



EL SEGURO DE D&O

DIRECTORES Y FUNCIONARIOS

Un enfoque para suscripción y atención del reclamo.

VALUATIVE SAS • NIT 830.121.091-0 • Oficinas a nivel Nacional
Visítenos en www.valuative.co



"EL SEGURO DE D&O – DIRECTORES Y FUNCIONARIOS"
UN ENFOQUE PARA SUSCRIPCION Y ATENCION DE RECLAMO

ADAPTADO DE
Ver fuentes consultadas bajo los textos

¿QUÉ ES EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA DIRECTORES Y FUNCIONARIOS (D&O)?

El seguro de responsabilidad de directores y funcionarios (D&O) es una cobertura de seguro destinada a proteger a las personas de pérdidas personales si son demandadas como resultado de su desempeño como director o funcionario de una empresa u otro tipo de organización. También puede cubrir los honorarios legales y otros costos que la organización pueda incurrir como resultado de dicha demanda.

Con sujeción a la ley y lo estipulado en la póliza, se concede cobertura, en los términos de la misma mencionados a continuación, todos ellos con sujeción a los términos de orden legal vigentes en Colombia.

Por lo tanto,

- El seguro de responsabilidad de D&O cubre a los Directores y Funcionarios y / o su empresa u organización si son demandados.
- Las reclamaciones de seguros de D&O se pagan para cubrir las pérdidas asociadas con la demanda, incluidos los honorarios de defensa legal.
- La mayoría de las pólizas excluyen el fraude y los delitos penales.

El seguro de responsabilidad para directores y funcionarios se aplica a cualquier persona que se desempeñe como director o funcionario de una empresa u organización con o sin fines de lucro, asegurándola contra pérdidas personales, así como reembolsando a una organización sin fines de lucro los honorarios legales u otros costos incurridos para defender a dichas personas contra demandas.

Los reclamos de seguro D&O indemnizan por pérdidas o reembolso de los costos de defensa si se entabla una acción legal contra ellos. Dicha cobertura también puede extenderse a investigaciones penales y reglamentarias o costos de defensa de juicio. Sin embargo, es corriente que a menudo se entablan acciones civiles y penales contra directores y funcionarios simultáneamente.

Debe tenerse en cuenta que las pólizas de D&O pueden adoptar diferentes formas, según la naturaleza de la organización y los riesgos a los que se enfrenta. Es usual para un cliente buscar una compañía de seguros con amplia experiencia en este campo especializado. Las pólizas generalmente son adquiridas por las organizaciones para cubrir a un grupo de individuos en lugar de por los propios individuos.

También es menester tener en cuenta, a la suscripción del seguro, así como al momento de recibirse una reclamación, verificar que el asegurado haya divulgado información exacta, pues un Asegurador puede evitar el pago debido a la tergiversación.

La estructura de coberturas más común, incluyen respecto a los **reclamos** e investigaciones formales que se presenten en su contra durante la vigencia del seguro (y el **Periodo Adicional de Notificación**, si este es contratado) por la **pérdida** que se viera obligado legalmente a pagar el Asegurado en relación con un **Acto incorrecto** y usualmente definidos así:

1. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA POR CUENTA DEL ASEGURADO LA PERDIDA NO ASUMIDA POR LA SOCIEDAD ASEGURADA.
2. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA POR CUENTA DE LA SOCIEDAD ASEGURADA LA PERDIDA ASUMIDA POR LA SOCIEDAD ASEGURADA.
3. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PARTE DE LA PERDIDA QUE CONSTITUYA GASTOS DE REPRESENTACION LEGAL QUE RESULTEN DE UNA INVESTIGACION FORMAL.
4. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PERDIDA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO CONTRA CONYUGES.
5. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PERDIDA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO EN MATERIA LABORAL.
6. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LOS GASTOS DE PUBLICIDAD HASTA EL IMPORTE EQUIVALENTE AL 10% DEL LIMITE DE INDEMINIZACION ESTABLECIDO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA, (acorde con un máximo preestablecido)
7. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LOS GASTOS DE DEFENSA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO PRESENTADO POR UN TERCERO ALEGANDO DAÑOS MATERIALES O LESIONES CORPORALES CAUSADOS POR CONTAMINACION HASTA EL IMPORTE EQUIVALENTE AL 10% DEL LIMITE DE INDEMNIZACION ESTABLECIDO EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE LA POLIZA, Y CON UN MAXIMO PREVIMANTE FIJADO.

8. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PERDIDA CUBIERTA POR LA POLIZA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO POR UN PERJUICIO FINANCIERO CAUSADO POR CONTAMINACION SIEMPRE Y CUANDO EL RECLAMANTE NO HAYA SUFRIDO NINGUN DAÑO MATERIAL NI NINGUNA LESION CORPORAL CAUSADA POR DICHA CONTAMINACION, Y HASTA EL IMPORTE EQUIVALENTE AL UN PORCENTAJE PREVIAMENTE FIJADO DEL LIMITE DE INDEMNIZACION ESTABLECIDO EN LA POLIZA.
9. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PERDIDA CUBIERTA POR LA PRESENTE POLIZA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO PRESENTADO CONTRA CUALQUIER ASEGURADO QUE A PETICION DE LA SOCIEDAD ASEGURADA, EJERZA UN CARGO DIRECTIVO EN CUALQUIER ENTIDAD QUE TENGA LA CONSIDERACION LEGAL DE ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO.
10. EL ASEGURADOR INDEMNIZARA LA PERDIDA CUBIERTA POR LA PRESENTE POLIZA EN RELACION CON CUALQUIER RECLAMO PRESENTADO CONTRA CUALQUIER ASEGURADO QUE, A PETICION DE LA SOCIEDAD ASEGURADA, EJERZA UN CARGO DIRECTIVO EN CUALQUIER SOCIEDAD PARTICIPADA QUE FIGURE EXPRESAMENTE NOMBRADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA, NUMERAL 9.

