

“Situaciones extremas, requieren medidas extremas...” La póliza D&O y la responsabilidad de los gerentes y administradores frente a situaciones extremas



MARCO RIVERA NOYA

Abogado por la Universidad de Lima.

GABRIEL LOLI LEÓN

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.



RESUMEN:

En el presente artículo, los autores realizan algunas reflexiones en torno a la gran utilidad que importa para las corporaciones el mantener como política corporativa, la contratación de una póliza D&O para atender los eventuales reclamos que los accionistas, empleados, clientes, entidades estatales o cualquier tercero afectado, puedan formular contra las decisiones de los ejecutivos de dichas compañías, destacando que es deber de las mismas mantener indemnes a sus directores y gerentes ante cualquier reclamo planteado contra un acto realizado en el ejercicio regular de sus funciones.

Palabras clave: Seguro, póliza, directores, gerentes y responsabilidad civil.

ABSTRACT

In this article, the authors make some reflections about the great utility that is important for corporations to maintain as corporate policy, the contracting of a D & O policy to deal with eventual claims that shareholders, employees, clients, state entities or any affected third party, may challenge against decisions of executives of said companies, stressing that it is their duty to keep their directors and managers harmless against any claim made against an act performed in the regular exercise of their functions.

Keywords: Insurance, policy, directors, managers and civil liability.

Dick Fuld es un banquero americano, conocido por ser el último Presidente y CEO de Lehman Brothers Inc, que fue una compañía global de servicios financieros de EE. UU y que estuvo operativa por 158 años desde su fundación en 1850 hasta su declaración de bancarrota en el año 2008.

En septiembre de 2008, Lehman Brothers se acogió al *Chapter 11 Bankruptcy Protection* (Ley de Quiebras de EEUU), tras la huida de la mayoría de sus clientes, enormes pérdidas en el valor de sus acciones y la devaluación de sus activos, provocados por la participación de Lehman en la "Crisis de las hipotecas *Subprime*" y las acusaciones posteriores sobre negligencia y mala conducta. Esta bancarrota continúa siendo la más grande en la historia mundial con un pasivo de US\$ 613,000 millones.

En ese mismo año se interpuso una Demanda Colectiva (*Class Action*) al amparo de, entre

otras, el *Securities Act of 1933* y del *Exchange Act of 1934*¹, contra Ernst & Young LLP (firma auditora de Lehman) y algunos ex funcionarios de Lehman (entre ellos, Dick Fuld). Los demandantes alegaron que, entre otras cosas, durante el periodo pertinente, los acusados hicieron declaraciones falsas y omisiones de hechos materiales relativas a determinados aspectos de los resultados financieros de Lehman y sus operaciones².

Los principales demandantes afirmaron que, potencialmente, en el juicio podrían recuperar "muchos miles de millones de dólares"³ de los ex directores y funcionarios de Lehman. Sin embargo, para resolver sus reclamos en contra de ellos, propusieron un acuerdo por un monto de US\$ 90 millones de dólares que serían pagados por algunas de las pólizas de seguro de responsabilidad de directores y funcionarios (D&O por sus siglas en inglés) de Lehman, sin afectar el patrimonio de cualquiera de los ex directores y

1. Ambas normas fueron dictadas con posterioridad a la crisis financiera de 1929. A través de la *Security Act* de 1933 se reglamentó la oferta pública de acciones, mientras que a través de la *Security Exchange Act* de 1934, se creó la *Security Exchange Commission* (SEC), organismo equivalente a la Superintendencia del Mercado de Valores en nuestro país.
2. Disponible En: <http://securities.stanford.edu/filings-documents/1041/LEHMQ_01/20131127_r01x_08CV05523.pdf> (última visita, 20 de enero de 2016).
3. Disponible En: <<http://d3cms.s3.amazonaws.com/media/files/aa2a849d-e44c-44ba-a722-09b2b125d9ef/In%20Re%20Lehman%20Brothers%20Litigation.pdf>> (última visita, 20 de enero de 2016).

funcionarios, quienes serían liberados de todas las reclamaciones que fueron o podrían haber sido entabladas en contra de ellos en dicha demanda colectiva.

