

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS FISICAS Y MATEMATICAS
ESCUELA DE POSTGRADO**

**SEGURO DE RESPONSABILIDAD
DE DIRECTORES Y EJECUTIVOS
PARA EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO**

**TEODORO WIGODSKI
HECTOR H. GAITAN PEÑA**

2005

ÍNDICE

Resumen	3
1. Introducción.....	4
1.1 Objetivo.....	4
1.2 Metodología.....	4
2. Conceptos generales.....	5
2.1 El seguro en su aspecto contractual.....	5
2.2 Clasificación de los seguros.....	5
2.3 Partes que intervienen en el contrato de seguro.....	6
2.4 El riesgo.....	6
2.4.1 Riesgo jurídico.....	7
2.4.2 Riesgo de responsabilidad civil.....	7
3. Aspectos técnicos del Seguro D&O.....	9
3.1 Antecedentes.....	9
3.2 Partes.....	9
3.3 Coberturas.....	10
3.4 Exclusiones.....	11
3.5 Suma asegurada.....	13
3.6 Primas.....	14
4. Temas críticos de las pólizas D&O en Chile.....	15
5. Buenas prácticas en la contratación de seguros D&O.....	17
6. Gobierno de la empresa y seguros D&O.....	20
6.1 Capital, gobierno y gestión de la empresa.....	20
6.2 Gobierno y gestión frente al mercado.....	20
6.3 Incremento de la responsabilidad.....	21
6.4 El seguro D&O como buena práctica de gobierno corporativo.....	22
7. Conclusiones.....	24
8. Referencias bibliográficas.....	26

Resumen

El propósito de este trabajo es sustentar la afirmación según la cual los seguros de responsabilidad civil de directores y ejecutivos (D&O, por sus siglas en inglés) son una buena práctica de gobierno de corporativo.

El estudio parte planteando los conceptos jurídicos generales y básicos que conforman el marco teórico fundamental de la relación contractual de seguros, haciendo énfasis en el concepto de riesgo, particularizando el llamado riesgo jurídico, concepto que no es pacífico entre doctrinantes como posible riesgo asegurable.

A continuación particularizamos los elementos constitutivos del seguro D&O para establecer sus características, diferencias, alcances y obtener un conocimiento general de la forma que operan estos seguros en el mundo. Con base en lo anterior, destacamos los temas críticos de las pólizas D&O que a nuestro juicio actualmente son ofrecidas por las empresas aseguradoras en Chile y que en términos generales son el mismo tipo de pólizas que se comercializan a nivel mundial.

Por último, abordamos en forma sintética las fuerzas y motivaciones que han generado e incrementado el riesgo de los empresarios y administradores y como los seguros D&O son un instrumento muy útil para administrar este tipo de riesgos aportando elementos de gobierno en las corporaciones con exposición a los mercados altamente competitivos y esquemas de gestión agresivos.

Este trabajo concluye identificando cuatro funciones que cumplen los seguros D&O en cuanto al gobierno corporativo: resarcitoria, preventiva, organizacional y de maximización de utilidades.

1. Introducción.

La primera cosa que un ejecutivo o director recién nombrado debería preguntarse es sobre su póliza de seguro de responsabilidad de ejecutivos y directores (directors and officers liability insurance policy), en adelante D&O, pero muy pocos prestan atención a este aspecto de su cargo y la realidad ha demostrado duramente que compañías actualmente saludables y fuertes pueden encontrarse al cabo de una espiral de crisis enfrentando un proceso de quiebra y tal vez la pérdida de valor de la acción será seguida por una o más demandas de algunos de sus accionistas contra los directores y ejecutivos. Para cualquier compañía el costo de responder a las demandas, puede ser catastrófico, por ello las pólizas de responsabilidad D&O han sido diseñadas para proteger tanto a los activos de la compañía como al patrimonio individual de los ejecutivos y directores, pero sobretodo para resarcir a las víctimas.

1.1 Objetivo.

El objetivo del presente trabajo es presentar la estructura y funcionamiento del seguro D&O, desde su dimensión contractual y justificar su necesidad desde el punto de vista del gobierno corporativo.

1.2 Metodología.

Como paso inicial, sintetizar los parametros conceptuales generales de los contratos de seguros apartir de la doctrina jurídica para obtener los aspectos claves mediante los cuales pueda abordarse el análisis técnico posterior de las pólizas D&O.

Con base en la doctrina jurídica plantear el concepto de riesgo asegurable, particularizando el tipo de riesgos objeto de las pólizas D&O, con el propósito de exponer el contenido del llamado riesgo jurídico y el riesgo de responsabilidad civil.

Una vez definido el marco teórico, en las dos etapas anteriores, formular el análisis de los aspectos técnicos de los seguros D&O enfatizando los relevantes para el gobierno de la empresa. Y finalmente, delinear el aporte de los seguros D&O a los fines y propósitos del gobierno corporativo.

2. Conceptos generales.

2.1 El seguro en su aspecto contractual.

Una definición simple y completa del seguro es la de André Besson¹, incorporada al Tratado de Derecho Civil Francés de Ripert y Boulanger: “ El seguro es un contrato en el cual una persona (asegurado) estipula con otra (asegurador) que mediante el pago de una remuneración (prima) recibirá, en caso de realización de un riesgo, una indemnización”. El elemento central es la noción de transferencia de riesgos podemos decir que esta es la esencia de la relación aseguradora. Por eso desde la perspectiva de la actividad económica Contreras Strauch², define el seguro como una institución mediante la cual un gran número de personas naturales y jurídicas amenazadas por la ocurrencia eventual de sucesos que les afectan económicamente transfieren dichos riesgos a una institución especializada en cubrirlas.

