

Desafíos actuales de los Seguros de Responsabilidad Civil Profesional (Directores y Gerentes, errores y omisiones)*

ANDREA SIGNORINO BARBAT**

SUMARIO

1. Introducción
2. Aspectos generales sobre la cobertura de responsabilidad civil profesional
3. Los desafíos actuales de los Seguros de responsabilidad civil profesional
 - 3.1 La especial importancia de las obligaciones y cargas de las partes, en especial del asegurado, en virtud de una póliza de Responsabilidad civil profesional.
 - 3.2 Defensa del asegurado por parte del asegurador. Autorización de los honorarios y gastos razonables por parte del asegurador.

Fecha de recepción: Junio 1 de 2015
Fecha de aceptación: Junio 26 de 2015

* Reflexión realizada por la autora, presentada en el marco de la conferencia en el XIV Congreso del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA (CILA), en que se analizan los desafíos y las tendencias en el seguro de Responsabilidad Civil Profesional frente a la cobertura cabal de los riesgos asegurables.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Presidente del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA (CILA), Presidente de AIDA - Sección Uruguaya, Miembro de la Comisión Honoraria Asesora del Poder Ejecutivo en materia de seguros. Asesora jurídica de la Asociación de empresas aseguradoras de Uruguay. Profesora en seguros en Cursos de Postgrado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, y Universidad de Montevideo, Uruguay. Profesora en tecnicatura de seguros en Instituto Universitario BIOS, Cámara de Comercio, Uruguay - Co-Directora de la "Revista de Transporte y Seguros". Contacto: asignorino@netgate.com.uy

- 3.3 Alcance de la exclusión de culpa grave y dolo, en los seguros de Responsabilidad Civil profesional, específicamente Responsabilidad civil de D & O.
 - 3.4 Las crecientes responsabilidades atribuibles a profesionales, directores y gerentes.
 - 3.5 Profesiones o funciones no siempre cubiertas por los seguros de Responsabilidad Civil profesional
 4. Conclusiones
- Bibliografía

RESUMEN

Los seguros de responsabilidad civil profesional enfrentan diversos desafíos en la actualidad, de cuya resolución depende en gran medida el lograr una cobertura acorde a los riesgos asegurable. En el presente artículo apuntamos a reflexionar sobre cómo podemos o debemos enfrentar dichos desafíos a fin de darles una solución del punto de vista del seguro.

Palabras clave: Responsabilidad Civil Profesionales; Seguro; Desafíos; Obligaciones; Cargas.

ABSTRACT

The insurance contract aimed at covering the Legal Liability of Professionals, face many challenges today, whose resolution depends largely on the coverage achieved according to insurable risks. In this article we aim to reflect on how direction we can or should address these challenges in order to give a solution from the point of view of the insurance contract.

Key words: Legal Liability; Professionals; Insurance; Challenge; Liability; Charges.

1. INTRODUCCIÓN

Los seguros de responsabilidad civil profesional enfrentan diversos desafíos en la actualidad, de cuya resolución depende en gran medida el lograr una cobertura acorde a los riesgos asegurable.

Entre dichos desafíos, se destaca la necesidad de otorgar cobertura ante actos del asegurado que puedan ser definidos judicialmente como actos cometidos con culpa grave. Esto a fin que el seguro realmente cumpla con su finalidad de cobertura adecuada al riesgo asegurable.

Asimismo, el aumento de las responsabilidades en cabeza del empresario, como ser en Uruguay la reciente Ley de responsabilidad penal empresarial o en Brasil, la normativa de abril 2014 que impone responsabilidades a los empresarios por sus dependientes, obliga a estudiar la respuesta que los seguros de responsabilidad civil pueden dar a estas situaciones.

Por otra parte, existen funciones que no siempre son adecuadamente abarcadas por las coberturas de Responsabilidad civil de las profesiones que subyacen a dichas funciones, como ser la responsabilidad civil de síndicos e interventores concursales.

Mención especial merecen las cargas y obligaciones de las partes, especialmente el deber de cooperación que el asegurado tiene en forma exacerbada en estos seguros, las que no siempre son bien comprendidas respecto a su alcance y a su relevancia.

Otro tanto sucede con la cobertura de defensa en juicio que reviste características especiales en este tipo de coberturas de responsabilidad civil profesional, fundamentalmente en las coberturas de *Directors & Officers*.

2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

Debemos ubicar a la cobertura de responsabilidad civil profesional en la rama de seguros de responsabilidad civil, o contra la responsabilidad civil al decir del Profesor argentino Rubén Stiglitz.

Podemos hablar de la cobertura de la Responsabilidad civil profesional en sentido amplio y en sentido estricto.

El seguro de Responsabilidad civil profesional en sentido amplio incluye distintas coberturas como ser la de responsabilidad civil de diversos profesionales, como ser abogados, escribanos, arquitectos, médicos, las cuales son objeto, a su vez, del Seguro de Responsabilidad civil profesional en sentido estricto.

Asimismo, el seguro de Responsabilidad civil profesional en sentido amplio incluye también en su concepto, al seguro de Responsabilidad civil profesional de no titulados, el cual se denomina Responsabilidad civil de o por errores y omisiones.

Igualmente incluye al seguro de Responsabilidad civil de directivos, administradores de sociedades, gerentes, el cual cubre su actuación “profesional” como tales directivos o administradores o gerentes y que en la jerga aseguradora se denomina Responsabilidad civil de D & O (*Directors and Officers*).

Estas coberturas se encuentran ampliamente difundidas en países de la región y del mundo, como Brasil, Argentina, Estados Unidos de América, España, y por qué no decir la Unión Europea en general, por resultar una cobertura de gran utilidad para los riesgos a que nos enfrenta la vida moderna. En el Uruguay su difusión es bastante reciente, dos años a esta parte, pero poco a poco se impone como herramienta de protección contra los riesgos de la actividad profesional.

Es indudable que en un mundo globalizado, donde los negocios son cada vez más dinámicos y competitivos, se hace necesario que los profesionales, los directores y gerentes o administradores de sociedades, asuman a diario decisiones con menor tiempo de análisis de los pros y contras implicados en dichas decisiones. Esto puede comprometer la responsabilidad y el patrimonio presente y futuro del decisor o responsable por la decisión.

La estricta normativa legislativa que existe a nivel continental, nacional, comunidades autónomas y locales, convierten a toda actividad profesional en altamente expuesta a la responsabilidad civil.

La necesidad de cobertura pues, radica en que cualquier incumplimiento por omisión o negligencia, puede conllevar acciones de responsabilidad civil contra el patrimonio personal de los profesionales, de los miembros del consejo de administración o la alta dirección de una empresa.

De ahí que en los últimos años la contratación de un seguro de o contra la responsabilidad civil se haya convertido en ocasiones en condición *sine qua non* para la incorporación de personas a puestos de decisión o para el desempeño de ciertas profesiones o funciones vinculadas a estas.

Respecto al Seguro de Responsabilidad civil profesional, en líneas generales podemos decir que es aquel que tiene por objeto dar cobertura a los profesionales de todas las consecuencias económicas que pueda sufrir su patrimonio presente y futuro por los perjuicios que puedan exigirles como consecuencia de los errores, omisiones y negligencias cometidos en el ejercicio de su labor como profesional.

Se cubren tanto los gastos de defensa como los importes a los que fuesen eventualmente condenados, hasta la cantidad asegurada en los sistemas del *Common Law*. No así en los sistemas que asimilan los gastos de defensa a gastos de salvamento y por lo tanto los gastos de defensa de un reclamo son en exceso de la suma asegurada. En estos casos, generalmente se establece un límite entre el 30 y el 40% de la suma asegurada.

Estas coberturas suelen otorgarse sobre base reclamos o "*Claims Made*", con período extendido de descubrimiento. Es decir que para que un reclamo quede amparado, el hecho dañoso debe ocurrir durante la vigencia del contrato de seguros y el reclamo debe ser realizado durante la vigencia o en el período *ex post* o de descubrimiento.

Esto significa que todo reclamo que se le formule a dicho asegurado dentro del citado período, generalmente dos años a partir del vencimiento de la póliza, originado en un hecho ocurrido durante la vigencia del contrato de seguro, se hallará amparado por el mismo, obviamente dentro de los límites y condiciones del contrato de seguros. Asimismo, se suelen prever franquicias deducibles

Nos extenderemos sobre este tipo de cobertura más adelante en el presente.