Fuente consultada: Chubb D&O

¿Cuál es la diferencia entre los seguros D&O y E&O?

El **seguro D&O** está diseñado para proteger a los directores y funcionarios de la empresa, **E&O** brinda protección a cualquier representante de la empresa y la empresa en sí. **D&O** cubre principalmente las decisiones tomadas por la gerencia, pero **E&O** generalmente se aplica a las personas que brindan bienes y servicios directamente a los clientes.

El seguro de **directores y funcionarios (D&O)**, también conocido como **seguro de responsabilidad de gestión**, es una póliza que protege al equipo de **dirección ejecutiva** de una empresa de acusaciones contra sus decisiones de gestión. Debe tenerse en cuenta que esta política se aplica únicamente a los responsables de la toma de decisiones de la empresa y los protege de la responsabilidad personal en caso de reclamaciones sobre sus prácticas de gestión.

Las reclamaciones que estarían cubiertas por el seguro **D&O** incluyen :

- **Actos negligentes**
- **Demandas por prácticas laborales**
- **Prácticas comerciales desleales**
- **Conflictos de interés**
- **Mala gestión de fondos**
- **Divulgación de información no pública**
- **Decisiones de inversión**

El seguro de **E&O**, también conocido como seguro de **responsabilidad profesional**, está diseñado para proteger la empresa contra las acusaciones de que no ha proporcionado servicios profesionales o los ha proporcionado de una manera que ha causado daños económicos u otras consecuencias negativas a un cliente. Cuando el seguro **D&O** está diseñado para proteger a los directores y funcionarios de la empresa, **E&O** brinda protección a cualquier representante de la empresa y la empresa en sí. D&O cubre principalmente las decisiones tomadas por la gerencia, pero E&O generalmente se aplica a las personas que brindan bienes y servicios directamente a los clientes.

Las reclamaciones que estarían cubiertas por el seguro **E&O** incluyen:

- **Daño financiero a un cliente**
- **Defectos de diseño (con consecuencias negativas para clientes o inquilinos)**
- **Negligencia (omisiones)**
- **Negligencia profesional**

Escenarios del mundo real

No es ningún secreto que se necesita ejecutivos y miembros de junta fuertes para ayudar a que un negocio crezca. La parte complicada es cuando estos líderes toman decisiones que tienen implicaciones legales que pueden exponerlos a riesgos de responsabilidad personal.

Veamos algunos de los peores escenarios y dónde las reclamaciones de D&O pueden salvar a su empresa.

A continuación se mencionan algunos escenarios del mundo real que resultaron en la presentación de demandas de **D&O**:

Ejemplo 1 - Incumplimiento del deber fiduciario.

Los acreedores de una empresa que estaba teniendo problemas financieros y necesitaba capital, demandaron a sus directores y funcionarios por no identificar, evaluar, negociar y asegurar la venta de los activos de la empresa de manera oportuna, lo que resultó en que la empresa incumpliera sus obligaciones. [Préstamos pendientes.]

Ejemplo 2 - Tráfico de Influencias.

Los inversores demandaron a una empresa alegando que algunos de los funcionarios de la empresa tenían conexiones personales con un contratista externo contratado para remodelar la línea de montaje de la empresa y que contrataron a ese contratista para promover sus intereses personales, no los intereses de la empresa. Se alegó que otros funcionarios y directores se habían coludido entre sí a sabiendas o, al menos, habían incumplido su deber de diligencia al emprender el proyecto sin investigar adecuadamente las calificaciones del contratista.

Ejemplo 3 - Incumplimiento de las leyes laborales.

Una empleada fue despedida y luego demandó a los directores y funcionarios y a la empresa por despido injustificado basado en discriminación de género.

El negocio está en auge y es hora de algunos cambios internos. La junta decide recortar a ciertos empleados para que puedan concentrarse más en las áreas de crecimiento de la empresa.

Uno de sus empleados no está de acuerdo con la decisión, declarando que se le debería permitir permanecer en la empresa y que la decisión de despedirlo fue motivada por políticas internas. Deciden demandar e implicar a ciertos ejecutivos en una demanda laboral.

Ejemplo 4 - Robo de propiedad intelectual. Un vicepresidente dejó su empresa para poner en marcha su propia empresa. Su antiguo empleador lo demandó a él y a su nueva firma alegando que se llevó consigo ciertas licencias corporativas para comercializar software propietario, lo que generó competencia desleal e infracción de marca registrada.

Ejemplo 5 - Tergiversación. Una empresa negoció un gran contrato con un cliente. El contrato requería que la empresa tuviera determinados activos financieros y de recursos humanos para satisfacer los requisitos de producción y entrega. Los directores tergiversaron los ingresos y las

capacidades de la empresa y, después de adjudicarse el contrato, la empresa no pudo cumplir con los términos. El cliente demandó.

En otro caso de tergiversación, un minorista le pidió a uno de sus proveedores que acumulara inventario porque se esperaba que el negocio aumentara significativamente. El negocio del minorista aumentó, pero decidió utilizar un proveedor diferente. El proveedor original demandó al minorista alegando daños basados en la promesa del minorista de más negocios y el incumplimiento posterior de proporcionar ese negocio.

