

LA IMPORTANCIA DEL SEGURO DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES FRENTE AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY 222 DE 1995

LINA MARÍA LÓPEZ GÓMEZ¹

RESUMEN

En la actualidad, los directores y administradores de las compañías se encuentran expuestos a un régimen legal que compromete su responsabilidad personal y su patrimonio. La presunción de culpa de los administradores establecida en la Ley 222 de 1995 establece un esquema exigente de responsabilidad para los administradores y para los ejecutivos de las empresas cuyas decisiones están sujetas a potenciales reclamos por la dificultad de satisfacer los intereses de todos los implicados.

Dado este régimen de responsabilidad, cobra vital importancia la póliza de directores y administradores (D&O) cuyo propósito principal es proteger el patrimonio de los directores y administradores frente a reclamos, investigaciones y pérdidas que eventualmente deba pagar el asegurado en relación con un *acto de administración*.

Palabras clave: Administrador, Acto de Administración, Contrato de Seguro, Póliza, Responsabilidad, Ley 222 de 1995.

Fecha de recepción: 21 de abril de 2014
Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2014

1 Estudiante de noveno semestre de Derecho y quinto semestre de Ciencia Política, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Practicante en la corredora de seguros DeLima Marsh en 2013. linalopezgomez@gmail.com

THE IMPORTANCE OF D&O INSURANCE GIVEN THE LIABILITY SCHEME OF 222 OF 1995 ACT

ABSTRACT

Currently, directors and officers of companies are exposed to a legal regime that compromises their personal liability and patrimony. The presumption of guilt of directors established by 222 of 1995 Act creates a demanding scheme of accountability for managers and for CEOs whose decisions are subject to potential claims due to the difficulty of meeting the interests of all the people involved. Given this liability regime is of vital importance the policy of directors and officers (D & O) whose main purpose is to protect the assets of directors and officers against claims, investigations and losses that will eventually be paid by the insured for any wrongful act.

Key words: *Director and officer, insurance contract, insurance policy, liability, wrongful act, 222 of 1995 Act.*

INTRODUCCIÓN

Las decisiones de los ejecutivos de las compañías están siempre sujetas a potenciales reclamos. Estos pueden provenir de los accionistas, inversionistas, empleados, clientes y de entidades estatales, por ejemplo cuando se imponen sanciones administrativas a los directores, aún más si se trata de compañías que manejan fondos del Estado.

La Ley 222 de 1995 dispuso un exigente régimen de responsabilidad para los administradores, lo que permitió aclarar las discusiones que surgieron con el texto inicial del artículo 200 del Código de Comercio. A partir de la precitada ley, los administradores responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a la sociedad. Además, es claro que los administradores deben actuar conforme a los deberes fiduciarios y en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos se presume su responsabilidad.

Este contexto sumado al aumento en los reclamos por fusiones y adquisiciones se convierte en un clima propicio para los reclamos que afectan el patrimonio del administrador y el de la compañía, de modo tal que indirectamente los accionistas se pueden ver perjudicados.

Para exponer la importancia de este seguro, en primer lugar se desarrollará brevemente la responsabilidad de los administradores en el régimen legal colombiano. Enseguida se señalará el propósito de esta póliza, los amparos y las exclusiones. Y finalmente se hará referencia a las tendencias actuales sobre la responsabilidad de directores y administradores.

1. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEY 222 DE 1995

Según 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*”². Esta definición fue ampliada por la Ley 1258 de 2008 que en su artículo 27 introdujo la noción de administrador de hecho para la sociedad por acciones simplificada.

Antes de la expedición de la Ley 222 de 1995, el artículo 200 del Código de Comercio era la única norma que regulaba la responsabilidad de los administradores. El texto inicial se limitaba a aplicar los principios de división tripartita de la culpa del Código Civil y no era claro si la responsabilidad era solidaria o conjunta³. Los artículos 23 y 24 de Ley 222 de 1995 pusieron fin a las discusiones al señalar que los administradores deben obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y que su responsabilidad será solidaria e ilimitada.

El artículo 23 señala los deberes fiduciarios de los administradores, conocidos de esta manera porque “*existe una relación fiduciaria del administrador con la sociedad, por virtud de la cual ésta deposita su confianza en el juicio y consejo de aquel*”⁴. En este sentido, los deberes específicos, que se enmarcan dentro de los deberes de buena fe, diligencia y lealtad de los administradores son:

- 2 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N° 42.156. Artículo 22.
- 3 Código de Comercio Colombiano [CCC]. Decreto 410 de 1971. Artículo 200. Marzo 27 de 1971 (Colombia). El texto inicial del artículo 200 disponía: “Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.
- 4 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO (2013). *La sociedad por acciones simplificada*. Ed., Legis, pág. 151.

- “...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...”⁵.

Además, el artículo 24 incluyó la presunción de culpa de los administradores y los eventos en que se puede dar la exoneración de responsabilidad. De este modo, cuando se viola la ley o se violan los estatutos, o cuando se ha propuesto o ejecutado una decisión sobre distribución de utilidades en contravención con las disposiciones en la materia, quien sufrió el daño no debe probar la culpa del administrador pues esta se presume, se invierte la carga de la prueba⁶. Sin embargo, no serán responsables quienes no hayan tenido conocimiento de la conducta o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

Otro aspecto importante en la Ley 222 para lograr el cumplimiento del régimen legal, de los estatutos y de los deberes fiduciarios de los administradores, es la acción individual de responsabilidad y la acción social de responsabilidad. La primera puede ser ejercida por quien haya sufrido un perjuicio por los actos de los administradores⁷. Esta acción, tiene como objetivo la reconstitución del patrimonio del reclamante, a diferencia de la segunda, la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25, que corresponde a la compañía y busca la recomposición del patrimonio social⁸. Los diagramas 1 y 2 ilustran aspectos relevantes de las acciones a las que se ha hecho referencia.

5 Ley 222 de 1995. Ob. cit. Para un análisis detallado de los deberes fiduciarios de los administradores puede consultarse a Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Ed., Temis (2006), págs. 587-600.

6 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO (2006). *Derecho Societario*. Ed. Temis, págs. 602 y 603.

