



# SEGUROS DIGITAL

**DIRECTOR:**

**Carlos A. Estebenet**

**SECRETARIO DE REDACCIÓN:**

**Mariano P. Caia**

**[diciembre 2014]**



## EL DERECHO

Mariano P. Caia

**SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Definición del seguro de D & O. Origen. – 3. Características generales. 3.a. Seguro de responsabilidad civil. 3.b. Grandes riesgos. 3.c. Forma de contratación. Seguro por cuenta propia. Seguro por cuenta ajena. 3.d. Tipos de cobertura. Coberturas de indemnidad y reembolso. 4. Contratación en el extranjero. – 5. Reaseguro. – 6. La prima. – 7. Seguro de reembolso. – 8. Cláusulas “ClaimsMade”. – 9. Exclusiones de cobertura. Ganancias ilegítimas. Daños personales patrimoniales (lesiones, muertes, o enfermedades) o extrapatrimoniales (daño moral). Obtención de ganancias derivadas de la venta de acciones de la Compañía (oferta pública). Otras exclusiones. 10. Dolo. De los asegurados y de terceros dependientes. – 11. Actos extraños a las funciones del administrador. – 12. Las multas ¿pueden ser objeto de la cobertura del seguro de responsabilidad civil de D & O?. – 13. Conclusiones**

## 1. Introducción

La finalidad del presente trabajo consiste en analizar el seguro de responsabilidad civil para administradores de sociedades comerciales, denotando los aspectos centrales de la cobertura y las implicancias que su contratación conlleva.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Seguro de responsabilidad civil y cláusulas claimsmade. La cuestión de su validez en el Derecho Argentino*, por CARLOS A. MOLINA SANDOVAL, ED, 203-786; *Contrato de Management: al “gerenciente” frente a la insolvencia del “gerenciado”, ¿cabe extenderle la quiebra en los términos del art. 161, LCQ, o es responsable conforme al art. 173, LCQ?*, por MAURICIO BORETTO, GABRIEL DE LAS MORENAS Y FERNANDO GAMES, ED, 206-1030; *Conferencia “Derecho Ambiental y Seguros”*, por LUIS ALBERTO PENNINO, ED Digital y Diario Especial de Derecho de Seguros 11.213 del 10/03/2005; *El seguro del art. 22 de la ley 25.675*, por JUAN MARTÍN SIANO, ED Digital y Diario Especial de Derecho Ambiental, n° 11.306 del 25/07/2005; *La notificación de siniestros al reasegurador*, por RICARDO E. CANTILLO, ED, 235-1365; *Actualización sobre la cláusula de Follow Settlement (comunidad de transacciones)*, por COLIN CROLY Y IVONNE JEFFERIES, ED, 240-1211. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

Destaco el interés en el estudio de la presente temática en tanto que la cuestión engloba simultáneamente a diversas ramas del derecho: societario, seguros y responsabilidad civil - obligaciones.

## 2. Definición del seguro de D & O. Origen

La evolución jurisprudencial en el marco de la responsabilidad objetiva, la existencia de mayores canales de información al respecto, y un consecuente incremento de la conciencia del derecho a judicializar los conflictos constituyen las causas que motivan día a día un aumento de las reclamaciones que, por responsabilidad civil, se les efectúa a los administradores de las sociedades comerciales.

Los damnificados podrán reclamar la reparación de las consecuencias perjudiciales que hubieran cometido los directores, o bien gerentes y síndicos de las empresas quedando entonces expuestos a que se afecte, más allá de la sociedad, el propio patrimonio personal de quienes ejercen la función de administrarla.

A fin de disipar las consecuencias económicas de tales acciones aparece en escena el seguro de D & O cubriendo específicamente la responsabilidad de los administradores.

Su utilidad no se agota en aquello antes expuesto, en tanto que la existencia de este seguro permite que las empresas puedan captar o retener a los administradores eficientes ofreciéndoles cierta tranquilidad con esta cobertura.

Tal como lo ha sostenido la doctrina, el seguro de D & O disipa la aversión al riesgo motivando a los administradores a asumir ciertos riesgos empresariales pero a su vez, y como contrapartida, implica una nueva protección a los damnificados y al patrimonio de la sociedad al sumar un nuevo intérprete pasible de soportar económicamente los reclamos<sup>1</sup>.

1. Conf. SANCHEZ, DIEGO C. y FRICK, PABLO D., *El Seguro de Directores And Officers (D&O) y su utilidad como instrumento de gestión societaria* - Tema 2 - IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Cátedra de Derecho Comercial Universidad de Buenos Aires ver <http://catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio23.html>.

Se ha definido a este tipo de seguros como: “...un mecanismo que limita la responsabilidad civil de los administradores...” y “... un contrato por el que el asegurado se compromete a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del administrador asegurado de una de responsabilidad civil...”<sup>2</sup>.

El origen de la denominación “D & O”, deriva lógicamente de los mercados de seguros internacionales, más precisamente del Lloyd’s londinense.

El nacimiento de esta cobertura estuvo íntimamente ligado a las consecuencias económicas que dejó el famoso “crack del 29”, siendo así que en los años treinta de la centuria pasada el Lloyd’s ideó esta modalidad asegurativa destinada a cubrir la responsabilidad civil de los administradores y directivos de compañías mercantiles.

Más allá del mencionado comienzo británico, destacamos que su auge tuvo lugar en Estados Unidos<sup>3</sup> donde como consecuencia de la referida crisis bursátil se dictaron una serie de normas destinadas a regular la actividad financiera y las inversiones en la Bolsa (Securities Act de 1933 y Securities Exchange Act de 1934) disponiendo, ante el incumplimiento, la responsabilidad de los administradores de las sociedades.

Así, el desarrollo norteamericano de este seguro estuvo influenciado por un notable incremento de las acciones de responsabilidad contra los administradores y por una variada posición jurisprudencial que no siempre reconocía a los administradores el derecho a exigirle a la sociedad el resarcimiento por los gastos que hubieran incurrido en su defensa judicial frente a aquel tipo de reclamos.

### 3. Características generales

#### 3.a. Seguro de responsabilidad civil

Si bien no existe una clasificación normativa de los seguros de responsabilidad civil, lo cierto es que la realidad práctica se ha encargado de hacerlo pudiendo entonces ubicar al seguro de D & O dentro de la categorización de los seguros de responsabilidad civil profesional.

Ninguna norma legal ordena obligatoriamente su contratación, por lo cual podemos caracterizarlo de voluntario, sin perjuicio de que convencionalmente (por así disponerlo el estatuto) pueda imponerse su celebración.