2.2 Clasificación de los seguros.

Una clasificación muy clara es la formulada por Ernst Bruck³, quien clasifica los seguros según la cobertura concreta que ofrecen. De esto resultan dos grandes ramas: 1) los seguros de daños, cuya cobertura busca proteger el daño económico por siniestros que afectan las cosas o el patrimonio del asegurado y 2) los seguros de personas, cuya cobertura es sobre la vida, salud y la integridad física de las personas.

Dentro de los seguros de daños surgen dos grandes subgrupos: 1) los seguros de cosas o seguros reales y 2) los seguros de responsabilidad o seguros patrimoniales.

¹ Besson, André, y Picard, Maurice: “Traité général des assurances terrestres en droit français ” Paris, 1938-1945.

² Contreras Strauch, Osvaldo, Ob. cit., Pág.23

³ Bruck, Ernst “Das Privat-versicherungsrecht, Berlin 1930

Los primeros tienen por objeto indemnizar las pérdidas materiales que sufran directamente los bienes del asegurado, como el seguro de incendio y los segundos cubren al asegurado contra los perjuicios que pudiera causar a un tercero y por tanto, protegen la integridad de su patrimonio contra las reclamaciones de ese tercero. En este último subgrupo podemos ubicar a los seguros D&O.

2.3 Partes que intervienen en el contrato de seguro.

En el contrato de seguro básicamente intervienen dos partes: el asegurador, quien asume el riesgo, generalmente una compañía de seguros y el tomador de seguro, quien transfiere el riesgo al asegurador. Pero existe una tercera parte, el asegurado, en aquellos casos en que el tomador no es quien está expuesto al riesgo y en ocasiones existe una cuarta persona, el beneficiario quien sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro.

2.4 El riesgo.

En el seguro, el objeto contractual es el riesgo asegurado, es definido por Ruben y Gabriel Stiglitz ⁴ como la eventualidad de un daño en el patrimonio del asegurado, o dicho en otras palabras, el riesgo se halla representado por la aparición de una deuda de responsabilidad, de allí que podamos afirmar que el riesgo asegurado en el contrato que nos ocupa es la responsabilidad civil en que incurre el asegurado y que, por efecto automático, provoque una disminución potencial en su patrimonio, cuya integridad garantiza el asegurador mediante el resarcimiento del daño contra el pago de una prima o cotización.

Otro elemento esencial de la estructura del contrato de seguro es el interés asegurable, es decir, el motivo o móvil que determina a una persona tomar un seguro. Benítez de Lugo Reymundo⁵, señala que el interés asegurable es el interés directo o indirecto de una persona en la no realización de un riesgo económicamente apreciable en dinero. El

⁴ Stiglitz, Ruben y Stiglitz Gabriel. “Seguro contra la responsabilidad civil”, Buenos Aires, 1991. Ed. Abeledo-Perrot.

⁵ Benítez de Lugo Reymundo, L. “Tratado de Seguros”, Madrid, 1955.

asegurado contrata para quedar relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico. La existencia del interés asegurable es fundamental en el contrato de seguros porque de no existir sería una simple apuesta y faltaría el principio fundamental que constituye su esencia, cual es que no puede convertirse en fuente ni ocasión de beneficio para ninguna de las partes.

En los seguros D&O dos son los riesgos relevantes: el riesgo jurídico y el riesgo de responsabilidad civil.

2.4.1 Riesgo jurídico⁶.

Los seguros: “Frais de procès ou de justice”, “Prozess Kosten”, “Rechtsschutz versicherungs”, “Assicurazione di spece legali”, cubren en términos generales el llamado riesgo jurídico, o sea, los gastos legales o de defensa derivados de cualquier proceso frente al cual pudieran encontrarse el asegurado. Antigono Donati⁷ advierte que no deben confundirse este seguro con formas de asesoría o de asistencia legal, ya que son frecuentes las empresas que ofrecen servicios por los cuales sus clientes tienen el derecho a recibir, mediante una cuota llamada de abono o prepago, una asesoría técnica legal y una defensa jurídica, tanto en la fase extrajudicial (conformación de contratos, transacciones, peritaciones, etc.), como en la judicial, o sea, en la propia demanda asumiendo en este último caso la gestión del pleito o reclamación, puesto que indistintamente se refieren a asuntos civiles, criminales y fiscales. En estos servicios no está implícito el riesgo como se ha definido para los seguros, por lo que no constituyen de modo alguno contratos de seguros. El llamado riesgo jurídico es, por tanto, el riesgo de producción de una deuda por gastos de asistencia legal y costos procesales y la cobertura consiste en el reembolso o en un desembolso preventivo de estos gastos.

2.4.2 Riesgo de responsabilidad civil.

“Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán

⁶ Benítez de Lugo Reymundo, L. “El riesgo jurídico”. Madrid, 1961.

⁷ Donati, A. “Tratatto dil Diritto delle Assicurazioni Private” T.III. Milán, 1956.

solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”⁸.

De esta prescripción jurídica se pueden distinguir dos pautas básicas para analizar la responsabilidad de los directores y ejecutivos: la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. El concepto de lealtad, se encuentra íntimamente imbricado con el principio de buena fé y hace referencia a cuestiones tales como la prohibición de contratar con la sociedad, mantener un interés contrario o en conflicto al de la sociedad y realizar actividades en competencia. En cuanto a la diligencia, es el cuidado y prudencia que un hombre de negocios pondría en el manejo de sus propios asuntos.

