

Seguros de Responsabilidad Civil para “Directors & Officers”
(algunas consideraciones técnicas y legales,
sobre una Póliza que cada día tiene mayor importancia)

Waldo Augusto R. Sobrino
seguros@estudio-sobrino.com

S u m a r i o:

- 1) Introducción
- 2) Responsabilidad de los “Directores y Administradores”
- 3) La Prueba de la culpa de los Directores
- 4) Procedencia del Seguro de “Directors & Officers”
- 5) Origen del Seguro de “Directors & Officers”
- 6) Los Directores y Administradores como “Consumidores de Seguros”
- 7) Algunas cuestiones particulares del Seguro “D & O”
- 8) La Cláusula “ *Claims Made*”
- 9) Problemas con las traducciones de las Pólizas y dificultades con los seguros contratados en el exterior (por las Casas Matrices)
- 10) La experiencia internacional. - El caso “Enron / Arthur Andersen”
- 11) Conclusiones

1) Introducción:

1.1) La Responsabilidad Civil tradicional ha sufrido importantes cambios, dado que merced a nuevas teorías y elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, que han modificado ciertas pautas basilares, se ha pasado a la “Teoría de la Reparación” y más modernamente al “Derecho de Daños” ()

Atento que el desarrollo de las características de esta evolución de la responsabilidad civil, excede el marco del presente trabajo, tan sólo diremos que con la Teoría

de la Reparación y -especialmente- con el Derecho de Daños, se tiende a proteger a las víctimas que sufren algún perjuicio.-

Y, una de las características del moderno Derecho de Daños, es la trascendencia que se le otorga al instituto del Seguro, dado que muchas veces la intención de reparar el perjuicio a la víctima, no se puede lograr sin la indispensable participación del seguro.-

1.2) Dentro de los tantos cambios que se ha introducido el Derecho de Daños, se puede resaltar (entre muchos otros), la amplitud de la legitimación pasiva, es decir, quienes pueden ser responsables por los daños ocasionados a las víctimas ()

Y, entre a quienes se ha ampliado la posibilidad de formular reclamos, se encuentran las Responsabilidades Profesionales (); y -dentro de ellas- las responsabilidades de los Directores y Administradores (“Directors & Officers”) de las empresas (), incluyendo a los Gerentes ()

Es menester resaltar que la posibilidad legal de reclamar a los Directores y Administradores, ya estaba prevista en la Ley de Sociedades, pero recién en los últimos años se produjo una especie de descubrimiento de dicha responsabilidad

1.3) Como consecuencia de todo ello, y atento la necesidad de proteger a los Directores y Administradores, es que surgieron las Pólizas de Seguros de Responsabilidad Civil para “Directors & Officers” ()

2) Responsabilidad de los “Directores y Administradores”

2.1) Una de las normas legales fundamentales para establecer las responsabilidad bajo análisis, surge del Art. 59 de la Ley de Sociedades, que establece: “Diligencia del Administrador: Responsabilidad: Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”

Así es que se ha establecido un *standard* jurídico, para determinar la responsabilidad de los Directores y Administradores de las sociedades ()

De esta forma, se establecen dos pautas básicas para analizar la responsabilidad:

a) la lealtad

b) la diligencia de un buen hombre de negocios

a) Lealtad: Con relación a este tópico en particular, la doctrina afirma que se encuentra íntimamente imbricado con el principio de buena fé (), expresamente normado por el Art. 1198 del Código Civil

Así, nuestra Ley de Sociedades, en forma específica, hace referencia a las siguientes cuestiones:

prohibición de contratar con la sociedad (Art. 271)

Interés contrario al de la sociedad (Art. 272)

actividades en competencia (Art. 273)

b) Diligencia de un buen hombre de negocios: respecto a esta cuestión, la doctrina más autorizada afirma que debe meritarse la conducta del Director o Administrador (), a través de las pautas brindadas por el Art. 512 del Código Civil ()

Al respecto, mucho se discute si la culpa debe analizarse con un concepto abstracto y genérico (), o si -por el contrario- debe seguirse un criterio concreto y específico.

Por nuestra parte, entendemos que en el ámbito del análisis de la culpa de los Administradores y Directores, debe seguirse la misma solución que se propone en el ámbito civil, es decir, utilizarse un criterio flexible y ecléctico, dado que siempre que se analice la eventual negligencia de una persona, en forma necesaria se tomarán las pautas objetivas/genéricas, pero teniendo también a la vista las situaciones concretas y específicas ()

2.2) Paralelamente, el Art. 274 de la Ley de Sociedades, establece que “Los Directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del Art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”

Esta norma que hace mención al dolo y culpa grave, parece no guardar estricta correlación con el Art. 59, dado que este artículo solo hace mención a la culpa (a secas).-

Como consecuencia de ello, existen ciertas interpretaciones que sostienen que los Directores de las Sociedades Anónimas responderían únicamente por culpa grave ()

Sin perjuicio de ello, es que entendemos que si bien en el Art. 274 se hace mención a algunas causales específicas de responsabilidad (v.gr. culpa grave; dolo; etc.) (), el marco genérico y abarcativo de la responsabilidad se debe regir por el principio general del Art. 59 de la Ley de Sociedades (v.gr. culpa) ()

Es más, hay autores que sostienen que también existe responsabilidad de los Directores y Administradores, cuando actuaron con culpa leve ()

2.3) Es pertinente ahora, señalar las distintas acciones que se pueden iniciar contra los Directores y Administradores

2.3.1) Acciones Sociales:

Son aquellas que se pueden incoar, como consecuencia de los daños que los Directores y Administradores, puedan haber ocasionado al patrimonio social.

Estas acciones sociales (), pueden dividirse en:

a) Acción Social Mayoritaria: que debe ser aprobada previamente por la Asamblea de Accionistas (Art. 276 de la Ley de Sociedades)

b) Acción Social Minoritaria: puede ser iniciada por aquellos accionistas (Art. 276) que se hubieran opuesto a la aprobación de la gestión de los Directores y Gerentes, prevista en el Art. 275 ()

c) Concursal: en los términos del Art. 278, si se produce la quiebra de la sociedad, el representante del concurso, puede iniciar la acción de responsabilidad. -

d) Subrogatoria Concursal: en el caso que el síndico de la quiebra no iniciase la acción antes mencionada, podrá ser ejercida por los acreedores individualmente (Art. 278 de la Ley de Sociedades)

2.3.2) Acciones Individuales:

a) Accionistas: cuando el perjuicio se hubiera producido en el patrimonio personal del accionista, éste puede iniciar la pertinente acción contra los Directores y Gerentes (Art. 279 de la Ley de Sociedades).-

b) Terceros: en igual sentido, todos los terceros que se hubieran perjudicado por la conducta culposa de los Directores y Gerentes, tendrán expedito el inicio de una acción legal (Art. 279 de la Ley de Sociedades).-

2.3.3) Acumulación de las Acciones Sociales y las Acciones Individuales:

Si la misma conducta negligente del Director perjudicara, en forma simultánea, el patrimonio de la sociedad y el de algún accionista, existe la posibilidad que cada uno de ellos inicie simultáneamente las acciones que les corresponden, reclamando el perjuicio que cada uno de ellos hubiera sufrido ()

3) La Prueba de la culpa de los Directores y Administradores

3.1) Por principio general, basándose en el adagio “..quien alega, debe probar...”, se suele afirmar que pesa sobre la cabeza del actor (v.gr. en el caso sub examine, quien le imputa responsabilidad al Director), la carga de probar la culpa de su accionar u omisión ()

3.2) Pero, más modernamente se ha ido abriendo camino la nueva doctrina de la “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”) (), que establece que debe probar aquel que se encuentra en mejores condiciones técnicas, económicas, fácticas o jurídicas. Es decir, no establece una regla única, en virtud de la cual, solamente deberá probar una de las partes, sino que dicha carga probatoria, va a depender de cada caso en particular.

