Swiss Re

Memorias de las III Jornadas de Reaseguro.

*****

Con una gentileza que mucho se le agradece, el profesor y tratadista brasileño, Ernesto Tzirulnik, aceptó participar en las Jornadas con una ponencia sobre los aspectos jurídicos de la llamada póliza de seguro D&O.

Como era natural, este autor desarrolló el tema principalmente en torno de la responsabilidad civil con arreglo a las leyes brasileñas, de modo especial el nuevo Código Civil. Con gran profundidad, no exenta de una loable sencillez en la exposición, examina la responsabilidad civil de los administradores de sociedades en Brasil, que a su juicio se asemeja a la de las obligaciones de medios y no de resultados, por mucho que la administración envuelva una actividad de riesgo. Sin embargo, apunta que el negocio social puede fracasar en razón de cambios estructurales, coyunturas económicas, hechos tecnológicos, políticos o fenómenos naturales, pero nunca porque la administración haya sido normalmente ejercida.

Atento lo anterior, Tzirulnik escribe que, a su juicio, un administrador responderá siempre que haya realizado uno o más actos ilícitos, entendidos como tales los contrarios a la ley, a los estatutos o a la deliberación de los órganos sociales, siempre que con ello se cause daño a la sociedad misma, a los socios o a los terceros. Todo ello le lleva a considerar que se está en presencia de una responsabilidad civil clásica o subjetiva, a pesar de opiniones que le atribuyen carácter objetivo.

Al abordar el estudio de las pólizas con las que modernamente se cubren estas responsabilidades, el autor se adhiere a quienes, en una u otra forma, hemos venido censurando la redacción con la que se presentan dichas pólizas, en términos confusos, plagados de tecnicismos, de redundancias y aun de contradicciones, crítica a la que no escapan las pólizas empleadas en otros países como el Reino Unido y los Estados Unidos de América.

Naturalmente, Tzirulnik no pasa por alto la circunstancia de que en realidad estas pólizas deberían formularse con una clara protección de los intereses de los administradores y con una especial atención a los gastos de su defensa jurídica.

*****

Arturo Díaz Bravo
D. F., octubre de 2005.

A apólice D&O. Dr. Ernesto Tzirulnik.

Inicialmente quero registrar minha gratidão para com a diretor da Swiss Re e para com o seu prestigioso Comitê Jurídico, que saúdo nas pessoas do Senhor Edmundo Hernández e do Professor Arturo Díaz Bravo. O agradecimento se deve à extremada honra que me propiciaram ao formularem o convite para participar destas *III Jornadas de Resseguro*, em companhia de assistência e palestrantes tão ilustres.

Gostaria de registrar que o Professor Arturo Díaz Bravo, assim como outros notáveis juristas latino-americanos, são figuras estruturais do Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, que presido, e verdadeiros curadores do desenvolvimento do estudo do direito do seguro no Brasil.

O tema que me propuseram os organizadores, certamente mais uma generosidade, corresponde a matéria sobre a qual, nos últimos anos, tive a oportunidade de me debruçar enquanto advogado, quer assessorando segurados e tomadores na fase de contratação, quer patrocinando os interesses de companhias seguradoras já em fase de regulação de sinistro. Momentos e posições diferentes, portanto, que permitirão sugerir algumas questões de relevância prática.

Antes de fazermos considerações propriamente sobre a apólice de seguro D&O, faremos uma rápida exposição acerca da responsabilidade dos administradores de sociedades empresárias no Brasil.

Acredito que com isso se pode desmistificar a idéia segundo a qual o regime da responsabilidade do administrador societário oferece complexidade superior àquela dos demais executores de *obrigações de meio*.

I.

As regras fundamentais acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro são as dos artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro[1] (CCB). A primeira dessas normas é a praticamente um padrão da formulação clássica do conceito de ilícito,[2] enquanto a segunda, embora ainda colocada no plano da ação humana culposa, amplia o espectro da ilicitude para afirmar que

> *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"*.

Parece não haver dúvida, até aqui, de que o regime geral é o do ilícito como resultado da ação humana voluntária.

A ação humana voluntária, ainda que simplesmente culposa, mesmo traduzindo-se no exercício de direito de forma extravagante ao socialmente esperado, sempre que violar direito e causar dano a terceiros, caracterizará o ilícito civil e fará incidir a responsabilidade do agente, portanto *responsabilidade subjetiva*.

É o que está disposto noutra norma relevante para a compreensão da responsabilidade no direito brasileiro, o artigo 927 do CCB:

> *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

1 Promulgado em janeiro de 2002 e vigorando após a *vacatio legis* de um ano.
2 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O parágrafo único deste artigo (927) traz exceção ao regime da responsabilidade civil clássica (subjetiva), dispondo que

> *"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".*

Também devem ser mencionados o artigo 1.009, o § 2° do art. 1.013 e o art. 1.016 do CCB, relativos às denominadas *sociedades simples*, todos prevendo para o administrador o regime de responsabilidade subjetiva.[3]

Não parece que o Código esteja a indicar a possibilidade de o administrador de uma sociedade empresária ser considerado responsável independentemente de culpa, pois o exercício da administração social não é atividade que, por sua própria natureza, determine riscos para terceiros. A administração em si não se revela como uma *atividade de risco*. O negócio social poderá fracassar em razão de mudanças estruturais ou conjunturais econômicas, por fatos tecnológicos, políticos ou da natureza, nunca porque foi normalmente exercida a administração.

Poderíamos encontrar a *responsabilidade objetiva* dos administradores. Mas, para isso, como estabelece o parágrafo único do artigo 927, é necessário que se trate de um caso *"especificado em lei"*.

Todavia, são poucas as previsões legais nesse sentido, a exemplo daquelas que cuidam de responsabilidade dos administradores de determinados tipos de sociedade que obrigatoriamente cumulam a qualidade de sócio ou acionista, como ocorre nas sociedades em comandita por ações, ou daquelas atinentes às instituições financeiras, nos termos da Lei 6.024/74, conforme se irá anotar adiante.[4]

Examinando a lei das sociedades por ações (LSA), verifica-se que o regime geral é o da responsabilidade aquiliana. O artigo 158 dessa lei prevê a responsabilidade dos administradores em duas hipóteses: **inciso I)** quando agir com dolo ou culpa, ainda que sem exorbitar poderes ou atribuições e **inciso II)** quando violar a lei ou o estatuto. Ei-lo:

> *"Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:*
>
> I. dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
>
> *II. com violação da lei ou do estatuto".*

3 "Art. 1.009. A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizarem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecer-lhes a ilegitimidade".
"Art. 1.013. (...)
§ 2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria".
"Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções".
"Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá".

4 "Art. 1.091. Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.
§ 1º Se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis, depois de esgotados os bens sociais.
(...)
§ 3º O diretor destituído ou exonerado continua, durante dois anos, responsável pelas obrigações sociais contraídas sob sua administração".

A doutrina equipara os atos praticados em contrariedade a deliberações tomadas por órgão da sociedade à violação prevista no inciso II. De todo o modo, causar prejuízo por culpa ou dolo é atuar subjetivamente, tanto quanto violar a lei ou o estatuto ou deliberação da sociedade.

A doutrina também equipara ao administrador o executivo a quem são confiados, por deliberação de órgãos da sociedade, poderes de gestão e decisórios.

Quem viola a lei responde por dolo ou culpa. Quem viola o estatuto também, de sorte que tanto no caso do inciso I, quanto no do inciso II do art. 158 da LSA, a responsabilidade é subjetiva.

Examinando-se os parágrafos do artigo 158 teremos a confirmação de que o regime de responsabilidade dos administradores é o da responsabilidade subjetiva comum. O § 1° dispõe que o administrador

> *"não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática".*

Em outras palavras, reafirma a subjetividade da responsabilidade do administrador, dizendo que ela depende, para nascer, de ação ou omissão dolosa ou culposa do próprio administrador.

O mesmo § 1° continua esclarecendo que será eximido de responsabilidade o administrador "dissidente", isto é, aquele que

> "faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral".

Assim não agindo será responsável porque omitiu-se quanto à adoção de comportamento que a lei obriga exige, não porque a lei simplesmente lhe atribui a responsabilidade pela reparação independentemente de haver praticado o ato lesivo, culposo ou doloso, como seria o caso da *responsabilidade objetiva*.

Os §§ 2° a 4° cuidam da responsabilidade solidária por ato de outro administrador. Lendo-se o § 2°[5] fica a impressão de que se trata de responsabilidade objetiva. Entretanto os §§ 3° e 4° evidenciam o contrário.

O § 3° esclarece que nas companhias abertas a responsabilidade ficará restrita ao administrador *que estava obrigado a dar cumprimento ao dever imposto pela lei para assegurar o funcionamento normal da companhia*.[6] Aqui, responde o administrador da companhia aberta porque, embora obrigado, não fez com que fossem cumpridos os tais deveres. Já o administrador que não tinha atribuição específica de dar cumprimento aos deveres, seja a companhia aberta ou fechada, responderá igualmente por culpa ou dolo, deixando de comunicar, tal como lhe obriga a lei, o descumprimento do qual teve conhecimento. É o que se constata no § 4° do art. 158.[7]

5 *"§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles".*

6 § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

7 *"§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável".*

Finalmente, o § 5° do art. 158, extrapolando a figura do administrador, prevê mais uma hipótese de responsabilidade subjetiva (concorrência para a prática do ilícito):

> *"§ 5° Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto".*

Embora inúmeros doutrinadores afirmem tratar-se no inciso II do art. 158 de responsabilidade objetiva, ou de responsabilidade sujeita a presunção de culpa, com razão FÁBIO ULHOA COELHO, para quem

> *"o fato de apenas o inciso I, e não o II, acomodar as expressões 'culpa ou dolo', não tem qualquer relevância"* e *"as hipóteses legais de solidariedade entre os administradores (...) não alteram a conclusão sobre a natureza subjetiva do tipo clássico, do sistema de responsabilidade civil a que estes se sujeitam".*[8]

A responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é a que no Brasil gera mais acirrada discussão, quanto à sua natureza. Para alguns é objetiva em virtude do preceituado nos artigos 39 e 40 da Lei n° 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Vejamos a seguir as duas normas mencionadas, as quais devem ser examinadas levando-se em conta que nenhuma outra regra vai afirmar que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras acolhe presunção de culpa ou é objetiva:

> *"Art. 39. Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão, a qualquer tempo salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido".*
>
> *"Art. 40. Os administradores de instituições financeiras respondern solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram.*
>
> *Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados".*

A primeira norma (art. 39) fala claramente em responsabilidade pelos atos praticados ou omissões incorridas. Não há aí qualquer afirmação da responsabilidade subjetiva, nem autorização, sequer, para presunção de culpa ou inversão do ônus probatório em desfavor do administrador..