2. IRRIBAREN BLANCO, MIGUEL, *El Seguro de Responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D & O)*, España, Estudios de Derechos Mercantil, Thomson - Civitas, Año 2005, págs. 31 y 32.

3. GUERRERO LEBRÓN, MARÍA JESÚS, *El Seguros de Responsabilidad Civil de Administradores y Directivos*, Editorial La Ley España, Año 2004, pág. 34.

#### 3.b. Grandes riesgos

Una característica común en este tipo de cobertura es que al tratarse de contrataciones efectivizadas muy comúnmente por grandes corporaciones, atento la igualdad jurídica existente entre las partes, las condiciones contractuales son negociadas previamente entre el asegurado/tomador y el asegurador, de modo tal que no son exactamente clasificables dentro del tipo de contratos de “adhesión”.

Además, en la generalidad de los casos, las sumas aseguradas comprometidas resultan ser elevadas, permitiendo ambas características que este tipo de seguros encuadren dentro de los llamados “Grandes Riesgos”.

De reunir tales condiciones<sup>4</sup>, pudiendo entonces considerarlos “Grandes Riesgos”, existe respecto a los mismos una operatoria que habilita la utilización de sus condiciones de cobertura sin la autorización previa del órgano de control (“SSN”). Destaco, pese a lo dicho, que deben cumplirse ciertos requisitos mínimos exigidos por la norma aplicable<sup>5</sup> para su implementación.

#### 3.c. Forma de contratación. Seguro por cuenta propia. Seguro por cuenta ajena

La suscripción del seguro de responsabilidad civil la podrá realizar directamente el administrador, en cuyo caso nos encontraremos ante un seguro celebrado por cuenta propia.

Pero, además, también cabe la posibilidad que sea la sociedad quien, actuando en nombre de los administradores, actúe como tomadora del contrato de seguros. En tal caso, la figura se encuadraría como un seguro por cuenta ajena (artículos 21 a 26 de la ley 17.418).

Lo más habitual en este tipo de seguros es que sea celebrado por la sociedad en nombre y por cuenta de los administradores.

Se han explicitado motivos económicos (en tanto que la negociación previa del costo de la prima respecto de más de un administrador incidirá en su menor onerosidad) y de practicidad (a fin de unificar, en un único seguro celebrado por la sociedad respecto de todos los administradores, los términos y condiciones de la cobertura y centralizar la gestiones que deban efectuarse) que justifican esta tendencia.

Otra cuestión que se plantea en torno a la celebración del seguro de responsabilidad civil por cuenta ajena es quien, en representación de la sociedad, termina decidiendo y efectivizando la celebración de la póliza.

Por tratarse de actos de gestión podrán ser los directores, en representación de la sociedad, quienes decidan la contratación lo que generaría un supuesto de incompatibilidad de funciones.

4. Condiciones de coberturas negociadas con igualdad jurídica, y contratos con sumas aseguradas igual o superior a \$40.000.000.

5. Resolución 35.648 del 03/03/2011 de la SSN.

Debe tenerse en cuenta que los directores se encontrarán personalmente afectados e interesados en lo que hace a la celebración de la póliza, planteándose entonces el interrogante de si no deberían abstenerse de ejecutar por sí solos la contratación y que la cuestión quede a resultas de lo que delibere la asamblea.

Entendemos que aquella solución expuesta en el último párrafo es la más prudente, pero pese a ello sostenemos que aun cuando la concreción se efectivice sin la debida decisión previa de la asamblea, ello no le restará virtualidad al contrato de seguros celebrados, en tanto que en definitiva la aseguradora es un tercero ajeno a tal conflicto que terminó contratando con quienes efectivamente gozaban de la representación necesaria para obligar a la persona jurídica.

### 3. d. Tipos de cobertura. Coberturas de indemnidad y reembolso

En el seguro de D & O se suele utilizar en la práctica dos categorías de coberturas.

Una primera que es la definida como la de indemnidad de los “Directores y Gerentes” y otra segunda que funciona como un reembolso empresarial.

La cobertura de indemnidad es aquella en la que el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado (Directores y/o Gerentes) por cuanto deba a un tercero en razón de su responsabilidad civil motivada a consecuencia de cualquier acto culposo cometido por aquellos durante el cumplimiento de sus funciones en la sociedad.

La otra cobertura, por el contrario, funciona como una póliza de reembolso, en la que el asegurador pagará a la sociedad (asegurado) las indemnizaciones o daños que hubiera afrontado como consecuencia de la responsabilidad civil en que hubieran incurrido los Directores y Gerentes a consecuencia de cualquier acto culposo que hubieran cometido en ejercicio de sus funciones, y en la medida que la sociedad hubiera tenido que soportar tal erogación de acuerdo a lo dispuesto en la ley, el contrato, el estatuto, o lo que legítimamente hubiera resuelto el directorio.

### 4. Contratación en el extranjero

La realidad práctica indica que en muchos supuestos este tipo de coberturas son celebradas por corporaciones internacionales de origen americano o europeo (con presencia en nuestro país) en donde el seguro de D & O cuenta ya desde hace años con un alto grado de comercialización y difusión.

En la generalidad de los casos las sumas aseguradas involucradas resultan ser sumamente elevadas lo que motiva dificultades para que puedan ser soportadas por los aseguradores - reaseguradores locales (atento su capacidad económico - financiera).

Conforme la doctrina española esta cobertura encuentra una amplia difusión en el mercado interna-

cional de reaseguro: “... el mercado del seguro de responsabilidad civil de administradores de sociedades se encuentra fuertemente internacionalizado, y sobre todo muy mediatizado por el mercado del reaseguro, lo cual determina que las compañías aseguradoras elaboren y asuman la cobertura del riesgo tomando en consideración, a veces exclusivamente, las posibilidades de que dicho riesgo pueda ser asumido por una compañía reaseguradora mediante una operación de reaseguro...”<sup>6</sup>.

Lo dicho y la circunstancia de que muchos de los asegurados deciden unificar la cobertura de los distintos riesgos en un único programa global mediante un asegurador - reasegurador de alcance internacional, conlleva a que, en oportunidades, este tipo de coberturas no se termine celebrando directamente en el país.

Al respecto, la ley 12.988 dispone la prohibición de asegurar en el extranjero a personas, bienes o a cualquier interés asegurable de jurisdicción nacional.

Uno de los fundamentos del dictado de la norma lo constituye el Principio de Reserva del Mercado Asegurador Argentino, esto es la protección de la producción del mercado asegurador nacional.

Pero, además, lo cierto es que la celebración de un contrato de seguro en el extranjero genera repercusiones impositivas en tanto que también permite eludir mucho de los impuestos a los que estarían expuestos de efectivizarse el negocio en nuestro país.