Finalmente, en mayo de 2012, la Corte aprobó el acuerdo (el *D&O Settlement*) y el monto total de US\$90 millones fue financiado a través de las pólizas D&O que Lehman tenía contratadas. Lehman tenía contratada a favor de sus directores y funcionarios, una póliza con una suma asegurada de US\$250 millones, consistente en una primera capa de US\$20 millones y el resto dividido en 16 capas distintas.

Sin duda, la crisis de las hipotecas *subprime* ha sido un hito en el mercado de las pólizas D&O debido a las decisiones de las corporaciones involucradas en este evento. Lo propio ocurrió en la década de 1930 después de la caída de Wall Street de 1929 y la emisión de las leyes regulatorias del mercado de valores de Estados Unidos de América en 1933 y 1934, que hemos mencionado. Durante esta época, hubo un incremento de demandas de indemnización por faltas al deber de diligencia formuladas por quienes se vieron afectados por la crisis. Estos últimos interpusieron demandas en contra de los administradores de sociedades caídas en desgracia. Es así como surgió la póliza D&O, que tuvo por objeto cubrir el menoscabo patrimonial que los directores y ejecutivos de estas compañías podían sufrir, como consecuencia de tales reclamos⁴.

No es el objetivo de este artículo –ni nos corresponde– juzgar el comportamiento de funcionarios como Dick Fuld ante la crisis de

las hipotecas *subprime*, ni mucho menos la de aquellos ejecutivos que formaron parte de la caída de Wall Street en 1929. Sin embargo, este caso demuestra cuán importante resulta que una corporación mantenga como política, la contratación de una póliza D&O para atender los potenciales reclamos que los accionistas, inversionistas, empleados, clientes, entidades estatales o cualquier tercero afectado, puedan formular contra las decisiones de los ejecutivos de dichas compañías y afectar el patrimonio de estos últimos.

El deber ser es que las compañías mantengan indemnes a sus directores y gerentes ante cualquier reclamo planteado contra un acto realizado en el ejercicio regular de sus funciones. Sin embargo, existen compañías que no cuentan con la espalda financiera suficiente para soportar tales indemnizaciones, que se encuentran prohibidas de hacerlo por políticas de sus matrices o normas regulatorias o que simplemente no quieren hacerlo.

Ante estas situaciones, normalmente, los directores y gerentes estarían expuestos y tendrían que responder con su propio patrimonio para pagar los gastos de defensa o los montos que sean ordenados a pagar para cubrir los daños que sus actos hayan ocasionado. Es por ello que la contratación de una Póliza D&O surge como una alternativa viable para afrontar este escenario.

Y es que ante una situación de emergencia o de determinada presión, cuando la supervivencia o el crecimiento de determinada compañía suele pender de un hilo, los altos ejecutivos de

4. Otro caso emblemático en la historia de las pólizas D&O, lo constituye la decisión de la Corte Suprema de Delaware sobre el caso *Smith v. Van Gorkom*, en enero de 1985, que halló responsables a los directores de la empresa *Trans Union Corporation* por haber incurrido en una falta contra el Deber de Cuidado (*Duty of Care*, que constituye un deber fiduciario de los directores de acuerdo al *Common Law*). Jerome Van Gorkom, el Presidente y CEO de esta empresa, sin consultar con el directorio y sin la opinión de un experto (además de la del CFO de la empresa), inició negociaciones con la empresa *Marmon Group* con el fin de fusionar ambas empresas, sugiriendo un precio por acción que no consideró el valor intrínseco de la empresa. Por tal motivo, Aiden Smith (accionista minoritario de *Trans Union*) demandó por negligencia de los directores la nulidad del acuerdo y, alternativamente, el pago de una indemnización. Las partes llegaron a un acuerdo y los demandados aceptaron pagar US\$23.5 millones, 10 de los cuales fueron pagados a través de una Póliza D&O de *Trans Union*. Disponible En: <http://www.everything2.com/index.pl?node_id=1768786> (última visita, 20 de enero de 2016).

estas compañías tienen que tomar decisiones complicadas que no siempre resultan como esperan. Estas decisiones pueden tener repercusiones y causar daños a terceros quienes estarán dispuestos a hacer que quienes tomaron esas decisiones paguen las consecuencias de tales daños. Lo cierto es que tomar una decisión importa una responsabilidad y asumir una responsabilidad importa un riesgo (traducido en tener que responder por actos imputables a quién asumió dicha responsabilidad).