La doctrina más autorizada afirma que existe responsabilidad del director o ejecutivo cuando faltare a sus obligaciones con culpa. La responsabilidad derivada de la culpa es aquella producto de acción u omisión que causa daño a otro, interviniendo negligencia, impericia, ignorancia o inobservancia de reglamentos o protocolos. Cabe aquí una pequeña discusión entorno a que la culpa es un concepto abstracto y genérico, por tanto, para algunos no debería analizarse la conducta de los directores y ejecutivos siguiendo un criterio concreto y específico. Por nuestra parte, entendemos que en este análisis debe utilizarse un criterio ecléctico dado que siempre que se analiza la eventual responsabilidad, en forma necesaria se tomarán las pautas subjetivas y genéricas pero a la vista de situaciones concretas y específicas

⁸ Artículo 41, Ley de Sociedades Anónimas.

3. Aspectos técnicos del Seguro D&O.

3.1 Antecedentes.

El seguro D&O es producto del desarrollo de los seguros de responsabilidad civil. Sobre la evolución de los seguros de responsabilidad civil el Dr. Waldo A. R. Sobrino⁹ ha anotado que el devenir del tiempo y fundamentalmente las nuevas concepciones jurídicas, produjeron un giro copernicano al establecer que lo importante no era tanto la conducta del dañador, sino, la protección de la víctima. Como consecuencia de ello, una de las tantas pautas para conocer la evolución jurídica de un país, es analizar la cantidad de seguros obligatorios de responsabilidad civil y su efectivo cumplimiento. En un principio, en el seguro D&O, también se hacían planteos análogos, dado que se cuestionaba si no resultaba contradictorio, que la propia sociedad que contrató a los directores, tomara un seguro por los daños y perjuicios, que esos mismos directores le podían producir a ella misma, pero la realidad demuestra que este tipo de seguros están protegiendo a los accionistas minoritarios y a los posibles terceros afectados.

3.2 Partes.

Asegurador. Debido a lo novedoso del seguro, su sofisticación y complejidad la contratación en los mercados aseguradores se ha concentrado en unas pocas compañías. Así, a modo de ejemplo, en Estados Unidos dos compañías (American International Group y Chubb & Son Incorporate) reunían el cuarenta por ciento total de las pólizas y el cuarenta y ocho por ciento del volumen total de las primas. A ello debemos añadirle la cuota de mercado de Lloyd, obteniéndose así más del sesenta por ciento del volumen total de contratación, mientras que el resto de compañías no superan el cinco por ciento contempladas individualmente¹⁰.

⁹ Sobrino, W., "Seguros de responsabilidad civil para directors and officers", publicado en www.estudio-sobrino.com/espanol/consultora

¹⁰ Lincke, Karl H. (Abogado & Rechtsanwalt), Mariscal & Asociados., publicado en www.mariscal-abogados.com

Tomador. Los D&O pueden ser contratados tanto por la sociedad como por el propio administrador. En la práctica, la mayoría de los seguros D&O son contratados por la sociedad y generalmente la contratación se efectúa en pólizas colectivas, incluso en ocasiones las aseguradoras no admiten la contratación de pólizas individuales y exigen a la sociedad que contrate una póliza única para todos sus administradores, con ello se intenta: a) evadir la complicación que se produciría entre diferentes aseguradoras ante la reclamación de responsabilidad solidaria de los administradores si cada uno de ellos hubiese contratado su póliza con una aseguradora distinta, b) evitar problemas derivados del ejercicio de contrademandas entre asegurados y no asegurados en los supuestos en que no todos hubiesen contratado seguros.

Asegurado. Podemos definirlo como el sujeto cuyo patrimonio se vería gravado como consecuencia del nacimiento de una deuda de responsabilidad. Por tanto, el seguro D&O cubre, de un lado, a los administradores y ejecutivos y de otro protege también a la sociedad contra las obligaciones que pueden nacer a cargo de ésta en el supuesto de que sus administradores incurran en responsabilidad en el desarrollo de sus funciones.

3.3 Coberturas.

El riesgo cubierto es surgimiento de una deuda indemnizatoria a cargo del asegurado como consecuencia de su responsabilidad civil y el riesgo de defensa jurídica o riesgo jurídico. Las coberturas de una póliza D&O tradicional, tienen dos partes:

- Cobertura de la responsabilidad de directores y ejecutivos (The A side of the coverage), reparación de daños por causa de cualquier reclamación civil por efecto de actos, errores, omisiones o inobservancia de los deberes de los directores, siempre y cuando hayan actuado en el desarrollo de sus funciones.
- Cobertura de reembolso (Corporate reimbursement coverage or Corporate indemnification, The B side of the coverage) La compañía aseguradora se compromete a rembolsar a la sociedad los gastos que ésta haya asumido al indemnizar las reclamaciones contra sus administradores y altos ejecutivos por los gastos.

Dos aspectos importantes respecto a las coberturas son:

- Cuando la póliza también incluye a la sociedad como asegurado, la póliza D&O debe dividir su cobertura (pagos a terceros afectados) entre los directores o ejecutivos y la propia sociedad. En estos casos la póliza D&O puede resultar insuficiente. Por tanto, la mejor solución es tomar pólizas separadas.
- Muchas pólizas de D&O no listan específicamente los hechos cubiertos, en su lugar, ellas señalan genéricamente “wrongful acts” o actos indebidos, incorrectos culposos un término que típicamente incluye acciones u omisiones de los directores y ejecutivos tales como: errores, declaraciones fraudulentas o engañosas, actos negligentes o falta en los deberes, por tanto, la cobertura es precisada más por las exclusiones que crean un marco para interpretar lo que es o no parte de la cobertura.