A segunda norma (art. 40) fala no *caput* em solidariedade do administrador com a instituição financeira, no que toca ao cumprimento das obrigações contraídas por esta, o que em princípio poderia levar ao entendimento de que se trata de responsabilidade objetiva. Porém, como essa solidariedade será circunscrita *"ao montante dos prejuízos causados"*, por expressa previsão do parágrafo único, fica claro que se mantém o regime de responsabilidade subjetiva. O administrador somente responderá, de qualquer forma, pelos prejuízos que causou, como também propõe FÁBIO ULHOA COELHO ao afirmar que

> *"(...) a norma em foco não atribui responsabilidade aos administradores por todos os danos provocados por mal desempenho de suas funções. Atribui-a, unicamente, se das ações ou omissões do administrador resultarem obrigações para os bancos. Deve haver, portanto, para a incidência da norma responsabilizadora, um liame entre determinado ato de má administração e uma certa obrigação da instituição financeira – que a tenha prejudicado -, para que exsurja o vínculo de solidariedade".*[9]

8 ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2005, 8ª ed., vol. II, p. 249 a 271.
9 Ob. cit., p. ....

Finalmente, observa-se que mesmo no caso excepcional do art. 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dispondo sobre a denominada "teoria menor" da desconsideração da responsabilidade civil, a idéia de responsabilidade subjetiva é mantida", exigindo-se a prova de que os prejuízos foram causados pela má administração.[10]

O que se deve concluir é que o administrador responderá sempre que houver a prática de ato ilícito (contrário à lei, ao estatuto ou a deliberação de órgãos da sociedade) de que resulte dano à sociedade, aos sócios ou acionistas, ou a terceiros.

Entretanto, o administrador poderá também ver-se lesado quando tiver de suportar custos (honorários de advogado, custas judiciais, honorários de peritos etc.) para se defender frente a pretensões civis e acusações criminais, que decorram do exercício de sua atividade profissional. Em muitos casos, ainda que afastada sua responsabilidade, o administrador terá sofrido importante redução patrimonial pelo simples fato de se ver onerado com a necessidade de se defender.

É nesse contexto – desde que não se trate de ato doloso[11] - que se opera o seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O.

Em suma, percorremos, em linha de princípio, um terreno bastante conhecido, ao menos sob o ponto de vista da elaboração jurídica, que é o da *responsabilidade civil clássica* ou *subjetiva*.

II.

Excetuadas algumas contratações pela Administração Pública, quando a lei exige formas e ritos para a celebração dos contratos, o seguro é um contrato *consensual*, um contrato que se torna perfeito desde o momento em que os contratantes ajustam suas vontades. A *apólice* - documento de emissão posterior por parte da seguradora – será tão só *meio de prova* do conteúdo do vínculo obrigacional. No Brasil, o seguro é um contrato que se forma ante a simples *ausência de recusa expressa a uma proposta que, por qualquer modo, tenha sido apresentada à seguradora*.

Por essa razão, por ser um contrato consensual, sua formação e seu conteúdo são revelados através de um *conjunto de elementos probatórios*, que se constituem desde o momento em que são praticados atos pré-contratuais (ofertas, pedidos de cotação, declarações em geral feitas pelas partes e, principalmente, proposta), passando pela emissão da apólice, até os atos de execução contratual, já que o modo de executar o contrato também é uma fonte criadora do conteúdo contratual cada dia mais importante.

Resultado do que acabamos de afirmar é o fato de que todas as preocupações que se tiver para com a apólice devem estar presentes na produção de cada um dos atos que antecedem à conclusão do contrato e todos os que exprimem a realização do fim contratual.

É bastante antiga a preocupação com o aperfeiçoamento da expressão do conteúdo dos contratos de seguro. Sobre as apólices, Stoll Gonçalves advertia com virulência na década de 20 que *"A péssima redação da maioria delas, o amontoado de*

10 "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".
11 O CCB, no art. 762 dispõe que será nulo o contrato cujo objeto consista na *"garantia do risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro"*.

redundâncias e contradições, trazem em resultado necessitarem aqueles que as procuram compreender, estudarem-nas pacientemente, cuidadosamente".[12]

Se é verdade que pouco se avança nesse sentido no que diz respeito aos seguros em geral, a decepção se verifica enfaticamente em alguns ramos como o denominado *seguro de responsabilidade civil dos administradores de sociedades empresárias*, conhecido internacionalmente como *Directors & Officers* ou, simplesmente, *D&O*.

No campo do D&O a matéria enfrenta uma particular cronicidade. Nos Estados Unidos, no ano de 1966, J. W. BISHOP registrava

> *"They seem to me to exhibit such serious defects of coverage and clarity that I should approach to them with considerable reserve even if I had no questions as to their validity and propriety. Perusal of the Lloyd's form and its American Imitations leaves me with a distinction impression that the draughtsman, though possessed of broad and solid experience in the field of insurance law, got his corporation law form some rather sketchy recollections of Business Units I (or whatever they happened to call the basic corporation course in this law school) and a quick glance at a Corpus Iuris".*[13]

Quase quatro décadas depois, em 2002, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO adverte que as apólices D&O

> *"Son pólizas impuestas normalmente por los reaseguradores inspiradas en los formularios anglosajones, para grandes sociedades e incluso podríamos decir que para grupos de sociedades, pero que no se ha meditado suficientemente sobre la especialidad del régimen español de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas".*[14]

MIGUEL IRIBARREN BLANCO, em livro de 2005 que contém sua proficiente tese de doutoramento em direito que versou a matéria,[15] adverte que

> *"la utilización sin la adaptación debida de los clausulados anglosajones en nuestro mercado ha sido una de las principales trabas para su difusión".*

Esse desajuste entre os textos das apólices e a realidade nacional verificada na Espanha é profundamente sentido no Brasil e, ouso afirmar, aqui no México e por toda América Latina!

Voltando ao jurista espanhol por último mencionado, ele registrou inúmeras críticas atuais relacionadas com a, digamos assim, "contrafação" de apólices.

Critica a ausência de cobertura para responsabilidade pelas dívidas sociais em caso de insolvência da sociedade, cobertura essa que

> *"no ha de quedar al margen del seguro en nuestro ordenamiento si se desea que el mismo satisfaga adecuadamente las necesidades de los asegurados y de las sociedades que los subscriben".*

Critica também o fato de as próprias sociedades figurarem como seguradas, o que se justifica plenamente no sistema estadunidense

12 "Do seguro contra fogo", Pongetti, Rio, 1926, p. 87 e ss.
13 *New cure for an old ailment: insurance against Directors' and Officers' Liability* in "The business Lawyer", 1966, ps. 92 a 114.
14 *Observaciones en torno al seguro de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital.* ARAJL, 2002, *ps. 82 e 83.*
15 *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital, Thompson Civitas, Aranzaldi, 2005, p. 75 e ss.*

> *"porque sus leyes estatales de sociedades establecen expresamente con cierta amplitud deberes de compensación de las sociedades por los gastos generados por las reclamaciones de responsabilidad contra sus administradores".*

Mas, não se justifica no direito espanhol e em geral nos países afiliados ao sistema de direito europeu continental, onde

> *"el ámbito de las obligaciones de compensación, en caso de que exista, es mucho menor".*

Continua MIGUEL IRIBARREN BLANCO salientando, entre outros pontos, o seguinte:

> *"Además de los pactos inconvenientes o inútiles, como los que se acaban de ver, se encuentran, en ocasiones, algunos claramente ilegales, como los de confidencialidad, que impedirían a los asegurados informar acerca de la existencia del seguro a los perjudicados, y que están prohibidos expresamente por la LCS, o las denominadas* no action clauses. *Estas últimas, frecuentísimas en la práctica anglosajona, impiden la reclamación directa contra los aseguradores hasta que la indemnización quede fijada definitivamente por acuerdo o sentencia y son complemento habitual de la supresión del* duty to defend *de los aseguradores y el consiguiente encargo de la defensa a los asegurados. En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de la acción directa que, precisamente, consiste en el derecho del perjudicado a dirigirse contra el asegurador del responsable de los daños exigiéndole la indemnización debida contradice la validez de la cláusula".*

Por fim, é oportuno registrar esta observação do mesmo estudioso:

> *"Hay que decir, también, al hilo de lo anterior, que los defectos de la cobertura de este seguro, tal y como es practicado actualmente, no se deben sólo a la mala adaptación de reglas extranjeras pensadas para ser aplicadas en otros ordenamientos, sino que, con frecuencia, resultan de aplicar los formularios utilizados para los seguros de responsabilidad civil general o profesional sin más, sin las oportunas adaptaciones teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad civil de los administradores. Tarea ésta en la que resulta, por cierto, de gran utilidad la consideración de esas reglas anglosajonas".*

Como se vê, o mesmo que ocorreu a certa altura com os Estados Unidos frente às apólices inglesas repete-se há décadas em diversos outros países, e ainda provoca intensos efeitos, agora causados pelos modelos estadunidenses.

Para ilustrar o arraigado descaso que certos seguradores e resseguradores manifestam frente à necessidade de adaptação de seus clausulados, darei um exemplo recente que sucedeu no Brasil.

Há poucos anos, as resseguradoras de um importante grupo econômico (GRUPO X) tornaram-se retrocessionárias hegemônicas de D&O junto ao IRB Brasil Resseguros S.A. Como o IRB é monopolista, sua opção por um determinado programa de resseguro com a emissão de clausulado a ser adotado pelas seguradoras significa forçosa uniformização. O modelo de contrato que foi trazido ao público com a logomarca do IRB consistia numa tradução praticamente literal de apólice de seguro norte-americana comercializada pelas resseguradoras do GRUPO X. É, sem dúvida, um bom exemplo dentre os mais bizarros clausulados em uso no mercado brasileiro. Eis o que o IRB apresentou:

IRB Brasil Resseguros S.A.

LEIA COM ATENÇÃO AS CONDIÇÕES GERAIS DO SEU SEGURO

D&O – Seguro de Responsabilidade Civil de Administradores
(Apólice a Base de Reclamação - Leia com Atenção)

DECLARAÇÕES

1 – O Tomador do Seguro declara que é uma Entidade Mercantil, estabelecida e operando sob as leis Brasileiras.

2 – A Seguradora declara que é uma Companhia de Seguros, devidamente autorizada pelas autoridades correspondentes a realizar operações de seguros, inclusive, este contrato.

3 – As partes declaram que participaram ativamente da preparação deste contrato e que não há nenhum tipo de vicio ou erro em sua elaboração que possa afetar a nulidade do mesmo (SIC – destacamos).

I – CONDIÇÕES GERAIS

1. APRESENTAÇÃO

(...)

5. GARANTIAS

5.1 EXTENSÃO DE GARANTIA

(...)

5.1.3. Conselheiros e diretores de entidade sem fins lucrativos

Caso qualquer Conselheiro ou Diretor tenha sido, seja, ou possa vir a ser, através de indicação por escrito da Sociedade, Conselheiro ou Diretor de qualquer Entidade Sem Fins Lucrativos, esta Apólice estenderá a cobertura por quaisquer reclamações feitas contra eles em sua condição de Conselheiro ou Diretor dessa Entidade Sem Fins Lucrativos, e notificadas à seguradora durante o Período de Vigência.

Esta cobertura será aplicável especificamente como cobertura adicional a qualquer seguro em vigor contratado pela Entidade Sem Fins Lucrativos, assim como adicionalmente a qualquer indenização feita pela própria Entidade Sem Fins Lucrativos. A cobertura prevista por esta cláusula será somente uma cobertura adicional a todas essas indenizações e pagamentos dessa maneira obtidos e recuperados. Na hipótese de o referido seguro ter sido contratado junto à Seguradora ou qualquer empresa associada ao GRUPO X (ou tenha sido contratado para cobertura destinada especificamente a cobrir valores que excedam os limites de responsabilidade desta Apólice), o limite total agregado de responsabilidade por todas as indenizações

cobertas em virtude da extensão de cobertura ora prevista nesta cláusula será reduzido na proporção do limite de responsabilidade especificado na apólice do outro seguro contratado pela Entidade Sem Fins Lucrativos junto a empresa do GRUPO X".

