

XIII JORNADAS DE DERECHO DE SEGUROS AIDA

24 y 25 de Abril de 2014

Comisión Seguro de Responsabilidad Civil Profesional.

Tema: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTORES POR LA CRISIS DE LA SOCIEDAD QUE GOBIERNAN Y EL SEGURO D&O

Autor: ALICIA FERRER MONTENEGRO

25 de mayo 555 esc. 504

aferrer@movinet.com.uy

ABSTRACT: La función del seguro D & O es la de trasladar el riesgo de reclamaciones que pueden sobrevenir por la actuación de los administradores de la sociedad, en función del régimen de responsabilidad establecido para ellos en las leyes societarias y concursales. Se trata de un seguro de daños y específicamente de responsabilidad civil. Es un seguro voluntario, ya que no hay norma legal que lo imponga.

La responsabilidad civil que se asegura a través de esta modalidad es derivada del desarrollo de una actividad, que en el caso concreto, muestra aristas propias, particulares, que la diferencian claramente del seguro conocido como responsabilidad civil profesional. Se advierte un creciente número de cláusulas de exclusión de cobertura venida de la mano de las grandes crisis en grandes empresas que se han desatado desde comienzo de este siglo.

Por lo demás, considerando la gravedad del riesgo, la idea de asegurar la responsabilidad en caso de concurso culpable parece sensata.

Salvo que expresamente el asegurador se haya comprometido a cubrir la responsabilidad e administradores y directores de una sociedad concursada, cabe la posibilidad de que el contrato se resuelva o simplemente se extinga en el momento de la declaración de concurso de la sociedad

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTORES POR LA CRISIS DE LA SOCIEDAD QUE GOBIERNAN Y EL SEGURO D&O

Alicia Ferrer Montenegro

I.- La evolución del seguro D & O, como instrumento para reducir el riesgo de responsabilidad asumida por administradores de sociedades, ha ido de la mano de la evolución del régimen de responsabilidad de los administradores.¹

Recuérdese que en las dos últimas décadas, se han sancionado en Estados Unidos y Europa leyes sobre gobierno corporativo, con una profundización importante del régimen de responsabilidad de administradores y directores y en algunos casos de altos ejecutivos.

En Lationamerica, la jurisprudencia ha sido cada vez más severa con la responsabilidad de los administradores y directores societarios y las modernas leyes concursales regulan con especial énfasis la consecuencia de la conducta de estos sujetos en la crisis de la sociedad que dirigen.

Deben tenerse en cuenta a efectos de entender qué cubre este seguro los artículos 83 y 391 de la ley n° 16.060 y los artículos 24, 25, 192 y siguientes de la Ley 18.387 a cuyo conocimiento me remito por la brevedad exigida a esta ponencia.

*La responsabilidad concursal, aunque constituya un efecto de la declaración de culpabilidad del concurso y se imponga atendiendo a la conducta reprochable de los administradores de la sociedad, se dispone en beneficio de los acreedores y fácil es comprender que para los mismos el seguro, lejos de ser perjudicial o irrelevante, resulta de la máxima utilidad pues prácticamente garantiza la recepción de las indemnizaciones a cargo de los administradores responsables en caso de concurso culpable, dentro del límite de la suma asegurada.*²

En este contexto, debe analizarse la función que el seguro D& O cumple.

Stiglitz enseña que *“el costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas, preventivas que contribuyen a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas la constituye el seguro, en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina”*.³

La función del seguro D & O es la de trasladar el riesgo de reclamaciones que pueden sobrevenir por la actuación de los administradores de la sociedad, en función del régimen de responsabilidad establecido para ellos en las leyes societarias y concursales.

¹ **Juan Carlos Félix Morandi**, sostenía en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros organizado por AIDA, celebrado en Chile en 1995, que “percibimos una notoria relación entre el “Derecho de la Responsabilidad Civil” y el “Derecho de Seguros”, ello atento que el contrato de seguro de la responsabilidad civil, ha acompañado a este último instituto en su evolución, de modo tal que, en gran medida no podrían explicarse los profundos cambios esperados en éste son la presencia del seguro. El apoyo de la responsabilidad civil en el seguro ha implicado claramente como es notorio, una extensión de ambas instituciones” Publicación del Congreso. Página 288.

² **Miguel Iribarren** La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad». Anuario de Derecho Concursal , núm. 7/2006,Editorial Civitas, SA, Madrid, enero 2006-abril 2006

³ **Stiglitz, Ruben**. Derecho de Seguros. 4ª Edición. LA LEY Buenos Aires 2004. Tomo I Página 1.