3.4 Exclusiones.

Es conveniente dividir el estudio de las exclusiones en tres áreas:

- i) Exclusiones por la naturaleza del seguro. Recordemos que el seguro D&O es por naturaleza parte del grupo de seguros de responsabilidad civil, por tanto, la cobertura excluye aquellos actos o circunstancias que desmeriten los elementos esenciales de su objeto contractual, tales como actos dolosos, sanciones, daños punitivos, multas, etc.
- ii) Exclusiones generales. Son exclusiones que las compañías aseguradoras tradicionalmente incluyen en las condiciones generales del seguro para hacer posible cuantificar la suma asegurada, tales como:
 - a) Los daños producidos a bienes de la empresa sobre los que está trabajando el asegurado. Dado que los directores y ejecutivos pueden ocasionar daños a bienes, tanto de terceros, como de propiedad de la misma empresa para la cual trabaja.

- b) Otra exclusión de este tipo, es la referida a la contaminación ambiental. Sería trascendental la inclusión de esta cobertura o la empresa estaría abocada a contratar específicamente una la póliza de responsabilidad civil de daños por contaminación.
- c) Tampoco amparan los actos de responsabilidad profesional de los directores por actividades ajenas a la administración de la sociedad.
- d) No amparan daños asegurables en otro tipo de pólizas, como: responsabilidad civil general, responsabilidad civil patronal, responsabilidad civil por productos. Los fundamentos de esta exclusión suelen ser que al existir un seguro más específico (por ejemplo: responsabilidad civil patronal), ese seguro debe brindar amparo y no el seguro de responsabilidad civil general y en otros casos por tratarse de riesgos típicamente empresariales y no profesionales.

iii) Exclusiones particulares. Esta categoría de exclusiones específicas del seguro D&O, varían para cada tipo de póliza dependiendo del sector económico, el país, la estructura organizacional y el gobierno corporativo, entre otros factores. Pueden destacarse las siguientes:

- a) No amparan los reclamos efectuados por aquella persona o empresa que tenga el control de la sociedad, ni amparan los reclamos que pudiesen hacerse por parte de las casas matrices. Lo que es conocido como “insured vs.insured exclusion”, lo que significa que no es posible usar el seguro para protegerse de conflictos internos.
- b) No amparan responsabilidades por actos de personas a quienes el director o ejecutivo en cuestión haya delegado competencias para realizarlos. Es decir, la póliza sólo ampara las responsabilidades derivadas de actos personales de los directores y ejecutivos.
- c) También suelen excluirse los daños derivados de la utilización de información errónea o inexacta transmitida por el director o ejecutivo a terceros (por ejemplo, relativa a estados contables). Esta es una de las exclusiones más peligrosas que difícilmente debe ser aceptada al contratar el seguro.
- d) Existe una exclusión que establece que no se amparan las responsabilidades de los directores y ejecutivo, por aquellos daños producidos por hechos ajenos al objeto social de la empresa.
- e) En algunas pólizas excluyen los daños derivados de acciones manifiestamente arriesgadas o temerarias. En rigor se trata de una exclusión muy vaga dado que puede

llegar a dar lugar a interpretaciones muy variadas, pudiendo convertirse en un argumento sumamente maleable, en perjuicio de los directores y ejecutivos.

3.5 Suma asegurada.

Uno de los elementos más difíciles de abordar en este tipo de seguros. Un error en su determinación, puede implicar una falta real de cobertura o infraseguro y una suma demasiado elevada o supraseguro dará lugar a que no exista amparo por parte de la póliza de seguros, por efecto de la franquicia o monto deducible. Los puntos relevantes suelen ser:

a) En los casos donde existe una póliza colectiva y una gran cantidad de asegurados (el caso de los directores), el monto de la suma asegurada, va disminuyendo o consumiendo, a medida que se van abonando los distintos siniestros. Una alternativa importante para tener en cuenta es la fijación de ciertas especificaciones o sublímites, esto es, fijar una suma asegurada general pero limitada para cada siniestro, hasta un valor. Con este esquema, en la práctica, cada director o ejecutivo va a tener una suma asegurada disponible para su siniestro, quedando los otros directores, amparados por el remanente que no se hubiera consumido.

b) Los factores que más influyen en la determinación de la suma asegurada son: cantidad de asegurados, riesgos que se amparan y sector empresarial en cual se desempeña la empresa.

c) La llamada franquicia o monto deducible (self insurance retention) corresponde a un porcentaje establecido en la póliza a partir del cual la aseguradora cubre el riesgo, es decir, los siniestros con una cuantía inferior a este valor no son reconocidos y el asegurado debe asumirlos en forma directa. Ejemplo, si se tiene una suma asegurada de \$10 millones, con una franquicia del 10%, hay que tener muy presente que todos los siniestros inferiores a \$1 millón no van a tener cobertura.

3.6 Primas¹¹.

El primer punto es advertir que en el caso de los D&O contratados por la sociedad se ha dicho que como ésta paga la prima o costo del seguro, se esta creando una forma de exonerar de responsabilidad al director o ejecutivo quien, al no pagarla, pierde incentivos frente a los terceros debilitando el deber de cuidado necesario en el ejercicio de su actividad y eliminando la función preventiva¹². El error de esta conclusión radica en que el pago de la prima por parte de la sociedad no puede interpretarse como una manifestación de voluntad de ésta de no exigir responsabilidad al administrador por que existe la posibilidad de que ella misma reclame a la aseguradora la indemnización, a través de una acción directa, para cubrir los daños que le pudo haber ocasionado la gestión negligente de sus administradores, reforzándose así la función compensatoria de la responsabilidad al no excluir a la sociedad tomadora del seguro del grupo de afectados con posibilidad de accionar contra aquellos¹³.

Desarrollar el tema tributario: dictamen de SII de considerar al seguro D&O como remuneración del asegurado

¹¹ La prima anual puede oscilar entre US\$ 300 y 600 mil y el monto asegurado varía de US\$ 1 a 25 millones (Gallino, Florencia, "Ejecutivos con respaldo" diario Clarín de Argentina del 11/1/2004, Pág. 14). Según Gallino, el costo de las pólizas oscila entre US\$ 25.000 y US\$ 2.000.000.

