

Administradores y Directivos

Responsabilidad y Seguro de D&O

Gonzalo Iturmendi Morales
José María Elguero Merino

agers

Asociación Española
de Gerencia de
Riesgos y Seguros

ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS: RESPONSABILIDAD Y SEGURO DE D&O

Gonzalo Iturmendi Morales
José María Elguero Merino

ISBN: 978-84-09-11695-9
Depósito Legal: M-18271-2019
Copyright: DEP636930808417762345
Nota Legal – Copyright

© 2019 AGERS, España. Todos los derechos reservados. Los contenidos de este trabajo (textos, imágenes, gráficos, elementos de diseño, etc.) están protegidos por derechos de autor y por las leyes de protección de la propiedad intelectual. La reproducción o divulgación de sus contenidos precisa la aprobación previa por escrito de AGERS y sólo puede efectuarse citando la fuente y la fecha correspondientes.

SUMARIO

PRIMERA PARTE: RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES DE CAPITAL	15
--	-----------

Gonzalo Iturmendi Morales

I. BUEN GOBIERNO CORPORATIVO	15
1. Ética empresarial y responsabilidad social corporativa	18
2. Evolución y mejora de los modelos de gobierno corporativo	24
3. Gobernanza de las empresas públicas	35
4. Honorabilidad y aptitud de quienes ejerzan la dirección efectiva o desempeñen funciones que integran el sistema de gobierno de la entidad	39
5. Divulgación de información no financiera	41
5.1. Información sobre cuestiones medioambientales	44
5.2. Información sobre cuestiones sociales y relativas al personal	45
5.3. Información sobre el respeto de los derechos humanos	47
5.4. Información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno	47
5.5. Información sobre la sociedad	47
II. ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	49
1. Descapitalización de la sociedad	50
2. Infracción de ley, estatutos e incumplimiento de las obligaciones de los administradores	54
III. CRITERIO DE IMPUTACIÓN GENÉRICO DEL ORDENADO EMPRESARIO	55
IV. PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL	59
1. Requisitos de la protección de la discrecionalidad	61
2. La prueba en la protección de la discrecionalidad	65
V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD SU EXTENSIÓN SUBJETIVA Y CARGA DE LA PRUEBA	71
1. Carácter solidario de la responsabilidad	76
2. Carácter independiente de la responsabilidad	77

3. La responsabilidad del administrador de hecho	78
4. El administrador persona jurídica	79
VI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES	80
1. Delitos relacionados con la actividad típica de los administradores	80
2. Control y prevención de la comisión de delitos	82
3. Obligaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Obligación de disponer de un buzón interno de denuncias y comunicaciones en materia de blanqueo de capitales	97
4. Sujetos obligados al control de blanqueo de capitales	101
5. Sanciones en caso de incumplimiento	104
6. Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional	104
VII. DEBER DE LEALTAD	108
1. Definición legal de secreto empresarial	114
2. Violación de secretos empresariales	116
3. Reparación del daño por uso indebido del secreto empresarial	117
VIII. DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS	120
IX. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL NOMBRE DE LA SOCIEDAD Y LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN OPERACIONES PRIVADAS POR CUENTA PROPIA O REALIZADAS POR PERSONAS VINCULADAS	124
X. LA PROHIBICIÓN DE APROVECHAR OPORTUNIDADES DE NEGOCIO.....	127
XI. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA	129
XII. ¿QUIÉN PUEDE RECLAMAR RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES Y CÓMO DEBE HACERLO?	132
XIII. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD	134
1. Acción social de responsabilidad	136
2. Acción individual de responsabilidad	139
3. Competencia jurisdiccional	144
4. Competencia territorial	144

**SEGUNDA PARTE:
EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSEJEROS,
ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS D&O 145**

José María Elguero

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SEGURO DE D&O	147
1. Origen y antecedentes	147
1.1. El origen americano	148
1.2. El desarrollo europeo	150
1.3. El seguro de D&O en Latinoamérica	153
2. El seguro de D&O en España. Nacimiento y etapas	154
2.1. Los años del nacimiento: 1990-2000	154
2.2. Los años del conocimiento: 2001-2005	155
2.3. Los años del desarrollo innovador: 2006-2010	156
2.4. Madurez y litigiosidad: 2011-2015	159
2.5. Compliance y D&O: 2015-2019	160
2.6. Perspectivas para 2025	163
3. La denominación del seguro	164
4. Licitud y utilidad del seguro de D&O	166
4.1. Licitud y críticas	166
4.2. Utilidad	171
5. Beneficios que aporta el seguro de D&O	172
II. NATURALEZA JURIDICA DEL SEGURO DE D&O	173
1. El seguro de D&O como seguro de responsabilidad civil	173
1.1. Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro	174
1.2. Carácter voluntario. Su exigencia por terceros	174
1.3. El seguro de D&O como exigencia de Buen Gobierno Corporativo	176
1.4. Naturaleza de la responsabilidad cubierta. ¿Responsabilidad profesional?	177
2. Delimitación con modalidades aseguradoras afines	181
2.1. Responsabilidad civil general	181
2.2. Responsabilidad civil patronal	182
2.3. Responsabilidad civil profesional	182
2.4. Responsabilidad civil del administrador concursal	183
2.5. Responsabilidad civil por prácticas de empleo	184
2.6. Responsabilidad de funcionarios y autoridades al servicio de las Administraciones Públicas	185

2.7. Defensa jurídica	186
2.8. Infidelidad de empleados	186
3. Clases de pólizas de D&O	186
3.1. Colectiva	187
3.2. Individual	187
3.3. Otras pólizas de D&O	187
III. ELEMENTOS PERSONALES	190
1. El asegurador	190
2. El tomador	191
2.1. Tomador persona jurídica en pólizas colectivas	192
2.2. Tomador persona física en pólizas individuales	192
3. Los asegurados	192
3.1. Asegurado persona física	193
3.2. Consejero persona jurídica	201
3.3. La sociedad como asegurado	201
4. El tercero perjudicado	202
IV. ELEMENTOS FORMALES	204
1. Declaración del riesgo: El cuestionario	204
2. Warranty Statement	205
3. Póliza. Su estructura y su lenguaje	206
3.1. Cláusulas especiales de la póliza	207
3.2. Prima	212
V. EL RIESGO ASEGURADO	214
1. El interés asegurado	214
2. El riesgo asegurado	214
2.1. Prescripción de la responsabilidad de los administradores	216
3. Delimitación geográfica	217
4. Delimitación temporal	218
4.1. Cobertura retroactiva	218
4.2. Presupuestos para la cobertura retroactiva. Exclusión de hechos pasados conocidos	219
4.3. Periodo informativo o de descubrimiento	219
4.4. Diferencias entre periodo de descubrimiento y run-off	221
VI. COBERTURAS Y EXTENSIONES	224
1. Concepto de cobertura y extensión	224
2. Coberturas básicas	225

2.1. Indemnización por responsabilidad civil	225
2.2. Fianzas civiles y penales	226
2.3. Defensa jurídica	228
3. Coberturas para la sociedad	229
3.1. Operaciones de valores	229
3.2. Reembolso a la sociedad	230
3.3. Persona jurídica codemandada en prácticas de empleo	230
3.4. Prácticas de empleo para la sociedad	230
3.5. Defensa jurídica penal para la sociedad	231
3.6. Salidas a Bolsa (IPO, MAB, MARF)	231
3.7. Otros gastos	231
4. Cobertura para las personas físicas	232
4.1. Personas y cargos asegurados	232
4.2. Antiguos administradores y directivos	232
4.3. Responsabilidad del fundador	233
4.4. Prácticas de empleo	233
4.5. Filiales y participadas	234
4.6. Periodo informativo/adicional de notificación	235
4.7. Empleado codemandado	235
4.8. Multas y sanciones administrativas	235
4.9. Responsabilidad tributaria subsidiaria	239
4.10. Límite adicional para consejeros independientes	240
4.11. Cobertura en EEUU	241
4.12. Inhabilitación profesional	241
5. Coberturas de gastos	241
5.1. Acción social de responsabilidad	242
5.2. Aval concursal	242
5.3. Comparecencia en investigación derivativa	242
5.4. Comparecencia en procedimiento de insolvencia	242
5.5. Emergencia	242
5.6. Expertos y profesionales	243
5.7. Extradición	243
5.8. Gerencia de riesgos	243
5.9. Gestión de crisis	243
5.10. Información previa a una reclamación	243
5.11. Mitigación de reclamaciones y circunstancias	243
5.12. Privación de bienes por embargo	243
5.13. Proceso o procedimiento	244
5.14. Protección de derechos	244

5.15. Protección de la reputación	244
5.16. Publicidad	244
5.17. Relaciones públicas	244
5.18. Representación legal	244
5.19. Respuesta a un regulador	245
5.20. Restitución de imagen	245
5.21. Asistencia psicológica	245
5.22. Homicidio empresarial	245
5.23. Gastos de investigación	245
5.24. Gastos personales	245
5.25. Gastos por secreto de sumario	246
5.26. Gastos de <i>interim management</i>	246
VII. EXCLUSIONES DE COBERTURA	246
1. Evolución de las exclusiones en el seguro de D&O	246
2. Exclusiones	247
2.1. Actos intencionados, dolo	248
2.2. Hechos y reclamaciones anteriores	249
2.3. Litigios previos	250
2.4. Reclamaciones notificadas en pólizas anteriores	250
2.5. Daños personales y materiales	251
2.6. Reclamaciones en EEUU	251
2.7. Beneficios ilícitos	252
2.8. Contaminación	252
2.9. Responsabilidad profesional	252
2.10. Responsabilidad contractual	254
2.11. Planes de pensiones	254
2.12. Sanciones político-económicas	255
RECOMENDACIONES PARA CONTRATAR	
O RENOVAR EL SEGURO DE D&O	256
BIBLIOGRAFÍA	257

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial.
art./arts	Artículo/artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil, aprobado por RD de 24 de julio de 1889.
CCO	Código de Comercio, aprobado por RD de 22 de agosto de 1885.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
Cfr.	Confróntese.
cit.	<i>opere citato</i> . “En la obra citada”.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal.
CUBG	Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas.
D&O	Directors and Officers.
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
DGTr	Dirección General de Tributos.
DIC	Difference in Conditions .
DIL	Difference in Limits.
EEUU	Estados Unidos.
EPL	Employment practices liability; Seguro de prácticas laborales.
FCA	Financial Conduct Authority.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
GDPR	General Data Protection Regulation. Reglamento General de Protección de Datos.
GRECO	Grupo de Estados Contra la Corrupción.
IoT	Internet of Things; Internet de las Cosas.
IPO/OPV	Initial Public Offering /Oferta Pública de Venta.
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
ISO	International Organization for Standardization. Organización Internacional de Normalización.
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LCS	Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGT	Ley 58/2003, de 13 de mayo, General Tributaria.
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
LO	Ley Orgánica.
LOSSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
LTA	Long Term Agreement.
MAB	Mercado Alternativo Bursátil.
MARF	Mercado Alternativo de Renta Fija.
nro.	número.
OBS	Operador de banca-seguros.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
pag.	Página.
PCM	Proyecto de Código Mercantil.
PIB	Producto Interior Bruto.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto-Ley.
RDLg	Real Decreto Legislativo.
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia.
RSC	Responsabilidad Social Corporativa.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
ss.	Siguientes
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias de Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea
V. / Vid.	Vease.

PRÓLOGO

“UNA OBRA JURÍDICA DE CABECERA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL SECTOR ASEGURADOR”

Nos encontramos ante una obra necesaria de cabecera para todo profesional que trabaje en relación al mundo del derecho de sociedades y el derecho del seguro. Y ello, tanto por la calidad de sus autores, que ya le da a la obra, por sí, categoría, por derecho propio, como por el objeto material de la misma, que se refiere a una cuestión sobre la que la doctrina y la jurisprudencia han ido fijando pautas de actuación homologadas ante cuestiones que relacionan al derecho de sociedades con el sector asegurador.

No obstante, el amplio espectro que trata el objeto de la obra nos introduce, también, en el campo de juego más amplio del alcance de la responsabilidad de los administradores societarios, tanto desde el punto de vista civil como el derecho penal, en relación a las sociedades mercantiles y al sector asegurador. Porque solo con comprobar el índice de la parte de las obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades la del sector del derecho de seguro nos damos cuenta de que no se ha dejado fuera de la obra nada por cubrir y nada por atender.

Se analizan con detalle la Ley de Sociedades de Capital y las obligaciones que asumen los administradores en el ejercicio de sus funciones, con las posibles responsabilidades civiles y penales que puedan tener en la realización de sus funciones. Se tratan los deberes que tienen en las sociedades los administradores y la vía para el ejercicio de acciones civiles y penales que pueden surgir ante incumplimientos que dejen abierta la vía civil o penal, y en algunos casos, la propia derivación de responsabilidad penal de las empresas ex art. 31 bis CP.

Pero la ventaja de esta obra es que anuda junto el tratamiento directo, metódico y detallado de todas las materias que exigen el análisis de las funciones y régimen de responsabilidades de los administradores societarios, la cuestión del derecho del seguro, la cual se encuentra absolutamente

entrelazada y engarzada con la responsabilidad de administradores societarios, ya que relevante es la materia de la póliza de seguro D&O, que es tratada de una manera excelente en la obra, en paralelo al detalle con el que se trata el régimen de la responsabilidad de los administradores de sociedades.

En esta parte del sector del seguro en las pólizas a empresas y directivos se lleva a cabo con detalle el examen de todas las particularidades que la casuística diaria se presenta al jurista con respecto a qué se asegura, qué se debe asegurar, cuál es el riesgo objeto de cobertura, la cobertura y extensión y las exclusiones. Porque es importante tener claro en la materia del aseguramiento delimitar con claridad, concreción y detalle cuál es la cobertura que en este tema de responsabilidad civil se asegura, y sobre qué actos se extiende este aseguramiento.

Nunca derecho de sociedades y derecho del seguro han estado tan entrelazados en la casuística diaria de nuestros conflictos que vemos habitualmente. Pero también nunca será tan agradecida una obra como esta que aglutina buen saber, practicidad, aproximación al problema real que la práctica diaria nos presenta, y la necesidad de una obra que será muy bien recibida por su necesidad real, tanto para el sector asegurador, como para los asesores, la empresa y la abogacía que atiende el derecho de sociedades.

Vicente Magro Served

Magistrado del Tribunal Supremo

PRIMERA PARTE: RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Gonzalo Iturmendi Morales

I. BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

El **gobierno corporativo** se define habitualmente como el sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas conforme a unas reglas óptimas de cumplimiento ético y legal, en sus relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas.

Nos referimos tanto a los estándares legales como a las recomendaciones de órganos reguladores dirigidas a fomentar la transparencia y las buenas prácticas en las organizaciones, de acuerdo a los criterios de actuación de cada sector. Somos seres sociales con una tendencia natural e inclinación a la alianza en el marco de la comunidad social y los ámbitos económicos donde operamos, que es el mercado de bienes y servicios, en el que tiene desempeña una figura central el empresario con sus múltiples manifestaciones, bien porque se presente como una sociedad de hecho o de derecho o bien porque se trate de los profesionales que ejercen sus prestaciones tanto estrictamente profesionales como intelectuales, científicas, liberales o artísticas. Operadores económicos cuya actuación en el mercado y participación en los negocios jurídicos dependen de un marco normativo que, cuando opera de forma colectiva en un proyecto empresarial, adquiere la forma societaria con su propio estatuto en el que se integran las normas sobre régimen jurídico-privado de la empresa, responsabilidad y representación de su titular, registro mercantil y contabilidad, así como, en su conjunto, el llamado Derecho de sociedades mercantiles.

Sociedades de hecho o de derecho que distan mucho de ser meras abstracciones jurídicas indeterminadas, pues cada día se conciben más como organizaciones humanas donde coinciden actividades tendentes a la consecución de objetivos y planes de actuación sostenibles, para la alcanzar el “interés social” del colectivo que configura la organización.

Los operadores económicos colectivos, tanto si son las sociedades de hecho como de derecho, requieren ser gobernadas conforme a criterios técnicos de viabilidad económica, sostenibilidad del proyecto y acatamiento al principio de cumplimiento normativo, todo ello porque el gobierno de las organizaciones se basa en la optimización de los recursos, la coordinación y la cooperación en el proyecto empresarial, mediante el ejercicio de poder de quienes gobiernan la organización, que adquiere su máxima legitimidad cuando sus gobernantes asumen colectiva y unitariamente, la responsabilidad directa sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad de capital, con el propósito común de promover principalmente el interés social, sin perjuicio de que confluyen otros intereses a los que se deban dar respuesta en aras a la propia actividad empresarial.

Las implicaciones que conlleva este planteamiento son, por un lado la apertura y sensibilidad hacia el entorno, sentido de comunidad, capacidad innovadora y consideración del largo plazo y por otro la creación de valor compartido.

Surge así la defensa del interés social y la titularidad del patrimonio social como elementos fundamentales del gobierno corporativo. Una función atribuida en exclusividad a los administradores de las sociedades cotizadas de acuerdo con el artículo 529 ter¹ que regula las facultades indelegables del consejo de administración de estas sociedades, estableciendo que no se podrán delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis ni específicamente las relativas a la determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento.

Transportando la unidad jurídica desde el terreno de la persona al del patrimonio, la empresa es un patrimonio separado y limitado o patrimonio de afección, distinto al patrimonio del dueño de sus acciones. Así el accionista aparece como titular de dos patrimonios distintos sin conexión jurídica: el suyo

¹ Norma contenida en la Sección 2.ª del Capítulo VII del Título XIV, integrada por los artículos 529 bis a 529 quinquies, introducida por los apartados treinta y nueve a cincuenta y tres del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre).

propio o particular y el patrimonio que le corresponde por su participación en la empresa, pues no debemos olvidar que el accionista o dueño de las participaciones sociales, no es titular de la de los bienes del patrimonio de la sociedad, ya que los artículos 93 y siguientes de la LSC establecen derechos de naturaleza obligacional para los socios entre los que no se encuentra la propiedad del patrimonio social (entre ellos, reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, la asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones, asistencia, votación e impugnación en las juntas generales y acuerdos sociales, la información, etc.). Por otro lado, la sociedad no es necesariamente la titular única del derecho de propiedad de todos y cada uno de los bienes que integran su patrimonio, ya que puede existir otra titularidad sobre ellos. Pero lo que resulta incontestable es que la sociedad es la propietaria de la empresa como tal.

Los administradores deben obrar con unidad de propósito e independencia de criterio, otorgando el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición, guiados por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Precisamente en esa búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, los administradores han de procurar la conciliación entre el interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente.

La exigencia de responsabilidad a los gestores y administradores de las sociedades de capital está íntimamente ligada al incumplimiento de las obligaciones de buen gobierno corporativo, que -a su vez- se basan en la ética empresarial, el cumplimiento de principios e indicadores de responsabilidad social corporativa y la observancia de las obligaciones legales de los responsables de la gestión, control, supervisión y administración de los riesgos de cumplimiento de la sociedad de capital.

1. Ética empresarial y responsabilidad social corporativa

La **ética empresarial** debe ser consecuencia de las acciones diseñadas, promovidas e impulsadas por los administradores y directivos de la organización, para fomentar que sus empleados y colaboradores actúen conforme a unos principios éticos interiorizados en todos ellos, en los que prevalezcan los intereses comunes sobre los intereses particulares de los mismos.

La ética empresarial no es un mero valor añadido, tampoco es la previsión de un complejo cúmulo de consecuencias, ni se reduce a operaciones de cálculo cuantitativo. Supone la puesta en práctica de principios éticos comunes a la inmensa mayoría de las organizaciones, cuya puesta en práctica conlleva consecuencias prácticas razonablemente previsibles en el desarrollo de la actividad de cada organización.²

Cuando hablamos de **ética de empresa** estamos refiriéndonos también a Responsabilidad Social Corporativa³, si bien esta última evoluciona en función con las demandas sociales y el tiempo, mientras que en la ética de empresa el análisis es de valores y normas.

El carácter ético incide en la marcha de las organizaciones. El término ética es complejo, su origen etimológico: **éthos/ carácter**, nos dice mucho⁴.

2 ORTIZ IBARZ, JOSÉ MARÍA, “La hora de la ética empresarial”, McGRAW-HILL/Interamericana de España, SA. 1995.

3 La responsabilidad social corporativa es el conjunto de obligaciones y compromisos, legales y éticos, asumidos voluntariamente con los grupos de interés, que se derivan de los impactos que las organizaciones producen en el ámbito social, laboral, medioambiental y de los derechos sociales y humanos.

4 Ética es la filosofía moral que trata de averiguar las razones de la moral y como se aplica la ética. Moral ha existido en todos los pueblos, pertenece a todas las culturas. SEOANE, RICARDO en “¿Llegará a haber un atenuante psicológico para el compliance officer?. Breve historia de la ética; una aproximación economicista” afirma: “Ética es una de las palabras más complejas y controvertidas en cuanto a semántica, etimología, y abstracción conceptual de su significado; tanto por la cantidad de avatares que ha sufrido a lo largo de la Historia, como por su grandilocuencia, como por haber funcionado tradicionalmente como un verdadero nexo entre la ley y la calle, en el sentido de que la moral y las buenas costumbres son, en mayor o menor medida, fuentes del derecho en todos los sistemas jurídicos del mundo. Podríamos decir que la ética representa la reminiscencia del derecho natural en los tiempos modernos. Ya hay severas discrepancias respecto a su origen, hay quienes lo atribuyen al término griego éthos, que significa ‘carácter’, y quienes lo ligan a ethos, que significa ‘costumbre’. La distinción, como veremos no es baladí, ya que supone optar entre el reconocimiento de valores universales indiscutibles y superiores a toda raza o condición humana; y la relativización del concepto haciéndolo depender de multitud de factores culturales, geográficos y temporales.” <http://www.controlcapital.net/noticia/3056/Breve-historia-de-la-etica-una-aproximacion-economicista.html>.

Prescindiendo de discusiones doctrinales sobre su significado, en lo que todos estamos de acuerdo es que **la ética crea espacios de justicia y de libertad.**

La relevancia de la ética empresarial viene dada por la importancia del **carácter ético en la gestión de toma de decisiones**, la importancia del discernimiento en cualquier actividad. Los administradores y directivos de las organizaciones, inversores consumidores y grupos de interés, empiezan a inquietarse por conocer el grado de madurez de la cultura ética en la organización.⁵

Si creamos un clima ético nos predisponemos a tomar decisiones prudentes y justas, situándonos en la pieza “clave” de eficacia vital la empresa. Como afirma Adela Cortina: “Un clima ético se genera cuando los distintos niveles de la empresa saben que las decisiones suelen tomarse atendiendo a unos valores y existe la convicción generalizada de que eso es así. Apostar por la ética de la empresa hemos dicho que tiene en su base dos virtudes, la prudencia y la justicia.”⁶

La ética es rentable, genera confianza, sin empresas éticas no puede haber una buena sociedad. Una empresa que se arma éticamente y tiene en cuenta a los grupos de interés relacionados con su actividad, tiene más posibilidades de mantenerse en el futuro y generar confianza, su funcionamiento es más eficaz, cumple con sus obligaciones y ahorra en costes de coordinación y supervisión.

Hoy en día, las empresas están cada vez más convencidas de que su éxito económico ya no depende únicamente de una estrategia de aumento al máximo

5 V. “Auditoría Interna y la ética empresarial”. PRÁCTICAS DE BUEN GOBIERNO, LA FÁBRICA DE PENSAMIENTO, INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS DE ESPAÑA Marzo 2019. Cristina Bausá Rosa, CIA, CISA, CRMA, CRISC, CISM, CGEIT. SAREB. Josu Azkorra Zuazola. MAPFRE ASISTENCIA. Sara Calvo Lasso. TELEFÓNICA. Beatriz Cebrián López. DELOITTE. Álvaro Conde Herranz, COSO. NEINOR HOMES. Joaquín Guerola González. PwC. Ángel Labrador Martínez. BROSETA COMPLIANCE. Jesús María Lafita Fernández, CIA. MATERH RISK MANAGEMENT. Marcello Machado Carrasqueira. SCHNEIDER ELECTRIC. Carlos Muñoz Vega, CIA, CFE. STRYKER IBERIA. José Félix Pareja De Lerma, CIA, COSO, CRMA. FUNDACIÓN U. SAN PABLO CEU. Carmen Rubio Laporta. GLOBALVIA INVERSIONES. Laly Serrano Pérez, CIA, CCSA. FUNDACIÓN LOYOLA ACE. Marzo 2019. “El auditor interno tiene la misión de mejorar y proteger el valor de las organizaciones proporcionando aseguramiento objetivo, asesoría y conocimiento basado en riesgos; y para cumplir con ella debe ser un ejemplo de comportamiento ético dentro de la organización: generar confianza, no aplicar un doble rasero en su actividad, ser honesto y ejemplar en sus actuaciones y en su actitud, honrado e imparcial en sus análisis e interpretaciones, respetar a los demás y buscar la excelencia en sus compromisos y en el cumplimiento normativo.” Disponible en: https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/fa-bricaetica-web.original.pdf?utm_source=exacttarget&utm_medium=email&utm_campaign=bds+27+de+marzo+de+2019 Abril 2019.

6 CORTINA, ADELA. “Ética de la empresa: no sólo responsabilidad social”. PÁG.: 14-15. Disponible en: <http://www.etnor.org/doc/A.Cortina-Etica-empresarial-no-solo-RSE.pdf> Abril 2019. Abril 2019.

de los beneficios a corto plazo, sino de tener en cuenta la protección del medio ambiente y el fomento de su responsabilidad social corporativa, incluidos los intereses de los consumidores, se han percatado de que pueden contribuir a la vez al bienestar social.

Por tanto, **los marcos éticos sin herramientas** para integrarlos en el día a día de las organizaciones están vacíos **y las herramientas sin marcos carecen de sentido**. El ordenamiento jurídico debe proporcionar **marcos éticos con herramientas útiles** para diseñar y ejecutar un sistema aplicaciones que impida que se incurra en los viejos errores – como en el casos de corrupción y administración desleal- camuflados por una imagen formal externa de buen gobierno corporativo. No basta simplemente aparentar, se hace preciso estar, tener y ser éticamente.

Herramientas como Códigos éticos, Comités de ética y Auditorías de ética,⁷ dentro de un clima ético de justicia y libertad propiciado por la formación en ética de las personas que trabajan en el proyecto empresarial.

Un marco ético en la empresa conlleva la verificación de su fondo ético sobre tres aspectos fundamentales como son la **claridad en los objetivos**, la **comunicación interna** y la **renovación**. Efectivamente es necesaria la transparencia y claridad respecto de los objetivos propuestos por la alta dirección, lo cual conlleva no sólo un bien en sí mismo para la empresa y los accionistas, sino también una mayor corresponsabilidad e implicación de los mismos. En segundo lugar la auditoría ética deberá centrarse en la verificación del estado de los medios de comunicación interna en el seno de la empresa para incentivar

7 “Código Ético: es un documento formal donde se expresan los valores de la empresa y los compromisos adquiridos que deben guiar la actividad de las personas de la organización. Debe ser una reflexión conjunta, no impuesta, de la organización, lo cual implica un proceso participativo y dialogado de toma de conciencia de responsabilidades de los miembros de la misma. Comité de ética: espacio de diálogo y deliberación para el seguimiento y control de los compromisos adquiridos en el código ético. Tiene también la función de asesorar en la búsqueda de soluciones a los dilemas éticos y, como grupo independiente, tener en cuenta los intereses de todos los *stakeholders*. Deben estar compuestos por personas que representen a todos los estamentos de la empresa y grupos de interés y ser multidisciplinares. Auditoría ética: La empresa ética debe estar comprometida con el comportamiento ético y con la coherencia entre lo que dice y lo que hace. La Auditoría ética es un sistema de información pública, en favor de esa transparencia y credibilidad que pretende la apuesta ética de la empresa, que complementa y equilibra la información económica con la social y medioambiental, sometiénola al criterio de un asesor externo.” Disponible en: <http://www.etnor.org/etica.php> Abril 2019.

la potenciación de la participación⁸ y la comunicación dentro del seno de la sociedad mercantil, con lo que implica en su aspecto organizativo. Y finalmente la renovación mediante acciones correctivas de los problemas detectados, así como el seguimiento del comportamiento de esas acciones en aras a constatar su eficacia. En esta última fase de la auditoría aparece el elemento de legalidad, ya que desde la ley fundamentalmente puede controlarse esas acciones concretas de la alta dirección.

El buen gobierno de la empresa⁹ tiene sus raíces en las obligaciones voluntarias basadas en la ética empresarial. Un buen gobierno que afirme con hechos y sin condiciones que el principio ético fundamental de que el hombre está por encima de todo, con independencia de si el sistema es o no capitalista.¹⁰

Desde este planteamiento resulta coherente que la política de transparencia de la organización especifique información, principalmente cualitativa, sobre la cultura, ética, valores, competencia, posición en el mercado, así como los factores externos y la respuesta de la organización a los mismos.¹¹

Después del CASO ENRON, gran parte de los gobiernos de la OCDE desarrollaron normas legales para que la gestión real de las empresas se aproximara lo más posible a los paradigmas teóricos de la excelencia en la alta dirección de la empresa, pues aquel caso había evidenciado una crisis del gobierno corporativo, dejando en entredicho la utilidad de las herramientas

8 GALINDO GARCÍA, ÁNGEL “Voluntariado y sociedad participativa”. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca 2005..

9 GALINDO GARCÍA, ÁNGEL “Moral socioeconómica”. Biblioteca de autores cristianos BAC. Madrid 1996. “La moral económica fundamental puede definirse como la parte de la moral que estudia los fundamentos de la moral que mira al campo social de la vida económica , como organización estructural de la sociedad: las costumbres, la cultura, la comunicación , los sistemas económicos, etc.”