3. LOS DESAFÍOS ACTUALES DE LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

3.1 La especial importancia de las obligaciones y cargas de las partes, en especial del asegurado, en virtud de una póliza de Responsabilidad civil profesional

En este punto nos referiremos a la especial trascendencia que tiene el correcto y pie-deletrista cumplimiento de las obligaciones y cargas en cabeza del asegurador y del asegurado en los Seguros de Responsabilidad civil profesional.

En especial, nos referiremos al cumplimiento de las obligaciones y cargas de parte del asegurado en los seguros de D&O, o sea de directores y gerentes, por entender que revisten el mayor interés.

Sabido es que en todo contrato de seguros existen diversas obligaciones y cargas a cumplir por ambas partes contratantes, es decir el contratante-asegurado y la empresa aseguradora.

La doctrina en derecho de seguros no es unánime en cuanto a determinar cuáles son obligaciones y cuáles cargas en cabeza de los contratantes.

Cómo es sabido, la carga es una situación jurídica instituida en la ley o el contrato, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él.

La carga funciona, en dos sentidos: por un lado, el contratante tiene la facultad de cumplir con la carga, por lo cual es en este aspecto una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo el riesgo que por el hecho de no cumplir con la carga, se generen consecuencias negativas para dicho contratante, se afecten sus derechos emergentes del contrato. Así vista, la carga es un imperativo del propio interés.

La diferencia sustancial con la obligación radica en que, mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno, el del acreedor de dicha obligación, en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio.

Recordemos que obligación en sentido amplio es el vínculo de derecho entre dos o más personas en virtud del cual una de las partes, el acreedor, puede constreñir a la otra, el deudor, a realizar una prestación de dar, hacer o no hacer.

La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos. Reside en las consecuencias derivadas de la omisión.

Esas consecuencias opuestas son:

- a) la obligación insatisfecha crea un derecho en favor del acreedor; en la carga insatisfecha nace un perjuicio de quien debe asumir la conducta establecida en la ley o el contrato.
- b) a la obligación insatisfecha corresponde la responsabilidad voluntaria, o sea sujeta a la voluntad de la contraparte; en tanto que a la carga insatisfecha corresponde, normalmente, un efecto previsto que se produce, en la mayoría de los casos, *ope legis, aún sin la voluntad de la contraparte*.

En consecuencia, a diferencia de la obligación o deber de prestación, en la carga no existe la categoría de acreedor, por lo menos en las mismas condiciones del acreedor del deber de prestación ordinario, y de ella no deriva, *stricto sensu*, acción alguna tendiente a solicitar, judicial o extrajudicialmente, su cumplimiento o ejecución, de tal manera que no puede aludirse a una manifestación propia de la obligación: la responsabilidad.

En el contrato de seguros, las partes deben observar, mientras dura el contrato de seguro, diversas conductas, en gran medida orientadas a preservar, prevalentemente, el estado de cosas preexistente al momento de su celebración y también el equilibrio del contrato por ellas concluido a lo largo de la vigencia de la relación jurídica, el que se podría ver profundamente alterado y, a veces, dislocado, si ellas no se verifican, por lo demás en forma oportuna. Por eso en la doctrina, e incluso en la propia ley, como tiene lugar en Argentina, se alude a obligaciones, o deberes, precontractuales y contractuales, y más concretamente presiniestros y post-siniestros, y aun “*ex ante siniestro*”, y “*ex post siniestro*”.¹

De su cumplimiento, dependerá en buena parte, la satisfacción del interés jurídico que, tratándose del tomador-asegurado, lo guió a contratar y, de paso, a auto limitarse, mediante la sujeción contractual y la correspondiente satisfacción o agotamiento genérico de los efectos producidos por el negocio jurídico en cuestión.²

Ha sido común la confusión en derecho de seguros entre obligaciones y cargas.

Incluso el proyecto de Ley de seguros de la República Oriental del Uruguay, mi país, que tuvo trámite parlamentario en 2014, y seguramente lo retomará en 2015 y que cuenta con una base normativa consensuada, o al menos aceptada en los conceptos analizados, por todos los protagonistas de la actividad aseguradora nacional (Superintendencia de Servicios financieros, aseguradores, cátedra de derecho comercial de las Universidades, AIDA), lo cual legitima mayormente su contenido, enumera las obligaciones y cargas de la partes, no distinguiendo cuáles son cargas y cuáles obligaciones, sino refiriendo a las mismas en forma conjunta.

Así también lo destaca la doctrina, la cual señala que la doctrina clásica en general y, con ella, la mayoría de las legislaciones, incluso las más modernas, han visto en este tipo de comportamientos o conductas, obligaciones, llamadas y tratadas así, expresamente. De allí que frente a esta doctrina la conducta que debe observar el tomador de pagar la prima tenga el mismo calificativo y jerarquía que tiene la conducta del asegurado relativa a la declaración de la ocurrencia del siniestro, o la encaminada a evitar su extensión y propagación, como si todas fueran obligaciones en el sentido técnico y jurídico del término, no efectuando ninguna diferenciación o estratificación, en la medida en que uniforma todas las actuaciones debidas con arreglo a la figura de la obligación.

De hecho, incluso, una lectura aún más omnicompreensiva apunta a considerar que los deberes jurídicos, en sentido amplio, incluyen a las obligaciones, como afirma

1 Abel Veiga Copo, *Tratado del contrato de seguro*, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad Javeriana, Colección Máxima, pág. 1209 quien alude a “*Deberes ex ante siniestro*, deberes *ex post siniestro*”.

2 Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *Derecho de seguros*. Tomo III. Ed. Universidad Javeriana. Año 2013, págs. 231 y sgtes.

el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Antonio Hernández Gil, “La obligación aparece inserta en la categoría jurídica, técnicamente más amplia, del deber jurídico”.³

No obstante, una corriente más reciente, principalmente en la doctrina alemana, suiza, italiana y, finalmente, española, portuguesa y argentina, entre varias más, con fundamento en los desarrollos más refinados del concepto de carga (*onus*), ha optado por diferenciar los comportamientos del asegurado, asignándole a unos el calificativo de obligaciones jurídicas o deberes de prestación, y a otros el concreto calificativo de cargas, con origen en el concepto de carga procesal. En definitiva, algunos aluden hoy al binomio obligaciones o deberes, y cargas, y otros al trinomio integrado por las obligaciones, los deberes y las cargas, institutos autónomos, más allá de los naturales lazos existentes.⁴

A modo de síntesis, diremos que el profesor colombiano Andrés Ordóñez, en opinión que compartimos, manifiesta que en lo que se refiere a la parte asegurada el contrato genera ante todo “cargas”, y quizás sólo una auténtica “obligación”, en el sentido estricto de la palabra refiriéndose a la de pagar la prima o premio.

Lo importante en definitiva, a efectos prácticos, son las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones y cargas implica para las partes en el contrato.

No resulta menor la consecuencia que la no sujeción del asegurado a sus cargas, acarrea para el propio asegurado. La sujeción errónea o la omisión de observarlas, perjudican al propio asegurado y lo hacen pasible de las sanciones o consecuencias negativas establecidas en el contrato, sin necesidad de que exista una acción voluntaria, una intimación, de parte del asegurador.

Es por esto que más allá de la nomenclatura, la doctrina destaca la importancia de las cargas en el contrato de seguros y la necesidad que el asegurado cumpla con ellas en forma estricta, ateniéndose al contrato de seguros (o a la ley de seguros de existir) que suelen establecer plazos y formalidades para su cumplimiento.

En general, entonces, en todo contrato de seguros el asegurado tiene las obligaciones y cargas que destacamos seguidamente. Estas mismas obligaciones y cargas se encuentran plasmadas a texto expreso en el proyecto de ley de seguros antes referido, que traemos a colación porque además, podría llegar a ser ley en nuestro país.

Cabe destacar que lo correcto es hablar de las obligaciones y cargas “de la parte asegurada” en el entendimiento de que se trata de obligaciones y cargas que pueden y deben eventualmente ser cumplidas por cualquiera de las personas o grupos de personas que integran cualquiera de las posiciones que pueden conformar dicha parte asegurada.