¹² Ibidem 6.

¹³ Puede incluirse el valor de la prima en la retribución del administrador (remuneración en especie), elevándola proporcionalmente, pero esta solución implica un aumento en la tasa de tributación del ejecutivo.

4. Temas críticos de las pólizas D&O en Chile.

Con base en el texto de las pólizas depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, para la época de este estudio, consideramos de interés mencionar los siguientes aspectos.

1) Uso de cláusulas extranjeras traducidas. En la mayoría de países latinoamericanos parte del clausulado de las pólizas D&O ofrecidas corresponden a traducciones de pólizas originalmente redactadas en inglés para operar en sistemas jurídicos de Common Law como el norteamericano y el británico. En principio la traducción no constituye un problema, sin embargo, autores como Sorbino¹⁴, advierte la inconveniencia del uso de textos traducidos sin una apropiada adaptación y adecuación a las formas y parámetros legales de los países latinoamericanos, con tradición jurídica románica.

2) Las coberturas ofrecidas en las pólizas que actualmente se encuentran depositadas en la SVS incluyen las tres coberturas generales ya comentadas antes: a) responsabilidad directa de directores y ejecutivos, b) reembolso a la sociedad asegurada cuando ésta haya pagado las indemnizaciones por actos de los directores y ejecutivos, c) gastos de defensa o judiciales. Estas pólizas en general cubren al asegurado por la pérdida que legalmente esté obligado a pagar producto de los actos cubiertos. Pero los conceptos de pérdida y actos u omisiones cubiertas varían en cada póliza; circunstancia que incide en el alcance de las coberturas.

3) En igual sentido pero con diferencias mucho más amplias y trascendentales, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos, son las definiciones de los actos cubiertos o “wrongful acts”, una de ellas señala que la cobertura opera cuando la pérdida este asociada a la comisión, intento o supuesta comisión o intento del asegurado de cometer un acto indebido, otras pólizas hablan de acto de administración, acto culposo, incorrecto, definiéndolos en forma distinta en cada caso. Por tanto, aparentemente las pólizas D&O ofrecidas en el mercado chileno contiene coberturas iguales, pero esto

¹⁴ Sobrino, W., “Seguros de responsabilidad civil para directors and officers”, publicado en www.estudio-sobrino.com/espanol/consultora.

sólo es cierto en términos generales, en realidad el alcance de las mismas varía entre una y otra en forma sustancial.

4) Exclusiones. En gran medida este tipo de seguros es demarcado más por sus exclusiones que por las coberturas. Genéricamente las pólizas D&O en Chile excluyen actos u omisiones originadas en a) mala fe o dolo, b) como consecuencia de la obtención de beneficios personales del asegurado, c) daños morales o trastornos emocionales, d) lesiones corporales, enfermedad o fallecimiento de personas, daños, destrucción o pérdida de uso de bienes muebles o inmuebles, e) contaminación, f) adquisición de acciones emitidas por el grupo corporativo, g) seguros anteriores, h) reclamos anteriores o pendientes, i) responsabilidad profesional, j) sanciones multas, k) acciones legales de asegurado contra asegurado, l) acciones legales por oferta pública de acciones.

5) Suma asegurada. En todas las pólizas existentes en el medio chileno se prevé un límite máximo indemnizable, por la dificultad para tasar con anticipación el monto probable de las indemnizaciones o “pérdidas” según el lenguaje empleado en las pólizas y los gastos de defensa. Además, es importante destacar que estas pólizas especifican que los gastos de defensa están contemplados dentro de este límite máximo, por tanto, serán imputados o descontados de la suma asegurada junto con el valor de las pérdidas o indemnizaciones, lo que significa, que la suma asegurable puede consumirse totalmente por los gastos de defensa y vaciar la póliza quedando las pérdidas o indemnizaciones sin recursos para cubrirlas.

6) Ámbito temporal. Los seguros D&O ofrecidos en Chile en general prevén que la cobertura es aplicable a los reclamos presentados por primera vez contra cualquier asegurado durante el período de vigencia de la póliza o durante su período ampliado de denuncia. En el campo de los seguros este tipo de cláusula es conocida como “claims made” y su fuente es el derecho anglosajón donde nació con motivo de los llamados “siniestros tardíos” que llevaron a los aseguradores y reaseguradores, a crear un límite de cobertura temporal, dado que hechos ocurridos con anterioridad pueden llegar a tener reclamos judiciales con gran posterioridad. Sin embargo, en el sistema jurídico de los países latinoamericanos, debemos tener presente que el siniestro es el hecho

generador de la responsabilidad, en consecuencia, con la ocurrencia del siniestro nace para el asegurado la obligación de reparar el daño que ha producido, sin importar si se efectúa o no el pertinente reclamo por parte del afectado, por tanto, debería ser la ocurrencia del siniestro y no el reclamo de la víctima el que defina el ámbito de cobertura de este tipo de seguros. Una forma de flexibilizar esa circunstancia es a través de la compra de un período extendido de denuncia, después de finalizada la póliza de seguros.

5. Buenas prácticas en la contratación de seguros D&O.

Hasta el momento hemos advertido cuan importante es para directores y ejecutivos tener una póliza D&O y cual es la estructura estandar de este tipo de seguros. Sin embargo, es importante comentar algunos factores básicos que deben observarse al momento de contratar este tipo de protección.

