

Spread the love

Una reciente decisión judicial en materia concursal en EEUU aborda la problemática del acceso de los administradores sociales a la indemnización del seguro D&O para hacer frente a su defensa en un litigio de responsabilidad civil interpuesto contra ellos por un administrador concursal.

En el asunto [re *National Fish & Seafood, Inc.*, No. 19-11824, 2021](#) (Bankr. D. Mass. 26 de febrero de 2021), el Tribunal Concursal Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts (*Massachusetts Bankruptcy Court*)) abordó la impugnación por parte del administrador concursal a los intentos de los directores y altos ejecutivos de acceder a la indemnización de la póliza D&O. En esta decisión se autorizó que los asegurados percibiesen la indemnización del seguro para su defensa en el litigio de responsabilidad interpuesto por el administrador concursal. **La lectura conjunta de esta resolución, junto con otros comentarios sobre estas pólizas que se referencian en este post, permite identificar la complejidad añadida que supone el aseguramiento conjunto de los administradores y de la sociedad administrada y tomadora en una misma póliza D&O.**



By M.A. Díaz

Planteamiento

En mayo de 2019, *National Fish and Seafood, Inc.* («Deudor») solicitó concurso (procedimiento del llamado «Capítulo 7») dando lugar al nombramiento de un administrador concursal «el administrador». En abril de 2020, éste presentó una demanda de Responsabilidad Civil (RC) contra tres de los antiguos consejeros y ejecutivos del Deudor, alegando que incumplieron sus deberes fiduciarios al autorizar una serie de transacciones en virtud de las cuales se pagaron 31 millones de dólares en activos del Deudor. A principios de 2021, los consejeros solicitaron una exención de la prohibición de la [Sección 362 del Título 11 del Código Concursal de los Estados Unidos](#), para permitirles recibir la indemnización de seguro D&O para hacer frente por adelantado a los costes de defensa de la Póliza D&O que el Deudor había contratado y en los que tales consejeros y ejecutivos eran asegurados. El administrador concursal se opuso a esa petición.

Los consejeros y ejecutivos solicitaban a la aseguradora el adelanto de sus gastos de defensa en el Litigio RC, al amparo de la cobertura A, cuyo contenido se explica más abajo en esta entradilla. La aseguradora aceptó en principio cubrir los gastos de defensa, pero exigía para ello que se dictase una orden en el proceso concursal que autorizara dicho abono, con determinación expresa de que no constituía una violación de la suspensión automática de la [Sección 362 del Título 11 del Código Concursal](#).

Cuestiones preliminares sobre las modernas pólizas D&O (recogiendo la estructura de la propia decisión judicial comentada, apartado 3)

Si bien las pólizas D&O se redactan de modo , hoy en día, bastante estandarizado, no cabe obviar que también han conocido una evolución considerable. Por ello, corresponde especificar aquí los datos de este contrato en particular, [extraídos del asunto concreto](#)

- **Todas las pólizas de D&O proporcionan una «cobertura A » frente a las pérdidas sufridas directamente por los directores y funcionarios por sus presuntos actos ilícitos en la medida en que no sean reembolsadas por la empresa.** Esta cobertura se conoce como cobertura «Side A», y en las modernas redacciones de esos condicionados incluyen cobertura de defensa. En cuanto al tratamiento de los gastos de defensa incurridos por los administradores, consejeros y ejecutivos para defenderse de demandas interpuestas por un administrador concursal por incumplimiento de las obligaciones fiduciarias de tales administradores, consejeros y altos ejecutivos (asegurados), la jurisprudencia estadounidense no es unánime. No está cerrado el debate sobre si la indemnización derivada de este Side A debe considerarse integrante de la masa activa de la entidad tomadora o, si puede abonarse a los asegurados incluso en caso de concurso. Para decidir sobre tal cuestión, los tribunales efectúan análisis concretos del clausulado específico de las pólizas, así como de otras circunstancias concurrentes, como precisamente sucede en el asunto que nos ocupa.
- **También, la práctica totalidad de los seguros D&O al menos en Estados Unidos, incluyen una cobertura Side B o de reembolso.** Se refiere a las pérdidas en las que incurre la empresa, la sociedad tomadora, al indemnizar a sus consejeros y directivos por las pérdidas en las que éstos incurren por actos de los que sean declarados responsables, pero que realizasen de acuerdo con las disposiciones de gobierno corporativo de la tomadora. En el supuesto de que se haya declarado un concurso, la tomadora (y en su nombre el administrador concursal) puede beneficiarse de la indemnización aseguradora de esta cobertura para reembolsarse de sus obligaciones de indemnización, por ejemplo si al declararse el concurso ya se hubiesen reembolsado gastos indemnizables a los consejeros, o si incluso en el proceso

concurral se derivasen obligaciones de indemnización de la tomadora a sus administradores, consejeros y altos ejecutivos.