Así entonces, en el caso específico de los Directores y Administradores, atento que ellos se van a encontrar en las mejores condiciones técnicas, económicas, fácticas o jurídicas, para acreditar que han obrado con diligencia, es muy posible que en ese aspecto en particular, sean ellos quienes tengan que probar su conducta de acuerdo a Derecho. -

3.3) Sin perjuicio de todo ello, es menester resaltar el dictado del Decreto N° 677/01, llamado de “Transparencia y Mejores Prácticas para el Mercado de Capitales” (), donde se hacen ciertas referencias a las cuestiones sub examine. -

Así en el Art. 74 del mentado Decreto se establece que “...salvo disposición contraria del estatuto, la sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus Directores, para la cobertura de riesgos inherentes al ejercicio de sus funciones...”.-

En el Art. 77, se hace especial referencia al denominado “Deber de Lealtad”, donde se determina que se entenderán especialmente comprendidos en dichos deberes, los siguientes:

prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial, con fines privados;

prohibición de aprovechar, o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción u omisión, las oportunidades de negocios de la sociedad;

obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido;

obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad. -

Y, en lo que el tema específico de prueba corresponde, en el último párrafo del Art. 77, se determina expresamente que: “...en caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al Director...”

Nótese que se trata de un cambio sumamente importante, en lo referido a la cuestión de la prueba, habida cuenta que -legalmente- se ha establecido que en caso de duda, se produce una presunción en contra del Director, de haber violentado el “deber de lealtad”, que deberá ser destruido, a través de las probanzas que deberá presentar el propio Director. -

4) Procedencia del Seguro de “Directors & Officers”

4.1) Sabido es, que el seguro de responsabilidad civil, recién hizo aparición a fines del siglo XIX y que -además- en un principio era visto con mucho recelo; ello era así, atento que como en aquella época, el epicentro de la responsabilidad civil era la culpa, se entendía que un seguro que -justamente- amparara las responsabilidades por dichas conductas, chocaba contra la moral y la ética. -

El devenir del tiempo y -fundamentalmente- las nuevas concepciones jurídicas, en especial, las que produjeron un giro copernicano, al establecer que lo importante no era tanto la conducta del dañador, sino -básicamente- la protección de la víctima (lo que acarrió -a su vez- la incorporación de la responsabilidad objetiva), es que necesariamente produjo un cambio de óptica en el seguro de responsabilidad civil, que llevó a uno de los Doctrinarios de seguros más importante de los últimos años (y que -lamentablemente- hace poco que nos ha dejado), Nicolás Barbato, a sostener que “...el seguro de responsabilidad civil, en su evolución, describió una parábola que fue desde la prohibición hasta la obligación...” ()

Como consecuencia de ello, es que a nuestro criterio, una de las tantas pautas para analizar la evolución jurídica de un país, es analizar la cantidad de seguros obligatorios de responsabilidad civil (y su efectivo cumplimiento) ()

4.2) En un principio, en el seguro de responsabilidad civil de “Directors & Officers”, también se hacían planteos análogos, dado que se cuestionaba si no resultaba contradictorio, que la propia sociedad que contrató a los Directores, tomara un seguro por los daños y perjuicios, que esos mismos Directores, le podían producir a ella misma ()

Sin perjuicio de dicha objeción, la realidad de nuestros días nos demuestra que este tipo de seguros no solamente es conveniente, sino que en muchos lugares su contratación es obligatoria.-

5) Origen del Seguro “Directors & Officers”:

5.1) Si bien el Seguro de “Directors & Officers” (“D & O”), ha tenido una reciente aparición en nuestro mercado (), es menester señalar que sus orígenes se remontan a las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, cuando la póliza se elabora en los países anglosajones ()

5.2) Incluso, es pertinente resaltar que no obstante que dicho seguro se comercializa especialmente en Estados Unidos e Inglaterra (), poco a poco, se ha ido extendiendo a Europa y a los países latinoamericanos; siendo previsible pensar que prontamente, se va a convertir en un seguro muy utilizado.

Y dicha previsión, en el sentido que en un futuro inmediato este seguro va a ser moneda común entre las empresas, deviene de una verdad incontrastable: en el mundo globalizado que hoy nos toca vivir, ciertas cuestiones son fácilmente predecibles, habida cuenta que muchos hechos que suceden en los países desarrollados, tarde o temprano, terminan produciéndose en nuestras tierras.-

5.3) Como consecuencia de ello, es que estimamos que el “Seguro de Directors & Officers” (), prontamente va a tener un lugar destacado, dentro de los seguros de las empresas, dado que se han comenzado a ver Sentencias que condenan a los Directores y Administradores, en forma solidaria e ilimitada ().-

6) Los Directores y Administradores como “Consumidores de Seguros”

6.1) Es muy importante, desde inicio, resaltar que los Directores y Administradores, son “consumidores de seguros”, es decir, son las personas débiles, legas y neófitas en la relación con la Compañía de Seguros ()

No debe llamarnos a confusión, el hecho que estos Directores puedan trabajar en grandes empresas multinacionales, habida cuenta que lo que estamos analizando no es la responsabilidad de una gran empresa multinacional, sino la responsabilidad personal solidaria e ilimitada del Director, que -circunstancial y temporariamente- trabaja para esa empresa. De allí que los Directores y Administradores (v.gr. los asegurados, en el Seguro de Responsabilidad Civil de “Directors & Officers”), son “consumidores de seguros” ()

6.2) Como consecuencia de ello, es que al analizar el presente seguro, en forma necesaria y sin hesitar, se deberá aplicar la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), habida cuenta que nos encontramos frente a una relación entre una empresa (v.gr. la Compañía de Seguros), frente a un consumidor (v.gr. el Director) ()

No se alegue contra esto, que en muchos casos el ‘tomador’ de la Póliza de Seguros, es la propia empresa para la cual trabaja el Director, dado que sin perjuicio de quien suscriba la Póliza (), lo real y concreto es que quien tiene el interés en la protección, es el asegurado (v.gr. el Director); quien no sólo es el principal responsable en forma solidaria e ilimitada (con todo su patrimonio personal), sino que en muchos casos, cuando llegue la demanda (y con mayor probabilidad, cuando se dicte Sentencia), muy posiblemente el Director, quizás ya no esté trabajando más para la empresa (pero va a seguir siendo legalmente responsable).-

7) Algunas cuestiones particulares del Seguro “D & O”

A continuación, haremos un somero análisis de algunos tópicos, que a nuestro criterio, tienen ciertas particularidades, dentro del Seguro de Responsabilidad Civil de “Directors & Officers”

Entre ellos, merecen destacarse los siguientes:

7.1) Cobertura

7.2) Exclusiones de cobertura

7.3) Personas Aseguradas

7.4) Suma Asegurada

7.5) Franquicia

7.1) Cobertura:

El Seguro sub examine se encuentra incluido dentro del marco de la responsabilidad civil general, y dentro de ella, en el de responsabilidad civil profesional, tendiendo a amparar a los Directores y Administradores de las consecuencias económicas derivadas de sus acciones u omisiones, en el ejercicio de sus funciones ()

7.2) Exclusiones de cobertura:

Como primer apunte para un tema tan delicado e importante, como son las “exclusiones de cobertura”, debemos recordar lo antes expuesto, en el sentido que los Directores y Administradores, son “consumidores de seguros”, de forma tal que se debe estudiar esta cuestión a través del prisma de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) ()