Nos encontramos ante una disposición cuya trasgresión se materializa con la sola circunstancia de violar la prohibición, independientemente del perjuicio ocasionado al bien jurídico protegido.

Ahora bien en cuanto a las consecuencias de la prohibición, destacamos que la norma pena al asegurado e intermediario por el Poder Ejecutivo con una multa de veinticinco veces la prima.

Ante el planteo de tal cuestión el mercado ha reaccionado utilizando la técnica del “fronting”.

López Saavedra, sostuvo al respecto que: “...El fronting es, en realidad, una forma bastante particular de asegurar, ya que el asegurador que celebra un seguro bajo estas condiciones asume un riesgo determinado frente a un asegurado y percibe de él la correspondiente prima, pero no retiene nada del riesgo asumido –o sólo una parte ínfima del mismo–, ya que reasegura la totalidad del riesgo cediéndoselo a su reasegurador...”<sup>7</sup>.

Pese a la utilización de tal variante, lo cierto es que su legalidad también se encuentra en ocasiones cuestionada por considerar que de acuerdo a la cesión del riesgo que se hubiera efectivizado la intervención del asegurador local representa la figura de un mero inter-

6. RONGERO SANCHEZ, ANTONIO, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima*, Barcelona, España, Año 2004, INDRET, Workingpaper N° 207, www. Indret.com.

7. LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO, *EL FRONTING: Todo lo que usted siempre quiso saber y nunca se atrevió a preguntar*, Revista Administración de Riesgos y Seguros Latinoamericana, N° 1, Abril de 2004, pág. 31 y sigtes.

mediario violándose de tal manera las disposiciones de la ley 12.988.

Se sostiene que en nuestro país el “fronting” no se encuentra regulado por norma alguna, por lo que sus defensores afirman en consecuencia que su implementación no se encuentra prohibida.

Otro aspecto que define la legitimidad del uso de la figura es la intervención del asegurador: en la medida que no se trate de un mero intermediario, no existiría desnaturalización alguna de la función del seguro ni la posibilidad que se invoque eventualmente una situación más desventajosa del asegurado.

Es decir que quienes argumentan por la viabilidad del “fronting” destacan que si existe actuación del seguro local, no puede reputarse tal contratación como ficticia.

Finalmente también incide la forma en que se efectivizó la elección del reasegurador, en tanto otra justificación de quienes avalan el “fronting” reside en sostener su admisibilidad si fue el asegurado quien concientemente eligió contratar “directamente” con la compañía extranjera.

De acuerdo a cada caso en particular, y a la postura interpretativa del momento, el órgano de control pueda cuestionar la celebración de acuerdo a esta modalidad.

Más allá de lo dicho, es de destacar que en el marco del Plan Nacional Estratégico del Seguro (PLANES), una de las cuestiones donde la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) haría foco sería sobre la eliminación la operatoria de “fronting”<sup>8</sup>.

## 5. Reaseguro

Desde el punto de vista del reaseguro del negocio es de destacar que en la actualidad tal práctica deberá adaptarse a lo dispuesto por parte de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) en la resolución 38.708 que agregó un Anexo al Punto 2º –relacionado a las Entidades Reaseguradoras–, donde se reordenan y unifican distintas resoluciones que fueron dictadas en el tiempo a fin de estructurar el mercado de reaseguros local. El citado Anexo del Punto 2º recoge los institutos específicos de la Actividad Reaseguradora, que surgen de las resoluciones SSN 35.615 del 11 de febrero de 2011, SSN 35.726 del 26 de abril de 2011, SSN 35.794 del 19 de mayo de 2011, SSN 36.266 del 17 de noviembre de 2011, SSN 36.332 del 1º de diciembre de 2011 y SSN 36.859 del 11 de junio de 2012, entre otras.

Al respecto, Estebenet<sup>9</sup> ha sostenido que de acuerdo al régimen vigente podrían diferenciarse dos tipos de reaseguradores: a) aquellos que podrían llamarse locales o plenos (constituidos de conformidad con las leyes de la República Argentina o las sucursales establecidas

de entidades extranjeras), en el sentido de que tienen la posibilidad de suscribir todo tipo de riesgos, contratos y montos, con la sola limitación de su capacidad patrimonial; b) aquellos considerados limitados (la resolución los denomina “admitidos”), en tanto sólo podrán operar libremente en retrocesiones y en los riesgos individuales sólo en exceso de los 50 millones de dólares estadounidenses.

Entonces, y sin perjuicio de la discusión sobre su legalidad, la operatoria del negocio de D & O sólo podría articularse con aquellos reaseguradores locales con capacidad patrimonial suficiente para realizar la operación o bien con los “admitidos” (compañías no radicadas en el país) pero para el caso de retrocesiones y operaciones que excedan los 50 millones de dólares estadounidenses.

¿Qué tipo de reaseguro parece mejor adaptarse al negocio? Parecería ser que el reaseguro facultativo es la forma más apropiada, ya que el mismo se suele efectuar sobre riesgos aislados, nominados y detallados individualmente con elevadas sumas aseguradas, y por tratarse de coberturas en fase de introducción en el mercado que escapan por tamaño y complejidad de las condiciones estándar.

## 6. La prima

El analizado debe ser uno de los tipos de seguros que mayores complicaciones le genera el asegurador poder estimar la prima.

En primer lugar resultará sumamente difícil poder conocer de antemano cuál será el riesgo económico al que estarán expuestos los asegurados, atento la complejidad de los siniestros a los que pueden verse expuestos.

La poca experiencia siniestral también redundará directamente sobre el cálculo de la prima<sup>10</sup>.

Por otro lado, es de advertir que los elementos que se ponderan para estimar la prima no permanecen invariables, sino que están directamente vinculados con el desarrollo de la vida de la sociedad.

En tal sentido, podrán presentarse situaciones que alteren la marcha normal de la sociedad (aumento de capital, fusiones, adquisiciones, intervención judicial o administrativa, concurso, etc.) que puedan dar lugar a un reajuste de la prima por agravación del riesgo conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley de Seguros.

Además, también incidirá sobre la estimación de la prima, no solamente la suma asegurada que se hubiera pactado, sino, además, la solvencia económica que arrojen los balances, el objeto de la sociedad, el prestigio de los directores involucrados, y como ya hemos dicho, una adecuada política de “Buen Gobierno Corporativo” y la demostración de un estricto cumplimiento a su normativa.