7 Ibidem. págs. 606 y 607.

8 Ibidem.

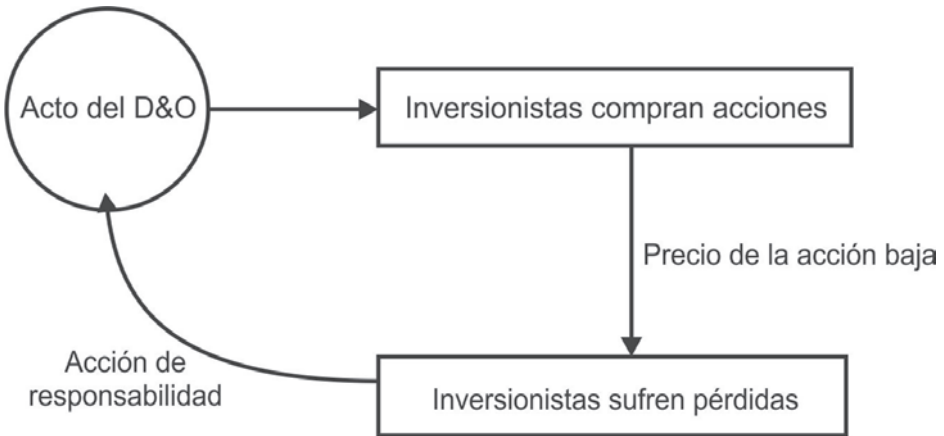


Diagrama 1. Caso usual en el que se ejerce la acción de responsabilidad

Fuente: http://www.nera.com/nera-files/EVT_LEANZ__Houston_1110.pdf

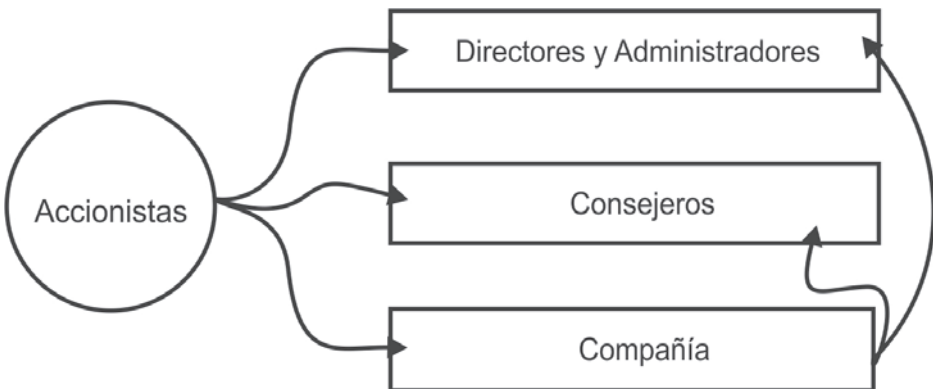


Diagrama 2. Potenciales demandados en una acción de responsabilidad

Fuente: http://www.nera.com/nera-files/EVT_LEANZ__Houston_1110.pdf

La amplitud de la responsabilidad ya reseñada compromete el patrimonio de los administradores. Por esto, la razón de ser del seguro de directores y administradores o seguro de D&O es ofrecer coberturas que “proporcionarán tranquilidad a las Personas Aseguradas, al no exponer su patrimonio personal, fruto de varias años de esfuerzo y estabilidad familiar”⁹.

9 AIG Seguros Colombia S.A. Póliza de Responsabilidad Civil Directores y Administradores para Grandes Compañías no listadas en bolsas de valores. http://www.aig.com.co/co-DyO-para-grandes-empresas-comerciales-no-listadas-en-bolsa_595_133839.html

2. EL SEGURO DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES

Luego de la crisis de 1929 en Estados Unidos y la expedición del *Securities Act* de 1933 y del *Securities and Exchange Act* de 1934 la exposición de los directores a potenciales reclamos aumentó. El primer contrato suscrito de este seguro fue en 1934 por Lloyds en Londres para lo que hoy es Macy's¹⁰. Para esta época, no se le permitía a las compañías indemnizar a sus directores por los costos en los que incurrieran al defenderse de posibles reclamos, lo que llevó a la creación de la cobertura personal del seguro de D&O, conocida como *side A* en otros países. Cuando la legislación permitió a las compañías indemnizar a los administradores surgió la cobertura de reembolso al grupo o *side B* que opera cuando la sociedad indemniza la pérdida. Además, se diseñó la cobertura a la entidad o responsabilidad de la empresa, *side C*, que ampara las pérdidas por los reclamos contra el grupo corporativo por actos del grupo, no del administrador.

En este aparte se estudiarán las generalidades del seguro y de la póliza: su propósito; las coberturas que ofrece; y las exclusiones.

2.1 Generalidades de la póliza de D&O

El seguro de D&O es un seguro de daños patrimoniales. En este contrato de seguro las partes del contrato son la compañía de seguros como el asegurador y el grupo corporativo o compañía como el tomador que traslada los riesgos. Los asegurados cuyo patrimonio puede resultar afectado como consecuencia del siniestro son los directores y administradores de la compañía o incluso esta, en virtud de la cobertura de reembolso a la entidad.

Las pólizas incluyen una amplia definición de asegurado. Para este efecto, es asegurado la persona natural que,

“Bajo la denominación de director, consejero, administrador, director general, gerente, representante legal o cualquier otro equivalente, haya ostentado u ostente la cualidad de miembro de la junta directiva, consejo de administración, u otros órganos de administración del grupo corporativo y quienes ejerzan o detentan esas funciones u ostenten poderes que impliquen el ejercicio de facultades de decisión o gobierno del grupo corporativo.

10 Lloyd's. D&O consortium strengthens Lloyd's position in US <http://www.lloyds.com/news-and-insight/news-and-features/market-news/industry-news-2014/do-consortium-agreement-strengthens-lloyds-position-in-us> (27 de febrero, 2014).

Así mismo, quedan incluidos en la definición de “asegurado”:

i) aquellas personas naturales que hayan sido designadas como representantes legales de una persona jurídica mientras ejercen funciones de consejero, administrador, director general o gerente o cualquier otra equivalente del grupo corporativo,

ii) los herederos, albaceas, derechohabientes o la masa sucesoral de los asegurados fallecidos, así como los representantes legales o derechohabientes de los asegurados legalmente incapacitados o insolventes, pero únicamente en relación con el reclamo que sea consecuencia de un acto de administración de aquel asegurado,

iii) cualquier empleado pasado, presente o potencial del grupo corporativo pero únicamente en relación con reclamos en materia laboral...”¹¹.

El numeral i) se refiere a los directores que por solicitud de la compañía ejerzan un cargo directivo en una entidad externa. El numeral ii) ampara los reclamos contra los cónyuges o compañeros permanentes y herederos o albaceas de un asegurado fallecido, con respecto a reclamos en el que se alegan actos realizados por la persona asegurada. Por último, el numeral iii) se refiere a la extensión de la cobertura por pérdidas derivadas de reclamos cuando se infrinjan prácticas laborales.