10 Manière, Philippe Paidós Estado y Sociedad ISBN 84-493-1651-0. Para Claude Bébéar Iguien está intentando acabar con el capitalismo. Los saboteadores no pertenecen a los movimientos antiglobalización, ni trabajan en una ONG, ni forman parte de un partido comunista. Los escándalos de ENRON, Worldcom, Vivendi o Parmalat prueban que los terroristas del capitalismo son parte de la misma esencia del sistema: analistas financieros, auditores, abogados, bancos de inversión, agencias de calificación financiera... Por eso, los capitalistas de corazón deben unirse para evitar que las grietas del sistema lo derrumben, ya que, al fin y al cabo, “el carburante del capitalismo es la confianza”.

11 INSTITUTO DE AUDITORES INTERNOS. Fábrica de Pensamiento. Auditoría Interna y la información no financiera. Marzo 2018. Disponible en: https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/fabrica-info-no-financiera.original.pdf Abril 2019.

hasta entonces utilizadas para su consecución. La doctrina¹² coincide en que estos paradigmas aseguran que el poder debe repartirse de forma equilibrada entre la propiedad, los directivos y los representantes de los accionistas minoritarios; que al primer ejecutivo -generalmente un consejero delegado- le corresponde la gestión diaria (o táctica) de la compañía mientras que al consejo de Administración (y a su presidente) corresponde determinar la estrategia general y vigilar al ejecutivo; y que las informaciones facilitadas por la empresa a los accionistas o inversores deben ser exactas, veraces y ratificadas por un auditor imparcial. La percepción general, antes del escándalo ENRON, era que esta visión jamás tuvo una encarnación real. Los escándalos posteriores -y más recientes- cuestionan la eficacia del autocontrol de las empresas en materia de buen gobierno corporativo, si bien cabe suponer que unas empresas se aproximaban al ideal más que otras; pero a cambio, el debate sobre la **utilidad de la “autoregulación”** está sobre la mesa, pues su eficacia real está en función del grado real de implementación de la ética empresarial en cada organización.

Los intentos por alcanzar el buen gobierno de la empresa exclusivamente sobre normas legales exigentes, a pesar de su indudable buena intención, son insuficientes. De hecho el régimen legal de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles es reactivo y no pro activo,¹³ en la medida en que impone un cúmulo de obligaciones de los administradores, ciertamente complejas, en ocasiones, que implican umbrales mínimos en la gestión de la alta dirección como ordenados comerciantes y representantes legales. La solución para garantizar la seguridad de los mercados no está en los tribunales, sino en el desarrollo decidido

12 RAMIREZ-ESCUADERO, JOSE ANTONIO. Los consejos de administración. Gobierno y desgobierno de la empresa. Editorial Díaz de Santos ISBN 84-7978-652-3. Ramírez-Escudero recorre las miserias de los consejos de administración concluyendo entre líneas que los consejos de Administración sirven para bien poco y que los informes alumbrados por las comisiones Olivencia y Aldama han fracasado rotundamente en España.

13 GALINDO GARCÍA, ÁNGEL “Moral socioeconómica”. Biblioteca de autores cristianos BAC. Madrid 1999 Sin embargo un ejemplo de anticipación pro activa de las obligaciones legales lo encontramos en la Disposición adicional décima de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que regula la información de los pagos efectuados a las Administraciones Públicas: “Sexto. Responsabilidad de elaborar y publicar informes. 1. Los administradores de la sociedad serán responsables de garantizar, en la medida de sus conocimientos y capacidades, que el informe sobre los pagos efectuados a las Administraciones Públicas se elabora, aprueba, deposita y publica conforme a los requisitos exigidos por esta Ley. 2. El incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de elaborar, publicar y depositar, dentro del plazo establecido, los documentos a que se refiere esta Ley y sin perjuicio de otras responsabilidades, dará lugar a la imposición de la correspondiente sanción en los términos y condiciones de la legislación aplicable a la sociedad en cuestión.”

de políticas de responsabilidad social corporativa, así como la existencia de un sistema de regulación con autoridad moral y jurídica para implementar el control de auditoría ética. Los intentos de inducir suavemente a las empresas a cumplir reglas rigurosas de buen gobierno y de respeto a los inversores no funcionan, quedando a menudo en meros ejercicios de maquillaje para la galería.

Los principios de la OCDE relativos al gobierno corporativo recomiendan que se reconozcan los derechos de los diferentes grupos de interés¹⁴ y se estimule la cooperación activa entre la sociedad civil y estos grupos para crear riqueza, empleo y lograr la permanencia de empresas financieramente sanas y, en concreto, entre los mecanismos de participación se menciona también la participación en los órganos societarios de supervisión y control de los administradores de la sociedad mercantil. La integración de representantes de los trabajadores en los órganos societarios¹⁵ es una opción de política jurídica que se inspira en la idea de fomentar estructuras de poder compartido, tiene detrás la experiencia en distintas modalidades de una parte importante de Estados miembros de la UE, como elemento de su sistema de gobierno corporativo, que la figura de la Sociedad Anónima Europea está llamada a replantear y dinamizar.¹⁶

14 Los *stakeholders*, grupos de interés que apuestan por la empresa, por ejemplo, empleados, accionistas, clientes, proveedores, etc.

15 El Consejo Europeo de Niza, celebrado los días 7 a 9 de diciembre del año 2000, el Diario Oficial de las Comunidades Europeas publicó el 10 de noviembre de 2001 dos instrumentos normativos llamados a desempeñar un relevante papel en la construcción del Derecho europeo de sociedades: el Reglamento que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y la Directiva que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, uno y otro de 8 de octubre de 2001. Fernández de Cordova Claros, Iñigo en *El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea*. LA LEY, 2002-1, propone algunas claves de entendimiento de las repercusiones de la nueva normativa en el futuro del Derecho de sociedades y presta particular atención a los inconvenientes que hacen incierto el éxito de la Sociedad Anónima Europea.

16 ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO. *Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)* Revista Jurídica La Ley. Madrid 2004: “El reto de nuestro tiempo del lado de la ética empresarial, de la teoría de la responsabilidad social o de la empresa como coalición de intereses plurales, es articular diversos procedimientos de implicación (en el sentido de voz y, en su caso, de voto) de los diversos grupos de interés. La experiencia de la cogestión laboral, señala un camino acreditado en relación con los trabajadores, como agente interno de la empresa. Más difícil es diseñar los adecuados mecanismos de protección de otros implicados externos (clientes, consumidores, proveedores, comunidad local). Para algunos autores bastará la regulación (“juridificación”) de determinadas exigencias éticas o sociales en el ordenamiento (relaciones laborales, seguridad en el trabajo, consumidores discapacitados, medio ambiente, energía nuclear, tabaco etc.) e incrementar las normas de transparencia (p. ej. elaboración de un Informe de responsabilidad social corporativa o Informe de sostenibilidad, valorado conforme a algún Índice de referencia), dejando al ámbito de las recomendaciones y la autorregulación el eventual complemento de mayores espacios de lo demandado por una empresa socialmente responsable y confiando el control de su cumplimiento sólo a la sanción de reputación. Nos ...

El buen gobierno corporativo y la gestión de la responsabilidad social corporativa supone el reconocimiento e integración en la gestión y las operaciones de la organización de las preocupaciones sociales, laborales, medioambientales y de respeto a los derechos humanos que generen políticas, estrategias, y procedimientos que satisfagan dichas preocupaciones y configuren sus relaciones con sus interlocutores y grupos de interés. Para todo ello se precisa identificar los objetivos de la política de responsabilidad social corporativa, sus instrumentos de apoyo, la estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales, las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales, los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de su aplicación, los riesgos asociados, su gestión y finalmente los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial.

En ese proceso resulta imprescindible la transparencia, pues de ella dependen las decisiones de los inversores y demás agentes que operan en los mercados.

Las organizaciones carecen de voluntad. Por tanto los errores detectados no son tanto problemas imputables a la una pretendida “voluntad” de las empresas, sino de las personas que las administran, dirigen y las que trabajan en ellas, de ahí la importancia del factor humano en la ética empresarial, en la que el centro de atención lo debe poner cada cual en función de sus competencias y atribuciones en el seno de cada organización, teniendo en cuenta que las magnitudes y resultados técnicos deberían medirse no tanto por las cifras económicas sino por otros indicadores éticos.

2. Evolución y mejora de los modelos de gobierno corporativo

El **gobierno corporativo de las sociedades de capital** adquirió -con la entrada en vigor de la LSA (RD Lg. 1564/1989, de 22 de diciembre) el 1 de enero de 1990- una relevancia tal que se incorporó paulatinamente, con carácter estructural y

..parece que la reflexión debe avanzar también por la vía de revisar la *constitución de la empresa* en el sentido de abrir el espacio del poder de decisión y control de las decisiones empresariales a otros grupos de interés, aunque como ya se ha indicado, en este orden deben continuar los análisis sobre qué grupos de interés se deben considerar relevantes a efectos de participar en las decisiones empresariales, sobre los modos de organizar y configurar dicha intervención y a qué empresas tiene sentido aplicar los principios de participación orgánica.”

permanente, a la agenda regulatoria de las autoridades y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas. Originariamente centró su atención en el funcionamiento y composición de los órganos de administración de la sociedad de capital (consejo de administración, administrador único y administradores mancomunados y solidarios), pero con el paso del tiempo -hasta la actualidad- la atención sobre el buen gobierno corporativo se ha venido expandiendo a otros campos, como el de los órganos de representación de la sociedad de capital, los directivos propiamente dichos, el funcionamiento de las juntas de accionistas, las comisiones del consejo, las sociedades integradas en grupo, la conducta de los emisores de valores, el uso de la información privilegiada, la manipulación de cotizaciones, la preceptiva comunicación de participaciones excesivas, la comunicación de transacciones de administradores y directivos, las operaciones vinculadas, la información asimétrica de las sociedades mercantiles, las retribuciones y la profesionalización de administradores y directivos.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la LSC para la mejora del gobierno corporativo refleja el esfuerzo regulador sobre gobierno corporativo basado en normas de carácter vinculante en esta materia con dos pilares principales. “Por una parte, el convencimiento generalizado de la utilidad de este tipo de prácticas empresariales. Los agentes económicos y sociales reconocen el valor de una gestión adecuada y transparente de las sociedades, y muy especialmente, de las sociedades cotizadas, cuantificando el impacto de contar con este tipo de medidas y procedimientos, y adoptando sus criterios de inversión en función de los resultados de este análisis. Desde este punto de vista, el buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.”¹⁷

La Comisión Europea enunció la Responsabilidad Social de las Empresas como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones empresariales y sus relaciones con sus interlocutores». Concepto definido por primera vez en el ámbito europeo en el Libro Verde de julio de 2001 «Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad

¹⁷ Preámbulo de La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la LSC para la mejora del gobierno corporativo. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2014/12/04/pdfs/BOE-A-2014-12589.pdf>. Abril 2019.

Social de las Empresas», que acuña posteriormente en la Comunicación de julio de 2002 relativa a «la responsabilidad social de las empresas: una contribución al desarrollo sostenible» y en la Comunicación de marzo de 2006 «poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas».¹⁸

La creación en España del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas al amparo de lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado obedece a la preocupación crear un foro de debate sobre Responsabilidad Social de las Empresas entre las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, Administraciones públicas y otras organizaciones e instituciones de reconocida representatividad en el ámbito de la Responsabilidad Social de las Empresas que sirva como marco de referencia para el desarrollo de la Responsabilidad Social de las Empresas en España, fomentando iniciativas sobre Responsabilidad Social de las Empresas, proponiendo al Gobierno, en el marco de sus funciones asesoras y consultivas, medidas que vayan en ese sentido, prestando una atención especial a la singularidad de las PYMES. Se pretende con ello no solo promocionar estándares y/o características de las memorias y/o informes de Responsabilidad Social de las Empresas y de sostenibilidad, así como herramientas más adecuadas para su elaboración y seguimiento, sino también informar, en su caso, sobre las iniciativas y regulaciones públicas que afecten a las actuaciones de empresas, organizaciones e instituciones públicas y privadas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales, contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible.

18 V. el RD 221/2008, de 15 de febrero, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas que creó el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como un órgano colegiado interministerial, de carácter asesor y consultivo del Gobierno, de composición cuatripartita y paritaria, que se adscribe al Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de la Secretaría General de Empleo. Estará encargado del impulso y fomento de las políticas de Responsabilidad Social de las Empresas y se constituye en el marco de referencia para el desarrollo de esta materia en España. Téngase en cuenta que la ejecución de la STS de 16 de junio de 2010, de la Sala Tercera, obliga a modificar ambos reales decretos, al declarar nulo el inciso final del artículo 5, letra c, en relación al carácter “más representativo” de las organizaciones sindicales. Existe un proyecto de RD para adecuarse a la STS mencionada para modificar el RD 221/2008, de 15 de febrero, disponible en: http://mediasviewer.wkcols.com/pdfView.ashx?url_data_id=8752767&repositoryType=es&action=GET Abril 2019.

Nos referimos por tanto al cumplimiento normativo voluntario como el resultado del cumplimiento de las obligaciones de la organización que se hace sostenible a partir de la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que trabajan en ella, función de cumplimiento que, aún manteniendo su independencia, es preferible que esté integrada con los procesos de gestión de finanzas, riesgos, calidad, medio ambiente y salud y seguridad, y en sus requisitos y procedimientos operacionales. Por tanto, un sistema de gestión de cumplimiento eficaz –como aclara la Norma Internacional ISO 19600:2014– “que abarque a toda la organización permite que la organización demuestre su compromiso de cumplir con la normativa, incluyendo los requisitos legales, los códigos de la industria y los estándares de la organización, así como con los estándares de buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la comunidad en general. El enfoque ideal de una organización hacia compliance consiste en que su dirección aplique los valores fundamentales y los estándares de gobierno corporativo, de ética y de relaciones con la comunidad generalmente aceptados. El que se interiorice a compliance en el comportamiento de las personas que trabajan en una organización depende, sobre todo, de sus directivos, en todos los niveles, y de que existan unos valores claros en la organización, así como de la aceptación y aplicación de medidas que promuevan un comportamiento de cumplimiento. Si eso no sucede así en todos los niveles de la organización, existe riesgo de incumplimiento.”¹⁹

La experiencia de los últimos años reveló la ineficacia de la autorregulación²⁰ de las organizaciones a raíz de los múltiples escándalos financieros producidos dentro y fuera de España, lo que motivó la incorporación de algunas recomendaciones de buen gobierno al régimen legal. Por otro lado, la innegable utilidad de las normas

19 Norma Internacional ISO 19600:2014. En España, UNE-ISO 19600. Esta norma ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 307 Gestión de riesgos cuya Secretaría desempeña AENOR. Como aclara en su introducción « esta norma internacional no especifica requisitos, sino que proporciona una guía para los sistemas de gestión de compliance y prácticas recomendadas ». V. también: ISO 9001, Quality management systems. Requirements. ISO 10002, Quality management. Customer satisfaction. Guidelines for complaints handling in organizations. ISO 14001, Environmental management systems. Requirements with guidance for use. ISO 19011, Guidelines for auditing management systems. ISO 22000, Food safety management systems. Requirements for any organization in the food chain. ISO 26000, Guidance on social responsibility. ISO 31000, Risk management. Principles and guidelines. ISO Guide 73:2009, Risk management. Vocabulary.

20 Entendida como la autorregulación como la capacidad que posee una organización, para regularse a sí misma, lo cual supone un logro de equilibrio espontáneo, sin necesidad de la intervención de otros factores, entidades o instituciones para lograr dicho proceso de autorregulación, pero también la capacidad de regulación de propio mercado, sin incurrir en prácticas de competencia desleal.

de buen gobierno, motivó también el esfuerzo de las organizaciones privadas a la hora de establecer normas voluntarias o códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas²¹, que se basan en el principio de «cumplir o explicar», de manera que en la actualidad coexisten dos tipos de normas de buen gobierno, unas con carácter vinculante (LSC y normas complementarias) y otras voluntarias (Código de buen gobierno aprobado por la CNMV y normas de régimen interno de buen gobierno corporativo de sociedades de capital y otras organizaciones) que superan el nivel de control básico o estrictamente legal.

El vigente Código unificado de buen gobierno aprobado por la CNMV, conocido como “Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”²² (CUBG) va dirigido a las sociedades cotizadas, entendiéndose por tales aquellas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores. Si bien es cierto que sus recomendaciones están destinadas al conjunto de las sociedades cotizadas, con independencia de su tamaño y nivel de capitalización, **somos partidarios de que su implantación vaya más allá de las compañías cotizadas pues contribuye a normalizar el gobierno de las compañías en general**²³.

En la elaboración del Código de buen gobierno aprobado por la CNMV se han tenido en cuenta las recomendaciones del anterior Código Unificado de 2006²⁴, su grado de seguimiento y los estándares internacionales de buen gobierno, tales como las recomendaciones de la Comisión Europea, las propuestas de otros organismos internacionales y asociaciones, las aportaciones doctrinales y la normativa legal de países comparables.

Desde el punto de vista individual las normas contribuyen a potenciar la competitividad individual de las empresas, así como a implementar las buenas prácticas de gestión tienen incidencia directa en el valor de las empresas. Y desde el punto de vista global las recomendaciones contribuyen a generar

²¹ Artículo 495.1 de la LSC.

²² Disponible en: http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf Abril 2019.

²³ Su ámbito de aplicación se refiere a todas las sociedades cotizadas con acciones admitidas a negociación en mercado secundario oficial, con independencia de su sector, tamaño o nivel de capitalización, aunque algunas recomendaciones solo para sociedades de mayor capitalización -Ibex 35-como por ejemplo la comisión de nombramientos y retribuciones. En las sociedades pequeñas pueden elegir explicar no seguimiento de aquellas recomendaciones poco apropiadas o muy onerosas.

²⁴ Conocido con el nombre de Código CONTHE, a su vez precedido por los Códigos OLIVENCIA y ALDAMA.

confianza de los inversores en las empresas mediante el desarrollo de una cultura de valores profesionales y éticos adecuados, favorece el control de los riesgos, posibilita un sistema financiero más fuerte, empresas más saneadas con un crecimiento más sostenible.

En total 25 principios agrupados en apartado II del Código, con 64 recomendaciones en tres bloques:

- Aspectos generales (5).
- Junta general de accionistas (6).
- Consejo de administración (53).

Muchas recomendaciones del CUBG se han incorporado a norma por considerarse su cumplimiento esencial. Comparativa con Código anterior (2006 actualizado 2013):

- 23 recomendaciones nuevas.
- 12 recomendaciones eliminadas al incorporarse a LSC.
- 21 recomendaciones modificadas en contenido y/o redacción.

El buen gobierno cotiza al alza, pero un buen gobierno con convicción, no solo porque implica una “tendencia reforzar el papel de supervisión de los gestores por parte del consejo de administración y aclarar las responsabilidades de sus miembros, con recomendaciones concretas dirigidas a aumentar su efectividad”²⁵, sino porque solo tiene sentido desde la convicción de las bondades que implica la implementación buenas prácticas de gobierno corporativo.

Sin perjuicio de la obligación legal contenida en el artículo 538 de la LSC que obliga a las sociedades que hayan emitido valores admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea a

²⁵ Como indica SCOTT JHON, “El buen gobierno cotiza al alza” en DIARIO EL PAIS, 25 febrero 2015 http://elpais.com/elpais/2015/02/24/opinion/1424774623_177508.html: “La gestión del riesgo, inherente a la empresa, toma cuerpo y precisa de una función específica en las recomendaciones del código. El desarrollo de las políticas de responsabilidad social corporativa como un elemento que conecta a las empresas con la sociedad a la que sirven o las recomendaciones dirigidas a los esquemas de remuneración de los consejeros y alta dirección servirán de palanca a muchas organizaciones para definir mejor su papel en la sociedad, estar mejor preparadas y ser más competitivas en un entorno cambiante, complejo e interconectado por el avance de la tecnología.” V. también SCOTT JHON, “El buen gobierno desde la convicción” en DIARIO EL PAIS, 15 junio 2015.

incluir en el informe de gestión, en una sección separada, el informe de gobierno corporativo, el vigente CUBG introduce dos recomendaciones nuevas:

1.- Que la política de responsabilidad social corporativa incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés, identificando una lista de mínimos de aspectos que debe incluir (recomendación 54):

“Que la política de responsabilidad social corporativa incluya los principios o compromisos que la empresa asuma voluntariamente en su relación con los distintos grupos de interés e identifique al menos:

a) Los objetivos de la política de responsabilidad social corporativa y el desarrollo de instrumentos de apoyo.

b) La estrategia corporativa relacionada con la sostenibilidad, el medio ambiente y las cuestiones sociales.

c) Las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales.

d) Los métodos o sistemas de seguimiento de los resultados de la aplicación de las prácticas concretas señaladas en la letra anterior, los riesgos asociados y su gestión.

e) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, la ética y la conducta empresarial.

f) Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés.

g) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor.”

2.- Que la sociedad informe, en un documento separado o en el informe de gestión, sobre los asuntos relacionados con esta área (recomendación 55):

“Que la sociedad informe, en un documento separado o en el informe de gestión, sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad social corporativa, utilizando para ello alguna de las metodologías aceptadas internacionalmente”.

A propósito de las remuneraciones de los consejeros de las sociedades se incorporan aspectos de la Recomendación de la Comisión Europea:

- 1.- Que el pago de una parte relevante de los componentes variables se difiera por un periodo mínimo de tiempo (recomendación 59)²⁶.
- 2.- Que los acuerdos contractuales incluyan una cláusula que permita a la sociedad reclamar el reembolso de los componentes variables cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad (recomendación 63)²⁷.
- 3.- Que los pagos por resolución de contrato (cláusulas clawback) no superen un importe equivalente a dos años de remuneración total anual, y no se abone hasta que la sociedad haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos (recomendación 64)²⁸.

No hay gestión de riesgos sin control, de ahí que para que la función de control y gestión de riesgos la sociedad debe contar con esta función ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración, con las siguientes funciones (recomendación 46):

- a) Asegurar el buen funcionamiento de los sistemas de control y gestión de riesgos y, en particular, que se identifican, gestionan, y cuantifican adecuadamente todos los riesgos importantes que afecten a la sociedad.
- b) Participar activamente en la elaboración de la estrategia de riesgos y en las decisiones importantes sobre su gestión.

26 “Que el pago de una parte relevante de los componentes variables de la remuneración se difiera por un período de tiempo mínimo suficiente para comprobar que se han cumplido las condiciones de rendimiento previamente establecidas.

27 “Que los acuerdos contractuales incluyan una cláusula que permita a la sociedad reclamar el reembolso de los componentes variables de la remuneración cuando el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad.”

28 “Que los pagos por resolución del contrato no superen un importe establecido equivalente a dos años de la retribución total anual y que no se abonen hasta que la sociedad haya podido comprobar que el consejero ha cumplido con los criterios de rendimiento previamente establecidos.”

c) Velar por que los sistemas de control y gestión de riesgos mitiguen los riesgos adecuadamente en el marco de la política definida por el consejo de administración.

De manera que puedan identificarse, al menos los siguientes riesgos (recomendación 45):

“a) Los distintos tipos de riesgo, financieros y no financieros (entre otros los operativos, tecnológicos, legales, sociales, medio ambientales, políticos y reputacionales) a los que se enfrenta la sociedad, incluyendo entre los financieros o económicos, los pasivos contingentes y otros riesgos fuera de balance.

b) La fijación del nivel de riesgo que la sociedad considere aceptable.

c) Las medidas previstas para mitigar el impacto de los riesgos identificados, en caso de que llegaran a materializarse.

d) Los sistemas de información y control interno que se utilizarán para controlar y gestionar los citados riesgos, incluidos los pasivos contingentes o riesgos fuera de balance.”

La utilización de códigos de buen gobierno de carácter voluntario junto con el principio de «cumplir o explicar» (explicaciones adecuadas en el informe anual de gobierno corporativo), se basa no solo en la conveniencia y utilidad de disponer de guías y recomendaciones con los paradigmas para la mejora de la toma de decisiones de la alta dirección de las organizaciones, sino en la relevancia de transparencia informativa en los mercados de valores, transparencia que resulta a la postre fundamental para las decisiones de los inversores y demás agentes que operan en los mercados.

En este sentido en España han sido numerosas las normas dictadas durante los últimos años en materia de transparencia informativa al mercado, entre ellas destacamos las siguientes.

1.- La Ley 44/2002, de 22 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, conocida con el nombre de **Ley Financiera** que exigió más transparencia en las operaciones vinculadas, requiriendo a las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales que incluyeran en su información semestral al mercado datos

cuantificados de las operaciones realizadas por la sociedad con partes vinculadas. La Ley Financiera reguló de forma más precisa la comunicación de la información relevante, así como la obligatoriedad del Comité de Auditoría para las sociedades emisoras de acciones u obligaciones admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales de valores.

2. La Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como **Ley de Transparencia**, que incorporó a la normativa legal ciertas recomendaciones del Informe Aldama, tales como la publicación obligatoria de los pactos parasociales que afecten a las sociedades cotizadas, la obligación para las sociedades cotizadas de contar con un reglamento de la junta general y un reglamento del consejo de administración, la nominación detallada de los deberes de los administradores que sirvió para delimitar el régimen de su responsabilidad y la obligación de que las sociedades cotizadas publiquen el informe de Auditoría.

3. La **Ley 2/2011**, de 4 de marzo, **de Economía Sostenible**, en la que – entre otras cosas- se ampliaron las obligaciones de transparencia de las operaciones vinculadas, se modificó el régimen aplicable al Informe Anual de Gobierno Corporativo, se obligó a dar publicidad a el Informe Anual sobre Remuneraciones de los Consejeros y se ampliaron las facultades supervisoras de la CNMV en relación con las obligaciones de información a cargo de los emisores de valores cotizados.

Paralelamente a este proceso en Europa se aprobó la **Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013**²⁹, que se refiere a la declaración sobre la gobernanza empresarial en su artículo 20, el cual exige a las empresas admitidas a cotización que faciliten información sobre aspectos específicos de sus estructuras de gobernanza empresarial en su declaración sobre gobernanza empresarial. Con posterioridad se aprobó la Recomendación 2014/208/UE de la Comisión de 9 de abril de 2014 sobre la calidad de la información presentada en relación con la gobernanza empresarial («cumplir o explicar»). Esta **Recomendación tiene por objeto ofrecer orientación a los Estados miembros, los organismos responsables de los códigos nacionales de gobernanza empresarial**, las empresas y otras partes interesadas, todo ello con la finalidad de mejorar la calidad global de las declaraciones sobre gobernanza empresarial publicadas por las empresas de

29 V. el artículo 20 de la Directiva 2013/34/UE.

conformidad con el artículo 20 de la Directiva 2013/34/UE y, en particular, la calidad de las explicaciones ofrecidas por las empresas en caso de no aplicación de las recomendaciones del código de gobernanza empresarial pertinente. Se recomienda que, cuando proceda, los códigos de gobernanza empresarial establezcan una clara distinción entre las partes del código que no pueden dejar de aplicarse, las partes que se aplican siguiendo el principio «cumplir o explicar» y las que se aplican de forma meramente voluntaria.

La Recomendación hace especial énfasis en la necesidad de mejorar la calidad de las declaraciones sobre gobernanza empresarial, de manera que para de seguir mejorando la transparencia para los accionistas, los inversores y otras partes interesadas, y además de la información, las empresas deberían describir la forma en que han aplicado el código de gobernanza empresarial pertinente en relación con los temas que revisten mayor importancia para los accionistas. La información debería ser lo suficientemente clara, exacta y completa como para permitir que los accionistas, los inversores y otras partes interesadas comprendan bien la manera en que se administra la empresa. Además, debería hacer referencia a la situación y las características específicas de la empresa, como su tamaño, estructura o propiedad, o cualesquiera otras características pertinentes.

Además el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2013/34/UE obliga a las empresas admitidas a cotización a dar explicaciones en caso de no aplicación de las recomendaciones del código al que estén sujetas o que hayan decidido aplicar voluntariamente. Las empresas deberían indicar claramente qué recomendaciones específicas no han aplicado, y, para cada caso de no aplicación de una recomendación individual:

- a) explicar de qué manera han desatendido esa recomendación;
- b) describir las razones para ello;
- c) describir cómo adoptaron la decisión de desatender la recomendación;
- d) cuando la no aplicación sea temporal, explicar cuándo prevén atender una recomendación específica;
- e) cuando proceda, describir la medida adoptada en lugar del cumplimiento de la recomendación y explicar cómo contribuye esa medida al logro del objetivo subyacente de la recomendación específica o del código en su conjunto; o aclarar cómo contribuye a la buena gobernanza empresarial.

Para motivar a las empresas a dar cumplimiento a lo dispuesto en el código de gobernanza empresarial o explicar mejor las desviaciones del mismo, es preciso llevar a cabo una supervisión eficiente a nivel nacional, dentro del marco de los regímenes de control actuales.

3. Gobernanza de las empresas públicas

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público introdujo en su artículo 35 la extensión del régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a las sociedades públicas: “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.” Ello implica una agravación del riesgo, dado el carácter objetivo, impersonal y directo de esta responsabilidad. La Ley 40/2015 mantiene el concepto de sociedades mercantiles estatales vigente en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, respecto de las cuales se incluye como novedad que la responsabilidad aplicable a los miembros de sus consejos de administración designados por la Administración General del Estado será asumida directamente por la Administración designante. Todo ello, sin perjuicio de que pueda exigirse de oficio la responsabilidad del administrador por los daños y perjuicios causados cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia grave.

La necesidad de mejora de la gobernanza empresarial adquiere una mayor relevancia en las empresas públicas existentes en España. En la actualidad dentro del Sector Público Institucional existen 5.751 entidades (sociedades, consorcios, fundaciones, organismos autónomos, universidades, etc) con personalidad jurídica propia vinculadas en mayor o menor grado a una Administración central, autonómica o local. De los anteriores, el 39% son sociedades mercantiles o entidades públicas empresariales. Si a estas entidades con personalidad sumamos las administraciones públicas en sus diferentes formas de personificación (Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Mancomunidades, etc) llegamos a los 18.754 entes públicos existentes hoy en España.