Recordemos que en virtud a nuestra legislación societaria, los directores y gerentes de las sociedades responden por los perjuicios que ocasionan en el ejercicio de sus funciones por actos realizados sin la debida diligencia. Nuestra legislación, como muchas otras, establece el principio de solidaridad de los miembros de los órganos de administración (como los directores y gerentes), lo cual significa que cada uno de ellos responde íntegramente sobre el perjuicio ocasionado a terceros⁵.

Una Póliza D&O tiene por objeto dar cobertura a los directores, gerentes y administradores de todas las consecuencias económicas que puedan sufrir sus patrimonios como resultado de los errores, omisiones o negligencias que hayan cometido durante el ejercicio de sus funciones. Como veremos más adelante, esto no es patente de corso para que hagan lo que les provoque, sin asumir responsabilidades por ello.

La evolución de estas pólizas es importante, puesto que fue respondiendo a las necesidades del mercado y a los requisitos de la legislación corporativa. En la década de 1930, las compañías no podían indemnizar a sus directores respecto de los costos en los que incurrieran como consecuencia de su defensa (costos y costas legales) ante posibles reclamos. Por ello, se creó la cobertura personal del seguro de D&O, conocida como *side A*⁶. Más adelante, cuando la legislación permitió a las compañías indemnizar a los administradores, surgió la cobertura de reembolso o *side B*⁷, la cual opera cuando la propia compañía

5. Así lo establecen las siguientes disposiciones de la Ley General de Sociedades:

Artículo 177.- Responsabilidad

Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

[...]

Artículo 190.- Responsabilidad

El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

[...]

Artículo 191.- Responsabilidad solidaria con los directores

El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe

6. "La Aseguradora indemnizará al Asegurado por las Pérdidas de los que conforme a derecho puedan resultar responsables por cualquier Reclamación que se formule al Asegurado durante la Vigencia del Contrato o durante la Prórroga de Notificaciones, por un Acto Culposo relacionado de manera directa, cometido con motivo de sus funciones como Director y/o Gerente, solo hasta el Limite de Responsabilidad establecido en las Condiciones Particulares de la Póliza y conforme a las condiciones establecidas en el presente Contrato de Seguro" Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad de Directores y Gerentes y de Reembolso para la Compañía, ofrecida por Ace Seguros. Disponible En: <<http://www.acegroup.com/pe-es/assets/e24-condiciones-generales.doc>> (última visita, 25 de enero de 2016).
7. "La Aseguradora reembolsará a la Compañía, las Pérdidas causadas por Reclamaciones que se formulen contra el Asegurado durante el periodo contractual o durante la Prórroga de Notificaciones por un Acto culposo relacionado de manera directa o con motivo de sus funciones como Director y/o Gerente, en el supuesto en que la Compañía haya

indemniza la pérdida. Finalmente, se diseñó la cobertura a la entidad o responsabilidad de la empresa, side C, la cual ampara pérdidas por los reclamos contra el grupo corporativo por actos del grupo, no del administrador⁸.

Entonces, queda claro que los participantes en una póliza D&O son (i) la compañía de seguros como asegurador, (ii) el grupo corporativo o la compañía (como tomador del seguro que traslada el riesgo y, algunas veces como asegurado –en virtud de las *side B* y *C*–) y, normalmente, (iii) los directores y administradores de la compañía como asegurados⁹, cuyo patrimonio puede verse afectado como consecuencia del siniestro (este último traducido en sus propias actuaciones).