8. Conf., COMPANI, MARÍA FABIANA, La Ley 14/07/2014, cita On Line AR/DOC/ 2075/2014.

9. ESTEBENET, CARLOS, *El control en materia de Reaseguros: la nueva reglamentación*, ED, 243-1411.

10. GUERRERO LEBRÓN, MARÍA JESÚS, *El Seguros de...*, cit., pág. 231.

¿Quién debe afrontar el pago de la prima? El tomador del seguro conforme lo dispone el artículo 27 de la Ley de Seguros.

De ser el tomador del seguro la sociedad, y de tratarse de un seguro por cuenta ajena, se presenta una nueva cuestión que merece su análisis.

La resolución general 20/2004 de la IGJ regula los trámites de inscripción de la designación de administradores sociales.

La mentada resolución vela también por el cumplimiento del régimen de garantías exigibles a los directores de las sociedades anónimas (artículo 256, párrafo segundo, ley 19.550), el cual tiende a la protección tanto de la propia sociedad como de sus socios y de los terceros que pudieran verse dañados por el accionar de los administradores de la entidad.

Así, el artículo 2º de la referida resolución dispone que la garantía de los directores de sociedades anónimas a que se refiere el artículo 256, párrafo segundo, de la ley 19.550 deberá consistir en bonos, títulos públicos o sumas de moneda nacional o extranjera depositados en entidades financieras o cajas de valores, a la orden de la sociedad; o en fianzas o avales bancarios o seguros de caución o de responsabilidad civil a favor de la misma.

Asimismo, y respecto al tema que nos ocupa, se aclara que su costo, en este caso la prima, deberá ser soportado por cada director; y que en ningún caso procederá constituir la garantía mediante el ingreso directo de fondos a la caja social.

Pero, además, la cuestión no se agota en aquello antes dicho, en tanto que de ser la sociedad quien asuma el pago de la prima, deberá evaluarse si la misma debe ser o no reputada como una retribución en especie.

En tal sentido, deberá considerarse si el pago de la prima responde en cierta medida a una ventaja patrimonial para el administrador, o si, por el contrario, obedece a razones laborables para que cumplimente sus obligaciones como personal jerárquico.

De acuerdo a un sector de la doctrina española, la prima no puede considerarse como una especie de retribución a los administradores ya que con este tipo de coberturas la sociedad se ve directamente beneficiada al protegerse su patrimonio por quedar aumentada la chance de ser resarcida por los daños y perjuicios ocasionados por sus administradores. Como contrapartida se sostiene también que la contratación de este tipo de seguro está destinada a salvaguardar el patrimonio personal de los administradores<sup>11</sup>.

Considero que el pago de la prima por parte de la sociedad evita gastos al administrador y, en consecuencia, importa una ventaja patrimonial que puede y debe considerarse como una prestación en especie o en su caso una contraprestación salarial en los términos del artículo 105 de la Ley de Contrato de Trabajo (que podrían aplicarse analógicamente al caso bajo estudio).

Lo expuesto tiene relevancia en tanto que en tal caso tal forma de cancelación deberá estar previamente prevista en el estatuto o en su caso posteriormente decidida por la asamblea.

Además, de conformidad con lo estipulado en el artículo 261 de la Ley de Sociedades, la prima del seguro de responsabilidad civil como remuneración en especie deberá ser considerada a los efectos de estimar el monto máximo de retribuciones que por todo concepto puedan percibir los administradores, siendo que, en su caso, de excederse el límite, la cuestión deberá ser decidida por la asamblea de accionistas.

Finalmente, respecto a la obligatoriedad sentada por la resolución general 20/2004 de la IGJ de que la prima sea asumida por los administradores, destaco que la norma no debería aplicar cuando la póliza celebrada implique una modalidad **voluntaria** de cobertura de responsabilidad civil que venga a complementar el tipo de garantía elegido por el administrador.

## 7. Seguro de reembolso

Ya expusimos que el seguro de D & O ofrece dos tipos de cobertura, la de indemnidad y la de reembolso.

Como se habrá advertido al conceptualizarlas existe una diferencia sustancial entre ambos regímenes, en tanto que el procedimiento de reembolso no resulta de práctica habitual en nuestro derecho de seguros.

Nuestra Ley de Seguros prevé el seguro de responsabilidad civil por indemnidad (art. 109 de la ley), de acuerdo al cual el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto éste le deba a un tercero.

El seguro de responsabilidad civil por reembolso es aquel según el cual una vez que el asegurado hubiera afrontado el pago de la indemnización reclamada por el damnificado, luego podrá solicitar su reembolso al asegurador.

Un muy interesante fallo plenario de la Cámara Federal Civil y Comercial<sup>12</sup>, trató en su estudio al seguro de responsabilidad civil por reembolso en donde se expresó que ambas clases tienden a mantener indemne al asegurado por un hecho acaecido en el plazo convenido conforme lo indica el artículo 109 de la Ley de Seguros, pero advirtiendo como diferencia que en el caso del "reembolso" el siniestro lo constituía el pago realizado por el asegurado al tercero.

Expuesto ello, y recordando que este tipo de cobertura no coincide exactamente con la plasmada en nuestra ley, resta considerar si de acuerdo a la letra del artículo 158 de la Ley de Seguros el artículo 109 resulta o no modificable.

En tal sentido, recuerdo que el artículo 158 de la Ley de Seguros distingue las normas como: a) las contenidas en la ley que son inmodificables por su letra o naturaleza, b) las que menciona expresamente que

11. RONCERO SANCHEZ, ANTONIO, *El seguro de...*, cit, pág. 12.

12. "La Franco Cía. de Seguros c. Buque Catamarca II", CNCiv. y Com. Fed., sala III, causa n° 12.383/94, del 1-3-95.

no pueden ser modificadas, c) las que sólo pueden ser modificadas a favor del asegurado, y d) aquellas que pueden ser variadas por acuerdo de parte.

El artículo 109 de la Ley de Seguros no se encuentra incluido dentro de aquellos expresamente mencionados como inmodificables, ni tampoco de aquellos que sólo puedan ser modificados a favor del asegurado.

Descarto también que tal artículo no pueda ser modificado por su letra o naturaleza, en tanto que admitir tal posición equivaldría a sostener la no admisibilidad de cualquier limitación de cobertura a la indemnidad consagrada por el artículo 109 cuando la realidad es que el artículo 118 de la Ley de Seguros demuestra que la misma encuentra su frontera “en la medida del seguro contratado”.

Por ello, es razonable concluir que el artículo 109 de la Ley de Seguros es modificable por acuerdo de partes rigiendo plenamente el principio de autonomía de la voluntad, siendo que tal afirmación conlleva a concluir la legalidad del seguro de reembolso aun cuando el mismo no se aplique estrictamente en el marco que nos da la norma.

