

Algunos aspectos relacionados con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores-D&O, en Colombia*

MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE**

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2009
Fecha de aceptación: 19 de noviembre de 2009

SUMARIO

1. La delimitación temporal del riesgo
 - 1.1. Normativa:
 - 1.1.1. Ley 389 de 1997
 - 1.1.2. En las pólizas de D&O
 - 1.1.3. La fecha de retroactividad en las pólizas de D&O
 - 1.2. "periodo adicional de notificaciones", "discovery period" o "cláusula sunset"

* El presente artículo es el resultado de la investigación de la autora, producto de la demanda académica de varios de sus alumnos de la Especialización en Derecho de Seguros sobre los temas que se tratan en ésta misma. Se realizó aproximadamente durante un periodo de 2 meses en su etapa final, ya que viene construyéndose y depurándose desde el mes de agosto del presente año. Este artículo se encuentra radicado por Derechos de Autor con el No. 1-2009-44709 (sujeto a trámite).

** Abogada Pontificia Universidad Javeriana. Especialista y Magíster en Derecho de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana. Asesora y consultora independiente. Profesora universitaria. Correo electrónico: mcisaza@isazaposse.com

2. El asegurado bajo las pólizas de D&O
3. El riesgo asegurado bajo las pólizas de D&O

Bibliografía

RESUMEN

En Colombia se presentan controversias relacionadas con el seguro de responsabilidad civil para directores y administradores (Seguro de D&O), las cuales con frecuencia, giran alrededor de algunos aspectos puntuales relacionados con este tipo de seguro. Sin pretender agotar el tema, este breve estudio busca señalar algunos de esos aspectos, con el fin de que los suscriptores cuenten con información sobre la cobertura otorgada mediante esta clase de pólizas, información útil para prevenir las diferencias al momento del acaecimiento del siniestro derivadas de la falta de precisión y claridad en los términos y condiciones establecidas en los contratos desde el momento de la contratación.

Sin desconocer el hecho de que la interpretación de todo contrato de seguro, se debe hacer de manera integral, tomando en cuenta todas las estipulaciones en su conjunto, abordaremos tres temas puntuales relacionados con el seguro de responsabilidad para directores y administradores desde la perspectiva colombiana: la delimitación temporal del riesgo, quiénes son los asegurados bajo esta clase de pólizas, y el alcance del riesgo asegurado desde el punto de vista causal.

Palabras clave: Seguro de responsabilidad civil, póliza, siniestro.

Palabras clave descriptor: Seguros de responsabilidad civil- Colombia, contrato de seguros.

ABSTRACT

In Colombia there're some controversies related to the civil liability insurance policy for directors and managers (D&O Insurance) which often tackle some punctual aspects related to this type of insurance. Without the purpose of exhausting this matter, this brief article seeks to point out some of these aspects for subscribers to have information about coverage granted by this type of policies, information that is useful to prevent differences at the time of the loss which can result from lack of accuracy and clarity in the terms and conditions set out in contracts as of their execution.

Without ignoring the fact that the construction/interpretation of any insurance policy must be performed as a whole, taking into account all provisions inte-

gally, I will tackle three punctual topics related to the liability insurance for directors and managers from the Colombian perspective: the temporary delimitation of the risk, who the insured are under this type of policies and the scope of the insured risk from a causal viewpoint.

Key words: *Liability insurance, policy, catastrophe.*

Key words plus: *Liability insurance- Colombia, insurance contract.*

INTRODUCCIÓN

El seguro de D&O se enmarca dentro del seguro de responsabilidad civil profesional. Tiene como finalidad amparar a los administradores y directores frente a la eventualidad de que se vean obligados a responder por los daños causados en el ejercicio de sus funciones. Las condiciones generales incluidas en esta clase de pólizas tienen una marcada influencia anglosajona, lo que implica dificultades para ajustarla a la responsabilidad civil en sistemas jurídicos de tradición romanista. Sus condiciones generales suelen ser las del seguro de responsabilidad civil profesional, que están basadas en pólizas anglosajonas, debido a que ha sido en Estados Unidos donde se ha difundido esta clase de seguro por la proliferación de reclamaciones por supuestos de responsabilidad civil de directores y administradores, y por la generosidad de los jueces a la hora de establecer el monto de las indemnizaciones.

Se cuenta entonces, con poca experiencia ya que se trata de una modalidad de seguro cuyo desarrollo es relativamente reciente, por lo que es escasa la doctrina y jurisprudencia alrededor del tema. Es importante señalar que mediante estos seguros se ampara una responsabilidad que se encuentra regulada en ordenamientos jurídicos diferentes y la experiencia siniestral es aún escasa, lo que dificulta contar con variables más confiables para ser usadas en estadística para el cálculo actuarial.

I. LA DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL RIESGO

Respecto a la modalidad de delimitación temporal del riesgo bajo el sistema de “Reclamación” o “*claims made*”, revisaremos en primer término los aspectos generales comunes a todo seguro de responsabilidad civil:

I.1. Normativa:

En Colombia, en cuanto se refiere a la delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil, las disposiciones legales que regulan la modalidad de seguro. Por Reclamación o “*claims made*” se encuentran en la Ley 389 de 1997.

1.1.1. Ley 389 de 1997

El Art. 4° de la Ley 389 de julio 18 de 1997 modificó el régimen legal aplicable en Colombia al seguro de responsabilidad civil, al establecer la posibilidad de que las partes acuerden una modalidad de cobertura diferente a la de ocurrencia que era la única admitida hasta la expedición de la ley. Esta es la modalidad que se conoce como “Reclamación” o “*claims made*”.

Dice textualmente el artículo 4°:

“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

“Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”.

En lo que se refiere al ámbito temporal de la cobertura bajo la modalidad de reclamación en el seguro de responsabilidad civil, conforme a lo establecido en la norma citada tenemos:

- “Podrá”, significa que se otorga una facultad a las partes para optar por esta modalidad de cobertura. En consecuencia, requiere pacto expreso en tal sentido y dicha estipulación relativa a la delimitación temporal de la cobertura no puede entenderse incluida si no ha sido acordada expresamente por las partes.
- La cláusula se refiere a la cobertura de las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la aseguradora durante la vigencia del contrato de seguro, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia. Es un típico caso de riesgo putativo.
- Se otorga facultad a las partes contratantes para definir como cubiertos hechos ocurridos durante la vigencia, pero reclamados después de expirada la vigencia del seguro, siempre que la reclamación de la víctima al asegurado o a la aseguradora se presente dentro de un término determinado por las partes en el contrato. La ley establece que dicho término, no puede ser inferior a dos años.

Es frecuente encontrar que en las pólizas pactadas bajo la modalidad “*claims made*”, cláusulas que establecen que los hechos y circunstancias avisados durante la vigencia del seguro se entienden cubiertos por la póliza vigente al momento del aviso, con independencia del momento en el cual se presente posteriormente la reclamación.