Una consultora marítima y de transporte contratada para prestar servicios a una petrolera mayor. Más tarde se alegó que un director de la consultora había violado las disposiciones de confidencialidad del contrato pasando información comercial sensible a un competidor. Los servicios de consultoría fueron cancelados y un se inició una acción legal significativa.

Este caso no es solo incumplimiento de contrato sino también un "acto ilícito" por parte del director responsable de la consultoría, lo que resulta en pérdidas financieras para la petrolera.

El director negó que hubiera hecho algo malo y le pidió a su empleador indemnizarlo. La Cobertura del seguro se proporcionó sobre la base de que una alegación de un "hecho ilícito" había sido contra una "persona asegurada" (director de la empresa). La alegato por La falta de conducta no fue admitida, ni fue probada en sentencia definitiva. La empresa quedó obligada a indemnizar al consejero hasta que se estableciera la mala conducta.

Se nombró una firma de abogados defensores junto con suscriptores de D&O. Aunque el reclamo de la petrolera fue confirmado en el tribunal de primera instancia, fue anulada la apelación y el director fue absuelto de las acusaciones formuladas en su contra.

El costo de la defensa fue, sin embargo, significativo, 500.000 dólares.

Y finalmente, un ejemplo de impacto reciente...

Ejemplo 6 - Problemas de seguros D&O que surgen de la crisis del COVID-19. *Entre los muchos tipos diferentes de consecuencias del brote actual de coronavirus se encuentran las implicaciones potencialmente significativas para la responsabilidad corporativa y para el seguro D&O. En la siguiente publicación de invitados, Lawrence J. Bracken, Geoffrey B. Fehling y Lorelie S. Masters del bufete de abogados Hunton Andrews Kurth LLP consideran estas implicaciones, incluidos los tipos de reclamos que pueden surgir y el impacto que la pandemia puede tener para los asegurados de D&O. y sus aseguradoras. Sic*

Gran parte de la atención relacionada con la cobertura del seguro para los problemas de COVID-19, comprensiblemente, se ha centrado en la cobertura por interrupción del negocio. El problema más inmediato que enfrentan la mayoría de las empresas ha sido la pérdida de ingresos y ganancias debido a una fuerte desaceleración o suspensión de negocios, así como el gasto adicional que conlleva para continuar o reanudar las operaciones. Por esa razón, la cobertura bajo las pólizas de propiedad de primera persona ha estado al frente y al centro. Sin embargo, a largo plazo, las empresas estadounidenses pueden esperar lidiar con una gama más amplia de escenarios de reclamaciones resultantes de las circunstancias actuales, muchas de las cuales implican responsabilidad de directores y funcionarios, responsabilidad de administración, responsabilidad fiduciaria y problemas relacionados con seguros. Debido a que los términos relevantes en directores y funcionarios, responsabilidad administrativa y seguro de responsabilidad fiduciaria son generalmente los mismos, este artículo se refiere a estas coberturas como "D&O". A continuación, se describen algunas cuestiones de seguros D&O en las que las empresas podrían centrarse ahora (Referencia mercado Asegurador de USA).

Ya se han comenzado a ver algunas demandas presentadas alegando que las empresas y sus directores y funcionarios y otros ejecutivos y empleados incumplieron sus obligaciones con la empresa o violaron las leyes de valores en el contexto de exposiciones al Covid-19. Dependiendo de las circunstancias de una empresa, las demandas que aleguen incumplimientos de deberes o divulgaciones engañosas relacionadas con COVID-19 pueden alegar los siguientes reclamos y costos, todos los cuales podrían implicar al seguro D&O:

- *Investigaciones gubernamentales, particularmente aquellas que surgen de las actividades de una empresa en respuesta a problemas de COVID-19 y su solicitud de préstamos y subvenciones gubernamentales.*
- *Reclamaciones y juicios relacionados con la ley de valores que surjan de obligaciones de divulgación relacionadas con COVID-19 y cuestiones de gestión.*
- *Reclamaciones de acreedores, accionistas, fideicomisarios y demás partes interesadas de la empresa relacionadas con una posible insolvencia o quiebra.*
- *Reclamaciones fiduciarias que surgen de las decisiones de la compañía relacionadas con los planes de beneficios para empleados y las opciones sobre acciones para empleados (ESOP) y planes de pensiones.*
- *Investigaciones y juicios antimonopolio por supuesta alza y fijación de precios mediante comunicaciones con competidores.*
- *Reclamos cibernéticos de accionistas o clientes por presunto incumplimiento de los estándares de ciberseguridad o de las leyes de notificación de infracciones en caso de que un evento de seguridad, ingeniería social u otro fraude sea perpetrado por piratas informáticos que intentan explotar vulnerabilidades relacionadas con COVID-19.*

Además, la pandemia de COVID-19 presenta desafíos inusuales para las empresas en la renovación de sus pólizas de D&O, así como en el momento de las notificaciones que se les puede exigir que proporcionen a las aseguradoras. Cada uno de estos temas se analiza con mayor detalle a continuación.

Investigaciones gubernamentales

Muchas pólizas de D&O contienen una extensión de cobertura para los gastos incurridos para responder a las investigaciones del gobierno, incluidas las citaciones y solicitudes de documentos, entre otras cosas. En la mayoría de las pólizas de D&O que ofrecen esta cobertura, la cobertura está disponible solo si una persona asegurada recibe una solicitud formal del gobierno o es el objetivo de la investigación, independientemente de si la empresa también se nombra. Esta cobertura generalmente está sublimitada muy por debajo de los límites generales por reclamo de la póliza D&O.