Qualquer operador do direito brasileiro que ler este fragmento do clausulado D&O que subjugou o mercado brasileiro, não apenas estranhará a pitoresca menção ao GRUPO X.

Verá que as declarações de qualidade das partes (primeira e segunda) são redundantes, pois bastam as denominações sociais completas para se verificar quem são as partes.

A seguir, ficará chocado com o que vem na terceira declaração, por dois motivos: a) as partes não participam ativamente da elaboração do clausulado, nem sequer a seguradora, que se subordina ao padrão ditado pelo ressegurador monopolista e b) dizer que nada afeta a nulidade é igual a afirmar que a nulidade não será prejudicada, que o contrato é nulo!

Só por aí se vê que nem sequer as mais comezinhas regras da lógica foram respeitadas na elaboração desse importante clausulado padrão.

Eu diria que além da mania de copiar estropiando, também a formação dos quadros dos mercados de seguro em geral acaba sendo impregnada de uma cultura técnica alienígena descontextualizada, em geral anglo-saxã. Isso cria uma espécie de "consciência sem nacionalidade" que faz perpetuar o desencontro entre as regras do contrato e o ordenamento jurídico local. Ao invés de produzirem para a sociedade, os técnicos "escrevem" para si próprios, alguns advogados para seus clientes seguradores ou resseguradores, e não se dão conta de que ao procederem desse modo estão criando um mundo falso que certamente produzirá efeitos deletérios.

Atendendo a uma seguradora, recentemente examinei uma reclamação de sinistro D&O envolvendo administradores de instituição financeira. Trata-se de um sinistro de grande envergadura. Entreguei um relatório sobre a estratégia sugerida para enfrentamento da reclamação apresentada pelos segurados no qual aproveitei para manifestar preocupação com o ininteligível e absurdo conteúdo da apólice, terminando por recomendar à cliente que parasse imediatamente de utilizar aquele seu clausulado padrão. Respondeu-me que o texto era o resultado de recente revisão feita por um escritório de advocacia brasileiro especializado em seguro.

Vale conferir um dos inúmeros problemas identificados no clausulado da apólice D&O usada por essa resseguradora. Eis o que, então, ponderei:

"Ao conceituar o ato doloso (Condições Gerais, item 2 Definições, subitem '2.3' Ato Doloso), que é uma expressão da qual poder-se-á valer a seguradora para a exclusão de sua obrigação, portanto um conceito-defesa, ao invés de se alinhar com o conceito geral e amplo do nosso sistema jurídico, optou-se por resumi-lo a 'ato fraudulento praticado pelo segurado para obrigar a seguradora a honrar algo que não assumiu'.

Só por ai se vê:

a) que o ato há de ser fraudulento (o conceito de fraude, em nosso direito, é certo modo restrito, mais utilizado com o sentido de fraude contra credores, não contendo as diversas espécies de atos dolosos) e
b) que há necessariamente de ser praticado com o fim específico de 'obrigar a seguradora a honrar algo que não assumiu', o que tende a restringir os efeitos

do ato doloso à fase de execução do contrato, quando o comportamento doloso pode estar permeando pejorativamente a relação contratual desde antes da própria formação do contrato.

Essas imprecisões terminológicas (e até mesmo jurídicas) impõem a reconstrução do conteúdo do contrato não obstante seu texto, uma dificuldade a mais para situações de crise no relacionamento, especialmente ante princípios de interpretação como o 'na dúvida a favor do aderente' ou o in dúbio pro segurado, ainda mais num país tão carente de consciência a respeito do direito securitário como é o Brasil. Considero de todo recomendável para saúde das operações futuras uma detida reformulação dos questionários e clausulados".

Ao preparar esta exposição para as *III Jornadas de Resseguro* pude constatar que exatamente essa preocupação com a exclusão de ato doloso é compartilhada na Espanha. Registra-a MIGUEL IRIBARREN BLANCO, ao discorrer sobre a má formulação das exclusões importadas do direito anglo-saxão para as apólices emitidas naquele país:

"Incluso, las más tradicionales, como la del dolo, establecidas por nuestra ley, vienen, en ocasiones, formuladas en términos desconcertantes, sólo comprensibles una vez averiguada su procedencia. Por no mencionar las exclusiones de supuestos de responsabilidad derivados directamente de la violación de leyes estadunidenses".

Esses dois fatos concretos escancaram a incapacidade notável da comunidade de seguros de receber de modo adequado a influência estrangeira, adaptando-a, como é indispensável, à cultura local (no sentido amplo da palavra – e no sentido estrito de cultura jurídica nacional).

Feitas essas rápidas considerações sobre a dificuldade de adequação dos produtos de seguro estrangeiros a outro país, procurarei orientar esta exposição a uma questão que hoje parece bastante importante e é indiscutivelmente atual no Brasil.

III.

É sabido que o seguro D&O recebe a denominação de um seguro de responsabilidade civil, aquela do administrador de sociedades empresárias, em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário.

Por todo o planeta progride a tendência de se encontrar no seguro de responsabilidade civil, com maior ou menor intensidade, a vinculação aos interesses dos terceiros prejudicados.[16] É insuficiente nos tempos atuais a idéia de que o seguro de responsabilidade civil visa à garantia do interesse do segurado na preservação do seu patrimônio.

Tanto a amplificação do conceito de responsabilidade, quanto o desenvolvimento do conceito de interesse no campo da infortunística em geral e até mesmo na seara da legitimidade processual civil, decorrem justamente da impossibilidade de se encarar o acidente e seu tratamento jurídico numa ótica subjetiva e individual.

O interesse dos terceiros prejudicados paulatinamente molda tanto a teoria da responsabilidade quanto as técnicas econômicas de indenização, de tal sorte que o seguro de responsabilidade civil não pode mais ser encarado como servindo apenas

16 JARAMILLO J., Carlos Ignácio. *La acción directa en el seguro voluntário de responsabilidad civil*, in Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, vol. 8. Bogotá: Pontifícia Universidade Javeriana, 1996.

A apólice D&O. Dr. Ernesto Tzirulnik.

à proteção dos interesses patrimoniais daquele contra quem é imputada uma responsabilidade. Nesse seguro é também essencial a função econômica de indenização dos terceiros prejudicados, a qual, via-de-regra, já não pode mais ser atingida com o recurso ao patrimônio singular do responsável.

Justamente por reconhecer que o seguro de responsabilidade civil abrange os interesses dos terceiros prejudicados é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de meu país evoluiu no sentido de admitir a ação direta da vítima contra a seguradora de responsabilidade civil, sem que houvesse previsão no direito positivo. Nos julgados que fixaram essa jurisprudência é recorrente a afirmação de que ao se celebrar os seguros, seguradora e segurado pactuam em exceção ao *princípio da relatividade dos contratos*, alcançando o interesse jurídico de terceiros que serão identificáveis apenas a partir do sinistro.[17]

Essa mudança da percepção da função dos contratos de seguro de responsabilidade civil é contemporânea com o desenvolvimento da socialização das relações privadas em geral, fenômeno que no mundo jurídico atinge seu apogeu na formulação do princípio da função social dos contratos.

O CCB introduz no ordenamento positivo o princípio da função social dos contratos. Seu art. 421 dispõe que

"a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Ao mesmo tempo é introduzido no capítulo dedicado ao contrato de seguro um artigo dispondo que no seguro de responsabilidade civil

"o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro" (art. 787).

Como se vê com facilidade a lei brasileira optou por dispor imperativamente a respeito do conteúdo da garantia de todas as modalidades de seguro de responsabilidade civil. A garantia que resulta do contrato é destinada ao pagamento que tem como credor o terceiro prejudicado.

Fruto de anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Seguro, o Projeto de Lei de Contrato de Seguro (PLCS), ora em trâmite no Congresso Nacional (PL nº 3555/2004), procurou deixar mais claro o conteúdo da garantia dos seguros de responsabilidade civil.

Esse PLCS dispõe no art. 115 que os credores da garantia serão tanto os segurados quanto os terceiros prejudicados. No seu § 1º esclarece que os prejudicados serão os únicos credores da indenização devida pela seguradora, com exceção dos gastos com a defesa do segurado contra a imputação de responsabilidade, os quais seriam garantidos, de conformidade com o § 3º,

"mediante a fixação de valor específico e diverso daquele destinado à indenização dos terceiros prejudicados".

A preocupação suscitada a partir do art. 787, "caput", do CCB e que seria regulada de forma mais detalhada no mencionado PLCS, consiste na confusão entre a garantia de reembolso de despesas efetuadas para a defesa do segurado com a indenização devida aos terceiros. Se com relação à grande maioria dos seguros de

17 Recurso Especial nº 401.718-PR – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Pedro Sozo e outro *versus* Vera Cruz Seguradora S.A. – j. 03.09.2002; Recurso Especial nº 294057-DF – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar – Maria Quitéria Pereira Mesquita *versus* Sul América Terrestre, Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros – j. 28.06.2001.

responsabilidade civil a matéria raramente oferece maiores dificuldades práticas, no seguro D&O o problema assume dimensão superlativa.

Com efeito, no D&O, uma das coberturas de maior relevância, especialmente na experiência norte-americana que dá as diretrizes à operação deste seguro em todos os outros países, é justamente a garantia destinada ao custeio da defesa dos administradores segurados para prevenir ou contrariar pretensões indenizatórias de terceiros prejudicados.

Muitas apólices emitidas no Brasil não diferenciam os valores destinados ao custeio da defesa do administrador daqueles destinados a garantir o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado ao terceiro, que, como vimos, é o objeto do contrato de seguro de responsabilidade civil por força de lei (art. 787 do CCB).

Neste preciso momento, um dos sinistros D&O de maior expressão no país, envolvendo uma dessas apólices, gera conflito em virtude de os segurados, administradores e sociedades sócias de banco que se tornou insolvente, haverem pleiteado adiantamentos para custeio de defesa cuja soma esgota praticamente a totalidade da importância segurada.

Parece bastante grave o risco de, caso decida por acatar os pedidos de adiantamento para custeio de defesa, a seguradora vir a ser condenada a pagar em duplicidade em eventual ação proposta por terceiro prejudicado.

Ao contrário do que ocorre no direito norte-americano em que a orientação jurisprudencial é no sentido de que os gastos com a defesa estão contidos no conceito de perdas indenizáveis,[18] a lei brasileira, como vimos, dispõe que a garantia a cargo da seguradora deve ser aplicada para o pagamento devido ao terceiro que sofreu perdas e danos.

No Brasil não é factível a interpretação segundo a qual, por exemplo, a apresentação da fatura de honorários por parte dos advogados contratados pelo segurado possa ser compreendida nas *"perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro"* que, segundo o art. 798 do CCB, constituem a essência da garantia do seguro de responsabilidade civil.

Destarte, ao se denominar um determinado seguro de *responsabilidade civil*, obrigatoriamente incidirá o artigo 787 e, via de conseqüência, atuará a limitação ao direito de contratar decorrente da função social prevista no art. 421, ameaçando a licitude da garantia relativa ao custeio da defesa, especialmente naqueles casos em que consistir na principal garantia e quando não for possível distingui-la da relacionada à indenização dos terceiros prejudicados.

