

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

Alicia FERRER MONTENEGRO - Zamira Ayul TOMA

Resumen: Se analiza la responsabilidad de los administradores frente a la asunción del riesgo empresarial.

Palabras claves: responsabilidad – directores – limitación de responsabilidad

Abstract: Responsibility of managers versus risk-taking entrepreneur is analyzed.

Key words: responsibility - directors - disclaimer

I.- Una porción importante de la actividad de económica - creciente históricamente- está en manos de empresas bajo forma jurídica societaria. Según la Teoría Económica del Derecho la existencia de sociedades o corporaciones no es sino un método para la solución de problemas afrontados en la reunión de cantidades sustanciales de capital.

Posner¹ dice que la forma corporativa es la solución normal que han desarrollado el derecho y la práctica mercantil para resolver los problemas de financiamiento y responsabilidad, ya que básicamente ésta se limita a los aportes efectuados, salvo excepciones. La responsabilidad limitada no es un instrumento para la eliminación de los riesgos del fracaso empresarial, sino para trasladarlos de los inversionistas individuales a los acreedores voluntarios o involuntarios de la corporación: son ellos quienes soportan los riesgos del fracaso corporativo.

La administración y gestión de los negocios que desarrollan estas empresas está en manos de sus administradores y no de sus accionistas. En las sociedades anónimas cotizadas esta cuestión se advierte con claridad. Estos administradores deben tener un compromiso sostenido con la meta de la rentabilidad, para mantener o aumentar el valor de las participaciones sociales de los socios que los elijen y porque en los mercados competitivos es la única conducta esperable de ellos.

Por otra parte, aumentar el valor de la empresa- generando rentabilidad o ganancias- es hoy día el paradigma en el cumplimiento del interés social.

Para lograr esos objetivos y cumplir esos compromisos, los administradores toman riesgos y éstos pueden determinar la crisis de la sociedad que gobiernan.

La alternativa que los riesgos asumidos en el desempeño de la administración societaria resulten un fracaso de la gestión es una cuestión previsible, que debe tenerse en cuenta como posibilidad y consecuentemente prevenirla.

El contrato de seguro permite minimizar las pérdidas que puedan derivar de la incorrecta gestión de los administradores.

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

1 Posner, Richard. El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. 2º Edición. México 2007. Páginas 625 y siguientes.

responsabilidad de los administradores.²

II.- El presente siglo muestra una notable evolución de la normativa societaria, particularmente en Estados Unidos y Europa. Las normas sobre gobierno corporativo han profundizado el régimen de responsabilidad de administradores y directores y en algunos casos de altos ejecutivos. Concomitantemente, han dispuesto mecanismos de información pública y objetiva que permiten a los terceros (acreedores voluntarios e involuntarios de la sociedad) y los socios o accionistas contar con un más eficiente sistema que facilita la toma de decisiones y la evaluación de riesgos como prestatarios o inversores.

En nuestras latitudes, más que cambios legales se advierte una evolución doctrinaria y jurisprudencial que apunta la profundización y a la extensión de 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 de sociedades comerciales uruguayas y los artículos 24, 25, 192 y siguientes de la Ley 18.387 de concursos. También debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 59, 274 y 275 de la Ley 19.550 de sociedades comerciales argentina.

El administrador o director de una sociedad anónima es responsable frente a la sociedad, los accionistas y los terceros.

El administrador de una sociedad de cualquiera de los restantes tipos admitidos legalmente, responderá frente a la sociedad, y frente a los socios.

Estos sujetos deben obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios.³ El apartamiento de estos parámetros de conducta, por acción u omisión, traerá aparejada su responsabilidad en caso que provoque daños y perjuicios.

En cuanto a los directores de las sociedades anónimas, además del mal desempeño de su cargo por no cumplir con las reglas de obrar señaladas, responderán por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Esta responsabilidad es solidaria, de modo que las acciones derivadas de la responsabilidad podrán iniciarse contra todos, alguno o algunos de los gestores de la sociedad, pudiendo los demandados luego repetir contra los que no lo hayan sido.

La ley prevé que las acciones de responsabilidad puedan ser iniciadas por la propia sociedad, los socios y en el caso de las sociedades anónimas, por los terceros.

En cualquier caso, deberá acreditarse la realización de algunos de los actos ilícitos previstos en la norma legal, el daño y perjuicio sufrido y que éste sea consecuencia de los primeros.