Finalmente, respecto a este tipo de cobertura en particular, es importante destacar que, siguiendo la doctrina del fallo plenario antes citado, si el asegurado no puede hacer frente al reclamo por una situación de insolvencia ello no obsta a que la condena que se dicte a su respecto declarando su responsabilidad civil no se haga extensiva contra el asegurador en los términos del mencionado artículo 118 de la Ley de Seguros.

Es decir que sólo en el supuesto que el asegurado no pueda afrontar el pago de la indemnización (lo cual deberá quedar objetivamente demostrado), el reembolso podría obviarse debiendo igualmente responder el asegurador frente al tercero a fin de cumplir con su obligación de indemnidad.

## 8. Cláusulas “ClaimsMade”

Una característica común de esta cobertura es la utilización de las llamadas cláusulas “ClaimsMade”.

¿Qué implica la cláusula “ClaimsMade”? Que la cobertura sólo operará ante un hecho u omisión ocurrido durante el período previsto en la póliza, siempre y cuando el reclamo del tercero damnificado se haya formulado durante la vigencia de la póliza.

Adquiere entonces relevancia el reclamo del tercero, el cual debe acontecer dentro de un plazo concreto, el que generalmente coincide con la vigencia del contrato.

Recordamos que conforme lo normado por el artículo 109 de la Ley de Seguros, la cobertura de responsabilidad civil aplica para mantener indemne al asegurado por cuanto éste le deba a un tercero por todo hecho u omisión que hubiera acontecido durante la vigencia de la póliza, ello independientemente que el reclamo se hubiera o no formulado durante el período de cobertura, siendo esta última condición lo que diferencia la cobertura tradicional de la “ClaimsMade”.

El concepto y la problemática de su aplicación ha sido ejemplificada de manera sencilla y práctica por Ricardo Lorenzetti<sup>13</sup> al referenciar el planteo de un caso de responsabilidad médica contractual sujeto a la prescripción decenal, donde aun cuando el asegurador otorgue una cobertura anual, su obligación de indemnidad persiste a su respecto por durante al menos otros diez años motivando la afectación de sus reservas por un término similar.

Ante ello, explica el autor que la reacción del mercado asegurador y reasegurador fue la utilización de la cláusula “ClaimMade” donde la cobertura queda atada al reclamo, lo cual motiva que las previsiones contables del asegurador no sigan, al menos necesariamente, la suerte de la prescripción decenal.

La cláusula “ClaimMade” tuvo su primera aparición en los Estados Unidos, autorizada por el órgano de control, como reacción frente a las negativas consecuencias que la cobertura “por ocurrencia” (de determinados riesgos con plazos de prescripción extensos) ocasionó al mercado asegurador.

La doctrina, y la jurisprudencia no receptan esta modalidad de cobertura en modo pacífico. Por el contrario las opiniones se encuentran claramente divididas, y agregó que esta aceptación disyuntiva no es privativa de nuestro país en tanto que también se ha planteado el debate al respecto en otras partes del mundo.

Resulta interesante destacar que en Francia, Bélgica y España la admisibilidad de estas cláusulas fueron desestimadas originariamente por sus tribunales.

En aquellos tres regímenes la justicia declaró la invalidez de las cláusulas de “ClaimMade” invocando que su normativa sólo habilitaba la cobertura sobre base de ocurrencia<sup>14</sup>.

La realidad práctica respondió aquella tendencia jurisprudencial: las aseguradoras y reaseguradoras dejaron de dar amparo a riesgos profesionales y empresariales por no poder asumir la cobertura sobre la base de ocurrencia motivando entonces que los asegurables se vieran privados de la protección del seguro.

Frente a la magnitud de tal consecuencia, los diversos países dictaron normativas específicas permitiendo la celebración de este tipo de cobertura pero sólo para determinados riesgos de responsabilidad civil (D&O, errores y omisiones, mala praxis profesional por ejemplo) pero excluyendo a los de contratación masiva (como ser automotores).

Cierto es también que este tipo de cláusula no se presente de igual manera en todas los contratos en tanto que presentan diversas modalidades según sea clasificada como pura o mixta.

Cabe aclarar que la modalidad pura de este tipo de cobertura (es decir aquellas que sólo amparan los reclamos presentados durante la vigencia a consecuencia de

13. LORENZETTI, RICARDO L., *Contrato de Seguro. La cláusula ClaimMade*. LL, 1998-C-1174 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo V, 01/01/2007, 915.

14. CONF. MARTORELL, ERNESTO E., *Tratado de Derecho Comercial, Seguros*, La Ley, Año 2010, t. V, pág. 625.

hechos ocurridos también durante la vigencia) se ve retocada en el mercado asegurador argentino por cláusulas que admiten un período adicional de notificaciones, o bien también que dan cobertura por un periodo de retroactividad lo que conforma el sistema mixto el cual es ofrecido con habitualidad en la actualidad.

¿Qué es el período adicional de notificaciones? Ante el supuesto de que cualquiera de las partes no pretenda continuar con la relación contractual, igualmente el asegurado cuenta con la facultad de renovar por un período determinado en el contrato –que no es revocable–, cobrando una prima proporcional al importe erogado durante el último año de vigencia del contrato (ej. si el período adicional es de un año se cobrará el 50% de la prima) y en donde el asegurador deberá asumir a su cargo cualquier reclamo que se le formule dentro de dicho período por un hecho ocurrido durante la vigencia del contrato.

¿Qué es el período de retroactividad? Implica que cualquier reclamo que se le formule al asegurado durante la vigencia de la póliza y que se funde en un hecho u omisión cometido durante aquel período retroactivo, será a cargo del asegurador (en la medida que el asegurado no hubiera conocido ese acontecimiento o que conocido lo hubiera denunciado al momento de contratar).

Tal como lo anticipamos, la realidad indica que su admisibilidad jurisprudencial no es pacífica.

En la jurisprudencia actual podemos encontrar con resultados diversos algunos antecedentes respecto a la aplicación de este tipo de cláusulas.

En algunos supuestos los fallos declaran la invalidez de la cláusula “ClaimsMade”<sup>15</sup>, al considerarla abusiva por desnaturalizar las obligaciones del asegurador al limitar en el tiempo la garantía asegurativa, condicionándola a que el damnificado concrete un reclamo durante la vigencia del contrato.

También el cuestionamiento reside en sostener que su implementación importa mantener cautivo de la contratación al asegurado quien a fin de no quedar desamparado se enfrenta a la necesidad de tener que contratar año a año por períodos sucesivos (y aún luego de su retiro de la actividad profesional) este tipo de cobertura a fin de no perder la indemnidad que ofrece el seguro.