1) A diferencia de los seguros tradicionales (incendio, vida, robo, etc) pocas compañías aseguradoras suscriben pólizas D&O. Es recomendable verificar que la compañía aseguradora que ofrece suscribir la póliza cuenta con una aceptable calificación de firmas especializadas¹⁵ en compañías aseguradoras, revisar su situación financiera y por supuesto los reportes de la autoridad estatal que ejerce vigilancia sobre la actividad aseguradora.

2) Al contratar una póliza con cobertura compartida entre empresa y directores, éstos deberán cerciorarse que la póliza no limita o desmejora su cobertura en favor de la empresa. El problema surge en el evento que la empresa es demandada, separadamente o solidariamente con sus directores y ejecutivos, en consecuencia la suma asegurada es reducida o dividida para pagar prioritariamente la reclamación en contra de la empresa. Como hemos mencionado antes, una forma de protegerse contra esta circunstancia es contratar una póliza independiente para los directores y ejecutivos.

¹⁵ Ejemplo: A.M. Best, Fitch, Moody's or Standard & Poor's

3) Obtener una cláusula “severability”, éste tipo de cláusulas le permiten a directores y ejecutivos mantener su cobertura indemne cuando eventualmente otro asegurado incluido en la póliza es acusado de incurrir en reportes o informaciones falsas o incompletas a la compañía aseguradora, faltando a la veracidad y lealtad debida al asegurador. Si la compañía aseguradora considera que esta situación ha tenido ocurrencia podrá intentar rescindir el contrato de seguro denegando cobertura a todos los asegurados en él incluidos. Por tanto, una apropiada cláusula de “severability” separa los efectos de este tipo de eventualidades y mantiene la cobertura de aquellos directivos y ejecutivos que han actuado de acuerdo a lo convenido.

4) Contratar una póliza con adecuadas limitaciones y montos deducibles (franquicia). Es necesario efectuar un cuidadoso análisis de los tipos de reclamaciones y los montos de las sentencias condenatorias que empresas del mismo sector han sido obligadas a pagar, ésto permitirá hacer una adecuada valoración de la suma asegurada. Con la ayuda de un buen intermediario de seguros o un abogado especializado podrá establecer la historia de las reclamaciones en contra de otras empresas de su giro comercial o industrial, cómo tales reclamaciones fueron planteadas y resueltas y cuáles fueron las repercusiones en el valor de las acciones. No son preguntas sencillas, pero son esenciales para definir la magnitud del riesgo. Un infraseguro podría ser desastrozo y un supraseguro podría resultar en una pima tan alta que disuadiría a la empresa a tomar el seguro o sería ineficiente.

5) Es fundamental verificar que la póliza incluye mantiene la cobertura de los directores y ejecutivos en el evento de quiebra. Aunque, como dijimos en un inicio, este evento no fue hasta hace poco un asunto trascendente pero los casos de Enron y WorldCom, que terminaron en bancarrota, han convertido este punto en una preocupación muy importante. En un proceso de quiebra el comité de acreedores puede reclamar los beneficios de la póliza y dejar patrimonialmente expuestos a los directores y ejecutivos. Como sugerimos antes, una manera de evitar esto es contratando una póliza independiente para los directores y ejecutivos. De no ser posible, debe solicitarse la inclusión en la póliza de una cláusula que limite este tipo de circunstancias en caso de quiebra.

6) Es recomendable solicitar que la póliza especifique que en caso de incurrir en gastos de defensa, el asegurador proveera regularmente el pago o reembolso de los gastos de defensa. Muchas pólizas disponen que la empresa inicialmente cubra los gastos de defensa y sólo hasta el final del proceso judicial efectúa el reembolso, pero esto puede evitarse si se incluye previamente una aclaración que requiera al asegurador entregar un avance de la suma asegurada para gastos de defensa a medida que se incurre en ellos, claro está, después que el monto deducible es alcanzado.

7) Mantener un estricto seguimiento a los términos y fechas de vencimiento para comenzar el proceso de renovación con una adecuada anticipación. Generalmente este proceso implica no sólo la renovación sino además el estudio y negociación de nuevas aplicaciones o ampliaciones. Entre más pronto inicie el estudio de la renovación, involucrando a su intermediario, será mucho mejor.

8) Es fundamental y crítico prestar especial atención a las informaciones y revelaciones que se entregan al asegurador. En general las compañías que cotizan en mercados públicos conocen la importancia de entregar oportuna y completa información de hechos esenciales al mercado, este mismo criterio debe ser empleado en cuanto a los aseguradores, porque la última cosa que se espera es tener una negación de la cobertura por omisión de información en los términos estipulados en la póliza.

9) Asesorarse de un intermediario de prestigio y reconocido en el medio. Tan importante es estudiar las cualidades de la compañía aseguradora como la del corredor o intermediario de seguros, debido a la invaluable ayuda que este presta en la selección del asegurador y en la adecuación de la cobertura contratada.

10) No obstante lo anterior, si ya se cuenta con un buen intermediario y una buena compañía de seguros es recomendable mantenerse con ellos, siempre que se cuenta con las coberturas, términos y primas adecuadas a su particular situación. El criterio al contratar una póliza D&O es contar con la mejor cobertura posible no necesariamente con la más barata.

6. Gobierno de la empresa y seguros D&O.

6.1 Capital, gobierno y gestión de la empresa.

En el derecho mercantil actual es clara la diferencia sustancial existente entre capital y gobierno, que se exterioriza cuando quienes administran y gestionan la sociedad no son quienes soportan el riesgo empresarial¹⁶. Una adecuada estructura de gobierno corporativo requiere que exista una diferenciación entre administración y gestión, la cual está justificada en que el directorio debe delegar la gestión ordinaria en el equipo de gerencia y concentrar su actividad en la función de alta dirección y supervisión.