Luego de sentado lo antes expuesto, para analizar las distintas exclusiones de las Pólizas de Responsabilidad Civil de Directors & Officers, recordamos que la doctrina () suele dividir su estudio, en tres aspectos:

Exclusiones propias de la naturaleza del seguro de responsabilidad civil;

Exclusiones de las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil;

Exclusiones particulares de los Seguros de Directors & Officers

7.2.1) Exclusiones propias de la naturaleza del seguro de responsabilidad civil:

Dentro de esta categoría, se pueden enumerar las exclusiones tradicionales de cobertura; a saber: los actos dolosos de los Directores y Administradores (); las multas y sanciones; los daños punitivos () o multas civiles (); etc. -

7.2.2) Exclusiones de las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil:

A guisa de introducción de este acápite, entendemos pertinente resaltar que si bien el Seguro de Directors & Officers, se encuentra enmarcado dentro del género de los seguros de responsabilidad civil en general, y que como consecuencia de ello, se le suelen aplicar las exclusiones de esta categoría, se debe analizar profundamente a cada una de ellas, habida cuenta que la situación de responsabilidad legal de los Directores, tiene muchas características muy particulares, que ameritan un estudio específico (y no la aplicación a ‘libro cerrado’) de las exclusiones de las pólizas de responsabilidad civil en general.-

Ello es así, dado que en los seguros tradicionales de responsabilidad civil en general, la cobertura se encuentra dentro del “*third party insurance*” (), es decir, de las responsabilidades que pudieran surgir de los daños a terceros.

Pero, como se ha visto anteriormente en el acápite de responsabilidad de los Directors & Officers, se encuentran en una situación bifronte, dado que no solamente pueden llegar a ser responsables frente a terceros, sino -como consecuencia de las acciones sociales- también pueden llegar a ser demandados por los accionistas e -incluso- por la propia sociedad de la cual son Directores o Administradores o Gerentes.-

a) Así, en algunas Pólizas se suelen excluir los daños producidos a bienes sobre los que está trabajando el asegurado. Hay que ser muy cuidadoso en el análisis de este tipo de exclusiones, dado que el Director y Administrador, puede ocasionar daños a bienes, tanto de terceros, como de propiedad de la misma empresa para la cual trabaja

Es que -por definición- la responsabilidad de los Directores y Administradores, necesariamente tiene dos vertientes simultáneas: responsabilidad contractual y extracontractual ().

Por ello, se deben analizar puntillosamente estas exclusiones (recordando que el Director, es un consumidor de seguros), dado que su la aplicación de las mismas podría llegar a vaciar de contenido a la Póliza de Seguros ().-

b) Otra exclusión de cobertura, es la referida a la contaminación ambiental.- Si bien es entendible que las Compañías de Seguros quieran excluir este tipo de coberturas, es muy importante que el Director comprenda que este es uno de los mayores riesgos a los que se va a tener que enfrentar en los próximos años.-

Como consecuencia de ello, sería trascendente que intentara la inclusión de esta cobertura (con las limitaciones que se podrían convenir), o tratar que se le brinde cobertura para este tipo de riesgos, a través de la Póliza de Responsabilidad Civil de Daños por Contaminación que tuviera contratada la propia empresa.-

c) Tampoco de amparan los actos de responsabilidad profesional de los Directores, por sus actividades ajenas a la administración de la sociedad.

d) Existen otras exclusiones, que si bien son normales y tradicionales en las Pólizas de responsabilidad civil general, entendemos que deben ser objeto de un nuevo análisis. Nos referimos a las exclusiones que establecen que no se amparan “...los daños asegurables en otro tipo de Pólizas (Responsabilidad Civil General; Responsabilidad Civil Patronal; Responsabilidad Civil Productos)...” alegando que se trata de riesgos típicamente empresariales.-

Esta exclusión parecería tener dos fundamentos: (i) que al existir un seguro más específico (por ejemplo: Responsabilidad Civil Productos), ese seguro debe brindar amparo (y no el Seguro de Responsabilidad Civil general); (ii) que se tratarían de riesgos típicamente empresariales.

Si bien estas exclusiones *prima facie* parecen ser razonables (en general), debemos ahora analizar su repercusión en el caso particular de los Directores.

Así, para analizar el tipo de cobertura que necesitan los Directores, debemos recordar -como pauta fundamental-, que la responsabilidad de los Directores es de carácter “solidario”, lo que implica -por un lado- que frente a la víctima, ora la empresa, ora el Director (), deben abonar la totalidad de la indemnización (aunque se trata de un ‘riesgo típicamente empresarial’) (); y -por otro lado- si existiera un seguro más específico, éste sería el que pagaría la indemnización frente a la víctima; pero ello no quita que de acreditarse también

la responsabilidad del Director, luego la Compañía de Seguros pretendiera repetir contra el Director ()

7.2.3) Exclusiones particulares de los Seguros de Directors & Officers:

Dentro de esta categoría de exclusiones, específicas del seguro de Directors & Officers, pueden destacarse las siguientes:

a) No se amparan los reclamos efectuados por aquella persona o empresa que tenga el control de la sociedad (superando determinado porcentaje de las acciones) ()

b) No amparan los reclamos que pudiesen hacerse por parte de las casas matrices.

c) Hay otras exclusiones que determinan que la Póliza sólo ampara las responsabilidades derivadas de actos personales del Director y excluye todas aquellas responsabilidades derivadas de actos realizados por personas por las cuales debe responder civilmente el Director. Esta exclusión es sumamente peligrosa, habida cuenta que el espíritu de la cobertura de la Póliza de Directors & Officers, es ampararlo de todas aquellas responsabilidades legales que se le pudiese llegar a imputar; y dentro de ellas, se encuentran no solamente los actos personales, sino también, aquellos realizados por personas que dependen del Director.-

d) También suelen excluirse los daños derivados de la utilización de información errónea o inexacta transmitida por el Director a terceros (por ejemplo, relativa a estados contables), en virtud de la cual esas terceras personas compraron acciones de la empresa y luego se vieron perjudicados.-

e) Existe una exclusión que establece que no se amparan las responsabilidades de los Directores, por aquellos daños producidos, por hechos ajenos al objeto social de la empresa.-

f) En algunas pólizas también se excluyen los daños derivados de acciones manifiestamente arriesgadas o temerarias. En rigor se trata de una exclusión muy vaga, dado

que puede llegar a dar lugar a interpretaciones muy variadas, pudiendo convertirse en un argumento sumamente maleable, en perjuicio de los Directores.

7.3) Personas Aseguradas y/o Tomadores:

7.3.1) Director (Asegurado / Tomador):

En una primera etapa, los propios Directores, eran simultáneamente asegurados y tomadores, de forma tal que ellos mismos contrataban las Pólizas de Seguros de Directors & Officers.-

Si bien en un principio ello podía parecer lógico, la práctica terminó por demostrar que esta forma de contratación resultaba inconveniente.- Ello es así, dado que al tratarse de una responsabilidad solidaria e ilimitada, cuando se invocaba una acción contra varios Directores, era muy posible que tuvieran que participar distintas Compañías de Seguros (amparando a cada uno de los Directores que hubiera contratado su propio seguro), y donde muchas veces al tratarse de muchos seguros independientes y contratados separadamente, eran diferentes las sumas aseguradas; las franquicias; las coberturas; las causales de exclusión; etc.-

7.3.2) Directores/Administradores (asegurados) - Empresa (Tomador):

Más modernamente, es la propia Empresa quien contrata el seguro (en carácter de tomador), y todos los Directores y/o Administradores y/o Gerentes, revisten el carácter de asegurados ()

Dicha forma de contratación tiene diversas ventajas. Entre ellas se puede destacar la homogeneidad de las pautas de contratación, de forma tal que no se dan los problemas resaltados en el acápite anterior (respecto a sumas aseguradas; coberturas; exclusiones; etc.).-

Es más, otra de la ventajas de la contratación de la Póliza de Seguros por parte de la propia Empresa (como tomador del seguro), radica en el hecho que en las empresas multinacionales, podría llegar a existir intereses contrapuestos entre distintas filiales y/o entre

filiales y la matriz (). Así entonces, al estar todas amparadas por una misma Compañía de Seguros, la resolución de dichos entuertos, serían más fácilmente solucionables.-

Otra ventaja de la contratación por parte de la empresa, puede ser que la empresa/tomador del seguro, obtenga una doble cobertura: por un lado, el amparo de todos los Directores; y -por otro lado- la denominada “garantía de reembolso”, en virtud de la cual, la empresa también está asegurada, por todas las sumas que tenga que desembolsar, para hacer frente a las indemnizaciones frente a terceros (por responsabilidades propias de los Directores).