El Sector Público Estatal en España tiene 141.000 trabajadores, representa una cifra de negocio de 27.000 millones de euros, gestiona activos por valor de

226.000 millones de euros, con un endeudamiento de 63.000 millones de euros (un 5,4% del total PIB). De todas las inversiones realizadas por el Sector Público estatal incluyendo organismos autónomos y seguridad social, más del 50% se realizará directamente a través de entidades del Sector Público Institucional, concentrándose el 91% de la cifra de negocio y el 89% de la inversión total en únicamente siete entidades.³⁰

Por tanto, las organizaciones del sector público español representan una parte sustancial del PIB, del empleo y de la capitalización de mercado. Además ocupan una posición destacada en sectores de servicios básicos e infraestructura, como energía, transporte y telecomunicaciones, cuyo funcionamiento es de gran importancia para amplios segmentos de la población y para otras partes del sector privado.

Las sociedades mercantiles de las Administraciones Públicas tienen un marcado carácter instrumental en la medida en que sirven a las Administraciones para cumplir con funciones ejecutivas del servicio público o de intervención administrativa. Obedecen al fenómeno de la descentralización funcional, consistente en la descarga de tareas de los servicios centrales de las Administraciones hacia órganos especializados, dotados de personalidad jurídica y cierta independencia de gestión. Este hecho responde al incremento de las actividades de las Administraciones Públicas así como a creciente especialización técnica y sectorial.

Las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión. En particular se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales.

Las Administraciones Públicas deben establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad

³⁰ Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2019. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-38-1.PDF Abril 2019

financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.

Los organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración Autonómica y Local se rigen por las disposiciones básicas de la Ley 40/2015, que les resulten de aplicación, y en particular, por lo dispuesto en los Capítulos I y VI y en los artículos 129 y 134, así como por la normativa propia de la Administración a la que se adscriban.

Como indicábamos la Ley 40/2015 regula en su artículo 115 el régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales designados por la Administración General del Estado, disponiendo que la responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó. A su vez la Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia grave, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

Al autorizar la constitución de una sociedad mercantil estatal con forma de sociedad anónima, de acuerdo con lo previsto en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma. En ausencia de esta atribución expresa corresponde íntegramente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el ejercicio de las facultades que esta Ley y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, otorgan para la supervisión de la actividad de la sociedad. El Ministerio de tutela deberá ejercer el control de eficacia e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual, previa conformidad, en cuanto a sus aspectos financieros, de la Dirección General del Patrimonio del Estado si se trata de sociedades cuyo capital corresponda íntegramente a la Administración General del Estado, o del organismo público que sea titular de su capital.

Cabe la posibilidad –en casos excepcionales- de que el titular del departamento al que corresponda su tutela dicte instrucciones precisas a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución. Cuando las instrucciones que imparta el Ministerio de tutela impliquen una variación de los Presupuestos de Explotación y Capital de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el órgano de administración no podrá iniciar la cumplimentación de la instrucción sin contar con la autorización del órgano competente para efectuar la modificación correspondiente. En este caso, los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido estas instrucciones actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 236 del RDLg 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.

La Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas “proporcionan un criterio de referencia acordado a nivel internacional para ayudar a los gobiernos a evaluar y mejorar la forma en que ejercen sus funciones de propiedad en las empresas públicas. Se basan en una gran cantidad de experiencias concretas procedentes de un gran número de países de todo el mundo, tanto de la OCDE como no miembros, y ofrecen recomendaciones concretas sobre los retos de gobierno corporativo que deben afrontarse cuando el Estado es el propietario de la empresa.”³¹ De ahí la importancia de crear condiciones neutrales para que empresas privadas y públicas compitan sin privilegios en un sector empresarial sólido y competitivo.

De las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas destacamos las siguientes:

I.- Para garantizar el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas en igualdad de condiciones dentro de los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado. El marco debería basarse y ser plenamente compatible con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo.

31 V. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, 2004. “Gobierno Corporativo de Empresas Públicas: un Estudio de Países de la OCDE”, OCDE, 2005 y “La Privatización de Empresas Públicas. Una Visión General de Políticas y Prácticas en Países de la OCDE”, OCDE, 2003. Y finalmente OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises 2011.

II.- La actuación del Estado como propietario implica debe ser informada y activa, estableciendo una política de propiedad clara y consistente, garantizando que el gobierno corporativo de las empresas públicas se realiza de forma transparente y responsable, con el nivel necesario de profesionalismo y efectividad.

III.- Para un tratamiento equitativo de los accionistas tanto el Estado como las empresas públicas deberían reconocer los derechos de todos los accionistas, y conforme a los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo, garantizar un trato equitativo y acceso igualitario a la información corporativa.

IV.- Respecto de las relaciones con las partes interesadas, la política de propiedad del Estado debería reconocer plenamente las responsabilidades de las empresas públicas con dicha partes interesadas y pedir que informen sobre sus relaciones con éstas.

V.- A propósito de la transparencia y divulgación, las empresas públicas deberían mantener un elevado nivel de transparencia de conformidad con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo.

VI.- Los Directorios de las empresas públicas deberían contar con la suficiente autoridad, competencia y objetividad para realizar su función de guía estratégica y supervisión de la administración, actuando con integridad y asumiendo la responsabilidad por sus acciones.

De acuerdo con las Directrices de la OCDE, -coincidentes con las de las del FMI y la Comisión Europea- el Estado debe actuar en todo momento como un propietario activo e informado, velando porque la gobernanza de las empresas públicas se lleve a cabo de forma transparente, sin involucrarse en la toma de decisiones operativas, evitando redefinir periódicamente los objetivos de las empresas públicas de manera poco transparente, y permitiendo, en consecuencia, que las empresas operen con autonomía en la consecución de sus objetivos sin intervenir en su gestión ordinaria.

4. Honorabilidad y aptitud de quienes ejerzan la dirección efectiva o desempeñen funciones que integren al sistema de gobierno de la entidad

Concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no genere dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad.

Para valorar la concurrencia de honorabilidad comercial y profesional deberá considerarse toda la información disponible, incluyendo:

a) La trayectoria del cargo en cuestión en su relación con las autoridades de regulación y supervisión de la actividad de la empresa; las razones por las que hubiera sido despedido o cesado en puestos o cargos anteriores; su historial de solvencia personal y de cumplimiento de sus obligaciones; o si hubiera estado inhabilitado conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los quebrados y concursados no rehabilitados en procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la referida ley.

b) La condena por la comisión de delitos o, y la sanción por la comisión de infracciones administrativas teniendo en cuenta:

1°. El carácter doloso o imprudente del delito, falta o infracción administrativa.

2°. Si la condena o sanción es o no firme.

3°. La gravedad de la condena o sanción impuestas.

4°. La tipificación de los hechos que motivaron la condena o sanción, especialmente si se tratase de delitos contra el patrimonio, blanqueo de capitales, contra el orden socioeconómico y contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, o supusiesen infracción de las normas reguladoras del ejercicio de la actividad de la empresa.

5°. Si los hechos que motivaron la condena o sanción se realizaron en provecho propio o en perjuicio de los intereses de terceros cuya administración o gestión de negocios le hubiese sido confiada, y en su caso, la relevancia de los hechos por los que se produjo la condena o sanción en relación con las funciones que tenga asignadas o vayan a asignarse al cargo en cuestión en la empresa.

6°. La prescripción de los hechos ilícitos de naturaleza penal o administrativa o la posible extinción de la responsabilidad penal.

7°. La existencia de circunstancias atenuantes y la conducta posterior desde la comisión del delito o infracción.

8°. La reiteración de condenas o sanciones por delitos o infracciones.

5. Divulgación de información no financiera

Se considera información no financiera aquel conjunto de datos destinados a los grupos de interés (la sociedad en general, accionistas, empleados, proveedores, sindicatos, etc.) que no está definida por una norma de contabilidad o un cálculo de una medida basada en una norma contable.³²

La divulgación de información no financiera o relacionada con la responsabilidad social corporativa supone una nueva obligación para los administradores de grandes organizaciones que contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad. Esta información –en línea con el Acuerdo Mundial de Responsabilidad Social Corporativa de Naciones Unidas– es esencial para la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.³³

Están obligadas a proporcionar información no financiera las sociedades o grupos de sociedades con una media anual de más de 500 empleados que, o bien son de interés público, o bien tienen una cifra de negocio mayor de 40 millones de euros o activos por encima de 20 millones de euros.³⁴ Dicho informe se pondrá a disposición del público de forma gratuita y será fácilmente accesible

³² V. Auditoría Interna e información no financiera. La fábrica de pensamiento. Instituto de Auditores Internos de España, marzo de 2018. Disponible en: https://auditoresinternos.es/uploads/media_items/fabrica-info-no-financiera.original.pdf.

³³ Considerando (3) de la Directiva 2014/95/UE.

³⁴ Requisitos conforme a lo establecido en el apartado 2, 5 del artículo 44 del CCO:

“a) Que el número medio de trabajadores empleados por las sociedades del grupo durante el ejercicio sea superior a 500.

b) Que o bien, tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

1.º Que el total de las partidas del activo consolidado sea superior a 20.000.000 de euros.

2.º Que el importe neto de la cifra anual de negocios consolidada supere los 40.000.000 de euros.

3.º Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos.

Las sociedades cesarán en la obligación de elaborar el estado de información no financiera si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos cualquiera de los requisitos anteriormente establecidos.

En los dos primeros ejercicios sociales desde la constitución de un grupo de sociedades, la sociedad dominante estará obligada a elaborar el estado de información no financiera consolidado, incluyendo a todas sus filiales y para todos los países en los que opera, cuando al cierre del primer ejercicio se cumplan, al menos, dos de las tres circunstancias mencionadas en la letra b), siempre que al cierre del ejercicio se cumpla además el requisito previsto en la letra a)”

en el sitio web de la sociedad dentro de los seis meses posteriores a la fecha de finalización del año financiero y por un período de cinco años, sin que la información contenida en el informe de gestión consolidado justifique en ningún caso su ausencia en las cuentas anuales consolidadas.

La Directiva 2014/95/UE amplió el contenido exigido en el informe anual de gobierno corporativo que deben publicar las sociedades anónimas cotizadas, en aras de mejorar la transparencia facilitando la comprensión de la organización y sus negocios. La nueva obligación para estas sociedades consiste en la divulgación de las «políticas de diversidad de competencias y puntos de vista» que apliquen a su órgano de administración respecto a cuestiones como la edad, el sexo, la discapacidad, o la formación y experiencia profesional. En caso de que la sociedad no aplicase una política de diversidad, no existe obligación alguna de establecerla, aunque la declaración sobre gobernanza empresarial ha de explicar claramente el motivo por el que no se aplica.

Con esta finalidad la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, modificó el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

El estado de información no financiera consolidado incluirá la información necesaria con la finalidad de comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la no discriminación e inclusión de las personas con discapacidad y la accesibilidad universal, con inclusión de los siguientes aspectos:

- a) Una breve **descripción del modelo de negocio** del grupo, que incluirá su entorno empresarial, su organización y estructura, los mercados en los que opera, sus objetivos y estrategias, y los principales factores y tendencias que pueden afectar a su futura evolución.
- b) Una descripción de las políticas que aplica el grupo respecto a dichas cuestiones, que incluirá los procedimientos de diligencia debida aplicados para la **identificación, evaluación, prevención y atenuación de riesgos**

e impactos significativos y de verificación y control, incluyendo qué medidas se han adoptado.

c) **Los resultados de esas políticas**, debiendo incluir indicadores clave de resultados no financieros pertinentes que permitan el seguimiento y evaluación de los progresos y que favorezcan la comparabilidad entre sociedades y sectores, de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia utilizados para cada materia.

d) Los principales **riesgos** relacionados con esas cuestiones vinculados a las actividades del grupo, entre ellas, cuando sea pertinente y proporcionado, sus relaciones comerciales, productos o servicios que puedan tener efectos negativos en esos ámbitos, y cómo el grupo gestiona dichos riesgos, explicando los procedimientos utilizados para detectarlos y evaluarlos de acuerdo con los marcos nacionales, europeos o internacionales de referencia para cada materia. Debe incluirse información sobre los impactos que se hayan detectado, ofreciendo un desglose de los mismos, en particular sobre los principales riesgos a corto, medio y largo plazo.

e) **Indicadores** clave de resultados no financieros que sean pertinentes respecto a la actividad empresarial concreta, y que cumplan con los criterios de comparabilidad, materialidad, relevancia y fiabilidad. Con el objetivo de facilitar la comparación de la información, tanto en el tiempo como entre entidades, se utilizarán especialmente estándares de indicadores clave no financieros que puedan ser generalmente aplicados y que cumplan con las directrices de la Comisión Europea en esta materia y los estándares de **Global Reporting Initiative**,³⁵ debiendo mencionar en el informe el marco nacional, europeo o internacional utilizado para cada materia. Los indicadores clave de resultados no financieros deben aplicarse a cada uno de los apartados del estado de información no financiera. Estos indicadores deben ser útiles, teniendo en cuenta las circunstancias específicas y coherentes con los parámetros utilizados en sus procedimientos internos

³⁵ Creado por CERES (Coalition for Environmentally Responsible Economies) a finales del siglo XX con apoyo financiero de las Naciones Unidas, hoy es el modelo de reporte más seguido en el mundo. “Los Estándares GRI representan las mejores prácticas a nivel global para informar públicamente los impactos económicos, ambientales y sociales de una organización. La elaboración de informes de sostenibilidad a partir de estos Estándares proporciona información acerca de las contribuciones positivas y negativas de las organizaciones al desarrollo sostenible.” Disponible en: <https://www.globalreporting.org/standards/gri-standards-translations/gri-standards-spanish-translations-download-center/#user-details>

de gestión y evaluación de riesgos. En cualquier caso, la información presentada debe ser precisa, comparable y verificable.

La información incluida en el estado de información no financiera será verificada por un prestador independiente de servicios de verificación.

El informe con los datos no financieros consolidados incluirá información significativa sobre las siguientes cuestiones:

5.1. Información sobre cuestiones medioambientales

La lucha contra el cambio climático y la transición energética supone una oportunidad que no debe desaprovecharse. Requiere una transformación del modelo en el que se desacople el crecimiento económico de las emisiones de gases de efecto invernadero, pero con garantía de que la transición se efectúe sin situar a la organización en una posición de desventaja respecto de otros países de su entorno.

Las actuaciones medioambientales de la organización deben regirse por los principios reconocidos en el Derecho nacional, comunitario e internacional de aplicación en materia de energía y clima. Especialmente, en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, el Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible y la normativa europea, así como en los principios siguientes:

- a) Desarrollo sostenible.
- b) Descarbonización de la economía española, entendiendo por tal la consecución de un modelo socioeconómico sin emisiones de gases de efecto invernadero.
- c) Protección del medio ambiente, y aplicación del principio “quien contamina, paga”.
- d) Cohesión social y territorial.
- e) Protección de la salud.
- f) Protección de colectivos vulnerables, con especial consideración a la infancia.
- g) Igualdad entre mujeres y hombres.
- h) Mejora de la competitividad de nuestros sectores productivos.

- i) Precaución o cautela.
- j) No regresión.

La información no financiera en materia medioambiental deberá incluir los efectos actuales y previsibles de las actividades de la empresa en el medio ambiente y en su caso, la salud y la seguridad, los procedimientos de evaluación o certificación ambiental; los recursos dedicados a la prevención de riesgos ambientales; la aplicación del principio de precaución, la cantidad de provisiones y garantías para riesgos ambientales.

- **Contaminación:** medidas para prevenir, reducir o reparar las emisiones de carbono que afectan gravemente el medio ambiente; teniendo en cuenta cualquier forma de contaminación atmosférica específica de una actividad, incluido el ruido y la contaminación lumínica.
- **Economía circular y prevención y gestión de residuos:** medidas de prevención, reciclaje, reutilización, otras formas de recuperación y eliminación de desechos; acciones para combatir el desperdicio de alimentos.
- **Uso sostenible de los recursos:** el consumo de agua y el suministro de agua de acuerdo con las limitaciones locales; consumo de materias primas y las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia de su uso; consumo, directo e indirecto, de energía, medidas tomadas para mejorar la eficiencia energética y el uso de energías renovables.
- **Cambio climático:** los elementos importantes de las emisiones de gases de efecto invernadero generados como resultado de las actividades de la empresa, incluido el uso de los bienes y servicios que produce; las medidas adoptadas para adaptarse a las consecuencias del cambio climático; las metas de reducción establecidas voluntariamente a medio y largo plazo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y los medios implementados para tal fin.
- **Protección de la biodiversidad:** medidas tomadas para preservar o restaurar la biodiversidad; impactos causados por las actividades u operaciones en áreas protegidas.

5.2. Información sobre cuestiones sociales y relativas al personal

La información sobre cuestiones sociales y relativas al personal incluirá necesariamente datos sobre:

– **Empleo:** número total y distribución de empleados por sexo, edad, país y clasificación profesional; número total y distribución de modalidades de contrato de trabajo, promedio anual de contratos indefinidos, de contratos temporales y de contratos a tiempo parcial por sexo, edad y clasificación profesional, número de despidos por sexo, edad y clasificación profesional; las remuneraciones medias y su evolución desagregados por sexo, edad y clasificación profesional o igual valor; brecha salarial, la remuneración de puestos de trabajo iguales o de media de la sociedad, la remuneración media de los consejeros y directivos, incluyendo la retribución variable, dietas, indemnizaciones, el pago a los sistemas de previsión de ahorro a largo plazo y cualquier otra percepción desagregada por sexo, implantación de políticas de desconexión laboral, empleados con discapacidad.

– **Organización del trabajo:** organización del tiempo de trabajo; número de horas de absentismo; medidas destinadas a facilitar el disfrute de la conciliación y fomentar el ejercicio corresponsable de estos por parte de ambos progenitores.

– **Salud y seguridad:** condiciones de salud y seguridad en el trabajo; accidentes de trabajo, en particular su frecuencia y gravedad, así como las enfermedades profesionales; desagregado por sexo.

– **Relaciones sociales:** organización del diálogo social, incluidos procedimientos para informar y consultar al personal y negociar con ellos; porcentaje de empleados cubiertos por convenio colectivo por país; el balance de los convenios colectivos, particularmente en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo.

– **Formación:** las políticas implementadas en el campo de la formación; la cantidad total de horas de formación por categorías profesionales.

– **Accesibilidad** universal de las personas con discapacidad.

– **Igualdad:** medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad (Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de

las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.

5.3. Información sobre el respeto de los derechos humanos

La información sobre derechos humanos incluirá la aplicación de procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos; prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil.

5.4. Información relativa a la lucha contra la corrupción y el soborno

La información en materia de lucha contra la corrupción y el soborno incluirá las medidas adoptadas para prevenir la corrupción y el soborno; medidas para luchar contra el blanqueo de capitales, aportaciones a fundaciones y entidades sin ánimo de lucro.

5.5. Información sobre la sociedad

El informe incluirá:

– **Información con los compromisos de la empresa con el desarrollo sostenible:** el impacto de la actividad de la sociedad en el empleo y el desarrollo local; el impacto de la actividad de la sociedad en las poblaciones locales y en el territorio; las relaciones mantenidas con los actores de las comunidades locales y las modalidades del diálogo con estos; las acciones de asociación o patrocinio.

– **Información de la subcontratación y proveedores:** la inclusión en la política de compras de cuestiones sociales, de igualdad de género y ambientales; consideración en las relaciones con proveedores y subcontratistas de su responsabilidad social y ambiental; sistemas de supervisión y auditorías y resultados de las mismas.

- **Consumidores:** medidas para la salud y la seguridad de los consumidores; sistemas de reclamación, quejas recibidas y resolución de las mismas.
- **Información fiscal:** los beneficios obtenidos país por país; los impuestos sobre beneficios pagados y las subvenciones públicas recibidas.

Una empresa dependiente perteneciente a un grupo estará exenta de la anterior obligación si la empresa y sus dependientes están incluidas en el informe de gestión consolidado de otra empresa. Por otro lado, y en cualquier caso, **las pequeñas y medianas empresas quedan eximidas de la obligación de incluir una declaración no financiera, así como de requisitos adicionales vinculados a dicha obligación.**

La Ley 11/2018 ha reformulado el apartado 2 del artículo 529 bis de la LSC respecto de los **procedimientos de selección de consejeros de sociedades cotizadas**, de forma que favorezcan la diversidad no sólo en materia de género, experiencias y conocimientos sino también de edad, discapacidad y formación. Por otro lado refuerza de las **facultades indelegables del consejo de administración**, mediante la incorporación de una nueva letra j) en el artículo 529 ter de la LSA incluyendo entre las facultades indelegables del consejo de administración de las sociedades cotizadas la supervisión del proceso de elaboración y presentación de la información financiera y del informe de gestión que incluirá, cuando proceda, la información no financiera preceptiva. Y amplía el contenido del informe anual de gobierno corporativo sobre la política de diversidad, introduciendo un mayor detalle de la información a incluir sobre la política de diversidad, referida no solo al consejo de administración, sino también al de dirección y a las comisiones especializadas.

Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas deben comprobar que se haya facilitado el estado de información no financiera.³⁶

El Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas elaborará anualmente un informe sobre la calidad de la relevancia, neutralidad, materialidad,

³⁶ Se modifica el artículo 35 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, sobre el informe de auditoría de cuentas anuales de entidades consideradas de interés público, para incluir y precisar la actuación de los auditores de cuentas, tanto en relación con los estados de información no financiera, como en relación con la información sobre diversidad incluida en el informe anual de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas.

integridad, contexto de sostenibilidad, precisión, claridad, comparabilidad, fiabilidad de la información emitida en los estados de información no financiera, dicho informe será presentado con carácter anual en el Senado.

II. ESCENARIOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El régimen de responsabilidad regulado en los artículos 237 a 241 de la LSC se completa con la previsión del artículo 172 bis de la Ley Concursal 22/2003, pudiendo distinguirse tres clases de responsabilidad civil, a tenor de sus respectivas fuentes de responsabilidad por daños, por deudas y déficit concursal y finalmente por no disolución. Para simplificar la clasificación partiremos de la base de la existencia de dos escenarios generales de responsabilidad de los administradores societarios a tenor del criterio de imputación empleado. Por un lado los supuestos de descapitalización de la empresa o insolvencia (incapacidad de una empresa para pagar las deudas adquiridas) en los que se la base de la acción de reclamación de responsabilidad de los administradores se sustenta en la infracción del artículo 367 de la LSC, como consecuencia de la concurrencia de causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves; y por otro, los casos en los que se la reclamación se basa en la infracción de la ley, los estatutos, el incumplimiento de los deberes de los administradores (artículos 237 y concordantes de la LSC), en suma, de la infracción de los estándares que se esperan de los gestores de la sociedad.

Los dos escenarios descritos se encuentran inmersos en un sistema de órgano de administración social que es monista, tal y como declaró la importante STS, de 26 de febrero de 2018, ya que no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas. “Por tanto, con la expresión «administradores en su condición de tales» se está haciendo referencia al administrador en el ejercicio de su cargo, esto es, al cargo de administrador que se menciona en el primer apartado del art. 217 LSC, y se contrapone a la utilización del término «administradores» por preceptos como el art. 220 LSC, referido a las sociedades de responsabilidad limitada, que hace referencia no al cargo, sino a la persona que lo desempeña, pero en facetas ajenas a las propias del ejercicio del cargo de

administrador... Consecuencia de lo expuesto es que «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por [...] los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa» que prevé el art. 260.11 LSC como una de las menciones de la memoria, incluye las remuneraciones recibidas por los administradores «en su calidad de tales», esto es, en el desempeño del cargo de administrador, y por «cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores» (como es el caso de las que son objeto del art. 220 LSC), siendo en este segundo caso una remuneración por la realización de actividades ajenas a las que son inherentes a «los administradores en su condición de tales». Si algunos miembros del consejo de administración ejercen funciones ejecutivas lo hacen en su condición de administradores, porque solo en calidad de tales pueden recibir la delegación del consejo.»³⁷

Por tanto, dos marcos de responsabilidad claramente diferenciados, los que giran sobre el artículo 367 de la LSC, responsabilidad objetiva que funciona como garantía un fin y los que lo hacen sobre el artículo 236.1 de la LSC, responsabilidad con desplazamiento de la carga de la prueba a los administradores en caso de infracción de ley y estatutos y responsabilidad subjetiva, con culpa, en caso de imputación de incumplimiento de los deberes de los administradores, cuya carga de la prueba corresponde a quien imputa la responsabilidad de los administradores.

1. Descapitalización de la sociedad

La causa de responsabilidad objetiva basada en la situación de desbalance contable y ausencia de respuesta efectiva por parte de los administradores –que

³⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 98/2018 de 26 Feb. 2018, Rec. 3574/2017. Ponente: Sarazá Jimena, Rafael. La Sentencia de indudable interés desde el punto de vista fiscal declaró que la exigencia de previsión estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y del sistema de remuneración afecta a todos los administradores, tanto si son o no consejeros delegados o ejecutivos. En consecuencia, la relación entre los arts. 217 a 219, de una parte, y 249 LSC, de otra, es de carácter cumulativo no alternativo, encontrándose el régimen remuneratorio general en los arts. 217 a 219, que deben aplicarse a todos los administradores, ello independientemente de que el art. 249 contiene las especialidades aplicables a los consejeros delegados o ejecutivos, que deberán firmar un contrato con la sociedad pero cuyo contenido ha de ajustarse al «marco estatutario»; en cualquier caso, el sistema de remuneración de los consejeros delegados o ejecutivos debe constar en los estatutos sociales. Adicionalmente V la Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XII de Madrid a inscribir determinados párrafos de un artículo estatutario, referidos a la retribución de los consejeros ejecutivos, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/11/20/pdfs/BOE-A-2018-15834.pdf>. Abril 2019.

no sufrió variación con la reforma de la Ley 31/2014³⁸ por la que se modifica la LSC, puede interpretarse como una responsabilidad punitiva para los administradores y al mismo tiempo como una garantía de cara a los acreedores sociales. En este escenario los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución cuando incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior. Participa de la misma naturaleza esta causa de responsabilidad de la responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 de la Ley Concursal, en tanto que no constituyen una responsabilidad resarcitoria, por daño, sino una responsabilidad por deuda ajena.³⁹

La causa de responsabilidad de los administradores por descapitalización tiene a su vez dos supuestos diferenciados que son la disolución por pérdidas y la insolvencia, supuestos que conviven en muchas ocasiones, pero son figuras diferentes con presupuestos de hecho dispares. “La naturaleza de las causas apuntadas es distinta. En este sentido, existen distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales ocupándose de esclarecer las diferencias entre una y otra figura, dejando claro que la reducción de los fondos propios por debajo del mínimo legal no es una causa de insolvencia. A pesar de todo, sigue existiendo

38 BLANCO BUITRAGO, RAMÓN, Responsabilidad de administradores y Ley Concursal. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro, marzo 2005, páginas 4 y ss. Ed. INESE. V también en materia concursal SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE, La reforma penal y el proceso concursal. Diario La Ley, Nº 8542, Sección Doctrina, 19 de Mayo de 2015, Ref. D-196, Editorial LA LEY.

39 Téngase en cuenta adicionalmente el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que modificó las siguientes normas: Principales leyes modificadas. Artículo 1: Ley Concursal. Artículo 2. RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Artículo 3. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Artículo 4. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Artículo 5. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 7. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Artículo 11. Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia.

cierta confusión cuando se atiende al régimen de responsabilidad exigible a los administradores en una u otra situación.”⁴⁰ Sea como fuere, el contexto del artículo 367 de la LSC supone un sistema de garantía frente a los acreedores sociales para evitar la impunidad de situaciones de insolvencia o descapitalización de las sociedades de capital.

Según la Comisión Europea la mitad de las empresas europeas no se mantienen más de 5 años, habiendo aumentado el número de insolvencias empresariales desde el momento álgido de la crisis económica en 2009. La Comisión aprecia una tendencia a encaminar a las empresas viables con dificultades financieras hacia la liquidación y no hacia la reestructuración temprana. Se calcula que en la UE hay 200 000 empresas en concurso de acreedores cada año (o 600 al día), lo que se traduce en la pérdida de 1,7 millones puestos de trabajo directos anualmente. La cuarta parte de estos casos son insolvencias transfronterizas, es decir, que afectan a acreedores y deudores en más de un Estado miembro de la UE. A partir de esta situación la Comisión Europea elaboró la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE que pretende eliminar los obstáculos ante las insolvencias logrando que las empresas viables que atraviesan dificultades financieras tengan un acceso efectivo a los marcos nacionales de reestructuración preventiva que les permitan seguir operando; en suma, que los empresarios sobreendeudados honestos cuenten con una segunda oportunidad tras la plena condonación de sus deudas después de un período de tiempo razonable; y que se mejora la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, en particular con el fin de reducir su duración.⁴¹

40 OSORIO ITURMENDI, LUCAS; VIZCAÍNO MARTÍN, MARTA, Concurrencia simultánea de causas de concurso y de disolución en las sociedades de capital. Diario La Ley, N.º 8401, Año XXXV, 17 de Octubre de 2014, Ref. D-331, Editorial LA LEY. En este sentido, V. también MOYA JIMÉNEZ, ANTONIO, La Responsabilidad civil y penal de los administradores sociales, revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. - Madrid Número 2 - febrero 2013 , p. 6-29.