6.2 Gobierno y gestión frente al mercado.

Actualmente los mercados globalizados se caracterizan por una creciente competitividad, que exige a las empresas mayor agresividad en sus políticas de gestión, por tanto, puede decirse que gestores y administradores, asumen riesgos como un acto premeditado, previsible y consciente, pues es de todos conocido que los mercados son altamente dinámicos, competitivos e imperfectos. Joseph E. Stiglitz¹⁷ al referirse al problema de los mercados disfuncionales afirma que *“subyace la creencia en los mercados sin trabas, con base en el teorema de la mano invisible propuesto por Adam Smith: el mercado conduce, como si de una mano invisible se tratara, a la eficiencia económica. Pero esta esperanza se basa más en la fe que en la ciencia”*.

Stiglitz¹⁸ desarrollo investigaciones sobre las fallas de mercado, entre ellas fijo la atención en las fallas asociadas con problemas de agencia, es decir, aquellas donde una persona tiene que actuar a nombre y por cuenta de otra, y concluyó que debido a la información imperfecta, a menudo resulta difícil asegurarse que un agente haga lo

¹⁶ Piaggi de Vanossi, Ana - Frick, Pablo, “Un mal gobierno corporativo se paga”, ponencia presentada en el “IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Libro de ponencias, t. II, Págs. 635/641, Tucumán, 2004.

¹⁷ Stiglitz, Joseph E. “The roaring nineties”, Ed. Taurus, Bogotá, 2003. J. E. Stiglitz, fue premio Nóbel de Economía en 2001, es profesor en la Universidad de Columbia. Fue asesor económico del gobierno de Bill Clinton y también ha sido economista jefe y vicepresidente senior del Banco Mundial.

¹⁸ Stiglitz, Joseph E., ob.cit.

que se supone que tiene que hacer y debido a la ausencia de asignación de incentivos con frecuencia se da el caso de que no lo hace. Por tanto, a los directivos y ejecutivos se les supone la intención de actuar en interés de la empresa, de sus accionistas y empleados, sin embargo, los escándalos empresariales demostraron que en algunos casos los errores en la asignación y tipo de incentivos, se desbordaron las obligaciones de agencia de los directores y ejecutivos al actuar en su propio interés.

En consecuencia, los mercados no siempre conducen a resultados eficientes y en muchos casos la presión por resultados termina en una “carrera suicida”, con diversos inocentes afectados; adicionalmente las fallas de los mercados crean incentivos para que administradores y gestores en el ejercicio de sus competencias, actúen agresivamente y causen graves daños, comprometiendo el patrimonio de la empresa y por ende el de los accionistas.

6.3 Incremento de la responsabilidad.

En el contexto antes expuesto (separación entre capital, gobierno y gestión, mayor competitividad, fallas del mercado y agresividad de políticas y acciones de gestión) , es claro que los factores determinantes de la responsabilidad civil de las empresas, administradores y gestores aumentan cualitativa y cuantitativamente. Las legislaciones mercantiles han recogido los nuevos supuestos de riesgo de las funciones directivas y gerenciales señalándoles claramente el mayor grado de responsabilidad posible: la responsabilidad solidaria.

Según Ustáriz González¹⁹ la responsabilidad es una cuestión de comunicación de la información y de transparencia, pero sobre todo de una adecuada delimitación de los deberes de lealtad y diligencia impuestos a los administradores. Los diversos sistemas jurídicos se han preocupado por establecer un estándar de comportamiento respecto de los administradores, con lo cual hoy en día predomina como máxima de comparación el comportamiento del buen hombre de negocios en donde el grado de

¹⁹ Ustáriz González, Luis Humberto. “Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo en el nuevo acuerdo de Basilea”

responsabilidad corresponderá a la diligencia que un administrador en las mismas circunstancias hubiere actuado.

Otro aspecto a considerar, es el *business judgment rule* previsto en el derecho norteamericano en el cual se establece una regla de juicio comercial en donde se considera que el director ha cumplido con su deber de diligencia si concurren los siguientes requisitos: a) se trata de una decisión empresarial en la que el administrador no tiene un interés económico personal y b) se ha informado de forma suficiente y entiende haber actuado en interés de la sociedad²⁰.

6.4 El seguro D&O como buena práctica de gobierno corporativo.

La contratación de seguros D&O puede ser considerada una buena práctica de gobierno corporativo por las siguientes razones:

En primer lugar coadyuva de manera determinante a reforzar la función compensatoria de la responsabilidad²¹, ya que en los seguros de D&O lo que prima es el interés público y la protección del orden económico general, debido a que estas pólizas tienen fundamentalmente una función resarcitoria.

En segundo lugar, el involucramiento de las aseguradoras como partes interesadas en mantener un control del riesgo asumido por administradores y gestores, lo que podemos considerar una función preventiva del seguro D&O.

En tercer lugar, la contratación de estas pólizas sirve para superar el exceso de prudencia del administrador frente a las acciones de responsabilidad, fomentando una

²⁰ Teodoro Wigodski. Documentos de Trabajo, Serie Gestión, Universidad de Chile, 2004, "Los deberes del director de empresas y principales ejecutivos".

²¹ La Responsabilidad Civil tradicional ha sufrido importantes cambios, dado que merced a nuevas teorías y elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, que han modificado ciertas pautas vacilares, se ha pasado a la "Teoría de la Reparación" y más modernamente al "Derecho de Daños". Con la Teoría de la Reparación y -especialmente- con el Derecho de Daños, se tiende a proteger a las víctimas que sufren algún perjuicio. Y una de las características, del moderno Derecho de Daños, es la trascendencia que se le otorga al instituto del Seguro, dado que muchas veces la intención de reparar el perjuicio a la víctima, no se puede lograr sin la indispensable participación del seguro. Tomado de Sobrino, W., ob.,cit.

política de dirección de mayor involucramiento, participación y delegación, dentro de un marco de riesgo aceptado, lo cual se traduce en una estructura gerencial con desconcentración de competencias, compromiso en las decisiones y controles cruzados entre sí, lo cual repercute en beneficio del crecimiento de la empresa y en la tranquilidad de los accionistas. Lo que permitiría asignarle una función organizacional al seguro D&O.