2 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.

3 Sobre el alcance de esta noción conforme la legislación uruguaya, Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer Montenegro, Alicia. La Noción de Buen Hombre de Negocios. Anuario de Derecho Comercial No. 5. FCU 1991

En cualquiera de los casos, el daño y perjuicio lo padece la sociedad, y las acciones de responsabilidad tienen como finalidad, reconstruir el patrimonio societario.

Aunque la ley uruguaya no lo prevé expresamente –sí lo hace la ley argentina en su artículo 279 - puede accionarse individualmente, esto es, un accionista o un tercero puede accionar contra la sociedad por el daño directo que ha sufrido por causa del accionar de los directores en infracción a las reglas

Odrizola⁴, sostiene que la responsabilidad de los administradores debe ser severa, y afirma “... este rigor es indispensable en la sociedad anónima contemporánea con las grandes masas de accionistas incapaces para controlar efectivamente la administración, que recurre al ahorro público, integrada por personas que ignoran el manejo del negocio y buscan una inversión segura”.

La preocupación pasa por encontrar alternativas que permitan superar el actual estado de cosas sobre el tema, claramente descrito por el profesor Israel Creimer: “Este sistema de responsabilidad resulta desestimulante para quienes tienen condiciones para ser Director, pero temen el draconiano sistema legal. La consecuencia es que, a veces, al frente de importantes sociedades anónimas, figuren “hombres de paja” como directores”⁵.

En efecto, el aumento de las acciones de responsabilidad contra administradores y directores, la profundización y agravamiento que por vía jurisprudencial se advierte en esa responsabilidad, lleva a quienes tienen aptitudes para desempeñarse en la gestión de los negocios sociales a apartarse por temor. En aquellos casos que gestión y propiedad van de la mano, y apartarse no resulta posible, se advierte cierto enlentecimiento, en algunos casos ya parálisis, en la toma de decisiones que suponen asunción de riesgo.

La aversión al riesgo es la regla en la conducta de los administradores y directores en nuestro país. Olvidan que el riesgo es inherente a la actividad económica en general y la comercial en particular.⁶

III.- Este régimen impuesto por las leyes societarias se debe tener en cuenta en las hipótesis de concursamiento de la sociedad.

Compartimos con Richard⁷ la afirmación de que debe insistirse para el caso de concurso de sociedades sobre la imposibilidad de escindir los aspectos concursales del régimen societario específico. “En relación a las sociedades no hay duda que las normas de las mismas integran ese derecho concursal- al igual que el Código Civil, que más que para concursal o preconcursal, es

4 Odrizola, C. ¿Reforma del régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación? La Ley 1982-B-706 citando a Isaac Halperin, en *Sociedades Anónimas* 2ª Edición Depalma 1998 página 544-545

5 Creimer, Israel. Límites de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. En *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS DE SOCIEDADES COMERCIALES*. Fcu Mdeo. 2006 página 195

6 Según encuestas realizadas en Estados Unidos un cincuenta por ciento de los integrantes de consejos de administración están preocupados sobre su exposición o riesgo en cuanto a la responsabilidad personal y el cuarenta y ocho por ciento han rechazado la oportunidad de ser director de un consejo debido a la posibilidad de exposición de dicho riesgo. Fuente Deloitte.

7 Richard, Efraín Hugo. Responsabilidad de administradores societarios ante la crisis. En *Por un mejor Derecho Concursal* Tomo III Tucumán 2012. Página 663. En el mismo sentido léase *La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades*. En *Ensayos de derecho Empresario* N° 8 Fespresa Córdoba 2013 página 683.

parte del sistema del derecho de crisis”.

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.⁸

Ni la ley de sociedades ni la de concursos contienen disposiciones expresas requiriendo, permitiendo o prohibiendo que las sociedades indemnicen o mantengan indemnes a sus directores y gerentes frente a reclamos que se le puedan formular.

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”.⁹

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

En otras palabras, este seguro sirve para que el administrador, director o gerente 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.”¹⁰

Se trata de un seguro de daños¹¹, y específicamente, de un seguro de responsabilidad civil.

8 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

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

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

11 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

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..¹²

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 responsabilidad¹³, 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.