Como se analiza a continuación, tanto las entidades como los asegurados individuales pueden enfrentar reclamos y acusaciones que surjan de las circunstancias únicas de la crisis del COVID-19. Entre los reclamos que podrían involucrar investigaciones gubernamentales relacionadas se encuentran:

- *Reclamaciones de la Ley de Reclamaciones Falsas en relación con la solicitud de una empresa de préstamos u otra asistencia en virtud de la Ley de Ayuda, Alivio y Valores Económicos (CARES) de Coronavirus recientemente promulgada y otros programas diseñados específicamente para responder a la pandemia de COVID-19.*
- *Reclamaciones de prácticas comerciales desleales y antimonopolio que surgen de presuntas violaciones de las leyes de aumento de precios, leyes de fijación de precios y competencia desleal mediante la coordinación con los competidores.*
- *Reclamos de denunciantes relacionados con fondos federales y estatales recibidos de programas gubernamentales.*
- *Investigaciones de la Comisión de Bolsa y Valores de EE.UU. y sus homólogos estatales sobre la divulgación inadecuada de la situación financiera de una empresa y otras circunstancias que surjan de las tensiones de COVID-19 en una empresa.*
- *Investigaciones de la SEC y el Departamento de Justicia de EE. UU. (DOJ) sobre posibles violaciones de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), ya que ciertas industrias se ven expuestas a mayores riesgos de soborno como resultado del difícil panorama económico causado por COVID-19. Estos riesgos se ampliarán porque las restricciones de viaje y las cuarentenas obligatorias destinadas a frenar la propagación del COVID-19 darán lugar a investigaciones internas pospuestas y esfuerzos reducidos para prevenir la mala conducta corporativa y hacer cumplir los estándares de cumplimiento.*
- *Investigaciones de otras entidades gubernamentales que regulan las empresas de servicios financieros, como la Autoridad Reguladora de la Industria Financiera (FINRA), la Oficina del Contralor de la Moneda (OCC) y agencias similares, investigando prácticas comerciales supuestas inseguras o poco sólidas, reclamos de fraude público o otros incumplimientos de deberes fiduciarios por parte de entidades reguladas y personas autorizadas que operan en condiciones sub-óptimas como resultado de COVID-19.*

Este es un buen momento para que las empresas analicen la disponibilidad de cobertura en todas sus pólizas de D&O para los costos asociados con la respuesta a las investigaciones del gobierno, particularmente si la empresa está haciendo uso de préstamos o subvenciones en el marco de los programas CARES. Algunas empresas están consultando con sus corredores sobre el aumento de los sublímites para las investigaciones gubernamentales. Las pólizas de seguro propuestas para la próxima renovación deben revisarse cuidadosamente porque las aseguradoras ahora proponen agregar muy amplias "exclusiones de virus" o "enfermedades transmisibles" y otras disposiciones, incluso sobre D&O y otros tipos de pólizas, a la luz de COVID-19. Si bien los mercados se están endureciendo, los asegurados deben estar atentos a las reducciones en la cobertura y si las aseguradoras están tomando en cuenta esas reducciones en sus precios.

Reclamaciones de la ley de valores

Las políticas de D&O en USA pueden responder a demandas de valores que surjan de las obligaciones de divulgación relacionadas con COVID-19. Esto es de particular preocupación para las empresas públicas, que normalmente están cubiertas por reclamaciones de valores y demandas bajo la cobertura de "entidad" de la mayoría de las pólizas D&O. Con los mercados bursátiles mundiales ahora en territorio de mercado bajista, los inversores se preguntarán si se podrían haber tomado medidas para evitar pérdidas sustanciales de valor. Los reguladores federales como la SEC, así como sus contrapartes estatales, imponen varias obligaciones de divulgación a las empresas públicas en informes anuales, ofertas de valores y otras presentaciones. La SEC ya ha enfatizado que observará de cerca las divulgaciones de COVID-19 de las empresas públicas sobre los factores de riesgo y el efecto en sus estados financieros. Por consiguiente,

*Los directores y funcionarios se enfrentan a una exposición particular a las demandas de derivados por supuesta falta de gestión de los efectos de las emisiones de COVID-19 en sus empresas. Esta exposición puede surgir de una amplia variedad de fallas de la administración para actuar, revelar información o establecer procesos de información al directorio. El año pasado, aplicando el estándar del deber de lealtad Caremark del Tribunal de la Cancillería de Delaware, el Tribunal Supremo de Delaware reafirmó la responsabilidad del director cuando una junta directiva no establece un proceso de presentación de informes para asuntos esenciales de cumplimiento y gobierno. Véase *Marchand v. Barnhill*, 212 A.3d 805 (Del.2019). Aunque el cumplimiento de ese estándar variará de una empresa a otra, el Marchandel tribunal sostuvo que "los directores tienen*

el deber de 'ejercer la supervisión' y controlar la viabilidad operativa, el cumplimiento legal y el desempeño financiero de la corporación". Carné de identidad. en 809. Esto es particularmente cierto en las empresas de un solo producto, como la empresa de helados que participa en Marchand. Carné de identidad.