3 Antonio Hernández Gil citado por Carlos Ignacio Jaramillo en op. citado pág. 236.

4 Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo en op. citado pág. 237.

Es decir, que pueden y deben ser cumplidas o bien por el tomador, o por el asegurado o por el beneficiario, si están en capacidad de cumplirlas.

Dichas obligaciones y cargas, de acuerdo al proyecto, son:

- a) Actuar de buena fe y no transgredir el deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento y de ejecución del contrato de seguro.
- b) Pagar al asegurador el premio, en la forma convenida en las condiciones de la póliza contratada.
- c) Pagar el premio por entero, cuando como consecuencia de un siniestro el asegurado recibe indemnización; cualquiera haya sido la modalidad de pago convenida para hacerlo efectivo o cuando el contrato se haya anulado por dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario.
- d) Proporcionar al asegurador, antes de la celebración del contrato, no sólo la información que figura en el cuestionario que éste le suministre, sino todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.
- e) Mantener el estado del riesgo durante el término de la vigencia del contrato de seguro, comunicando al asegurador todas las circunstancias que agraven o disminuyan el riesgo.
- f) Si se tratara del seguro de daños, cuidar los bienes asegurados conservándolos en el estado que tenían al contratar el seguro, y emplear toda la diligencia posible para precaver o disminuir los eventuales daños que pudiesen sufrir, aminorando las consecuencias del siniestro.

Los gastos en que incurra el asegurado para precaver el siniestro o disminuir los daños, hasta la adopción de medidas por el propio asegurador, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados, serán de cuenta del asegurador pero nunca excederán el límite del seguro.

- g) No remover ni introducir cambios en las cosas dañadas, que haga más difícil establecer la causa del daño mismo, salvo que lo hiciera para disminuir el daño o por imposición del interés público.

El asegurador sólo puede invocar esta disposición cuando proceda en forma diligente y en tiempo razonable a la determinación de las causas del siniestro y a la valuación de los daños. La violación dolosa de esta carga libera al asegurador de su obligación de indemnizar.

- h) Comunicar al asegurador la producción del siniestro en los plazos y condiciones establecidos en la ley.

A falta de plazos legales vigentes, deberemos estar hoy a los plazos establecidos en el contrato de seguros correspondiente.

El asegurador a su vez debe:

- a) Actuar de buena fe y no transgredir el deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento y de ejecución del contrato de seguro.
- b) Indemnizar al tomador o beneficiario en los términos, condiciones y alcances previstos en el contrato de seguro;
- c) Tomar todas las providencias una vez denunciado un siniestro, para verificarlo y liquidar la prestación a que se encuentra obligado.

Por cierto, estas obligaciones y cargas generales, deben complementarse con las obligaciones y cargas propias de la rama de que se trate el contrato de seguros, es decir del riesgo que se esté cubriendo.

El Profesor argentino Isaac Halperin expresa que “todas las cargas, salvo excepciones insignificantes, sirven para considerar, fijar, mejorar, un determinado estado del riesgo, para disminuir y aún para impedir la materialización del riesgo”.⁵

Es pues el riesgo como elemento dinámico, susceptible por tanto de variar y de variar particularmente en forma creciente, el fundamento principal que se tiene en cuenta para imponer las cargas, derivadas del contrato. Desde esta perspectiva, las cargas que debe asumir el asegurado en un seguro de automóviles no serán las mismas que debe asumir el asegurado en un seguro de polución nuclear, o en un seguro de transporte marítimo, o en un seguro de responsabilidad civil.

Esto adquiere especiales características en el caso de los seguros de responsabilidad civil en los cuales la cobertura es del riesgo de nacimiento de un daño en el patrimonio del asegurado.

Al decir del Profesor argentino Rubén Stiglitz, el seguro de responsabilidad civil surge como una alternativa solidaria que tiene la ventaja para el autor del ilícito de eludir las consecuencias dañosas que se le atribuyen y, desde el punto de vista del damnificado, lograr el resarcimiento aminorando el riesgo por la eventual insolvencia del obligado.

En los seguros de responsabilidad civil profesional, género al cual pertenecen los seguros de D&O como especie aplicable a las funciones “profesionales” de los Directores y Gerentes, a lo anterior se le suma la importante tarea de prevención ya que conociendo los riesgos más comunes a que se expone el profesional, el asegurador le impone cargas

5 Isaac Halperin en Seguros, referenciado por Carlos Jaramillo en op. citado.

específicas que el asegurado debe cumplir a efectos de prevenir el acaecimiento del riesgo o la posible ocurrencia del siniestro o bien de no agravar el siniestro.

Un ejemplo de estas cargas son las de denuncia del eventual hecho dañoso, aún antes de convertirse en un reclamo del tercero, y del reclamo en un plazo determinado en las coberturas de base *Claims Made*.

*Asimismo y con la finalidad preventiva, el asegurador impone franquicias, incrementa o ajusta las primas de acuerdo a los balances o estados de responsabilidad anuales del asegurado, entre otras especificidades de los seguros de responsabilidad civil profesional.*⁶

En los modernos seguros de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites convenidos en la póliza o fijados por la ley, a resarcir al asegurado de las sumas que debe pagar a terceros como civilmente responsable por los daños y perjuicios causados por un hecho previsto o definido en el contrato de seguros.

Los modernos seguros de responsabilidad civil actúan en forma preventiva evitando el daño en el patrimonio del asegurado, al indemnizar directamente al tercero damnificado, sin que el asegurado deba hacer frente a la cobertura del daño y posterior reembolso de parte del asegurador.

En cambio en los seguros de responsabilidad civil llamados de reembolso, el asegurado debe hacer frente a los montos del daño y luego recuperar esos montos de su asegurador. Hoy si bien estos seguros de responsabilidad civil son bastante inusuales, son frecuentes en la rama marítima donde aún existen seguros de reembolso en el ámbito de los especiales seguros de los clubes de P&I donde rige la regla *paid to be paid*.

Asimismo, es frecuente esta modalidad en la contratación de la llamada “Cobertura B” en los seguros de responsabilidad civil de Directores y Gerentes (D&O) donde se pacta que el asegurador reembolsará las pérdidas que la empresa contratante haya tenido que asumir en virtud de actos dañosos de sus Directores o Gerentes, en general relacionados a las indemnizaciones que haya debido abonar a su Directores y Gerentes.

En la modalidad de “Cobertura A” en estos seguros de D&O en cambio, la empresa es la contratante o tomadora del seguro, y el asegurador asume los daños en forma preventiva, indemnizando al tercero, por los daños que emergen de actos cometidos por sus Directores y Gerentes.

No obstante, tanto en la Cobertura A como la B, los Directores y Gerentes son los asegurados y asumen las obligaciones y cargas exigidos a estos por el contrato de seguros, y la ley de seguros, de existir.

6 Rubén Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil profesional- Temas de Derecho de Seguros, Colección internacional de la Universidad Javeriana de Colombia, Ed. Ibáñez, año 2010, págs. 225 y sgts.

Lo cierto es que en la moderna concepción de los seguros de responsabilidad civil, el asegurador indemniza al tercero en forma directa, o en contados casos reembolsa al contratante, y asimismo asume la defensa del asegurado, buscando evitar los arreglos desfavorables de éste con el tercero en perjuicio del asegurador así como la conducta negligente del asegurado en su defensa en juicio que llevara a incrementar su responsabilidad.

A veces, no asume con sus profesionales la defensa pero si hace frente a los gastos de defensa, siempre y cuando el asegurado cumpla con sus cargas de denuncia del siniestro y acuerde previamente con el asegurador los honorarios y gastos de dicha defensa.

Lo que en ninguna modalidad pierde el asegurador es la potestad de “dirección del proceso” en el sentido que puede intervenir en la gestión de la defensa y en los acuerdos transaccionales. Nos explayaremos sobre los gastos de defensa en el numeral siguiente.

Es por esto, que los seguros de responsabilidad civil consagran como contrapartida al rol del asegurador en la indemnización y en la defensa del asegurado, importantes y esenciales obligaciones y cargas en cabeza del asegurado que éste debe cumplir en forma estricta si quiere acceder a la cobertura del eventual siniestro.

Estas obligaciones y cargas refieren a lo que la doctrina denomina “deberes de colaboración del asegurado” con el asegurador.