Ahora bien, conviene precisar los elementos esenciales del seguro de D&O: la prima; el riesgo asegurable; el interés asegurable; y la obligación condicional del asegurador¹². La prima como precio del seguro es la suma asegurada, que en ciertas coberturas puede estar sublimitada. El riesgo asegurable consiste en el “...sucedo incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador; [ni] del asegurado...”¹³, se trata de la posible pérdida, que según las pólizas puede consistir en cualquier indemnización (daño emergente, lucro cesante y daños morales); costo de defensa; costo de investigación; o costo por multas y sanciones administrativas, entre otros.

Asimismo, todos los que puedan ver afectado su patrimonio por la realización del riesgo ya mencionado tienen interés asegurable en los términos del artículo 1083 del Código de Comercio. En este sentido, el propósito principal de la póliza es proteger el patrimonio de los directores y administradores. Sin embargo, como ya se mencionó, existen coberturas que buscan amparar a la compañía

11 Chubb de Colombia. Póliza de Responsabilidad para Directores y Administradores. Chubb Direct&vos. Ob. Cit.

12 Código de Comercio Colombiano. Artículo 1045. Ob. cit.

13 Ibídem. Artículo 1054.

e incluso a los accionistas que eventualmente van a ejercer las acciones a las que se hizo referencia. Por ello, si los demandantes al reclamar no encuentran en la prenda general del administrador suficientes activos para cubrir sus pretensiones, la póliza cubrirá estos reclamos y el patrimonio de los accionantes podrá ser reconstituido. De este modo, el seguro de D&O no solo busca proteger el patrimonio del administrado, pues se extiende al asegurar el patrimonio del grupo corporativo y por vía indirecta el patrimonio de quien reclama por un acto de administración.

Así, mediante el seguro de D&O la compañía aseguradora “*ampara al asegurado respecto a los reclamos e investigaciones formales que se presenten en su contra durante el periodo de vigencia de la póliza y el periodo adicional de notificación, por la pérdida que se viera obligado legalmente a pagar el asegurado en relación con un acto de administración*”¹⁴ (imagen 1).



De lo anterior, se puede concluir que la base de cobertura es *claims made* lo que significa que el siniestro como “la realización del riesgo asegurado”¹⁵ es la reclamación por los actos de los administradores. Esta debe ser presentada durante la vigencia de la póliza sin importar la fecha de ocurrencia salvo que se estipule una fecha de retroactividad que constituye el límite impuesto por la aseguradora “*antes del cual los hechos ocurridos se encuentran excluidos*”¹⁶. Una vez ocurrido el siniestro como hecho futuro e incierto (condición suspensiva) surge la obligación del asegurador de pagar la indemnización.

14 Chubb de Colombia. Póliza de Responsabilidad para Directores y Administradores. Chubb Direct&vos. Registro Superintendencia Financiera 20/12/2012-1321-P-06-CHUBB DIRECT&VOS.

15 Código de Comercio Colombiano. Artículo 1072. Ob. cit.

16 ACE. ACE Elite, Miembros de Junta Directiva y Altos Ejecutivos. Código Superintendencia Financiera 27/05/2010-1305-P-06-12RCDOELITE001.

El periodo adicional de notificación al que se hace referencia en el amparo citado es un periodo adicional para recibir reclamaciones si la póliza es terminada, revocada o no renovada por razones diferentes al incumplimiento de las obligaciones señaladas en la póliza, por ejemplo, el no pago de la prima¹⁷. Usualmente este periodo adicional se ofrece por 24 meses contados desde la cancelación o no renovación de la póliza a cambio del pago de una prima adicional del 50% de la última prima anual.

Un acto de administración, también denominado por las aseguradoras como acto culposo, se refiere a:

“Toda acción u omisión llevada a cabo, supuestamente llevada a cabo, intentada, o supuestamente intentada, con anterioridad o durante el Periodo de Vigencia de la Póliza, por cualquier Asegurado en el desempeño de su Cargo Directivo. Sujeto a los términos y condiciones de esta Póliza, tales acciones u omisiones incluyen pero no se limitan a la culpa grave en la medida en que la misma sea asegurable bajo la Ley Colombiana. También se considerará Acto de Administración cualquier asunto alegado contra cualquier Asegurado simplemente por desempeñar un Cargo Directivo”¹⁸.

Por lo tanto, las acciones u omisiones incluyen la culpa levísima, leve y grave¹⁹ y no el dolo, como se señalará al considerar las exclusiones de la póliza de D&O. También en algunas pólizas están incluidas dentro de la definición de actos de administración las infracciones por prácticas laborales; sin embargo, estas constituyen un amparo adicional que cubrirá las pérdidas derivadas de reclamos en materia laboral²⁰.

Por lo tanto, debe destacarse la amplia definición de asegurado y de pérdida en el seguro de D&O lo cual tiene relación directa con los múltiples propósitos de la póliza que se plasman en las coberturas y las extensiones de coberturas.

17 Ibidem. Cláusula 9.

18 Chubb de Colombia. Póliza de Responsabilidad para Directores y Administradores. Ob. cit.

19 *El artículo 63 del Código Civil define culpa grave como “la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”. La “culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Y la culpa o descuido levisimo “es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 63. Abril 15 de 1887 (Colombia).*

20 AIG. Seguro de Responsabilidad Civil Directores y Administradores Compañías listadas en la Bolsa de Valores de Colombia. Registro Condicionado 10122012-1322-P-06 D&O360LISTEDCOL. Registro Nota Técnica 28112011-1322-NTP-06-D&O360LISTEDCOL.

2.2 Coberturas más importantes de la póliza de D&O

En las pólizas se encuentran las “coberturas” que se entienden incluidas salvo que se excluyan expresamente y las “extensiones de coberturas” que por regla general no están amparadas a menos que se señalen en el *slip* de cotización. Las últimas son usualmente coberturas sublimitadas por pérdida y en el agregado anual, es decir, aquí no se aplica el límite de responsabilidad, sino que este se sublimita. Algunas aseguradoras han optado por no hacer una distinción entre coberturas y extensiones de coberturas por lo que para determinar cuáles son los amparos se debe acudir a lo dispuesto en el *slip* de cotización.

Como se ha afirmado de manera reiterada, la póliza de D&O indemnizará en nombre de los directores y administradores las pérdidas que se vean obligados a pagar por una reclamación y que no son asumidas por la compañía, incluso cuando esta no es solvente para indemnizar (cobertura personal). También, se garantiza el reembolso a la sociedad cuando esta asuma las indemnizaciones que los directores y administradores debían cubrir, lo que constituye otra ventaja del seguro para la sociedad. Estas son las coberturas más importantes.