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

Ello supone, necesariamente, que quien habrá de cumplir con las obligaciones derivadas de la póliza es el contratante (tomador) y que deberá resultar inequívocamente de la póliza que se contrata por cuenta ajena. La sociedad pagará las primas y queda obligada a dar cuenta al asegurador de cualquier circunstancia que modifique las condiciones originales de la contratación, inclusive las modificaciones en la estructura de la sociedad (fusión, escisión, transformación, etc.), cambio de objeto, domiciliación en el extranjero, apertura de un proceso concursal, entre otras.

Evidentemente, aún cuando contrata la sociedad, el interés asegurable cae en cabeza de los administradores o directores, ya que se contrata con la finalidad de trasladar los riesgos sobre la integridad patrimonial de éstos al asegurador, en caso de producirse una hipótesis de responsabilidad civil en el ejercicio de sus cargos.

La sociedad tiene interés – mediato y reflejo- en contar con el respaldo del seguro en

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.

12 Mezzera Alvarez, Rodolfo. Curso de Derecho Comercial Tomo III. ACALI EDITORIAL Montevideo, 1977, página 185.

13 Entre otras razones, para justificar la exigencia de las aseguradoras, podemos citar el inciso final del artículo 83 Ley Nº 16.060: “El Juez determinará la parte contributiva de cada responsable en la reparación del daño”. Esta disposición no se encuentra en la ley argentina de sociedades.

protección de su patrimonio al aumentar las posibilidades de ser resarcida por los daños y perjuicios que pueda sufrir, pero el contrato se concluye para proteger el interés – inmediato y directo- de sus administradores.

La paradoja está en que la sociedad, para contratar el seguro, deberá actuar a través de sus representantes: los administradores o directores.

Otro problema que la doctrina ha relevado es el que hace relación con el pago de la prima por la sociedad tomadora del seguro y si el monto abonado debe considerarse o no parte de las retribuciones que perciben los administradores.

Puede decirse que este tema debe resolverse atendiendo a las relaciones sociedad-administradores, y que poca importancia tiene desde el punto de vista del seguro, no obstante ha sido largamente debatido en doctrina europea.

Desde la perspectiva de nuestra legislación societaria, aparece como una alternativa lícita incluir el pago de la prima del seguro D & O dentro del esquema retributivo del administrador, sin perjuicio del tratamiento fiscal que la sociedad deberá darles.

En general, las pólizas de seguro D & O contemplan los riesgos derivados de la actuación de los administradores y directores en el ejercicio de sus cargos, e incluyen supuestos que estando comprendidos en el riesgo asegurado, las partes convencionalmente excluyen de la cobertura de tal forma que su acaecimiento no obliga al asegurador a indemnizar.

La cobertura alcanza a aquellos supuestos de responsabilidad interna, es decir, aquellos casos en que el apartamiento de administradores y directores de la conducta debida provoca daños a la sociedad.

Los daños provocados a terceros o a socios por la sociedad, la que obviamente actúa a través de sus administradores, no dan lugar a la reclamación contra este seguro, porque la sociedad, como todo sujeto de derecho responde por los mismos y este seguro solo cubre a los administradores y no a la sociedad.

La cobertura tiene un alcance temporal, ya que en esta modalidad de seguros se prevé en las pólizas que solo se cubrirán los riesgos que puedan acaecer durante la vigencia del contrato. Esto tendrá como consecuencia que el asegurador deberá atender reclamaciones producidas con posterioridad a la vigencia del contrato siempre y cuando el acto ilícito que da lugar a las mismas se haya producido durante el período de vigencia.

Esta es la cobertura temporal habitual en esta modalidad.

Algunas legislaciones como la española¹⁴, por ejemplo, admiten el pacto de extensión retroactiva de la cobertura, cuando la reclamación se produce dentro del período de vigencia del contrato, sin importar el momento en que se ha producido el acto o hecho que motiva la reclamación.

También se entiende que la cobertura tiene un alcance geográfico o espacial. En general, la cobertura del riesgo asegurado se extiende al país en el cual se contrata el seguro. Sin embargo en el seguro de responsabilidad civil, y en esta modalidad en especial, generalmente la cobertura del riesgo se extiende más allá de fronteras, fundamentalmente cuando es contratado por grandes compañías que poseen sucursales o filiales en distintos lugares del mundo. En estos casos, se

14 Art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro.

requerirá que la póliza determine el régimen legal aplicable al contrato de seguro y el alcance que tendrá la obligación complementaria del asegurador de prestar asistencia jurídica al asegurado.