A garantia relacionada aos gastos de defesa somente poderá ser considerada, no regime de direito positivo brasileiro, como uma garantia *acessória*. E a subordinação do acessório ao principal não poderá ser desfeita no contrato de seguro, ou seja, não poderá o acessório (garantia relacionada com o custeio da defesa) sobrepujar o principal (garantia de pagamento das perdas e danos devidos pelo segurado ao terceiro), o que ocorreria, por exemplo, quando equivalessem entre si os valores de cada uma das garantias.

Como ressalta JUDITH MARTINS-COSTA,

18 PÉREZ CARRILLO, Elena F. Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales – El seguro D&O en EEUU. Marcial Pons. Madrid. 2005. p. 189/194.

> *"Quanto à utilidade socialmente típica do contrato de seguro, concretamente considerado, deve ser observado que os modernos mecanismos de "monitoramento" do programa negocial em suas diversas fases (do processo de formação do contrato até a sua execução), tendem a projetar a relação privada a uma ótica valorativa, de acordo com o socialmente útil. Nesse sentido, diz ALBERTO MONTI, o recurso à cláusula geral de boa-fé, para regramento das escolhas discricionárias e como modelo de expressão dos valores vigentes, oferece ao intérprete uma vasta gama de instrumentos adaptados para intervenções corretivas exógenas".*

Entre esta *"vasta gama de instrumentos adaptados para intervenções corretivas de correções exógenas"* destinada ao redirecionamento do contrato ao que é socialmente útil segundo a sua função típica, não há dúvida está o claro e inequívoco conteúdo obrigacional que a lei atribui, no artigo 787 do CBB, a todo e qualquer contrato de seguro de responsabilidade civil.

Assim, podemos concluir afirmando que, em princípio, aqueles seguros D&O cuja finalidade hegemônica é garantir o custeio da defesa dos administradores repelem a denominação *responsabilidade civil*.

É óbvio que a garantia de que se ocupam esses seguros pode ser concedida por uma seguradora, porém em outra carteira, sob pena de violarem a utilidade social típica que o legislador identificou nos seguros de responsabilidade civil (art. 787 do CCB), expondo a seguradora ao risco de prestar em duplicidade, caso haja reclamação por parte de terceiros prejudicados para os quais o segurado deva indenização por perdas e danos.

Caso se pretenda um seguro de responsabilidade civil garantindo, exclusiva ou hegemonicamente, o pagamento dos custos de defesa (honorários e despesas) suportados por administradores contra os quais forem imputadas responsabilidades em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário, a solução protegida consiste em prever, no contrato celebrado entre a sociedade empresária e os administradores, a responsabilidade da primeira pelo pagamento desses custos e despesas na hipótese de serem formuladas tais e quais reclamações ou instaurados procedimentos determinados procedimentos.

Assim será responsável pelos custos e despesas a sociedade empresária e, por conseguinte, estará constituído o seu interesse segurável. Poderá ela garantir-se contra o risco de ser-lhe imputada a obrigação de responder. Os administradores, nesse caso, não serão segurados, mas sim os terceiros danificados. Os custos de defesa serão perdas e danos decorrentes do exercício da função de administração.

Logicamente, numa tal formulação, somente quando o resultado da defesa for a demonstração de que o administrador não descumpriu o dever legal ou estatutário, é que os custos e despesas experimentados poderiam ser considerados *perdas e danos*, pois ê-lhes ínsito o requisito de estraneidade causal subjetiva, ou seja, o direito não considera perdas e danos os prejuízos que um sujeito de direito causa a si próprio. Portanto, em princípio, se os administradores forem responsáveis por simples culpa, não se haveria de falar em perdas e danos.

Certamente, tal formulação, embora adequada ao comando do artigo 787 do CCB, não atenderá à demanda de proteção dos administradores, que desejam ser também garantidos quando a imputação de responsabilidade decorra de efetivo descumprimento culposo de dever legal ou estatutário.

Então, mantido o pressuposto de que o que se quer proteger é, exclusiva ou hegemonicamente, o custeio da defesa, parece que o correto seria formular-se a proteção do interesse próprio dos administradores através de seguro específico,

provendo a garantia de prestação de serviços advocatícios e custeio de despesas. Seria um seguro estranho ao ramo de responsabilidade civil.

O problema causado pelo art. 787 do CCB desapareceria caso vigorasse no direito positivo brasileiro dispositivo como o do art. 115 e seus §§ do PLCS. Como vimos, a norma projetada esclarece que a garantia será prestada tanto em favor dos segurados quanto dos terceiros e que o pagamento das quantias necessárias à defesa, fixadas em *"valor específico e diverso daquele destinado à indenização dos terceiros prejudicados"*, constituirão crédito do segurado. Essa proteção legal em favor da convenção entre seguradora e segurado parece que seria mantida ainda quando a verba contratada para a garantia de despesas de defesa fosse superior àquela contratada para a indenização das perdas e danos sofridos pela vítima.

IV.

Poderíamos identificar inúmeros pontos de grande relevância para o conhecimento e o desenvolvimento do seguro D & O em nosso país.

Entretanto eu gostaria de terminar esta abordagem genérica sobre o tema chamando a atenção para o fato de que, além da necessária compreensão do regime de responsabilidade civil e da revisão dos clausulados, a fim de adequá-los ao meio jurídico no qual serão utilizados, é fundamental o desenvolvimento de questionários hábeis para garantir a boa declaração do risco a ser assumido pela seguradora, permitindo-lhe defender-se de forma mais eficaz nos casos em que houver omissão ou reticência.

Se o contrato de seguro é um contrato consensual, será do confronto entre a proposta apresentado pelo segurado com a apólice posteriormente emitida pela seguradora que se poderá conhecer o autêntico conteúdo do vínculo negocial, inclusive para o fim de identificar nulidades, ou hipóteses de ineficácia contratual.

A experiência tem-me revelado que os questionários costumam ser mais negligenciados do que os próprios clausulados das apólices. Descura-se de seus conteúdos e até mesmo de sua adequada obtenção.

É urgente que se atente para este problema, sejam reformulados os questionários, de forma a comprometer o proponente do seguro com declarações realmente essenciais.

Para isso é necessário que a formulação do questionário se dê após minucioso exame do regime da responsabilidade dos administradores, da identificação de seus pressupostos de fato e de direito mais comuns. Esse exame deve ser feito não apenas por operadores do direito como também por especialistas em contabilidade e administração.

No cotidiano operacional é importante que os encarregados da obtenção das propostas sejam igualmente qualificados e cuidem de exigir o preenchimento dos questionários por administrador que tenha qualificação técnica para fornecer as respostas.

Como adverte WALTER ANTONIO POLIDO,

> *"para a subscrição do seguro D&O recomendam-se estudos criteriosos e analíticos de toda a documentação que deve ser solicitada ao proponente, além do questionário e dos balanços da empresa (...). Este seguro só deve ser operado por seguradores que dispõem de pessoal especializado nesta área e com equipe profissional adequada às diversas outras áreas correlatas, tais como contadores fiscais, administradores de empresas, advogados e outros".*[19]

Em muitos dos casos que examinamos no decorrer do exercício profissional, os questionários foram respondidos por diretores completamente inabilitados, tais como diretores de recursos humanos, diretores industriais etc. Em alguns deles a ausência da especialização necessária para a resposta dos questionários foi invocada como razão para que a seguradora fosse obrigada a desconsiderar certas omissões e inúmeros lapsos informativos.

Noutra ocasião, a seguradora achava-se apta para recusar indenização em virtude da ausência de precisão contabilmente relevante em balanços financeiros entregues pela proponente do seguro, os quais viciaram de forma essencial o juízo sobre a própria admissibilidade do risco.[20] Todavia, a seguradora não dispunha de prova de que os balanços defeituosos lhe haviam sido entregues quando da contratação, pois não eram sequer mencionados entre os documentos oferecidos com a proposta do seguro.

Enfim, como ocorre em qualquer ramo de seguro, é necessária a compreensão do meio no qual serão processadas as garantias, o desenvolvimento de documentos e procedimentos adequados e o bom treinamento de recursos humanos. Certamente a indústria de seguro, que se envolve com riscos muito mais complexos, como são os industriais em geral e os de responsabilidade civil relacionados a produtos ou atividades de risco, pode operar com boa segurança o D&O, seja no meu país, seja em qualquer outro do planeta, desde que se disponha a tais cuidados preliminares.

Para encerrar, lembro o que expressaram MARINA MICHELUTTI e LUC ALBERT em recente artigo:[21]

> *"Therefore, the application of policies drafted for non Latin American markets should rather be avoided, or, at least, be given a thorough analisys* vis-à-vis *local laws, before their application in a different environment. Moreover, literal translations form one language to another may cause serious confusion".*

São Paulo, setembro de 2005

Ernesto Tzirulnik
Presidente do IBDS – Instituto Brasileiro de Direito do Seguro
Professor da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo (programa de pós-graduação)
Conselheiro da Fundação Científica Jean Bastin
Conselheiro da Sociedade Brasileira de Ciências do Seguro
Sócio de Ernesto Tzirulnik – Advocacia

19 O Seguro de Responsabilidade Civil Geral no Brasil & Aspectos Internacionais, p. 446. Editora Manuais Técnicos de Seguro, 1997.

20 O art. 766 do CCB dispõe que *"Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado à diferença do prêmio vencido"*. Entretanto o parágrafo único desse artigo vai dispor que *"se a inexatidão ou omissão das declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio"*.

21 *Corporate governance: improving transparency and accountability in the reinsurance business in Latin América*, in International Reinsurance Review, Euromoney, Essex, 2005/06, ps. 70-2.

Traducción del Portugués

Inicialmente quiero manifestar mi gratitud al director de Swiss Re y a su prestigiado Comité Jurídico, y felicito a las personas el Señor Edmundo Hernández y el Profesor Arturo Díaz Bravo. El agradecimiento se debe a la extremada honra que me propiciaron al formularme la invitación para participar en estas Terceras Jornadas del Reaseguro, en compañía de asistencia y conferencistas tan ilustres.

Me gustaría manifestar que el Profesores Arturo Díaz Bravo es una figura estructural del Instituto Brasileño de Derecho de Seguro, que presido, y verdadero guardián del desarrollo en cuanto al estudio del derecho del seguro en Brasil.

El tema que me propusieron los organizadores, ciertamente una generosidad más, corresponde a la materia sobre la cual, en los últimos años, tuve la oportunidad de asomarme como abogado, ya sea asesorando a los asegurados en su fase de aceptación para la contratación, o bien defendiendo los intereses de las compañías aseguradoras que se encuentran en la fase de regulación del siniestro. Son momentos y posiciones diferentes, que, por lo tanto, permiten sugerir algunas cuestiones de relevancia práctica.

Antes de hacer consideraciones, propiamente, sobre la póliza de seguro D & O, haremos una rápida exposición acerca de las responsabilidades de los administradores de sociedades empresariales en Brasil.

Creo que con eso se puede desmitificar la idea, según la cual el régimen de responsabilidad de un administrador corporativo ofrece una complejidad superior a la de los demás ejecutores de obligaciones del medio.

I.