Como ocurre con frecuencia cuando el precio de las acciones de una empresa cae por otras razones, los bufetes de abogados de los demandantes están buscando motivos para alegar divulgaciones faltantes o inadecuadas sobre las pérdidas financieras inminentes resultantes de los problemas de COVID-19. De manera similar, esas empresas presentarán reclamaciones relacionadas con la Ley de seguridad de ingresos de jubilación de empleados (ERISA) contra las empresas en nombre de los beneficiarios de varios programas de beneficios y jubilación de empleados.

Además, debido a la reciente volatilidad del mercado y las perturbaciones económicas, COVID-19 puede tener un impacto significativo en las fusiones, adquisiciones, OPI y otras transacciones comerciales pendientes. Estas fluctuaciones pueden conducir a transacciones financieras tanto aumentadas (donde los compradores potenciales pueden aprovechar la disminución de los precios de las acciones) como disminuidas (como posponer o deshacer acuerdos que involucran a empresas afectadas), todo lo cual puede generar más actividad de reclamos por parte de accionistas, compradores y Partes potencialmente afectadas. Desde la perspectiva de los seguros, esto es de particular interés para las empresas privadas, que normalmente tienen una cobertura de entidad más amplia y definiciones de "hechos ilícitos" que en las pólizas de empresas públicas.

Reclamaciones derivadas de una posible insolvencia o quiebra

Un número incómodo de empresas, especialmente las de los sectores de la hostelería, el comercio minorista, los viajes, el sector inmobiliario y las finanzas inmobiliarias, se enfrentan a una crisis crediticia y de liquidez inmediata y grave. Las circunstancias de esas empresas bien pueden conducir a la insolvencia o la quiebra en un futuro no muy lejano. En caso de insolvencia o quiebra, existe un riesgo sustancial de que la empresa y sus funcionarios y directores enfrenten reclamaciones de acreedores, accionistas, el administrador de la quiebra (especialmente en el caso de una liquidación del Capítulo 7) y otras partes interesadas. Es especialmente importante que haya suficiente cobertura D&O para los asegurados individuales, cuyos activos personales pueden estar en riesgo si la póliza D&O de la compañía proporciona una cobertura insuficiente.

La mayoría de los formularios modernos de seguros de responsabilidad D&O contienen una amplia gama de protecciones para asegurados individuales en caso de quiebra o insolvencia de una empresa. Por ejemplo, es común que las pólizas de D&O contengan disposiciones que indiquen que la cobertura denominada "Lado-A" (es decir, el seguro que brinda cobertura directa a los directores y funcionarios de una organización) no se puede rescindir y que la póliza permanecerá en vigor incluso si la empresa entra en quiebra. Otras protecciones incluyen: (i) la exclusión de un fideicomisario o administrador judicial de la exclusión asegurado contra asegurado o entidad contra asegurado; (ii) una disposición de prelación de pagos; y (iii) cobertura excedente de Side-A / diferencia de condiciones (DIC) (diseñada para llenar cualquier brecha en la cobertura para brindar protecciones más amplias únicamente a asegurados individuales).

Aunque la cobertura y las protecciones relacionadas disponibles para empresas y asegurados individuales no se aplican únicamente a la crisis del COVID-19, para muchas empresas las circunstancias actuales presentan razones repentinas y sin precedentes para examinar esas protecciones. En consecuencia, incluso aquellas empresas que no están al borde de una crisis financiera harían bien en analizar la cobertura que estaría disponible para la empresa y sus asegurados individuales en caso de insolvencia o quiebra y trabajar con sus asesores de cobertura y corredores en tierra. hasta las protecciones faltantes o inferiores.

Reclamaciones fiduciarias

En el contexto de COVID-19, grandes caídas de acciones y reducciones en el valor de los planes de pensiones o la quiebra o insolvencia de una empresa podrían dar lugar a reclamaciones de responsabilidad fiduciaria relacionadas. Muchas pólizas de responsabilidad administrativa incluyen coberturas de responsabilidad D&O y de responsabilidad fiduciaria. La cobertura de responsabilidad fiduciaria está diseñada para proteger a las personas responsables de crear, implementar, administrar o gestionar los planes de beneficios para empleados de su empresa, incluidos los planes de pensión, ESOP, compensación laboral y seguro médico. Cuando una empresa se encuentra en dificultades financieras o insolvencia, como está surgiendo ahora en relación con la crisis de COVID-19, son comunes dos tipos de reclamaciones fiduciarias.

En primer lugar, está el corolario de las demandas colectivas de los accionistas o los reclamos de las directivas contra los directores, funcionarios y fideicomisarios de los planes de beneficios por mala administración o falta de divulgación que conducen a una caída inesperada en el precio de

las acciones de la compañía. Muchos planes de beneficios para empleados incluyen acciones de la compañía como parte de planes de jubilación y ESOP, entre otros. En consecuencia, cuando el precio de las acciones de una empresa cae, los fiduciarios de esos planes pueden ser el objetivo de ERISA y otras reclamaciones por mala gestión e incumplimiento de los deberes fiduciarios con respecto a los beneficiarios del plan. Enron y United Airlines son dos de los ejemplos más destacados de opciones sobre acciones de empresas que se enfocan en acciones colectivas de valores, y esos mismos riesgos en los ESOP se ven agravados por COVID-19 y su impacto potencial en los precios de las acciones.