Con posterioridad a la reforma introducida mediante la Ley 389 de 1997, si media entre las partes un pacto especial y expreso, pueden cubrirse hechos ocurridos antes y reclamados durante la vigencia del seguro, o hechos ocurridos durante la vigencia y reclamados dentro del término especialmente fijado por las partes en el contrato. (Reclamación o *claims made*).

Mediante esta reforma, se autoriza a las partes para estipular condiciones que regulan el aspecto temporal de la cobertura, es decir, el alcance del riesgo asumido por la aseguradora. En consecuencia, cambia el momento en que se entiende ocurrido el siniestro, aspecto que reviste especial importancia tomando en consideración que es el momento en el cual se torna exigible la obligación de la aseguradora y determina el momento a partir del cual empiezan a correr los términos de la prescripción.

En el caso del pacto de cláusulas por Reclamación o *claims made* en virtud de las cuales se amparan las reclamaciones formuladas durante la vigencia del contrato de seguro, con o sin fecha de retroactividad, resulta claro que el siniestro será la reclamación y no el hecho externo imputable al asegurado. La presentación de la reclamación constituye el hecho cuya realización dará origen a la obligación del asegurador, bien sea que se trate de la acción directa del damnificado contra la aseguradora o de la acción del asegurado contra la compañía de seguros.

Sin embargo, es importante señalar que la ley no establece límites o restricciones a la autonomía con que cuentan las partes para delimitar el periodo retroactivo de la cobertura cuando el seguro de responsabilidad se pacta bajo la modalidad “Reclamación” o “*claims made*”. Es práctica generalizada en esta clase de pólizas, limitar dicho periodo retroactivo mediante la estipulación de la denominada “fecha de retroactividad”. En virtud de la estipulación de la fecha de retroactividad, las partes delimitan la extensión del periodo retroactivo de la cobertura estableciendo el término dentro del cual deben haberse presentado los hechos que dan origen a la reclamación formulada durante la vigencia de la póliza.

1.1.2. En las pólizas de D&O:

“En los seguros de responsabilidad, la exigibilidad de la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización puede relacionarse con el momento en que los asegurados, a su vez, deben indemnizar a terceros. Esta obligación del asegurado surge, al menos desde un punto de vista teórico, desde que realizan acciones u omisiones susceptibles de causar daños, ya que desde este instante el pasivo de administradores y altos ejecutivos queda cargado con la eventual obligación de resarcir frente a las consecuencias de su responsabilidad. Los contratos de seguro de daños y de responsabilidad que vinculan la obligación del asegurador con el

momento en que ocurre el incumplimiento del asegurado se formalizan con el criterio temporal del hecho causante, u ocurren bases. Ahora bien, en determinados sectores aseguradores, como el de responsabilidad civil profesional, la habitualidad con que se producen daños patrimoniales con mucha posterioridad al momento en el que tiene lugar el hecho motivador hace que los aseguradores hayan introducido cláusulas de delimitación del riesgo asumido en función de otros criterios temporales. En D&O esta delimitación generalmente se produce por referencia a las reclamaciones contra el asegurado interpuestas durante el periodo de vigencia o durante un periodo adicional pactado a tales efectos, sistema que técnicamente se conoce como "claims made", o de la reclamación"¹.

1.1.3. La fecha de retroactividad en las pólizas de D&O

No se encuentra en la ley colombiana mención expresa de la denominada "Fecha de Retroactividad". Sin embargo, la doctrina explica el alcance del concepto, como pasa a señalarse.

El profesor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO explica con claridad el concepto de retroactividad al referirse a las pólizas de seguro de responsabilidad de directores y administradores de la siguiente forma:

"Los formularios consultados nos muestran que, por influencia anglosajona, la delimitación temporal de la cobertura del riesgo se basa en el momento en que se produce la "reclamación" al asegurado y no en el momento en el que surge la responsabilidad del asegurado como consecuencia de la producción del hecho dañoso.
...

Con cierta unanimidad, las condiciones especiales de esta modalidad contractual (como acontece en otros casos del seguro de responsabilidad civil) dejan en segundo término el momento en que se produce el evento dañoso del que surge la responsabilidad civil (llamado en la terminología utilizada por las pólizas, según vimos, "acto culposo", "evento dañoso", "acto dañoso", "acto incorrecto" o "falta de gestión"), sino el de la reclamación al asegurado, de forma que la delimitación temporal de la cobertura se produce, por regla general, respecto de las reclamaciones presentadas al asegurado durante el periodo de vigencia del contrato (periodo de vigencia que se fija en las condiciones particulares) por los hechos dañosos cometidos durante dicho periodo. No obstante la cobertura del asegurador se extiende en un doble sentido: en primer término, el referido al llamado periodo retroactivo, en cuanto el asegurador es responsable del pago del siniestro también en el caso de aquellas reclamaciones al asegurado que se efectúen en el periodo de vigencia del contrato

1 PÉREZ CARRILLO, E.F. Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El Seguro de D&O en EE.UU. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.: Madrid, España. 2005, págs. 239 y 240.

respecto a hechos dañosos que sean anteriores al mismo, pero cuya existencia fuera desconocida por él;...².

En la obra de la doctora ELENA F. PÉREZ CARRILLO encontramos en relación con la fecha de retroactividad o periodo retroactivo en las pólizas de D&O:

“Según acabamos de ver, la mayoría de los contratos de D&O se contratan sobre la base de la reclamación. Esto significa que, en principio, todas las acciones y omisiones de los administradores resultan cubiertas por el seguro siempre que la reclamación se produzca durante el periodo de vigencia, al margen del momento en que tuvieron lugar los hechos desencadenantes de la responsabilidad. En la práctica esto casi nunca es así, sino que el asegurador suele imponer un periodo de “vigencia retroactiva”, o periodo durante el cual deben haberse producido las infracciones de los administradores, para que la reclamación efectuada dentro del periodo de vigencia formal resulte cubierta. El periodo de retroactividad implica que la compañía de seguros no se hará cargo de las reclamaciones basadas en hechos acontecidos con anterioridad a la fecha indicada.

“Las referencias al periodo retroactivo pueden situarse en diversas secciones del contrato, principalmente en la sección de definiciones, en la de criterio temporal de la cobertura, en la sección dedicada a exclusiones de cobertura (en tanto que quedan excluidas las reclamaciones correspondientes a hechos acontecidos con anterioridad a la fecha fijada como de “retroactividad”) o en un anexo de la póliza, especialmente cuando se trata de renovaciones de otra anterior”³.

Señala la autora que las referencias al periodo retroactivo o fecha de retroactividad suelen articularse en las pólizas de una de las siguientes formas:

- Algunos contratos no imponen ningún periodo retroactivo, o establecen la obligación de la aseguradora de indemnizar las reclamaciones interpuestas durante la vigencia del contrato, sin que se tome en consideración el momento en que tuvo lugar la acción u omisión de los administradores. Es la redacción más favorable para los asegurados y se conoce como *“full prior acts”*.
- Es frecuente encontrar que la fecha retroactiva coincide con el momento de contratación de la póliza, que es la fecha de iniciación de la vigencia de la misma. Es un pacto muy restrictivo de la cobertura para el asegurado, ya que combina el criterio de la ocurrencia del hecho motivador con el criterio de la reclamación. Para que haya cobertura, tanto los hechos de los cuales se deriva la reclamación, como la

2 SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. El Seguro de Responsabilidad Civil para Administradores, Directores y Gerentes de las Sociedades Mercantiles. *Revista Iberolatinoamericana de Seguros*, N° 17. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA-CILA. FIDES. (Marzo, 2002), pp. 113 y 114.