La cobertura alcanza a lo que en derecho estadounidense se conoce como el “Wrongful Act”, esto es, actos negligentes o incorrectos que provocan daño. Las pólizas suelen aludir a actos u omisiones realizados con culpa, negligencia o imprudencia que supongan incumplimiento de deberes, violación de la ley, estatuto o reglamento, que no sean realizados con la diligencia debida por lo directores o administradores de sociedades comerciales en el ejercicio de su cargo.

Estas expresiones tan genéricas utilizadas en las pólizas permiten incluir dentro de la cobertura del seguro los supuestos de responsabilidad previstos en nuestras leyes societarias.

Las coberturas de seguros de D&O se otorgan sobre la base de “indemnidad” de base “reclamos” o “Claims Made”, lo cual significa que el asegurador mantendrá indemne al asegurado, en las condiciones y límites establecidos en el respectivo contrato de seguro, por cuanto le deba a un tercero a consecuencia de un hecho u omisión ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, siempre y cuando el reclamo del tercero damnificado se haya formulado durante su vigencia o en el llamado “período extendido” expresamente convenido en la póliza¹⁵.

El “período extendido de denuncia” significa que vendida la póliza el asegurado goza de dicho período y que cualquier reclamo que reciba durante el mismo a consecuencia de hechos ocurridos durante la vigencia del seguro, serán a cargo del asegurado.

Según desarrolla LÓPEZ SAAVEDRA en su obra “Ley de Seguros 17.418. Comentada”, las cláusulas “Claims Made” para determinados riesgos de responsabilidad civil en Argentina, debidamente aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, le conceden a los asegurados diversas alternativas que modifican el funcionamiento de las llamadas “Claims Made Puras”¹⁶, otorgándoles beneficios ciertos, como por ejemplo: el otorgamiento de un período de retroactividad que puede alcanzar hasta los 10 años y significa que cualquier reclamo que se le formule al asegurado durante la vigencia de la póliza y que se funde en un hecho y omisión cometido durante dicho período, será a cargo del asegurador; el otorgamiento de un al asegurado de un período denominado extendido para denuncias, explicado su significado en el párrafo anterior; el asegurado año a año podrá ir reajustando la suma asegurada de su nueva póliza, la que será aplicable aun a aquellos reclamos que se originen en hechos y omisiones cometidos durante la vigencia de las pólizas anteriores y en caso de rescisión o no renovación del contrato de seguro a su vencimiento, cualquiera fuera su casusa, salvo prima impaga, el asegurado puede tener derecho a adquirir un endoso opcional de extensión de denuncias, por un período determinado por el cual los reclamos que se formulen con posterioridad a la vigencia de la póliza y siempre que sean fundados exclusivamente por hechos y omisiones cometidos durante la vigencia de la misma, serán de cargo del asegurador.

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

15 Conforme López Saavedra, Domingo. Ley de Seguros 17.418. Comentada, Tomo II, 2ª. Edición, 2012, página 569.

16 Definidas como aquellas cláusulas que solamente cubren la responsabilidad del asegurado por hechos y reclamos verificados durante la vigencia de la póliza.

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 al¹⁷, 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.

IV.- Nos interesa a esta altura del trabajo abordar el tema de la oportunidad para hacer la denuncia del siniestro en un seguro de D&O. En este punto la doctrina se encuentra dividida, a saber: a) el siniestro se produce cuando ocurre el daño a tercero. Es en este momento en el cual nace la responsabilidad hacia el tercero, la obligación de indemnizarlo, que afecta el patrimonio del asegurado y que le autoriza a reclamar del asegurador los fondos necesarios para pagar que le defiende en el proceso; b) el siniestro existe cuando el asegurado indemnizó el daño, porque el

17 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

pago es el que produce la disminución de patrimonio del asegurado, y el peligro del siniestro no es el siniestro mismo. Sostener esta posición equivale a desconocer que el seguro de responsabilidad busca conservar la integridad del patrimonio, que se afecta si se debe hacer el pago para perseguir luego el reembolso. Además tendría el efecto de que el asegurado que no pudiera pagar perdería el beneficio del seguro contratado; c) el siniestro acaece cuando el tercero interpone su reclamo contra el asegurado. En este momento nace la necesidad (arts. 109 y 58, 1er. párrafo Ley Nº 17.418; y a su vez es la solución que se encuentra implícita en el art. 116 2º párrafo).¹⁸

A diferencia de lo que sucede con el resto de los seguros patrimoniales, en los que la indemnización del daño ocasionado por el siniestro actúa a posteriori, en los seguros de D&O actúa a priori. De esta forma busca evitar el daño concreto en el patrimonio del asegurado. En tal sentido, VITERBO habla que esta especie asegurativa posee un carácter “salvamentista”.