Es bueno advertir que las aseguradoras otorgan otra cobertura, esta vez en exceso, para miembros de junta directiva independientes que son quienes aunque pertenecen a esta, no son empleados ni reciben remuneración de la compañía adicional a la que le corresponde por ser parte del órgano de administración de la sociedad²¹. Por esto, son también llamados miembros de junta sin doble rol y se otorga un límite de exceso especial cuando el límite de responsabilidad se haya agotado.

Asimismo, se pueden amparar como extensiones de cobertura a los directores de hecho, es decir, a las personas naturales que sin ser administradores de una sociedad, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad y no reciban salarios por sus servicios²². Tal como se señaló, la noción de administrador de hecho se introdujo en la legislación colombiana con la Ley 1258 de 2008.

Otra de las coberturas más importantes es la que se refiere a los costos de defensa, ya que en ocasiones las sociedades no logran acuerdos con los demandantes y deben afrontar los costos del proceso. Teniendo en cuenta que

21 *Ibidem*.

22 Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N° 47.194. Artículo 27. Responsabilidad de los administradores, parágrafo.

las reclamaciones se basan en acciones u omisiones supuestamente llevadas a cabo o intentadas por los administradores, aun cuando estos no sean culpables, deberán incurrir en costos para probar su inocencia, aún más cuando, según la legislación, se presume su culpabilidad. Por lo tanto, con esta póliza no se les premia a los directores por sus actos incorrectos sino que se les protege para que tomen decisiones trascendentales para la compañía sin temor a reclamaciones, dado que afrontaran los procesos para desvirtuar la presunción cubiertos por el seguro y sin tener que afectar su patrimonio ni el del grupo corporativo.

El amparo de costos de defensa, que hace parte de la definición de pérdida, incluye las:

“costas judiciales, gastos y honorarios pagados a terceros con ocasión de la defensa, investigación o evaluación de un reclamo, los gastos de apelaciones, la prima para la constitución de cauciones exigidas por las autoridades para garantizar la responsabilidad del asegurado, los gastos necesarios para constituir las cauciones exigidas para garantizar su libertad provisional y los intereses no devengados como resultado del depósito de dinero o títulos valores necesarios para la emisión de las cauciones judiciales”²³.

Además, cuando no se logra un acuerdo sobre las reclamaciones, existen amparos adicionales para la etapa del juicio que cubren las *“costas, gastos y honorarios incurridos por un asegurado en su nombre o del grupo corporativo, pagados a terceros e incurridos para la elaboración de informes, reportes y dictámenes a solicitud del abogado defensor del asegurado”²⁴*. Adicionalmente se pueden amparar el embargo de bienes, la privación de la libertad y los costos en los que se incurra por la extradición de un administrador.

Igualmente, existen extensiones de cobertura denominados gastos de defensa por contaminación y perjuicio financiero por contaminación que amparan los reclamos presentados por un tercero que alegue perjuicios financieros, lesiones corporales o daños materiales causados por contaminación. Lo que es cada vez más común en la sociedad actual.

23 Chubb de Colombia. Póliza de Responsabilidad para Directores y Administradores. Chubb Direct&vos. Ob. Cit.

24 Ibídem. Definición de gastos de expertos. AIG otorga la extensión de cobertura denominada costos de peritos. ALLIANZ también otorga el amparo adicional denominado gastos de expertos. Cfr: ALLIANZ. Responsabilidad Civil para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores, ALLIANZ PRO. Clausulado N° 01/03/2012-1301-P-06-D&O100 V1 ALLIANZ PRO.

Conviene precisar que existen casos en los que conviene llegar a un acuerdo, conciliar o transigir, sin que esto signifique la aceptación de la responsabilidad de los administradores por los perjuicios que el proceso le puede ocasionar al grupo corporativo. Esto se puede lograr siempre y cuando exista previo consentimiento por escrito del asegurador.

Como es evidente, el desgaste que significa la culminación de los procesos y la incidencia en la reputación y la imagen de la sociedad genera perjuicios y efectos adversos ocasionados por la publicidad que se le da a las reclamaciones en los medios de comunicación. Es tal la ocurrencia de estos eventos que las aseguradoras establecen extensiones de coberturas para daño a la reputación, gastos de relaciones públicas o gastos de rehabilitación de imagen pública. Estos amparos pretenden proteger a la compañía y a sus accionistas frente a una eventual pérdida de valor de sus títulos ante los escándalos por los presuntos actos cometidos por sus directores y administradores.

Las coberturas y extensiones mencionadas son fieles a los propósitos del seguro de D&O, que se reitera, no se limitan a la protección del patrimonio personal de los administradores.

2.3 Exclusiones de la póliza de D&O

Las exclusiones entendidas como aquellas pérdidas de las cuales el asegurador no será responsable de indemnizar bajo ninguna cobertura, también son establecidas en la póliza. Entre las más comunes se encuentran los reclamos y circunstancias anteriores o preexistentes y la responsabilidad profesional que es amparada por los seguros de errores y omisiones E&O.

Es bueno advertir que las pólizas de D&O tienen algunas exclusiones aplicables exclusivamente a Estados Unidos, una de ellas es la de *asegurado contra asegurado*. Es decir, cuando se presenta un reclamo en contra de un asegurado por la compañía o por otra persona asegurada. Sin embargo, esta exclusión no aplica cuando se trata de un reclamo presentado por un accionista en nombre y por cuenta del grupo corporativo, o un reclamo en materia laboral presentado por un asegurado debido a que son estas las demandas más usuales.

Por lo demás, debe enfatizarse en la exclusión de los actos dolosos de los administradores. Esta disposición es consecuencia de la prohibición consagrada en el artículo 1055 del Código de Comercio que señala como riesgos inasegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del

tomador, asegurado o beneficiario. A pesar de esto, el artículo 84 de la Ley 45 de 1995 permitió cubrir los actos realizados con culpa grave, por esto las pólizas de D&O usualmente la cubren.

El artículo 63 del Código Civil, que es aplicable a las materias comerciales por la remisión del artículo 822 del Código de Comercio, define culpa grave como “*la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”. Esta definición difiere de la del dolo que “*consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”, que, al ser contrario al orden público es inasegurable y por esta razón, cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno.