Otro fundamento por el cual se ataca la virtualidad radica en sostener que su redacción viola el artículo 109 de la Ley de Seguros, el cual se lo entiende inmodificable conforme lo normado por el artículo 158 de la misma ley.

Otro de los argumentos con los que se ataca la viabilidad de la cláusula es sostener que a través de la misma se intenta desvirtuar el plazo de prescripción de las

acciones que pudiera ejercer el damnificado, en tanto este tipo de cobertura limitaría, siempre que el reclamo no se hubiera efectivizado durante la vigencia, la posibilidad de incluir en su acción al asegurador.

Por el contrario otros antecedentes se inclinan por su admisibilidad<sup>16</sup>, destacando la virtualidad del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1197 del CC).

Se ha sostenido<sup>17</sup>, que las ventajas de su utilización radican en que: “...a) cubren situaciones que de otra forma sería muy costoso cubrir; como las responsabilidades de plazos de prescripción muy largos; b) cubren situaciones que de otra forma sería imposible cubrir; como las responsabilidades que generan daños diferidos en el tiempo; c) están habilitadas por la ley por el principio de autonomía de la voluntad establecido en el art. 2, LCS; d) están permitidas ya que las partes, según el art. 2, LCS, pueden establecer libremente los términos de los seguros y porque el art. 109 no es mencionado en la norma de clausura del art. 158, LCS; e) actualmente, las coberturas de este tipo que se ofrecen en el mercado tienen endosos de extensión de cobertura y opciones de renovación a coberturas por ocurrencia del hecho generador de responsabilidad, que impiden que el asegurado quede sin posibilidades de cobertura si el asegurador ofrece alternativas suficientes...”.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 109 de la Ley de Seguros gira en torno a una cobertura de base de ocurrencia, no menos cierto es que la redacción de la Ley de Seguros fue sensiblemente anterior a la creación de la cláusula “ClaimMade”.

Además, tampoco podrá omitirse como argumentación, el hecho de que la Superintendencia de Seguros de la Nación aprueba sin mayores exigencias las cláusulas que ofrecen tal contenido contractual habiendo incluso el órgano de control dictado resoluciones (23.160/78.392) que confirman tal aprobación administrativa.

Sobre tal aspecto, y dando un justificativo técnico a la cuestión, no debe obviarse, además, que la referida resolución 38708 de la SSN al reglamentar las reservas por pasivos de las aseguradoras, establece que éstas deben constituir y valorar el pasivo por siniestros ocurridos y no reportados, IBNR, utilizando los procedimientos que, de acuerdo con el ramo y tipo de cobertura, establece la norma.

El punto 33.3.6.3.de la referida resolución establece la clasificación de ramos y coberturas a los efectos del cálculo del pasivo por IBNR, estableciendo la obligato-

15. “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. Guevara, Juan Antonio y otros s/daños y perjuicios”, CNCiv., sala C, del 02/05/2006; “F. R., C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, CNCiv., sala F, del 3/3/2011; y “Caruso, Alejandra c. Hospital Bernardino Rivadavia s/daños y perjuicios”, CCont.-adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, del 10/08/2011.

16. “Furtado, N. G. c. Edesur s/daños y perjuicios”, CNCiv., sala C, del 13/03/2007, y “B. de K. S., G. H. c. G., J. A. y otros”, CNCiv., sala M, del 16/9/2002 (si bien no hubo un tratamiento expreso de la Cámara es de aclarar que la sentencia de primera instancia había aplicado la cláusula claimsmade con un dictamen favorable del fiscal como representante del Ministerio Público).

17. GUFFANTI, DANIEL B., *La cláusula claims made. Una decisión que denota cierta parcialidad y un llamado al debate de ideas*, Jurisprudencia Anotada, Abeledo-Perrot, del 3 de agosto de 2011.



riedad de utilizar la experiencia siniestral proveniente de los registros de la aseguradora diferenciando en una tabla el ramo de responsabilidad civil con cobertura de responsabilidad profesional base de reclamo.

Lo expuesto denota que existe una justificación técnica sobre la que reposa la existencia de este tipo de cláusula, y que su "integración" por parte de la justicia debe hacerse razonablemente y sólo en supuestos de excepcionalidad bajo el riesgo de afectar la ecuación económica financiera que existe detrás del contrato de seguros.

Otro argumento que sirve de ratificación recae en el principio de legalidad, pudiendo entonces afirmarse que en el marco de la libertad contractual, al no estar prohibida una cláusula de este tipo la misma se encuentra tácitamente permitida.

No obstante todo lo antes expresado, es de advertir que en la práctica del mercado argentino la aplicación de este tipo de cláusula se tornaría abstracta.

Ello así, ya que en esta materia (responsabilidad de los administradores) la prescripción no puede considerarse de cola larga, lo que desbarataría la argumentación de quienes critican este tipo de cláusulas en el negocio de D & O.

Gagliardo<sup>18</sup> señala que conforme el artículo 848 del Código de Comercio, prescriben a los 3 años las acciones que deriven del contrato de la sociedad y las operaciones sociales, concluyendo entonces que tal plazo de prescripción es el que aplica para la acción social de responsabilidad.

Alegria<sup>19</sup> coincide en que la acción social de responsabilidad se encuentra regida por el plazo de prescripción del artículo 848, inc. 1° del Código de Comercio, pero considera, además, que el mismo también alcanza a la acción individual de responsabilidad desechando el plazo bienal del artículo 4037 del Código Civil de aplicación para aquellos que pregonan la naturaleza extracontractual de este tipo de acciones.

El citado doctrinario funda su opinión considerando que la norma del Código de Comercio resulta específica sin resultar excluyente de las acciones que puedan promover los socios en forma individual o los terceros.

Agrega que el acto del cual deriva responsabilidad para el director debe necesariamente estar vinculado a su función, ya sea porque es un ilícito cometido en ejercicio de ella o en ocasión de desempeñarse como tal. El ilícito por tanto deriva de la función y ésta del contrato y de las operaciones sociales tratándose de una típica responsabilidad societaria que no podría estar regida por normas diferentes a las que se aplican genéricamente a las relaciones sociales.

La realidad actual que nos marca el actual Código Civil y Comercial (ley 26.994) de inminente aplicación, no obsta lo expuesto en tanto que a criterio de quien suscribe la cuestión quedaría enmarcada en el artículo

2561 que establece una prescripción trienal para los reclamos derivados de responsabilidad civil.