De producirse el daño concreto al patrimonio del asegurado habrá fracasado la protección asegurativa y el asegurador habrá incumplido su obligación de mantener la indemnidad patrimonial de su asegurado.

Según entiende HALPERIN¹⁹ en su obra sobre Seguros, la función del seguro de responsabilidad civil es adelantarse al daño. El siniestro se configura al surgir la deuda de responsabilidad en el patrimonio amparado.

Continuando con el razonamiento el prestigioso jurista concluye que el seguro de responsabilidad civil contiene algunas particularidades que lo distinguen del resto de los seguros patrimoniales y que hacen del mismo una clase de seguro cuyas normas merecen un análisis diferente. Las particularidades mencionadas por HALPERIN son las siguientes: a) el seguro de D&O tiene un carácter jurídico lo que equivale a decir que se configura con el nacimiento de una deuda; b) nace con anterioridad al daño concreto en el patrimonio asegurado; c) se origina en el momento y a causa de producirse un daño a un tercero que el asegurado debe reparar; d) el siniestro aparece como posibilidad de sufrir un daño concreto. Si bien no es un daño patrimonialmente en sí mismo, genera sin embargo una necesidad de amparo asegurativo que precisamente busca evitar que se produzca el daño. El asegurado busca evitar tener que responder a esa deuda sacrificando algunos de sus bienes y ser objeto de ejecuciones que vayan a provocar el embargo y remate de cosas integrantes de su patrimonio. Para que el siniestro se perfeccione es suficiente esa incidencia “contable”, la inclusión en el pasivo del patrimonio del asegurado; sin perjuicio de que por sus características requiera peculiares modalidades de liquidación.

Por último, en el seguro de D&O se produce una disociación entre el siniestro y el daño que se busca cubrir con el seguro. No coincide el siniestro con el daño efectivo en los bienes sobre los cuales recae el interés objeto de la cobertura. Basta para su configuración, un fenómeno no jurídico (aparición de la deuda) que reviste una forma contable (gravamen integrante del pasivo patrimonial) que la necesidad y justificación de la cobertura. Significa que el daño real y efectivo permanece externo al asegurado, en cabeza del tercero damnificado, pero genera la amenaza de toda obligación no satisfecha de que sea ejecutada en reclamo de reparación a través de la cobertura del seguro.

Si nos afiliáramos a la “teoría del reclamo”, como lo ha propuesto parte de la doctrina

18 Halperin, Isaac. Seguros. 3ª Edición actualizada y ampliada por Nicolás H. Barbato. Depalma, Buenos Aires. 2001. Págs. 967 y 968.

19 Halperin, Isaac. Ob. Cit. Págs. 970.

argentina y ha sido recogida en algunos fallos, el siniestro quedaría constituido por el reclamo del tercero. Esta teoría en países tales como Francia, ha sido instituido legislativamente (Code de Assurances, art 124-1), pero a criterio de HALPERIN²⁰ no resulta apropiado para explicar cuando acaece el siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En este sentido, el reclamo no constituye una fuente del derecho del tercero. Se trata de un instrumento de una pretensión de aquél nacida al momento de sufrir el daño patrimonial o personal, constituyéndose en un mecanismo cuyo nacimiento queda librado a la voluntad del damnificado. Por lo tanto, no resulta razonable hacer depender del momento de la interposición del reclamo por el tercero, siempre que lo haga dentro del ámbito temporal de la prescripción, el nacimiento de los derechos y deberes fundamentales del asegurado (cobertura, cargas, etc.) respecto del asegurador.

Esta teoría del reclamo ha resurgido en los últimos tiempos, debido a la utilización de las llamadas cláusulas claims made, propias del derecho anglosajón y que desarrollamos en el punto anterior. Sin embargo, como planteáramos en su oportunidad este tipo de cláusulas más que identificar el reclamo del damnificado con el siniestro de la responsabilidad civil, lo postulan como verdadero riesgo.