Con buen criterio y para que no quedara duda, todas las pólizas de D&O señalan de manera expresa en sus exclusiones que el asegurador no será responsable de ninguna pérdida en relación con cualquier reclamo o investigación en el caso en que exista mala fe o dolo. De este modo, no se ampararán las pérdidas cuando haya mala fe o dolo “*...basado en, relacionado con, o como consecuencia directa o indirecta de, cualquier acto, omisión o incumplimiento intencionado de cualquier ley o norma vigente en que haya intervenido mala fe o dolo del asegurado...*”²⁵ o cuando se presente una “*mala conducta intencional, acto u omisión del asegurado que sea doloso, deshonesto o fraudulento o cualquier quebrantamiento intencional de la ley*”²⁶. También se excluyen los reclamos atribuibles a “*la comisión o condonación intencionales de, o participación intencional en: (a) un acto ilegal; o (b) un delito*”²⁷.

Por lo tanto, el seguro de D&O no pretende amparar a los directores y administradores cuando realizan actos contrarios al orden público de manera descarada e intencional porque no tendría ningún sentido que la aseguradora respondiera cuando el asegurado no tiene intenciones de preservar el estado del riesgo. Además, el incentivo de los asegurados de realizar actos incorrectos sería mayor porque en todo caso la póliza lo ampararía y su patrimonio permanecería intacto. De ahí también se deriva la importancia del deducible para que el asegurado soporte una cuota en el riesgo o en la pérdida y vea afectado su patrimonio, aunque en menor medida. En el caso del seguro de D&O usualmente no hay deducibles salvo en la cobertura de reembolso al grupo.

25 Chubb de Colombia. Ob. cit.

26 ACE. ACE Elite, Miembros de Junta Directiva y Altos Ejecutivos. Ob. cit.

27 AIG. *Seguro de Responsabilidad Civil Directores y Administradores Compañías listadas en la Bolsa de Valores de Colombia*. Ob. cit.

Precisado lo anterior, para que se pueda evidenciar la importancia de las coberturas ya mencionadas, conviene hacer referencia a las tendencias sobre la responsabilidad de los directores y administradores en la sociedad actual.

3. TENDENCIAS ACTUALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE D&O

En este aparte, se presentará la investigación cuantitativa sobre las principales razones para iniciar un proceso en contra de los directores y administradores, los sectores en los que más se reclama y los tipos de reclamantes. Se espera que este breve estudio permita al lector concluir acerca de la importancia de las coberturas y del seguro de D&O.

Los reclamos a administradores y directores son comunes en sociedades de capital privado y de capital público. En los últimos 10 años estas demandas afectaron en un 27% a las compañías privadas y en un 33% a las compañías públicas²⁸. Ninguna compañía está inmune.

En Estados Unidos el incumplimiento de los deberes fiduciarios por parte de los administradores es una de las principales razones para iniciar un proceso en contra de ellos. Como se evidencia en los gráficos 1 y 2, en el primer semestre de 2013 esta es la causa por la que más se demanda a los D&O. Estas demandas incluyen las derivadas de procesos de fusión, privatización y otras transacciones que involucran empresas que negocian valores en el mercado público estadounidense²⁹. En el tercer trimestre de 2013 los reclamos por fusiones constituyen el 23% de las razones para iniciar un proceso (gráfico 3). Además, el 13% de los reclamos proviene de las *derivative actions* que equivalen a la acción social de responsabilidad consagrada en la legislación colombiana.

Con la consagración de los deberes fiduciarios en la Ley 222 de 1995, las compañías con operaciones en Colombia pueden estar sujetas a un aumento en los reclamos, aún más cuando se puede ejercer la acción individual y la acción social de responsabilidad.

28 Chubb 2013. Private Company Risk Survey <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>

29 Advisen. Insurance Intelligence. D&O Claims Trends: 2012 Wrap Up. https://www.advisen.com/pdf_files/2013_Quarterly_D&O_Claim_Trends_EndofYear_Paper.pdf.

Exhibit 1: Suit Type - Q1 2013

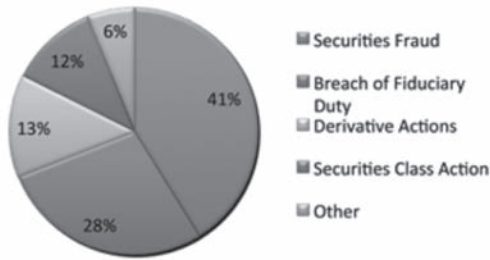


Gráfico 1. Razones para iniciar un proceso en contra de los D&O, primer trimestre de 2013

Fuente: https://www.advisen.com/pdf_files/QuarterlyD&O_ClaimsTrends_2013Q1.pdf

Suit Type - Q2 2013

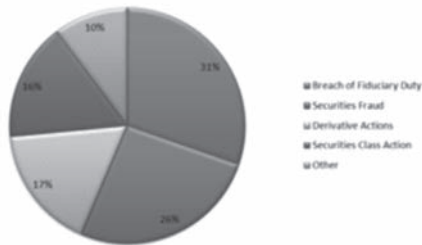


Gráfico 2. Razones para iniciar un proceso en contra de los D&O, segundo trimestre de 2013

Fuente: http://corner.advisen.com/pdf_files/2013_Q2_QuarterlyDO_Paper.pdf

Suit Type - Q3 2013

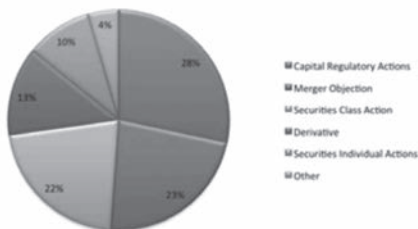


Gráfico 3. Razones para iniciar un proceso en contra de los D&O, tercer trimestre de 2013

Fuente: http://corner.advisen.com/pdf_files/quarterly-d-o-claims-trends-aig-2013-10-17.pdf

También adquiere vital importancia del seguro de D&O cuando los directores potenciales de las empresas lo solicitan antes de aceptar dicha posición. En efecto, según un estudio realizado por la aseguradora AIG, para las 100 principales compañías de la Bolsa de Valores de Londres este seguro es fundamental para las empresas que buscan atraer y conservar a sus directores y administradores (gráfico 4).

Chart 4: How important is your Directors & Officers insurance in attracting and retaining senior managers and directors?