Más allá del expresado cuestionamiento que genéricamente se le efectúa a esta modalidad de cobertura, tal como lo señala la doctrina<sup>20</sup>, en el seguro de D&O la asunción de la calidad de tomador por parte de la sociedad genera algunos problemas en la práctica y en particular en lo que respecta a aquellas coberturas "ClaimsMade" que concedan un período de cobertura retroactivo pero excluyendo aquellas reclamaciones que refieran a hechos ocurridos con anterioridad a la celebración de la póliza, y conocidos por el tomador o asegurado.

Al momento de celebrar el contrato quien actuará por la sociedad será el administrador - asegurado por lo que de este conocer la existencia de una reclamación, desconocida a aquel momento por la sociedad, podría irrogarle consecuencias a esta última o al resto de los administradores - asegurados.

En principio, el conocimiento individual por parte de los administradores de la existencia de una reclamación sólo los debería afectar a su respecto, pero no así a los demás (incluyendo a la propia sociedad - tomadora) salvo que éstos no pudieran alegar el desconocimiento de aquellos hechos anteriores que motiven la afectación de la póliza por resultar evidentes, por su entidad o por públicos y notorios.

## 9. Exclusiones de cobertura

### *Ganancias ilegítimas*

Es aquella según la cual no se amparan aquellas ganancias, enriquecimientos o provechos ilegítimos de los administradores.

Relacionan este tipo de "no seguro", por ejemplo, con los supuestos de sobornos.

Se aplica cuando el asegurado actúa de mala fe con el objeto de obtener algún beneficio incrementando su patrimonio y perjudicando a la sociedad.

La diferencia con el dolo es que en este caso no será necesario demostrar la intencionalidad siendo objetivo el acaecimiento de la exclusión.

Cabe aclarar que también excluyen expresamente los reclamos que pudieran originarse como consecuencia de los sobornos que los administradores hubieran pagado a funcionarios gubernamentales.

### *Daños personales patrimoniales (lesiones, muertes, o enfermedades) o extrapatrimoniales (daño moral)*

Es decir que sólo ampara los daños patrimoniales puro que resulten consecuencia del ejercicio profesional de los administradores.

18. GAGLIARDO, MARIANO, *Responsabilidad de los Directores de la SA*, Editorial LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2004, pág. 1063.

19. ALEGRIA, HÉCTOR, *Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas*, RDPyC, N° 22, 1999, pág. 263.

20. Cfr RONCERO SANCHEZ, ANTONIO, *El Seguro de...*, cit., pág. 11.

Generalmente, y no obstante lo dicho, aplica a la cobertura el daño moral o psicológico que pueda derivar de los reclamos por prácticas laborales.

### ***Obtención de ganancias derivadas de la venta de acciones de la Compañía (oferta pública)***

Queda también excluidas aquellas reclamaciones que deriven de la obtención de ganancias derivadas de las compras o ventas de valores de la Compañía, efectuados por los administradores en los términos de la sección 16 (b) de la Ley de Mercados de Valores de 1934 de Estados Unidos, y de las leyes relacionadas de cualquier otra jurisdicción.

En efecto, la voluntad de la norma está dirigida a desalentar el uso de la cobertura para lograr indemnidad respecto de aquellas consecuencias que pudieran derivar de las conductas que pudieran desarrollar los administradores como *insider trading*: esto es la información privilegiada no puede utilizarse en beneficio propio ni de terceros.

El administrador tiene una posición preponderante en la sociedad, lo que facilita el acceso a cierta información relevante del negocio a realizar. De tal manera el asegurado puede obtener beneficios propios en perjuicios de terceros con la compra o venta de acciones.

En nuestro país el decreto 677/2001 (Régimen de transparencia Pública) contempla expresamente la cuestión tratándola en sus artículos 7º y 33.

### ***Otras exclusiones***

Generalmente estas pólizas tampoco amparan el daño ambiental ni el daño nuclear o bien cualquier otro supuesto que generalmente se termina amparando en forma específica por otros seguros de responsabilidad civil.

### **10. Dolo. De los asegurados y de terceros dependientes**

El dolo del asegurado, como supuesto de exclusión de cobertura, lo analizaremos separadamente dadas las complejidades que acarrea su realización

El dolo consiste en aquel acto cometido a sabiendas y con la intención de provocar un daño. Para que proceda la exclusión, no es suficiente con que los administradores hayan incumplido sus obligaciones deliberadamente, sino que, además, es necesario que hayan tenido la intención de causar un daño.

La exclusión de cobertura por dolo del asegurado también se encuentra expresada en los clausurados como actos cometidos de mala fe o en fraude a la ley.

Esta exclusión tiende a no convalidar una conducta contraria a la moral y a las buenas costumbres, y evitar asumir la cobertura de actos contrarios al interés asegurable.

Su cobertura afectaría las bases técnicas del seguro en tanto que el siniestro debe ser ajeno a la voluntad del asegurado y de no existir incertidumbre, por haber sido el hecho cometido intencionalmente, se afectaría el carácter aleatorio del contrato de seguro.

La Ley de Seguros regula expresamente la cuestión en su artículo 114.

Generalmente, en este tipo de seguros, su virtualidad queda condicionada a que este tipo de conducta así sea declarada por sentencia judicial firme o que sea reconocida por el propio asegurado.

Una de las dificultades que acompañan al dolo se configura cuando al acto fue provocado por un dependiente del administrador.

Además de la responsabilidad personal o por hechos propios, nuestro ordenamiento jurídico prevé también la responsabilidad por hechos ajenos: el administrador puede ser declarado responsable de las consecuencias que pudieran derivar de las actuaciones llevadas a cabo por otros vinculados a los primeros por una relación de dependencia.

En tal caso la responsabilidad del administrador será indirecta ya que no deriva de su provocación intencional o negligente, sino por haber incurrido en culpa en la elección o en la vigilancia de las personas que realmente causaron el daño.

Esta responsabilidad por hechos ajenos no se agota en el campo extracontractual, sino que también se extiende al contractual, donde la responsabilidad por el hecho ajeno nace cuando se produce el incumplimiento de una obligación contractual por una persona distinta del deudor a quien se le encomendó la realización de la prestación.

Evidentemente la responsabilidad por el hecho ajeno es muy común en el ámbito empresarial, en tanto el administrador deberá valerse de auxiliares y colaboradores para poder ejecutar el 100 % de las funciones a su cargo.

Dicho ello, expresamos que el dolo de los dependientes del administrador no se ve alcanzado por la exclusión ya que el acaecimiento del siniestro no depende de la voluntad del asegurado.