Sabido es que el “Deber de cooperación” es esencial a todo contrato. En esta dirección, a modo de ejemplo, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en el numeral segundo del artículo 1201, disponen: “Deber de cooperación. Cada una de las partes está obligada respecto a la otra, a cooperar para conseguir la plena efectividad del contrato”. Otro tanto hacen los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2010), en concreto el artículo 5.1.3, alusivo a la Cooperación entre las partes, que textualmente expresa: “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.⁷

No obstante ser el deber de cooperación o colaboración, un deber genérico, se exagera su importancia en el caso del contrato de seguros el cual se basa en la ubérrima buena fe de las partes, y en especial en el contrato de responsabilidad civil.

En este seguro, el asegurador asume los antedichos roles esenciales en la indemnización al tercero, y la cobertura de la obligación de resarcimiento que se exige en todos los casos por el derecho civil de fondo a todo el que daña a otro, y que nace en detrimento del asegurado.

7 Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en op.citado , págs. 231 y sgtes.

A esto debemos sumarle, los especiales deberes del asegurador relacionados a la defensa judicial (o extrajudicial) del asegurado en este tipo de seguros y que exigen asimismo la máxima cooperación de parte del asegurado y del contratante.

En el mencionado proyecto de ley, nacional, sobre seguros surgen muy claramente los deberes de colaboración del asegurado, en materia de seguros de responsabilidad civil, tal como lo indica la más recibida doctrina en derecho de seguros.

Dicho texto, en referencia a las “Obligaciones y cargas especiales del asegurado” refiere a que. “Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en esta ley, el asegurado en responsabilidad civil deberá procurar todos los medios de prueba relativos al hecho que razonablemente estuvieran a su alcance, ponerlos a disposición del asegurador, colaborar con éste, y asumir las cargas procesales en caso de juicio.”

Siendo las consecuencias del incumplimiento las siguientes: “El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones o la inobservancia de las cargas, hará perder al asegurado sus derechos en el caso ocurrido, siendo de su cargo las consecuencias patrimoniales de la reclamación.”

Asimismo, el articulado proyectado hace referencia a una de las cargas esenciales del asegurado en virtud de un seguro, y que reviste caracteres especiales en el seguro de responsabilidad civil: la denuncia del hecho dañoso.

Estipula que: “El asegurado debe denunciar el hecho del que nace su eventual responsabilidad en el plazo establecido en la póliza, si lo conocía o debía conocerlo, o desde la reclamación del tercero si no lo conocía”.

Establece asimismo, la consecuencia de la omisión de esa carga: “La omisión de esta carga dará lugar a la pérdida de los derechos emanados de la póliza, para ese siniestro”.

Es decir, que resulta esencial en un seguro de responsabilidad civil el deber de colaboración del asegurado con el asegurador, y se destaca en especial el deber de denuncia del hecho dañoso, en tiempo y forma, o sea del hecho del cual puede derivarse un reclamo de parte de un tercero.

Es importante para el asegurador tomar inmediato conocimiento del hecho a fin de tomar las providencias del caso, máxime a efectos de la correcta defensa del caso, aunque como veremos seguidamente, no siempre es suficiente como denuncia de siniestro.

Nótese que el asegurado no debe tener la certeza de que exista tal daño sino que debe denunciar el hecho que puede generarlo, el cual en definitiva será de cargo del asegurador indemnizar, en la forma prevista en el contrato. En caso que no conozca el hecho, debe denunciar el reclamo que recibe del tercero.

El asegurado como vimos, tiene una obligación general de denunciar el siniestro en los plazos contractuales, y emplear toda la diligencia posible para precaver o disminuir los eventuales daños que pudiesen sufrir, aminorando las consecuencias del siniestro.

No obstante lo anterior, la simple denuncia del hecho dañoso no resulta suficiente en ciertas coberturas como las de responsabilidad civil en base a reclamos hechos o *Claims made*, ya que en estas es necesario, además, la denuncia del reclamo en la vigencia de la póliza o en el período *ex post*, para poder hablar de denuncia de siniestro o de evento de responsabilidad o evento eventualmente indemnizable, como veremos seguidamente.

Aún en los seguros en base a ocurrencia, la simple denuncia del hecho dañoso no necesariamente configurará la denuncia formal del siniestro, si dicha denuncia, por ejemplo, no es efectuada en los plazos y en la forma que exige el contrato de seguros o la ley, de existir.

Asimismo, se prevé en general que los gastos en que incurra el asegurado para precaver el siniestro o disminuir los daños, hasta la adopción de medidas por el propio asegurador, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados, serán de cuenta del asegurador pero nunca excederán el límite del seguro.

En el contrato de seguros se puede pactar que los gastos pueden sobrepasar el límite del seguro pero, en lo que la doctrina coincide, es que dichos gastos deben ser razonables y no desproporcionados al fin buscado de salvamento de los bienes o disminución de los daños.

Incluso, se considera que la denuncia del hecho dañoso o del reclamo, en los seguros de responsabilidad civil, se relaciona con las cargas que forman parte de la diligencia debida de parte del asegurado a fin de no agravar los daños, atenuar los daños, precaver o evitar mayores daños a la hora de un eventual siniestro. Por eso, desde este punto de vista, se enmarcan en el llamado deber de salvamento del asegurado.

Como hemos adelantado, características especiales reviste la denuncia del “reclamo” en los seguros de responsabilidad civil en base a reclamos hecho o *Claims made*.

Los seguros de responsabilidad civil pueden contratarse en base a “ocurrencias” o “reclamos”, a saber:

- a) Contratación en base a ocurrencias: En los contratos de seguro de responsabilidad civil contratados en base a ocurrencias, el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por lo que éste deba a un tercero damnificado como consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia de la póliza.
- b) Contratación en base a reclamos: En los contratos de seguro de responsabilidad civil contratados en base a reclamos, el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por lo que éste deba a un tercero damnificado como consecuencia de

un hecho ocurrido durante el período convenido en la póliza, siempre y cuando el reclamo le haya sido notificado por escrito al asegurado durante la vigencia de la póliza.

En este último tipo de contratación la póliza suele prever un plazo de extensión o de descubrimiento o *ex post*, contado a partir de la terminación del contrato, cualquiera fuera su causa, dentro del cual puede notificarse el reclamo, siempre basado en hechos ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Es evidente que en este tipo de coberturas, resulta esencial la correcta denuncia del reclamo, en los términos establecidos en el contrato de seguros, y no tanto del hecho dañoso, ya que puede ocurrir el hecho dañoso, y puede el asegurado advertir al asegurador de su ocurrencia, pero en definitiva deberá darse el reclamo del tercero dentro de la vigencia o del plazo de descubrimiento para que se considere un evento susceptible de ser cubierto por el asegurador.

Nótese que ambos tipos de coberturas apuntan a mantener indemne al asegurado, lo esencial no radica en esto sino en la limitación de responsabilidad del asegurador, el cual solo puede considerarse como evento indemnizable, los hechos ocurridos en la vigencia que además sean reclamados durante ésta o en el período posterior pactado.

Para concluir con este numeral, diremos que la carga de denuncia o aviso del eventual siniestro es diferente a la carga de presentación de la reclamación, ambas en cabeza del asegurado.

Este aspecto es usualmente confundido en especial por el asegurado que muchas veces cree haber cumplido con la carga de presentación de la reclamación, en tiempo y forma, con la simple denuncia del eventual siniestro o hecho dañoso.

Por ejemplo, en seguros de responsabilidad civil en base a reclamos hechos, es evidente que si el asegurado denuncia solo el hecho dañoso, pero no denuncia luego el reclamo en la forma, plazos, con la documentación, que exige el contrato de seguros, puede haber cumplido con la carga de denuncia o aviso del eventual siniestro, pero no con la carga de denuncia del reclamo recibido, lo cual sumado al hecho dañoso ocurrido durante la vigencia, podrá configurar en definitiva el siniestro indemnizable.