Asimismo, es usual que la Póliza cubra los siniestros ocurridos durante la vigencia de la misma; sin embargo, su cobertura podría alargarse en virtud a los “periodos extendidos” o “de descubrimiento” que establecen las pólizas.

En efecto, no debemos soslayar el hecho de que este riesgo (la responsabilidad de tomar una decisión ejecutiva) seguirá a los directores y administradores durante el ejercicio de su cargo e, incluso, después de haber concluido el mismo (al menos hasta que se hayan cumplido los plazos de prescripción asociados a este riesgo de responder por sus actuaciones).

En efecto, es usual que las compañías de seguro otorguen una cobertura sobre hechos ocurridos

durante la vigencia de la póliza y que los mismos sean reclamados durante ese mismo periodo. Esta modalidad de cobertura es conocida como “*claims made*” (es decir, en estos casos la póliza debe encontrarse vigente al momento del reclamo). Sin embargo, debido a que este tipo de reclamos importaban una cobertura “*long tail*” (de cola larga), en virtud de la cual la póliza cubre eventos ocurridos durante su vigencia pero que se reclaman años después, hoy existe la cobertura de un “periodo extendido” o “de descubrimiento” que cubre los reclamos que se formulan durante un determinado plazo luego de vencida la póliza.

Lo cierto es que el riesgo de los Directores y Administradores, es de cola larga y en ocasiones puede tardarse muchos años en presentar un reclamo contra un directivo que, por ejemplo, podría ya estar jubilado al momento de interponerse la demanda en su contra.

Géraud Verhille, director de responsabilidad de gestión comercial y fidelidad de AIG Europe, toma como ejemplo a Union Carbide, “[...] *la empresa responsable de la fuga de gas químico de Bhopal en diciembre de 1984, en la que murieron nada menos que 25.000 personas en el peor desastre industrial del mundo. Casi 30 años después, la India está presionando a Estados Unidos para extraditar a Warren Anderson, ex presidente de Union Carbide. En 2010, un tribunal del centro de la India dictaminó que siete altos ejecutivos de Union Carbide India eran culpables de homicidio por negligencia por su relación con la fuga de gas*”¹⁰.

indemnizado al Asegurado por dicha Pérdida, conforme a la Ley, y solo hasta el límite de responsabilidad establecido en [...] esta póliza”. Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad de Directores y Gerentes y de Rembolso para la Compañía, ofrecida por Ace Seguros. *Ibid.*

8. Baxter, Colin. *Demystifying D&O insurance*. The Oxford Journal of Legal Studies. Volumen 15, No. 4. Oxford, 1995. Reino Unido.
9. “[...] cualquier persona natural que haya sido, sea o llegue a ser designado durante la Vigencia del Contrato, Administrador de la Compañía como Miembro del Directorio o Gerente de la misma, entendiéndose por Director también, aquellas personas naturales que desarrollen funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su Órgano de Administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados de la Compañía, según la legislación de otros países. No tendrán la condición de Asegurado los auditores externos, depositarios, interventores, o liquidadores”. Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad de Directores y Gerentes y de Rembolso para la Compañía, ofrecida por Ace Seguros. *Ibid.*
10. Géraud Verhille. “El Seguro de D&O se globaliza”. En Guía de Responsabilidad de Directores y Consejeros. Publicado por Strategic Risk y Disponible En: <<https://www.aig.com/es/content/dam/aig/emea/spain/documents/brochure/strategic-directors-and-officers-guide-spanish-brochure.pdf>> (última visita, 25 de enero de 2016).

Verhille, continúa indicando que “[c]uando los directores dejan el cargo o se retiran, siguen protegidos por nuestra póliza, de modo que si se presenta una reclamación tres años más tarde, a menos que se haya excluido expresamente, esta incluirá a los ex directivos [...]. Debido a la naturaleza de larga cola de la responsabilidad de D&O, es importante desarrollar relaciones a largo plazo con las compañías de seguros. De esta manera, una aseguradora puede acumular un historial, no solo de los directivos y consejeros que han ejercido en la organización, sino también de las filiales que han sido cubiertas por pólizas anteriores”.