3 Ob. cit. Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales, pp. 241 y 242.

reclamación misma deben producirse dentro del mismo periodo de vigencia de la póliza. Señala la autora que es una cláusula que suele imponerse a los dirigentes de sociedades que se encuentran en determinadas situaciones de riesgo, como por ejemplo, en el comienzo de su actividad, o la apertura de una nueva línea de negocio.

- Es frecuente encontrar que en las pólizas que se contratan sucesivamente con la misma compañía aseguradora se establece una fecha de retroactividad que coincide con la fecha de contratación de la primera póliza. De esta forma la aseguradora ampara reclamaciones derivadas de actos que ocurrieron en alguno de los periodos de cobertura correspondiente a las pólizas suscritas con ella misma⁴.
- Además de los tres supuestos previstos por la autora citada, se encuentran pólizas en las que la cobertura es otorgada por una compañía de seguros distinta para una nueva vigencia, en las que se acepta conservar la fecha de retroactividad que se traía acordada con la aseguradora que otorgaba la cobertura anterior. En estos casos se presentan con frecuencia controversias entre las partes en cuanto al alcance de la cobertura otorgada.

Por su parte el doctor JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, al abordar el tema del Sistema de Reclamación o *claims made* en su obra *El seguro de responsabilidad*, dice respecto a la modalidad de *claims made* con periodo de retroactividad:

“Estas cláusulas cubren las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia de la póliza, siempre y cuando los hechos se hayan presentado dentro del periodo de retroactividad pactado en ella. El periodo de retroactividad dependerá de lo acordado específicamente por las partes”⁵.

Al explicar el punto relacionado con la delimitación temporal de la cobertura en las pólizas de responsabilidad de directores y administradores de empresas dice:

“Con relación al ámbito temporal conviene tener presente los siguientes conceptos.

5.5.1. Periodo de vigencia de cobertura

Es el tiempo de vigencia de la póliza dentro del cual debe formularse la reclamación al administrador. Es preciso tener en cuenta que las pólizas contienen una definición de reclamación que se extiende no sólo a las reclamaciones propiamente dichas, sino también a cualquier notificación o requerimiento contra el asegurado, o cualquier procedimiento administrativo o de investigación oficial de algún acto incorrecto.

4 Ibíd.

5 DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, J.M. *El Seguro de Responsabilidad Civil*. Colección Textos de Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario: Bogotá, Colombia. Primera edición, pág. 202.

5.5.2....

5.5.3. *Periodo de retroactividad*

*Recordemos que estas pólizas cubren las reclamaciones presentadas durante la vigencia referidas a hechos desconocidos por el asegurado, ocurridos con anterioridad en un periodo denominado de retroactividad, el cual se establece de común acuerdo entre las partes*⁶.

En cuanto se refiere a la delimitación temporal de la cobertura de la póliza de seguro de Responsabilidad de Servidores Públicos, dice el mismo autor:

“6.5. Delimitación temporal

*La póliza se estructura bajo modalidad de reclamación, por lo que se cubre exclusivamente los reclamos al servidor público que se presenten durante la vigencia. Igualmente, existe el periodo de retroactividad, así como el periodo adicional para notificaciones, equivalentes a los previstos para la póliza de directores y administradores descrita en el punto anterior*⁷.

Como se aprecia sin dificultad, no se encuentra en la doctrina controversia alguna alrededor del significado y alcance del concepto de “Fecha de Retroactividad” o “Periodo Retroactivo”. Sin embargo, en la práctica encontramos con frecuencia diferencias entre asegurados y aseguradoras en cuanto a la existencia o no de cobertura en casos concretos, especialmente en el supuesto de pólizas en las que la cobertura es otorgada por una compañía de seguros distinta para una nueva vigencia, en las que se acepta conservar la fecha de retroactividad que se traía acordada con la aseguradora que otorgaba la cobertura anterior. En estos casos resulta de la mayor importancia dejar claramente estipulado al momento de la suscripción del nuevo seguro, el alcance de la cobertura otorgada por cada aseguradora respecto a los hechos ocurridos bajo la vigencia de cada una de las pólizas.

1.2. “Periodo adicional de notificaciones”, “Discovery Period” o “Cláusula Sunset”

Es corriente encontrar en las pólizas de D&O pactos denominados como “Periodo adicional de notificaciones”, “Discovery Period” o “Cláusula Sunset”, que la doctrina explica de la manera que a continuación se señala:

“Las pólizas estipulan que en caso de que la aseguradora revoque la póliza o decida no renovarla una vez expirada su vigencia, la entidad tomadora tiene el derecho de obtener una extensión del periodo de vigencia por un plazo que normalmente es hasta de 24 meses, previo el pago de una prima adicional.

6 Ob. cit. *El Seguro de Responsabilidad Civil*. (Enero, 2006), págs. 431 y 432.

7 *Ibíd.*, pp. 434 y 435.

“Esta ampliación del plazo de la vigencia únicamente cubrirá las reclamaciones que se presenten durante dicha extensión, pero que tengan como causa hechos incorrectos ocurridos antes de la fecha de revocación o de no renovación de la póliza (y, obviamente, después del momento en que se inició el periodo de retroactividad de la cobertura)”⁸.

Respecto a este Periodo Adicional para Notificaciones o Cláusula *Sunset*, dice la doctora PÉREZ CARRILLO en su obra al referirse al tema de la vigencia del contrato de seguro de responsabilidad civil para directores y administradores:

“Por otra parte, como otro modo de concluir la vigencia, antes de que finalice ésta, las partes pueden renovar su pacto sobre el mismo condicionado acordado o tomándolo como base. Las ofertas del asegurador en el sentido formal de “renovar” la póliza, pero modificando sustancialmente sus términos, suelen equipararse a la negativa de renovar. ... El Tribunal que tuvo que decidir sobre diversas cuestiones que afectaban a la interpretación del seguro señaló que más que de una renovación se trataba de la contratación de una nueva póliza. La distinción entre ambos conceptos (renovación y nueva contratación), es muy importante, pues, como veremos en el último epígrafe del Capítulo IV, el D&O suele contratarse con un “periodo de ampliación a efectos de notificaciones” (discovery period), que supone una ampliación de la vigencia sólo a efectos de poder notificar válidamente al asegurador las reclamaciones efectuadas durante ese periodo en relación con el contrato que ha expirado. Ahora bien, si se produce la renovación el nuevo contrato se superpone al periodo ampliado y las reclamaciones pasan a constituir siniestros en relación con este último”⁹.