Ello generalmente sucede, en los casos donde entre los Directores y las propias empresas, se pacta un acuerdo en virtud del cual, en el caso que se le inicie alguna acción a los Directores y éstos tuvieran que pagar, la propia empresa se hace cargo de dichos pagos. Allí es donde surge el interés asegurable de la empresa, es decir, que la Compañía de Seguros les reembolse, el dinero que tuvieron que pagar como consecuencia de la responsabilidad de los Directores.-

7.4) Suma Asegurada:

a) En este tipo de seguros, es muy importante establecer correctamente el monto de la suma asegurada, habida cuenta que un error en su determinación, puede implicar una falta real de cobertura; o -en ciertos casos- una suma demasiado elevada, puede implicar - en la práctica- que no exista amparo por parte de la Póliza de seguros ()

b) Así, se debe tener presente que como se vio anteriormente, la gran mayoría de las Pólizas de “D & O”, son contratadas por la empresa (como ‘tomador’) y tiene a los distintos Directores como ‘asegurados’. En estos casos, se debe tener muy presente, que muchas Pólizas suelen tener un ‘límite global por siniestro’, es decir, que en ningún caso, la Compañía de Seguros abonará, más allá de la suma asegurada. -

Por ello, se debe merituar que en los casos donde existe una sola Póliza, pero una gran cantidad de asegurados (v.gr. Directores), el monto de la suma asegurada, va disminuyendo (v.gr. se va ‘consumiendo’), a medida que se van abonando los distintos siniestros. -

c) A consecuencia de ello, para fijar la suma asegurada, se debe tener presente distintas cuestiones, como por ejemplo: cantidad de asegurados; riesgos que se amparan; etc.

d) Otra alternativa importante para tener en cuenta, sería la fijación de ciertos 'sublímites'; es decir, que se podría fijar una 'suma asegurada' general (por ejemplo: \$ 10.000.000), pero que se encuentra limitada para cada siniestro, en un 'sublímite' de \$ 1.000.000. - Con este esquema, en la práctica, cada Director va a tener como suma asegurada disponible para su siniestro, hasta la suma de \$ 1.000.000; quedando los otros Directores, amparados por el remanente que no se hubiera consumido (v.gr. \$ 9.000.000).-

7.5) Franquicia:

7.5.1) Este es un elemento fundamental a considerar, dado que las Franquicias (también llamadas "Deductibles" o "*Coinsurance*"), pueden ser considerados a través de porcentajes o sumas fijas ()

7.5.2) Así, puede darse el caso que exista una suma asegurada de US\$ 10.000.000, pero con un Deducible de suma fija de US\$ 1.000.000, de forma tal que hasta esa cifra, no va a existir cobertura.-

Esta situación se produce muchas veces en las pólizas 'umbrella' o 'globales', que son contratadas por las Casas Matrices de las empresas multinacionales. La realidad nos demuestra que las indemnizaciones en los países centrales son sideralmente más importantes que las que se dan en los países latinoamericanos ().- Como consecuencia de ello, es que las sumas aseguradas, son realmente muy importantes (llegando a ser de varios millones de dólares).

Y he aquí el problema para el Director que trabaja en Latinoamérica. Es posible que se encuentre amparado por la póliza 'umbrella' de US\$ 10.000.000, con una franquicia de US\$ 1.000.000. De esta forma, todos los siniestros inferiores a US\$ 1.000.000, van a tener que ser soportados por el propio Director.

Así pues, en la mayoría de los siniestros, el Director (que trabaja en Latinoamérica), en la práctica, no va a tener cobertura del Seguro de Responsabilidad de Directors & Officers, dado que las sumas que tenga que pagar, posiblemente quede dentro de las sumas de la franquicia (*'self insurance retention'*).

7.5.3) Igualmente, se debe tener muy presente la Franquicia, en forma de porcentaje (que la doctrina norteamericana denomina "Coinsurance") (), habida cuenta que por esos porcentajes de los siniestros, va a resultar el asegurado quien va a tener que pagar las sumas pertinentes

7.5.4) Finalmente, también es importante resaltar que algunas Pólizas de "Directors & Officers", combinan los "Deductibles" con los "Coinsurances"

8) La Cláusula "Claims Made"

((((((((reanaliza el tema de "Claims Made", para que no haya repeticiones con el Libro I))))))

8.1) Introducción:

Quizás resulte oportuno recordar que los llamados 'siniestros tardíos' (), son uno de los motivos que llevaron a los aseguradores y reaseguradores, a pergeñar la cláusula '*claims made*' (), dado que hechos ocurridos en una época, pueden llegar a tener reclamos judiciales con gran posterioridad ()

En efecto, los conocidos casos norteamericanos del "Agent Orange" (); o de la "Asbestosis" (), o -también- del "D.E.S." (), que produjeron gran cantidad de acciones judiciales, varios años después de ocurridos los hechos o lanzados los productos al mercado (), es que hizo que el mercado asegurador pretendiera poner una valla de contención.-

Así es, entonces, que para buscar su propia protección, las aseguradoras, comenzaron a utilizar la cláusula "*claims made*".-

8.2) Origen y desarrollo de la Cláusula *Claims Made*

En otra oportunidad, nos detuvimos para hacer un breve análisis comparativo entre algunos tópicos del *common law* y el derecho latino, para intentar explicar la improcedencia de importar este tipo de cláusulas, cuando la situación fáctica y legal de nuestra tierras, son absolutamente diferentes a las existentes en el país del norte. -

Entre ellas, brevemente, podemos resaltar las siguientes:

a) Asbestos y Agente Naranja: uno de los motivos de la aparición de la Cláusula “*Claims Made*”, fueron los ‘siniestros tardíos’ () que se produjeron como consecuencia del ‘asbestos’ (); como así también los reclamos derivados del “agente naranja” (). Es más, la doctrina norteamericana () en la actualidad esta haciendo referencia a la “nueva ola” de reclamos que se comenzó a producir recientemente () ()