Entonces, las Pólizas D&O ofrecen cobertura respecto de actos cometidos antes o durante la vigencia de la misma; sin embargo, actualmente algunas Pólizas expresamente excluyen los “actos pasados” de la cobertura. Asimismo, estas Pólizas cubren los daños derivados de reclamos formulados dentro del período de extensión acordado (que usualmente es entre 48 o 72 meses al finalizar el plazo de vigencia de la Póliza).

Entonces, ya sabemos que la Póliza D&O cubre a los directores y gerentes de una empresa o grupo económico (aunque, actualmente, se suele incluir dentro de la cobertura a otros administradores, directores no ejecutivos de la empresa, empleados y a la empresa misma). También sabemos cuál es el período de vigencia de las Pólizas D&O, que abarca eventos ocurridos antes

de la vigencia de la misma en algunas ocasiones, cubriendo los eventos ocurridos durante su vigencia y también aquellos reclamos formulados en el período de extensión o de descubrimiento, si este fue contratado.

Pero ¿qué actuaciones cubre una Póliza D&O? Su intención es cubrir económicamente a los directores y administradores contra las consecuencias de sus “actos de administración” o “actos culposos” cometidos en el ejercicio de sus funciones en la empresa. En tal sentido, la Póliza cubre los eventuales gastos de defensa y las pérdidas financieras que estos podrían sufrir, en tanto se deriven de dichos actos de administración.

Los Actos de Administración¹¹ o Culposos, a su turno, son definidos como “[...] cualquier incumplimiento de deberes, negligencia, errores, manifestaciones erróneas, falsas declaraciones y declaraciones engañosas, omisiones, culpas o culpas graves por parte de los Directores y/o Gerentes de la Compañía ocasionados por las faltas en su gestión cometidas en el ejercicio de sus respectivas funciones, o cualquier asunto que se reclame contra ellos por el solo hecho de ser Director y/o Gerente de la Compañía”¹².

Como podemos apreciar, las acciones u omisiones incluyen la culpa leve y grave pero no al dolo, ya que este comportamiento se encuentra excluido de la cobertura de la Póliza D&O¹³.

11. La Póliza D&O de Chubb (adquirida en el 2015 por ACE Seguros) ofrecida en Colombia define al Acto de Administración de la siguiente manera: “Toda acción u omisión llevada a cabo, supuestamente llevada a cabo, intentada, o supuestamente intentada, con anterioridad o durante el Período 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 [...]. También se considerará Acto de Administración cualquier asunto alegado contra cualquier Asegurado simplemente por desempeñar un Cargo Directivo” (subrayado añadido).

12. Definición contenida en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad de Directores y Gerentes y de Rembolso para la Compañía, ofrecida por Ace Seguros. Op. Cit.

13. De esta manera, las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad de Directores y Gerentes y de Rembolso para la Compañía, ofrecida por Ace Seguros, tienen como exclusiones de dicha Póliza y, por lo tanto, la aseguradora no estará obligada “[...] en ningún caso a pagar pérdida alguna, ni tampoco, cualquier indemnización o reembolso por cualquier reclamación que, directa, indirectamente, derive de, tenga su causa en o guarde relación alguna, en todo o en parte con:

(i) La obtención por cualquier asegurado de cualquier beneficio, remuneración, lucro, provecho indebido o ventaja personal, actos ilícitos, deshonestos o cualquier otro similar a los que no tuviera derecho.

Tiene sentido que el dolo o cualquier acto cometido por el director o administrador en pleno conocimiento de las consecuencias que el mismo puede ocasionar, esté excluido de la cobertura de la Póliza, puesto que de lo contrario esta última se convertiría en una suerte de carta blanca para que los directores y/o administradores puedan cometer actos ilícitos o dañinos sabiendo que no sufrirán las consecuencias de los mismos.