41 V. la Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016PC0723>.

La sanción prevista para los administradores de las sociedades descapitalizadas prescinde de otorgar la segunda oportunidad a las sociedades en crisis que permita la reestructuración de las empresas que atraviesan dificultades financieras para continuar sus actividades en todo o en parte mediante la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o de su estructura de capital, también mediante la venta de activos o de partes de la empresa. Como afirma la Comisión Europea “los marcos de reestructuración preventiva deben, ante todo, permitir a las empresas reestructurarse en una fase inicial y evitar la insolvencia. Dichos marcos deben maximizar el valor total para los acreedores, los propietarios y para la economía en su conjunto y deben evitar la pérdida innecesaria de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias. Asimismo, debe evitarse la acumulación de préstamos no productivos.” Ciertamente en el proceso de reestructuración, deben estar protegidos los derechos de todas las partes interesadas y no solamente los derechos de los acreedores, más teniendo en cuenta que en España existen procedimiento de derivación de responsabilidad privilegiados -en términos comparativos-, como son los de derivación de responsabilidad por la vía de apremio ante la Tesorería General de la Seguridad Social y la Administración Tributaria.⁴²

Cuando la empresa experimenta dificultades financieras se hace urgente la necesidad de promover con realismo la reestructuración preventiva, que los administradores tomen medidas para minimizar las pérdidas, evitar la insolvencia

42 V. Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre marcos de reestructuración preventiva ... citada: “La libertad de empresa y el derecho a ejercer una actividad por cuenta ajena (artículos 16 y 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales) son derechos garantizados. Los deudores que atraviesan dificultades financieras pueden seguir operando durante las negociaciones de reestructuración y tener un control total o parcial de sus bienes y negocios. Los empresarios sobreendeudados tendrían la posibilidad de retomar sus actividades comerciales tras la plena condonación de las deudas. El derecho a la propiedad y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículos 17 y 47 de la Carta): aunque determinadas partes del procedimiento pueden afectar a estos derechos, son necesarias y proporcionadas con el fin de facilitar la rápida aplicación de los planes de reestructuración capaces de restablecer la viabilidad de los deudores. Se han incluido salvaguardias adecuadas en cada caso para garantizar que los legítimos intereses de las partes estén protegidos frente a los abusos. El derecho a la información y la consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27 de la Carta) se verán afectados positivamente por las medidas propuestas, dado que la presente propuesta se entiende sin perjuicio de la legislación vigente de la Unión en este ámbito y establece, además, el derecho de los trabajadores afectados a votar sobre los planes de reestructuración. El derecho de negociación y de acción colectiva de los trabajadores (artículo 28 de la Carta): la propuesta se entiende sin perjuicio de los derechos de los trabajadores y de los empresarios, o sus organizaciones respectivas, a negociar y concluir convenios colectivos a niveles adecuados y, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga, de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

y al mismo tiempo proteger los activos de la empresa para maximizar su valor y evitar la pérdida de activos, todo ello sin comprometer a la empresa con transacciones que podrían estar sujetas a evasión a menos que exista una justificación comercial adecuada y continuar -en suma- negociando en circunstancias donde sea apropiado hacerlo, mantener negociaciones con los acreedores y entrar en procedimientos preventivos de reestructuración que garanticen los derechos de las partes implicadas.

2. Infracción de ley, estatutos e incumplimiento de las obligaciones de los administradores

Las principales novedades introducidas en el régimen de responsabilidad de los administradores a raíz de la Ley 31/2014 por la que se modifica la LSC, no se han producido en la causa de responsabilidad por descapitalización, sino que se han generado en el segundo de los escenarios, es decir, cuando la reclamación contra los administradores se basa en la infracción de la ley, los estatutos, el incumplimiento de los deberes de los administradores, como veremos a continuación.

El artículo 236 de la LSC se refiere al segundo escenario general de responsabilidad de los administradores al establecer los presupuestos y extensión subjetiva de su responsabilidad.

“Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

1. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.

3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las

funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.

4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.

5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

Analizamos a continuación los aspectos más relevantes de este escenario general de imputación de responsabilidad por infracción de ley, trasgresión de los estatutos e incumplimiento de los deberes de los administradores sociales, en relación con el criterio de imputación genérico del ordenado empresario, el principio de la protección de la discrecionalidad empresarial, los requisitos de la protección de la discrecionalidad, la prueba en la protección de la discrecionalidad y finalmente los presupuestos de la responsabilidad, su extensión subjetiva y el juego de la carga de la prueba en la reclamación de responsabilidad frente a los administradores.

III. CRITERIO DE IMPUTACIÓN GENÉRICO DEL ORDENADO EMPRESARIO

El artículo 225 de la LSC enuncia el deber general de diligencia: “Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Adicionalmente la nueva redacción de la norma precisa: “Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad”. Finalmente recoge el derecho y deber de recabar información para llevar a cabo su actividad: “En

el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”⁴³.

Las conductas omisivas de los administradores pueden acarrear su responsabilidad a tenor a tenor del criterio de imputación genérico del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital que determina el deber de diligencia de los mismos, indicando que deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y en los estatutos con la suficiente diligencia que se espera del empresario, teniendo en cuenta tanto la naturaleza del cargo, como las funciones atribuidas a los administradores. “Los administradores están obligados a adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad y en el desempeño de sus funciones, teniendo en deber de exigir y en derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y precisa que le sirva para incumplimiento de sus obligaciones”, lo cual implica por su parte el cumplimiento de las obligaciones vinculadas al conocimiento y funcionamiento de la organización. “El cumplimiento de esas obligaciones le hacen acreedor de una responsabilidad por las actuaciones propias de la gestión de la compañía, pudiendo ser el administrador responsable en términos de imputabilidad, bien por acción, bien por omisión, por razón de sus obligaciones legales que la ley le impone”⁴⁴

La anterior redacción de esta norma de comportamiento se refería también, pero únicamente, **al deber genérico de diligencia conforme a un estándar de diligencia**: “Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”. Incluyendo a continuación el deber de información diligente sobre el estado de la marcha de la sociedad: “Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad.”⁴⁵ Como vemos antes de la reforma de la Ley 31/2014, los arts. 225 y ss. de la LSC, aprobado por el RDLg 1/2010, de 2 de julio, establecían entre los deberes que pesan sobre los administradores en el ejercicio de sus funciones al frente de la sociedad: el deber genérico o estándar de cumplimiento de diligente administración (art. 225.1:

⁴³ En vigor a partir de 24 diciembre 2014, artículo 225 redactado por el apartado trece del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre).

⁴⁴ AMADEO GADEA, SERGIO y FORTUNY CENDRA, MIQUEL, Una a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas, Editorial ESCODA Libros Jurídicos Madrid 2018, página 75.

⁴⁵ En vigor desde el 01/09/2010 hasta 23/12/2014.

“Los administradores desempeñarán su cargo, con la diligencia de un ordenado empresario “), deber ciertamente genérico y abstracto, incluso aparentemente ambiguo, pero estricto y sujeto a criterios de valoración en cada sociedad y en cada caso concreto a raíz de los hechos generadores de la imputación de responsabilidad por parte del juzgador a tenor de los estándares de diligencia exigible de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos, debiendo de obrar con la dedicación adecuada y adoptando las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Por tanto podemos afirmar que la reforma mantiene el deber de diligencia como una obligación general, que nace como consecuencia de la posible omisión de la diligencia exigible a los administradores a la hora de establecer los sistemas de control que impidan la causación del daño a la sociedad, los accionistas, los acreedores y terceros.

Cabe plantearse si la declaración genérica reformulada en el artículo 225 de la LSC del deber general de diligencia de un ordenado empresario, deber de dirección y control, puede generar inseguridad jurídica al no estar suficientemente pormenorizados los supuestos concretos que van más allá de los deberes tipificados en las leyes, los estatutos y los específicamente regulados en la LSC, tales como, el propio derecho y **deber de información**, el **deber de lealtad** (que obliga a los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos), la **prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador** (los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas), la **prohibición de aprovechar oportunidades de negocio** (ningún administrador podrá realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador), la **obligación de comunicación y de abstención** en los supuestos en que exista un posible conflicto de intereses, la **prohibición de competencia** (los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general, a cuyo efecto deberán

realizar la comunicación prevista en el artículo anterior), y, finalmente, el **deber de secreto** (los administradores, aun después de cesar en sus funciones, deberán guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial, estando obligados a guardar reserva de las informaciones, datos, informes o antecedentes que conozcan como consecuencia del ejercicio del cargo, sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros o ser objeto de divulgación cuando pudiera tener consecuencias perjudiciales para el interés social).

La jurisprudencia vincula el patrón de conducta estándar que exige el ordenamiento societario a los deberes enumerados por el derecho: “Se corresponde al modelo de “un ordenado empresario” (art. 225.1 de la LSC) que supone entre otros deberes, el de lealtad y el de fidelidad (art. 226 de la LSC) como estándar del “representante leal”. Los administradores deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del “interés social”, por lo que están obligados a anteponer en todo momento los intereses de los accionistas a los suyos propios. Este deber de lealtad, pese a ser un estándar general, la ley ha cuidado tipificar alguna de sus manifestaciones más importantes, entre ellas, y, en lo que aquí interesa, la “prohibición de aprovechar oportunidades de negocio” (art. 228 LSC) y las “situaciones de conflicto de intereses” (art. 229 LSC)”⁴⁶.

Cuando la acción de responsabilidad se base en la infracción del deber genérico de actuación de los administradores, lo que en realidad se está planteando es si los administradores a la hora de llevar a cabo su actuación verdaderamente obraron con arreglo a los códigos de comportamiento, patrones y las prácticas mínimas–o estándares de cumplimiento de diligencia y prudencia- exigibles a la alta dirección de la organización en el caso concreto objeto de enjuiciamiento, de acuerdo con las circunstancias de lugar y tiempo en las que se desenvuelve la actividad concreta de la sociedad de capital de que se trate. Todo ello es labor del juzgador, por lo que nos parece adecuada la opción del legislador al tomar como punto de partida de la responsabilidad el estándar genérico del ordenado empresario, sin perjuicio de la concreción de los deberes específicos de los administradores tipificados en la LSC, cuyo incumplimiento puede acarrear la exigencia de responsabilidad por incumplimiento puntal de dichos deberes de los administradores, pues el

⁴⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, 609/2014 de 11 Nov. 2014, Rec. 685/2012. Ponente Sastre Papiol, Sebastián.

incumplimiento puntual de cada uno de estos deberes genera la responsabilidad del administrador infractor, que puede exigirse o materializarse de diversas maneras en función de la concreta obligación o prohibición vulnerada y de las consecuencias que se derivan de ello. Así, con carácter general, la infracción de los deberes inherentes al cargo, o de cualesquiera otros recogidos en los estatutos, puede comportar el cese por pérdida de la confianza o, en el caso de una sociedad anónima, por expresa disposición legal (arts. 223 y 224 de la LSC).⁴⁷

IV. PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL

La reforma reciente regula por primera vez en nuestro derecho la figura del llamado **“Business Judgment Rule”**, de origen norteamericano⁴⁸, es decir, **“protección de la discrecionalidad empresarial”**, por medio de la nueva redacción del artículo 226 de la LSC⁴⁹, que viene a completar los indicadores mínimos del estándar de diligencia mediante la inclusión del principio de buena fe en la actuación de los administradores y otros elementos adicionales tales como carecer de interés personal y operar con arreglo a un procedimiento de decisión adecuada en todas aquellas decisiones de carácter estratégico y de negocio que conlleva el riesgo empresarial propiamente dicho que tiene una importante carga de carácter discrecional.⁵⁰

47 V. la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, 379/2014 de 13 Nov. 2014, Rec. 330/2014. Ponente: Almenar Belenguer, Manuel. De acuerdo con el artículo 223 los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Y a tenor del artículo 224 los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.

48 Vigente también en la legislación australiana y dentro de la UE en Alemania, Portugal, Rumanía, Croacia y Grecia.

49 Artículo 226 redactado por el apartado catorce del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). En vigor a partir de 24 diciembre 2014.

50 V. ÁGUILA REAL, J. “Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial”, en JUSTE MENCÍA, J. “Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (ley 31/2014)”. Sociedades no cotizadas, Cizur Menor, 2015, págs. 325 a 360.

El principio de protección de la discrecionalidad empresarial responde a la necesidad de la certeza jurídica que requieren las prácticas del mercado. Conforme regula el artículo 226 de la LSC en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230.

“Las personas vinculadas a los administradores se detallan en el artículo 231 de la LSC.

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:
 - a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
 - b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
 - c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
 - d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del CCO.
2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:
 - a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.
 - b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
 - c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.”

1. Requisitos de la protección de la discrecionalidad

La regla del artículo 226 de la LSC está totalmente justificada, la consideramos necesaria pues el éxito empresarial nunca está asegurado aún cuando el empresario pone todos los medios para el mismo. Parte de la realidad incuestionable de que toda toma de decisiones corre el riesgo empresarial de no alcanzar los objetivos programados.

La norma del artículo 226.1 de la LSC regula la necesaria protección de la discrecionalidad empresarial, al establecer como criterio en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el patrón de conducta estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe en los actos discrecionales, principio de **buena fe** que -como sinónimo de diligencia, fidelidad, confidencialidad sobre la información- enmarcado en la sociedad de capital,⁵¹ toma en consideración el estándar de comportamiento que cabe legítimamente esperar en una vida societaria caracterizada por la lealtad y la corrección, pues el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en las normas debe acomodarse a las reglas de la buena fe de forma que los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso de derecho o ejercicio anormal del mismo o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley. La dificultad de la apreciación de la buena fe (o de su ausencia) hace difícil el establecimiento de criterios precisos aplicables a una generalidad de supuestos, pues depende de las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sin embargo los administradores deben cumplir con las obligaciones concretas de su función, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, que implica el deber de

⁵¹ En materia de buena fe en el seno de la sociedad de capital, aunque en un caso donde se aborda la existencia o no de buena fe del accionista, véase la STS, Sala Primera, de lo Civil, 531/2013 de 19 Sep. 2013, Rec. 1643/2010. Ponente Sarazá Jimena, Rafael.

actuación en su trabajo que marquen las disposiciones legales y los estándares de prevención y control de los riesgos empresariales en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres de la técnica normal requerida de la alta dirección empresarial consolidada no solo en la doctrina sino en las escuelas de negocio donde se forman los cuadros de administradores y directivos de las empresas. La buena fe es, además de un principio general del derecho, un modelo de tipicidad de conducta exigible, y por ello se eleva a parámetro o criterio de valoración de las conductas con las que deben cumplirse las obligaciones, criterio pues equivalente a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza.

Además de la buena fe en los actos discrecionales, la inclusión en nuestro derecho positivo del Business Judgment Rule aporta nuevos indicadores a la hora de valorar la actuación de los administradores desde el punto de vista de la responsabilidad. Así, se exige que los actos discrecionales de los administradores se lleven a cabo **sin interés personal en el asunto objeto de decisión**, que exista **información suficiente** como para poder establecer un diagnóstico adecuado de la situación previa a la toma de decisiones y que se haga con arreglo a un **procedimiento de decisión adecuado**.

Un ejemplo lo encontramos en el artículo 529 bis y ter de la LSC que regula el carácter necesario del consejo de administración en las sociedades cotizadas, el cual deberá velar por que los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras, no pudiendo delegar las facultades de decisión a que se refiere el artículo 249 bis⁵² ni específicamente las siguientes:

⁵² El consejo de administración no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:

- a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
- b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.
- c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230.
- d) Su propia organización y funcionamiento.
- e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.
- f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.
- g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.

- a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos.
- b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.
- c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento.
- d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente.
- e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante.
- f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la junta general.
- g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo.
- h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el

h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.

i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.

j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.

k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.

l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Solo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:

- 1.º que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes,
- 2.º que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y
- 3.º que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad.

i) La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.⁵³

Cuando concurren circunstancias de urgencia, debidamente justificadas, se podrán adoptar las decisiones correspondientes a los asuntos anteriores por los órganos o personas delegadas, que deberán ser ratificadas en el primer Consejo de Administración que se celebre tras la adopción de la decisión.

53 V. la consulta vinculante V0504-07, de 7 de marzo de 2007, de la Subdirección General de Operaciones Financieras a propósito del régimen fiscal aplicable a la prima del seguro de D&O satisfecha por la sociedad tomadora del seguro del seguro de responsabilidad civil de los administradores y directivos de la sociedad: “El artículo 42.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, vigente desde el 1 de enero de 2007, establece que:

«1. Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.» Así mismo, el artículo 42.2.e) del mismo texto legal dispone que no tendrán la consideración de rendimientos del trabajo en especie: «e) Las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del trabajador» Por tanto, de acuerdo a los preceptos señalados, cabría matizar lo siguiente: 1º.-Si las primas satisfechas por la entidad a este contrato de seguro de responsabilidad civil derivan de la realización de funciones propias del cargo de Administrador, las cuales no se encuentran enmarcadas en el ámbito de las relaciones laborales que afectan en general a los trabajadores (artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores), se consideraría rendimiento del trabajo en especie, valorándose por las primas satisfechas conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1.1º.d) de la ley 35/2006, y a dicho valor se adicionará el ingreso a cuenta correspondiente, salvo que su importe hubiera sido repercutido al perceptor de la renta, de acuerdo con el artículo 43.2 de la citada Ley. Este ingreso a cuenta se determinará según el artículo 100 del Reglamento del IRPF, aprobado por RD 1775/2004, de 30 de julio. 2º.-Por el contrario, en la medida que se tratase de socios administradores que a su vez desempeñasen o prestasen funciones dentro del marco de una relación laboral, ya sea ésta común o especial, las primas pagadas por la entidad al contrato de seguro de responsabilidad civil no serían rendimientos en especie.”

2. La prueba en la protección de la discrecionalidad

En nuestra opinión el Business Judgment Rule o protección de la discrecionalidad de los administradores y directivos de la sociedad de capital, aún teniendo como finalidad la protección de las decisiones estratégicas y de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, no supone una causa automática de exoneración de responsabilidad de los administradores, de forma que serán los órganos jurisdiccionales quienes deberán revisar en cada caso concreto las decisiones específicas de carácter empresarial tomadas por los administradores de la sociedad siempre a fin de verificar en cada supuesto si se cumplen o no los requisitos para su aplicación. Sin perjuicio de ello el apartado segundo del referido art. 226 de la LSC excluye expresamente del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas del listado del artículo 231 de la LSC y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230 de la LSC.

Debe por tanto analizarse en cada caso el estándar de diligencia exigible a los administradores sociales, es decir, su forma de actuar y por ende, si se ha cumplido o no con el principio de buena fe, información suficiente y toma de decisión contrastada con un procedimiento adecuado, todo ello para valorar la concurrencia de culpa en que pudiera haber incurrido el órgano de administración al adoptar una decisión que ha tenido unas consecuencias negativas para la sociedad tanto si se trata del ejercicio de acciones sociales de responsabilidad por daño, como en el caso de la acción individual de responsabilidad.

El artículo 226 de la LSC no establece quien tiene la carga de la prueba para aplicar principio de la protección de la discrecionalidad, lo cual genera a los órganos jurisdiccionales la necesidad de aplicar toda la técnica probática y los paliativos de acreditación ante la insuficiencia de pruebas en cada caso concreto. Así como resulta evidente que la parte actora deberá invocar el artículo 225 de la LSC, corresponde a la parte demandada, es decir, a los administradores, la alegación de la exoneración contenida en el artículo 226 de la mencionada norma. Si revisamos la distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 236.1 de la LSC encontraremos que corresponde a la parte actora la acreditación de la concurrencia de la culpa del resto de los requisitos de la responsabilidad civil de los administradores si vas a su petición en el incumplimiento de las obligaciones de los administradores (responsabilidad subjetiva o con culpa), sin embargo si la petición de la parte actora se basa en la infracción de ley o en la infracción de estatutos, la carga de la

prueba para la exoneración de responsabilidad corresponde a la parte demandada si pretende exonerarse de la misma, ya que se produce un desplazamiento de la carga de la prueba con lo que podemos afirmar que estamos frente a un escenario de responsabilidad civil objetiva por dicho desplazamiento. Pues bien, en nuestra opinión existe una conexión entre los artículos 217 de la LEC y los artículos 226 y 236.1 de la LSC y ello es así porque lo que el juzgador debe revisar en cada caso concreto en sí resulta o no acreditado la causa de imputación de responsabilidad, pero aplicando el juego de la carga de la prueba del artículo 236.1. En cualquier caso el juzgador deberá tener presente los paliativos de acreditamiento desarrollados por la jurisprudencia ante la no acreditación plena de la prueba, tales como la teoría de la carga de la prueba, la importancia del juicio fáctico y la prueba de peritos y su apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, los llamados “paliativos al riesgo de no acreditamiento”, el riesgo como criterio atributivo de la carga de la prueba, el principio de los riesgos generales de la vida, la doctrina de la asunción del riesgo, la doctrina “*res ipsa loquitur*”, la doctrina de la disponibilidad o facilidad probatoria, el criterio de la probabilidad cualificada, el “*more probable than not*”, el umbral del acreditamiento, la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño causado por miembro indeterminado de grupo.

Finalmente existen límites a la actuación de los administradores basada en el Business Judgment Rule, que permiten revisar en cada caso si la información proporcionada a los grupos de interés afectados por la toma de decisiones estratégicas de la sociedad fue fidedigna, objetiva, clara y completa, más si tenemos en cuenta que quien puede reclamar la responsabilidad es un tercero con la condición de consumidor que resulta afectado por el comportamiento de los administradores, cuando no existe el suficiente control de transparencia de los contratos, en caso de no cumplirse con el deber de información de modo claro, real y completo de las bases que influyen en la prestación del consentimiento del consumidor, lo que conllevaría la posibilidad de que dicho consumidor sufriera un error determinante de la anulabilidad del negocio, al partir de una composición inexacta del objeto del contrato.⁵⁴

⁵⁴ Aunque no se trata de un litigio de responsabilidad de administradores resulta de interés tener en cuenta la Sentencia 334/2018 de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 3 de octubre de 2018 (recurso de apelación 346 /2018, Ilmos. Sres. Magistrados: DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SELJO, DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO y DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO), que declara la nulidad, por error en el consentimiento de una consumidora al suscribir acciones de un Banco, realizada con ocasión de una ampliación de capital, incumpliendo el deber de información sobre la situación económica de la entidad “La STS de 9.

La crítica europea a la banca española por las preferentes y las cláusulas abusivas evidencia la necesidad de la Gobernanza del producto, respuesta patente a raíz de las SSTJCE⁵⁵ y nuestro TS que acuñaron en los últimos años un nuevo concepto jurídico indeterminado denominado “control de transparencia”, fruto de los excesos en la contratación de algunas entidades financieras, pero perfectamente aplicable por la inacción legislativa en otras materias de consumidores. Este parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas implica que –independientemente de la formación financiera del consumidor- las obligaciones que nacen de las relaciones con los consumidores están supeditadas a la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en los contratos, pactos que deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no. Al fin, una forma de contratar basada en la mejora de la transparencia respecto de los derechos y obligaciones de las partes, incluidas las retribuciones y honorarios de los distribuidores, así como la utilización de un lenguaje financiero claro, preciso y

de junio de 2017 afirma que es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios. Por su parte, la SAP de Madrid de 24-10-2017 declaró lo siguiente: “Sobre la obligación de las empresas que prestan servicios de inversión de informar a sus clientes acerca de la naturaleza y características de los productos contratados y sus riesgos asociados, y de las consecuencias que pudiera acarrear la infracción de esta obligación declara la STS de 20 de noviembre de 2015 que “La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión, tanto la anterior a la transposición de la Directiva MiFID como la posterior, impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, si bien la que transpone la citada directiva lo hace de un modo más sistematizado y exigente, tanto en la recogida de información sobre el cliente, sus conocimientos y necesidades de inversión, como en el suministro de información por parte de la empresa de inversión al cliente para que comprenda la naturaleza, las características y los riesgos de los distintos productos y servicios de inversión, y decida si contrata y, en su caso, qué productos o servicios contrata, con un consentimiento suficientemente informado.” Concluyendo, en el supuesto que nos ocupa ha existido por parte de quien reclama un error excusable sobre los elementos esenciales, al apoyarse para formar su declaración negocial en una situación de apariencia de solvencia que no lo era tal, o por más decir de esperanza de una positiva rentabilidad futura que como se ha visto no sólo no aconteció, sino que le produjo una pérdida total de su inversión. Por todo ello, esta Sala ratifica y da por reproducida al fundamentación esgrimida en la resolución recurrida.”

55 Véase la STJCE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://ep00.epimg.net/descargables/2016/12/21/26aea35b8c66e78f3169264b9f90eche.pdf>. Abril 2019.

congruente con el que cliente pueda entender el alcance real de los contratos. Queda fuera del ámbito de interpretación general del CC del ‘error propio’ o ‘error vicio’, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la ‘carga jurídica’ del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Todo lo cual nos lleva a otro concepto jurídico indeterminado que es el “juicio de abusividad”, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados.

Conforme a la STS de 9 de mayo de 2.013, el apartado 1 del artículo 1 del RDLg 1/2007 (LCGC) dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Es decir:

- a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el

bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y,
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que “la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”, y que “las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores”.

La citada STS concluye:

- a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

Pues bien, la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo número 165 de la imposición de las condiciones generales, concluye:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.⁵⁶

Corresponde, por tanto, probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de su actividad y celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual.

Sin perjuicio de la valoración de la prueba en cada caso concreto y dentro del marco del principio de protección de la discrecionalidad, parece claro que corresponde a los administradores de la sociedad haber establecido los mecanismos de control adecuados para evitar situaciones como la producida en decenas de miles de contratos hipotecarios que hoy están siendo objeto de revisión en los órganos jurisdiccionales. Sin embargo las acciones no se han planteado contra los encargados del debido control de la sociedad, sino por medio de a protección judicial de los derechos de los consumidores en lo que supone para los órganos jurisdiccionales un

⁵⁶ Así lo confirma el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que establece que:

“a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a una negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contrato dirigidas por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.

auténtico reto por la litiosidad masiva generada en la impugnación de los contratos, el análisis en cada caso del “control de transparencia” y el “juicio de abusividad”. Al respecto, los Presidentes de TSJ han pedido medidas legislativas específicas ante el reto de la litigiosidad masiva, en el documento de conclusiones de las XV Jornadas Nacionales de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, que han tenido lugar en Burgos del 7 al 10 de octubre de 2018, y que han congregado a los 17 máximos representantes de los tribunales autonómicos, se afirmó: “La protección judicial de los derechos de los consumidores reconocidos por el ordenamiento de la UE se encuentra sumida en una crisis de eficacia por las dificultades en la gestión de los procesos en la jurisdicción civil, sustanciados en forma de litigios-masa. Este fenómeno, que puede potencialmente producirse en cualquier jurisdicción, debe ser solucionado con medidas legislativas específicas. Resulta ineludible el establecimiento de procesos “testigo”, que permitan la resolución de las cuestiones jurídicas similares planteadas en numerosos procedimientos y posterior extensión de sus efectos al resto. Otras medidas procesales, como la obligatoriedad de presentación de demandas colectivas, la avocación directa de todas esas cuestiones al tribunal de apelación, o la aplicación de mecanismos similares, deben ser objeto de análisis por el legislador. Constatado el altísimo porcentaje de demandas presentadas por clientes de entidades financieras que están siendo estimadas por los tribunales, invitamos a la reflexión de las distintas partes procesales en orden a evitar que se siga lastrando injustificadamente al sistema de Justicia con una litigiosidad evitable, que consume enormes recursos públicos.”⁵⁷

V. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD, SU EXTENSIÓN SUBJETIVA Y CARGA DE LA PRUEBA

Los principios fundamentales de las sociedades de capital, como son la personalidad jurídica de las mismas, su autonomía patrimonial y su exclusiva responsabilidad por las deudas sociales, así como el principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan (artículo 1257

⁵⁷ Documento de conclusiones, entre las que se encuentra en tercer lugar “El reto de la litigiosidad masiva” de las XV Jornadas Nacionales de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, que han tenido lugar en Burgos del 7 al 10 de octubre. Disponible en: [71](http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDA0NzYyNrVQK0stKs7Mz7M1MjC0MDQwNAQJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAV15aQjUAAAA=WKEAbril 2019.</p></div><div data-bbox=)

del CC) nos llevan a concluir que no puede recurrirse indiscriminadamente a la vía de la responsabilidad de los administradores por cualquier incumplimiento contractual de la sociedad o por cualquier deuda social, aunque tenga origen en la actividad societaria.

Ahora bien, el régimen jurídico especial de la responsabilidad de los administradores parte de que la actividad profesional de los mismos es discrecional e implica una obligación de medios y no de resultados, que aunque está claramente condicionada a los riesgos del mercado a los que está expuesta cualquier actividad empresarial, conlleva unas obligaciones de cumplimiento y diligencia que son específicas de la alta dirección generadas a raíz del contrato de sociedad y su regulación normativa.

Así, de acuerdo con el artículo 236.1 de la LSC: “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.”

La expresión infracción de ley se refiere a cualquier norma con rango legal, de ahí que no se trata exclusivamente de infracciones relacionadas con la LSC, como ha declarado recientemente la STS de la Sala Primera de 29 de enero 2019, ROJ 162/2019: “Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la LSC, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad.”

Por otro lado, la expresión infracción de estatutos debe interpretarse de forma literal pero en su máxima extensión, en tanto en cuanto implica el contrato de sociedad plasmado en las normas de régimen interno para el funcionamiento de la misma, normas que -cumpliendo el principio de legalidad- regulan determinados aspectos de su funcionamiento, así como derechos y obligaciones de los socios o los dueños de las participaciones sociales, los administradores y los órganos de participación en el proyecto colaborativo del Contrato de Sociedad. Tales normas son, al fin, la expresión más fiel del alineamiento del

objeto social, misión, visión y valores de aquellos que constituyen y suscriben el contrato de sociedad.⁵⁸

La nueva redacción resalta cuatro cuestiones fundamentales, frente a quién se puede plantear la acción de responsabilidad (los administradores), quien puede plantearla (la sociedad, los socios y los acreedores sociales), los motivos de imputación de responsabilidad (actos de infracción de ley, de estatutos los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo)⁵⁹ y el resto de los elementos –junto con la acción- que deben concurrir adicionalmente o presupuestos para que podamos afirmar que existe responsabilidad: daño⁶⁰, dolo o culpa y relación de causalidad⁶¹.

58 VV. la STS de 29 de enero 2019 nº. 58/2019, Ponente y Ignacio Sancho Gargallo. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=8651158&links=&optimize=20190208&publicinterface=true>. Abril 2019.