Dice el profesor colombiano Andrés Ordóñez: “La obligación de dar aviso del siniestro es bien diferente a la que tiene el asegurado de presentar la reclamación. Es muy importante hacer esta diferencia, porque suelen confundirse los dos fenómenos. El aviso tiene como finalidad primordial la de poner en conocimiento a la aseguradora del hecho para que trate de proteger sus intereses, evitando que la indemnización a pagar llegue a ser excesiva, o sea innecesariamente alta. En cambio, la carga de presentar la reclamación tiene la finalidad diferente, que es precisamente la de concretar, liquidándola, la obligación del asegurador, haciendo posible su constitución en mora. El aviso de siniestro es una simple información sumaria, sobre la ocurrencia del hecho dañoso, de la realización del riesgo. La reclamación implica

el cumplimiento por parte del asegurado de sus cargas, muchas veces complejas, en cuanto a la prueba de la ocurrencia y la cuantía del siniestro. Así, pues, la reclamación es un acto muchísimo más complejo, que implica actividad probatoria y, consecuentemente, requiere la presentación de documentos exigidos por la póliza o impuestos lógicamente por la naturaleza y extensión de los daños sufridos, para acreditar dichos elementos...”.⁸

Al tenor de lo ya visto en relación a las cargas, la no sujeción a estas por parte del asegurado perjudicarán al propio asegurado y lo harán pasible de las sanciones o consecuencias negativas establecidas en el contrato, sin necesidad de que exista una acción voluntaria de parte del asegurador.

3.2 Defensa del asegurado por parte del asegurador. Autorización de los honorarios y gastos razonables por parte del asegurador

Otro aspecto trascendente en los Seguros de Responsabilidad civil profesional, resulta la defensa del asegurado por parte del asegurador. Esta debe ser debidamente comprendida por las partes contratantes, compensación que supone un desafío a enfrentar a la hora de reclamar y brindar esta cobertura, como veremos seguidamente.

La defensa del asegurado forma parte de las especificidades de los seguros de responsabilidad civil y se encuadra en la llamada “dirección del proceso” del asegurador a fin de optimizar la prestación a su cargo.

En el contrato de seguros se puede pactar que dicha defensa deba ser asumida por los profesionales designados por el asegurador o bien por los profesionales que designe el asegurado o tomador del seguros, y que los honorarios y gastos sean a cargo del asegurador, previa conformidad de éste.

En especial, en los seguros de responsabilidad civil profesional, sobretodo de D&O, se suele pactar que el asegurado puede designar sus defensores, y los honorarios y gastos serán cargo del asegurador, pero siempre que dichos honorarios y gastos sean los razonables y necesarios a los fines buscados, y sean previamente autorizados por el asegurador.

El fundamento de esta exigencia radica en que los honorarios y gastos no deben ser desproporcionados en relación al fin buscado y a los que resulten razonables teniendo en cuenta los honorarios promedio de un profesional del país y de la especialidad, ya que en definitiva, en caso de resultar el reclamo al que se relaciona dicha defensa, un reclamo cubierto por la póliza, será el asegurador el que los habrá cubierto o indemnizado.

⁸ Andrés Ordóñez Ordóñez, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro, Ed Ibáñez -pág. 95.

Es de destacar que la defensa, o sus gastos, pueden ser asumidos por el asegurador en forma previa a la determinación de si se trata de un reclamo cubierto por la póliza y en especial su cuantía.

La determinación de si un reclamo resulta cubierto, puede determinarse al final del juicio y se relaciona con la configuración del siniestro, pero no es lo mismo.

Lo que alimenta la confusión es que existen distintas teorías en torno a cuándo se configura el siniestro en un seguro de responsabilidad civil, siendo uno de los temas más debatidos en torno a este seguro.

Se opina que esto sucede: -cuando se produce el hecho que genera la eventual responsabilidad; -cuando el tercero presenta su reclamación, sea judicial o extrajudicial por daños sufridos por un hecho ilícito del asegurado; -cuando dicha reclamación tiene determinación de monto firme; -cuando el autor responsable de un daño le ha abonado al tercero damnificado (esto en los seguros por reembolso o indemnidad).⁹

Agregamos otra teoría: el siniestro se configura no en un acto sino en una sucesión de actos, es un evento de responsabilidad e implica que exista: hecho dañoso, reclamo, determinación del monto del daño.¹⁰

Lo cierto es que los contratos de seguros de responsabilidad civil profesional indican más allá de cuándo debe denunciarse el “siniestro”, (entendemos debe referir a eventual siniestro), cuándo y cuáles deben considerarse “reclamos” cubiertos por la póliza, en especial excluyendo las hipótesis de dolo del asegurado y a veces también de culpa grave, entre otras exclusiones de cobertura. Veremos estas exclusiones en detalle en el numeral siguiente, en el presente artículo.

Muchas de estas circunstancias, y su cuantía, sólo pueden determinarse mediando la existencia de una sentencia firme en materia judicial.

No obstante, la asunción de la defensa o de los gastos de defensa, entendemos no puede ni debe confundirse con la aceptación o el rechazo del “reclamo”.

Es por eso que vulgarmente se habla de “adelanto” de gastos de defensa, aunque no se trate de un verdadero adelanto sino de una asunción de la cobertura de gastos de defensa por parte del asegurador, provisoria, condicionada a que en definitiva el “reclamo” resulte un evento indemnizable, un verdadero siniestro entendido como ocurrencia del riesgo cubierto en los términos del contrato de seguros.

9 Domingo López Saavedra, Ley de seguros anotada y comentada- Año 2007 Ed. La Ley. Argentina- pags 605 y sgtes.

10 Andrea Signorino Barbat, Los seguros de responsabilidad civil- Año 2011, Ed. FCU. Uruguay. págs 56 y sgts.

Lo que sí determina la asunción o no de los gastos de defensa es el debido cumplimiento por el asegurado de las cargas a él impuestas, la razonabilidad de los mismos y la comunicación previa al asegurador de los honorarios y gastos implicados, y todo esto siempre que hayan sido comunicados de la forma y en los plazos que determina el contrato de seguros, de no existir normativa expresa al respecto.

Como contraprestación, si en definitiva se determina que el eventual “reclamo” no queda cubierto por el contrato de seguros, el asegurado deberá devolver los gastos de defensa en que se haya hecho incurrir al asegurador.

La razonabilidad de los honorarios y gastos han sido estudiados por la doctrina en especial en relación a los gastos de salvamento a los que ya hemos aludido.

No obstante resultan extrapolables los conceptos vertidos por algunos doctrinos prestigiosos como el Profesor argentino Juan Carlos Félix Morandi, en cuanto a que “La calificación de que el gasto es “desacertado” (o irracional), debe efectuarse sobre la base de lo que el asegurado, de no estar cubierto por el seguro, hubiese hecho en las mismas circunstancias, mediando un obrar razonable desde un punto de vista objetivo ... la apreciación del “acierto” o “desacierto” del gasto realizado, es una cuestión de hecho que debe ser valorada con especial cuidado ...”¹¹

En nuestro concepto para determinar la razonabilidad del honorario deben valorarse principalmente, los siguientes aspectos:

- la pertinencia del gasto a incurrir: si es necesario a los fines buscados;
- el profesional involucrado: si es idóneo para el fin buscado;
- el honorario: si es racional en su monto en relación a los honorarios que fija en promedio un profesional en el medio local; puede, de acuerdo al tema involucrado, tener que compararse con el honorario promedio de especialistas en el tema;
- el asegurado: evaluar si igualmente hubiera contratado a dicho profesional en caso de haber tenido que hacer frente a los gastos de defensa con su propio peculio;
- otros aspectos como ser: la coherencia del contenido general del convenio de honorarios, la colaboración del profesional con el asegurado y con el asegurador para determinar los honorarios;
- las acciones mismas del profesional previas al juicio, y en el expediente a posteriori de la asunción inicial de los gastos, para evaluar los honorarios restantes.

Es claro que el seguro no puede servir de “paragua” o “patente de corso” de todo lo que el asegurado decida realizar al entenderse amparado por un seguro. Es

11 Juan Carlos F. Morandi, *Prevención y seguro*- Año 1975 -Ed. De Palma. Argentina.

por esto, y para evitar las hoy lejanas observaciones del derecho francés en cuanto a la inasegurabilidad de la responsabilidad civil del obligado a la reparación integral del daño, que los contratos de seguros se concentran en definir claramente las cargas en cabeza del asegurado, entre ellas las relacionadas a la asunción de la defensa o los gastos de defensa.