Siendo así, la Póliza D&O no tiene como objeto cubrir a los directivos de una empresa que cometen actos dañinos o ilícitos de manera intencional -actos dolosos-, puesto que el asegurador terminaría respondiendo por aquellos actos en donde el asegurado no tiene intenciones de preservar el estado del riesgo.

Otras exclusiones comunes en las Pólizas D&O la constituyen el fraude, la obtención de remuneraciones ilegales o beneficios personales, los daños a la propiedad, las lesiones corporales y las reclamaciones hechas bajo una póliza anterior o cubiertas por otro seguro (al menos, hasta donde este último debe aplicar por defecto), entre otros.

El objeto de una Póliza D&O es que funcione frente a reclamos que puedan formular terceros ajenos a la compañía contra los directores y administradores. Por lo tanto, su objeto no es cubrir los reclamos formulados por los propios asegurados o por los accionistas de éstos, ya que esta alternativa podría promover el fraude. Es por ello que la *Major Shareholder Exclusion* (Exclusión del Accionista Mayoritario) es otra de las exclusiones más conocidas en esta Póliza.

A través de esta exclusión, las Pólizas D&O se oponen a cubrir reclamos formulados por las personas que poseen directa o indirectamente un gran porcentaje de acciones en las empresas aseguradas (generalmente más del 5, 10 o 20 por

cientos). Esta exclusión encuentra justificación en que las reclamaciones que se formulan en este escenario, son a menudo resultado de una lucha entre los principales accionistas y la dirección de la empresa, en lugar de obedecer a errores de gestión de los directores o administradores que implican decisiones comerciales sustantivas para la empresa; por ello son vistas como demandas coludidas que las compañías de seguro pretenden evitar a través de este tipo de exclusión.

En agosto de 2012, el Tribunal del INDECOPI resolvió una controversia entre los señores Ismael José Rodríguez Ayala, Alfredo Avelino Pereyra Pantoja, Roxana Maribel Palomino Briones, Carlos Anibal Armando García Delgado, David Ernesto Chala Mena, León Felipe Casasola Margarito y Felipe Ignacio del Águila Vargas (quienes ocupaban cargos de dirección y administración en la empresa ElectroDunas SAA) y Rímac Seguros y Reaseguros SA, en relación a la cobertura de una Póliza Responsabilidad Civil Directores y Administradores contratada por ElectroDunas¹⁴.

La Póliza contratada por ElectroDunas cubría las pérdidas que sus directores o administradores se vieran obligados a asumir, como consecuencia de reclamos e investigaciones formales que se presentaran en su contra.

Asimismo, la Póliza tenía la Exclusión de Accionista Mayoritario y establecía que “[e]sta póliza no cubre ninguna Pérdida, en relación con cualquier Reclamo contra la Persona Asegurada, presentada por, instigada por o a nombre de cualquier accionista pasado o presente que haya tenido o tenga directa o indirectamente propiedad o control sobre 20% o más de las acciones con derecho a voto en la Sociedad”.

La empresa Nexstar ESM Holdings (Cayman) Ltd. (Nexstar) interpuso contra de los Administradores de ElectroDunas una Medida Cautelar, una

(ii) *Acciones u omisiones deliberadamente dolosas, fraudulentas o descritas como delito o falta conforme a la legislación peruana o la que sea aplicable* (subrayado añadido).

14. Disponible En: <http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-94/2012/Re2388.pdf> (última visita 23 de enero de 2016).

Demanda Civil y una Denuncia Penal¹⁵. En tal sentido, en base a la cobertura convenida en la Póliza contratada por ElectroDunas en favor de los Administradores, éstos solicitaron a Rimac asumir los gastos de defensa en los procesos iniciados por Nexstar en su contra.

Sin embargo, Rimac rechazó la cobertura puesto que Nexstar tenía la propiedad indirecta de más del 20% del capital social de ElectroDunas¹⁶. Los Administradores consideraban que la exclusión de accionista mayoritario no resultaba aplicable puesto que Nexstar no tenía ningún poder de decisión determinante en la administración de ElectroDunas.