Dice la autora citada en el Capítulo III de su obra:

“Como hemos visto en relación con la vigencia, es frecuente que las partes en un contrato D&O renueven el pacto inicial, concluyendo uno o sucesivos contratos de renovación. Además, pueden elegir una ampliación del periodo de vigencia del anterior, pero sólo con determinados efectos. En concreto, la mayor parte de las pólizas D&O de EE.UU. contratadas sobre el criterio de la reclamación contienen disposiciones que permiten a los asegurados notificar válidamente las reclamaciones contra ellos interpuestas durante un periodo ampliado sobre el de vigencia formal de la póliza. Es el periodo de ampliación de vigencia a efectos de notificaciones, o discovery period, particularmente recomendable desde el punto de vista de los asegurados cuando la póliza no se renueva.

“El periodo de vigencia ampliada a efectos de notificaciones suele reflejarse en una disposición contractual que responde al criterio de que si la compañía aseguradora cancela o se niega a renovar la póliza, los asegurados y la tomadora tienen derecho a ampliar el periodo de notificación válida de reclamaciones a cambio de satisfacer una prima adicional, que se calcula en términos porcentuales respecto de la prima total satisfecha por el periodo de vigencia material “normal”. Esta disposición suele redactarse en forma que la ampliación del periodo de notificación tiene lugar a solicitud de la tomadora del seguro, dentro de un periodo de entre diez y sesenta

8 Ob. cit. *El Seguro de Responsabilidad Civil*, pág. 432.

9 Ob. cit. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*, pág. 85.

días con posterioridad a la fecha de fin de la vigencia formal de la póliza. Suele contratarse por un periodo de doce meses, aunque puede llegar a los treinta y seis meses. Generalmente dentro de este periodo "ampliado" sólo pueden notificarse válidamente las reclamaciones fundamentadas en acciones u omisiones de los administradores y altos ejecutivos asegurados que tengan lugar durante el periodo de vigencia y durante el "periodo de cobertura retroactiva", pero no pueden notificarse válidamente las basadas en hechos acontecidos durante el periodo ampliado"¹⁰.

La doctrina citada es unánime en reconocer que la inclusión de la cláusula *Sunset* en las pólizas de seguro de D&O concede al asegurado un "derecho" al otorgamiento del periodo extendido para notificaciones, si se produce la revocación o no renovación de la póliza, en los casos en que el pacto se haya incluido dentro de las condiciones estipuladas en la póliza suscrita y, en los términos acordados por las partes, términos y condiciones particulares y generales que se encuentran consignadas en el clausulado.

Respecto a este punto conviene poner de presente, que como puede fácilmente apreciarse, de acuerdo con los principios generales del derecho y de conformidad con las normas legales vigentes sobre interpretación del contrato, la aseguradora que ha pactado la inclusión del periodo adicional para notificaciones no puede retraerse de otorgarlo al momento de la no renovación de la póliza o de su revocación. En virtud de la estipulación concertada y consignada en el clausulado de la póliza, el tomador adquiere un "derecho" a contar con la cobertura adicional, derecho sujeto a la condición de que se produzca la no renovación del contrato o su revocación. Así mismo, y conforme a la naturaleza misma de la cobertura otorgada, una vez cumplida la condición, esto es, no renovado o revocado el contrato de seguro, la aseguradora no podrá revocar el amparo otorgado para el periodo extendido sin vulnerar abiertamente un derecho adquirido por el asegurado. Lo anterior se desprende con meridiana claridad si se toma en consideración que la cobertura se refiere a reclamaciones que se presenten con posterioridad a la revocación o no renovación pero que tienen como causa hechos que ya han tenido lugar al momento de finalizar la cobertura "normal" otorgada por la aseguradora. El ejercicio de este "derecho" por parte del asegurado se condiciona normalmente en los clausulados, al pago de una prima adicional. En el evento de que la prima no sea cancelada a la aseguradora dentro del plazo establecido, resultará plenamente aplicable la disposición del Art. 1068 del Código de Comercio (C.Co.), que establece la terminación automática del contrato de seguro por no pago de la prima.

Es frecuente encontrar expresamente establecido en las pólizas de D&O que la cobertura otorgada para ese periodo adicional terminará en el evento de que el tomador suscriba una nueva póliza con una aseguradora diferente a la que otorgó la cobertura extendida. Sin embargo, la causal de terminación no es aplicable en los casos en que el tomador suscribe una nueva póliza, en distintas condiciones a las de la póliza revocada o cuya vigencia terminó, con la misma compañía de seguros que otorgó el periodo adicional de cobertura o "*Discovery Period*".

10 *Ibíd.*, págs. 242 y 243.

2. EL ASEGURADO BAJO LAS PÓLIZAS DE D&O

En Colombia, al tenor de lo establecido por el Art. 22 de la Ley 222 de 1995, “*Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones*”.

En cuanto se refiere al tema del asegurado en las pólizas de D&O, encontramos en la doctrina:

“Las pólizas aseguran la responsabilidad personal del director o administrador; para el efecto incluyen definiciones de asegurado que abarcan a los miembros de junta directiva, representantes legales, gerentes y en general cualquier otro que desempeñe funciones de dirección que impliquen facultades de dirección o gobierno (véase ilustración 18.7).

“En la práctica, normalmente es la sociedad quien, actuando como tomadora, suscribe la póliza para asegurar la responsabilidad de todos los administradores de la empresa. La cobertura se extiende a la responsabilidad como director o administrador no sólo en la entidad tomadora sino en las sociedades subordinadas a ella”¹¹.

El profesor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO aborda el tema del asegurado haciendo las siguientes precisiones:

“Del examen de los distintos formularios de condiciones especiales referentes a contratos de seguro de responsabilidad civil de administradores y directores resulta que el contrato comprende el aseguramiento de un conjunto elevado de personas, que son determinados no sólo en relación a la sociedad tomadora o co-contratante del seguro, sino al grupo de sociedades que de éstas dependen.

“Es sabido que dentro de la técnica del contrato de seguro, se distingue el caso en que el tomador del seguro contrata el seguro por cuenta propia, ya que es titular del interés asegurado, de cuando contrata por cuenta ajena, porque el titular del interés es una persona diversa. Por ello, en el primer caso, la figura del tomador del seguro o contratante coincide con la del asegurado, y, en el segundo supuesto, nos hallamos ante personas distintas. En el seguro de responsabilidad civil de administradores y directores o gerentes, tendente a la cobertura del riesgo de nacimiento de una deuda de resarcimiento que grave el patrimonio de alguna de esas personas, el contratante del seguro no es el mismo administrador o director, sino la compañía que asume la posición de tomadora de seguros siendo asegurados los administradores, directores o gerentes. Pero esta figura de asegurados comprende también las personas que ejercen las funciones de administración, gestión o dirección de sociedades dependientes o participadas y, a su vez, ciertas vinculadas con ellos por

11 Ob. cit. *El Seguro de Responsabilidad Civil*, pág. 428.

relaciones familiares. De ahí que el número de personas aseguradas en los contratos de seguro de este tipo suele ser numeroso.