59 El acto lícito, en primer lugar, debe ser contrario a la Ley, los estatutos o debe estar realizado incumpliendo los deberes que corresponden a los administradores. Al respecto, la SAP de Valencia de fecha 2 de octubre de 2.009 equipara el deber de diligencia con el estándar del padre de familia, decretando que se trata de una “mera trasposición del tradicional comportamiento del buen padre de familia a que se refiere nuestro CC, cuestión ésta que no cabe confundir con la eventual oportunidad -o falta de oportunidad- que pueda haber concurrido en la adopción de determinadas decisiones por parte del Administrador”. Es decir, se trata de decisiones claramente contrarias a un patrón normal de diligencia, no decisiones tomadas en un determinado momento, que posteriormente, tienen un resultado negativo. En esta misma línea, las sentencias de la AP de Baleares de 18 de octubre de 2.004, de la AP de Burgos de 31 de julio de 2.001, de la AP de Guipúzcoa de 17 de mayo de 2001, y la de la AP de Alicante de 24 de octubre de 2.002, indicando que “el fundamento de la responsabilidad de los administradores no deriva sin más de actos que sean lesivos a la sociedad, ya que pueden producirse pérdidas importantes en el patrimonio social debidas a la gestión de los administradores de las que no serán responsables, porque una cosa es el riesgo de empresa, que necesariamente ha de asumir la sociedad, aunque tenga como resultado pérdidas cuantiosas, y otra el riesgo de una gestión negligente de los administradores, los cuales, por incumplir con sus obligaciones legales y estatutarias, pueden ocasionar daños a la sociedad de los que los administradores deben responder”.

60 En cuanto al daño emergente y el lucro cesante, es necesario que sea la propia sociedad la que haya sufrido el daño por el acto de los administradores en la acción social de responsabilidad ya que la indemnización que se obtenga de su ejercicio debe ingresar necesariamente en el patrimonio de la sociedad. Si se trata de la acción individual de responsabilidad la parte que ejercita la acción deberá acreditar el daño emergente y el lucro cesante.

61 Por último se precisa una clara relación de causalidad entre el acto ilícito de los administradores y el daño sufrido por la sociedad (en la acción social) o por perjudicados (en la acción individual). Al respecto la STS de fecha 7 de julio de 2.005, considera “causa suficiente del resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última y, también, que la causalidad adecuada requiere valorar si el acto anterior tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido”. Asimismo, la STS de 12 de junio de 2.000 dispone que “En cuanto a la existencia de nexo causal que, en este caso, niega la recurrente, esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante, pero optando por criterios y soluciones que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos”.

Y a continuación el artículo 236.1 de la LSC establece un juego de presunciones que deberá ser tenido en cuenta por el juzgador a la hora de apreciar la concurrencia o no de los presupuestos de la responsabilidad, presunción de culpabilidad que es capital a la hora de establecer la carga de la prueba en la Litis de responsabilidad de los administradores y directivos: “La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”

La norma es novedosa en la medida en que la anterior redacción no contemplaba el juego de la presunción de la culpabilidad cuando se invocan las causas enunciadas en el artículo 236.1 de la LSC (actos de infracción de ley, de estatutos los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo), ya que el escenario de la descapitalización de la sociedad del artículo 367 de la LSC funciona de manera distinta al caso que nos ocupa, tal y como ya vimos con anterioridad. La prueba de la concurrencia de la causa de disolución corresponde al acreedor que ejercite la acción de responsabilidad. “La presunción establecida en el 367.2 determina que, en la práctica, probada la existencia de la causa de disolución, sea el administrador el que deba aportar la prueba de que no existía hasta un momento posterior al nacimiento de la obligación de la que se le pretende hacer responsable.”⁶²

Todo ello implica que debemos preguntarnos cómo debe justificarse la responsabilidad civil de los administradores ante los Tribunales desde el punto de vista probatorio, a tenor de este desplazamiento de la carga de la acreditación del elemento de la culpabilidad en los casos previstos en el artículo 236.1 de la LSC.

Jueces y Tribunales tienen en cuenta los mecanismos internos de la prueba en la responsabilidad civil, como el principio de aportación de parte, la valoración probatoria, la importancia del juicio fáctico, las posibilidades legales de paliar el riesgo probatorio, la consagración normativa de algunos supuestos de responsabilidad objetiva, el criterio atributivo de la carga de la prueba sobre los hechos relevantes a alguna de las partes y la jurisprudencia sobre la inversión de la carga de la prueba, la pérdida de oportunidad, de disponibilidad o facilidad

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, Sentencia 476/2013 de 27 de diciembre de 2013, Rec. 564/2013. Ponente Soler Navarro, María Isabel.

probatoria, el umbral de acreditamiento, el coeficiente de elasticidad, así como los criterios de la probabilidad cualificada, etc.⁶³

Conforme a la aplicación de la teoría de la carga de la prueba, cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. Este principio, en realidad, es el de las consecuencias de la falta de prueba. Así, la STS de 29 de marzo de 2012 cuando señala: “Las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria”. No debe de confundirse carga de la prueba con valoración probatoria (SSTS 12 de enero de 2001, 9 y 19 de febrero de 2007 y 27 de septiembre de 2011), siendo relevante el principio de adquisición procesal que tiene en consideración la parte de aportó la prueba. “Por ello, no puede darse la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba” (STS de 16 de diciembre de 2005). En cualquier caso, “las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria” (STS 1ª 333/2012, de 18 de mayo).⁶⁴

La presunción de culpabilidad de los administradores salvo prueba en contrario en los casos en que sus actos sean contrarios a la ley o a los estatutos sociales implica que sobre los mismos pesa la carga probatoria si aspiran a exonerar su responsabilidad civil en las causas de responsabilidad (infracción de la ley y de los estatutos) previstos en el artículo 236.1 de la LSC.

⁶³ SEOANE SPRIEGELBERG, JOSÉ LUIS, Justificación de la responsabilidad civil ante los Tribunales: la carga de la prueba del daño y su cuantificación. Ponencia del XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguros, páginas 243 y ss. Editorial SEPIN 2012.

⁶⁴ SEOANE SPRIEGELBERG, JOSÉ LUIS, ob. Cit. Página 247.

En caso de que la imputación de responsabilidad a los administradores se base en actos realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, será necesaria la acreditación por la parte que invoque tal causa de la concurrencia de dolo (intención de causar daño) o culpa (negligencia, imprudencia o falta de cuidado). En estos casos los órganos jurisdiccionales deberán tener en cuenta todos los criterios empleados en la probática jurídica mencionados anteriormente, tales la importancia del juicio fáctico, la prueba de peritos y su apreciación conforme a las reglas de la sana crítica, facilidad probatoria, etc.

1. Carácter solidario de la responsabilidad

Otra presunción de responsabilidad la encontramos en el artículo 237 de la LSC respecto del **carácter solidario de la responsabilidad**, en tanto en cuanto establece que todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. Presunción que no es novedosa y que establece el principio de responsabilidad solidaria de los componentes de los órganos colegiados de administración.⁶⁵

Sin perjuicio de la especial valoración de los antecedentes en cada caso concreto, el juzgador tenderá a aplicar el principio de la responsabilidad solidaria de los administradores, cuando en la sociedad exista órgano de administración colegiado (Administradores que actúen de forma conjunta o Consejo de administración), con pluralidad de sujetos que actúan conjuntamente. En el caso de los Administradores conjuntos nos encontramos ante un auténtico “órgano” colegiado de administración, ya que la actuación conjunta de los mismos es siempre imprescindible.

La carga de la prueba pesa sobre los administradores para acreditar que estos se encuentran comprendidos en alguna causa de exoneración de responsabilidad. Se entiende todo ello sin perjuicio de la concurrencia de causa justificada de exoneración de responsabilidad en algún administrador que acredite que no

⁶⁵ “Artículo 237 LSC. Carácter solidario de la responsabilidad. Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

intervino en la adopción del acuerdo o la realización del acto, o que conociendo su existencia, se opuso haciendo todo lo necesario para evitar el daño.

Así pues, cuando el reclamante consiga acreditar la concurrencia de los presupuestos constitutivos de la existencia de responsabilidad en el órgano colegiado de administración, el miembro que pretenda quedar exonerado de responsabilidad deberá acreditar:

- 1º.- Que no intervino en la adopción del acuerdo o la realización del acto, desconociendo su existencia.
- 2º.- Que, conociendo el acuerdo o acto, hizo todo lo conveniente para evitar el daño.

Los componentes del consejo que no detenten cargos delegados no resultan exonerados de responsabilidad (salvo que se encuentren comprendidos en alguna causa expresa de exoneración) en virtud de la delegación.

No puede descartarse la posible coexistencia de administradores de hecho y de derecho. La existencia de un administrador de hecho no exonera al de derecho que su responsabilidad.

2. Carácter independiente de la responsabilidad

Se trata de una **responsabilidad independiente**, de manera que en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (artículo 236.2 de la LSC). Con ello se persigue profesionalizar al máximo la figura de los administradores, de manera que éstos deben necesariamente tratar de imponer su criterio ante la Junta en caso de que sus acuerdos puedan ser lesivos, ya que su responsabilidad es independiente y en absoluto queda salvada por el mero hecho de que la Junta autorice, adopte o ratifique el acto o acuerdo lesivo.

Aunque la Junta apruebe el acuerdo o acto lesivo, e incluso aunque lo ratifique, la responsabilidad de los Administradores continúa funcionando de forma independiente, no eximiéndose de ella por el mero hecho de seguir el criterio de la Junta.

3. La responsabilidad del administrador de hecho

La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad (artículo 236.3 de la LSC).⁶⁶

Podemos encontrar algunos casos paradigmáticos de administradores de hecho en las figuras del gerente, el apoderado general, el director general (factor mercantil), el alto directivo (artículo 236.4 LSC), el socio de control, los administradores de la sociedad matriz o dominante, en los grupos de sociedades, incluso el refinanciador con facultades de gestión social.

En cualquier caso, la jurisprudencia civil del TS establece los siguientes elementos para considerar al administrador como de hecho. En primer lugar que no exista una designación formal del administrador de hecho como administrador de derecho, seguidamente que desarrolle la actividad propia de los administradores de derecho, que desarrolle su actividad de forma sistemática y continuada y finalmente que preste su trabajo de forma independiente con un poder autónomo decisión y respaldo de la sociedad.⁶⁷

Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella. En este sentido concuerda la novedosa constatación legal de la **extensión de responsabilidad** del artículo 236.4 de la LSC con la extensión de responsabilidad regulada en el artículo 490 que establece que las disposiciones

⁶⁶ El artículo 236.3 LSC contiene la definición legal equiparándolo en igualdad de condiciones al administrador de derecho: «A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

⁶⁷ V. SSTs -Sala 1.ª- 1508/2006 de 23 de marzo, 314/2006 de 23 de marzo de 2006 y 247/2008 de 31 marzo 2008.

sobre responsabilidad previstas para los administradores de sociedades de capital se aplicarán a los miembros de los órganos de administración, de dirección y del consejo de control en el ámbito de sus respectivas funciones. La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados, siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, ya que “la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador” sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición”.⁶⁸

4. El administrador persona jurídica

La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de **administrador persona jurídica** deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.

Así se desprende con arreglo a lo previsto en el apartado quinto del artículo 236 de la LSC, modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Dice dicho precepto que “la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador”. Recordemos que el artículo 212 bis de la LSC contempla que en caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario

⁶⁸ V. la SAP de Barcelona, Sección 15ª, 71/2015 de 25 Mar. 2015, Rec. 433/2014, Ponente: Forgas Folch, Jordi Lluís. “La STS de 8 de febrero de 2008, al abordar esta materia, aporta importantes precisiones: la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS 7 junio 1999, 30 julio 2001), siempre que actúen regularmente “por mandato de los administradores o como gestores de éstos”, pues “la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador” sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Añade que cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (SSTS 26 de mayo 1998, 7 mayo 2007) en los supuestos en los que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte “un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes”, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (SSTS 23 marzo 2006)”.

que ésta designe a una persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

Notemos que las personas físicas representantes de personas jurídicas administradoras de sociedades no pueden ser calificadas de administradores de hecho pues precisamente desarrollan las funciones de un cargo con arreglo a una representación expresamente prevista en la ley.

La sentencia de 12 de diciembre de 2018 de la AP de Barcelona resulta especialmente clarificadora: “Antes de la entrada en vigor de la reforma de la LSC llevada a efecto por la ley 31/2014, la posibilidad de establecer la responsabilidad a los administradores no directos, no era pacífica ni en la doctrina, ni en la práctica judicial, que se decantaba por la idea de que sólo se podía imputar a la persona física actuante en la condición de administradora de hecho.”

VI. RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADMINISTRADORES

1. Delitos relacionados con la actividad típica de los administradores

El precepto general del artículo 31 del CP establece la responsabilidad criminal de los administradores, a modo de cláusula general de autoría, con independencia de si los mismos son de hecho o de derecho: “El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”⁶⁹

Como afirma DEL AMO SANCHEZ, el tratamiento de la responsabilidad penal de los administradores del CP de 1995 rompió con la parquedad del código precedente: “Al abordar el estudio de esta cuestión es necesario separar el análisis del precepto general del artículo 31, como norma que establece una regla general de autoría para los administradores de patrimonios ajenos, tanto

⁶⁹ Última actualización, publicada en el BOE el 31/03/2015, en vigor a partir del 01/07/2015.

si lo son de una persona jurídica como de una persona física. Y en este punto es conveniente precisar que la aparición en nuestra ley penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tras la reforma del CP por la LO 5/2010, tiene necesariamente efectos sobre la responsabilidad de los administradores de los entes corporativos”.⁷⁰ Ahora bien, no todos los delitos económicos son susceptibles de imputación sistemática a los administradores sociales, ya que debe analizarse en cada supuesto los antecedentes concurrentes, su grado de participación en los hechos que se imputan y la posible omisión de los administradores del deber de vigilancia o debido control para evitar su comisión como garantes de la seguridad.

La clasificación general de delitos económicos incluye los siguientes:

- El delito de administración desleal.
- Los delitos de frustración de la ejecución.
- Los delitos de insolvencias punibles.
- Los delitos contra la propiedad industrial.
- Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa.
- El delito de desabastecimiento de mercado.
- El delito de publicidad fraudulenta.
- El delito de estafa de inversores.
- El delito de alteración de precios
- El delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores
- El delito de abuso, fraude y manipulación en el acceso condicional a servicios de radiodifusión e interactivos
- Los delitos de corrupción en los negocios
- Los delitos societarios
- El delito de blanqueo de capitales

- Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social

El profesor RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, clasifica los delitos imputables a los administradores como consecuencia de la actividad societaria básica, como son los delitos societarios documental y de falsedad (arts. 390, 392 a 396 y 399 CP),

⁷⁰ DEL AMO SANCHEZ, “La responsabilidad penal de los administradores”. páginas 10 y ss. Ed. Factum Libri Ediciones, S.L. 2018. “Tras la reforma del CP operada por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha modificado el delito de administración desleal, con la derogación del artículo 295 y la nueva tipificación del artículo 252, dentro de las defraudaciones. Esta modificación –afirma- plantea problemas de subsunción sobre los que ya se ha pronunciado el TS y que se refieren, en esencia, a las fronteras entre el tipo clásico de la apropiación indebida y la administración desleal propiamente dicha.”

los relativos al ámbito laboral (arts. 142, 152 y 311 a 318 CP), al incumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social (arts. 305 a 310 bis CP), contra el patrimonio y el orden socioeconómico, entre ellos las defraudaciones (arts. 248 a 256 CP), las insolvencias punibles (arts. 257 a 261 CP), los relativos a la propiedad intelectual e industrial arts. 262 y 270 a 288 CP), al mercado y a los consumidores (arts. 262 y 270 a 288 CP) y contra el urbanismo y el medio ambiente (arts. 319 a 348 CP), y delitos de contrabando (arts. 2 y ss LO 12/1995 de 12 de diciembre de Represión del contrabando, distinguiendo los anteriores respecto de aquellos que son específicos de la actividad social de la organización, como los de falsedad contable, abuso de mayoría, acuerdos lesivos, impedimentos a los derechos de información, gestión y control, y obstruccionismo a la supervisión o inspección en mercados sometidos a órgano regulador (arts. 290 a 297 CP). Aclarando – respecto de los delitos susceptibles de imputación a la persona jurídica que, “Los delitos cometidos por los administradores pueden estar o no incluso en entre los imputables a las personas jurídicas, si bien a la inversa está clara la posible presencia del administrador, como persona física imputada, en todos los delitos protagonizables por las personas jurídicas.” Y respecto de los administradores de hecho que “en los delitos especiales de los administradores podrán ser partícipes otras personas carentes de tal cualidad, posibilidad que también existe a la inversa: participación del administrador en los delitos cometidos por otras personas, en cualquiera de las modalidades de participación delictiva. Especial relevancia tienen en la práctica los supuestos de *willful blindness*, limitados por la jurisprudencia reciente, y la participación en delitos imprudentes por cualquiera de las modalidades de imprudencia: culpa in constituyendo vel in operando (*in eligendo, in instituendo, in dotando vel in vigilando*), siempre que no pueda ampararse el administrador en el «principio de prudente confianza» que rige en toda división del trabajo horizontal y, sobre todo, vertical.”⁷¹

2. Control y prevención de la comisión de delitos

La problemática que se presenta a los administradores en relación con el deber de implementar las medidas eficaces para evitar que se lleven a cabo delitos en el seno de la sociedad, nace del **deber de garantes de la seguridad** que tienen

71 RODRIGUEZ RAMOS, LUIS, “Responsabilidad penal de los administradores. ¿Elusión por estructura jerárquica, encargos o delegación de funciones?,” Diario La Ley, N° 9292, Sección Doctrina, 6 de Noviembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

los mismos respecto de las actividades de la sociedad en tres planos claramente diferenciados. Por un lado los delitos societarios propiamente dichos contra la sociedad, los socios y los empleados (como la administración desleal, la corrupción, delitos de insolvencia, etc.). Por otro lado los delitos cometidos en nombre de la propia sociedad en su condición de administrador, responsabilidad penal de los administradores susceptibles de imputación personal a raíz del artículo 31 del CP y finalmente su posible responsabilidad personal por no implantar los sistemas los sistemas de prevención y control de riesgos penales del artículo 31 bis del CP, que si bien ha sido descartada al no aprobarse por el legislador el proyectado artículo 286, seis, no es menos cierto que podría ser objeto de imputación como “comisión por omisión del deber de vigilancia a tenor de la aplicación del artículo 12 del CP.

La entrada en vigor de la **LO 5/2010, de 22 de junio**, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, BOE nº 152, de 23 de junio de 2010, introdujo en España por primera vez la posibilidad de imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, un marco jurídico novedoso con implicaciones en la empresa, así como para los administradores y directivos, en todo cuanto se refiere con el deber de diligencia y control en materia de prevención de delitos susceptibles de imputación a la persona jurídica⁷². Se establece una obligación genérica de supervisión de los administradores y directivos respecto de los empleados, basada en el deber como garantes de la seguridad sobre todas las actividades de la sociedad que obliga a implementar las medidas eficaces para evitar que se lleven a cabo delitos en el seno de la organización.

Asistimos a un nuevo escenario de responsabilidad penal y por ende de su responsabilidad civil “ex delicto”, que afecta a las empresas en el que resaltamos las siguientes modificaciones legales de trascendencia en este ámbito.

⁷² Delitos recogidos en el CP: de trata de personas (art. 177 bis.7), tráfico de órganos (art. 156 bis), prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3), estafas y fraudes (art. 251 bis), insolvencia fraudulenta (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264.4), corrupción entre particulares y en las transacciones comerciales internacionales (arts. 286, bis y 288), contra la propiedad intelectual e industrial y contra el mercado y los consumidores (art. 288.1), blanqueo de capitales (art. 302.2), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4), contra la ordenación del territorio y el urbanismo, construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319.4), contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6), relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 343.3), de riesgo provocados por explosivos (art. 348.3), tráfico de estupefacientes (art. 369 bis), falsedad en medios de pago, falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis), cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (430) organizaciones o grupos criminales (art. 570 quarter) y terrorismo (art. 576 bis).

- **Ley 37/2011 de Medidas de Agilización procesal**, de 10 de Octubre, por lo que se refiere a la regulación del procedimiento penal adaptada a esta nueva situación,
- **La LO 6/2011**, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de Diciembre, de **represión del contrabando**, incluyendo a este delito en el **inventario de infracciones susceptibles de ser cometidas por la persona jurídica**.
- **La LO 7/2012**, de 27 de Diciembre⁷³ incorporando a **Partidos Políticos y Sindicatos en el régimen de Responsabilidad penal**.
- El **RD 1611/2011**, de 14 de Noviembre, que adecúa el **Registro de Antecedentes Penales a la inscripción de los relativos a la Persona Jurídica**.
- **La LO 1/2015**, de 30 de marzo, **por la que se modifica** la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del **CP**.

Todo un mosaico normativo en el que destacamos la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 -en vigor a partir del 1 de julio de 2015-, que supone una mejora técnica insuficiente en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de delimitar el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal basada en la comisión por omisión del deber de control necesario en el seno de la organización para evitar la comisión de delitos empresariales.

Reforma que extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del CP.

⁷³ LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE 28 Diciembre 2012). se modificó la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.

Existe una coherencia lógica entre la expresión genérica del artículo 225, 2 de la LSC sobre la dedicación adecuada que deben realizar los administradores a la hora de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, combinada con el deber general de control de los administradores con las exigencias de cumplimiento normativo penal del artículo 31 bis del CP⁷⁴. Conjunción expansiva de normas que requiere coordinación de funciones en la empresa y nos conduce a la obligación por parte de los administradores de establecer sistemas de prevención y supervisión eficaces de los aspectos penales de la actividad empresarial.

La reforma del CP del año 2010 afectó a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En aquel momento surgió una nueva forma de imputación penal que ha generado ciertas incertidumbres, tanto respecto de los criterios de imputación, como de quiénes son las personas responsables dentro de la empresa, o cuáles son los requisitos para la imputación de los delitos de las personas jurídicas y otras novedosas cuestiones procesales. Aquella reforma no fue suficiente para disuadir ni contener la avalancha de comportamientos que constituyen delitos económicos en el seno de las organizaciones. Por ello el legislador ha planteado una nueva reforma guiada por la necesidad de implementar medidas de prevención en las organizaciones de lucha contra el fraude, la corrupción y los delitos económicos, concretamente los administradores y directivos deberán implementar medidas de vigilancia y control que incluya la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control de los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis para evitar conductas peligrosas tipificadas como delito.

Ahora bien, no se trata de meras medidas formales de cara a la galería, sino de la adopción y ejecución eficaz por parte del órgano de administración, antes de la comisión del delito, de modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, estas las funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que,

⁷⁴ Artículo 31 bis del CP redactado por el número veinte del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo). Vigencia 1 julio 2015.

según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

La obligación de los administradores de implementar las medidas de prevención y control de riesgos de cumplimiento penal es independiente de la responsabilidad del también modificado artículo 31 del CP, que quien actúa como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

La importancia de la reforma viene dada no solamente por la exigencia de implementar las medidas de control sino en la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica propiamente dicha, condicionada al cumplimiento de las condiciones requeridas para la eficacia del sistema de control; exención que, en los casos en los que las medidas de prevención solamente puedan ser acreditadas parcialmente, serán valoradas a los efectos de atenuación de la pena.

El cumplimiento normativo penal es una especialidad o subgrupo dentro del cumplimiento legal de la organización⁷⁵, cuyo objetivo es identificar, analizar, evaluar y prevenir los riesgos en que puede incurrir para evitar que puedan ser declaradas penalmente responsables en los Tribunales. De esa manera las personas jurídicas pueden evitar sus implicaciones delictivas provocadas por su personal y administradores, ejerciendo el debido control sobre los mismos, mediante la implantación de un protocolo de actuación que le permita hacer valer su Código de Buen Gobierno Corporativo y atajar las conductas ilícitas en el seno de la organización.⁷⁶

75 El Corporate Compliance Penal es un subconjunto del Corporate Compliance general.

76 El plan de prevención de delitos se conoce en el Derecho anglosajón como Corporate Compliance. ELGUERO, JOSÉ MARÍA, en ob. Cit. Diccionario de D&O define el COMPLIANCE PROGRAM como: “Documento que contiene las medidas que ha elaborado e implementado la empresa para prevenir y controlar la comisión de delitos en su seno por parte de sus empleados. Su ausencia, deficiencia o ineficacia pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica y/o a la responsabilidad, tanto civil como penal, del administrador o consejero. Es conveniente tener implementado un Programa de Cumplimiento en la empresa para evitar estas responsabilidades y la comisión de un delito de omisión por parte del administrador o directivo.”

El art. 31 bis consagró la posibilidad de que en determinados delitos pueda ser sujeto activo y responsable penal la persona jurídica, al margen de que lo sea o no un administrador, representante legal o dependiente de dicha entidad (art. 31 bis.2). Su redacción -en vigor a partir del 1 de julio de 2015- quedó como sigue:

1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Se trata de delitos de los que pueden ser sujetos activos las personas jurídicas, **«cometidos en nombre o por cuenta de las mismas»** o **«en actividades sociales y por cuenta y en provecho»** suyo (art. 31 bis), con independencia de que castigue o no a las personas físicas protagonistas de los hechos (art. 31 bis.2), que cumplan los siguientes requisitos típicos generales:

1º- Que exista una tipificación expresa de esta posibilidad en la parte especial -Libro II- (art. 31 bis.1), describiendo infracciones y penas imponibles en cada supuesto.

2º.- En régimen alternativo:

a) Que se trate de delitos «cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» (art. 31 bis.1, primer párrafo).

b) O de delitos «cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas

en el apartado anterior -a)- han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» (art. 31 bis.1, segundo párrafo).

2. *Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, **la persona jurídica quedará exenta** de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

Cabe preguntarse sobre el alcance y la extensión del deber de administrador a la hora de llevar a cabo las actuaciones necesarias para impedir la comisión de delitos en el seno de la organización y si la reforma penal implica la obligación implícita por parte de los administradores para implementar obligatoriamente el programa de prevención. Desde luego parece claro que la omisión de los administradores para implementar el plan de prevención puede generar su responsabilidad civil en el campo estrictamente mercantil, sin embargo una interpretación extensiva que permitiera la imputación penal de los administradores por la omisión del deber de vigilancia conllevaría puntualmente a una eventual responsabilidad penal en función del delito y la omisión.

Sabido es que conforme al artículo 12 del CP las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley. Sin embargo el artículo 11 del CP dispone que los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción bien cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o bien cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Notemos que el modelo de prevención que nos ocupa es facultativo, es decir, la organización puede optar entre implantar el modelo con carácter previo a la posible comisión de un delito, o a posteriori, nada más producirse la comisión del delito. Las consecuencias en un caso u otro son diferentes ya que en caso de tener implantado el modelo de prevención eficaz antes de la comisión del delito, la organización podrá quedar exonerada de su responsabilidad penal, y en caso de implantarlo después de que el delito se cometa, la organización solo podrá atenuar la pena, pero no exonerarla, siempre y cuando cumpla los requisitos legales exigidos para ello.

El legislador finalmente optó por prescindir del tipo penal que preveía el proyecto original de reforma en su artículo 286 seis, que pretendía tipificar por primera vez la omisión por parte de los administradores y de la alta dirección de las medidas de vigilancia o control de riesgos para evitar delitos en la organización, castigando con penas de prisión o multa e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

La novedad y amplitud de las obligaciones legales de la nueva redacción del art. 31 bis del CP están íntimamente relacionadas con los programas de gestión de riesgos y las normas de buen gobierno de las sociedades de capital. Todas estas actuaciones deberán implementarse necesariamente con el impulso de los administradores y directivos, previa revisión de los nuevos criterios de su

responsabilidad penal, a tenor de su obligación de implementar sistemas de prevención y control de riesgos para evitar la comisión de delitos, con especial incidencia en los llamados programas de compliance.⁷⁷

3. *En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*

Cabe preguntarse por el criterio legal - según la legislación aplicable - a tener en cuenta para que la persona jurídica pueda considerarse como de “pequeñas dimensiones”. La solución la encontramos en el criterio legal contenido en el artículo 258 de la LSC que establece que podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.

En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

⁷⁷ V. SÁIZ PEÑA, CARLOS ALBERTO y otros, Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa. ECIX, Thompson Reuters Aranzadi 2015.

Las organizaciones que no reúnan estas condiciones deberán crear un órgano específico, con funcionamiento independiente y poderes autónomos, encargado de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior **deberán cumplir los siguientes requisitos:**

- 1.º **Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos** los delitos que deben ser prevenidos.
- 2.º Establecerán los **protocolos o procedimientos** que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
- 3.º Dispondrán **de modelos de gestión de los recursos financieros** adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4.º Impondrán la obligación de **informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar** el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5.º Establecerán un **sistema disciplinario** que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- 6.º Realizarán una **verificación periódica del modelo y de su eventual modificación** cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Artículo 31 ter

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quater

Sólo podrán considerarse **circunstancias atenuantes** de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Artículo 31 quinquies

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.⁷⁸

Pues bien, los sistemas de prevención y control de riesgos se basan en las técnicas de gestión de riesgos que vienen siendo implementadas en España en los últimos 30 años.⁷⁹ Una vez aprobada la en diciembre de 2014 la Norma ISO 19600:2014, Compliance management systems-Guidelines (en España, UNE-ISO 19600)⁸⁰ se pueden seguir directrices y metodologías para definir, implantar, mantener y mejorar un Programa de Compliance en una organización pues «esta norma internacional no especifica requisitos, sino que proporciona una guía para los sistemas de gestión de compliance y prácticas recomendadas».⁸¹

La reforma obliga a los administradores y directivos a implementar el conjunto de medidas internas de prevención y control, así como los mecanismos definidos para su implementación cuyo seguimiento y cumplimiento eficaz por parte de los administradores y directivos de las personas jurídicas cubran el grado de diligencia adecuado en su labor de control del personal dependiente como para

78 V. al respecto del art. 31 quinquies, CASTESANA FERNÁNDEZ, CARLOS, “Análisis a la luz del art. 31 bis CP (redacción de 2010) y del art. 31 quinquies CP (en la versión de 2015), de las Circulares FGE 1/2011 y 1/2016, y del Informe OCDE 2012. Fundamentos de Derecho Administrativo por la naturaleza jurídica pública de la persona jurídica”, Diario La Ley, N° 9349, Sección Tribuna, 1 de Febrero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

79 V. <http://www.agers.es/en>.

80 V. nota 14.

81 V.: Disponible <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:19600:ed-1:v1:en> Abril 2019.

que las eventuales conductas delictivas no generen la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La preocupación del legislador por las insolvencias punibles se ha hecho patente en la modificación del artículo 260 del CP, que contempla el supuesto en el que el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. También se persigue la actuación del deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

Pero las **labores de control de auditoría** no están exentas de riesgos profesionales de aquellos que llevan a cabo las labores de control. La Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE 21-7-2015)⁸² establece en su artículo 26 que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del CC, con las particularidades establecidas la mencionada norma.⁸³

⁸² El objeto principal de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas es adaptar la legislación interna española a los cambios incorporados por la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, en lo que no se ajusta a ella. Junto a dicha Directiva, se ha aprobado el Reglamento (UE) n.º 537/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión.