Las reglas fundamentales acerca de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico brasileño se indican en los dos artículos 186 y 187 del Código Civil Brasileño[1] (CCB). La primera de esas normas es prácticamente un modelo de la formulación clásica del concepto de ilícito[2], en tanto que la segunda, aunque todavía colocada en el plano de la acción humana culposa, amplía el espectro de la ilicitud afirmando que

> "También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por buena fe o por las buenas costumbres".

Parece no haber duda, hasta aquí, de que el régimen general se refiere a lo ilícito como resultado de la acción humana voluntaria.

La acción humana voluntaria, aún cuando sea simplemente culposa, lo mismo traduciéndose en el ejercicio de derecho de forma extravagante a lo socialmente esperado, toda vez que viola de modo directo y causa daño a terceros, caracterizará lo ilícito civil y hará incidir la responsabilidad del agente, por lo tanto es una responsabilidad subjetiva.

Es aquello que esta dispuesta en otra norma relevante para la comprensión de la responsabilidad en el derecho brasileño, el artículo 927 del CCB:

1 Promulgado en enero de 2002 y en vigor después de vacatio legis de un año.
2 Art. 186. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola el derecho y causa daño a otro, puesto que es exclusivamente moral, comete acto ilícito.

> "Aquel que, por acto ilícito (artículos 186 y 187), causa daño a otro, queda obligado a repararlo".

El párrafo único de este artículo (927) establece una excepción en cuanto al régimen de la responsabilidad civil clásica (subjetiva), disponiendo que

> "Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desenvuelta por el autor de daño implique, por su naturaleza, un riesgo para los derechos de otro".

También deben mencionarse el artículo 1.009, el 2º del artículo 1.013 y el artículo 1.016 del CCB, relativos a las denominadas sociedades simples, todos previendo para el administrador el régimen de responsabilidad subjetiva.[3]

El párrafo 2º.- Responde por pérdidas y daños ante la sociedad, el administrador que realice operaciones, sabiendo o debiendo saber que estaba actuando en desacuerdo con la mayoría.

No parece que el Código intente indicar la posibilidad del administrador de una sociedad empresarial sea considerado responsable independientemente de la culpa, puesto que el ejercicio de la administración social no es una actividad que, por su propia naturaleza, determine riesgos para terceros. La administración en sí no se revela como una actividad de riesgo. El negocio social podrá fracasar a raíz de cambios estructurales o coyunturales económicos, por acontecimientos tecnológicos, políticos o naturales, y nunca porque fue normalmente ejercida la administración.

Podríamos encontrar la responsabilidad objetiva de los administradores. Pero, para eso, como establece el párrafo único del artículo 927, es necesario que se trate de un caso "especificado en la ley".

Sin embargo, son pocas las disposiciones legales en ese sentido, por ejemplo aquellas que cuidan la responsabilidad de los administradores de determinados tipos de sociedades que obligatoriamente acumulan la calidad de socio o accionista, como ocurre en las sociedades en comandita por acciones, o de aquellas concernientes a las instituciones financieras, en los términos de la Ley 6.024/74, conforme se irá anotando más adelante.[4]

Párrafo 1.- Si hubiera más de un director, serán solidariamente responsables, una vez agotados los bienes sociales.

Párrafo 3.- El director destituido o exonerado continua, durante dos años, como responsable por las obligaciones sociales contraídas bajo su administración.)"

Examinando la ley de sociedades por acciones (LSA), se observa que el régimen general es de responsabilidad aquiliana. El artículo 158 de esa ley prevé la responsabilidad de los administradores en dos hipótesis: **inciso I)** cuando actúa

3 Art. 1.009. La distribución de ganancias ilícitas o ficticias ocasiona la responsabilidad solidaria de los administradores que la realizaron y de los socios que los recibieron, conociendo o debiendo conocer la legitimidad.
"El art. 1.016.- Los administradores responden solidariamente ante la sociedad y los terceros perjudicados, por culpa en el desempeño de sus funciones.
"El art. 1.017.- El administrador que, sin consentimiento escrito de los socios, aplique créditos o bienes sociales en provecho propio o de terceros, tendrá que restituirlos a la sociedad, o pagar el equivalente, con todas las ganancias resultantes, y si hubiera perjuicio, también responderá por este.)
4 " Art. 1.091.- Solamente el accionista tiene la calidad para administrar la sociedad y, como director, responde subsidiaria e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad.

con dolo o culpa, aun cuando sin extralimitarse de los poderes o atribuciones y inciso II) cuando viola la ley o los estatutos. De ahí:

> *"Art. 158.- El administrador no es personalmente responsable por las obligaciones que contraiga en nombre de la sociedad y en virtud del acto regular de gestión; responde, por lo tanto, civilmente, por los perjuicios que cause, cuando proceda:*
>
> *I. Dentro de sus atribuciones o poderes, con culpa o dolo;*
>
> *II. Con violación de la ley o de los estatutos".*

La doctrina equipara los actos practicados contrario a las resoluciones tomadas por el órgano de la sociedad en violación prevista en el inciso II. De todos modos, causar perjuicio por culpa o dolo es actuar subjetivamente, como el violar la ley o los estatutos o la resolución de la sociedad.

La doctrina también equipara al administrador con el ejecutivo a quien son confiados, por acuerdo de órganos de la sociedad, poderes de gestión y decisorios.

Quien viola la ley responde por dolo o culpa. Quien viola los estatutos también, de tal suerte que mientras en el caso del inciso I, como en el inciso II del art. 158 de la LSA, la responsabilidad es subjetiva.

Examinándose los párrafos del artículo 158 tenemos la confirmación de que el régimen de responsabilidad de los administradores es el de una responsabilidad subjetiva común.

El primer Párrafo dispone que el administrador

> "No es responsable por actos ilícitos de otros administradores, salvo si fuera cómplice de ellos, al omitirse de descubrirlos o si, al tener conocimiento de ello, deja de actuar para impedir su práctica".

En otras palabras, reafirma la subjetividad de la responsabilidad del administrador, diciendo que ella depende, para generarse, de una acción u omisión dolosa o culposa del propio administrador.

Igualmente, el Párrafo 1 continúa aclarando que será eximido de responsabilidad el administrador "disidente" esto es, aquel que

> "Haga consignar su divergencia en el acta de reunión del órgano de administración o, si no fuera posible, dé conocimiento inmediato y por escrito al órgano de la administración, en el consejo fiscal, si está en funcionamiento, o en la asamblea general".

Así, sin actuar será responsable porque se omitió en cuanto a la adopción de comportamiento que la ley le obliga y exige, y no porque la ley simplemente le atribuye la responsabilidad por la reparación independientemente de haber practicado el acto lesivo, culposo o doloso, como sería el caso de la responsabilidad objetiva.

Los Párrafos 2 y 4 cuidan de la responsabilidad solidaria por acto de otro administrador. Leyéndose el Párrafo 2[do] se tiene la impresión de que se trata de responsabilidad objetiva. Sin embargo, los artículos 3 y 4 evidencian lo contrario.

El Párrafo 3 aclara que en las compañías abiertas, la responsabilidad quedará limitada al administrador que estaba obligado a dar cumplimiento al deber impuesto por la

ley para asegurar el funcionamiento normal de la compañía.[6] Aquí, responde el administrador de la compañía abierta porque, no obstante de estar obligado, no hizo que fueran cumplidos tales deberes. Resulta que el administrador no tenía atribución especifica de dar cumplimiento a los deberes, sea la compañía abierta o cerrada, responderá igualmente por culpa o dolo, al dejar de comunicar tal y como le obliga la ley, el incumplimiento del cual tenía conocimiento. Es lo que hace constar el Párrafo 4 del artículo 158.[7]

Finalmente, el párrafo 5 del artículo 158, extrapolando la figura del administrador, prevé otra hipótesis de responsabilidad subjetiva (concurrencia para la práctica del ilícito):

> "El párrafo 5 responderá solidariamente con el administrador quien, con el fin de obtener ventaja para sí o para otro, concurre en la práctica del acto con violación de la ley o de los estatutos".

Aunque innumerables especialistas afirman que se trata en el inciso II del art. 158 de una responsabilidad objetiva, o de responsabilidad sujeta a presunción de culpa, con razón señala FÁBIO ULHOA COELHO, para quien

"El hecho de que sólo el inciso I, y no el II, acoge las expresiones de 'culpa o dolo', esto no tiene ninguna relevancia " y "las hipótesis legales de solidaridad entre los administradores (...) no alteran la conclusión sobre la naturaleza subjetiva de tipo clásico, del sistema de responsabilidad civil a que estos se sujetan".[8]

(Al pie de página, aparece dos notas):

La responsabilidad de los administradores de instituciones financieras en Brasil genera las más exacerbadas discusiones, en cuanto a su naturaleza. Para algunos es objetiva en virtud de lo definido en los artículos 39 y 40 de la Ley no. 6.024/74, que dispone sobre la intervención y la liquidación extrajudicial de instituciones financieras. Veamos a continuación las dos normas mencionadas, las cuales deben examinarse teniendo en cuenta que ninguna otra regla afirme que la responsabilidad de los administradores de instituciones financieras acoge la presunción de culpa o es objetiva:

"Art. 39.- Los administradores y miembros del Consejo Fiscal de instituciones financieras responderán, en cualquier tiempo salvo prescripción extintiva, por los actos en que hubieran practicado o las omisiones en que hubieran incurrido".

> "Art. 40.- Los administradores de instituciones financieras responden solidariamente por las obligaciones por ellas asumidas durante su gestión hasta que se cumplan.
>
> Párrafo único. La responsabilidad solidaria se circunscribirá al monto de los perjuicios causados".

La primera norma (art. 39) habla claramente de la responsabilidad por los actos practicados o las omisiones incurridas. No hay ahí ninguna afirmación de responsabilidad subjetiva, ni autorización, siquiera, para presunción de culpa o inversión del gravamen probatorio en contra del administrador.

6 § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição especifica de dar cumprimento àqueles deveres.

7 El Párrafo 4.- El administrador que, teniendo conocimiento de no cumplir esos deberes por su predecesor, o cuando el administrador competente en los términos del Párrafo 3, deje de comunicar el hecho a la asamblea general, se vuelve solidariamente responsable"..

8 ULHOA COELHO, Fábio. Curso de Derecho Comercial. San Paulo.)

La segunda norma (art. 40) habla en el preámbulo de la solidaridad del administrador con la institución financiera, en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta, lo que en principio pudiera llevar al entendimiento de que se trata de responsabilidad objetiva. Sin embargo, como esa solidaridad será circunscrita "al monto de los perjuicios causados", por expresa previsión del párrafo único, queda claro que se mantiene el régimen de responsabilidad subjetiva. El administrador solamente responderá, de cualquier forma, por los perjuicios que causó, como también propone FÁBIO ULHOA COELHO al afirmar que

> "(...) la norma en cuestión no atribuye responsabilidad a los administradores por todos los daños provocados por el mal desempeño de sus funciones. La atribuye, únicamente, si de las acciones o las omisiones del administrador resultan obligaciones para los bancos. Debe haber, por lo tanto, para la incidencia de la norma responsabilizadora, un lazo entre determinado acto de mala administración y una cierta obligación de la institución financiera – que la tenía perjudicada -, para que surja de ello el vinculo de solidaridad".[9]

Finalmente, se observa que en el mismo caso excepcional del art. 28 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dispone sobre la denominada "teoría menor" de la desconsideración de responsabilidad civil, la idea de responsabilidad subjetiva se sostiene", exigiéndose la prueba de que los perjuicios fueron causados por la mala administración.[10]

Lo que se debe concluir es que el administrador responderá siempre que hubiera práctica de acto ilícito (contrario a la ley, los estatutos o la resolución de los órganos de la sociedad) de que resulte daño a la sociedad, a los socios, accionistas, o a terceros.