Estas cargas, como tales, de no ser cumplidas por el asegurado, lo perjudican y le acarrearán las sanciones o consecuencias negativas establecidas en el contrato, sin necesidad de que exista una acción voluntaria de parte del asegurador. En el caso de las cargas para asumir la defensa o sus gastos, si el asegurado no las realiza en debida forma y en tiempo, perderá su derecho al “adelanto” de los gastos de defensa.

Esto pues el seguro no puede servir de amparo, que se torne desmedido, del actuar del asegurado en detrimento del asegurador.

Como dice la autora María del Mar Maroño, se debe partir de la configuración del seguro como contrato que descansa en el principio de la buena fe y que está basado en un equilibrio entre las prestaciones de las partes. En efecto, puede estimarse que los deberes u obligaciones accesorias (cargas) que para las partes surgen del contrato, sirven para lograr una mejor correlación entre las principales prestaciones asumidas por estas ... Pero además, todos estos deberes descansan sobre el principio de la buena fe contractual.¹²

3.3 Alcance de la exclusión de culpa grave y dolo, en los seguros de Responsabilidad Civil profesional, específicamente Responsabilidad civil de D & O

La doctrina más recibida en derecho de seguros es unánime en cuanto afirmar que el seguro de responsabilidad civil nunca podrá cubrir la responsabilidad cuya causa sea el dolo, es decir el daño intencional al tercero que involucra la responsabilidad civil del asegurado.¹³

Algunas legislaciones estipulan a texto expreso, la no cobertura del dolo en seguros.

Es el caso por ejemplo, de la Ley del contrato de seguros española que en su artículo 19 estipula, como norma general, que el asegurador no estará obligado en el caso de que el siniestro sea ocasionado intencionadamente por el asegurado.

La Ley de contrato de seguros argentina en su artículo 70 establece que el asegurador queda liberado si el asegurado o el beneficiario “provoca el siniestro dolosamente o por culpa grave”.

12 María De Mar Maroño G., El deber de salvamento en el contrato de seguro, Ed Ibáñez, págs. 4 y sgtes.

13 Cfrn Dr López Saavedra , Dr Carlos Ignacio Jaramillo, Dra Andrea Signorino, Dr Rubén Stiglitz en op. citados.

Cabría preguntarse si podría, igualmente, el asegurador cubrir el dolo mediante pacto en el contrato de seguros.

Esto equivale a cuestionarse si la norma que estipula esta prohibición de cobertura del dolo es de orden público o no y por tanto, si cabe dar lugar a la autonomía de la voluntad de las partes para pactar en contrario a la estipulación legal.

La doctrina es unánime en sostener que las normas que prohíben su cobertura o que lo hacen indirectamente al decir que el asegurador no tiene obligación de indemnizar, son de orden público sin cabida a la autonomía de la voluntad de las partes.

Esto no sólo por la intencionalidad como elemento básico del dolo que amerita el desalentar estas conductas y no fomentarlas a través de una cobertura de seguro, sino además porque el dolo ataca un principio básico en la técnica del seguro consistente en que el riesgo asegurable debe ser incierto.

La voluntariedad en la realización del daño elimina la incertidumbre inherente al concepto de riesgo. Incluso podríamos decir que el riesgo mismo como tal desaparece ya que la voluntad del actor elimina la existencia misma del riesgo.

La exclusión del dolo del asegurado pues, no admite pacto en contrario, ya que no puede cubrirse la intención de provocar el siniestro, ni aún mediando acuerdo de partes, porque ello atentaría contra la esencia misma del contrato de seguro el cual se basa, entre otras cosas, en el carácter aleatorio del evento siniestral.

Específicamente en los seguros de responsabilidad civil, el dolo queda excluido, el asegurador no deberá indemnizar en caso que el daño al tercero sea ocasionado intencionalmente por el asegurado.

La intencionalidad debe referirse al daño del tercero y no a otros elementos, algo propio de los seguros de responsabilidad civil y que debe ser analizado en relación a cada modalidad de cobertura.

Respecto al dolo de las personas de que el asegurado debe responder, el seguro puede cubrir las hipótesis de dolo de estas personas ya que su accionar doloso no implica el dolo del asegurado.

Respecto a la culpa grave, en principio, no existe un argumento de técnica de seguros para eliminar la posibilidad de su cobertura, como vimos ocurre con el dolo.

En las hipótesis de culpa, el riesgo evidentemente existe y éste es incierto, en la culpa se excluye la intencionalidad de causar el daño, en seguros de responsabilidad civil el daño al tercero.

Ahora bien, cabe preguntarse si todo tipo de culpa puede ser cubierta. En especial nos referimos a analizar si las hipótesis de culpa grave en el actuar del asegurado,

pueden ser cubiertas y por tanto si estas hipótesis generan la obligación de indemnizar por parte del asegurador.

Preliminarmente cabe recordar que el concepto de culpa grave encuentra dificultades en cuanto a su conceptualización y su determinación queda, en la generalidad de los casos, librada a la jurisprudencia.

En este sentido, la doctrina y jurisprudencia han sostenido que la culpa grave debe configurar una negligencia o imprudencia anormal, para lo cual se deberá tomar en cuenta la conducta del “asegurado medio” de la actividad que se trate. Se trata de una imprudencia o una impericia extrema, es no prever o no comprender lo que todos prevén o comprenden, es omitir los cuidados mas elementales, es descuidar la diligencia mas pueril, es ignorar los conocimientos más comunes.

Tambien se ha dicho que la culpa grave es la exteriorización de una conducta de inusitada intensidad de negligencia y despreocupación, manifiestamente indiferente a la suerte de los bienes asegurados.

Llevado este enfoque doctrinario y jurisprudencial de la culpa grave al tema de las responsabilidades profesionales, en muchos casos cuando un médico, un abogado o el director de una sociedad incurren en una culpa que genera su responsabilidad, estaríamos en general frente a un supuesto de culpa grave.

Dice el profesor López Saavedra en opinión que compartimos¹⁴:

“El médico que por error opera el ojo sano del paciente y lo deja ciego, el abogado que deja prescribir un caso encomendado por un cliente o las omisiones culposas de sus obligaciones como director de una sociedad que le ocasionan un perjuicio a la misma, son casos de mala praxis profesional que, casi siempre, configuran casos de culpa grave”.

Lo cierto es que en derecho de seguros, la doctrina es cuasi unánime en considerar que la culpa grave puede ser cubierta por el seguro, salvo disposición legal expresa en contrario como ocurre con la Ley de seguros de Costa Rica.

Esto por un lado, por lo ya visto en cuanto a que del punto de vista de la técnica del seguro la culpa no puede ser asimilada al dolo, y en esto no importa la graduación de la culpa: no existe intencionalidad y por tanto existe un riesgo incierto ajeno a la voluntad del asegurado.

Expresa el Dr. Domingo López Saavedra¹⁵, “en las pólizas de responsabilidad profesional que se utilizan en nuestro mercado (argentino) - médicos, abogados o

14 Domingo López Saavedra en op. citado.

15 Domingo López Saavedra en op.citado.

escribanos – se cubre expresamente la culpa grave aceptando que la normativa del artículo 70 de la Ley de Seguros – con excepción del dolo que técnica y jurídicamente es inasegurable – es modificable a favor del asegurado.”

Existen sí consideraciones conceptuales relativas a que, en ciertos seguros de responsabilidad civil, como ser los profesionales, la no cobertura de la culpa grave supondría una limitación importante a la cobertura dejando expuesto al asegurado a perjuicios patrimoniales que justamente son los que se busca evitar con este tipo de seguros.

Esa es nuestra posición; no sólo entendemos que podría cubrirse mediante una póliza de Responsabilidad civil profesional, la culpa grave, sino que incluso esto sería lo deseable para otorgar una verdadera cobertura al asegurado frente a los riesgos implicados en la Responsabilidad civil profesional. El profesional no busca protección ante actos culposos leves, sino ante negligencias de entidad, para eso es que busca un seguro de este tipo.

No así el dolo pues esto destruiría el alea, la incertidumbre del riesgo cubierto necesaria en todo contrato de seguros.

La realidad es que hoy no resulta pensable excluir en forma general todas las conductas culposas pues se produciría un perjuicio general al asegurado. Si se podrían excluir las conductas que resultan ilegales o implican un riesgo excesivo al normalmente cubierto.