Finalmente, el Tribunal del INDECOPI sostuvo que la aplicación de la cláusula de exclusión de accionista mayoritario no estaba sujeta a la verificación de un poder de decisión efectivo de la persona que interpusiese las acciones legales en contra de los administradores. Bastaba que quienes interpusieran acciones legales sean accionistas que de manera indirecta o indirecta sean propietarios del 20% o más de las acciones con derecho a voto en la sociedad. Consecuentemente, para el Tribunal del INDECOPI, resultó aplicable la cláusula de exclusión de accionista mayoritario y no hubo defecto en el servicio prestado por Rimac, siendo que su negativa a otorgar cobertura fue totalmente justificada en la propia Póliza.

Escenarios como este nos llevan a la reflexión sobre cuándo y cómo debemos contratar una

Póliza D&O, sobre qué coberturas debemos contratar en la misma y qué exclusiones debemos permitir que la Póliza contenga. Si queremos que nuestros directores y administradores estén cubiertos cuando los reclamos sean formulados por los accionistas de la empresa, seguramente nuestra prima será más cara.

Lo cierto es que los directores y administradores de una empresa están expuestos a la toma de decisiones complejas y tales decisiones siempre están sujetas a potenciales reclamos y más aún cuando afrontan situaciones específicas, como un procedimiento concursal, procesos de M&A, entre otros casos en donde ha mediado la toma de decisiones complejas.

En un estudio realizado por *Allianz Global Corporate & Specialty*¹⁷ (uno de los grupos aseguradores y proveedores de servicios financieros más importantes del mundo), sostiene que “[e]specialmente en el caso de insolvencia de una empresa, sus accionistas, acreedores y empleados solo pueden reclamar un dividendo en caso de quiebra, que en la mayoría de los casos, no es más que un porcentaje de un único dígito de la cantidad total de dinero que perdieron. La Póliza de D&O es entonces a menudo el único activo que queda como recurso financiero”.

Precisamente, citando a Julian Franks y Oren Sussman¹⁸, el estudio de Allianz apunta que “[e]n el Reino Unido, por ejemplo, cuando se produce

15. Las acciones interpuestas por Nexstar estuvieron destinadas a cuestionar la decisión de los administradores de la empresa al haber solicitado a Banco Internacional del Perú – Interbank la emisión de dos cartas fianzas contra la línea de crédito de ElectroDunas a solicitud de los Administradores (dicha línea de crédito había sido obtenida tras la constitución de garantías hipotecarias sobre la totalidad de las concesiones definitivas de distribución y transmisión de energía titularidad de ElectroDunas).

Las acciones interpuestas por Nexstar pretendían (i) suspender provisionalmente todas y cada una de las facultades que los Administradores ostenten en ElectroDunas; (ii) dejar sin efecto provisionalmente los actos de apoderamiento de los Administradores respecto de ElectroDunas; y, (iii) Designar como administrador judicial de ElectroDunas al señor Carlos Martín Ramírez Rodríguez.

16. Nexstar tenía el 66.1% y *GFP Dunas Holdings Inc.* el 33.9% de *GFP Dunas Partners Holdings, Inc. (Cayman)*, quien a su turno tenía el 99% de *Dunas Energía SRL*, quien finalmente tenía una participación de 99.5% sobre *ElectroDunas*.

17. Disponible En: <<http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/risk%20insights/AGCS-DO-infopaper.pdf>> (última visita, 21 de enero de 2016).

18. Julian Franks and Oren Sussman, “The Cycle of Corporate Distress, Rescue and Dissolution: A Study of Small and Medium Size UK Companies”, April 2000. Disponible En: <<http://facultyresearch.london.edu/docs/306.pdf>> (última visita 23 de enero de 2016).

una insolvencia formal las tasas de recuperación en promedio son 77% para el banco, 27% para los acreedores preferenciales, y 'prácticamente nula' para los acreedores no garantizados".