Nótese que, hasta donde nosotros conocemos, no hemos tenido demandas derivados del “asbestos”, ni del “agente naranja”.- Y, a pesar de ello, en nuestro país se pretende generalizar la Cláusula “*Claims Made*”, a muchos seguros de responsabilidad civil (como en el caso sub examine de los Seguros de Responsabilidad Civil de “*Directors & Officers*”), que no tienen ninguna relación con la cuestión del amianto, ni del agente naranja.-

b) *Common Law*: otra gran diferencia es que en los Estados Unidos (donde nació la Cláusula “*Claims Made*”), se rigen por el *Common Law* (que se sustenta en la Jurisprudencia), que es totalmente diferente a nuestro Derecho Continental.-

c) Daños Punitivos: en los Estados Unidos en normal y habitual la aplicación de “*punitive damages*” (); en cambio, en latinoamérica dicho instituto tiene una casi nula aplicación ().-

d) Sociedad litigiosa: Estados Unidos se caracteriza por ser una sociedad muy litigiosa (), de manera tal, que día a día aparecen nuevas causales para iniciar juicios () ()

e) Indemnizaciones muy importantes: Con relación a las astronómicas diferencias existentes entre los Estados Unidos y nuestro país, ya nos hemos determinado brevemente cuando analizamos la cuestión de las “sumas aseguradas”

f) Prescripción sumamente flexible: otra diferencia determinante, es la referida a las prescripción casi ilimitada que tienen en el país del norte.- Como sencilla prueba de ello, tenemos que en el año 2001, se hicieron reclamos por seguros, que se pagaron en los años 1800, respecto a seguros de vida de los esclavos, que eran cobrados por sus 'dueños', ya que dichos trabajadores eran considerados "cosas" ()

Esta sucinta comparación, es solamente a los efectos de intentar demostrar que -a nuestro humilde criterio- la implantación de las Cláusulas "Claims Made" no obedece a ningún fundamento técnico/jurídico, que tenga relación con nuestra realidad legal/jurisprudencial, sino que es solamente una imposición desmesurada y arbitraria que nos es impuesta (), como consecuencia de una "dictadura contractual" ()

8.3) Nulidad de la Cláusula "Claims Made":

Las limitaciones del presente trabajo, no nos permite explayarnos demasiado respecto a la nulidad de la Cláusula "Claims Made" (remitiéndonos a los trabajos antes publicados al respecto) () (); por ello, haremos una breve síntesis de los fundamentos básicos que fundan la declaración de nulidad ()

8.3.1) Código Civil: creemos que en este caso es aplicable el art. 1.071 () dado que existe un evidente abuso de derecho (y una abierta violación del deber de 'buena fe'), dado que a través de una cláusula que forma parte de un contrato de adhesión (realizado unilateralmente por la Aseguradora), se esta desnaturalizando el propio fin que tiene la Póliza de Seguros ().-

De igual manera, entendemos que se vulnera el principio de buena fe (), expresamente establecido en el Art. 1.198, ya que se desnaturaliza el fin del propio contrato de seguros, dado que desde el punto de vista 'temporal', la cobertura de la Póliza de Seguros, es la excepción (ya que ampara -únicamente- entre el 10 % y el 20 % del período de prescripción) ()

Respecto a la "buena fe" en los contratos de seguros, si bien la misma no es exclusiva de esta materia, sí es cierto que toma especial trascendencia (), dado que se trata del contrato típico por excelencia de buena fe () ()

8.3.2) Ley de Seguros: desde la perspectiva de la Ley 17.418, debemos analizar la cuestión, teniendo a la vista el Art. 158, donde se establece que las normativas de la ley de seguros, no pueden modificarse en perjuicio de los intereses de los asegurados (). Y, paralelamente, también debemos tener presente el Art. 109, que determina las pautas del ' siniestro ' en los seguros de responsabilidad civil (). -

Así pues, debemos tener presente que el siniestro (), es la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad (); es decir, 'el débito de responsabilidad' como consecuencia del suceso dañoso ().-

De esta forma, el siniestro se produce con el hecho generador, del cual nace para el asegurado la obligación de reparar el daño que ha producido (sin importar si se efectúa o no el pertinente reclamo) () ()

Por otro lado, la Ley de Seguros establece que no se puede modificar sus normativas en desmedro de los derechos del asegurado; implicando ello que resulta insanablemente nulo, que la Compañía de Seguros, agregue un nuevo requisito (v.gr. que el reclamo de produzca durante la vigencia de la Póliza), para que exista ' siniestro ' () (y -recién entonces- comience a tener vigencia la cobertura del seguro) ()

8.3.3) Ley de Defensa del Consumidor: más allá de las fundadas críticas que ha sido objeto esta ley (), existen ciertas normas (v.gr. Art. 37), que son aplicables a esta cuestión. - En efecto, la Póliza de Seguros, es un típico contrato con cláusulas predisuestas, donde -en virtud de la Ley 24.240- deben interpretarse () en favor del consumidor ().-

Por tanto, entendemos que la cláusula "*claims made*" desnaturaliza las obligaciones propias del contrato de seguro, dado que deviene una irrazonable limitación a la protección del consumidor / asegurado (), recordando lo oportunamente manifestado al inicio del presente trabajo, en el sentido que el "asegurado" en el Seguro de Responsabilidad Civil de "Directors & Officers", es el propio Director, es decir, un típico "consumidor de seguros". -

8.3.4) Así pues, y teniendo a la vista las tres leyes de fondo aplicables al tema sub examine, entendemos que la conclusión debe ser: fulminar de nulidad la cláusula *claims made*, dado que como bien sostiene uno de los mayores doctrinarios latinoamericanos de

seguros, Rubén Stiglitz, se trata de una cláusula que "...por inesperada, por imprevisible y por su alta dosis de inmoralidad intelectual en su concepción, es sorpresiva y, por ende, nula..." ()

8.4) Denuncia del Siniestro:

8.4.1) Reclamo efectuado por la víctima:

Las pólizas habituales de "*Claims Made*", establece que para que exista cobertura, la víctima del perjuicio producido por el Director, debe hacer el pertinente reclamo, durante la vigencia de dicha póliza (o durante el "Período Informativo").

Así entonces, el asegurado se encontrar en una situación de virtual desprotección, habida cuenta que para que se produzca el *trigger* de la cobertura, se requiere de la actuación de un tercero (v.gr. la víctima), realizando el reclamo correspondiente. -

8.4.2) Denuncia del propio Asegurado:

La póliza argentina de "Seguros de Responsabilidad de Directores y Gerentes de Sociedades Anónimas", a la que hacemos hecho referencia en distintas oportunidades del presente trabajo (), incorpora un mecanismo, que consideramos sumamente interesante, habida cuenta que permite que: la denuncia del siniestro pueda ser hecha por el propio asegurado (aunque la víctima todavía no hubiese efectuado ningún tipo de reclamo).-

Así, el "Artículo Octavo: Denuncias y Notificaciones de Reclamos", establece que "...8.4) Si durante el Período Contractual o durante el Período Informativo (si fuera aplicable), la Compañía o los Asegurados tuvieren conocimiento de cualesquier circunstancias que razonablemente permitiese suponer que puede dar origen a un futuro Reclamo e informan por escrito al Asegurador sobre dicha circunstancia...se considerará como formulado en el momento en que el primer informe por escrito de tal circunstancia fue efectivamente dado..." ()

Se trata de una alternativa que colabora en favor de los derechos del asegurado, ya que para tener cobertura de la Póliza, no tiene que depender de la denuncia que

tenga que efectuar la víctima, sino que alcanza que el mismo asegurado formule la notificación pertinente. -

Si bien, esta cláusula intenta flexibilizar la Cláusula “*Claims Made*”, es menester dejar sentada nuestra posición, en el sentido que se trata de un pequeño paliativo, que no logra desvirtuar la tacha de nulidad sustantiva que tiene la Cláusula “*Claims Made*”.-

Ello es así, dado que esta alternativa sólo permite que el asegurado efectúe la denuncia de un siniestro, cuando el mismo es evidente y salte a la vista, durante la vigencia de la Póliza (o durante el “Período Informativo”).-

Pero, pueden existir muchísimos hechos u omisiones de los Directores, cuyas consecuencias no sean reveladas inmediatamente, y que –por lo tanto- no podrían ser denunciadas por los asegurados.-

Así entonces, si bien esta cláusula flexibiliza la rígida y draconiana Cláusula “*Claims Made*”, la realidad es que no deja de ser un pequeñísimo salvavidas, dentro del mar de la desprotección.