La legislación uruguaya de fondo sobre seguros no estipula tan claramente las situaciones que ameritan la oposición de la excepción de “hecho del asegurado”, como se conoce en doctrina de seguros.

En efecto el artículo 639 de nuestro Código de Comercio estipula en lo que nos atañe, que el asegurador no responde de los daños o averías ocasionados por hecho del asegurado, o de los que le representan.¹⁶

Cabe preguntarse si todo hecho del asegurado, o de sus representantes, habilitaría la exoneración de la obligación de pago del asegurador. Esto pues la Ley no distingue entre el hecho del asegurado que actúa de buena fe, del que lo hace de mala fe, con dolo, culpa grave o con negligencia.

16 Art 639 del C. de Comercio uruguayo: *El asegurador no responde en ningún caso de los daños o de la avería causados directamente por vicio propio o por la naturaleza de las cosas aseguradas, a no mediar estipulación expresa en contrario. Tampoco responde de los daños o averías ocasionados por hecho del asegurado, o de los que le representan. Así en este caso, como en el precedente, puede exigir o retener la prima, si los riesgos han empezado ya a correr. El asegurador no quedará exonerado de su obligación, si los daños o averías han sido causados por sus comisionados o personas que le representen.*

Una posición sería afirmar que resulta indiferente que el hecho dañoso se haya producido por mala fe, dolo, fraude, culpa grave, culpa leve o culpa levisima del asegurado, en tanto el artículo no distingue y sólo interesa que se trate de un hecho culposo, provocado o intencional, por acción o por omisión del asegurado, que libera al asegurador de su obligación contractual de indemnizar el daño.

La otra posición sería afirmar que no cualquier acción u omisión del asegurado implicaría necesariamente la liberación del asegurador. Es decir, tener en cuenta la gravedad de la acción u omisión, su intencionalidad en relación al seguro, del punto de vista del Derecho de seguros, no en función de los principios y soluciones del Derecho común.

También podría suceder que el propio contrato de seguros no ampare actos graves del asegurado, sea por acción o por omisión, como ser el dolo o la culpa grave, pero sí, actos de negligencia u omisiones de diligencia, simples, habituales, muchas veces teniendo en cuenta las acciones del asegurado para atenuar las consecuencias de sus actos u omisiones.

En nuestra opinión, de acuerdo al art. 639, en todas las ramas, salvo en incendio pues el art 685 exige culpa grave¹⁷, no importaría la calificación de la conducta del asegurado, en cuanto cualquier hecho de éste permitiría legalmente al asegurador liberarse de la obligación y responsabilidad de indemnización.

Esto salvo eventuales cláusulas contractuales, en contrario, ya que el artículo 639 no sería de orden público, además de que el pacto sería a favor del asegurado ya que ampararía hechos del asegurado en principio pasibles de causar la no indemnización de parte del asegurador.

En conclusión, en nuestro derecho podría cubrirse mediante una póliza de responsabilidad civil, incluido profesional y de D&O, la culpa grave pero esto siempre que se pacte expresamente en el contrato.

Es decir, dado lo dispuesto por el art. 639, con la amplitud del mismo, solamente puede considerarse cubierta la culpa grave si existe pacto expreso en el contrato de seguros que así lo determine. Por el contrario, la culpa grave puede ser excluida de la cobertura de responsabilidad civil, pues no existe norma legal que obligue a su cobertura.

El dolo en cambio, no puede nunca ser objeto de cobertura, pues esto destruiría el alea, la incertidumbre del riesgo cubierto necesaria en todo contrato de seguros.

17 Art 685 del Código de Comercio uruguayo: *Son de cuenta del asegurador todos los daños provenientes del incendio sea cual fuere la causa que los haya producido, a no ser que pruebe que el incendio fue debido a culpa grave del mismo asegurado (Artículo 639).*

En cuanto a los seguros de responsabilidad civil de D & O, es corriente la estipulación como causal de exclusión el dolo del asegurado o contratante.

Asimismo, es común la exclusión de culpa grave del asegurado, aunque buena parte de la doctrina, y como vimos es también nuestra postura, opina que esta debería ser cubierta en los seguros de responsabilidad civil profesional para realmente ser una cobertura acorde al riesgo que se busca cubrir.

Lo cierto es que a la luz de nuestro derecho, por lo ya dicho, es posible pactar tanto la exclusión del dolo como de la culpa grave, del asegurado o del contratante en su caso.

Dicha conducta, en definitiva, será determinada por el Juez de la causa en la cual se dilucida la responsabilidad del asegurado en el evento dañoso. Por lo tanto el asegurador no podrá determinar la correspondencia de la indemnización del reclamo en base a la póliza, hasta que no se determine tal conducta, ya que podrá tratarse de un riesgo excluido del seguro contratado.

No obstante, como ya hemos dicho, si así existe pactado en el contrato de seguros, el asegurador deberá adelantar los gastos de defensa siempre que el asegurado observe al pie de la letra las importantes cargas de colaboración que pesan sobre él, en especial la denuncia en debida forma del eventual siniestro (en este caso el gasto de defensa en relación al posible reclamo), la comunicación previa de los profesionales que actuarán y los honorarios y gastos pretendidos y recabar la aprobación de estos por el asegurador previamente a incurrir en ellos.

Luego el asegurador podrá recuperar del asegurado dichos gastos si el reclamo resulta en definitiva excluido, es decir si no constituye una pérdida indemnizable a la luz del contrato de seguros.

Cabe repetir que, como vimos al referirnos a las cargas, la no sujeción a estas por parte del asegurado le perjudican y lo hacen pasible de las sanciones o consecuencias negativas establecidas en el contrato, sin necesidad de que exista una acción voluntaria, de cumplimiento, de parte del asegurador.

3.4 Las crecientes responsabilidades atribuibles a profesionales, directores y gerentes

Otro desafío es lograr la debida cobertura de las responsabilidades de los profesionales y en especial de los directores y gerentes, en vistas a las crecientes responsabilidades a que las normativas nacionales los someten.

En esta ocasión nos referiremos a la novedosa Ley N° 19.196, de 18 de marzo de 2014, denominada de Responsabilidad Penal Empresarial sancionada en el Uruguay que determina importantes responsabilidades para los directivos de las empresas ante situaciones de riesgos laborales.

La Ley sancionada consta de tres artículos, de los cuales, a nuestros fines, nos interesa el 1 y el 2:

Artículo 1°: El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adaptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

Como podemos apreciar, el artículo consagra un delito de peligro: no es necesario que se produzca el resultado para que pueda existir sanción penal. Lo que busca la norma es priorizar en la prevención de riesgos que puedan correr la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

El peligro está calificado: la no adopción de los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación debe poner en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador.

Refiere a la figura del empleador o aquel que ejerza “efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa” porque muchas veces estamos frente a empleadores personas jurídicas. La Ley parece apuntar a aquellos Directores o Gerentes que ejercen la dirección de la empresa.

Artículo 2: Constatado el dolo o la culpa grave del empleador en el accidente del trabajo o enfermedad profesional, los funcionarios actuantes del Banco de Seguros del Estado deberán dar cuenta de tal circunstancia al Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social, quien deberá bajo su estricta responsabilidad funcional, denunciar ante el Juzgado competente en materia penal, los hechos que configuren un presunto delito contra la vida o la integridad física de los trabajadores, con remisión de testimonio de los antecedentes administrativos disponibles.

Este artículo refiere a cuando efectivamente ocurrió un accidente laboral, cobertura que en nuestro país solo puede ser brindado por el Banco de Seguros del estado (BSE) siendo la única rama que sigue monopolizada por éste ente asegurador estatal.

Con anterioridad a la sanción de esta ley no existía necesariamente el “cruce” de información entre el Banco de Seguros y la Inspección de Trabajo. De ahora en adelante, si el Banco de Seguros entendiera que existió dolo o culpa grave del empleador, deberá necesariamente informarlo y la Inspección de Trabajo realizará la denuncia ante el juzgado penal competente.

A la luz de lo normado por estos artículos, podemos pues, preguntarnos, qué es lo que podrían cubrir las pólizas D&O en relación a la Ley 19.196.

Nuestra opinión es que si un Director o Gerente, o quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no hace que se adopten los medios

de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, en forma culposa, se le debe otorgar cobertura y se asumiría la defensa frente a un reclamo y los consiguientes gastos de defensa sujeto a las formalidades previstas en la póliza.