José Martínez, gestor de siniestros graves para Líneas Financieras de AIG Europe, sostiene que "[l]as insolvencias continúan generando demandas contra directivos y consejeros (D&O) [...] debido a que los administradores ven estos seguros como una forma de satisfacer a los acreedores. La resaca de la crisis económica mundial sigue proyectando una sombra [...] donde las quiebras siguen siendo la mayor causa de demandas de D&O. La frecuencia de las demandas sigue siendo muy superior a antes de la crisis"¹⁹.

Y es que no es ajeno el escenario en donde ante el procedimiento concursal de una empresa que eventualmente la podría conducir a su liquidación, en un intento por recuperar sus inversiones o acreencias, los demandantes pretendan responsabilizar por el fracaso de la empresa a los gerentes o administradores de esta. Es por eso que los liquidadores están obligados por los acreedores a buscar y perseguir a los gerentes y administradores –y a su patrimonio– como fuente de liquidez. Así, Géraud Verhille, ha señalado que "[n]o hay duda de que los liquidadores buscan cada vez más la responsabilidad de los directivos para aumentar los activos"²⁰.

Es probable que sean decisiones ejecutivas las que hayan colocado a alguna sociedad en una situación de concurso y la conduzca a la quiebra. Como en el caso de Lehman Brothers, probablemente alguna decisión de Fuld (o un conjunto de ellas) la haya conducido a la quiebra. Son consecuencias de alguien que decide "tomar un riesgo para ganar" es por ello que hay quienes dicen que "quien no arriesga no gana"; sin embargo, no siempre se gana y cuando eso sucede, alguien debe asumir las consecuencias

del fracaso. Sin una cláusula de indemnidad en su nombramiento como director o administrador o sin una Póliza D&O que los cubra ante estas situaciones, difícilmente los directores o administradores se sentarían en los directorios o puestos ejecutivos de las empresas, pues no estarían dispuestos a asumir las consecuencias con su propio patrimonio. Ahora bien, esto ocurre en Estados Unidos, el Reino Unido o Alemania. En el Perú, sin embargo, las pólizas D&O no son muy populares, incluso en algunas grandes corporaciones.

No queremos que nos malinterpreten. Si bien hemos advertido la importancia de contar con una Póliza D&O, esta última no constituye una patente de corso para los directores y administradores, o un cheque en blanco para responder por las decisiones que puedan generar un perjuicio para terceros o la propia sociedad.

Consideramos que existen mecanismos dentro de las propias Pólizas D&O que precisamente pretenden desalentar a que un director o administrador se comporte menos responsable o diligente por el hecho de contar con esta Póliza (como los límites de cobertura y las primas que deben pagar al activar la cobertura, por ejemplo). Las nuevas corporaciones tienen políticas de buen gobierno corporativo más estrictas que incluyen el manejo de riesgos comerciales.

Consideramos que los directores y administradores serios y respetables, que tienen una reputación que cuidar frente al mercado, tienen precisamente el incentivo de guardar sigilo en sus actos, de comportarse responsable y diligentemente, independientemente de si la empresa que los nombró como sus altos ejecutivos tiene o no contratada una Póliza D&O. Nadie nombraría a un director o administrador con un extenso historial de Pólizas D&O ejecutadas por sus decisiones, al contrario. Si alguna

19. Martínez, José. "Las quiebras fomentan los litigios". En *Guía de Responsabilidad de Directores y Consejeros*. Publicado por Strategic Risk. Disponible En: <<https://www.aig.com.es/content/dam/aig/emea/spain/documents/brochure/strategic-directors-and-officers-guide-spanish-brochure.pdf>> (última visita, 25 de enero de 2016).

20. *Loc. Cit.*

empresa está frente a un director que tiene una o pocas Pólizas D&O ejecutadas por sus decisiones, podrá decir que arriesgó y no ganó, y que ante situaciones extremas, se requieren medidas extremas.

Sería importante contar con un mercado dinámico en Pólizas D&O en nuestro país, ya que con ello se trasladarían los riesgos de manera adecuada, teniendo menores costos de transacción.