Por otra parte, el administrador también podría verse perjudicado cuando tuviese que soportar los costos (honorarios de abogados, gastos judiciales, honorarios de peritos etc.) para defenderse frente a reclamaciones civiles y acusaciones

criminales, que procedan del ejercicio de su actividad profesional. En muchos casos, aunque apartado de su responsabilidad, el administrador tendrá que sufrir una importante reducción patrimonial por el simple hecho de verse gravado con la necesidad de defenderse.

En ese contexto – siempre que no se trate de un acto doloso[11] – que se opera el seguro de responsabilidad civil en la modalidad D&O.

En suma, recorremos, en "línea de principio", un terreno bastante conocido, al menos desde el punto de vista de la elaboración jurídica, que es el de la responsabilidad civil clásica o subjetiva.

II.

Exceptuadas algunas contrataciones por la Administración Pública, cuando la ley exige formas y ritos para la celebración de los contratos, el seguro es un contrato consensual, un contrato que se vuelve perfecto desde el momento en que los contratantes ajustan sus voluntades. La póliza – documento de emisión posterior por parte de la aseguradora – será tan sólo un medio de prueba del contenido del

9 Ob. cit., p.

10 "Art. 28.- El juez podrá desconsiderar la personalidad jurídica de la sociedad cuando, en detrimento del consumidor, hubiera abuso de derecho, exceso de poder, infracción de la ley, hecho o acto ilícito o violación, de los estatutos o contrato social. La desconsideración también será efectiva cuando hubiera quiebra, estado de insolvencia, cierre o inactividad de la persona jurídica provocados por mala administración".

11 El CCB, en el art. 762 dispone que será nulo el contrato cuyo objeto consista en la "garantía del riesgo proveniente del acto doloso del asegurado, del beneficiario o del representante de uno o de otro."

La póliza D&O. Dr. Ernesto Tzirulnik.

vinculo obligatorio. En Brasil, el seguro es un contrato que se forma ante la simple ausencia de rechazo expresado a una propuesta que, por cualquier modo, había sido presentado a la aseguradora.

Por esa razón, y por ser un contrato consensual, su formación y su contenido son revelados a través de un conjunto de elementos probatorios, que se constituyen desde el momento en que son practicados los actos pre-contractuales (ofertas, pedidos de cotización, declaraciones en general realizadas por las partes y, principalmente, la propuesta), pasando por la emisión de la póliza, hasta los actos de ejecución contractual, ya que el modo de ejecutar el contrato también es una fuente creadora del contenido contractual cada día más importante.

Resultado de lo que acabamos de afirmar es el hecho de que todas las preocupaciones que se tuviera para con la póliza deben estar presentes en la producción de cada uno de los actos que anteceden a la conclusión del contrato y todos los que expresen la realización del fin contractual.

Es bastante antigua la preocupación del perfeccionamiento de la expresión del contenido de los contratos de seguro. Sobre las pólizas. Stoll Gonçalves advertía con virulencia en la década de los 20 que "La pésima redacción de la mayoría de ellas, el amontonamiento de redundancias y contradicciones, conducen a resultados, que aquellos que las desean comprender, deben estudiar paciente y cuidadosamente".[12]

Si es verdad que poco se avanza en ese sentido que dice respecto a los seguros en general, que la desilusión se produce enfáticamente en algunos ramos como en el así llamado seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades empresariales, conocido internacionalmente como Directores y Oficiales o, simplemente, D & O.

En el campo de los D & O la materia enfrenta una particular cronicidad. En los Estados Unidos, en el año de 1966, J. W. Bishop registraba

> "Me parece que exhiben tales defectos serios de cobertura y claridad que me acerco a ellos con considerable reserva aun si no tuviera interrogantes en cuanto a su validez y propiedad. La lectura del formulario de Lloyd's y sus "imitaciones norteamericanas" me dejan con una impresión sobresaliente de que el redactor, aunque si poseyera una amplia y sólida experiencia en el campo de la ley sobre seguros, obtuvo su formulario legal corporativo de algunas recolecciones más bien incompletas de Unidades de Negocios I (o cualquier cosa que pudiera servir para llamar así al curso básico sobre sociedades en esta facultad de leyes) incluyendo un vistazo rápido en el Corpus luris").[13]

Casi cuatro décadas después, en el 2002, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO advierte que las pólizas D & O.

> "Son pólizas impuestas normalmente por los reaseguradores inspiradas en los formularios anglosajones, para grandes sociedades e incluso podríamos decir que para grupos de sociedades, pero que no se ha meditado suficientemente sobre la especialidad del régimen español de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas".[14]

12 "Del seguro contra fuego", Pongetti, Rio, 1926, p. 87 y demás.

13 New Cure for an old aliment: insurance against Directors' and Officers' Liability in "The business Lawyer", 1966, ps, 92 a 114.

14 Observaciones en torno al seguro de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. ARAJL, 2002, ps. 82 y 83.

MIGUEL IRIBARREN BLANCO, en el libro de 2005 que contiene su competente tesis de doctorado en derecho que versa sobre la materia[15], advierte que

> "la utilización sin la adaptación debida de los clausulados anglosajones en nuestro mercado ha sido una de las principales trabas para su difusión".

Ese desajuste entre los textos de las pólizas y la realidad nacional observada en España tiene profundamente sentido en Brasil y, uno se atreve a agregar, aquí en México y por toda América Latina!

Volviendo al jurista español que acabamos de mencionar, el registro de innumerables críticas actuales relacionadas con, digámoslo así, "ciertas falsificaciones de las pólizas.

Critica la ausencia de cobertura para la responsabilidad por las deudas sociales en caso de insolvencia de una sociedad, cobertura esa que

> "no ha de quedar al margen del seguro en nuestro ordenamiento si se desea que el mismo satisfaga adecuadamente las necesidades de los asegurados y de las sociedades que los subscriben".

Critica también el hecho de que las propias sociedades figuran como aseguradas, lo que se justifica plenamente en el sistema estadounidense.

> "porque sus leyes estatales de sociedades establecen expresamente con cierta amplitud deberes de compensación de las sociedades por los gastos generados por las reclamaciones de responsabilidad contra sus administradores".

Pero, no se justifica en el derecho español y en general en los países afiliados al sistema de derecho europeo continental, donde

> "el ámbito de las obligaciones de compensación, en caso de que exista, es mucho menor".

Continúa MIGUEL IRIBARREN BLANCO resaltando, entre otros puntos, lo siguiente:

> "Además de los pactos inconvenientes o inútiles, como los que acaban de ver, se encuentran, en ocasiones, algunos claramente ilegales, como los de confidencialidad, que impedirían a los asegurados informar acerca de la existencia del seguro a los perjudicados, y que están prohibidos expresamente por la LCS, o las denominadas no action clauses. Estas últimas, frecuentísimas en la práctica anglosajona, impiden la reclamación directa contra los aseguradores hasta que la indemnización queda fijada definitivamente por acuerdo o sentencia y son complemento habitual de la supresión del duty to defend de los aseguradores y el consiguiente encargo de la defensa a los asegurados. En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de la acción directa que, precisamente, consiste en el derecho del perjudicado a dirigirse contra el asegurador del responsable de los daños exigiéndole la indemnización debida contradice la validez de la cláusula".

Por fin, es oportuno registrar esta observación del mismo estudioso:

> "Hay que decir, también, al hilo de lo anterior, que los defectos de la cobertura de este seguro, tal y como es practicado actualmente, no se deben sólo a la mala adaptación de reglas extranjeras pensadas para ser aplicadas en otros ordenamientos, sino que, con frecuencia, resultan de aplicar los formularios

15 El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital, Thompson Civitas, ARANZALDI, 2005 P. 75 y demás.

> utilizados para los seguros de responsabilidad civil general o profesional sin más, sin las oportunas adaptaciones teniendo en cuenta la peculiaridad de la responsabilidad civil de los administradores. Tarea ésta en la que resulta, por cierto, de gran utilidad la consideración de esas reglas anglosajonas".

Como se ve, lo mismo ocurre a cierto nivel como en los Estados Unidos: las pólizas inglesas se respetan hace décadas en diversos países, y aún provoca intensos efectos, ahora causados por los modelos estadounidenses.

Para ilustrar la arraigada dejadez que ciertos aseguradores y reaseguradores manifiestan respecto a la necesidad de adaptación de sus clausulados, daré un ejemplo que recientemente sucedió en Brasil.

Hace pocos años, las reaseguradoras de un importante grupo económico (Grupo X) se volvieron "retrógradas hegemónicas" de D & O en relación con IRB Brasil Resseguros S.A. Como la IRB es monopolista, su opción por un programa de reaseguro determinado con la emisión de un clausulado, al ser adoptado por las aseguradoras significaba una forzosa uniformización. El modelo de contrato que se presentó al público con el logotipo de la IRB consistía en una traducción prácticamente literal de una póliza de seguro norteamericana comercializada por las reaseguradoras del GRUPO X. Este es, sin duda, un buen ejemplo de los más extravagantes clausulados en uso en el mercado brasileño. Aquí está lo que la IRB presentó:

IRB-Brasil Resseguros S.A.

LEA CON ATENCIÓN LAS CONDICIONES GENERALES DE SU SEGURO

D & O – Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores

(Póliza como Base de Reclamación – Lea con Atención)

DECLARACIONES

1. El Tomador del Seguro declara que es una Entidad Mercantil, establecida y que opera bajo las leyes brasileñas.

2. La Aseguradora declara que es una Compañía de Seguros, debidamente autorizada por las autoridades correspondientes para realizar operaciones de seguros, inclusive, este contrato.

3. Las partes declaran que participaron activamente en la preparación de este contrato y que no hay ningún tipo de vicio o error en su elaboración que pueda afectar la nulidad del mismo (SIC - destacamos).

I. CONDICIONES GENERALES

1. PRESENTACIÓN
(...)

5. GARANTÍAS

5.1. EXTENSIÓN DE GARANTÍA

(...)

5.1.3. Consejeros y directores de entidad sin fines lucrativos.

En el caso de que cualquier Consejero o Director haya sido, sea, o pueda serlo, a través de un aviso por escrito de la Sociedad, el Consejero o el Director de cualquier Entidad Sin Fines Lucrativos, esta Póliza extenderá la cobertura por cualquier reclamación hecha contra ellos en su condición de Consejero o Director de esa Entidad Sin Fines Lucrativos, y notificadas a la aseguradora durante el Período de Vigencia.

Esta cobertura será aplicable específicamente como cobertura adicional a cualquier seguro en vigor contratado por la Entidad Sin Fines Lucrativos, así como adicionalmente a cualquier indemnización hecha por la propia Entidad Sin Fines Lucrativos. La Cobertura prevista por esta cláusula será solamente una cobertura adicional a todas esas indemnizaciones y pagos de esa manera obtenidos y recuperados. En la hipótesis del referido seguro que haya sido contratado con la Aseguradora o cualquier empresa asociada al GRUPO X (o haya sido contratado para cobertura destinada específicamente a cubrir valores que excedan los límites de responsabilidad de esta Póliza), el límite total agregado de responsabilidad por todas las indemnizaciones cubiertas en virtud de la extensión de la cobertura ahora prevista en esta cláusula será reducido en la proporción del límite de responsabilidad especificado en la póliza de otro seguro contratado por la Entidad Sin Fines Lucrativos con la empresa del GRUPO X".