8.5) “Período Extendido de Cobertura”:

8.5.1) Aún más, y atento las grandes críticas de las cuales era objeto la Cláusula “*Claims Made*”, es que las Compañías de Seguros, han tratado de buscar otras formas de flexibilización.-

Una de ellas, sería la compra de un Endoso que extienda la cobertura del seguro, aún después de finalizada la Póliza de Seguros; de forma tal, que aún cuando el reclamo se produjera después de finalizada la vigencia de la Póliza, pero dentro del período extendido de cobertura ¶, igualmente el asegurado (v.gr. el Director), tendría amparo por medio de la Póliza de Seguros () ().

Este período de cobertura, puede ser de distintas extensiones de tiempo, de manera tal, que podría ser uno, dos o varios años de ampliación de cobertura, a contar la finalización de la vigencia. -

Si bien se trata de un alternativa mucho más flexible (comparada con la Cláusula “*Claims Made*” pura), igualmente estimamos que a través de este período extendido de cobertura, se intenta mejorar una situación contractual, que tiene una base absolutamente inconveniente.-

En efecto, la cobertura tiene como base la cláusula “*claims made*”; y -luego- se la quiere mejorar por medio del período extendido de cobertura, convirtiéndola (o aproximándola) a la cobertura de base ocurrencia

En nuestro humilde criterio, se trata de vinos nuevos en odres viejos...

Para nosotros, lo lógico y razonable, sería que todas las Pólizas de Seguros de responsabilidad civil, derechamente, sean previstas con la cobertura de base ocurrencia ()

8.5.2) Más allá de lo antes expuesto, en el sentido que el “Período Extendido de Cobertura”, pretendería tener una buena finalidad (), dentro del marco de una Póliza que desprotege absolutamente al asegurado (por medio de la Cláusula “*Claims Made*”), seguidamente haremos un breve análisis de uno de los textos que se encuentran vigentes en la República Argentina (), con relación al “Período Extendido de Cobertura”

Respecto al “Período Extendido de Cobertura”, a grandes rasgos, podría decirse, que -a su vez- esta alternativa, tiene dos vertientes, a saber:

(i) que dicha compra del Endoso se realice cuando se inicia la Póliza; o

(ii) que se efectúe al finalizar la Póliza

(i) Al inicio de la vigencia:

Sin que el análisis que estamos haciendo implique disminuir en un ápice la ilegalidad y absoluta inconveniencia de la Cláusula “*Claims Made*”, estimamos que el “Período Extendido de Cobertura”, que se puede comprar al inicio de la vigencia de la Póliza, puede llegar a ser un poco más transparente, que el otro endoso que únicamente se puede contratar al finalizar la vigencia de la Póliza (como -justamente- sucede en la Póliza de Responsabilidad Civil de “*Directors & Officers*”).-

En efecto, cuando el Endoso de “Período Extendido de Cobertura”, se puede adquirir al inicio de la vigencia, el asegurado tiene la posibilidad de decidir si lo compra o no (), sin tener demasiadas más limitaciones (situación, que no se produce cuando el endoso se compra al finalizar la vigencia de la Póliza)

(ii) Al finalizar la vigencia:

En cambio, el “Período Extendido de Cobertura”, que se puede comprar al finalizar la Póliza, en muchísimos casos, deja desamparado al asegurado (de la misma forma, como si no existiese el Endoso).-

A continuación, haremos algunas consideraciones al respecto:

a) Plazo: existe un término limitadísimo para comprar el endoso, habida cuenta que se tiene que notificar a la Compañía de Seguros, dentro de los diez (10) días de finalizada la Póliza. -

A nuestro criterio, se trata de una cláusula abusiva fáctica, dado que si bien desde la perspectiva teórica, parecería que no existen problemas; desde la faz estrictamente práctica y fáctica, es muy difícil que el consumidor de seguros (v.gr. Director), pueda dar cumplimiento a la misma.

b) Causa de la finalización de la Póliza: este es uno de los puntos que más claramente demuestra lo abusivo de la situación, dado que en la Póliza sub examine se expresa que si el asegurador rescinde o rehúsa renovar la Póliza, el Asegurado podrá contratar el “Período Extendido de Cobertura”

Es decir, que el asegurado/consumidor de seguros/Director, se convierte en un “cliente cautivo” de la Compañía de Seguros, dado que si él mismo quiere cambiar de Compañía de Seguros, no va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”

Nótese la absoluta desigualdad, dado que si la Compañía de Seguros no renueva o rescinde la Póliza, recién en ese único caso, el asegurado va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”.

En cambio, si el asegurado decide no renovar la Póliza, o cambiar de Compañía de Seguros, no va a estar legalmente habilitado para adquirir el “Período Extendido de Cobertura”.-

Es decir, el asegurado no tiene la libertad de cambiar de Compañía de Seguros, dado que si quiere hacerlo no va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”

La desigualdad es irritante...

Con sólo cruzar los Andes, vamos a ver que la situación legal del consumidor (v.gr. Director), es absolutamente distinta, dado que se encuentra mucho más protegido (). En efecto, la Póliza de “Seguro de Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos y de Reembolso a la Sociedad” (), establece en la “Cláusula Octava” del “Período Adicional para Notificaciones” que “...a) Si el asegurador o el ASEGURADO no desearan renovar esta póliza, las partes podrán convenir un período adicional...” ()

O, dentro de Latinoamérica, en Colombia, la “Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores” (), en la “Condición Segunda: Extensiones Automáticas”, Apartado .c), se establece que se puede contratar el “Período Informativo”, si “...el tomador revoca o rehúsa renovar la presente Póliza...”

Nótese la diferencia abismal entre la Póliza trasandina, la colombiana y la de nuestras tierras: en los países hermanos el Director (v.gr. consumidor), tiene la plena libertad de cambiar o no de Compañía a su sólo criterio; dado que si decide renovar la Póliza en otra Compañía, puede -con toda libertad- comprar el Endoso del “Período Extendido de Cobertura” o “Período Informativo”.-

En cambio, en Argentina, el consumidor se convierte en un cliente cautivo (un verdadero “rehén asegurado”), habida cuenta que solamente puede comprar este endoso, si la Compañía de Seguros no renueva o rescinde la Póliza...

.c) Cambio de las pautas contractuales de la Póliza: otra increíble cláusula abusiva de las Pólizas sub examine es la que establece que si las condiciones y/o sumas

aseguradas y/o límites de responsabilidad y/o primas son diferentes a los de la Póliza que se encuentra en vigencia, ello no será considerado como una negativa de la Compañía de Seguros para renovar la Póliza

Recordemos que la única posibilidad que tiene el asegurado para comprar el “Período Extendido de Cobertura”, es que la Compañía de Seguros rescinde la Póliza o se rehúsa a renovarla

Así entonces, merced a esta inocente cláusula, basta con que la Compañía de Seguros cambie absolutamente los términos de las condiciones de las Pólizas (por ejemplo, una suma asegurada ínfima; una Prima exorbitante; nuevas condiciones leoninas; etc.), para que el asegurado no pueda o no le convenga renovar la Póliza.

Pues bien, entonces, tampoco va a poder comprar el “Período Extendido de Cobertura”, dado que si las condiciones y/o sumas aseguradas y/o límites de responsabilidad y/o primas son diferentes a los de la Póliza que se encuentra en vigencia, ello no será considerado como una negativa de la Compañía de Seguros para renovar la Póliza...