En otras palabras, este seguro sirve para que el administrador o director de una sociedad en caso de incurrir en alguna de las hipótesis de responsabilidad indicadas en las leyes, no deba soportar sobre su patrimonio personal las consecuencias de sus actos.

Es el seguro quien habrá de responder pecuniariamente por el resultado de su actividad que ha producido un daño a la sociedad, a los socios o accionistas o a los terceros.

Si bien este planteamiento inicial parece sencillo, resulta bastante más complejo.

El seguro D & O *“plantea una notable dificultad en orden, sobre todo, a la exposición de la delimitación de la cobertura del riesgo y del contenido del contrato...La utilización de los clausulados generales elaborados en el mercado estadounidense ha convertido a algunos aspectos de la cobertura y del contenido del contrato en Standard internacional a pesar de la diferente relevancia que los mismos tienen en otros ordenamientos jurídicos.”*⁴

Se trata de un seguro de daños⁵, y específicamente, de un seguro de responsabilidad civil.

Este último, *“es un tipo especial de seguro mediante el cual el asegurador garantiza al asegurado contra las reclamaciones de orden pecuniario que pueda dirigir un tercero a consecuencia de la producción de un hecho dañoso.*

*El asegurado produciendo o realizando él o sus dependientes u hecho dañoso puede incurrir en responsabilidad civil. De esa responsabilidad civil que lo obliga a indemnizar puede generársele un perjuicio. El asegurador toma a su cargo ese riesgo y lo garantiza de las acciones que los damnificados puedan realizar con él; de los daños y perjuicios en que puede ser obligado a pagar, y también a veces, se pacta que lo indemnizará de los gastos que incurrirá, a consecuencia de acciones judiciales, costos, honorarios de abogados, tributos judiciales, etc..”*⁶

Es un seguro voluntario, ya que no hay norma legal que lo imponga.

La responsabilidad civil que se asegura a través de esta modalidad es derivada del desarrollo de una actividad, que en el caso concreto, muestra aristas propias, particulares, que la diferencian claramente del seguro conocido como responsabilidad civil profesional.

En general, es un contrato que se realiza por cuenta de terceros, en tanto lo celebra la sociedad en la cual se desempeñan los administradores o directores a nombre propio, pero por cuenta e interés de un tercero.

Son las propias aseguradoras las que así lo requieren, porque la contratación individual efectuada por cada administrador resulta compleja tanto por aplicación del principio de la solidaridad en la responsabilidad⁷, cuanto por la posibilidad de que el contratante individual desempeñe el cargo en un conjunto de empresas.

En este caso no coinciden la persona del tomador y la que resulta ser titular del interés asegurable.

⁴ **Roncero Sánchez, Antonio.** El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima. Ed. Universitat Pompeu Fabra. 2004

⁵ **Stiglitz, Ruben** al escribir sobre la clasificación de los seguros, sostiene que “el seguro contra la responsabilidad civil participa de la naturaleza de los seguros de daños patrimoniales ...”. Op. Cit. Página 33. Idéntica posición adopta **Fernando Sanchez Calero** que incluye a la modalidad de responsabilidad civil dentro del seguro de daños y dentro de la subcategoría “seguro de deudas”. Curso de Derecho de Seguro Privado. Bilbao 1961. **Joaquin Garrigues**, también lo incluye en esta categoría, indicando que la integra conjuntamente con otros seguros en el sistema llamado de la concreta cobertura de necesidad. Curso De Derecho Mercantil Tomo IV. Editorial Temis. Colombia. 1987.

⁶ **Mezzerá Alvarez, Rodolfo.** Curso de Derecho Comercial Tomo III. ACALI EDITORIAL Montevideo, 1977, página 185.

⁷ Entre otras razones, para justificar la exigencia de las aseguradoras, podemos citar el inciso final del artículo 83 Ley N° 16.060: “El Juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño”.

Quien toma el seguro es la sociedad y lo hace por cuenta de un tercero determinado: sus administradores o directores.

Las cláusulas denominadas de exclusión o limitación de cobertura de riesgo, deben estar enunciadas precisa y claramente en los contratos de seguro, y en ningún caso podrán tener un alcance tal, que desnaturalicen la esencia del contrato celebrado.