...

“Las pólizas suelen contener dentro de sus definiciones la de asegurado, haciendo referencia a los administradores, gerentes o directivos de las sociedades”¹².

En la obra de la doctora ELENA F. PÉREZ CARRILLO encontramos sobre este tema lo siguiente:

“Los términos literales que podemos encontrar en la definición de sujeto asegurado varían en función de la técnica empleada. Es frecuente encontrar redacciones genéricas como “serán asegurados todos los consejeros y altos ejecutivos de la sociedad tomadora del seguro”. Este tipo de definición se conoce como blank, o delimitación “en blanco”. En virtud de ella, cualquiera que sea el que ocupe la posición jurídica de administrador y alto ejecutivo resultará automáticamente cubierto. En otros casos la definición de asegurado remite a una relación cerrada de cargos societarios enumerados en otra sección del contrato, por ejemplo “todos los cargos de mandatarios sociales que se enumeran en el anexo”. Por último, es posible, aunque poco común en EE.UU., según se desprende de las pólizas consultadas, que la delimitación de los asegurados incluya o remita a una relación donde cada uno es enumerado a título personal, es decir, con su nombre completo, o con referencia al cargo o cargos ocupados, posiciones en comisiones delegadas, etc.

“La definición de administradores y altos ejecutivos en tanto que sujetos asegurados incluye habitualmente a los antiguos y futuros sujetos que ocupen estos cargos. Ahora bien, como el contrato se interpreta en su conjunto, la cobertura de antiguos y futuros administradores y altos ejecutivos se refiere al periodo en que ejercen como tales, dentro del periodo de cobertura del seguro, tanto el de vigencia formal como el resto de los parámetros temporales que le afectan.

“La definición contractual de asegurado no se limita a fijar una delimitación orgánica o funcional. Por el contrario, constituye un elemento causal de delimitación del riesgo asegurado. En este sentido, en la práctica totalidad de documentos consultados se exige que la responsabilidad eventualmente asegurable derive de acciones desarrolladas en el ejercicio de su cargo. Los consejeros y altos ejecutivos que presten sus servicios en más de una sociedad, o que compaginen su calidad de tales con otras como la de accionista, pueden verse sometidos a conflictos que les impidan obtener la protección del D&O, si no queda probado que su responsabilidad deriva exclusivamente del ejercicio del cargo respecto del que están asegurados”¹³.

12 Ob. cit. *El Seguro de Responsabilidad Civil para Administradores, Directores y Gerentes de las Sociedades Mercantiles*, pág. 103.

13 Ob. cit. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*, pp. 53 y 54.

En cuanto hace referencia a los casos en que la sociedad tomadora se incluye como asegurado bajo las pólizas de D&O, señala la doctora PÉREZ CARRILLO:

“Como último paso en la revolución aperturista de este contrato que culminó a finales de los años noventa, y como consecuencia de las dificultades planteadas por la distribución de las responsabilidades de los administradores y de la propia sociedad cuando ambos resultaban condenados en un mismo litigio, se introdujo la cobertura de entidad o “entity coverage”, que supone que en ciertos supuestos la propia sociedad pasa a ser asegurada por un tipo de contrato que tradicionalmente no le garantizaba sus propios riesgos, ya que fue ideado y desarrollado para cubrir los de sus dirigentes”¹⁴.

De los estudios citados, se puede inferir que, en los casos en que la cobertura se ha estipulado de manera amplia y por consiguiente, en mejores condiciones tanto para la sociedad tomadora como para los asegurados, se cubren los riesgos a los que se encuentran expuestos las personas que tengan el carácter de asegurados, por reclamaciones derivadas de la responsabilidad civil que les sea imputable en razón de los actos de gestión realizados en su calidad de administradores o directores. Todo ello sujeto a los términos y condiciones establecidas en el condicionado particular y general de la póliza que instrumenta el contrato de seguro celebrado.

Se enfatiza lo afirmado por la doctora PÉREZ CARRILLO, arriba citada, en cuanto se refiere al alcance del término asegurados, el cual, tomando en consideración la modalidad de delimitación temporal por reclamación en esta clase de pólizas, debe entenderse que otorga la cobertura a los antiguos y futuros administradores y directores, y que la cobertura se refiere al periodo en que ejercen como tales, dentro del periodo de cobertura del seguro, tanto el de vigencia formal como el resto de los parámetros de delimitación temporal que le afectan.

Lo anterior pone de presente la importancia de suscribir las pólizas de D&O, observando un especial cuidado al establecer las definiciones y amparos de manera que la cobertura contratada resulte suficientemente amplia para cubrir de manera adecuada la mayor cantidad de riesgos, todo ello dentro de las condiciones que, para ese momento ofrezca el mercado asegurador. Adicionalmente, resulta de la mayor trascendencia para los asegurados, verificar al momento de la suscripción de la póliza, que la redacción de las cláusulas y definiciones sea clara, y la información recibida en relación con el riesgo amparado, suficiente, con el fin de evitar controversias entre las partes con ocasión del alcance de la cobertura otorgada después de acaecido el siniestro.

3. EL RIESGO ASEGURADO BAJO LAS PÓLIZAS DE D&O

“Aunque no estamos ante una modalidad de contrato estandarizada, existen unos contenidos generales que configuran el núcleo básico del D&O, que se repiten

14 Ibíd., págs. 58 y 59.

continuamente y que suelen estructurarse en torno a tres coberturas principales, cada una de las cuales constituye el objeto de un acuerdo asegurador distinto dentro del D&O y se refiere a un tipo de riesgo cubierto: la parte primera, a la responsabilidad de administradores y altos ejecutivos; la parte segunda, al reembolso de los gastos e indemnizaciones adelantados por la sociedad tomadora, y la parte tercera, a los gastos y honorarios de defensa. Adicionalmente, entre 1995 y 2001 se hizo muy habitual que la delimitación convencional del riesgo asegurado alcanzase a ciertos riesgos de la tomadora, gracias a una disposición específica que suele ubicarse dentro del acuerdo asegurador segundo, que se vuelve a eliminar a raíz de la crisis económica del 2001”¹⁵.

Vamos a referirnos de manera breve a cada uno de los riesgos que se amparan bajo la póliza de D&O en el mismo orden propuesto por la doctora PÉREZ CARRILLO en su obra:

Riesgo derivado de la responsabilidad de los directores y administradores por actos de administración incorrectos o erróneos (“Wrongful Acts”):

“Las pólizas cubren los reclamos contra los directores y administradores por un acto incorrecto en ejercicio de sus funciones como director y administrador que genere responsabilidad civil a su cargo,...

“Se define acto incorrecto como la conducta por acción u omisión que sea negligente o que constituya una infracción de las normas legales o estatutarias del director o administrador”¹⁶.