Este tipo de cláusulas además de ser absolutamente nulas (Art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor), también se encuentran expresamente prohibidas en nuestro Código Civil, dado que se encuentran fulminadas de ilegalidad las obligaciones meramente potestativas, es decir aquellas obligaciones que dependen únicamente de la voluntad del deudor
()

d) Como consecuencia de todo lo antes expuesto, es que consideramos que las condiciones impuestas para que se pueda ejercer el derecho de comprar el “Período Extendido de Cobertura”, son nulos e ilegales, dado que desprotegen en forma evidente al consumidor (Director), conculcando todos sus Derechos, que se encuentran expresamente amparados por el Art. 42 de la Constitución Nacional, en especial cuando sostiene que “los consumidores...tienen derecho..a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”.-

8.6) Jurisprudencia en Argentina:

Mientras estábamos escribiendo esta nota, llegó a nuestro conocimiento, una Sentencia de Primera Instancia (), donde se aceptó la validez de la Cláusula “*Claims Made*” (), donde el Señor Magistrado, siguió las pautas doctrinarias marcadas por el distinguido Profesor José Luis Marcó (); debiendo resaltarse que dicha Sentencia recibió comentarios laudatorios de importantes doctrinarios de nuestro país ()

Por nuestra parte, y sin perjuicio de respetar las ideas de los distinguidos colegas que aceptan la validez de la Cláusula “*Claims Made*”, espero que dicha Sentencia sea revocada en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, habida cuenta que -en forma palmaria- en un caso concreto -y con gente de carne y hueso-, puede verse concretamente lo que venimos pregonando hace años: con la Cláusula “*Claims Made*”, tenemos dos víctimas y un privilegiado.-

Ello es así, ya que las “víctimas”, son las dos personas que deberían ser beneficiarias del seguro de responsabilidad civil: por un lado, la ‘víctima inmediata’ (v.gr. el actor del juicio); y -por otro lado-, la ‘víctima mediata’ (v.gr. el asegurado / dañador / consumidor / futuro quebrado-), no van a tener ningún tipo de respuesta por parte del seguro.-

Es que, como con gran profundidad ha enseñado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires “...el seguro tiene una doble finalidad de solidaridad social; por un lado, reparar integralmente a las víctimas; y por el otro, preservar el patrimonio del condenado...” ().

Es menester resaltar, que la mayoría de la Doctrina y Jurisprudencia de los países más desarrollados, adhiere a esta posición, que sustenta la ‘función social’ del seguro ().

Y, como cara y ceca, tenemos que la Compañía de Seguros, resulta ser un ‘privilegiado’, habida cuenta que por medio de una cláusula diabólica, la entidad Aseguradora, se exime de responsabilidad, sin ningún fundamento lógico y/o jurídico y/o razonable que lo sustente ().

9) Problemas con las traducciones de las Pólizas y dificultades con los seguros contratados en el exterior (por las Casas Matrices).

9.1) Con anterioridad hacíamos referencia a las diferencias que existe entre el *Common Law* el Derecho Continental, y el error de pretender implantar ciertas condiciones contractuales (como por ejemplo, la Cláusula “*Claims Made*”), que tuvieron su origen y desarrollo bajo el cobijo de dichas pautas normativas.-

9.2) A continuación, haremos un breve desarrollo del peligro de la contratación de Pólizas que fueron traducidas (sin adaptarlas a nuestra idiosincrasia jurídica); o, el riesgo que implica incorporarse a pólizas de “*Directors & Officers*”, llamadas globales o *umbrella* (generalmente, contratadas por las Casas Matrices)

9.3) Ambas circunstancias (v.gr. traducción de la Póliza o contratación del seguro en el exterior), pueden llegar a tener consecuencias disvaliosas y perjudiciales para el Director

9.3.1) Traducción de las Pólizas: seguidamente, analizaremos sólo algunas de las cláusulas:

(i) Límite de la Suma Asegurada: dentro del monto en que la Compañía de Seguros otorga la cobertura, se encuentran incluidos las sumas que se abonarán al tercero, más todos los costos de defensa

Esta es una diferencia fundamental con nuestro sistema jurídico, habida cuenta que según lo establece la Ley 17. 418, los costos de defensa son considerados como accesorios de la prestación principal; de forma tal que la suma asegurada, en forma completa, se va a imputar para pagar la indemnización al reclamante (y los costos de defensa, son abonados por sobre dichos montos)

En cambio, en gran parte de las Pólizas de los países anglosajones (), las sumas que eventualmente se abonen en concepto de gastos de defensa, se descuentan de la suma asegurada.-

(ii) Reintegro de los “Costos de Defensa”: existen ciertas Pólizas () que establecen que en el caso que la Compañía de Seguros hubiera ‘adelantado’ ciertas sumas, en concepto de “Costos de Defensa” y luego se determinara que no había responsabilidad de la

Compañía de Seguros, los Directores (v.gr. asegurados), se obligan a restituir a la Compañía de Seguros, todas las sumas que hubiesen adelantado para los “Costos de Defensa” ().

(iii) No Citación en Garantía: en muchas Pólizas extranjeras (), se determina que la Compañía de Seguros no tiene participación en los reclamos judiciales de responsabilidad civil contra los Directores, y que -tampoco- los eventuales damnificados tienen acción contra la Aseguradora; de forma tal que, el único condenado en el juicio es el propio asegurado (a diferencia de lo que acontece en nuestro país, donde en virtud del Art. 118 de la Ley de Seguros, la Compañía de Seguros tiene una activa participación en el litigio judicial, revistiendo -en el caso que ello corresponda- el carácter de condenado a abonar la sentencia).-

(iv) Cláusula “*Claims Made*”: otra cuestión importante, sobre la que ya nos hemos explayado, es la referente a la aplicación de la Cláusula “*Claims Made*” ()

(v) Traducción Libre: existen varias Pólizas de Seguros () que entre sus cláusulas establecen que la Póliza en español, es solamente una traducción libre de la versión en inglés; de forma tal, que en caso de dudas y/o discordancias entre la Póliza en español (que es la única que se conoce) y la redactada en inglés, tendrá preeminencia y preponderancia el texto anglosajón.-

Si bien a nuestro criterio, dicha cláusula es absolutamente nula, es menester tener presente dicha pauta, dado que puede llegar a producir importantes problemas, cuando se deba analizar el siniestro.-

9.3.2) Pólizas globales contratadas en el extranjero: a los temas antes expuestos, en los casos en que las Pólizas se hubieran contratado en el extranjero, a través de las Casas Matrices, merced a las contrataciones globales o *umbrella* también se pueden llegar a sumar los siguientes problemas:

(vi) Sumas Aseguradas / Franquicias: en este tipo de Pólizas, suelen establecerse importantes sumas aseguradas, teniendo a la vista -por un lado- que tienen una cobertura para todas las filiales mundiales, y -por otro lado- como consecuencia de las grandes condenas que suelen establecerse en los países desarrollados ()

En principio parecería que una suma asegurada de magnitud, no debería traer problemas a los asegurados (v.gr. Directores); pero, dicha cuestión debe ser analizada -en forma paralela- con el tema de las “franquicias” ()

Ello es así, dado que si tenemos una suma asegurada de U\$S 100.000.000, con una franquicia del 10 %, la realidad nos demuestra que la *self insurance retention* del asegurado () (es decir, aquella parte por la cual deberá responder el asegurado -sin el amparo de la Compañía de Seguros-), llegaría a la suma de U\$S 10.000.000.- Así, en los hechos, la Póliza global, no le otorgaría cobertura a un Director (argentino o extranjero) que trabaja en la República Argentina. -

(vii) Participación en el Juicio, por parte de la Compañía de Seguros: párrafos más arriba, habíamos analizado que en algunas Pólizas extranjeras, no se hacía mención a la participación de la Compañía de Seguros, en los reclamos judiciales que se le realicen. -