En segundo lugar, cuando una empresa se declara en quiebra, en particular una liquidación del Capítulo 7, los fiduciarios de los planes de beneficios de la empresa pueden estar expuestos a reclamaciones del fideicomisario de la quiebra u otros por no mantener saldos de efectivo adecuados para el pago de primas de desempleo, impuestos sobre la nómina y otras cantidades que son requeridos por el Código de Quiebras. La rapidez con la que las empresas de determinadas industrias están atravesando dificultades financieras, así como la carga de la deuda que tienen muchas de esas empresas, plantea un riesgo real para muchos administradores de planes y otros fiduciarios.

Al igual que con cualquier otro conjunto potencial de reclamaciones contra una empresa y sus asegurados individuales, es imperativo que la empresa y sus asegurados individuales revisen su cobertura fiduciaria para asegurarse de que haya límites suficientes tanto para la defensa contra reclamaciones fiduciarias como para la indemnización de cualquier acuerdo o juicio contra los fiduciarios.

Reclamaciones antimonopolio

Muchas pólizas de responsabilidad de D&O contienen una "exclusión antimonopolio", pero cada vez más, particularmente en las pólizas de empresas privadas, la exclusión antimonopolio se ha limitado o eliminado por completo. Cuando está presente, a menudo es demasiado amplio y, quizás más importante, lo aplican las aseguradoras para tratar de excluir la cobertura fuera de lo que la mayoría de los asegurados entienden que es el alcance previsto. Algunas empresas han adquirido cobertura específicamente para aplicarla a preocupaciones o exposiciones antimonopolio a menudos específicos. Debido a que los reguladores antimonopolio están apuntando a acusados individuales en acciones de cumplimiento antimonopolio, es

particularmente importante en el entorno actual estar consciente del grado en que la cobertura D&O está disponible para posibles reclamos antimonopolio.

En el contexto de COVID-19, existen varias vías potenciales hacia investigaciones y reclamos antimonopolio. En primer lugar, tanto los reguladores como el público están cada vez más sensibilizados con los precios aparentemente oportunistas, y los organismos encargados de hacer cumplir la ley están persiguiendo a las empresas por supuestas exageraciones de precios. Un riesgo relacionado es el de la fijación de precios mediante la coordinación con los competidores para proporcionar productos con escasez y, en algunos casos, para coordinar la fabricación y distribución. Una vez más, se trata de actividades anticompetitivas clásicas que podrían quedar excluidas por una exclusión antimonopolio.

*Quizás lo más problemático es que muchas "exclusiones antimonopolio" de hecho alcanzan un rango de conducta mucho más amplio que las clásicas violaciones antimonopolio. Las exclusiones a menudo excluyen la cobertura de las investigaciones y reclamaciones relativas a la competencia desleal y las prácticas comerciales desleales, que alcanzan una amplia gama de conductas. En el entorno actual, donde tanto los organismos encargados de hacer cumplir la ley como los consumidores perciben prácticas comerciales desleales y otras conductas en un momento de dificultades financieras, los minoristas y otras empresas pueden enfrentar más reclamos por violaciones de los estatutos de prácticas comerciales desleales y sus corolarios del derecho consuetudinario. Véase Kevin LaCroix, The Critical Issue of Private Company D&O Insurance Coverage for Competition Law Claims, *The D&O Diary* (10 de abril de 2019). Los estatutos típicos de prácticas comerciales desleales y engañosas del estado, así como la Ley Uniforme de Prácticas Comerciales Engañosas (UDTPA), definen las prácticas comerciales desleales de manera amplia y general. Por estas razones, una empresa y sus asegurados individuales harían bien en analizar no solo las exclusiones antimonopolio bajo su cobertura D&O, sino también si la exclusión antimonopolio podría llegar a conductas mucho más allá de las tradicionales violaciones antimonopolio.*

Reclamaciones relacionadas con el ciberespacio

Si bien la atención del mundo está en COVID-19, los ataques cibernéticos, la ingeniería social y el fraude electrónico están en aumento a medida que los piratas informáticos intentan explotar el aumento de las vulnerabilidades, como los trabajadores distraídos, el trabajo remoto y el

personal de TI y otro personal que está al límite. Al mismo tiempo, los ejecutivos y la alta dirección están desempeñando un papel importante para garantizar que los estándares y planes de acción de seguridad cibernética y de datos de sus empresas cumplan con los requisitos legales y con las leyes de notificación de infracciones. El no hacerlo podría resultar en acciones por parte de los accionistas o clientes que aleguen el incumplimiento de dichos estándares y las leyes de privacidad de datos estatales o federales. Las pólizas de D&O con extensiones cibernéticas o pólizas cibernéticas independientes con extensiones de cobertura de responsabilidad fiduciaria o D&O deben revisarse o considerarse para proteger contra tales reclamos.

Consideraciones de renovación

Incluso antes de la crisis de COVID-19, los mercados de seguros D&O se habían estrechado durante varios años. En particular, las aseguradoras han aumentado las primas, han limitado la cobertura y se han vuelto menos dispuestas a asumir tanta capacidad para una empresa individual. Ahora que ha golpeado la crisis del COVID-19, queda por ver cómo responderán las aseguradoras. A diferencia de las pólizas de propiedad y responsabilidad, que tradicionalmente incluyen una amplia gama de riesgos y reclamos excluidos, las pólizas de seguro de responsabilidad D&O tienen relativamente pocas exclusiones, particularmente con respecto a las pólizas Side-A-only / DIC. Algunas exclusiones están etiquetadas como tales, pero muchas otras se pueden encontrar como "excepciones" a la definición crucial de "Pérdida". Muchas de estas exclusiones, pero no todas, se refieren al conocimiento y la conducta de los propios asegurados individuales, no a los peligros o riesgos contra los que está asegurado.