Cualquier operador de derecho brasileño que lea este fragmento del clausulado D & O sometido al mercado brasileño, se sorprenderá bastante por la pintoresca mención del GRUPO X.

Verá que las declaraciones de calidad de las partes (primera y segunda) son redundantes, pues bastan las denominaciones sociales completas para verificarse quienes son las partes.

Luego, quedará impresionado con lo que ve en la tercera declaración, por dos motivos: a)las partes no han participado activamente en la elaboración del clausulado, ni siquiera la aseguradora, que se subordina al patrón dictado por el reasegurador monopolista y b)decir que nada afecta la nulidad es igual a afirmar que la nulidad no será perjudicada, o sea que el contrato es nulo!

Tan sólo en este detalle se ve que ni siquiera fueron respetadas las más comunes reglas de la lógica en la elaboración de ese importante clausulado patrón.

Yo diría que además de la manía de copiar destrozando, también la formación de los cuadros de los mercados de seguro en general acaba siendo impregnada de una cultura técnica extranjera descontextualizada, en general anglosajona. Esto crea una especie de "conciencia sin nacionalidad" que hace perpetuar el

desencuentro entre las reglas del contrato y el ordenamiento jurídico local. Al contrario de crear algo productivo para la sociedad, los técnicos "escriben" para si mismos, o sea, algunos abogados lo formulan para sus clientes aseguradoras o reaseguradoras, y no se dan cuenta de que al proceder de ese modo están creando un mundo falso que ciertamente surtirá efectos perjudiciales.

Atendiendo a una aseguradora, recientemente examiné una reclamación de siniestro D & O en que estaban involucrados los administradores de una institución financiera. Se trataba de un siniestro de gran envergadura. Entregué un informe

sobre la estrategia sugerida para el enfrentamiento a la reclamación presentada por los asegurados y aproveché la situación para manifestar la preocupación por el intangible y absurdo contenido de la póliza, y terminé recomendando al cliente que parara inmediatamente de utilizar aquel clausulado patrón. Me contestó que el texto era el resultado de una revisión reciente hecha por un despacho de abogados brasileño especializado en seguros.

Vale revisar uno de los innumerables problemas identificados en el clausulado de la póliza D & O usada por esa reaseguradora. Aquí esta lo que, entonces argumenté:

> "Al conceptuar el acto doloso (Condiciones Generales, inciso 2 Definiciones, subinciso '2.3' Acto Doloso), que es una expresión de la cual puede valerse la aseguradora para la exclusión de su obligación; por lo tanto es un concepto-defensa, al contrario de alinearse con el concepto general y amplio de nuestro sistema jurídico, optó por resumir el 'acto fraudulento practicado por el asegurado para obligar a la aseguradora a honrar algo que no asumió'.

Sólo por ahí se ve:

a) Que el acto ha de ser fraudulento (el concepto de fraude, en nuestro derecho, es de cierto modo restringido, más utilizado con el sentido de fraude contra acreedores, que carece de las diversas especies de actos dolosos) y

b) que necesariamente ha de ser practicado con el fin especifico de 'obligar a la aseguradora a honrar algo que no asumió', lo cual tiende a restringir los efectos del acto doloso en la fase de ejecución del contrato, cuando el comportamiento doloso puede estar afectando negativamente la relación contractual desde antes de la propia formulación del contrato.

Esas imprecisiones terminológicas (y hasta jurídicas) imponen la reconstrucción del contenido del contrato no obstante su texto, una dificultad más para situaciones de crisis en la relación, especialmente ante principios de interpretación como el 'en una duda a favor del adherente' o en "la duda a favor del asegurado", todavía más en un país tan carente de consciencia respecto del derecho de los seguros como es Brasil. Considero de todo recomendable para mayor salud de las operaciones futuras realizar una detallada reformulación de los cuestionarios y de los clausulados".

Al preparar esta exposición para las III Jornadas del Reaseguro puede constatar que exactamente esa preocupación por la exclusión del acto doloso es compartida en España. La registra MIGUEL IRIBARREN BLANCO, al discurrir sobre la mala formulación de las exclusiones importadas del derecho anglo-sajón para las pólizas emitidas en ese país:

(En español, en el original):

> "Incluso las más tradicionales, como la del dolo, establecidas por nuestra ley, vienen, en ocasiones, formuladas en términos desconcertantes, sólo comprensibles una vez averiguada su procedencia. Por no mencionar las exclusiones de supuestos de responsabilidad derivados directamente de la violación de leyes estadounidenses".

Esos dos hechos concretos exponen la incapacidad notable de la comunidad de seguros para recibir en forma adecuada la influencia extranjera, y para adaptarla, como es indispensable, a la cultura local (en el sentido amplio de la palabra – y en el sentido estricto de la cultura jurídica nacional).

Una vez hechas estas rápidas consideraciones sobre la dificultad de la adecuación de los productos de seguros extranjeros a otro país, procuraré orientar esta

exposición a una cuestión que hoy parece bastante importante y es indiscutiblemente actual en Brasil.

III.

Es sabido que el seguro D & O recibe la denominación de un seguro de responsabilidad civil, o sea aquella del administrador de sociedades empresariales, en razón de descubrimiento del deber legal o estatutario.

Por todo el planeta progresa la tendencia de encontrar en el seguro de responsabilidad civil, con mayor o menor intensidad, la vinculación con los intereses de terceros perjudicados.[16] Es insuficiente en los tiempos actuales la idea de que el seguro de responsabilidad civil tenga como objetivo en la garantía del interés del asegurado la preservación de su patrimonio.

Tanto la ampliación del concepto de responsabilidad, como el desarrollo del concepto de intereses en el campo de los siniestros en general y hasta en el sector de la legitimidad procesal civil, surgirá justamente la imposibilidad de encarar el accidente y su tratamiento jurídico desde una óptica subjetiva e individual.

El interés de los terceros perjudicados paulatinamente moldea tanto la teoría de responsabilidad como las técnicas económicas de indemnización, de tal suerte que el seguro de responsabilidad civil ya no puede encararse como sirviendo solamente para la protección de los intereses patrimoniales de aquella a quien es imputada una responsabilidad. En ese seguro también es esencial la función económica de indemnización de los terceros perjudicados, la cual, por regla general, ya no puede alcanzarse con el recurso al patrimonio singular del responsable.

Precisamente por reconocer que el seguro de responsabilidad civil comprende los intereses de los terceros perjudicados es que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de mi país evolucionó en el sentido de admitir la acción directa de la víctima contra la aseguradora de responsabilidad civil, sin que hubiese previsión en el derecho positivo. En los juzgados que fijaron esa jurisprudencia es recurrente la afirmación de que al celebrarse los seguros, la aseguradora y el asegurado pactan en excepción *del principio de la relatividad de los contratos*, alcanzado el interés jurídico de terceros que serán identificables sólo a partir del siniestro.[17]

Ese cambio de percepción de la función de los contratos de seguro de responsabilidad civil es simultáneo con el desarrollo de la socialización de las relaciones privadas en general, fenómeno que en el mundo jurídico alcanza su apogeo en la formulación del principio de la función social de los contratos.

El CCB introduce en el ordenamiento positivo el principio de la función social de los contratos. Su art. 421 dispone que

> "La libertad de contratar será ejercida en razón y en los limites de la función social del contrato".

Al mismo tiempo es introducido en el capítulo dedicado al contrato de seguros, un artículo en que dispone que en el seguro de responsabilidad civil.

16 JARAMILLO J., Carlos Ignácio. *La acción directa en el seguro voluntário de responsabilidad civil*, in Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, vol. 8. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, 1996.

17 Recurso Especial nº 401.718-PR – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – Pedro Sozo e outro *versus* Vera Cruz Seguradora S.A. – j. 03.09.2002; Recurso Especial nº 294057-DF – Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar – Maria Quitéria Pereira Mesquita *versus* Sul América Terrestre, Marítimos e Acidentes Companhia de Seguros – j. 28.06.2001.

> "El asegurador garantiza el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado a un tercero" (art. 787)

Como se ve con facilidad, la ley brasileña optó por disponer obligatoriamente respecto al contenido de la garantía, de todas las modalidades de seguro de responsabilidad civil. La garantía que resulta del contrato está destinada al pago que debe hacer al acreedor o al tercero perjudicado.

Fruto del anteproyecto elaborado por el Instituto Brasileño de Derecho de Seguro, el Proyecto de Ley sobre el Contrato de Seguro (PLCS), ahora en tramite en el Congreso Nacional (PL número. 3555/2004), procuró dejar más claro el contenido de la garantía de los seguros de responsabilidad civil.

Ese PLCS dispone en el art. 115 que los acreedores de la garantía serán tanto los asegurados como los terceros perjudicados. En el inciso 1 aclara que los perjudicados serán los únicos acreedores de la indemnización debida por la aseguradora, con excepción de los gastos con la defensa del asegurados contra la imputación de responsabilidad, los cuales serán garantizados, de conformidad con el Párrafo 3.

"Mediante la fijación de valor especifico y diverso de aquel destinado a la indemnización de los terceros perjudicados".

La preocupación suscitada a partir del art. 787, "preámbulo", del CCB y que sería regulada de forma más detallada en el mencionado PLCS, consiste en la confusión entre la garantía de reembolso de gastos efectuados para la defensa del asegurado con la indemnización debida a terceros.

Si en relación con la gran mayoría de los seguros de responsabilidad civil la materia raramente ofrece mayores dificultades prácticas, en el seguro D & O el problema adquiere una dimensión superlativa.

En efecto, en el D & O, una de las coberturas de mayor relevancia, especialmente en la experiencia norteamericana que da las directrices en la operación de este seguro a todos los demás países, justamente la garantía está destinada al costo de la defensa de los administradores asegurados para prevenir o contravenir las pretensiones indemnizatorias de terceros perjudicados.

Muchas pólizas emitidas en Brasil no diferencian los valores destinados al costo de la defensa del administrador de aquellos destinados a garantizar el pago de pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero, que, como vimos, es el objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil por fuerza de ley (art. 787 del CCB).

En este preciso momento, uno de los dos siniestros D & O de mayor expresión en el país, que afecta a una de tales pólizas, genera conflicto en virtud de que los asegurados, los administradores y las sociedades socias del banco que se volvió insolvente, habrán buscado anticipos para sufragar los costos de la defensa cuya suma agota prácticamente la totalidad del monto asegurado.

Parece bastante grave el riesgo de que, en caso de que se decida acceder a la demanda de pagar los anticipos para los costear la defensa, la aseguradora llegue a ser condenada a pagar el doble en una eventual acción entablada por un tercero perjudicado.

Al contrario de lo que sucede con el derecho norteamericano en que la orientación jurisprudencial es en el sentido de que los gastos para la defensa están contenidos en el concepto de pérdidas indemnizadas,[18] la ley brasileña, como vimos, dispone

18 PÉREZ CARRILLO, Elena F. Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales – El seguro D & O en EEUU, MARCIAL Pons. Madrod, 2005. p. 189/194.

que la garantía y el cargo de la aseguradora deben aplicarse para el pago debido al tercero que haya sufrido las pérdidas y daños.