El profesor SÁNCHEZ CALERO anota:

“El riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad civil, conforme a nuestro ordenamiento y en general buena parte de los de tradición romanista, es el nacimiento de una deuda de resarcimiento en el patrimonio del asegurado por un hecho dañoso causado a un tercero (Art. 77 LCS). Presupone por consiguiente el nacimiento de una deuda que grave el patrimonio del asegurado, en cuanto le sea imputable. Tal deuda ha de implicar la obligación del asegurado de indemnizar a otra persona los daños y perjuicios causados, de manera que se trata de una de las deudas denominadas de indemnización, en cuanto que generan una prestación indemnizatoria a favor del tercero perjudicado, surgida en el campo de la responsabilidad civil por el incumplimiento de determinadas normas que en ese ámbito prescriben una determinada conducta. En el caso concreto que nos ocupa, el asegurado es, como sabemos, el administrador, director o gerente que se ve gravado con una obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios a un tercero que pueda sufrir del incumplimiento de ciertas normas de conducta.

15 *Ibíd.*, págs. 129 y 130.

16 *Ob. cit.* *El Seguro de Responsabilidad Civil*, pág. 429.

“Los formularios de esta clase de contrato hacen una declaración genérica respecto a la cobertura por el asegurador, dentro de los límites señalados en el contrato (entre los que se encuentra la suma asegurada), de la responsabilidad de los asegurados por los actos en el ejercicio de sus funciones como administradores o directivos de las sociedades indicadas en el propio contrato. ...se ha de indicar que en general la delimitación causal de ese riesgo se efectúa en las condiciones especiales de estos contratos, tras una referencia bastante imprecisa a la responsabilidad del asegurado por sus actos que unas veces se califican como “actos culposos”, “eventos dañosos”, o “actos dañosos”, otras como “actos incorrectos” o en algún supuesto como “faltas en la gestión”, en el ejercicio de sus funciones mediante una detallada lista de actos en los que está excluida la cobertura del seguro”¹⁷.

Dice al respecto la doctora PÉREZ CARRILLO:

“Para resultar cubiertas por la primera parte del contrato, las reclamaciones interpuestas contra los administradores y ejecutivos deben producirse en relación con acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo y como consecuencia de un acto de gestión equivocado o de mala gestión, un “wrongful act”, o de incumplimiento de los deberes propios del cargo de administrador o alto ejecutivo”¹⁸.

“El análisis de los incumplimientos de deberes de los administradores y altos ejecutivos exige delimitar el ámbito en que se proyectan sus competencias para actuar. ... Es imposible enumerar todas y cada una de las variadísimas prestaciones que los asegurados en los contratos D&O ejercen y que deben ejecutar a favor de la sociedad o de sus accionistas. Dada esa complejidad, suele recurrirse a clasificaciones en función del poder o la competencia para actuar que encuentran dentro de las debidas en el ejercicio de su cargo de administrador y alto ejecutivo”¹⁹.

Resulta de la mayor importancia resaltar que la doctrina al abordar el tema, señala de manera unánime que los actos de los cuales se puede derivar la responsabilidad de los administradores y directores que son objeto de la cobertura otorgada bajo el seguro, son aquellos que desempeñan los asegurados en ejercicio de las funciones propias de la administración o funciones administrativas que les son propias.

Para determinar el alcance del concepto “Actos de Administración” es preciso señalar que son Actos de Administración, todos aquellos actos realizados en ejercicio de las funciones y facultades conferidas a los administradores y directores. Lo anterior lleva a analizar en cada caso particular cuáles son las facultades y funciones conferidas a los funcionarios asegurados mediante el contrato social y la ley.

17 Ob. cit. *El Seguro de Responsabilidad Civil para Administradores, Directores y Gerentes de las Sociedades Mercantiles*, pp. 107 y 108

18 Ob. cit. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*, pág. 130.

19 *Ibíd.*, pág. 131.

En el Estatuto Mercantil colombiano encontramos disposiciones que establecen de manera clara cuáles son las funciones y facultades de los administradores y quiénes se consideran que tienen el carácter de tales. Veamos:

Al tenor de lo establecido por el Art. 22 de la Ley 222 de 1995, *“Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”*

El Art. 196 del Código de Comercio colombiano, establece las facultades y restricciones de estos administradores, de la siguiente forma:

“Art. 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”.

Como puede fácilmente apreciarse, tanto la ley como la doctrina son unánimes en considerar que las funciones propias del cargo de los administradores y directores consisten en la realización de los denominados “Actos de Administración” o “Actos de Gestión”, cuyo alcance está definido en los estatutos y reglamentos de cada sociedad, y en su defecto por la ley.

De lo anterior se puede válidamente deducir que la cobertura otorgada bajo las pólizas de D&O se refiere a los actos de los cuales puede surgir responsabilidad frente a terceros como consecuencia del desempeño de las funciones propias de sus cargos, que son aquellos que se realizan en desarrollo de las funciones atribuidas a los asegurados por el contrato social o por la ley.

LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN LAS PÓLIZAS DE D&O EN COLOMBIA

Se encuentra entre las condiciones de las pólizas de D&O que se utilizan en el mercado colombiano una exclusión denominada “Responsabilidad Profesional en virtud de la cual no se cubren los siniestros generados por, o resultantes de responsabilidad profesional, entendiéndose por tales: *“reclamaciones que tengan su causa, sean consecuencia de, o de cualquier forma estén relacionadas directa o indirectamente con la prestación de un servicio de carácter profesional o con cualquier acto, error u omisión en*

*que incurrieren los asegurados en el desarrollo de las actividades propias del objeto social principal de la entidad tomadora, de manera independiente a sus funciones de administración*²⁰.

El objeto social de la entidad tomadora se encuentra como vimos, consignado en los estatutos de constitución de la sociedad o en la ley. Al respecto, resulta indispensable hacer las siguientes precisiones:

Dice el Código de Comercio colombiano, como se señaló:

“Art. 196. La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros”.

De años atrás, la norma transcrita establece de manera clara que tanto la representación legal de la sociedad, como su administración deben ajustarse a las estipulaciones del contrato social, teniendo en cuenta el régimen aplicable a cada tipo de sociedad. Así mismo, dispone la ley que, a falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos propios del objeto social, así como aquellos que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento.

Son entonces dos clases de actos y contratos los que hacen parte de las facultades otorgadas por la ley a los administradores y representantes de la sociedad y que constituyen y se entienden como *“actos de administración”*: Los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social y los actos y contratos que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad.

El objeto social de la entidad tomadora se encuentra consignado expresamente en su certificado de existencia y representación y en los estatutos o en la ley. Tomando en consideración que, la ley en el Art. 196 del C.Co, establece la facultad de los administradores para *“celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”*, es claro que los actos incorrectos que pudieren dar lugar a reclamaciones amparadas bajo las pólizas de seguro de D&O, cuando han sido

20 Forma HTS&A 2005. Póliza MAPFRE Colombia.

definidos de manera amplia, serán todos los actos ejecutados por “los asegurados en el desarrollo de las actividades propias del objeto social principal de la entidad tomadora”, así como aquellos que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad, actos de representación que obligan contractualmente a la entidad tomadora y para cuya celebración y ejecución los administradores estén expresamente facultados conforme al contrato social y a la ley.