Aunque pocas pólizas actuales de D&O, si es que las hay, contienen exclusiones para reclamos que surjan de pérdidas debido a "epidemias", "pandemias", "virus", "enfermedades transmisibles", "patógenos" y similares, las aseguradoras pueden intentar insertarlas en las pólizas de D&O durante el ciclo de renovación actual. Además, las aseguradoras intentarán ampliar la interpretación de las exclusiones y definiciones tradicionales de "contaminación" o "contaminantes" para incluir virus y otras enfermedades. Los asegurados deben resistir tales exclusiones o limitaciones en la medida de lo posible, ya que son directamente contrarias al propósito del seguro de responsabilidad D&O de asegurar contra una amplia gama de actos supuestamente ilícitos en la administración de una empresa, particularmente para asegurados individuales.

Aviso y otras condiciones de la póliza

La póliza típica de D&O requiere que el asegurado dé aviso de un "Reclamo" cuando recibe "una demanda por escrito de compensación monetaria o no monetaria", incluida la "desagravio por mandato judicial"; una queja u otro proceso legal de un reclamante; una solicitud para cobrar el estatuto de limitaciones; o una demanda o citación de una agencia gubernamental para testimonios, documentos u otra información. Si una empresa o individuo asegurado recibe tal demanda o documento relacionado con una emisión de COVID-19, entonces, como en cualquier otra situación, el asegurado debe notificar el reclamo a su aseguradora. La mayoría de las pólizas de D&O también incluyen una disposición de "notificación de circunstancias", que permite a una aseguradora notificar las circunstancias que pueden dar lugar a una reclamación contra los asegurados.

A diferencia de un aviso de reclamo, que generalmente se permite durante un tiempo específico después de que expira la póliza, el aviso de las circunstancias generalmente se debe dar durante el período de la póliza. Además de los requisitos de tiempo más restrictivos, generalmente se requiere que el asegurado brinde cierta información adicional y más específica al asegurador, que generalmente incluye la identidad de los posibles reclamantes, la naturaleza del presunto acto u omisión ilícitos, hechos relacionados con el posible reclamo, y otros detalles que sean conocidos por el titular de la póliza en el momento de la notificación. Si un asegurado satisface todos estos requisitos y notifica adecuadamente las circunstancias, la cobertura está "bloqueada" con respecto a las reclamaciones futuras que reciba la compañía en relación con los asuntos señalados en el aviso de circunstancias. Además, notificando las circunstancias ahora,

Sin embargo, surge una dificultad en el contexto de COVID-19 porque no solo se desconocen actualmente los efectos completos y la duración de la crisis, sino también porque es igualmente difícil para una empresa predecir cómo el entorno macroeconómico actual, y mucho menos los eventos futuros, afectará las finanzas y las operaciones de la empresa. Por lo tanto, en la práctica, una compañía y sus asegurados individuales deben determinar la fecha de vencimiento de las pólizas de D&O vigentes y evaluar al menos varios meses antes del vencimiento si se justifica un aviso de las circunstancias. Dada la incertidumbre que rodea al COVID-19 y sus implicaciones, esta evaluación debe realizarse con la ayuda del asesor de cobertura de seguros y el corredor de seguros de la compañía.

Como se demostró anteriormente, aunque las empresas pueden recurrir primero a las políticas de interrupción de negocios y propiedad de primera parte para mitigar la pérdida de negocios a raíz del COVID-19, la crisis también presenta una serie de problemas de seguros importantes en relación con la responsabilidad de los directores y funcionarios, la responsabilidad de la administración, la responsabilidad fiduciaria, responsabilidad civil y otras coberturas similares. La consideración de estas importantes coberturas de seguro de responsabilidad civil D&O puede desempeñar un papel importante en la mitigación de las pérdidas actuales y futuras relacionadas con COVID-19.

En el caso de Colombia:

En los Seguros D&O, el asegurado es el propio administrador o el directivo. Así, este tipo de seguros les brinda cobertura respecto de su patrimonio y de la sociedad que representan, frente a reclamaciones por los daños causados a socios o accionistas y otros terceros, derivados de acciones u omisiones culposas, negligentes o imprudentes que supongan el incumplimiento de un deber o sean realizadas sin la diligencia debida. En Colombia, lo más usual es el conocer:

- **Reclamaciones a Empleadores**
- **Responsabilidad ante terceros (Bienes y Personas) por inactividad de Plantas Comerciales y/o Industriales que requieren de mantenimientos (Preventivo y/o Predictivo), dada su imposibilidad de realización.**

*Sin embargo, en algunas de las pólizas de Seguros D&O analizadas, se encuentra como exclusión a la cobertura aquellas "reclamaciones basadas en, relacionadas con, o que sean consecuencia directa o indirecta de cualquier presencia, descarga, derrame, liberación, migración o escape de Contaminantes, ya sean reales, supuestos o amenaza de los mismos; cualquier instrucción o solicitud de, o esfuerzo para: (i) realizar pruebas, controlar, limpiar, eliminar, contener, tratar, desintoxicar o neutralizar Contaminantes, o (ii) responder ante o evaluar los efectos de Contaminantes". A su vez, en la definición de "Contaminación" de estas pólizas, se incluye "**cualquier contaminante biológico**" y/o "**virus**". A nuestro entender, ésta exclusión sería aplicable en caso de dichos agentes fuesen resultado de una causa directa surgida de la actividad del asegurado, pero es*

claro que el mal actual no surge de un particular o su desarrollo comercial o industrial.