⁸³ Notemos que la responsabilidad de los administradores y directivos obra de manera independiente a la de los auditores, tanto si son externos como internos. Conforme establece el artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en la referida norma, siendo exigible tanto a los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero. A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión.

La responsabilidad civil de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría es exigible de forma proporcional y directa a los daños y perjuicios económicos que pudieran causar por su actuación profesional tanto a la entidad auditada como a un tercero. A estos efectos, se entenderá por tercero cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión. La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros.

Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, dentro de los límites señalados en el apartado precedente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría.

La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría.

Para responder de los daños y perjuicios que pudieran causar en el ejercicio de su actividad, los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría de cuentas estarán obligados a prestar garantía financiera.

La garantía financiera podrá prestarse mediante depósito en efectivo, títulos de deuda pública, aval de entidad financiera o seguro de responsabilidad civil o de caución, por la cuantía y en la forma que establezca el Ministerio de Economía y Competitividad. La cuantía, en todo caso, será proporcional a su volumen de negocio.

Reglamentariamente se fijarán, además del importe de la garantía financiera para el primer año de ejercicio de la actividad, los elementos esenciales que resulten necesarios para garantizar su suficiencia y vigencia a efectos de cumplir su finalidad.

La responsabilidad civil será exigible de forma personal e individualizada, con exclusión del daño o perjuicio causado por la propia entidad auditada o por terceros. Cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor de cuentas en nombre de una sociedad de auditoría, responderán solidariamente, el auditor que haya firmado el informe de auditoría y la sociedad de auditoría. La acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá a los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría.

Más adelante nos referimos a la posibilidad de que la Sociedad pague la prima de seguros de los administradores, incluso de que sea su tomador. Tales informaciones deben ser reflejadas por los administradores en la Memoria pudiéndose dar de forma global por concepto retributivo. En el caso de que la sociedad hubiera satisfecho, total o parcialmente, la prima del seguro de responsabilidad civil de todos los administradores o de alguno de ellos por daños ocasionados por actos u omisiones en el ejercicio del cargo, se indicará expresamente en la Memoria, con indicación de la cuantía de la prima.

Pero en el **compliance penal** existen **líneas rojas**. Ciertamente es que no se pueden prevenir todos los comportamientos penales en el seno de la empresa, más si tenemos en cuenta que en algunos modelos de control de riesgos penales de las organizaciones pueden concurrir conflictos de intereses.

El conflicto de interés surge se produce cuando dos o más personas tienen intereses contrapuestos en un mismo asunto, cosa bastante frecuente cuando se trata de intereses societarios y de los administradores.

Los administradores y directivos de las empresas pueden incurrir en conflicto de intereses con la estrategia de control de riesgos y de defensa procesal de la organización. El riesgo es claro, si –por un lado– los que administran y dirigen las organizaciones son también los responsables de implementar los sistemas de prevención para el control de riesgos penales y al mismo tiempo deben establecer las pautas para la defensa jurídica en el proceso de imputación penal de la persona jurídica, concurriendo en el mismo con los propios administradores y directivos en calidad de investigados, tenemos un problema de conflicto de intereses.

Percibimos con sorpresa situaciones en las que algunas organizaciones y personas físicas, basándose en una aparente legalidad, llevan a cabo actuaciones que –paradójicamente– burlan la finalidad de la norma.

Cuando esto ocurre se dan cita dos conceptos que conviene aclarar, por un lado el fraude de ley y por otro el abuso de derecho.

El fraude de ley se sustenta en conductas notorias e inequívocas realizadas al amparo de una determinada ley, que producen un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida por fundamental en la regulación de la misma materia.

Existe un fundamento ético legal que impide que la Ley no ampare los actos producidos en “fraude de ley”. Normalmente implica una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de licitud: quien la realiza, sin entrar sus actos en contradicción abierta con la norma, consiguen burlarla, buscando otra u otras normas que puedan prestar apoyo aparente de legalidad al hacer de quien actúa en fraude de ley. Por ello, ya una vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la Sala Primera de lo Civil, explicitaron que el “fraude de ley” exige una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto legal en que se amparan.

La jurisprudencia ha establecido que deben concurrir unos mínimos requisitos esenciales para apreciar su existencia. El primero de ellos es que se produzca una actuación aparentemente correcta que indique una extralimitación y que, por ello, la ley la debe privar de protección, en segundo lugar que esta actuación produzca efectos dañinos y finalmente que dicha acción produzca una reacción del sujeto pasivo concretada en que pueda plantear una pretensión de cesación y de indemnización. El abuso de derecho ha de quedar claramente manifestado, tanto por la convergencia de circunstancias subjetivas e intencionales de perjudicar o falta de interés serio y legítimo, como de las objetivas de producción de un perjuicio injustificado.

Cuando los sistemas de control penal de las empresas emergen como una cortina de humo para aparentar lo que realmente no se tiene, estamos ante unas “trampas en el solitario”, un intento fallido del objetivo de conseguir legítimamente la exención de su responsabilidad penal.

3. Obligaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Obligación de disponer de un buzón interno de denuncias y comunicaciones en materia de blanqueo de capitales⁸⁴

El reciente **RDL 11/2018, de 31 de agosto (en vigor desde el 4 de septiembre de 2018)**, transpone, entre otras, la Cuarta Directiva en materia de **Prevención de Blanqueo de Capitales**⁸⁵ y como novedad incluye un buzón de denuncias obligatorio (a través de la modificación de la Ley 10/2010 de

⁸⁴ Recogidas en el RDL 11/2018 de 31 de agosto que regula los procedimientos internos de comunicación con la correspondiente obligatoriedad de disponer de un canal de denuncias internas en materia de blanqueo de capitales.

⁸⁵ Disponible en la siguiente dirección del BOE: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-12131. Abril 2019.

28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo) por medio de su artículo 26 bis relativo a los Procedimientos Internos de comunicación de potenciales incumplimientos en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.⁸⁶

Esta nueva obligación es fruto de la Directiva (UE) 2015/849 que se orienta a la mejora de la supervisión y sanción de las infracciones de la normativa de prevención es el establecimiento de los canales de denuncias, tanto públicos, como en el ámbito de los propios sujetos obligados de la ley. Los sujetos obligados deberán contar con **canales específicos para la denuncia interna de conductas contrarias a la ley** o a los procedimientos internos de la entidad aprobados para dar cumplimiento a aquélla. De forma paralela, se crearán canales de denuncia a la Administración de potenciales incumplimientos por los sujetos obligados de las exigencias de la normativa administrativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Así, se exige de forma novedosa que los sujetos obligados establezcan procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos en relación a lo dispuesto por la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo,

86 RDL 11/2018 «Artículo 26 bis. Procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos.
1. Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.
Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable.
2. Será de aplicación a estos sistemas y procedimientos lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal para los sistemas de información de denuncias internas.
A estos efectos, se considerarán como órganos de control interno y cumplimiento exclusivamente los regulados en el artículo 26 ter.
3. Los sujetos obligados adoptarán medidas para garantizar que los empleados, directivos o agentes que informen de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto.
4. La obligación de establecimiento del procedimiento de comunicación descrito en los apartados anteriores, no sustituye la necesaria existencia de mecanismos específicos e independientes de comunicación interna de operaciones sospechosas de estar vinculadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo por parte de empleados a las que se refiere el artículo 18.
5. Reglamentariamente podrán determinarse los sujetos obligados exceptuados del cumplimiento de la obligación prevista en este artículo.»

su normativa de desarrollo o las políticas internas implementadas para su cumplimiento a nivel corporativo.

La novedad reside pues en la propia exigencia específica de establecimiento de un canal de denuncias en el ámbito preventivo del blanqueo de capitales, para quienes ostentan la calificación de sujetos obligados en este ámbito, incentivando, por ende, una mayor implementación diligente y adecuada de los canales de denuncia o sistemas de whistleblowing. Estos sistemas han sido, a su vez, impulsados, de forma diligente, por las reformas de la normativa penal (LO 5/2010 de 22 de junio y LO 1/2015 de 30 de marzo) que han promovido la creación y desarrollo de los Programas o Modelos de Prevención de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, llevando a la realidad práctica la obligación que afecta a todas las personas que integran la entidad de “informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención” (requisito 4º del artículo 31 bis.5. del CP).

Es relevante subrayar que el nuevo artículo 26 bis identifica algunas de las características de estos procedimientos internos de comunicación o canales de denuncia, específicamente previstos en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales:

- Podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas contrarias a la restante normativa general o sectorial que les fuera aplicable. Es decir, se prevé su integración en los canales de denuncia o *whistleblowing* implementados en materia de cumplimiento normativo y prevención de delitos.
- Estos sistemas de comunicación deben cumplir con la normativa de protección de datos.
- Los sujetos obligados adoptarán medidas para garantizar que los empleados, directivos o agentes que informen de las infracciones cometidas en la entidad sean protegidos frente a represalias, discriminaciones y cualquier otro tipo de trato injusto.
- Esta obligación (de implementación del sistema de comunicaciones o denuncias internas) no sustituye la necesaria existencia de mecanismos específicos e independientes de comunicación interna de operaciones

sospechosas (conforme al vigente sistema de comunicación por indicio previsto por el art. 18 de la Ley 10/2010 de 28 de abril).

- La normativa prevé que, reglamentariamente, se puedan determinar excepciones (para determinados sujetos obligados) respecto del cumplimiento de esta obligación.
- Se trata de un sistema de comunicación interno, a nivel corporativo, complementario con la existencia de sistemas de comunicaciones públicos (previstos por el nuevo artículo 63 de la Ley 10/2010 de 28 de abril,⁸⁷ referente a la comunicación de infracciones) que prevé, a su vez, también el tratamiento de las denuncias en su artículo 64⁸⁸ y la protección de los denunciantes en su artículo 65 de la repetida Ley 10/2010 de 28 de abril.⁸⁹

87 Ley 10/2010 «Artículo 63. Comunicación de infracciones.

1. Los empleados, directivos y agentes de los sujetos obligados que conozcan hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones contempladas en esta ley, los podrán poner en conocimiento del Servicio Ejecutivo de la Comisión.

2. Las comunicaciones serán remitidas al Servicio Ejecutivo de la Comisión por escrito e incorporarán todos los documentos e informaciones sobre los hechos denunciados que permitan justificar la denuncia. Mediante orden del Ministro de Economía y Empresa se aprobará el modelo de comunicación y se establecerán las características y requisitos del canal de recepción de comunicaciones, a fin de asegurar su confidencialidad y seguridad.

3. Los programas de formación de las entidades deberán incluir la información sobre la existencia de estos mecanismos.»

88 Ley 10/2010 «Artículo 64. Tratamiento de las comunicaciones.

1. El Servicio Ejecutivo de la Comisión determinará si existe o no sospecha fundada de infracción en las comunicaciones recibidas de conformidad con el artículo 63. De no existir sospecha fundada o cuando no se concreten suficientemente los hechos o personas responsables de la infracción, requerirá a la persona comunicante para que aclare el contenido de la comunicación realizada, o lo complemente con nueva información, concediendo un plazo para ello no inferior a 15 días. Transcurrido el plazo fijado para la aclaración o aportación de nueva información, sin que pueda determinarse sospecha fundada, se procederá al archivo de la comunicación.

2. Las comunicaciones recibidas no tendrán valor probatorio y no podrán ser incorporadas directamente al procedimiento administrativo. Si existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados y éstos son desconocidos para la Administración, el Servicio Ejecutivo de la Comisión, o los supervisores de las entidades financieras, en caso de convenio de los previstos en el artículo 44. 2 m) de la ley, podrán:

a) Utilizar la información obtenida para la definición del nuevo plan de inspección.

b) Realizar actuaciones adicionales de inspección, que podrán llevarse a cabo de manera independiente o incardinarse en las acciones de supervisión planificadas en el contexto del desarrollo del plan anual de inspección aprobado.

3. Los resultados de las actuaciones de inspección llevadas a cabo por el Servicio Ejecutivo de la Comisión serán remitidas a la Secretaría de la Comisión, que las elevará a la consideración del Comité Permanente. Cuando las actuaciones de comprobación pongan de manifiesto la posible existencia de un ilícito penal, la información será remitida al Ministerio Fiscal para su investigación.»

89 Ley 10/2010 «Artículo 65. Protección de las personas.

1. Las comunicaciones realizadas al amparo del artículo 63:

4. Sujetos obligados al control de blanqueo de capitales

Todos los sujetos calificados como obligados por la Ley 10/2010, relativa a la prevención de blanqueo de capitales. El artículo 2.1 de la Ley 10/2010 de 28 de abril estipula (con la consideración, también, de los criterios de los apartados 2 a 5 del mismo artículo) quienes se integran en el ámbito de los “sujetos obligados” a los efectos de la aplicación de esta ley.

Veamos los casos que expresamente determina la Ley 10/2010 de 28 de abril en su artículo 2.1:

- a) Las entidades de crédito.
- b) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente.
- c) Las empresas de servicios de inversión.
- d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- e) Las entidades gestoras de fondos de pensiones.
- f) Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.

a) no constituirán violación o incumplimiento de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que pudieran afectar a la persona comunicante, a las personas estrechamente vinculadas con ésta, a las sociedades que administre o de las que sea titular real;

b) no constituirán infracción de ningún tipo en el ámbito de la normativa laboral por parte de la persona comunicante, ni de ella podrá derivar trato injusto o discriminatorio por parte del empleador;

c) no generarán ningún derecho de compensación o indemnización a favor de la empresa a la que presta servicios la persona comunicante o de un tercero.

2. El Servicio Ejecutivo de la Comisión informará de los diferentes mecanismos legales que la normativa en vigor habilita para la garantía de estos derechos.

3. Las comunicaciones tendrán carácter confidencial, no pudiendo desvelar el Servicio Ejecutivo de la Comisión los datos identificativos de las personas que las hubieran realizado. En el caso de que, como consecuencia de la comunicación realizada, se inicie un expediente sancionador contra una persona física o jurídica, no se incluirán en ningún caso los datos de la persona que llevó a cabo la comunicación.

4. La comunicación realizada al amparo de lo previsto en el artículo 63 no conferirá por sí sola la condición de interesado en el procedimiento administrativo que pudiera iniciarse contra el infractor.»

- g) Las sociedades de garantía recíproca.
- h) Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico.⁹⁰
- i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda.
- j) Los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia.
- k) Las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos, así como las personas que, sin haber obtenido autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente alguna de las actividades a que se refiere la Disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero.
- l) Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles.
- m) Los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales.
- n) Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.
- o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios

⁹⁰ Inciso final de la letra h) del número 1 del artículo 2 introducido por la disposición final octava de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico («B.O.E.» 27 julio). Vigencia: 28 julio 2011.

por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.⁹¹

p) Los casinos de juego.

q) Las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos.

r) Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades.

s) Las personas que ejerzan profesionalmente las actividades a que se refiere el artículo 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

t) Las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago.

u) Las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar presenciales o por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. En el caso de loterías, apuestas

⁹¹ Letra o) del número 1 del artículo 2 redactada por el apartado dos del artículo segundo del RDL 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 4 septiembre). Vigencia: 4 septiembre 2018.

mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas tipo «B» únicamente respecto de las operaciones de pago de premios.⁹²

v) Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34.

w) Las personas que comercien profesionalmente con bienes, en los términos establecidos en el artículo 38.

x) Las fundaciones y asociaciones, en los términos establecidos en el artículo 39.

y) Los gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como los gestores de tarjetas de crédito o débito emitidas por otras entidades, en los términos establecidos en el artículo 40.

Se entenderán sujetas a la presente Ley las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades citadas en los párrafos anteriores.

5. Sanciones en caso de incumplimiento

Los artículos 53, 58 y 59 de la Ley 10/2010 de 28 de abril establecen las sanciones en caso de incumplimiento.

La no implementación del canal de denuncias sería considerada como una infracción leve de la Ley y sancionado con hasta 60.000 €.

6. LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional

⁹² Letra u) del número 1 del artículo 2 redactada por el apartado dos del artículo segundo del RDL 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («B.O.E.» 4 septiembre). Vigencia: 4 septiembre 2018.

La LO 1/2019 traslada a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, así como el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

La norma responde a los objetivos de transponer las directivas con incidencia en materia penal pendientes y de abordar cuestiones internacionales también de naturaleza penal. Modifica el CP para completar el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015. Finalmente, se completa la regulación de los delitos de corrupción de acuerdo con las directrices del Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO).

La actuación delictiva por utilización de información privilegiada y manipulación de mercado ya estaba prevista en los artículos 284 y 285 del CP con anterioridad a la aprobación de la Directiva 2014/57/UE, pero no abarcaban todos los supuestos específicamente referidos en la norma europea, que ahora deben sancionarse de forma expresa para cumplir con las exigencias del principio de legalidad penal. Se opta por unos tipos penales que, en las conductas de mayor gravedad de manipulación de mercado y realización de operaciones con información privilegiada, se configuran como delitos graves. El bien jurídico protegido no se configura tanto en atención al contenido patrimonial o al propio orden socioeconómico, como a la integridad de los mercados y la confianza de los inversores que actúan en ellos. Por tanto, la transposición de esta directiva ajusta los artículos 284 y 285 a las previsiones de aquella Directiva.⁹³

93 Como indica la exposición de motivos de la LO 1/2019: “La modificación que se efectúa en el artículo 284 del CP incorpora, en los medios comisivos, la utilización de artificios y el empleo de las tecnologías de la información para la alteración de precios; en el objeto de protección, los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y los índices de referencia y, en la punición, un incremento de las sanciones para cumplir con las exigencias de la directiva. Además, se prevé una agravación específica

La LO 1/2019 incorpora en el CP tres nuevos preceptos: el artículo 285 bis para tipificar la comunicación ilícita de información privilegiada cuando ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores; el artículo 285 ter para remitir, con pleno respeto del principio de legalidad, los contenidos conceptuales (instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos) a la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros y el artículo 285 quater para establecer de manera expresa la punición de los actos de proposición, conspiración y provocación a los tres delitos mencionados. También se reordena el reproche a los actos cometidos por una persona jurídica, cuando se declare la responsabilidad penal de ésta, en consonancia con la gravedad de las conductas de la persona física.

La Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, requirió ajustar la legislación penal española a las previsiones de aquella norma, ello pese a que la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, en materia de delitos de terrorismo, se adelantó al contenido de la directiva, pese a ello la nueva regulación hace ligeros ajustes al respecto.

La LO 1/2019 incorpora un nuevo artículo 285 bis con la siguiente redacción a propósito de la información privilegiada y revelación de secretos: «Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de uno a tres años. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado

para los supuestos en que el autor del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, una entidad de crédito, una autoridad supervisora o reguladora, o una entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación. La reforma del artículo 285 del Código Penal vigente es más amplia. Se tipifican nuevas formas de comisión del hecho delictivo; se especifican los supuestos en que legalmente se entiende que una persona tiene acceso reservado a la información privilegiada; y se añade también una agravación específica para el caso de que el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.»

cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.»⁹⁴

Se modifica el apartado 1 del artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:

«1. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.»

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas el artículo 31 bis del CP a LO 1/2019 -sin perjuicio de las excepciones del artículo 31 quinquies del CP-, se tipifica la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de malversación –único tipo penal de los regulados en la directiva que no lo admitía en nuestro ordenamiento– a aquellas personas jurídicas que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o de cualquier otro modo estén encargados del erario público.

La reforma de la Ley Orgánica 1/2019 introduce un nuevo ordinal 5.º en el artículo 435 estableciendo que a las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo se impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante

⁹⁴ A propósito de la información privilegiada y revelación de secretos precisamente la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, ha dado cumplimiento por parte del legislador español a la obligación de transposición de la Directiva (UE) 2016/943 de 8 de junio de 2016, de secretos comerciales.

fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

La reforma suprime el apartado 5 del artículo 576 del Código Penal incorporando un artículo 580 bis, que establece que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

“a) Multa de dos a cinco años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

c) Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

VII. DEBER DE LEALTAD

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, siendo contraria a la buena fe la actividad paralela del administrador que sirviéndose de su posición dentro de la sociedad que dirige y administra actúa en contra de los intereses de la sociedad, anteponiendo los suyos particulares en los supuestos que veremos seguidamente.

Nos referimos al incumplimiento del deber de lealtad como causa específica de responsabilidad de los administradores, con independencia de los aspectos

penales del tipo penal de la administración desleal (artículos. 252, 285, 286 bis, 295 del CP). Se enuncia el deber de lealtad de los administradores en el artículo 227 de la LSC⁹⁵ al establecer que los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador. Hasta la reforma reciente el referido artículo se refería exclusivamente a la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas.

El deber de lealtad no es exclusivo de los administradores, también es exigible a los socios cuando se producen conflictos de intereses, de acuerdo con el artículo 190 que establece que el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá en caso de impugnación a la sociedad, y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios impugnantes les bastará con acreditar la existencia de conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, revocación y exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés no sea transaccional, sino meramente posicional.

La reforma otorga importancia a **la obligación de lealtad de los administradores**, tal y como se desprende del reconocimiento como facultades indelegables, entre las referenciadas en el artículo 429 bis c) de la LSC, de la autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad previstas en el artículo 230 de esta ley.

Sirva también de ejemplo de la relevancia que el legislador da a la obligación de lealtad de los administradores, la facilidad que se da a la minoría de accionistas, en los casos de infracción del deber de lealtad, para interponer

⁹⁵ Artículo 227 de la LSC redactado por el apartado quince del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). Con vigencia el 24 diciembre 2014.

directamente la acción de responsabilidad, sin que sea preciso esperar a que se pronuncie sobre ello la Junta General.

Pero probablemente la mejor constatación de la relevancia que da la reforma al deber de lealtad la encontramos en la sistematización de los supuestos específicos de los deberes que entraña la esperada lealtad de los administradores y la obligación de abstención de realizar determinadas actuaciones en casos de conflicto de interés; concretamente, la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses, la prohibición de competencia, el deber de secreto de los administradores.

Entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad con el que el administrador debe ejercer su función se encuentran las siguientes (artículo 228 de la LSC)⁹⁶:

a) **No ejercitar sus facultades con fines distintos** de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) **Guardar secreto** sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

Los administradores y directivos de la sociedad deben guardar total confidencialidad para evitar que toda información que no sea de dominio público y que pudiera tener efectos sobre el cumplimiento de los fines de la organización, sea facilitada a terceros al margen de los procedimientos administrativos de comunicación o autorización

c) **Abstenerse de participar en** la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un **conflicto de intereses**, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con **libertad de criterio o juicio e independencia** respecto de instrucciones

⁹⁶ Artículo 228 de la LSC, redactado por el apartado dieciséis del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). Vigencia 24 diciembre 2014.

y vinculaciones de adiós hasta luego se hará Bay en media en 20 minutos así este terceros.

e) **Adoptar las medidas** necesarias para **evitar incurrir** en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar **en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.**

La anterior redacción del artículo 228 de la LSC solo hacía referencia a la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio por parte de los administradores de manera que no podían realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

La obligación impuesta a los administradores de evitar conflictos de interés obliga a los mismos a abstenerse de llevar a cabo las siguientes acciones (artículo 229 de la LSC)⁹⁷:

- a) **Realizar transacciones con la sociedad**, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- b) **Utilizar el nombre de la sociedad** o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.
- c) **Hacer uso de los activos sociales**, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.
- d) **Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.**
- e) **Obtener ventajas o remuneraciones de terceros** distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

⁹⁷ Artículo 229 redactado por el apartado diecisiete del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). Vigencia 24 diciembre 2014.

f) **Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva**, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.⁹⁸

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información dentro de la memoria a que se refieren los artículos 259 y 260 de la LSC, junto con otros documentos que integran las cuentas anuales y las indicaciones específicamente previstas por el CCO, la propia LSC y por los desarrollos reglamentarios de éstas normas.⁹⁹

Las consecuencias de las situaciones de conflicto de intereses previstas en la anterior redacción del artículo 229 de la LSC, se limitaban a exigir a los administradores la comunicación al consejo de administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad, debiendo abstenerse el administrador afectado de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Todo ello sin perjuicio de la obligación de comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

⁹⁸ V. la SAP de Granada, Sección 3ª, 314/2014 de 19 Dic. 2014, Rec. 562/2014. Ponente Pinazo Tobes, Enrique Pablo

⁹⁹ V. la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 500/2014 de 6 Oct. 2014, Rec. 3049/2012. Ponente Sastre Papiol, Sebastián

La lealtad exigida a los administradores implica que los consejeros expresen con clara y precisamente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al consejo de administración pueda ser contraria al interés social, especialmente los independientes y demás consejeros a quienes no afecte el potencial conflicto de intereses, cuando se trate de decisiones que puedan perjudicar a los accionistas no representados en el consejo de administración.¹⁰⁰ Parece más que razonable que cuando el consejo de administración adopte decisiones significativas o reiteradas sobre las que el consejero hubiera formulado serias reservas, si algún consejero optara por dimitir, deberá explicar las razones en la carta de dimisión dirigida a los miembros del consejo. De producirse el cese por dimisión o por otro motivo, de un consejero en su cargo, antes del término de su mandato, parece igualmente aconsejable que manifieste las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración, todo ello sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante y que del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo.¹⁰¹ Del mismo modo, cuando los consejeros o el secretario manifiesten su preocupación sobre alguna propuesta o, en el caso de los consejeros, sobre la marcha de la sociedad y tales preocupaciones no queden resueltas en el consejo de administración, a petición de quien las hubiera manifestado, resulta recomendable que se deje constancia de ellas en el acta de la reunión.¹⁰²

Como veremos a continuación existe la posibilidad de dispensa de las prohibiciones que implica el deber de lealtad, así “la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia

100 De acuerdo con la Recomendación 23 del CUBG aprobado por la CNMV, que alcanza también al secretario del consejo de administración, aunque no tenga la condición de consejero.

101 Recomendación 24 del CUBG aprobado por la CNMV.

102 Recomendación 28 del CUBG aprobado por la CNMV.

financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.” (artículo 230, 2 de la LSC).¹⁰³

1. Definición legal de secreto empresarial

La Ley 1/2019 de Secretos Empresariales reguladora de la protección de los secretos empresariales define – a efectos de la misma- por primera vez el concepto legal de secreto empresarial como cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.

La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquél que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta norma.¹⁰⁴

103 Artículo 230 redactado por el apartado dieciocho del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre). Vigencia 24 diciembre 2014.

104 Asimismo, lo dispuesto en esta ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el Título IV de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes

Sin embargo la protección de los secretos empresariales no afecta a la autonomía de los interlocutores sociales o a su derecho a la negociación colectiva. Tampoco podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular, no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial, ni para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente.

La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran lícitas en los casos y términos en los que el Derecho europeo o español lo exija o permita. Particularmente en España, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1/2019 se considera lícita la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

- a) El descubrimiento o la creación independientes;
- b) La observación, estudio, desmontaje o ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o esté lícitamente en posesión de quien realiza estas actuaciones, sin estar sujeto a ninguna obligación que válidamente le impida obtener de este modo la información constitutiva del secreto empresarial;
- c) El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes;
- d) Cualquier otra actuación que, según las circunstancias del caso, resulte conforme con las prácticas comerciales leales, incluidas la transferencia o cesión y la licencia contractual del secreto empresarial, de acuerdo con el Capítulo III de la Ley 1/2019.

No proceden las acciones y medidas previstas en esta ley cuando se dirijan contra actos de obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial que hayan tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) En ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información recogido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el respeto a la libertad y al pluralismo de los medios de comunicación;

- b) Con la finalidad de descubrir, en defensa del interés general, alguna falta, irregularidad o actividad ilegal que guarden relación directa con dicho secreto empresarial;
- c) Cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes, en el marco del ejercicio legítimo por parte de estos de las funciones que tienen legalmente atribuidas por el Derecho europeo o español, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio;
- d) Con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español. En particular, no podrá invocarse la protección dispensada por esta ley para obstaculizar la aplicación de la normativa que exija a los titulares de secretos empresariales divulgar información o comunicarla a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de las funciones de éstas, ni para impedir la aplicación de la normativa que prevea la revelación por las autoridades públicas europeas o españolas, en virtud de las obligaciones o prerrogativas que les hayan sido conferidas por el Derecho europeo o español, de la información presentada por las empresas que obre en poder de dichas autoridades.

2. Violación de secretos empresarial

La utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran ilícitas cuando, sin el consentimiento de su titular, las realice quien haya obtenido el secreto empresarial de forma ilícita, quien haya incumplido un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial, o quien haya incumplido una obligación contractual o de cualquier otra índole que limite la utilización del secreto empresarial.

La obtención de secretos empresariales sin consentimiento de su titular se considera ilícita cuando se lleve a cabo mediante:

- a) El acceso, apropiación o copia no autorizadas de documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos u otros soportes, que contengan el secreto empresarial o a partir de los cuales se pueda deducir; y
- b) Cualquier otra actuación que, en las circunstancias del caso, se considere contraria a las prácticas comerciales leales.

La obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se consideran asimismo ilícitas cuando la persona que las realice, en el momento de hacerlo, sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que obtenía el secreto empresarial directa o indirectamente de quien lo utilizaba o revelaba de forma ilícita según lo dispuesto en el apartado anterior.

La producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras¹⁰⁵ o su importación, exportación o almacenamiento con tales fines constituyen utilizaciones ilícitas de un secreto empresarial cuando la persona que las realice sepa o, en las circunstancias del caso, debiera haber sabido que el secreto empresarial que incorporan se había utilizado de forma ilícita.