Como puede apreciarse, la cobertura otorgada se refiere a negocios y servicios comprendidos dentro del objeto social de la entidad tomadora, en los que los asegurados actúan en su calidad de administradores, en representación de la sociedad o de la entidad tomadora del seguro, y que en los que la misma sociedad resulta obligada en virtud de los contratos o actos celebrados por sus administradores o directores. Se trata de actos y contratos propios del objeto social de la sociedad, celebrados por los asegurados en su calidad de directores y administradores, actuando en representación de la sociedad tomadora, en todo de acuerdo con lo previsto por la ley.

Se ha discutido en qué casos se considera que los actos incorrectos de los asegurados de consideran como actos diferentes e independientes a sus funciones de administración.

Para entender el alcance de la exclusión de la denominada Responsabilidad Profesional de las pólizas colombianas y de la confusión que ello ha generado, resulta especialmente importante tomar en consideración los términos señalados en la Ley 222 de 1995, poniendo de presente que dicha Ley dispuso en su Art. 23:

“Art. 23.- Deberes de los administradores.- Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1.- Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2.- Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3.- Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4.- Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5.- Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6.- Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
- 7.- Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos*

respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. (subraya fuera de texto).

Como puede apreciarse, la Ley 222 de 1995 prevé la posibilidad de que los administradores participen por sí o por interpuesta persona, de manera independiente, (no en su calidad de representantes legales o funcionarios de la entidad tomadora), en actividades que les obliguen de manera independiente y que impliquen competencia con la sociedad, o participen en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses con el objeto social de la entidad, siempre y cuando cuenten con la autorización correspondiente de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas.

Son estos actos, autorizados o no, los que no son objeto de cobertura bajo las pólizas de D&O por obvias razones, ya que no se trata de actos de administración propiamente dichos en cuanto vinculan de manera individual al administrador o director, y no a la sociedad tomadora del seguro, por tratarse de actos independientes a la actividad de la sociedad.

Las funciones de los administradores y representantes legales de la sociedad incluyen la celebración de dos clases de actos, que constituyen "Actos de Administración":

- Los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social de la entidad administrada y representada:

Hacen parte de éstos, los actos y contratos realizados en calidad de administradores y representantes legales de la sociedad, que constituyen el modo normal de desarrollar el objeto social de las personas jurídicas y vinculan a la entidad representada. Las facultades de los administradores y representantes para realizar esta clase de actos y contratos deben ajustarse a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. Un ejemplo sería la celebración de contratos de fiducia por parte de una fiduciaria, en la que el director o administrador actúa por cuenta y en representación de la entidad financiera. Conforme a lo dispuesto por el Art. 196 del C.Co., a falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social. Es decir, las facultades de los administradores y representantes legales para celebrar esta clase de actos propios del objeto social derivan del contrato social o de la ley.

- En cuanto a los actos y contratos realizados por los administradores y representantes legales que se relacionan con la existencia y funcionamiento de la sociedad:

Son actos y contratos realizados en su calidad de administradores y representantes legales de la sociedad, actos y contratos que hacen parte del desarrollo normal de la operación de cualquier persona jurídica, no vinculados directamente con el objeto social, los cuales vinculan a la entidad administrada y representada, como sería por ejemplo, la celebración de los contratos de trabajo con las personas que trabajan en el aseo de las oficinas de la entidad. Las facultades de los administradores y representantes para realizar esta clase de actos y contratos deben también ajustarse a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. Así mismo, conforme a lo dispuesto por el Art. 196 del C.Co., a falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos estos actos y contratos que se relacionan con la existencia y funcionamiento de la sociedad administrada o representada.

Como puede fácilmente apreciarse la exclusión en comento se refiere a las actuaciones independientes de los asegurados que implican competencia con las actividades propias del objeto social de la entidad tomadora, distintas de los actos de administración realizados en ejercicio de sus facultades de administración.

Resultaría abiertamente contradictorio, afirmar que los administradores al celebrar los actos o contratos actuando como representantes legales de la entidad tomadora y vinculando contractualmente a la entidad, están a su vez prestando un servicio profesional independiente, o realizando actividades independientes que implican competencia con la sociedad, y respecto de los cuales pueda existir conflicto de intereses. La circunstancia prevista en la exclusión podría darse únicamente bajo el supuesto de que los administradores prestaren un servicio de carácter profesional de manera independiente, pero no en desarrollo de las actuaciones que vinculan a la sociedad que representan y en nombre de la cual actúan.

En consecuencia, de la disposición del numeral 7 del Art. 23 de la Ley 222 de 1995, es posible establecer el alcance de la exclusión contenida en las pólizas de seguro de responsabilidad para directores y administradores que se comercializan en el mercado colombiano. Se excluyen de la cobertura todas aquellas reclamaciones que se deriven de actuaciones independientes de los administradores (diferentes de aquellas que se realizan en nombre y representación de la entidad tomadora), que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses por ser comunes con el objeto social de la entidad tomadora, tanto en los casos en que los administradores han sido autorizados por la junta de socios o asamblea general de accionistas para su realización de manera independiente, como en los casos en que realicen dichos actos independientes sin contar con la autorización respectiva.

Por norma general, las pólizas de D&O definen en las condiciones generales lo que se entiende por acto incorrecto dejando establecido que dentro de este concepto se incluyen las conductas contrarias a la diligencia y a las demás normas de conducta que las leyes y los estatutos imponen a los administradores y directores.

A manera de ejemplo se trae lo establecido en la póliza de Mapfre²¹, así:

“ACTO INCORRECTO. Significa cualquier incumplimiento de una obligación, negligencia —incluida culpa grave—, declaración errónea, infracción de disposiciones legales o estatutarias, incumplimiento de deberes u otra acción u omisión, realizada o supuestamente realizada, intentada o supuestamente intentada, imputable a uno o varios asegurados, contraria a la diligencia y demás normas de conducta que las leyes y los estatutos imponen a los administradores y en general a quienes de acuerdo con los estatutos y la ley ejerzan o sean titulares de funciones directivas en la entidad tomadora, excepción hecha del liquidador, siempre y cuando tales conductas generen un daño, den lugar a responsabilidad y no tengan carácter doloso”.

La cobertura se otorga para las reclamaciones tienen como causa supuestos actos incorrectos celebrados por los funcionarios en su única calidad de directores y administradores, actuando en representación de la entidad tomadora, relacionados directamente con actos y contratos propios del objeto social de la entidad, que obligan a la misma, los cuales, como vimos, no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la exclusión de Responsabilidad Profesional incluida en las condiciones de las pólizas, y en consecuencia, son el objeto propio de la naturaleza de la cobertura otorgada bajo las pólizas de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores.