Pero, esta cuestión en particular, si bien está íntimamente relacionado con aquella, la diferencia radica, fundamentalmente, en el hecho que -por definición- todas aquellas Pólizas de Seguros contratadas en el exterior, tienen como consecuencia que en caso que exista cualquier tipo de reclamo judicial, la Compañía de Seguros, va a tener prohibido presentarse en dichas actuaciones. -

Ello es así, dado que las Compañías de Seguros, únicamente se pueden presentar como citadas en garantía, en los términos del Art. 118 de la Ley de Seguros, cuando exista una Póliza de Seguros legalmente contratada en nuestro país

Pero, en la cuestión sub examine, los seguros globales (contratados por las Casas Matrices), en nuestro criterio no serían estrictamente seguros (), dado -en rigor- hacen las veces de un contrato de garantía; es decir, en caso de producirse un siniestro, la Compañía de Seguros solamente se presentará a cumplir su función, en el momento en que haya que girar los fondos para abonar la indemnización ()

El problema que nosotros vislumbramos es para el Director / asegurado / consumidor, habida cuenta que si se diese el caso que cuando llega la demanda (o mientras

tramita el juicio; o cuando haya que pagar la sentencia), si ya no continúa trabajando para la empresa (de la cual era Director), al no tener -técnicamente hablando- de un seguro de responsabilidad civil, por un lado, no va a poder citar en garantía; y -por otro lado- al no trabajar más en la empresa, se torna incierto si el Director va a contar con el apoyo (técnico, jurídico y económico) de la empresa para la cual trabajaba antes. -

(viii) Jurisdicción: es harto probable que estas Pólizas contratadas en el extranjero, tengan un cláusula de prórroga de jurisdicción, al país donde tiene la sede la Compañía de Seguros foránea, de forma tal que si el Director pretendiera hacerle un reclamo judicial a la Compañía de Seguros, muy posiblemente tenga que ir a litigar al exterior. -

(ix) Legislación: íntimamente vinculado con el punto anterior, es obvio que las relaciones entre la Compañía de Seguros y los asegurados (de las Pólizas globales), se rijan por la Legislación del lugar de emisión, que -por definición- es diferente a la que rige en nuestro país. -

9.4) Como consecuencia de todo lo antes expuesto, es que consideramos sumamente prudente analizar en profundidad, antes que se produzca un siniestro, todos y cada uno de los tópicos antes estudiados, dado que el Director (asegurado / consumidor), podría llegar a encontrarse sin la cobertura que creía que lo amparaba. -

10) La experiencia internacional. El caso “Enron / Arthur Andersen”

10.1) La experiencia extranjera:

a) La importancia que se le da a este seguro en el extranjero, se desprende de algunas encuestas realizadas a nivel internacional (en especial, en los Estados Unidos). -

Así, se desprende que el 88 % de los Directores encuestados tienen contratado un seguro de responsabilidad civil de “Directors & Officers” (); debiendo tenerse presente que de los reclamos producidos, 25 % corresponden a acciones entabladas por empleados (); 15 % por parte de los Clientes; 6 % por Competidores; 47 % de parte de los Accionistas; 7 % otros. -

Asimismo (y con las limitaciones técnicas que tienen las estadísticas e informes), se afirma que en los Estados Unidos el promedio de los pagos de las demandas contra “Directors & Officers” llega a U\$S 7.000.000; y los gastos de defensa ascienden -en promedio- a U\$S 1.500.000 ()

Incluso, es menester señalar que no solamente existen demandas contra los Directores de empresas (comerciales), sino también se han iniciado acciones contra directores y responsables de Asociaciones sin fines de lucro ()

b) En nuestro país, si bien este tipo de coberturas todavía no ha tenido la trascendencia que correspondería (dado que se estima que entre alrededor de 60 a 70 empresas, han contratado este seguro) (), es que estimamos que teniendo en cuenta la experiencia internacional, que acredita que se ha tornado casi en una moda, el hecho de iniciar acciones contra los Directores y Administradores, muy prontamente la contratación de este tipo de seguros, va a resultar de una necesidad imperiosa.-

10.2) El caso “Enron Corp. / Arthur Andersen”:

a) Sabido es que la quiebra de Enron fue una de las más importantes de la historia de los Estados Unidos ().- Atento que no es el objeto del presente trabajo analizar dicha bancarrota, vamos a realizar un brevísimo análisis de algunas noticias que hacen referencia a las responsabilidades de los Directors & Officers de Enron, y la relación con las Pólizas de Seguros de D. & O.

Pero, la ‘cadena de responsabilidades’ no termina allí, sino que también tenemos que tener presente que se están incoando acciones con la Auditora Arthur Andersen y -en lo que a nosotros nos interesa- contra sus Directores y Administradores ()

Así pues, en estos casos se va a poder ver, a medida que se desarrollen los acontecimientos, la importancia y corrección de las Pólizas de Seguros de Responsabilidad Civil de “Directors & Officers”

b) Ya a principios de Febrero de 2002, apareció la noticia que dos de las Compañías de Seguros () que amparaban a los Directores de Enron, le solicitaban al Juez de la

quiebra la autorización para rescindir la Póliza, alegando '*material misrepresentation*', con relación a la situación financiera de la empresa (). - Incluso, en el mes de Abril de 2002, la Compañía de Seguros "Electric & Gas Insurance Services Ltd.", que lidera la Póliza de "Directors & Officers", recibió la orden de adelantar los costos para la defensa de los reclamos ()

c) Y, no sólo tienen problemas los Directores de Enron Corp., sino que también se encuentran en una situación delicada los Directores de Arthur Andersen, dado que la Compañía de Seguros "Professional Services Insurance" () que los amparaba a través del Seguro de Responsabilidad de Directors & Officers, se ha declarado insolvente para abonar la indemnización de US\$ 217.000.000, que se debían pagar como consecuencia de la quiebra en el año 1989, de la "Fundación Baptista de Arizona", que era otra institución que Andersen auditaba desde el año 1984.- Paralelamente, con relación a la quiebra de Enron, la auditora Arthur Andersen, había ofrecido abonar en concepto de indemnización la suma de US\$ 375.000.000, de los cuales US\$ 250.000.000, deberían haber sido pagados por "Professional Services Insurance". -

d) Evidentemente, los problemas jurídicos de Enron, Arthur Andersen y las responsabilidades legales de los Directores de ambas empresas, recién comienzan. Y, ello además de repercutir en las partes involucradas directamente, también va a tener sus consecuencias en el resto del mundo empresarial (en especial, en los seguros). -

e) En especial, en el tema de los seguros de responsabilidad civil de Directors & Officers, se van a producir grandes cambios (especialmente, en el aumento de las primas), ya que en forma directa o indirecta, repercuten los disitintos hechos acontecidos en los últimos años; como -por ejemplo- la estafa del Director Nick Leeson (del Banco Británico Barings); la quiebra del gigante minorista norteamericano Kmart Corp; la tragedia del 11 de Septiembre (en el World Trade Center); sumado -ahora- a la quiebra de Enron Corp.; más las implicancias legales de Arthur Andersen, por ser la Auditora; y -especialmente- las responsabilidades legales de los Directores de Enron y Arthur Andersen. -()

11) Conclusiones

Atento las enseñanzas de la experiencia internacional, en el sentido que cada vez se inician más de este tipo de acciones legales, es que entendemos que el seguro de responsabilidad civil para “Directors & Officers” va a tener una importancia fundamental en los próximos años, tanto para la protección de los damnificados, cuanto para el amparo de los Directores y Funcionarios.-