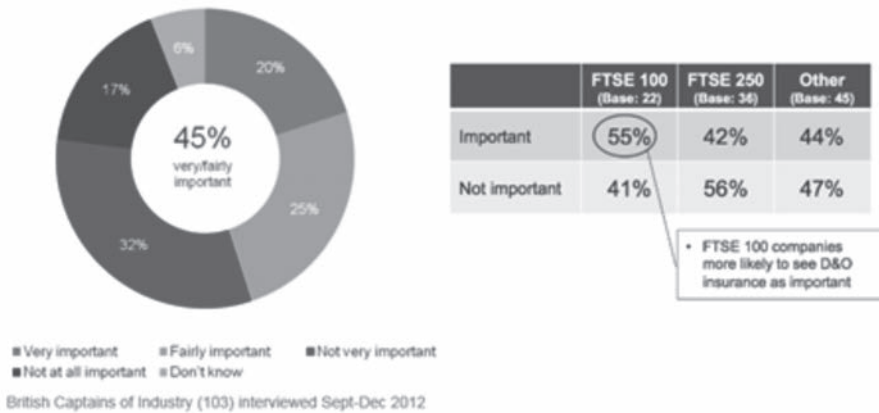


Gráfico 4. El seguro de D&O para atraer y conservar a los directores y administradores, 2012

Fuente: http://www.aig.co.uk/chartis/internet/uk/eni/AIG-WhitePaper-DO-captains-of-industry0413-v6_tcm2538-497165.pdf

Asimismo, el promedio del costo total de un siniestro en reclamos a los directores y administradores es de USD\$697,902 incluidos gastos legales, acuerdos y multas³⁰. En la tabla 1 se puede observar que para el año 2007 en Estados Unidos el 29% de los reclamos a los directores terminaban con un acuerdo entre las partes involucradas y del 54% que se iban a litigio el 53% aún estaba esperando una decisión y los costos del proceso continuaban sumando. De ahí la importancia de la cobertura de costos de defensa.

30 Chubb 2013. Private Company Risk Survey. Ob. cit.

Tabla 1. Distribución de los reclamos de D&O, 2007

Disposition of D&O Claims

Status	Percent of All Claims	Percent of Closed Claims
Closed Claims		
Close by litigation	3%	7%
Close by settlement	29%	63%
Dropped by claimants	14%	31%
Total Closed	46%	—
Open Claims		
Still open, awaiting trial	53%	—
Tried but being appealed	1%	—
Total Open	54%	—

Fuente: http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=REIN/USA/2008/200806/do_survey_report_061008.pdf

En la tabla 2 se puede observar que el 63% de las condenas a los D&O resultan en la obligación de pagar toda la indemnización solicitada por el reclamante. Se debe recordar que las indemnizaciones se incluyen en la definición de pérdida que es asumida por el asegurador en el seguro de D&O.

Tabla 2. Indemnizaciones por reclamos de D&O, 2007

**Identification of D&O Claims
(excludes claims where entity is the only defendant)**

Partial indemnification	10%
Full indemnification	63%
Undecided	22%
No indemnification	6%

Fuente: http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=REIN/USA/2008/200806/do_survey_report_061008.pdf

Además de lo ya señalado, uno de los aspectos que se debe tener en cuenta al momento de suscribir una póliza de D&O es la probabilidad de litigios según el sector económico. En el sistema norteamericano, la exposición al riesgo de instituciones financieras es constante como se puede observar en los gráficos 5, 6 y 7 en donde el sector financiero es el que más ha recibido reclamaciones en 2013. Aproximadamente el 25% de las nuevas reclamaciones involucraban directores y administradores de instituciones financieras, con un 11% de diferencia respecto del segundo sector con más reclamaciones.

Exhibit 2: Suits by Sector - Q1 2013

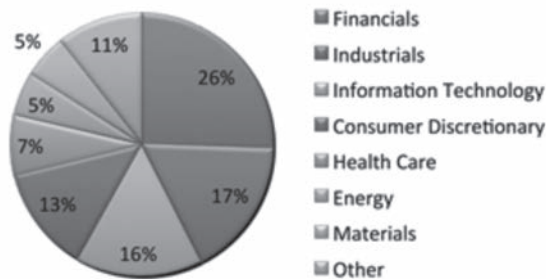


Gráfico 5. Reclamos por sector, primer trimestre de 2013

Fuente: https://www.advisen.com/pdf_files/QuarterlyD&O_ClaimsTrends_2013Q1.pdf

Suits by Sector - Q2 2013

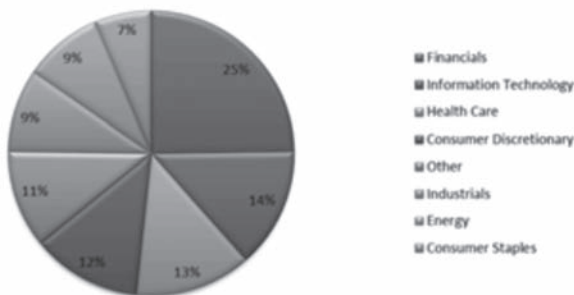


Gráfico 6. Reclamos por sector, segundo trimestre de 2013

Fuente: http://corner.advisen.com/pdf_files/2013_Q2_QuarterlyDO_Paper.pdf

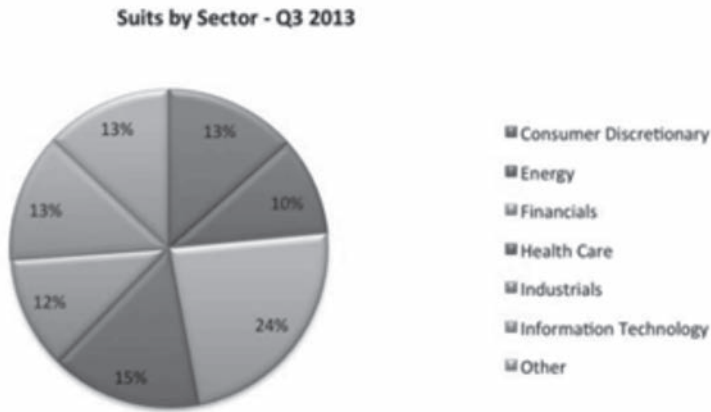


Gráfico 7. Reclamos por sector, tercer trimestre de 2013

Fuente: http://corner.advisen.com/pdf_files/quarterly-d-o-claims-trends-aig-2013-10-17.pdf

Los reclamos a directores y administradores pueden provenir de los accionistas; de los empleados; de los consumidores y clientes; de los competidores; y del gobierno y autoridades administrativas³¹. Como consta en los gráficos 8 y 9 la mayor cantidad de reclamos se registra por los socios de las compañías y por los empleados. Los primeros alegan principalmente el incumplimiento de los deberes fiduciarios, en especial en lo que se refiere a los derechos de los accionistas minoritarios. También fundamentan sus reclamos en la revelación presuntamente inexacta de información y en perjuicios por las ofertas en el mercado público³². Violación a los deberes fiduciarios específicos que también consagra la legislación colombiana.