Las pólizas D&O son utilizadas en el mercado para, entre otras cosas, cubrir la responsabilidad civil de directores y gerentes a través normalmente de dos coberturas llamadas: Cobertura A y Cobertura B. Tanto una como otra cobertura son otorgadas solamente sobre base de “reclamos” o “Claims Made”, con el significado y alcance ya explicitado.

Bajo la Cobertura A los asegurados son los propios directores o gerentes de la sociedad tomadora del seguro los asegurados y en el caso de la Cobertura B, el asegurado es la propia sociedad que a tomado la póliza y que ha pagado la indemnización debida por sus directores y gerentes, siempre y cuando hubiese estado obligado a hacerlo.

Cabe mencionar el artículo 70 de la ley Nº 17.418 el que prevé que el asegurador queda liberado si el asegurado o el beneficiario “provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave”; y si bien el dolo no es dispensable por acuerdo de partes, sí lo es la culpa grave. Esta dispensa adquiere relevancia en los casos de índole profesional en donde en la mayoría de los casos la negligencia termina configurando el supuesto de culpa grave.

Sin embargo, si relacionamos el seguro de D&O con la responsabilidad de los administradores y gerentes establecida en la ley de sociedades comerciales, tanto la ley uruguaya Nº 16.060 como la argentina Nº 19.550 en sus respectivos artículos identificados en el punto II, se nos plantea la siguiente duda. El planteo sería si es legalmente posible que por un acuerdo de partes, ya sea por disposición estatutaria o por resolución del directorio, la sociedad tenga que hacerse cargo de las indemnizaciones que deban o hayan tenido que pagar sus directores o gerentes como consecuencia de no haber actuado conforme a las normas legales en materia de responsabilidad.

No hay ninguna disposición por la cual una sociedad anónima tenga la obligación anteriormente planteada, la que en el caso de ser posible debería ser tomada por la Asamblea y no por el directorio de la sociedad. Restaría preguntarse si tal obligación podría pactarse estatutariamente, lo cual no hemos visto en estatuto alguno.

La opción que nos quedaría para sortear el problema y acceder a una Cobertura tipo “B”, y que ofrecería algunos reparos desde el punto de vista legal, sería formalizar un acuerdo entre la sociedad y sus directores o gerentes.

20 Halperin, Isaac. Ob. Cit. Págs. 972 y 973.

Ahora bien, el artículo 392 de la LSCU cuya redacción es idéntica a la del art. 275 de la LSCA, establece la extinción de la responsabilidad de los administradores y directores respecto de la sociedad, “por la aprobación de su gestión, renuncia expresa o transacción, resueltas por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, el estatuto o del reglamento y si no mediara oposición de accionistas que representen el 5% (cinco por ciento) del capital integrado, por lo menos, y siempre que los actos o hechos que la generen hayan sido concretamente planteados y el asunto se hubiera incluido en el orden del día. La extinción será ineficaz en caso de liquidación forzosa o concursal”.

La situación que nos planteamos es la siguiente: que sucede si se ha aprobado la gestión de los administradores por asamblea y con posterioridad a la aprobación de su gestión, se demuestra que el director o el administrador actuó con culpa.

A la luz del artículo transcrito, y el mismo razonamiento podría seguirse en el derecho argentino debido a que la redacción de la norma es la misma, siempre que la responsabilidad no provenga “por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media una oposición de por lo menos el 5 por ciento del capital integrado”, una vez aprobada la gestión del administrador por la asamblea, esta aprobación actuaría como una suerte de “condonación” de su responsabilidad aún en el caso que haya actuado con culpa. Diferente sería la situación en la cual la responsabilidad provenga de la actuación del administrador o director con dolo, situación en la cual según el texto transcrito, su responsabilidad no se extingue.

Una pregunta que cabe realizarnos es si la disposición bajo análisis acepta pacto en contrario. Para responder a esta interrogante debemos plantearnos si la ley Nº 16.060 es una ley de orden público. Existen diferentes posiciones al respecto que dependiendo de a cuál nos afiliemos podría variar nuestra posición sostenida en el párrafo anterior. En Uruguay se han sostenido tres posiciones. RODRÍGUEZ OLIVERA²¹ sostiene que la generalidad de las normas contenidas en la ley son inderogables. De este modo, el ámbito de autonomía de la voluntad de los particulares queda reducido a aquellos casos en los cuales la ley expresamente prevé la posibilidad de que el contrato establezca una solución diferente a la disposición legal.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA²², sostiene que son de orden público aquellas disposiciones en las cuales la ley establece expresamente la nulidad y otra sanción jurídica en caso de apartamiento por los particulares de la solución que la norma establece.