3. Reparación del daño por uso indebido del secreto empresarial

Las acciones de defensa de los secretos empresariales contemplada en la Ley 1/2019 prescriben por el transcurso de tres años desde el momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó la violación del secreto empresarial. Cabe preguntarse si debe ser el expresamente previsto en la Ley 31/2014 para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores, que establece en el artículo 241 bis, para la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual prescribe a los cuatro años. En nuestra opinión parece razonable la interpretación del plazo de prescripción de cuatro años si la acción se basa en el criterio de imputación de responsabilidad por infracción del artículo 228 de la LSC, siempre y cuando a los administradores se les impute no haber guardado secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

Para la defensa de los secretos empresariales contra los infractores de un secreto empresarial podrán ejercitarse las acciones que correspondan, cualquiera que sea su clase y naturaleza, y exigir la adopción de las medidas necesarias para su protección, dichas acciones podrán dirigirse frente a los terceros adquirentes de buena fe, entendiéndose por tales quienes en el

¹⁰⁵ A efectos de la presente ley, se consideran mercancías infractoras aquellos productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita.

momento de la utilización o de la revelación no sabían o, en las circunstancias del caso, no hubieran debido saber que habían obtenido el secreto empresarial directa o indirectamente de un infractor.

En el petitum de la acción civil por violación de secretos empresariales podrán solicitarse:

- a) La declaración de la violación del secreto empresarial.
- b) La cesación o, en su caso, la prohibición de los actos de violación del secreto empresarial. Cuando la sentencia limite la duración de la cesación y prohibición que ordene, dicha duración deberá ser suficiente para eliminar cualquier ventaja competitiva o económica que el infractor hubiera podido extraer de la violación del secreto empresarial. Las medidas de cesación y prohibición dejarán de tener efecto, a instancia de parte, cuando la información en cuestión deje de constituir un secreto empresarial por causas que no puedan atribuirse directa o indirectamente al infractor condenado.
- c) La prohibición de fabricar, ofrecer, comercializar o utilizar mercancías infractoras o de su importación, exportación o almacenamiento con dichos fines.
- d) La aprehensión de las mercancías infractoras, incluida la recuperación de las que se encuentren en el mercado, y de los medios destinados únicamente a su producción, siempre que tal recuperación no menoscabe la protección del secreto comercial en cuestión, con una de las siguientes finalidades: su modificación para eliminar las características que determinen que las mercancías sean infractoras, o que los medios estén destinados únicamente a su producción, su destrucción o su entrega a entidades benéficas.
- e) La remoción, que comprende la entrega al demandante de la totalidad o parte de los documentos, objetos, materiales, sustancias, ficheros electrónicos y cualesquiera otros soportes que contengan el secreto empresarial, y en su caso su destrucción total o parcial.
- f) La atribución en propiedad de las mercancías infractoras al demandante, en cuyo caso el valor de las mercancías entregadas podrá imputarse al importe de la indemnización de daños y perjuicios debida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del infractor en lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria que exceda del referido valor. Si el valor de las mercancías excede del importe de la indemnización, el demandante deberá compensarlo a la otra parte.

g) La indemnización de los daños y perjuicios, si ha intervenido dolo o culpa del infractor, que será adecuada respecto de la lesión realmente sufrida como consecuencia de la violación del secreto empresarial. Para determinar los daños y perjuicios se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, como son los perjuicios económicos, incluido el lucro cesante, que haya sufrido el titular del secreto empresarial, el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor y, cuando proceda, otros elementos que no sean de orden económico, como el perjuicio moral causado al titular del secreto empresarial por su obtención, utilización o revelación ilícitas. También podrán incluirse, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. Con carácter alternativo, se podrá fijar, según los casos, una cantidad a tanto alzado en concepto de indemnización de daños y perjuicios, atendiendo, al menos y entre otros aspectos, al importe que la parte demandada habría tenido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que le hubiera permitido utilizarlo durante el período en el que su utilización podría haberse prohibido. En relación con el cálculo y liquidación de los daños y perjuicios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Patentes. Asimismo, las diligencias para este fin se llevarán a cabo a partir de las bases fijadas en la sentencia conforme al procedimiento previsto en el Capítulo IV del Título V del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

h) La publicación o difusión completa o parcial de la sentencia, que deberá preservar en todo caso la confidencialidad del secreto empresarial en los términos del artículo 15 de esta ley.

i) Cabe solicitar por el actor, la cuantía líquida de una indemnización coercitiva a favor del demandante, adecuada a las circunstancias, por día transcurrido hasta que se produzca el cumplimiento de la sentencia. Su importe se acumulará al que corresponda percibir al demandante con carácter general. Al solicitar la ejecución se podrá pedir que se entienda ampliada a los sucesivos incumplimientos, en los términos previstos en el artículo 578 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A petición de la parte demandada, cuando sea un tercer adquirente de buena fe, las medidas objeto de las acciones del apartado 1 podrán sustituirse por el pago a favor de la parte demandante de una indemnización pecuniaria, siempre que ésta resulte razonablemente satisfactoria y la ejecución de aquellas medidas

hubiera de causar a la parte demandada un perjuicio desproporcionado. La indemnización pecuniaria que sustituya a la cesación o prohibición no excederá del importe que habría habido que pagar al titular del secreto empresarial por la concesión de una licencia que habría permitido utilizarlo durante el período en el que su utilización hubiera podido prohibirse.

VIII. DEBER DE EVITAR SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

El conflicto de interés del administrador de la sociedad de capital es una situación en la que el juicio del mismo, concerniente de sus obligaciones con la sociedad y la integridad de su actuación como administrador, se ve afectada negativamente por un interés secundario, de tipo personal con repercusión económica o afectiva, tanto por cuenta propia o de persona vinculada al administrador.¹⁰⁶

La primera prioridad de los administradores y directivos es proteger y optimizar los activos de la organización para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos. Al hacerlo deben mirar por los intereses de la organización y respaldar sus estrategias y objetivos con lealtad, velando no por sus intereses particulares, sino por los de la organización. Al comprometerse de forma leal, los administradores y directivos deben actuar de tal forma que sus opiniones profesionales no se vean afectadas y de forma que beneficie a los intereses de la organización.

La lealtad se encuentra vinculada con la integridad, la profesionalidad y la confidencialidad. Al igual que sucede con la profesionalidad, es posible que en ciertas ocasiones existan conflictos entre la confidencialidad y la lealtad. En tales casos los administradores y directivos deberán valorar cada caso y responder de forma adecuada.

¹⁰⁶ Entendido el conflicto de interés como aquella situación en la que el juicio de administrador o directivo, en lo relacionado a un interés primario para él y la integridad de sus acciones, tienen a estar indebidamente influenciadas por un interés secundario, el cual frecuentemente es de tipo económico o personal. En suma, una persona incurre en un conflicto de intereses cuando en vez de cumplir con lo debido, podría cambiar su criterio o actuar en beneficio propio o de un tercero. Los conflictos de intereses aparecen en numerosas decisiones en la vida de profesionales, directivos y empleados, así como de las empresas y organizaciones, públicas o privadas.

El conflicto de intereses es común a un amplio rango de profesiones. Los conocimientos adquiridos en cargos anteriores no se pueden eliminar cuando se empieza en un nuevo puesto que posiblemente entre en conflicto. Es responsabilidad de los administradores y directivos declinar el trabajo en el supuesto de que pueda existir un conflicto de intereses entre ellos y la organización.

Los intereses de la compañía siempre tendrán prioridad mientras que no entren en conflicto con el principio de integridad, el cual implica el cumplimiento de la normativa aplicable.

Dos elementos concurren en el conflicto de intereses, por una lado intereses concurrentes en una determinada situación y por otro la contradicción entre los intereses concurrentes.

Ante la situación de conflicto de intereses la LSC obliga a adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad (artículo 228 de la LSC). Las obligaciones que nacen para los administradores cuando se produce el conflicto de intereses tienen su fundamento en la necesaria “prevención ante el riesgo de parcialidad y consiguiente peligro para el interés social que implica una situación de conflicto de intereses... este riesgo de parcialidad sólo existe si el administrador afectado por el conflicto puede tener alguna influencia en que la operación se realice o no y en la determinación de sus condiciones. Una «intervención» en la operación que no afecte a ese año o a ese trimestre de esta puede considerarse inocua e irrelevante”.¹⁰⁷

Gran parte de las conductas exigibles a los administradores relativas a su deber de lealtad se basan fundamentalmente en **conflictos de intereses** que puedan poner en duda su actuación que debe perseguir el interés social de la organización que dirigen por encima de sus intereses personales, pues la lealtad exigida al administrador se basa en la propia función de representación de intereses ajenos que lleva a cabo, lo que entraña un deber de fidelidad que le obliga a anteponer los intereses sociales a los propios. En este sentido su forma de actuar debe estar presidida por los principios ya comentados con anterioridad, como la buena

¹⁰⁷ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL, Los deberes del administrador en situación de conflicto de intereses. En “Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores”, Capítulo 14, páginas 541 y ss. Thomson Reuters Aranzadi 2015.

fe, el interés social y el símil utilizado de la lealtad del “fiel representante”. El objeto de estas obligaciones pivota sobre los paradigmas de la transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones de los administradores.

Aunque no podemos hablar de lista cerrada de supuestos de conflicto de intereses en los administradores, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de la CNMV establece algunas recomendaciones a tener en cuenta.

a.- Cuando coticen varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo deben establecerse las medidas adecuadas para proteger los legítimos intereses de todas las partes involucradas y solventar los eventuales conflictos de intereses (principio 2 y recomendación 2).

b.- Que todos los consejeros expresen claramente su oposición cuando consideren que alguna propuesta de decisión sometida al consejo de administración puede ser contraria al interés social. Y que otro tanto hagan, de forma especial, los independientes y demás consejeros a quienes no afecte el potencial conflicto de intereses, cuando se trate de decisiones que puedan perjudicar a los accionistas no representados en el consejo de administración (recomendación 23).

c.- Que la comisión de retribuciones ejerza sus funciones con independencia y que, además de las funciones que le atribuya la ley, le corresponde velar por que los eventuales conflictos de intereses no perjudiquen la independencia del asesoramiento externo prestado a la comisión (recomendación 50).

d.- Que la supervisión del cumplimiento de las reglas de gobierno corporativo, de los códigos internos de conducta y de la política de responsabilidad social corporativa se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, la comisión de responsabilidad social corporativa, en caso de existir, o una comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de auto-organización, decida crear al efecto, a las que específicamente se les atribuyan, entre otras, la función de supervisión del cumplimiento de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo de la sociedad y la de evaluación periódica de la adecuación del sistema de gobierno corporativo de la sociedad, con el fin de que cumpla su misión de promover el interés social y tenga en cuenta, según corresponda, los legítimos intereses de los restantes grupos de interés (recomendación 53).

e) A propósito de las remuneraciones es conveniente que los consejeros no ejecutivos queden excluidos de las remuneraciones variables ligadas al rendimiento de la sociedad y del consejero así como de la entrega de acciones, opciones u otros instrumentos financieros y de los sistemas de ahorro y previsión social, con algunas excepciones. Se pretende con ello evitar los potenciales conflictos de intereses que afectarían a los consejeros externos cuando tengan que enjuiciar prácticas contables u otro tipo de decisiones que puedan alterar los resultados inmediatos de la sociedad, si tales resultados y valores tuvieran efectos retributivos para ellos (principio 25).

La obligación de abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto (artículo 228 c de la LSC), no alcanza a toda intervención en la operación a que el conflicto se refiera, sino sólo una intervención deliberativa y decisoria. Se excluyen de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

El deber de evitar situaciones de conflicto de interés obliga a los administradores a que se refiere la letra e) del artículo 228 obliga al administrador a abstenerse de llevar a cabo las actuaciones previstas en el artículo 229 de la LSC, previsiones todas ellas que son de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores serán objeto de información en la memoria a que se refiere el artículo 259 de la LSC con el objetivo de que los socios y cualquier tercero tengan información sobre la situación.

La gestión de los conflictos de interés precisa una lectura jurídica y ética al mismo tiempo, lo que requiere resaltar los límites en las que se encuentra enmarcada la

actividad de la organización, así como la necesidad de disponer de un sistema por el que la misma esté dirigida y controlada conforme a unas reglas óptimas de cumplimiento ético y legal, en sus relaciones entre el cuerpo directivo de la empresa, sus órganos de administración, sus accionistas y otras partes interesadas.

Es posible que los administradores y directivos puedan enfrentarse al conflicto entre la confidencialidad y la lealtad. En tales casos sus decisiones siempre deberán regirse por el principio de integridad. En un supuesto en el que la información condidencial haga referencia a un acto delictivo o fraudulento, es responsabilidad de ellos poner a disposición de las autoridades competentes dicha información.

IX. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL NOMBRE DE LA SOCIEDAD Y LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN OPERACIONES PRIVADAS POR CUENTA PROPIA O REALIZADAS POR PERSONAS VINCULADAS

Nos referimos al impedimento del artículo 229.1 b, de la LSC o prohibición de incumplimiento de una de las manifestaciones del deber de lealtad que pesa sobre el administrador en evitación de conflicto de intereses entre los de la sociedad y los del administrador, restricción basada el antiguo artículo 227 de la LSC, fiel reflejo de la prohibición de autocontratación entre el administrador, cuando actúa por cuenta propia o de terceros vinculados y la sociedad, cuando actúa en representación de la sociedad.

Para considerar jurídicamente ineficaz la autocontratación, es necesario que se de conflicto y contradicción de intereses, que hagan incompatibles la actuación de una persona que obra para sí misma y a la vez en la representación de otra -física o jurídica-, con lo que al contrato llevado a cabo se le desprovee de causa lícita, entrando así en el campo del abuso el derecho, que siempre lleva consigo intención de dañar y perjudicar.¹⁰⁸

Para poder hablar de autocontratación es preciso que exista un negocio o acto jurídico de naturaleza bilateral, debiendo demostrarse que se trata de una

108 STS, Sala Primera de fecha 12 de febrero de 1999. Ponente Villagómez Rodil.

modalidad invalidante. Tal forma de contratación sería jurídicamente ineficaz¹⁰⁹ cuando a través de ella se realicen actos abusivos del representante, por existir un conflicto de intereses más o menos encubierto que haga incompatible la actuación de una sola persona operando por sí misma y, a la vez, en representación de otras que tienen intereses contrapuestos; entonces sí hay evidente peligro de parcialidad en perjuicio de los representados, y ello acarrearía ineludiblemente la invalidez del contrato (STS 1.ª de 31 de enero de 1991).¹¹⁰

Se admiten sin embargo, de acuerdo con el art. 229.1 a) de la LSC, las operaciones ordinarias entre la sociedad y el administrador realizadas entre ambos en condiciones análogas para los clientes y las que tienen poca trascendencia, cuando no se requiera informar sobre ellas para mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados económicos de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 230.2, se puede autorizar la autocontratación por el órgano social que corresponda en su caso de forma expresa y concreta. La autorización de supuestos de autocontratación la otorgará de forma puntual y específica la junta general si su objeto se refiere a la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada cuando se trate de autocontratación de asistencia financiera o afecta a prestaciones de servicio u obra es la junta general en todo caso la competente para decidir sobre la autorización.

Para el resto de los supuestos el órgano de administración puede autorizar la autocontratación si se asegura la transparencia, así como la independencia de sus miembros respecto del administrador beneficiado y si el patrimonio social no resulta afectado por hacerse la operación en las mismas condiciones de mercado.

109 Sobre la ineficacia del negocio jurídico del autocontrato v. la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de febrero de 2012. “La legitimación representativa del órgano de administración se proyecta sobre toda clase de actos, y el ámbito o extensión propio de la esfera de representación orgánica viene marcado, no tanto por la naturaleza del acto o negocio jurídico en sí mismo –considerado aisladamente– que realice la administración social (ya que, en principio comprende todo tipo de acto o negocio jurídico, ya sean de administración, gravamen o disposición), sino por un elemento externo a éste, como es su relación con el giro o tráfico propio de la sociedad. La delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor, y aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias de dicho objeto”.

110 STS, Sala Primera de fecha 9 de junio de 1997. Ponente Almagro Nosete.

En caso de ser un administrador único la comunicación del autocontrato se hará a la junta general. En los demás supuestos, la comunicación se hará a los demás administradores o al consejo de administración.

Los posibles problemas de la autocontratación han sido resueltos por la Dirección General de Registros y del Notariado en la Resolución de 18 de julio de 2006 ya expresó que «según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr., respecto de esta última precisión las SSTS de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar –como subraya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 21 de junio de 2013- que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del CC; 267 y 288 del CCO; 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -actual artículo 230 de la LSC-; y 127 ter de la LSA -vid. los artículos 227 a 229 de la LSC-). Precisamente porque el órgano de administración carece de facultades para autocontratar sin estar facultado por la junta general de la sociedad -cfr., por ejemplo, los artículos 162 y 220 de la LSC- no puede atribuir tales facultades al apoderado voluntario (vid., recientemente, la Resolución de 13 de febrero de 2012)».¹¹¹

Los estatutos sociales no pueden autorizar de forma genérica la autocontratación, cuestión resuelta en las Resoluciones de las Dirección General de Registros y del Notariado 27 de febrero de 2003, de 18 de julio de 2006.

¹¹¹ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 21 de junio de. 2013.

X. LA PROHIBICIÓN DE APROVECHAR OPORTUNIDADES DE NEGOCIO

Nos encontramos ante otra manifestación del deber de lealtad que precisa la previa sobre el contenido y alcance de lo que se entiende por oportunidad de negocio a los efectos del artículo 229.1 de la LSC.

La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio está integrada entre los deberes particulares de lealtad del art. 228 de la LSC, que prohíbe al administrador realizar, en beneficio propio o de personas a él vinculadas, inversiones o cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo, cuando la inversión o la operación hubiera sido ofrecida a la sociedad o la sociedad tuviera interés en ella, siempre que la sociedad no haya desestimado dicha inversión u operación sin mediar influencia del administrador.

Partimos de la base de que si el administrador -estando en el ejercicio de su cargo- tiene conocimiento de información relevante para la sociedad, no puede utilizarla en beneficio propio pues se debe al interés social de la entidad para la que desempeña sus funciones.

Se trata, por tanto, de una clase específica de conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad caracterizada por la realización de actos y negocios entre el administrador y terceros, basados en el uso de la información privilegiada que supone la propia actividad del administrador, cuya actuación persigue beneficios particulares que solamente pertenecen a la sociedad a la que se priva total o parcialmente de los mismos.¹¹²

La prueba en cada caso concreto sobre si el administrador incumplió o no el deber de lealtad debe incidir en si se aprovechó o no de las oportunidades de negocio surgidas cuando actuaba en representación y por cuenta de la sociedad de capital. De no quedar acreditado claramente que el negocio realizado por el administrador se conoció con ocasión del ejercicio del cargo, no se podrá considerar la infracción de la prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio de la sociedad.

¹¹² V. STS, Sala Primera, de lo Civil, 502/2012 de 3 Sep. 2012, Rec. 632/2009. Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

Dentro de estas actividades se encuentran no solo las que se consideran exclusivas del objeto social de la sociedad de capital, sino también aquellas que podemos denominarlas accesorias o complementarias de la actividad principal.

Se admite la autorización de la conducta del administrador previa notificación de la existencia del conflicto. Efectivamente, la sociedad puede dispensar la prohibición autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción que implique el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales.

Entre las obligaciones básicas del deber de lealtad previstas en el artículo 228 de la LSC, destaca la de su apartado b): **“Guardar secreto** sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.” La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio de la LSC concuerda con la obligación de guardar secreto y la confidencialidad que son deberes de los administradores y -a la vez- derechos de los derechos de los mismos.

El incumplimiento de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio entraña la transgresión del deber de secreto de los administradores que toman parte en la gestión de la sociedad, bien porque conozcan las decisiones estratégicas globales de la organización y obren aprovechando ese conocimiento en beneficio propio o de persona vinculada, o bien porque tales informaciones conocidas por razón de su cargo o intervención como administradores tengan naturaleza confidencial durante el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones.

Coincidimos con la opinión de algunos autores que consideran la prohibición de competencia – a la que luego nos referiremos- como una “especificación de la prohibición más general de aprovechamiento de las oportunidades de negocio”.¹¹³

113 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, SARA, La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (artículo 229.1 d]) de la LSC. En “Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores”, Capítulo 13, páginas 511 y ss. Thomson Reuters Aranzadi 2015.

XI. PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA

La prohibición de competencia entendida como aquella situación de rivalidad en el mercado con fines concurrenciales -ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio- en la que existe un interés del administrador contrario directamente al interés de la sociedad, en tanto en cuanto la perjudique o amenace con motivo de la conducta desleal del administrador, aprovechándose de las ocasiones de negocio generados con motivo de la actividad societaria.

En línea con el cumplimiento del deber de lealtad los administradores deben evitar situaciones en las que sus intereses –tanto por cuenta propia o ajena- puedan entrar en conflicto con el interés social y con los deberes para con la sociedad. Así, el artículo 229.1 del LSC 2010 prohíbe a los administradores sociales desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses sociales salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la junta general (art. 230.3 LSC).

En concreto, y respecto a la **prohibición de competencia**, que, en el fondo, no es sino una vertiente de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, la Ley faculta a cualquier socio de la sociedad de para solicitar del juez de lo mercantil del domicilio social el cese del administrador.

La infracción de la prohibición de competencia desleal de los socios-administradores en las sociedades de capital se basa en el deber de lealtad que exige la tipificación de los artículos 228, 229 y 230 de la LSC, que imponen a los administradores, como obligación negativa, la prohibición de concurrencia, que sólo cesará cuando la Junta General, conociendo las actividades competitivas del administrador, autorice expresamente a ejercerlas, por lo que incurre en su vulneración el administrador que sin tener la autorización requerida vulnera la prohibición; y se ajusta a esta regla el acuerdo de la junta general que ordena su cese. En tal caso deberán abstenerse de desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

El objetivo de la prohibición es tratar de impedir que los administradores sociales, valiéndose de los conocimientos adquiridos en la gestión y representación

social, obtengan una ventaja indebida en el mercado, haciendo prevalecer su interés personal sobre el propio de la sociedad El TS consolidó jurisprudencia en la STS, Sala Primera, de lo Civil, 1166/2008 de 5 de diciembre de 2008 (Rec. 1353/2003, Ponente Xiol Ríos, Juan Antonio): "La prohibición de competencia se funda en la existencia de una incompatibilidad, tiene su fundamento en el sustrato ético que debe presidir las relaciones económicas, por lo que se impone una interpretación rigurosa del precepto (STS 9 de septiembre de 1998, rec. 549/1994), pues la Ley ha querido revestir de un especial rigor a esta prohibición, de manera que su infracción autoriza la expulsión del socio-administrador (STS de 6 de marzo de 2000). La normativa legal se inspira en el daño que pueda sufrir la sociedad, el cual ha de tratarse de un riesgo serio y consistente que puede ser actual o potencial y no exige la demostración de un beneficio efectivo en otras empresas o en otras personas (STS 12 de junio de 2008, rec. 1136/2001). En consecuencia con esta doctrina, este tribunal tiene declarado que el hecho de que al tiempo de acordarse la exclusión de la sociedad no fuera la administradora la recurrente no excluye la aplicación del precepto, pues no exige la actualidad en el cargo (STS 26 de enero de 2006, rec. 2230/1999) y se registran ejemplos en nuestra jurisprudencia que estiman acreditada una actuación de deslealtad cifrada en la prohibición de concurrencia por la constitución de una sociedad con idéntico objeto (SSTS 1 de octubre de 1986, 7 de noviembre de 1986, 19 de abril de 2004, rec. 1769/1998), considerada como acto de efectiva concurrencia «aun cuando desafortunadamente, la sociedad constituida no pudo adjudicarse proyecto alguno» (STS 6 de marzo de 2000, rec. 1515/1995), de donde se infiere que el daño que origina la actividad competitiva no se funda en su carácter actual y efectivo, sino en que sea real y consistente y se origine por una contraposición de intereses, valorada a tenor de las circunstancias del caso (STS de 28 de junio de 1982)."¹¹⁴

El artículo 230 de la LSC establece que el régimen referente al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo, es decir se trata de un deber o exigencia inexcusable, no siendo válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. La prueba en conflictos de esta naturaleza debe ponderar el grado de participación del administrador en la actividad competidora y la habitualidad o estabilidad de la misma.

¹¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, nº 1166/2008 de 5 de diciembre 2008, Rec. 1353/2003. Ponente Xiol Ríos, Juan Antonio.

Sin embargo, como vimos en las anteriores prohibiciones congruentes con el deber de lealtad, la sociedad podrá dispensar la prohibición que entraña el deber de no competencia en casos singulares, autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción que deberá ser necesariamente acordada por la junta general. Los administradores solamente podrán ser objeto de dispensa de la obligación de no competir con la sociedad en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa, para la concesión de la dispensa es necesario el acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando sea relevante el riesgo de perjuicio para la sociedad.

Finalmente hemos de hacer mención a la relación entre la obligación de abstención de los administradores regulada en el artículo 229 e) de la LSC y el delito de corrupción en los negocios. En virtud de la referida obligación los administradores se abstendrán de obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía, prohibición que genera múltiples quebraderos de cabeza a los responsables de los programas de cumplimiento penal, ya que no siempre están claros los límites de las atenciones de mera cortesía.

La reforma de la Ley 1/2015 del CP ha creado, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del CP, una nueva sección referida a los **delitos de corrupción en los negocios**¹¹⁵, en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero), delitos todos ellos que no son contra el patrimonio ni pueden considerarse de administración desleal.

El delito de **corrupción pasiva** entre particulares del nuevo artículo 286 bis, tipifica la actuación del directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba,

¹¹⁵ OTERO GONZÁLEZ, PILAR. La Ley Penal (LA LEY). La corrupción en el sector privado. Revista Nº: 87. Noviembre 2011. Sección: Legislación aplicada a la práctica.

solicite o acepte un **beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza**, para sí o para un tercero, como contraprestación **para favorecer indebidamente a otro** en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. La **corrupción activa** entre particulares corresponde con la actuación de quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Se trata de delitos contra la competencia en los que el bien jurídicamente protegido es la competencia justa, honesta, adecuada a las reglas del buen funcionamiento del mercado, que se extienden a los supuestos de corrupción en competición deportiva y corrupción en las transacciones comerciales internacionales.¹¹⁶ Delitos que en muchas ocasiones quedan en el anonimato por decisión de la propia organización perjudicada para impedir la pérdida de la reputación empresarial, que no son de resultado, sino de riesgo, que pivotan en el difícil límite de la determinación en cada caso de lo que se entiende por “beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza”.

XII. ¿QUIÉN PUEDE RECLAMAR RESPONSABILIDAD A LOS ADMINISTRADORES Y CÓMO DEBE HACERLO?

Los administradores sociales están sujetos a responsabilidad por los daños causados en el ejercicio de su cargo. La propia sociedad, lo socios y acreedores disponen de dos acciones posibles ejercitables según los presupuestos que

¹¹⁶ En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se modifica su marco penal, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el CP. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable en los casos de especial trascendencia y, en el caso del cohecho, la remisión a la nueva definición funcional de funcionario público introducida en el nuevo artículo 427.

concurran, la acción social y la acción individual, que no se presentan como alternativas, ya que la acción social procede, cuando sea la sociedad la que haya sufrido directamente el daño, mientras que la acción individual de responsabilidad procede cuando hayan sido los socios o los terceros acreedores los que directamente los hayan padecido.

Por tanto la propia **Sociedad** puede entablar la acción social de responsabilidad ya que es a ésta a quien representan y en cuyo nombre y derecho actúan, de ahí que la alternativa de transigir o renunciar a exigir la responsabilidad corresponda a aquella. El ejercicio de la acción social no requiere un acuerdo con mayoría especialmente cualificada.

La base de la legitimación de los **accionistas** y titulares de las participaciones sociales –en su caso-, se sustenta en la propia norma y en esencia misma de la configuración del órgano de administración de la persona jurídica, que asume las funciones de gobierno, gestión y representación de la sociedad, funciones absolutamente necesarias para que la sociedad de pueda cumplir su finalidad. Naturalmente el accionista está doblemente legitimado en la medida que -en unos casos- puede perseguir la reparación del patrimonio social de la sociedad y -en otros- la reparación de sus intereses personales. Finalmente el interés del accionista es compatible con la estrategia global más amplia, en la que el ejercicio de esta acción sea un instrumento más entre otros, o por último que simplemente persigan resarcirse por el daño emergente o lucro cesante de una determinada acción de los Administradores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida; en tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio.

Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por ello los **acreedores** de la Sociedad también pueden ejercer las acciones de responsabilidad, siendo el supuesto más claro el de la infracción del artículo 367 de la LSC, como consecuencia de la concurrencia de causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves y falta de una actuación efectiva a raíz de la descapitalización, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

No obstante, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los **terceros** por actos de los Administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, por tanto cualquier tercero siempre que se vea perjudicado por las actuaciones de los administradores en el ejercicio de sus cargos.

XIII. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD

La acción social de responsabilidad es aquella acción procesal dirigida contra los administradores cuando se originó daño a los intereses de la sociedad y cuya titularidad detenta en primer lugar la sociedad y en su defecto los accionistas y acreedores, acción procesal encaminada a la reparación de los daños ocasionados por los administradores a la sociedad, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la sociedad y por ende la destinataria de la indemnización la propia sociedad.

La acción individual, en cambio, es la que puede ejercer cualquier persona, tanto si es o no accionista o acreedor de la sociedad, cuando la actuación de los administradores producen daño su patrimonio individual, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio individual del reclamante.

Tanto para el ejercicio de la acción social como de la acción individual de responsabilidad de los administradores, es **competente** el Juzgado de lo mercantil del domicilio del demandado, al que se dirija la demanda, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 45 y 50 de la LEC. El **procedimiento** ajustado a derecho es el del juicio declarativo ordinario regulado en los arts. 399 a 436 de la misma Ley, atendiendo a la cantidad reclamada, siempre y cuando la misma sea superior a la mínima prevista legalmente para dicho procedimiento o bien se trate de “aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”, en aplicación de lo dispuesto en el art. 249.2 de la LEC.