En Brasil no es factible la segunda interpretación la cual, por ejemplo, la presentación del recibo de honorarios por parte de los abogados contratados por el asegurado pueda ser comprendida en las *"pérdidas y daños debidos por el asegurado a tercero"* que, según el artículo 798 del CCB, constituyen la esencia de la garantía del seguro de responsabilidad civil.

De esta forma, al denominarse un determinado seguro de *responsabilidad civil*, obligatoriamente incidirá en el artículo 787 y, por consiguiente, actuará en este caso la limitación al derecho de contratar como resultado de la función social prevista en el art. 421, amenazando la licitud de la garantía relativa al costo de la defensa, especialmente en aquellos casos que consisten en la principal garantía y cuando no fuera posible distinguirla de la correspondiente indemnización de los terceros perjudicados.

La garantía relacionada con los gastos de defensa solamente podrá ser considerada, en el régimen de derecho positivo brasileño, como una garantía accesoria. Y la subordinación del accesorio al principal no podrá ser desechada en el contrato de seguro, o sea, el accesorio no podrá (garantía relacionada con el costo de la defensa) superar a lo principal (garantía de pago de las pérdidas y daños debidos por el asegurado al tercero), lo que pasaría, por ejemplo, cuando equivalen entre si los valores de cada una de las garantías.

Como resalta JUDITH MARTINS-COSTA,

> "En cuanto a la utilidad socialmente típica del contrato de seguro, concretamente considerada, debe observarse que los modernos mecanismos de "monitoreo" del programa comercial en sus diversas fases (del proceso de formación del contrato hasta su ejecución), tienden a proyectar la relación privada a una óptica valorativa, de acuerdo con lo socialmente útil. En ese sentido, dice ALBERTO MONTI, el recurso en la cláusula general de buena fe, para reglamento de las elecciones arbitrarias y como modelo de expresión de los valores vigentes, ofrece al intérprete una vasta gama de instrumentos adaptados para intervenciones correctivas exógenos".

Entre esta "vasta gama de instrumentos adaptados para intervenciones correctivas de correcciones exógenos" destinada al "re-direccionamiento" del contrato al que es socialmente útil según su función típica, no hay duda de que esta el claro e inequívoco el contenido obligatorio que la ley atribuye, en el artículo 787 del CBB, a todos y cada uno de los contratos de seguro de responsabilidad civil.

Así, podemos concluir afirmando que, en principio, aquellos seguros D & O cuya finalidad superior es garantizar el costo de la defensa de los administradores rechazan la denominación de responsabilidad civil.

Es evidente que la garantía de la que se ocupan esos seguros puede ser concedida por una aseguradora, sin embargo, en otra cartera, bajo pena de violar la utilidad social típica que el legislador identificó en los seguros de responsabilidad civil (art. 787 del CCB), expone la aseguradora al riesgo de prestar una duplicidad, en caso de que haya una reclamación por parte de terceros perjudicados para los cuales el asegurado deba la indemnización por pérdidas y daños.

En caso de que se pretenda un seguro de responsabilidad civil garantizando, exclusiva y principalmente, el pago de los costos de la defensa (honorarios y gastos) soportados por los administradores a los cuales fueran imputadas las responsabilidades en razón de un incumplimiento del deber legal o estatutario, la

solución protegida consiste en prever, en el contrato celebrado entre la sociedad empresarial y los administradores, la responsabilidad de aquélla por el pago de tales costos y gastos en la hipótesis de que fuesen formulados tal o cuales reclamaciones o establecidos procedimientos determinados.

Así será responsable por los costos y gastos la sociedad empresarial y, por consiguiente, estará constituido su interés asegurable. Podrá garantizarse contra el riesgo de serle imputada la obligación de responder. Los administradores, en ese caso, no serán asegurados, pero sí los terceros perjudicados. Los costos de la defensa constituirán pérdidas y daños derivados del ejercicio de la función de administración.

Lógicamente, en tal formulación, solamente cuando el resultado de la defensa fuera la demostración de que el administrador no haya incumplido el deber legal o estatutario, los costos y gastos experimentados podrían considerarse como pérdidas y daños, ya que es inherente en ellos el requisito de extrañeza o alienamiento casual subjetiva, o sea, el derecho no considera pérdidas y daños a los perjuicios que un sujeto de derecho cause a si mismo. Por lo tanto, en principio, si los administradores fueran responsables por simple culpa, no se tendría que hablar de pérdidas y daños.

En verdad, tal formulación, aunque adecuada al comando o sea a lo ordenado en el artículo 787 del CCB, no atenderá a la demanda de protección de los administradores que desean quedar también garantizados cuando la imputación de responsabilidad se derive de un efectivo incumplimiento culposo del deber legal o estatutario.

Entonces, manteniendo la suposición de que lo que se quiere proteger es, exclusiva o predominantemente, el costo de la defensa, parece que lo correcto sería formular la protección del interés propio de los administradores a través de un seguro especifico, ofreciendo la garantía de prestación de servicios legales y el costo de sufragar los gastos. Sería un seguro ajeno al ramo de la responsabilidad civil.

El problema causado por el art. 787 del CCB desaparecería en caso que estuviera en vigor en el derecho positivo brasileño el dispositivo como se define en el art. 115 y sus párrafos del PLCS. Como vimos, la norma proyectada aclara que la garantía será ofrecida tanto en favor de los asegurados como de los terceros y que el pago de las cantidades necesarias para la defensa, fijadas como un "valor específico y diverso de aquel destinado a la indemnización de los terceros perjudicados", constituirán un crédito a favor del asegurado. Esa protección legal en favor de la

convención entre la aseguradora y el asegurado parece que sería sostenida aun cuando la partida contratada para la garantía de gastos de la defensa fuese superior a aquella contratada para la indemnización de las pérdidas y daños sufridos por la víctima.

IV.

Pudiéramos identificar innumerables puntos de gran relevancia para el conocimiento y el desarrollo del seguro D & O en nuestro país.

Por otra parte, me gustaría terminar este abordaje genérico sobre el tema llamando la atención hacia el hecho de que, más allá de la necesaria comprensión del régimen de responsabilidad civil y de la revisión de los clausulados, a fin de adecuarlos al medio jurídico en el cual serán empleados, es fundamental el desarrollo de cuestionarios debidamente formulados para garantizar la buena declaración del riesgo que será asumido por la aseguradora, permitiéndole defenderse de forma más eficaz en los casos en que hubiera omisiones o reticencias.

Si el contrato de seguro es un contrato consensual, será de comparación entre la propuesta presentada por el asegurado con la póliza posteriormente emitida por la aseguradora que se podrá conocer el auténtico contenido del vinculo comercial, inclusive para el fin de identificar nulidades, o hipótesis de ineficacia contractual.

La experiencia me ha revelado que los cuestionarios acostumbran ser más descuidados que los propios clausulados de las pólizas. Hay descuido en sus contenidos y hasta en su adecuada obtención.

Es urgente que se preste atención a este problema, que sean reformulados los cuestionarios, de tal forma que comprometan al proponente del seguro con declaraciones realmente esenciales.

Para esto es necesario que la formulación se establezca después de hacer un minucioso examen del régimen de la responsabilidad de los administradores, de la identificación de sus deseos de hecho y de derecho más comunes. Ese examen debe ser hecho no solamente por los especialistas de derecho sino también por los especialistas en contabilidad y administración.

En las operaciones cotidianas es importante que los encargados de la obtención de las propuestas igualmente estén calificados y que procuren exigir el correcto llenado de los cuestionarios por el administrador dotado con una calificación técnica adecuada para proporcionar las respuestas.

Como advierte WALTER ANTONIO POLIDO,

> "Para la suscripción del seguro D & O se recomienda estudios críticos y analíticos de toda la documentación que se debe solicitar del proponente, además del cuestionario y de los balances de la empresa (...). Este seguro sólo debe ser operado por los aseguradores que dispongan de personal especializado en esta área y con equipo profesional adecuado a las diversas áreas relacionadas adicionales, como contadores fiscales, administradores de empresas, abogados y otros".[19]

En muchos de los casos que examinamos en el transcurso del ejercicio profesional, los cuestionarios fueron respondidos por directores completamente incapacitados, como directores de

recursos humanos, directores industriales, etc. En algunos de ellos la ausencia de especialización necesaria para la respuesta de los cuestionarios fue invocada como razón para que la aseguradora fuese obligada a desconsiderar ciertas omisiones e innumerables lapsos informativos.

En otra ocasión, la aseguradora se hallaba apta para objetar la indemnización en virtud de la ausencia de precisión contablemente correcta en los balances financieros entregados por el proponente del seguro, los cuales viciaron de forma esencial el juicio sobre la propia admisibilidad del riesgo.[20] Sin embargo, la aseguradora no dispone de prueba de que los balances defectuosos le habían sido entregados a la hora de la contratación puesto que ni siquiera habían sido mencionados entre los documentos ofrecidos con la propuesta del seguro.

19 El Seguro de Responsabilidad Civil General en Brasil y Aspectos Internacionales, p. 446. Editora Manuales Técnicos de Seguros, 1997.

20 El art. 766 del CCB dispone que "Si el asegurado, por si mismo o por su propio representante, hiciera declaraciones inexactas o omita circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta o en la tasa del premio, perderá el derecho a garantía, además de quedar obligado a la diferencia de la prima vencida". Por otra parte, el párrafo único de ese artículo dispone que "si la inexactitud o la omisión de las declaraciones no resultan de mala fe del asegurado, el asegurador tendrá derecho a rescindir el contrato, o a cobrar, aún después del siniestro, la diferencia de la prima".)

Por último como ocurre en cualquier ramo de seguros, es necesaria la comprensión del medio en el cual serán procesadas las garantías, del manejo de los documentos y de los procedimientos adecuados incluso del buen entrenamiento de los recursos humanos. Ciertamente la industria de los seguros, que se maneja con riesgos mucho más complejos, como son las industrias en general y aquel de responsabilidad civil relacionados con productos o actividades de riesgo. Dentro de esta última se puede operar con buena seguridad el seguro de los Directores y Oficiales (D & O) tanto en mi país, como en cualquier otro lugar del planeta, desde que se atiendan los citados cuidados preliminares.

Para finalizar recuerdo lo que expresaron Marina Michelutti y Luc Albert en un artículo reciente:[21]

"Therefore, the application of policies drafted for non Latin American markets should rather be avoided, or, at least, be given a thorough analisys vis-à-vis *local laws, before their application in a different environment. Moreover, literal translations form one language to another may cause serious confusion".*

São Paulo, septiembre de 2005

Ernesto Tzirulnik
Presidente del IBDS – Instituto Brasileño de Derecho de Seguros.
Profesor de la Fundación Getúlio Vargas – São Paulo (Programa de posgraduación).
Consejero de la Fundación Científica Jean Bastin
Consejero de la Sociedad Brasileña de Ciencias del Seguro
Socio de Ernesto Tzirulnik – Bufete de Abogados

21 *Corporate governance: improving transparency and accountability in the reinsurance business in Latin América*, In International Reinsurance Review, Euromoney, Essex, 2005/06, ps. 70-2.