Si se prueba que el Director o Gerente cumplieron con las normas de seguridad laboral, se archivará la denuncia y la aseguradora sólo pagará los gastos de defensa.

Si en cambio el Director o Gerente incurrió en dolo o culpa grave, aquellos gastos de defensa asumidos por la aseguradora deberán ser devueltos, salvo en aquellos casos en que el seguro cubra la culpa grave.

3.5 Profesiones o funciones no siempre cubiertas por los seguros de Responsabilidad Civil profesional

Por último, nos referiremos en este trabajo a la cobertura de ciertas funciones que a veces no son debidamente amparadas en las pólizas de Responsabilidad civil profesional.

Es el caso por ejemplo, de los Síndicos e Interventores judiciales

En Uruguay, la Ley N° 18.387, de noviembre de 2008, sobre Declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, estableció importantes responsabilidades para los administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno en caso de concurso necesario de las personas jurídicas. Asimismo, determinó severas responsabilidades para Interventores y Síndicos.

Así es que su artículo 32, establece que el Síndico o el Interventor deberá desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal.

El artículo 35 sobre Responsabilidad, determina que el Síndico, el Interventor y los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del concurso responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa del concurso por los actos y omisiones contrarios a la ley o por los realizados sin la debida diligencia.

El artículo 41 por su parte, establece que si las cuentas no fueran aprobadas, el Síndico o el Interventor quedará inhabilitado para intervenir como Síndico o como Interventor en cualquier otro concurso de acreedores durante el período que fije el Juez del concurso, que no podrá ser inferior a cinco ni superior a veinte años.

Es nuestra opinión que es necesario una cobertura específica para estas funciones ya que como vimos en materia concursal, la Ley N° 18.387 establece obligaciones y responsabilidades de importancia en cabeza de Síndicos e Interventores, que en mi país deben ser de profesión abogado o contador.

Se trata de funciones asociadas a su profesión, no naturales a la misma, por lo cual podrían ser objeto de cobertura por un Seguro de Responsabilidad civil profesional, en sentido amplio, o por Errores y Omisiones, siempre que el mismo abarcara en forma expresa, la cobertura de dichas eventuales responsabilidades.

Además consideramos que la culpa grave debe sí o sí estar cubierta en el caso de estas funciones para otorgar una real cobertura a los riesgos a que se enfrentan, en base a la legislación antes vista.

Un ejemplo en este sentido lo brinda España, que establece la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil para administradores concursales.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, reforma la Ley N° 22/2003, de 9 de julio de 2003, ley concursal, e introduce en el sistema concursal español la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para poder actuar como administrador concursal en cualquier clase de concursos de acreedores.

La Ley está reglamentada por el Real Decreto 1333/2012, de 21 de setiembre de 2012 que regula las bases del seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales

Las normas de este Real Decreto se han de completar no sólo con la Ley N° 22/2003, de 9 de julio de 2003, sino también con la Ley N° 50/1980, de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro.

Como alternativa al seguro, la Ley N° 22/2003, de 9 de julio, prevé una garantía equivalente tanto material como temporalmente. El contenido material y temporal de esta garantía se delimita por referencia al contenido del seguro.

Haciendo uso de esa habilitación, el Real Decreto se ocupa de este nuevo seguro o garantía, que, naturalmente, no impide que, al amparo de la autonomía privada o de otras previsiones legales, los administradores concursales contraten otros seguros específicos e independientes de esa responsabilidad civil, para cubrir más intensamente los riesgos del ejercicio de esa actividad profesional, o introduzcan esa cobertura mínima obligatoria como ampliación de las pólizas de Responsabilidad civil profesional de abogados, economistas, contadores o auditores.

La vigencia del seguro o la garantía equivalente se configura como presupuesto para la aceptación del cargo.

De esta forma, los administradores concursales no pueden aceptar su nombramiento sin acreditar convenientemente que gozan de esa cobertura en los términos determinados por este Real decreto.

Tienen el deber de mantener dicha cobertura durante la tramitación del proceso concursal.

Al igual que en otros muchos seguros obligatorios, la obligación legal se configura con carácter general, como condición para poder aceptar el nombramiento.

No se trata, pues, de un seguro por concurso, sino de un seguro para ser administrador concursal o, más exactamente, para poder aceptar el cargo y para poder desempeñarlo a lo largo del procedimiento.

A fin que el asegurador pueda conocer el nacimiento del riesgo, se impone al Juzgado la notificación del nombramiento y de la aceptación del administrador concursal.

Paralelamente, a fin que la cobertura esté vigente en todo momento, se imponen singulares deberes de información tanto al administrador concursal como al asegurador de la responsabilidad civil, que habrá de comunicar al Juzgado determinadas modificaciones o vicisitudes de la relación contractual, como la falta de pago del premio, debiendo mantenerse la cobertura durante el período de un mes desde que realizó la comunicación.

La suma obligatoriamente asegurada se ha determinado atendiendo a la entidad de los concursos de acreedores que se vienen produciendo en ese país, caracterizados por masas activas y pasivas particularmente modestas.

Con todo, ese mínimo se eleva por el Real Decreto, bien por el número de concursos en los que se desempeñe la administración concursal, bien por las condiciones subjetivas del deudor común, como es el caso de los denominados concursos de especial trascendencia.

4. CONCLUSIONES

Nadie discute actualmente la utilidad que los Seguros de Responsabilidad Civil profesional otorgan a los profesionales en general, o a directores, administradores y gerentes, como herramienta de prevención de daños patrimoniales, dado las crecientes responsabilidades y acciones posibles contra los distintos profesionales, los directores, los administradores, los gerentes, los síndicos e interventores concursales, entre otros.

No obstante, existen aspectos a comprender y analizar con mayor detenimiento en estas coberturas, que deben merecer la mayor atención de las partes contratantes y de la doctrina y jurisprudencia relativa a este tipo de contrato de seguros.

Los desafíos a que se enfrentan actualmente las mencionadas coberturas son, entre otros, el debido análisis de las especiales obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro de Responsabilidad civil profesional, con especial detenimiento en las cargas a que debe sujetarse el asegurado a fin de cumplir cabalmente con el deber de cooperación con el asegurador. De la correcta asunción de las cargas del asegurado depende la debida respuesta indemnizatoria del asegurador, y en particular, la correcta asunción de la defensa del asegurado por parte del asegurador.

Asimismo, constituye un desafío el lograr la adecuada cobertura acorde a las legislaciones que tienden a acrecentar la responsabilidad en cabeza de los empresarios y poder abarcar en forma específica funciones asociadas a determinadas profesiones sujetas a grandes responsabilidades como el caso de síndicos e interventores judiciales.

Por último, es deseable que la doctrina se plantee seriamente el debate sobre la necesidad de la cobertura de la culpa grave en los seguros de Responsabilidad civil profesional.

En nuestra opinión, dicho debate debería llevarnos a la conclusión que, en las legislaciones que lo permiten, la cobertura de los actos dañosos cometidos con culpa grave y su no exclusión en los contratos de seguros de este tipo, es lo único que resulta realmente funcional y útil para otorgar verdadera cobertura del riesgo, a que está destinada la contratación de un seguro de Responsabilidad civil profesional.

BIBLIOGRAFIA

Abel Veiga Copo, Tratado del contrato de seguro, Bogotá, Universidad del Rosario y Universidad Javeriana, Colección Máxima, 2009.

Andrés Ordóñez Ordóñez, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro, Ed Ibáñez, 2013.

Andrea Signorino Barbat, Los seguros de responsabilidad civil. Caracteres generales y Coberturas principales- Ed. Fundación de Cultura Universitaria Uruguay, 2011.

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Derecho de seguros. Tomo III. Ed. Universidad Javeriana, 2013.

Domingo López Saavedra, Ley de seguros anotada y comentada- Ed. La Ley, Argentina, 2007

Juan Carlos F. Morandi, Prevención y seguro-Ed. De Palma. Argentina, 1975.

María de Mar Maroño G., El deber de salvamento en el contrato de seguro, Ed. Ibáñez, 2008

Rubén Stiglitz, Seguro contra la responsabilidad civil profesional- Temas de Derecho de Seguros, Colección internacional de la Universidad Javeriana de Colombia. Ed. Ibáñez, 2010.