (coords.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1971-2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *Revista General de Derecho Administrativo*, (36), 2014, pp. 1-26.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria: «Obtención fraudulenta de crédito, frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Jesús María Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2019, pp. 283-316.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (39), 2015, pp. 43-65.
- «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), 2003.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique: «Autoría y participación en el delito» (lección inédita para la docencia no presencial), Universidad Autónoma de Madrid, 2020.
- «La pena: nociones generales», en Juan Antonio Lascurain Sánchez (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «El seguro de responsabilidad de administradores y altos cargos en «el caso Banesto». (Comentario a raíz de la STS 867/02 de 29 julio 2002 [RJ2002/6357])», *Revista de Derecho de Sociedades*, (20-1), 2003, pp. 193-205.
- *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.

- POSNER, Richard A.: «A Theory of Negligence», *Journal of Legal Studies*, (1), 1972, pp. 29-96.
- POZUELO PÉREZ, Laura: *Las penas privativas de derechos en el Código Penal*, Colex, Madrid, 1998.
- POZUELO PÉREZ, Laura; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, (6948), 2008, pp. 4-8.
- PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo: *Tratamiento penal del individuo imputable peligroso*, tesis doctoral (inérita), Universidad Autónoma de Madrid, 2020.
- «Consecuencias de carácter procesal del «fraude de etiquetas»: especial referencia a la libertad vigilada», *Revista General de Derecho Procesal*, (47), 2019.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Artículo 236. Presupuestos de la responsabilidad», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1691-1700.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: «La pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio», en Patricia Faraldo Cabana y Luz María Puente Alba (eds.), *Las penas privativas de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 115-128.
- REBOLLO PUIG, Manuel: «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en Manuel Rebollo Puig (coord.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 843-866.
- «Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores», en Blanca Lozano Cutanda (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 316-333.
- «Capítulo II. Concepto de sanción administrativa», en Manuel Rebollo Puig et al., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 57-104.
- «El contenido de las sanciones», *Justicia Administrativa*, (1), 2001, pp. 151-206.
- REBOLLO PUIG, Manuel; e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel: «Lección 7. Derecho Administrativo Sancionador», en Manuel Rebollo Puig y Diego Vera Jurado (dirs.), *Derecho Administrativo*, t. II, Tecnos Madrid, 2018, pp. 201-224.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando; y PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 65-263.
- RIBAS FERRER, Vicenç: «Artículo 226. Deber de lealtad», en Ángel Rojo Fernández Río y Emilio Beltrán Sánchez (coords.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1620-1626.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011.
- *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROCA AGAPITO, Luis: *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- RODRÍGUEZ CELADA, Enrique: «La criminalización del fracaso empresarial», *InDret*, (1), 2017.

- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel: «Decomiso», en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2019, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 703-716.
- *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2016.
- ROIG TORRES, Margarita: «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», *Estudios Penales y Criminológicos*, (36), 2016, pp. 199-279.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio: *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal: un estudio histórico de la moderna pena de multa*, Akal, Madrid, 1982.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 639-686.
- «El seguro de responsabilidad civil de los administradores. 2.ª edición», *InDret*, (1), 2005.
- *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia: «Título VI. De la calificación del concurso», en Faustino Córdón Moreno y Julio J. Muerza Esparza (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 547-664.
- ROVIRA TORRES, Olga: *El quebrantamiento de condena*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RUIZ ARRANZ, Antonio I.: «La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad», *Anuario de Derecho Civil*, (71-4), pp. 1351-1486, 2018.
- RUTTMANN, Peter: «D&O-Versicherungsschutz für Geldstrafen und -bußen», *Versicherungswirtschaft*, (2), 2015, pp. 50-53.
- *Die Versicherbarkeit von Geldstrafen, Geldbußen, Strafschadensersatz und Regressansprüchen in der D&O-Versicherung unter vergleichender Betrachtung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten*, Verl. Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 2014.
- SÁEZ LACAPE, M.ª Isabel: «Artículo 36. Responsabilidad de quienes hubiesen actuado», en Ángel Rojo Fernández-Río y Emilio Beltrán Sánchez, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 432-439.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «La función preventiva del Derecho de Daños», en Pablo Salvador Coderch y Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 117-124.
- «Las funciones del Derecho de daños», en Pablo Salvador Coderch y M. Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del Derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 101-111.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: «Instrumentos de control social y Derecho de daños», *InDret*, (4), 2004.
- SALVADOR CODERCH, Pablo; y GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «El Derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes», *InDret*, (1), 2005.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, (227), 1998, pp. 117-154.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Artículo 76», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1989, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1721-1799.
- «Artículo 19», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1989, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010 pp. 443-465.
- «El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles», *Revista Española de Seguros*, (107), 2001, pp. 393-419.
- «Artículo 76», en Miguel Motos y Manuel Albadalejo (coords.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXXIV, v. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 619-676.
- «Artículo 19», en Miguel Motos y Manuel Albadalejo (coords.), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXXIV, v. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 270-286.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan; y TAPIA HERMIDA, Alberto J.: «La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento», *La Ley mercantil*, (10), 2015, pp. 85-97.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Responsabilidad por el déficit concursal del artículo 172 bis LC: criterios para su apreciación y la determinación de su alcance», en Mariano Herrador Guardia (coord.), *Responsabilidad civil y seguro. Cuestiones actuales*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2018, pp. 323-360.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 257-289.
- SCHOLL, Amand: «Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte - ein altes Thema und noch immer ein Problem», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (12), 1999, pp. 599-605.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio: *Las penas en el nuevo código penal: ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y casos prácticos*, Comares, Granada, 1996.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «Los daños punitivos en la propiedad intelectual», en Manuel Gómez Tomillo (coord.), *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 65-91.
- SHARKEY, Catherine M.: «Revisiting the Noninsurable Costs of Accidents», *Maryland Law Review*, (64-1), 2005, pp. 409-460.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio «jurisdiccional» de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», en Carlos García Valdés *et al.* (ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 661-692.
- «¿«Ex delicto»? Aspectos de la llamada «responsabilidad civil» en el proceso penal», *InDret*, (3), 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: «El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006.

- SILVESTRE LÓPEZ, José Luis: «La responsabilidad tributaria (y II)», *Forum Fiscal*, (215), 2015, pp. 51-72.
- «La responsabilidad tributaria (I)», *Forum Fiscal*, (214), 2015, pp. 66-88.
- SPINDLER, Gerald: «§ 84 AktG», en Mathias Habersack et al. (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, v. 2, 5.ª ed., 2019, Beck, Múnich.
- SUAY RINCÓN, José: *Sanciones administrativas*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1989.
- TAPIA HERMIDA, FRANCISO Javier: «El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (54), 2015, pp. 29-44.
- «Artículo 76, b). La exclusión legal del pago de multas y sanciones», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1882-1893.
- «Artículo 76, a). Noción del seguro de defensa jurídica», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1801-1881.
- TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO Javier: «Los seguros de lucro cesante», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales*, v. 8, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 597-621.
- «Seguro de lucro cesante», en Fernando Sánchez Calero (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 1359-1456.
- TRAPERO BARREALES, María A.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «La denominada inhabilitación profesional: una consecuencia jurídica híbrida», en Manuel Cancio Meliá et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. II, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1589-1603.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Los seguros con cláusulas de cobertura de sanciones. Las pólizas de administradores y directivos (D&O –Directors and Officers Liability Insurance–)», *Práctica Derecho de Daños*, (143), 2020.
- VEIGA COPO, Abel B.: *Tratado del contrato de seguro*, t. II, 6.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, (56-3), 2012, pp. 1107-1244.
- VILLAR EZCURRA, Marta: «La responsabilidad tributaria», en Ángel Rojo Fernández-Río, Emilio Beltrán Sánchez y Ana Belén Campuzano Laguillo (coords.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 577-637.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores societarios: la responsabilidad concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, (3), 2010, pp. 371-394.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas», *Revista Penal*, (19), 2007, pp. 162-177.
- «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a estos», *Revista General de Derecho Penal*, (6), 2006.

- WERBER, Manfred: «Versicherungsschutz und Strafzweck», *Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft*, (61), 1972, pp. 337-350.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad civil en el proceso penal», en L. Fernando Reglero Campos y José Manuel Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1105-1236.
- ZIPF, Hein: *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Luchterhand, Berlin, 1996.