Un cuarto aspecto, es la función de maximización de utilidades, al respecto dos son los roles que cumple:

1) Garantiza una gestión beneficiosa para la empresa sobre la base de asumir riesgos empresariales adecuados. Esto significa que las utilidades del negocio no estarán destinadas a cubrir indemnizaciones ni costos procesales por demandas producto de políticas de gestión agresivas.

2) Evita que el dinamismo disminuya en los directivos el cuidado necesario en el ejercicio de su actividad. Metafóricamente hablando, si el capitán de un barco estuviera preocupado por cada ola o por cada soplo de viento que encuentra en su ruta difícilmente llegaría a su destino o lo haría demasiado tarde, por eso los capitanes, están más pendientes en que su nave avance en la dirección correcta y a la velocidad adecuada, responsabilizándose previamente al momento de zarpar de acondicionar su embarcación para asumir cada golpe de las olas y el viento. En igual sentido, el seguro D&O es una medida de cautela que permite a administradores y gestores concentrarse en alcanzar la visión del negocio y la naturalmente riesgosa actividad de creación de valor para los accionistas en armonía con los intereses y expectativas de la comunidad.

7. Conclusiones.

1) Realizar negocios implica incurrir en costos, no solo entendidos como el sacrificio económico necesario para producir bienes y servicios y ponerlos a disposición de los consumidores sino también para adquirir salvaguardias ante los riesgos implícitos y explícitos concomitantes al quehacer del mundo empresarial. Los seguros D&O, junto con los seguros tradicionales que protegen los activos, se encuentran entre este tipo de costos.

2) El riesgo de responsabilidad civil, cubierto por el seguro D&O, tiene notas diferenciadoras que justifican su individualización del conjunto general de seguros tradicionales de responsabilidad civil de daños y patrimonio que las empresas suelen contratar, tales como, seguro de incendio, robo o accidente. Las diferencias están en el contexto en cual se generan los riesgos cubiertos.

3) En general, las características técnicas de este seguro son muy similares a las de otros seguros de responsabilidad civil, sin embargo, las coberturas y sobretodo las exclusiones son muy particulares e imponen un análisis especializado al momento de contratarlos.

4) Las pólizas presentes en casi todos los países de Europa y Latinoamérica son textos traducidos de modelos americanos e ingleses. Entre una póliza y otra el alcance y especificaciones de las coberturas varía en forma sustancial al punto que puede decirse que ninguna compañía ofrece lo mismo que las otras.

5) Los seguros D&O aportan al buen gobierno de las empresas una función compensatoria de la responsabilidad y de protección del orden económico general; involucran a las aseguradoras como partes interesadas en mantener control del riesgo asumido por los administradores; fomenta una política de dirección de mayor involucramiento, participación y delegación; contribuyen a maximizar las utilidades evitando que éstas sean destinadas a cubrir indemnizaciones o costos procesales y es una medida de cautela que permite a los directores y principales ejecutivos de las

empresas, concentrarse en alcanzar la visión del negocio y la creación de valor para los accionistas en armonía con los intereses y expectativas de la comunidad.

8. Referencias bibliográficas.

BESSON, André., PICARD, Maurice. *Traité général des assurances terrestres en droit français*. Paris. Editorial Droit., 1945.

BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis. *Tratado de Seguros*. Madrid. Universidad Complutense, 1955.

BRUCK, Ernst. *Das Privat-versicherungsrecht*. Berlin, 1930.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *El Contrato de Seguro*. 1ª Ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica La Ley Ltda., 2002.

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. *Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo*, 2004.

<http://www.gobiernocorporativo.com.co/html/pub-codigos.htm>(Consulta: 10 Nov. 2004)

CHANDLER, A.D. Jr. *The Visible Hand: The managerial Revolution in American Business*. Belknap Press, Oxford. 1977.

DONATI, Antigono. *Tratatto dil Diritto delle Assicurazioni Private T.III*. Milán, 1956.

PIAGGI DE VANOSSI, Ana y FRICK, Pablo. *Un mal gobierno corporativo se paga. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán Argentina, 2004, Libro de ponencias.

RODRÍGUEZ, Artigas Fernando. *El Gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid, España. Marcial Pons, 1999.

SOBRINO, Waldo. Seguros de responsabilidad civil para directors and officers. Publicado en www.estudio-sobrino.com/espanol/consultora (consulta: 15 mar.2005)

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS DE CHILE. Depósito de pólizas de seguros. http://www.svs.cl/sitio/html/merc_seguros/f_seguros.html (Consulta: 20 Nov.2004)

STIGLITZ, Joseph E. The roaring nineties, 1ªEd. Bogotá, Editorial Taurus, 2003.

USTÁRIZ GONZÁLEZ, Luis Humberto. Corporate governance evolución y reto frente al riesgo operativo en el nuevo acuerdo de Basilea. www.latinbanking.com/pdf/corp_gob_sector_financiero.doc (Consulta: 25 mar.20015)

VELASCO, Gaudencio Esteban. El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas. Editorial Civitas. España, 1982.

VITERBO, C. El seguro de responsabilidad civil, Ed.Deplama. Buenos Aires,1954.

WIGODSKI. Teodoro. Documentos de Trabajo, Serie Gestión, Universidad de Chile, 2004, “Los deberes del director de empresas y principales ejecutivos”.