En todo caso, sostiene Antonio Roncero, *el aspecto principal en la delimitación del riesgo de responsabilidad del asegurado por esta modalidad de seguro viene constituido no por la identificación de los supuestos de responsabilidad incluidos en la cobertura (delimitación positiva del riesgo), sino, al contrario, por las exclusiones de la misma (delimitación negativa del riesgo).*

La heterogeneidad y variedad de cláusulas que se incluyen en las pólizas con la finalidad de excluir la cobertura del seguro, muchas veces dificulta la identificación del riesgo asegurado. Se dice, también, que esta práctica es necesaria para poder adaptar la cobertura ofrecida a las circunstancias del riesgo asegurado. Lo cierto es que esta realidad se manifiesta en la redacción que tienen las pólizas en distintos mercados así como en las de distintas aseguradoras en el mismo mercado.

Se advierte un creciente número de cláusulas de exclusión de cobertura venida de la mano de las grandes crisis en grandes empresas que se han desatado desde comienzo de este siglo.

Por lo demás, considerando la gravedad del riesgo, la idea de asegurar la responsabilidad en caso de concurso culpable parece sensata.

La declaración de concurso de la sociedad, cabe plantearse si se puede considerar como circunstancia agravatoria del riesgo de responsabilidad de los administradores. En este caso, la aseguradora podría rescindir el contrato o modificar el mismo.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA *et al*⁸, consideran elevada la probabilidad de alteración de las circunstancias del riesgo y señalando que *“en efecto, la vida de una sociedad no es algo estático, sino todo lo contrario, siendo por ello totalmente previsible que los datos inicialmente suministrados a la compañía de seguros sufran todo tipo de alteraciones como consecuencia de la normal vida social, siendo a este respecto muy importante que entre la compañía y sus asegurados exista una relación fluida y constante, que se materialice en comunicaciones periódicas en las que los asegurados pongan en conocimiento del asegurador cualquier cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para valorar el riesgo al suscribirse la póliza”*.

En la realidad, la declaración de concurso constituye la manifestación de la crisis de la sociedad, y ésta sí se puede considerar como circunstancia agravatoria. En ocasiones se llega al concurso de las sociedades sin que los aseguradores hayan sido informados sobre la gravedad del estado patrimonial de la sociedad, constituyendo el concurso (no necesariamente la declaración judicial sino la solicitud) el medio a través del que los aseguradores tienen noticias realmente fiables de la situación de la sociedad.

De lo dicho anteriormente se concluye que, salvo que expresamente el asegurador se haya comprometido a cubrir la responsabilidad concursal, cabe la posibilidad de que el contrato se resuelva o simplemente se extinga en el momento de la declaración de concurso de la sociedad, como sucede en Alemania por aplicación de su legislación sobre seguros.

V.-CONCLUSIONES

⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (coord.), «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria», en *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, 1996, página. 55

1.- El contrato de seguro no se altera con la declaración de concurso, ni siquiera cuando se ingresa a la liquidación. Una cláusula contractual que impusiera la rescisión del contrato de seguro por la declaración de concurso del asegurado, es nula conforme los preceptos de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial uruguaya, en especial su artículo 68.5.

3.- La aseguradora no puede denunciar el contrato por ese solo hecho. No obstante, pueden darse circunstancias en que se puede entender que está frente a un agravamiento del riesgo, y en consecuencia, proceder a dejar sin efecto el contrato, más tratándose de seguros de daño, en aplicación de las normas propias del contrato de seguros.

4.- El Seguro D&O da cobertura a la responsabilidad de los directores por su gestión al frente de la sociedad, y su cobertura puede incluir hipótesis de concurso. Salvo que expresamente el asegurador se haya comprometido a cubrir la responsabilidad concursal, cabe la posibilidad de que el contrato se resuelva o simplemente se extinga en el momento de la declaración de concurso de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

Bercovitz, Alberto et al. Contratos mercantiles. 2ª edición. Thomson Aranzadi. Navarra 2004.

Candelario Macías, María Isabel. Gestión de riesgos: impacto de la ley concursal en la compañía aseguradora y el seguro de crédito. LA LEY . Madrid. 2009.

Fernandez de la Gandara (coord.), «Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria», en *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid. 1996.

Iribarren Miguel La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad». Anuario de Derecho Concursal , *núm.* 7/2006, Editorial Civitas, SA, Madrid, enero 2006-abril 2006

Roncero Sánchez, Antonio. El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima. Ed. Universitat Pompeu Fabra. 2004

Stiglitz, Ruben S. Derecho de seguros. LA LEY, 4ª Edición. Buenos Aires. 2005

Veiga Copo, Abel. La incidencia del concurso del tomador en el contrato de seguro. Anuario de Derecho Concursal , *núm.* 3/2004, Estudios Editorial Civitas, SA, Madrid, sept. 2004-dic. 2004