31 Marsh & McLennan Companies. Intramarsh. "Claims sources". *Marsh Directors and Officers Liability International D&O Claims*.

32 Towers Perrin. Directors and Officers Liability 2007, Survey of Insurance Purchasing and Claim. http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=REIN/USA/2008/200806/do_survey_report_061008.pdf (2007)

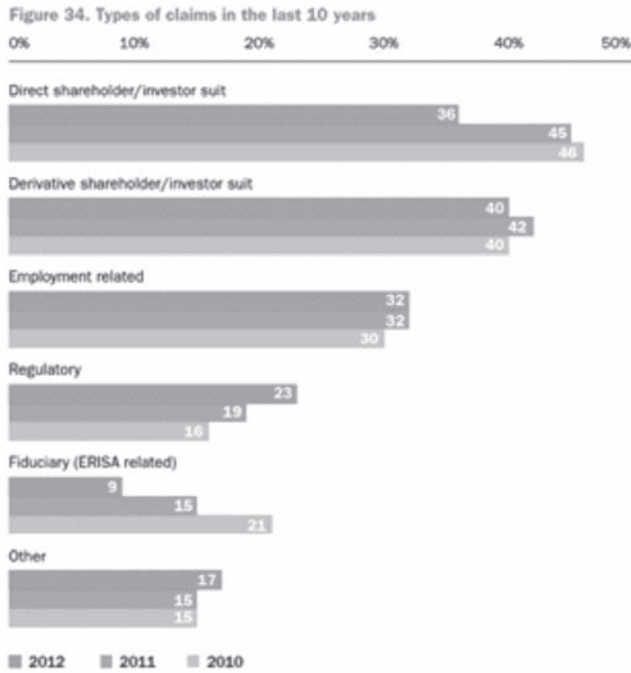


Gráfico 8. Reclamos según demandante 2012

Fuente: Towers Watson, Directors and Officers Liability Survey, 2012

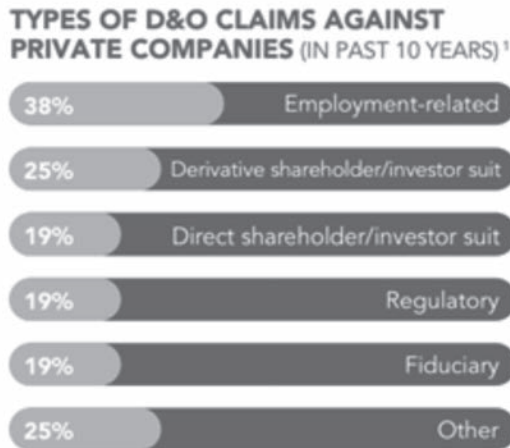


Gráfico 9. Reclamos según demandante en los últimos 10 años

Fuente: <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>

En cuanto a los empleados como demandantes, la tabla 3 muestra el tipo de reclamo contra los directores y administradores por parte de los empleados. Sus demandas están dirigidas a obtener indemnizaciones por incumplimiento del contrato, despido injustificado, discriminación y retaliaciones por denunciar situaciones que ocurrían en la empresa. Es por esto que la póliza de D&O otorga coberturas para reclamos en materia laboral que incluyen despido injustificado; negativa injustificada de empleo, promoción o desarrollo profesional; acoso sexual; creación de un ambiente de hostigamiento o discriminación en el lugar de trabajo; represalias; y quebrantamiento de las normas internas de la sociedad relativas al trabajo³³.

Tabla 3. Tipo de Reclamo por parte de los Empleados, 2007

D&O Claim allegations from employee Claimants by ownership

Allegations	Ownership		
	Private	Public	Nonprofit
Breach of contract	6%	7%	7%
Breach of employment contract (not termination)	7%	7%	0%
Defamation	0%	2%	0%
Discrimination (specity age/race/sex/etc.)	24%	30%	29%
Employment conditions/Safety	1%	0%	0%
Faiture to hire of promote	0%	0%	0%
Harassment/humiliation	3%	2%	7%
Other employee/trade union issues (specity)	7%	4%	0%
Retaliation/Whistler-Blower	2%	4%	0%
Salary, wage or compensation dispute	7%	7%	7%
Union or other contract Group	0%	0%	0%
Wrongful employee dismissal or termination	44%	38%	50%

Fuente:http://www.towersperrin.com/tp/getwebcachedoc?webc=REIN/USA/2008/200806/do_survey_report_061008.pdf

Como ya se señaló, una de las tendencias actuales en reclamaciones proviene de los litigios por fusiones y adquisiciones (M&A). En estas demandas los accionistas son los que más reclaman y nuevamente alegan que los directores y administradores de las compañías intervinientes violaron los deberes fiduciarios³⁴.

33 AIG. *Seguro de Responsabilidad Civil Directores y Administradores Compañías listadas en la Bolsa de Valores de Colombia*. Ob. Cit. Definición de Infracción de Prácticas Laborales.

34 AH&T Insurance. State of the D&O Market, pág. 4. https://www.ahtins.com/assets/1/13/2013_State_of_the_DO_Market_Q1.pdf. (Q1 2013).

El impacto de los litigios iniciados por accionistas se ha convertido en el mayor desarrollo de la responsabilidad de los D&O. Inclusive, los compradores en las adquisiciones son también demandados al ser considerados cómplices en la actuación. Por ejemplo, en 2010, los socios de Kinder Morgan interpusieron una demanda por \$200 millones de dólares al considerar que los administradores de la empresa de energía habían incumplido sus deberes fiduciarios, ofreciendo un precio injusto e inadecuado cuando se privatizó la compañía en una transacción de \$13,4 billones de dólares en 2006³⁵.

En el mercado estadounidense existe alta probabilidad de litigios por las decisiones tomadas en el marco de fusiones y adquisiciones de compañías. En 2007, una empresa que anunciaba una fusión o adquisición tenía el 53% de probabilidades de ser demandada, cifra que se duplicó a finales de 2012 donde la probabilidad de litigios fue del 99% (gráfico 9). Incluso en la actualidad las reclamaciones son consideradas por la mayoría de los ejecutivos como un costo de transacción al hacer negocios. Además, el promedio de demandas en 2012 fue de 5.4 por cada M&A y usualmente se presentaban en múltiples jurisdicciones³⁶.