Finalmente, y en cuanto se refiere al tema de las exclusiones y la manera como éstas deben ser interpretadas, es pertinente traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en un proceso instaurado para hacer efectivo el derecho a la indemnización por un siniestro amparado bajo una póliza de seguro, en la que la Corte analizó con especial detenimiento el tema de la interpretación de dicho contrato, y al referirse al tema de las exclusiones afirmó:

“... La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización (art. 1054 del C. de Co.). Es claro también que el acuerdo de las partes para que se brinde amparo a una determinada clase de riesgos determina que, en principio, todos aquellos sucesos inciertos que se enmarquen dentro de los parámetros así establecidos sean objeto de la correspondiente cobertura. Sin embargo, es igualmente evidente, por así disponerlo la legislación nacional (art. 1056 del C. de Co.), que en el contrato de seguro, y, particularmente, por determinación del asegurador, éste, teniendo presentes las restricciones legales, “podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”. En razón de lo anterior, los riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, siempre y cuando, en uno u otro caso,

21 Ibíd.

respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato. Ha de señalarse, además, que la respectiva exclusión no debe generar un desequilibrio tal en el haz de derechos y obligaciones que para las partes surgen del contrato de seguro, que contrariándose el principio de buena fe y sin que hubiere mediado la pertinente explicación, la mencionada estipulación pueda considerarse como una cláusula abusiva (Cfr. Sentencia de Casación Civil del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670)²².

Riesgo derivado del adelanto de los gastos de defensa y de las indemnizaciones a cargo de los administradores y directores por parte de la sociedad tomadora:

“La generalización en Estados Unidos del sistema de “corporate indemnification” (indemnización corporativa), hace que sea relativamente infrecuente que los administradores incurran directamente en gastos para satisfacer indemnizaciones o para defenderse de acusaciones, es decir, reduce el número de reclamaciones efectuadas al amparo del acuerdo asegurador I, y por el contrario, hace que una gran parte de las reclamaciones de indemnización frente a la aseguradora de D&O se solventen en virtud de la llamada cobertura de reembolso o parte II de la póliza, que no constituye una cobertura del riesgo de responsabilidad de la sociedad, sino una garantía de reembolso a la entidad tomadora por el montante de los gastos e indemnizaciones que abona a sus administradores y altos ejecutivos para compensarles por las reclamaciones que en su contra se hayan presentado²³.

Señala la doctora PÉREZ CARRILLO²⁴ que no existe una fórmula modelo para establecer este tipo de acuerdo, sino una variedad, entre las que se destacan por su habitualidad tres:

- a. Algunas pólizas exigen que el asegurador pague a la sociedad tomadora las pérdidas por las sumas que éste satisfaga o tenga legalmente permitido indemnizar a los administradores o altos cargos o a otros asegurados, dentro de los límites cuantitativos pactados.
- b. Otras pólizas establecen a cargo de la aseguradora la obligación de reembolso a la entidad tomadora, pero sólo limitada a la cantidad que ésta haya pagado a los administradores y a otros asegurados.
- c. En otros casos se establece que existe cobertura de reembolso siempre que la indemnización esté permitida o constituya una obligación legal, al margen de que se haya satisfecho o no.

22 Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Diciembre 19 de 2008. Expediente: 11001-3103-012-2000-00075-01. M.P.: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

23 Ob. cit. *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*, pág. 177.

24 *Ibid.*, pp. 178 y ss.

Cobertura del riesgo de defensa jurídica:

“En EE.UU., la cobertura de defensa, generalmente relacionada con una cobertura accesoria dentro de una póliza de seguro de responsabilidad civil, pone de manifiesto con nitidez los elementos diferenciadores del D&O (particularmente cuando es contratado conforme al principio de indemnity, o indemnizatorio en sentido estricto) frente a otros seguros de responsabilidad civil general. Formalmente esta cobertura suele encontrarse dentro de una sección específica dentro de la definición de riesgo, donde se limita su alcance sustantivo”²⁵.

En Colombia, en cuanto se refiere a los costos del proceso en el seguro de responsabilidad civil, el Art. 1128 del C.Co. establece que *“el asegurador responderá además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos de proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:*

- *Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro. Si la responsabilidad que se persigue se encuentra expresamente excluida, los gastos del proceso no caben dentro del concepto de riesgo, y en consecuencia, en estos casos no podría entenderse configurado un siniestro amparado bajo el contrato de seguro.*
- *Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador.*
- *Si la condena por los perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste sólo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda por la indemnización. De lo anterior se deriva que si la condena no excede de la suma asegurada pactada, la aseguradora debe pagar los gastos de defensa en su totalidad.*

Cobertura excepcional de los riesgos de la sociedad administrada:

Hasta mediados de los años noventa no se incluían en la cobertura riesgos de la entidad tomadora distintos de la devolución de las sumas adelantadas por concepto de gastos de defensa o indemnizadas a los administradores sociales. No se cubría la responsabilidad directamente imputable a la persona jurídica tomadora. En ocasiones se otorga esta cobertura bajo las pólizas de D&O; sin embargo, es importante señalar que pueden presentarse lagunas entre las coberturas otorgadas, lo cual genera dificultades al momento de establecer el alcance de la cobertura otorgada por la aseguradora²⁶.

A manera de conclusión estimamos pertinente reiterar que las anteriores consideraciones resaltan la importancia de suscribir las pólizas de D&O, observando un especial cuidado al establecer los términos, condiciones, definiciones y amparos de

²⁵ *Ibíd.*, pág. 185.

²⁶ Véase: *Ibíd.*, pp. 194 y ss.

manera que la cobertura contratada resulte adecuada para cubrir de manera eficaz los riesgos a los que se encuentran expuestos tanto los directores y administradores como la entidad tomadora, en la medida en que ello resulte posible atendiendo las condiciones ofrecidas en su momento por las aseguradoras. Adicionalmente, se resalta la importancia de verificar al momento de la suscripción de la póliza, que la redacción de las cláusulas y definiciones sea clara, y la información recibida en relación con el riesgo amparado, suficiente, con el fin de evitar controversias entre las partes con ocasión del alcance de la cobertura otorgada después de acaecido el siniestro. Como dice el dicho: "ES MÁS FÁCIL PREVENIR QUE CURAR".

BIBLIOGRAFÍA

Códigos

Código de Comercio Colombiano.

Jurisprudencia

Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Diciembre 19 de 2008. Expediente: 11001-3103-012-2000-00075-01. MP: ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

Leyes

Ley 222 de 1995.

Ley 389 de julio 18 de 1997.

Libros

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, J.M. (Enero, 2006), *El Seguro de Responsabilidad Civil*. Colección Textos de Jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario: Bogotá, Colombia. Primera edición.

PÉREZ CARRILLO, E.F. (2005), *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales*. El Seguro de D&O en EE.UU. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.: Madrid, España.

Artículos de libros

Revistas

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. (Marzo, 2002), *El Seguro de Responsabilidad Civil para Administradores, Directores y Gerentes de las Sociedades Mercantiles*. *Revista Iberoamericana de Seguros*, N° 17. Pontificia Universidad Javeriana. AIDA-CILA. FIDES.

Pólizas

Forma HTS&A 2005. Póliza MAPFRE Colombia.