- **Algunas pólizas modernas contienen además la llamada cobertura Side C «cobertura de entidad»** . El objeto de esta cobertura ha conocido evoluciones en el diseño de las pólizas desde los años 80 del siglo pasado, advertencia necesaria aquí, pero en la que ya profundizamos en [otros textos](#) y en la que no nos detendremos. En el asunto concreto que se analiza, la Side C estaba prevista, como ocurre en muchas pólizas americanas en la actualidad, para situaciones en las que una empresa es demandada junto con sus administradores y ejecutivos.
 - Recuérdese que ésta es una cobertura actual, pero que no se ofrecía en las pólizas clásicas que han sido objeto de comentario [en varias ocasiones en este mismo blog](#) y [otros](#) , además de en abundantes publicaciones. Ciertas decisiones de los tribunales estadounidenses más antiguas como *In Louisiana World Exposition v. Federal Ins. Co. (In re Louisiana World Exposition)*, 832 F.2d 1391 (5th Cir. 1987), del Quinto Circuito Federal dictaminaron que la indemnización del seguro D&O no se puede considerar como activo en la masa activa del concurso de la tomadora, pero debe subrayarse que en *re Louisiana World Exposition* la póliza no contenía la «entity coverage» que si se localiza en el asunto aquí comentado. En cambio, otras decisiones como *In re Adelphia Communications Corp.*, 298 B.R. at 57; *In re Pasquinelli Homebuilding, LLC*, 463 B.R. 468 (Bankr. N.D. Ill. 2012); *In re Cybermedica, Inc.*, 280 B.R. 12 (Bankr. D. Mass. 2002) , citados en la decisión aquí comentada, bloquearon el acceso, en presencia de «entity coverage» y atendiendo a que el valor de la cobertura incrementaba en términos globales el valor de los activos del concurso
 - La cobertura C, en muchos casos, como en el aquí comentado, se formula con carácter residual en relación con la suma asegurada, para evitar que una póliza ideada para cubrir responsabilidades de directivos acabe siendo «vacuada» para hacer frente a responsabilidades de la propia empresa. Nótese, que en la cobertura C, la indemnización beneficiaría tanto a la empresa tomadora como a sus administradores, consejeros y ejecutivos, por lo que en una situación concursal será casi imposible que se permita a los administradores beneficiarse, al menos ilimitadamente de esta cobertura

Sobre la póliza en este asunto concreto

La póliza de D&O en [re National Fish & Seafood, Inc., No. 19-11824, 2021](#) preveía una cobertura con suma total asegurada de 3 millones de dólares, junto con coberturas parciales

incluyendo 500.000 dólares que permitía el adelanto de los gastos de defensa incurridos en relación con una reclamación cubierta. Incluía los tipos de coberturas al uso en este tipo de seguro. Además, ésta póliza D&O establecía que, en caso de concurrencia de reclamaciones, la indemnización derivada de la cobertura A se abonaría en primer lugar, la cobertura B en segundo lugar y la cobertura C en último lugar. En el marco del procedimiento concursal, los asegurados y el administrador concursal acordaron que las reclamaciones presentadas en el litigio de RC constituían reclamaciones cubiertas la cobertura A, que no se habían presentado, ni se esperaban reclamaciones por la B (reembolso) o la C (cobertura de «entidad»)



Lincoln, Ox

En este asunto se autorizó que los consejeros y ejecutivos recibiesen la indemnización de la cobertura A para sus gastos de defensa

- El administrador concursal había alegado que esa indemnización formaba parte de la masa activa del Deudor y por lo tanto su pago o adelanto a los asegurados violaría la [Sección 362\(a\)\(3\) del Código Concursal](#).
- Sin embargo, en este asunto el Tribunal admitió la exención sobre la base del [artículo 362\(d\)\(1\) del Código Concursal](#), aceptando ciertos razonamientos de los consejeros que incluyen el que la póliza de D&O prevé el pago de los gastos de defensa; que en sus actuaciones como consejeros y dentro de su propio proceso de adopción de decisiones la existencia de la póliza formaba parte del cúmulo de cuestiones que se tuvieron en consideración; que no se preveían reclamaciones en las coberturas B y C; que la intención real del administrador concursal era preservar la cobertura A para financiar la reclamación concursal contra los consejeros en el litigio de RC, pero que en ésta los asegurados eran únicamente los consejeros y ejecutivos

Más:

- Decisión comentada [aquí](#);
- También en la [Web American Bar](#)
- Algunos comentarios de la misma autora
 - [Acción individual de responsabilidad de administradores y acción directa frente al asegurador](#) (D&O de grupo de empresas de grupo de empresas)Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sentencia núm. 485/2018 de 11/09/2018, [Revista de derecho de sociedades, Nº 55, 2019](#)

- «El seguro de responsabilidad de consejeros y altos ejecutivos (D&O) suscrito por la sociedad a propósito de su consideración como sistema de retribución de administradores», [Retribución de consejeros](#) / [Santiago Hierro Anibarro](#) (dir.), 2020, págs. 595-636
- «Aseguramiento de la responsabilidad de administradores de sociedades no cotizadas El D&O en la sociedad no cotizada con gobierno corporativo», [Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas](#) / coord. por [Santiago Hierro Anibarro](#), 2014, ISBN 978-84-15948-82-7, págs. 453-492
- [Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales](#): el seguro D&O en EEUU, [Elena F. Pérez Carrillo](#), Marcial Pons, 2005