Es más, en el referido artículo 114 de la Ley de Seguros, el legislador limitó la restricción de cobertura sólo a la persona del asegurado, sin hacer referencia alguna al dolo de los terceros por el que éste debe responder.

Desde ya que tal opinión no alcanza en modo alguno a los supuestos en los que la actuación dolosa fue realizada en connivencia con el asegurado, donde aun cuando la participación del administrador no hubiera sido directa se tratará de un siniestro intencional imputable al asegurado y por ende fuera del amparo.

Otra de las cuestiones que podría suscitarse deriva del impacto que la conducta dolosa de un asegurado puede generar en sus otros colegas, ello desde ya en la medida de que la sociedad se encuentre gestionada por más de un administrador.

No cabe dudas que el asegurador queda liberado respecto de la conducta de quien hubiera actuado dolosamente. El interrogante se circunscribe a conocer si

la conducta malintencionada de uno de los administradores puede afectar a los demás.

Una primera aproximación al tema, nos lleva a ponderar como inequitativo extender las consecuencias del dolo a aquel que no hubiera actuado deliberadamente en forma maliciosa.

Además, en el marco del derecho de seguros, tal inequidad se presenta con una mayor exposición dado el carácter de “buena fe” que debe rodear este tipo de contratación.

Acompaña dicha opinión el hecho de que, como ya lo expresáramos, el dolo, como excepción a la obligación de indemnidad, debe ser contemplado restrictivamente.

Por otro lado, un razonamiento adecuado del tema lleva a concluir que si bien los demás administradores también compartirán la responsabilidad civil por aquellas conductas derivadas del comportamiento doloso de un compañero, aquella responsabilidad no deriva de haber actuado en forma malintencionada sino por su propia culpa o negligencia derivada de su pasividad ante el delito cometido.

Aclaro que aquella responsabilidad por culpa sólo se presentaría en la medida de que el administrador no hubiera podido desconocer el accionar antijurídico que se cuestiona.

### **11. Actos extraños a las funciones del administrador**

Aquellas conductas de los administradores perjudiciales a la propia sociedad, accionistas, o bien a terceros, cuya realización sea extraña a la actividad que ejercen para con la sociedad en modo alguno, quedan amparados dentro de la cobertura.

En este caso, ni siquiera se requerirá que el texto contractual prevea expresamente la exclusión, en tanto que va de suyo que estaríamos frente a conductas ajenas al objeto de la cobertura la que sólo alcanza a aquellas que hubieran realizado los asegurados en el marco de su profesión o actividad como administradores de una determinada sociedad.

Tales circunstancias se presentan entonces como supuestos de “no seguro” por no encontrarse comprendidos dentro de la delimitación positiva del riesgo.

De tal manera quedan afuera del amparo, aquellas conductas que hubiera realizado el administrador de manera particular (como, por ejemplo, los daños y perjuicios que pudieran derivar del uso de un automotor), o incluso aquellas que hubiera desarrollado como profesional (como ser asesor contable) pero que no guarden relación con la labor para la que expresamente se lo pudo haber contratado por la sociedad como director.

### **12. Las multas ¿pueden ser objeto de la cobertura del seguro de responsabilidad civil de D & O?**

Resulta usual que como consecuencia del ejercicio de sus funciones los administradores se vean expuestos

a la imposición de sanciones, multas o penas impuestas en forma administrativa o judicial como castigo por las trasgresión de un derecho.

Existe una norma que regula expresamente la cuestión. Esto es el artículo 112 de la Ley de Seguros, el cual dispone que la indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa.

Pese a lo que sostiene la norma, existen dos posturas en cuanto a la referenciada asegurabilidad, las cuales seguidamente sintetizaré:

¿Por qué no serían asegurables? En tanto que se desnaturalizaría la función preventiva, disuasiva y punitiva de la sanción que tiene por objeto prevenir la conducta reprobada generando a través de la pena económica la disuasión de que se vuelva a reiterar en el futuro.

¿Por qué sería asegurable? En tanto que el referido artículo 112 de la Ley de Seguros no se encuentra comprendido dentro de aquellas normas, que de acuerdo al artículo 158 de la Ley de Seguros, no son susceptibles de ser modificadas siendo entonces que en el marco de la libertad contractual puede pactarse expresamente su aseguramiento.

Considero que el análisis de la cuestión debe ceñirse, en el caso en concreto, a la conducta que motivó la sanción.

Es que la solución al planteo no sería idéntica si la pena fue el resultado de un acto culposo o, caso contrario, del dolo del asegurado. De allí entonces que si hubo intencionalidad en la comisión de la conducta que motiva la multa tal supuesto no será susceptible de ser amparado.

En efecto, de acuerdo al artículo 2º de la Ley de Seguros, el contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos, siendo que al referirse al seguro de daños patrimoniales, el artículo 60 de la misma norma agrega que puede ser objeto del seguro cualquier riesgo en la medida de que exista un interés económico lícito de que el siniestro no ocurra.

Consecuentemente, sólo podrán quedar bajo el amparo de la cobertura aquellas multas que sean consecuencias de conductas culposas, en tanto que la intencionalidad que deriva del dolo no solamente implica contrariar el orden público sino, además, al carácter aleatorio del contrato de seguros, lo que motiva que la póliza no los pueda tener por objeto.

Más allá de lo dicho, la cuestión deberá, además, quedar definida de acuerdo a la delimitación de cobertura estipulada en la póliza, en tanto que si expresamente se excluyó de cobertura a las multas, penas, sanciones o castigos evidentemente, en el marco de la libertad contractual, tal supuesto de cobertura no formó parte de la contratación.

Conforme la opinión que anteriormente expresé, distinta sería la cuestión si específicamente se decidió amparar tal riesgo.

Sin embargo, no puedo opinar de tal manera cuando de las condiciones contractuales no excluyen ni cubran expresamente la cobertura de tales sanciones. Es decir que cuando nada se hubiera estipulado en el

texto contractual, evidentemente la falta de voluntad expresa de las partes hace que la disposición del artículo 112 de la Ley de Seguros se convierta en una valla infranqueable.

### **13. Conclusiones**

Como conclusión principal sostenemos que este tipo de contrato es perfectamente admisible aun cuan-

do reviste ciertas particularidades extrañas al tipo de ordinario de coberturas por responsabilidad civil que ofrece el mercado asegurador argentino.

Consideramos igualmente que su evidente internacionalismo no debe ser un obstáculo a fin de adecuar sus términos y condiciones a la realidad jurídica y práctica de nuestro ordenamiento, no sólo en lo que hace al derecho de seguros, sino también al societario.

**VOCES: SEGUROS – EMPRESA – SOCIEDAD – CONTRATOS**