OLIVERA GARCÍA²³ ha afirmado que en ninguno de los extremos planteados se encuentra la solución al problema de si la ley de sociedades comerciales es o no de orden público. En este sentido, indica que la determinación si una norma es de orden público es un tema de la teoría de la interpretación de la norma. Por lo tanto, deberá acudirse a todos los criterios expuestos en el artículo 17 del Código Civil y desentrañar cuál fue la intención de legislador al incorporar la disposición de referencia.

Parece claro que la intención del legislador en el caso del artículo 392, y en general en todas las normas que tratan sobre la responsabilidad, no fue atemperar su régimen, sino mantener el

21 Rodríguez Olivera, Nuri. Conferencia recogida en Introducción a la nueva ley de sociedades comerciales. Ciclo de conferencias, de José Ferro Astray y otros. Montevideo. 1990. Pág. 1.

22 Jiménez de Aréchaga, Mercedes. Algunas consideraciones acerca de la sindicación de acciones en la ley 16.060 de sociedades comerciales. Anuario de Derecho Comercial Nº 6. FCU. Pág. 25

23 Olivera García, Ricardo. Antecedentes, Fuentes y Concordancias de la Ley de Sociedades Comerciales. UM. Montevideo. 1999. Pág. 34.

régimen fijado por la norma. Cualquiera de las tres posiciones doctrinarias expuestas que compartamos, nos permiten concluir que la interpretación de la norma citada no es otra que la expuesta precedentemente. Esto es que la aprobación por la asamblea de la gestión del administrador o director extingue su responsabilidad, con la excepción prevista en la norma ya explicitada. El artículo 392 se limita a decir que “extingue la responsabilidad” sin indicar la causa de la misma, por lo tanto donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete.

El último punto que nos interesa tratar es si la extinción de la responsabilidad de los administradores y directores puede ser concedida por la asamblea ordinaria en el momento en el los administradores y directores aceptan sus cargos, o sea previo al efectivo cumplimiento de sus funciones como tales. Al respecto caben dos precisiones: 1) surge de la redacción de la norma que la extinción de la responsabilidad decidida por la asamblea se refiere a la gestión que los administradores o directores han desarrollado antes del correspondiente acto asambleario; 2) si bien el artículo 392 LSCU establece la extinción de la responsabilidad, excepto en los casos allí establecidos, también podríamos sostener que en los supuestos del artículo 391 procedería tal extinción debido a que en la mayoría de los supuestos mencionados en dicha norma habría habido por parte de los directores, una violación a la ley, del estatuto o del reglamento²⁴

V.-CONCLUSIONES

1.- La contratación de seguros contra el riesgo de incumplimiento de la conducta debida de los administradores y directores es un mecanismo de minimización de costos de transacción que favorecen a la sociedad mal administrada desde el punto de vista de su entorno interno (socios, accionistas) y externo (acreedores financieros, proveedores, Fisco, etc.)

2.- El seguro D & O aparece como una herramienta útil para facilitar la gestión social, morigerando la aversión al riesgo y facilitando el acceso a los cargos de dirección en la gestión de los negocios de las personas más capaces.

3.- Estimula la dinámica empresarial en tanto permite a los administradores y directores actuar sin pensar en las consecuencias que sobre su propio patrimonio puedan tener las decisiones empresariales que adopten.

4.- El contrato de seguro no se altera con la declaración de concurso, ni siquiera cuando se ingresa a la liquidación. Esta afirmación alcanza a todos los seguros incluida la modalidad de D&O. En Uruguay, 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, en especial su artículo 68.5.

5.- 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.

6.- 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

24 López Saavedra, Domingo. Ob. cit. páginas 664 y 665.

concurso de la sociedad.

7.- La responsabilidad de administradores y directores de una sociedad se extingue con la aprobación de su gestión por la asamblea ordinaria. Aún si con posterioridad a tal hecho se acreditare la culpa en el cometimiento, lo cual es posible en el proceso concursal, surgiría la contradicción que por un lado hay exoneración de responsabilidad y por el otro se calificara de culpable el concurso. La póliza D&O contratada debería cubrir la responsabilidad de directores y gerentes derivada de la calificación concursal con independencia de la decisión adoptada por la sociedad.