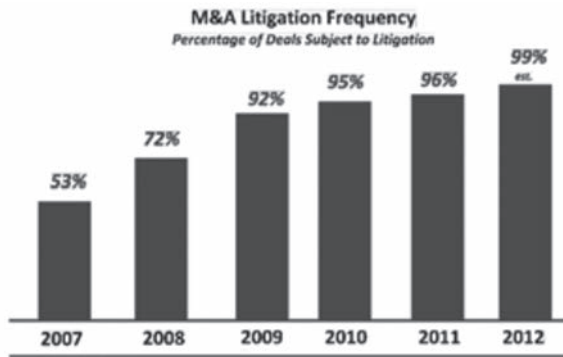


Gráfico 9a. Probabilidad de litigios por fusiones y adquisiciones, 2012

Fuente: https://www.ahtins.com/assets/1/13/2013_State_of_the_DO_Market_Q1.pdf

De este modo, el porcentaje de demandas en el marco de M&A con respecto al porcentaje total de reclamos ha aumentado de manera exponencial desde 2004 (gráfico 10).

35 Marsh & McLennan Companies. Intramarsh. Increase in Mergers & Acquisition Activity Resulting in Increase in Shareholder Litigation, Business & Legal Trends Affecting D&O (2013).

36 Marsh & McLennan Companies. Intramarsh. M&A: Merger Objection Lawsuits Still In the Spotlight, D&O Business and Legal Trends, (Q3 2013).

Sin embargo, a pesar de la importancia del seguro y de la cantidad de siniestros, según un estudio realizado por la aseguradora Chubb, la compra de seguros de D&O no ha variado considerablemente desde el año 2010 (gráfico 12).



Gráfico 12. Porcentaje de compra del seguro de D&O

Fuente: <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>

Una de las explicaciones a este fenómeno, según la aseguradora, es que existe una falsa creencia de que el seguro de responsabilidad civil extracontractual o *general liability (GL)* cubre los reclamos por los actos de administración de los directores (gráficos 13 y 14).



Gráfico 13. Porcentaje de no compradores que creen que el seguro de RC cubre responsabilidad de los D&O

Fuente: <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>



Gráfico 14. Porcentaje de no compradores que creen que el seguro de RC cubre responsabilidad de los D&O comparado con el porcentaje de compradores

Fuente: <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>

De este modo, es necesario aclarar que el seguro de responsabilidad civil extracontractual asegura la responsabilidad derivada de daños corporales y daños

a la propiedad pero no ampara la responsabilidad de directores y administradores e incluso normalmente la excluye.

Al respecto las palabras del gerente del producto D&O de Chubb son muy dicentes:

“Digamos que usted hace una droga que causa daño a las personas y que tiene que ser retirado y llevado fuera del mercado. Bueno, la cobertura que paga por el daño a la gente sería un seguro de responsabilidad civil general. La pérdida de valor monetario y de reputación de la empresa a causa de la retirada sería abordado por una póliza de D&O”³⁹.

CONCLUSIONES

En suma, las pólizas de D&O, aunque tienen como propósito principal la protección personal de los directores y administradores, permiten amparar el patrimonio de la compañía y de sus accionistas. En primer lugar, la noción amplia de asegurado incluye, entre otros, a los directores retirados, a los empleados, e incluso a los cónyuges y herederos del administrador. En segundo lugar, la aseguradora le reembolsará al grupo corporativo cuando asuma la pérdida de una persona asegurada. En tercer lugar, es clara la ventaja derivada de contar con el respaldo de una póliza al interponer las acciones de responsabilidad en contra de los administradores que no siempre cuentan con los suficientes activos para satisfacer las pretensiones de una demanda.

Además, es necesario enfatizar que este seguro excluye el dolo y la mala fe de los asegurados, que son inasegurables según la ley colombiana. Por ello, el asegurador ampara frente a los reclamos e investigaciones que se presenten en contra del asegurado y cubre las pérdidas que se viera obligado legalmente a pagar en relación con un *acto culposo*.

Por último, se insiste en que una de las coberturas más importantes es la de gastos de defensa dada la presunción de responsabilidad de los administradores y la consagración de los denominados deberes fiduciarios por la Ley 222 de 1995. Aunque los directores no sean responsables podrán ser demandados por personas inescrupulosas que buscan afectar la reputación de los administradores y de la compañía y además, los procesos se inician por supuestas violaciones a

39 GALBAN, TONY. Global D&O Product Manager Chubb Group of Insurance Companies. <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf> Traducción del autor.

sus deberes, lo que no implica que efectivamente los directores hayan actuado en contra de sus funciones.

Se espera que este breve estudio haya permitido al lector concluir acerca de la importancia del seguro de D&O y de sus coberturas en el mundo globalizado y en Colombia, teniendo en cuenta el exigente régimen de responsabilidad introducido por la Ley 222 de 1995 y el aumento en las fusiones y adquisiciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AIG Seguros Colombia S.A. Póliza de Responsabilidad Civil Directores y Administradores para Grandes Compañías no listadas en bolsas de valores. http://www.aig.com.co/co-DyO-para-grandes-empresas-comerciales-no-listadas-en-bolsa_595_133839.html
- American International Group, Inc. AIG. Directors and Officers Liability for Private Companies http://www.aig.com/Directors-and-Officers-Liability-For-Private-Companies_3171_539411.html
- American International Group, Inc. AIG. PortfolioSelect for Private Companies http://www.aig.com/Chartis/internet/US/en/PortfolioSelect_for_Private_Companies_Specimen_%20Policy_tcm3171-533002.pdf
- Bancolombia, Banca de Inversión. Colombia: un buen clima para fusiones y adquisiciones en medio de la actual coyuntura global <http://www.bancainversionbancolombia.com/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheadername1=content-type&blobheadername2=Content-Disposition&blobheadername3=MDT-Type&blobheadervalue1=application%2Fpdf&blobheadervalue2=inline%3B+filename%3Dmyfile&blobheadervalue3=abinary%253B%2Bcharset%253DUTF-8&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1266523-646463&ssbinary=true> (mayo, 2012)
- Chubb. *Understanding D&O Liability for Private Companies* (Chubb) (2013) <http://www.youtube.com/watch?v=qDNoM0FNiMs&feature=youtu.be>
- Chubb 2013. Private Company Risk Survey <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12192.pdf>
- Chubb. Special Report Outside Position Liability Loss Prevention <http://www.chubb.com/businesses/csi/chubb12562.pdf>
- Financier World Wide Magazine. Risks facing Directors and Officers http://www.aig.co.uk/chartis/internet/uk/eni/Financier_DandO_tcm2538-379938.pdf (agosto, 2011).
- Towers Watson. Directors and Officers Liability Insurance Market Firming <http://www.towerswatson.com/en/Press/2013/03/Directors-and-Officers-Liability-Insurance-Market-Firming> (14 de marzo, 2013)