- **Pérdidas de Mercado o Lucro Cesante que lleve a incumplimiento de obligaciones por parte de Deudores o Acreedores a consecuencia de pérdida de ingresos**
- **Incumplimiento del desarrollo o entrega de Bienes y/o Servicios**
- **Suspensión o interrupción de cadenas de servicios de alta complejidad**

Es de tener en cuenta que la **Ley 50/1980** de contrato de seguro, trata de dar soluciones ante la aparición imprevisible de circunstancias sobrevenidas y con entidad suficiente como para alterar sustancialmente el marco en el que se firmó el contrato de seguro y que, de haber podido preverse, seguramente el contrato no se habría firmado, o se habría firmado con otros términos. Con el fin de evitar o aminorar las consecuencias de estos desequilibrios sobrevenidos e imprevisibles, y que pueden suponer un perjuicio económico difícil de asumir para una de las partes, la Ley de contrato de seguro prevé mecanismos como los establecidos en sus artículos 11 y 12.

Epidemia, pandemia y otras exclusiones asimilables a la aplicación de la cobertura del seguro

Al hilo de lo anterior, observamos que algunas pólizas de seguros D&O ya incluyen en sus condiciones generales o especiales determinadas cláusulas que habilitan al Asegurador a rescindir el contrato o a modificar sus términos esenciales ante la concurrencia de determinadas circunstancias enumeradas en el propio condicionado, proporcionando con ello la misma solución que ofrecía el precepto legal. Así, en este tipo de seguros, encontramos pólizas que excluyen directamente de cobertura al asegurado en caso de "epidemia" y/o "pandemia" y otras que describen, entre las exclusiones generales de la póliza o entre las referidas a determinadas coberturas, ciertos supuestos cuya redacción, atendida la declaración del estado de alarma recientemente decretado, podría asimilarse a los anteriores.

Fuentes Consultadas: The Hartford – Business Owner's Playbook
Embroker
ITIC – Specialist Professional Indemnity
El diario de D&O – Kevin M. LaCroix
GA_P Boletín de Seguros especial
COVID-19E

Ejemplo 7 - Tesla busca excluir a Elon Musk de la póliza de D&O

La compañía se encuentra actualmente en el mercado para obtener una cotización vinculante para una póliza D&O con un límite agregado de \$100 millones, después de haber aceptado el seguro del propio Musk debido a cotizaciones excesivas anteriores.

Las fuentes dijeron a esta publicación que la póliza de Tesla está circulando actualmente en el mercado de Londres, con una exclusión para el CEO y cofundador de la firma de Silicon Valley.

Las fuentes dijeron que el "extravagante" CEO no era efectivamente asegurable, señalando su hábito de compartir indiscreciones en Twitter con sus 38 millones de seguidores. Estos han incluido un alarde sobre una posible oferta privada para el fabricante de automóviles eléctricos, lo que provocó una demanda de la Comisión de Bolsa y Valores (**SEC** – U.S. Securities and Exchange Commission). Después de una queja de la SEC de que había violado un acuerdo anterior, el multimillonario llegó a un segundo acuerdo con la agencia estatal sobre su uso de Twitter en abril del año pasado.

El CEO también generó controversia por insultar en Twitter a un buceador de cuevas británico involucrado en los esfuerzos para rescatar a miembros de un equipo de fútbol juvenil tailandés, después de lo cual Musk defendió con éxito un caso de difamación presentado en su contra.

Excluir a ciertas personas de las pólizas de D&O es una táctica utilizada ocasionalmente por los asegurados, pero las fuentes dijeron que era inusual excluir al CEO.

En **abril de este año se supo** que Tesla había tomado la sorpresiva decisión de no renovar su cobertura de responsabilidad de administración para el período de la póliza 2019-20, porque las aseguradoras habían cotizado "primas desproporcionadamente altas".

Según un nuevo acuerdo divulgado en su publicación de resultados del primer trimestre, el cofundador multimillonario acordó proporcionar una cobertura de seguro "sustancialmente equivalente a dicha póliza por un período de un año" para los miembros de la junta.

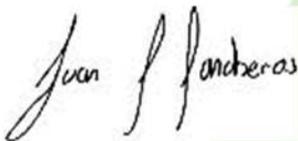
En una presentación posterior en junio, Tesla dijo que había llegado a un acuerdo con Musk por un período interino de 90 días, durante el cual la compañía reanudaría su evaluación anual de todas las opciones disponibles para brindar cobertura D&O.

El acuerdo establece que Musk proporcionará cobertura de indemnización de D&O de sus fondos personales hasta un total de \$ 100 millones, a cambio de una tarifa única de \$ 972,361.

Según *Forbes*, Musk es la séptima persona más rica del planeta, con un patrimonio neto de 79.100 millones de dólares.

Las acciones de Tesla han subido más de un 300% este año, aunque más del 25% ha perdido su valor desde que alcanzaron un máximo de 498,32 dólares el 31 de agosto, en medio de una venta masiva en Wall Street de acciones tecnológicas estadounidenses.

Las condiciones son actualmente muy desafiantes en el mercado de D&O, con muchos clientes obligados a aceptar límites más bajos y deducibles más altos a medida que aumentan las tarifas después de años de grandes pérdidas y los temores de las compañías de seguros de futuras reclamaciones provocadas por recesiones.



Juan Carlos Lancheros Rueda.
Cert CILA, BC's Mech Eng, BC's B.A, M.I.A, P.M.S, F.M.S,