La Ley 31/2014 ha introducido una disposición que regula de forma específica el **plazo de prescripción** para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores. Así, el artículo 241 bis dispone que la acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, **prescribirá**

a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.¹¹⁷

La prescripción se interrumpirá por las causas previstas con carácter general en el CC.

La prescripción se refiere, según el CC a que “las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley” (artículo 1961 del CC). Supone, la extinción de los derechos y las acciones por el transcurso del tiempo, unido a su no ejercicio por parte del legítimo titular, quedando privado éste en el futuro de tal titularidad y ejercicio. Por la gravedad de sus efectos, debe hacerse una interpretación restrictiva y cautelosa de la misma, pues, siendo instituto jurídico cuya finalidad es dar seguridad a las relaciones jurídicas, debe aplicarse muy restrictivamente, tras la demostración cumplida de concurrir todos los requisitos.

Durante años se ha producido una polémica respecto del plazo de prescripción de la acción, ello a pesar de la claridad del artículo 1968 del CC: “prescriben por el transcurso de un año, la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”, así como el tenor literal del artículo 949 del CCO: La acción contra los Socios Gerentes y Administradores de las Compañías o Sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la Administración.

Los problemas relacionados con la prescripción de estas acciones nacieron a la hora aplicar e interpretar tanto los principios del “dies a quo” como la “actio nata” a cada caso concreto. Según estos principios el cómputo del plazo para este tipo de acciones no puede iniciarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse las dimensiones fácticas y jurídicas, el alcance de los perjuicios producidos, coyuntura que se perfecciona cuando se unen dos elementos como son por una parte el conocimiento del daño y por la otra la comprobación del carácter ilegítimo del mismo. A todo ello hay que unir en el caso que nos ocupa los períodos de vigencia de los cargos de los administradores.

La jurisprudencia estableció que el plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad es de 4 años fijado en el artículo 949 del CCO, debiendo computarse el inicio de dicho plazo desde que, por cualquier motivo, los administradores

¹¹⁷ CABANAS TREJO, RICARDO, Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores. Diario La Ley, N.º 8513, 7 de Abril de 2015, Ref. D-133, Editorial LA LEY.

cesan en su cargo (STS 24-03-98; TS 20-7-01; TS 07-05-04; TS 19-5-03; 22-3-05). “Después de ciertas vacilaciones, esta Sala ha fijado su jurisprudencia, a partir de la STS de 20 de julio de 2001, declarando que el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios, independientemente de su respectiva naturaleza, es el de cuatro años a partir del cese del cargo de administrador fijado en el artículo 949 CCO (SSTS, entre las más recientes, de 2 de febrero de 2006, 6 de marzo de 2006, 9 de marzo de 2006, 23 de junio de 2006, 26 de junio de 2006, 9 de octubre de 2006, 27 de octubre de 2006, 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero de 2007, 21 de febrero de 2007, 5 de marzo de 2007, 8 de marzo de 2007, 12 de marzo de 2007, 14 de marzo de 2007, rec. 262/2000, 14 de mayo de 2007, rec. 2141/2000, 26 de octubre de 2007, recurso 4182/2000, 26 de septiembre de 2007, recurso 3528/2000, 18 de enero de 2008, rec. 5168/2000, 8 de febrero de 2008, rec. 5168/2000).¹¹⁸

El artículo 241 bis a la LSC parece que vuelve a instaurar la indeterminación que surge a raíz de la la necesidad probatoria de acreditarse por quien ejercita la acción cuándo conoció la existencia del daño, lo cual implica un paso atrás respecto de una situación que ya contenía pacíficamente los requisitos necesarios para el ejercicio judicial.¹¹⁹

1. Acción social de responsabilidad

La acción social de responsabilidad persigue proteger los intereses sociales cuando el daño o perjuicio se haya causado a la sociedad. como veremos a continuación existe una legitimación activa principal que se otorga a la sociedad (artículo 238 de la LSC) y una legitimación activa subsidiaria que corresponde a los socios y acreedores (artículos 239 y 240 de la LSC

Se requiere por tanto un daño o perjuicio directamente causado a la sociedad, que haya generado quebranto en su patrimonio social, ello con independencia del perjuicio indirecto causado a los socios que pueden ver frustradas sus expectativas legítimas a alcanzar el reparto de beneficios o la consecución de los objetivos determinados en Contrato de Sociedad.

¹¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, número 817/2008 de 2 Dic. 2008, Rec. 3713/200. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio.

¹¹⁹ NEILA NEILA, JOSÉ MARÍA. Reflexiones sobre el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores societarios. Diario La Ley, N° 8523, Sección Tribuna, 21 de Abril de 2015, Ref. D-154, Editorial LA LEY.

Conforme establece el artículo 238 de la LSC la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

La acción social es la ejercitada por la sociedad y en su defecto por determinados accionistas o acreedores en defensa del patrimonio social lesionado por la actuación de sus administradores. La legitimación principal para ejercitar la acción corresponde a la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, en la medida que va dirigida a restaurar su patrimonio, resarciendo el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador. Ahora bien, el daño causado directamente a la sociedad puede, de modo reflejo, provocar también daños a los socios y los acreedores.

De acuerdo con el artículo 160 b) de la LSC es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre –entre otros asuntos- el nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio **aunque no conste en el orden del día** y sin que en los estatutos puedan exigir una mayoría distinta a la ordinaria para su adopción.

A diferencia del artículo 238 de la LSC que no ha sido modificado por la reforma de 2014,¹²⁰ el artículo 239 ha introducido alguna novedad, ya que ahora cabe ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en **la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general**, lo que agrava el riesgo de que los administradores

¹²⁰ En la LSC el porcentaje mínimo para solicitar la convocatoria de la junta general (artículo 168) y para ejercer la acción de responsabilidad en el supuesto contemplado en el artículo 239 sigue siendo el 5% del capital social.

que se enfrenten a esta clase de acciones.¹²¹ Por tanto, el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. Ahora bien, el socio o los socios a los que nos referimos, **podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.**¹²²

En caso de estimación total o parcial de la demanda, la sociedad estará obligada a reembolsar a la parte actora los gastos necesarios en que hubiera incurrido con los límites previstos en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo que esta haya obtenido el reembolso de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.

Si la acción social se ejercita por el acreedor, la eventual indemnización a que se condene a pagar a los administradores se reintegrará el patrimonio de la sociedad e incrementará el patrimonio de la sociedad, de manera que para los acreedores, el incremento patrimonial de la sociedad les ayudará a garantizar la solvencia del deudor, pero ello no significa el cobro efectivo de sus créditos.

Recientemente la STS, Sala Primera, de lo Civil, número 485/2018 de 11 Sep. 2018, Rec. 2365/2015 ha refrendado que la exigencia de responsabilidad a los administradores por los daños causados a la sociedad debe realizarse a través de la denominada acción social, que regula el art. 238 de la LSC, de tal manera que la sociedad está legitimada directamente para ejercitar la acción, previo acuerdo de la junta general, acción que va dirigida a restaurar su patrimonio, resarciendo el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador que causa el daño directamente a la sociedad que, a su vez, puede de modo reflejo, provocar

¹²¹ La novedad es que el socio o socios pueden ejercer directamente –y no de forma subsidiaria– la acción social de responsabilidad de administradores cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin que tengan que instar la convocatoria de una junta general para que adopte el acuerdo correspondiente.

¹²² Artículo 239 redactado por el apartado veintiuno del artículo único de Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la LSC para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre), que entró en vigor a partir de 24 diciembre 2014.

también daños a los socios y los acreedores. La disminución del patrimonio social provoca la correlativa disminución del valor de las acciones o participaciones sociales de las que es titular el socio, y puede provocar que no se repartan dividendos, o se repartan en menor medida. En tal caso, la conducta ilícita del administrador provoca un daño indirecto al socio. Asimismo, dada la función de garantía que el patrimonio social tiene para el acreedor, el quebranto patrimonial provocado por la conducta ilícita del administrador supone la disminución, o incluso la desaparición, de esa garantía frente a terceros como los acreedores. Por eso los arts. 239 y 240 de la LSC, con ligeras variaciones) otorgan legitimación subsidiaria a la minoría de socios (al menos 5% del capital social) y, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, a los acreedores, para el caso de que la acción no sea ejercitada por la sociedad, aunque ha de ser ejercitada en interés de esta, esto es, para reintegrar el patrimonio social.

La Sentencia mencionada declara: “La exigencia de responsabilidad por daños causados directamente a los socios o a terceros (señaladamente, a los acreedores) se hace a través de la denominada acción individual, que está regulada en el art. 135 de la LSA (actualmente, art. 241 de la LSA). El texto del precepto explicita claramente el requisito del carácter directo de la lesión resarcible mediante el ejercicio de dicha acción, al disponer: “no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos”. Por esa razón, doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del LSA se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros.”

2. Acción individual de responsabilidad

Hay que distinguir la acción individual de responsabilidad de los administradores por actos llevados a cabo en el ejercicio de su actividad orgánica, de la responsabilidad civil motivada en el ámbito de su esfera personal, en cuyo supuesto entraría en juego la responsabilidad extracontractual, del artículo

1902 del CC. Ahora nos estamos refiriendo al primer supuesto, es decir al criterio de imputación basado en la actuación de los administradores en tanto en cuanto actúan en nombre y representación de la sociedad de capital, en el desempeño de las funciones del cargo, lo cual constituye un supuesto especial de responsabilidad contemplado en la normativa societaria mercantil que obliga a los administradores a cumplir y respetar las normas legales que afectan a la actividad social o sectorial. “El cumplimiento de este deber objetivo de cuidado, que consiste en no dañar a los demás, exige emplear la diligencia de un ordenado empresario y cumplir los deberes impuestos por las leyes en relación con los terceros directamente afectados por su actuación. La infracción de este deber supone un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, en su actuación como órgano social.”¹²³

Entre las acciones individuales de responsabilidad de contra los administradores destacan dos. En primer lugar la de responsabilidad de administradores de la sociedad de capital en la que a su vez se pueden acumular dos acciones, la individual ejercitada **por acreedores**, acción del art. 367 LSC y levantamiento del velo.¹²⁴ Y en segundo lugar, la individual de responsabilidad de administradores societarios ejercitada **por los accionistas**.

La doctrina denomina **“acción individual de responsabilidad por daños”** prevista en el artículo 241 de la LSC que establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. Por ejemplo, aunque son escasamente ejercitadas, los trabajadores de la empresa pueden ejercer esta acción por las mismas acciones u omisiones previstas en los artículos 236 a 240 de la LSC, por actos que lesionen directamente sus intereses.

¹²³ SAP de Toledo, Sección 1ª, Sentencia 23/2019 de 14 Feb. 2019, Rec. 596/2017, Ponente Buceta Miller, Emilio, en la cual a su vez se cita la STS de 23 de mayo de 2014.

¹²⁴ Sobre la acumulación de acciones tengamos en cuenta el art. 71 de la LEC, si se acumulan en la demanda, aun de forma subsidiaria, una acción personal de responsabilidad contractual basada en los arts. 6.4 y 7.1 del CC, en relación con los arts. 1544 y 1545 del mismo texto legal; más las acciones de responsabilidad fundamentadas en los arts. 241 y 367 LSC. La STS 23-5-2013 reitera la postura mantenida en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS 10-9-2013, sobre la posibilidad de acumular la acción de reclamación de cantidad junto a la de responsabilidad de los administradores sociales, por lo que ya es jurisprudencia.

Con relación a la acción individual del artículo 241 de la LSC, la STS de 13 de julio de 2016, exige para que prospere la acción: “a) un comportamiento activo o pasivo de los administradores; b) que el comportamiento sea imputable al órgano de administración; c) que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la ley, los estatutos o no ajustar al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; d) que la conducta sea antijurídica culposa o negligente, sea susceptible de producir un daño; e) el daño que se infiere debe ser directo al tercero que contrata, sin necesidad de lesionar los intereses de la sociedad; f) la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del administrador y el daño directo causado a un tercero.”¹²⁵

Quien sufre el daño en el caso de la acción individual es el titular del interés lesionado, que pueden ser, los socios o los terceros, comprendiendo dentro de estos, tanto a los acreedores perjudicados por los actos de los administradores, como otras personas, pues el concepto de ‘tercero’ establecido por la Ley, ha de entenderse en contraposición al de socio.

En la acción individual de responsabilidad ejercitada por los acreedores es frecuente que pueda alegarse la **doctrina del levantamiento del velo**.

Nos referimos a la acción ejercitada por los acreedores que requiere para su éxito la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, para los supuestos en los que los administradores hubieran utilizado la cobertura legal que la legislación mercantil ofrece en cuanto a la personalidad jurídica de las sociedades y en lo referente a sucesivos ceses y nombramientos de administradores, con abuso de derecho, con el fin de soslayar, mediante la apariencia jurídica, responsabilidades directamente adquiridas en el tráfico mercantil, en tal caso, la acción debe hacer ver que tal doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia del TS en abundantes sentencias, donde se proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si, con ello, se comete un fraude de Ley, conforme establece el art. 6.4 del CC, escudándose en que el ente social es algo distinto de sus elementos personales constitutivos. Señala la STS de 12 de noviembre de 1991, que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados hoy en los arts. 1.1º y 9.3º de la Constitución Española, se ha decidido prudencialmente y

¹²⁵ SAP de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 294/2019 de 20 Feb. 2019, Rec. 566/2018, Ponente Mata Saiz, Alberto.

según los casos y circunstancias, por aplicar, por vía de equidad y acogimiento al principio de buena fe (art. 7 del CC) la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia. En este sentido, la STS de 14 de noviembre de 2010, la define como un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían “terceros “ -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas.

El art. 241 de la LSC en relación con los artículos 225 a 232 de la LSC y el Reglamento del Registro Mercantil de 1996, resulta la denominada acción individual de responsabilidad de los administradores por daños causados en el patrimonio de terceros, según el modelo de responsabilidad del art. 236 LSC. En la casuística a que esta acción ha dado lugar, se ha considerado a veces que existe la cuestionada relación de causalidad en la lesión sufrida por los actores con el carácter ‘directo’ que exige la Ley en casos de decisión de llevar a cabo la liquidación social en forma ‘irregular’, que aunque no determina daño patrimonial alguno para la propia sociedad, sí malogra definitivamente el derecho del acreedor a hacer efectivo su crédito con arreglo al principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1911 del CC.

Para el éxito del ejercicio de la acción individual de responsabilidad es preciso es la apreciación de la prueba por parte del juzgador en la que concurra, como indica reiterada jurisprudencia -SSTS de 25 de abril de 2005, 7 y 22 de marzo de 2006 y especialmente la de 3 de mayo de 2007,¹²⁶ entre otras muchas-, una conducta del administrador en el ejercicio de su cargo integrada por actos u omisiones negligentes productores de daños, según un razonable nexo causal. Es frecuente, como se indica

126 V. S. Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 488/2007 de 3 May. 2007, Rec. 3631/2000. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

en la STS de la Sala Primera de 22 de marzo de 2006, que la acción individual de responsabilidad de los administradores se apoye en el incumplimiento por éstos de las obligaciones que pesan sobre ellos en orden a promover la disolución de la sociedad y su ordenada liquidación o, en su caso, a promover la oportuna declaración de concurso, y que este incumplimiento de los deberes legales se identifique con la negligencia que aboca a la declaración de responsabilidad ex artículo 236 de la LSC. Del mismo modo, la jurisprudencia de dicha Sala ha venido admitiendo -como también se señala en la antes citada Sentencia- la relación entre la acción individual de responsabilidad y el incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad siguiendo los procedimientos legalmente prescritos, como forma de superar el carácter objetivo de la responsabilidad fijada en el artículo 367 de la LSC. Así, ha declarado -recogiendo textualmente los términos de la repetida STS de 22 de marzo de 2006 - que los administradores sociales incurren en responsabilidad solidaria por negligencia por las deudas sociales cuando se limitan a eliminar la sociedad del tráfico mercantil sin proceder a su disolución en la forma prevista por el ordenamiento jurídico y con ello causan daño a los acreedores de la misma. Téngase en cuenta que para que sea posible esta asimilación es necesario que se pruebe la negligencia por parte de los administradores en el incumplimiento de su obligación de promover de forma ordenada la disolución de la sociedad y el nexo de causalidad entre esta negligencia y el daño producido a los acreedores. En esta línea, la STS de 19 de abril de 2001 -que es transcrita parcialmente por la de 22 de marzo de 2006 -, declara que «...los demandados llevaron a cabo el cierre del establecimiento social, sin haber abonado el crédito pendiente con la entidad actora, y sin haber llevado a cabo, conforme a Ley, la suspensión, quiebra, liquidación o disolución de la sociedad. Todo ello lleva a determinar una actuación negligente, puesto que sin llegar a una declaración de responsabilidad civil cuasi-objetiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha llegado a declarar que los administradores no pueden limitarse a eliminar la sociedad sin más, ya que deben liquidarla en cualquiera de las formas para salvaguardar los intereses de terceros en el patrimonio social. Por lo que la no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de producir daño a terceros (STS de 21 de mayo de 1992, y de 22 de abril de 1994, entre otras)».¹²⁷

127 El art. 367 de la LSC es un precepto de responsabilidad ex lege, por incumplimiento de los administradores de su obligación de promover la disolución de la sociedad cuando concurra alguna de las causas señaladas. Al respecto, una línea jurisprudencial pacífica, de la que son ejemplos las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 4 de abril de 2.011, 10 de noviembre de 2.010, 10 de marzo de 2.010, 11 de julio de 2.008, 31 de enero de 2.007, o 28 de abril de 2.006. Se configura, de esta forma, la denominada respon-

3. Competencia jurisdiccional

Como ya indicamos para el enjuiciamiento de las acciones de responsabilidad contra los administradores (acción social, individual y responsabilidad por deudas) son competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden civil.

Por tanto, para el ejercicio de las acciones previstas en los artículos 227, 232, y 236 y siguientes de la LSC existe una competencia objetiva de la que se deduce el conocimiento de tales acciones por los Juzgados de lo Mercantil, ello es así al ser competentes para conocer de todas aquellas cuestiones que dentro del Orden Jurisdiccional Civil se promueven al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles de conformidad con el artículo 86 ter, 2.a de la LOPJ.

Los posibles conflictos de competencia objetiva entre la jurisdicción social y los Juzgados de lo Mercantil fueron abordados por la Sala de Conflictos del TS, que estableció claramente la competencia para este tipo de acciones en la jurisdicción civil –hoy Juzgados de lo Mercantil- en el Auto de 8 de marzo de 1996. la sala de lo social del Tribunal Supremo siguió esta misma tesis en sus sentencias de 31 de diciembre de 1997, 21 de julio de 1998 y 9 de noviembre de 1999, declarando la incompetencia del orden jurisdiccional laboral cuando se trataba de responsabilidad de los administradores fundada en la misión de los deberes societarios impuestos en la ley de sociedades de capital.

4. Competencia territorial

Corresponde la competencia territorial de acuerdo al artículo 50.1 de la LEC al Juzgado de lo Mercantil del domicilio del administrador demandado, de acuerdo con la norma general de las personas físicas y en ausencia de regla especial sobre la materia.

sabilidad cuasi objetiva, que únicamente exige para su concurrencia la actitud negligente consistente en el incumplimiento por parte del administrador social, en el plazo de dos meses, de su obligación de promover de liquidación (o, en la posibilidad alternativa de concurso de acreedores), cuando se conozca, o deba conocer, la situación de disolución marcada legalmente. Se exige, únicamente, una cierta pasividad por parte del administrador social, y una relación causal entre la misma y la generación de la deuda en el periodo de tiempo en el cual la sociedad deudora debía haber estado en liquidación o en concurso de acreedores. Asimismo, la STS 7-10-2013 resume en su FJ 3ª la doctrina jurisprudencial relativa a este precepto.

SEGUNDA PARTE: EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSEJEROS, ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS D&O¹²⁸

José María Elguero

INTRODUCCIÓN

En 1989 se promulgó en España la Ley de Sociedades Anónimas (RDLg 1564/1989, de 22 de diciembre), que introdujo un nuevo régimen de responsabilidad para los consejeros y administradores sociales en esta forma societaria y que posteriormente se haría extensible a todas las personas jurídicas, con independencia de su tamaño, actividad, composición accionarial o forma social. Régimen que se acentuaría en 2010 con la promulgación de la Ley de Sociedades de Capital y posteriormente con otras normas, como el Código Penal, la Ley General Tributaria o la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales, etc. Casi 30 años después, el régimen de los administradores de sociedades anónimas se ha extrapolado a toda clase de sociedades mercantiles, empresas y entidades sin ánimo de lucro, industriales y de servicios, como exigencia legal, social comercial o corporativa. El legislador creaba entonces un nuevo derecho de sociedades con el régimen de responsabilidad civil de los directivos como espina dorsal de las organizaciones, que hoy se mantiene y se acentúa transversalmente.

Aparecía de esta manera un nuevo riesgo de responsabilidad en la gestión social, el del nacimiento a cargo del patrimonio personal e individual del consejero y administrador de una deuda, como consecuencia de los daños causados por errores y negligencias a terceros en el ejercicio del cargo de administrador, consejero, director o alto cargo social. Inmediatamente, el seguro español intentó ofrecer una respuesta a este nuevo riesgo que, aunque compartía el concepto de responsabilidad con otras modalidades aseguradoras, no era conocido por la

¹²⁸ En las citas literales y transcripciones de citas de autores se ha modificado, en ocasiones, la grafía de ciertos elementos (cursivas, abreviaturas, acentos, mayúsculas, símbolos, etc.) para, sin alterar el sentido ni la literalidad de la misma, hacer más ligera y comprensible la lectura del texto. Aunque algunas veces no se transcriba entrecorrida la cita del autor, siempre se indica su identidad.

mayor parte del mercado asegurador, ni estaba desarrollado ni había demanda empresarial suficiente más allá de las grandes multinacionales. Solo algunas aseguradoras de origen británico o norteamericano tenían experiencia, aunque su implantación en 1990 en España era aún muy simbólica. No será hasta dos años después, en 1992, cuando se crea el IBEX 35 en la Bolsa española, que incentivó la contratación de este seguro como presupuesto corporativo para cotizar en el selectivo.

Fueron los productos aseguradores de consejeros y directivos de las aseguradoras americanas y británicas los que sirvieron de base para la elaboración de condicionados locales, en castellano, copias casi literales¹²⁹ al principio y posteriormente adaptadas jurídica y terminológicamente, aunque siempre han sufrido ciertas dificultades en su comprensión.

De la mano de las grandes reaseguradoras internacionales y de las compañías nacionales más especializadas en riesgos patrimoniales, nacieron los primeros productos locales, respondiendo a la misma estructura que las pólizas originales, aunque con cierto desconocimiento de cómo habría de comportarse el producto a nivel comercial y de siniestros en España.

El seguro de consejeros y directivos, conocido por su acrónimo inglés *D&O* –*directors & officers*– se remonta a los inicios del siglo XX, cuando el mercado británico da respuesta aseguradora a las reclamaciones que se presentaron a los empresarios americanos y a sus instituciones financieras tras la crisis económica de 1929 en EEUU, aunque existieron intentos anteriores.

Pese a que esta modalidad aseguradora lleva instaurada en España casi 30 años, y cada año crece tanto en volumen de primas recaudadas como en número de nuevas pólizas emitidas, todavía un tercio de las empresas potencialmente afectadas por este riesgo no conocen que existe esta modalidad aseguradora. Pese al crecimiento sostenido en primas y en pólizas y su potencial de desarrollo, los trabajos y estudios que la doctrina española le ha dedicado a nivel de monografía han sido escasísimos –los últimos hace casi 15 años– siendo más

¹²⁹ Hoy se puede comprobar cómo los textos originales americanos o británicos impregnan en algunas pólizas las traducciones españolas, ya que su redacción responde con claridad al sistema jurídico norteamericano y no al continental, principalmente español, francés o italiano. De la redacción y estructura de estas pólizas actuales se puede reconstruir con precisión su origen.

amplios, pero limitados a temas monográficos, los artículos dedicados al estudio de cuestiones concretas del seguro de D&O.

La nítida separación que se produjo hace tiempo entre capital y gestión en una sociedad mercantil, constituye la base primigenia de responsabilidad de los administradores, consejeros y directivos de una empresa. Quienes administran y gestionan una sociedad no son siempre quienes soportan los riesgos empresariales. Los accionistas ceden la gestión a los administradores, sin renunciar por ello a la exigencia de responsabilidades en caso de perjuicios derivados de una gestión incorrecta o negligente -en expresión del seguro, un *acto de gestión negligente*-. En tiempos de crisis económica, la competencia de las empresas, del propio mercado y las demandas de clientes y accionistas, acentúan la toma de decisiones arriesgadas en busca de la maximización del beneficio, del *the business of business is business*, del nobel Milton Friedman (New York Times, 1970), lo que se traduce en políticas de gestión muy agresivas y en la asunción de riesgos por encima de la capacidad de gestión y tolerancia de la propia empresa, o en todo lo contrario, aversión por el riesgo y adopción de políticas conservadoras poco arriesgadas por debajo del nivel de deseo del inversor.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SEGURO DE D&O

1. Origen y antecedentes

Los primeros intentos por introducir un seguro de responsabilidad civil para proteger a los directores de empresas datan de 1895 en Alemania, de la mano de la Asociación de Aseguradores Alemanes (*Verband der Deutschen Versicherungswirtschaft*). La conciencia del riesgo que se asume y la posibilidad de ser reclamados por errores en su gestión, les lleva a plantear la conveniencia de dotarse de un seguro que les proteja frente a las reclamaciones. Pero estos intentos por conseguir un seguro fracasan por considerarse entonces que era inmoral que los directivos tuvieran una protección aseguradora frente a sus propios errores y negligencias, considerando que con ello decaía el deber de diligencia esperable. El tema cae en el olvido y no existen intentos posteriores a corto plazo.

La crisis financiera americana de 1929 sirvió de argumento para retomar el tema del aseguramiento de esta responsabilidad, reconociéndose que podría ser conveniente dotarles de esta protección. Aunque la demanda de aseguramiento y la preocupación por el riesgo tiene inicialmente un origen alemán, la respuesta aseguradora nace en el Lloyd's de Londres, que emite la primera póliza tras las múltiples peticiones y reclamaciones surgidas tras el *crack* del 29. El primer seguro de D&O que contrata una empresa alemana data, sin embargo, de 1986, teniendo en mente el aumento vertiginoso de reclamaciones que se produjo en 1980 en EEUU.

1.1 El origen americano

En EEUU pueden distinguirse varios periodos respecto a la evolución y demanda de seguros de D&O:

- a. Años 30: Los primeros intentos de obtener un *personal financial protection insurance* –preludio del seguro de D&O- se basan en la US Securities Act de 1933 y 1934 y en la *Investment Company Act* de 1940. Aunque las empresas no estaban autorizadas a indemnizar las reclamaciones contra sus administradores, las organizaciones no percibían la responsabilidad de los administradores como un gran riesgo. En este contexto, el Lloyd's de Londres comienza a dar forma a las primeras pólizas de seguro para sociedades cotizadas y muy expuestas.
- b. Años 40-50: Algunos Estados comienzan a permitir que las organizaciones indemnicen la responsabilidad de sus administradores, transfiriendo el coste de la defensa jurídica a los incipientes seguros de D&O.
- c. Años 60: El seguro de D&O aún no tiene un desarrollo generalizado. En 1965 solo el 10% de las sociedades cotizadas tenía suscrito un seguro de D&O. Un año después, en 1966, el gerente de seguros de Chase Manhattan Bank, Thomas Glavey, declaraba en la Asociación de Banqueros de New Jersey respecto al seguro de D&O: “(...) *No existe ningún ejemplo que indique la importancia que tiene o podría haber tenido este seguro (...); esta no es la clase de seguro que consideramos indispensable*” (...).
- d. Años 70: La entrada en el mercado de nuevos aseguradores y el desarrollo de las coberturas de las pólizas, potencia la contratación de

seguros. A finales de esta década, el porcentaje de sociedades cotizadas que tenía seguro era ya del 70%. Aparecen las coberturas *Side A* y *Side B*.

e. Años 80: El seguro de D&O en Norteamérica tuvo un importante periodo de crisis en la etapa de 1984 a 1987, como consecuencia del aumento de reclamaciones derivadas de los procesos de fusiones y adquisiciones empresariales que se produjeron durante esos años; las primas se dispararon más de un 200%, los deducibles aumentaron, los límites asegurados se redujeron, muchos aseguradores dejaron de suscribir este riesgo y los administradores dejaron de aceptar nombramientos¹³⁰.

f. Años 90: Al inicio de esta década, las elevadas primas, las restricciones en la cobertura y la mejora de la economía, atraen a un buen número de aseguradores interesados en suscribir D&O en un mercado consolidado. Se promulga la *Private Securities Litigation Reform Act* en 1995 con la intención de reducir las reclamaciones de cantidades frívolas y desorbitadas que habían presidido hasta ahora las reclamaciones contra directivos; éstas se redujeron un 45% en los dos años siguientes a su promulgación. El mercado asegurador comienza a reducir primas e introduce la cobertura *Side C*.

g. Años 2000: El moderno mercado asegurador americano padece las consecuencias del ciclo económico de principios de siglo; la quiebra de Enron y la burbuja de dot.com y otras muchas entidades aparentemente sólidas, acaban derivando en la crisis económica mundial de 2007. Algunas aseguradoras de D&O (Kemper y Reliance) quiebran. Las capacidades aseguradoras y reaseguradoras, en líneas generales, se mantuvieron estables y solventes. En 2002 se promulga la *Sarbanes Oxley Act* y a finales de la década se produjeron significativos incrementos en la contratación de seguros de D&O, tanto en sociedades cotizadas como no cotizadas. Los costes de las reclamaciones se incrementaron cada año y se produjo el desarrollo de nuevos productos y coberturas¹³¹.

130 Romano, R.: “*Corporate governance in the aftermath of the insurance crisis*”, Emory Law Journal 39, pág. 1155, 1990.

131 Kristopher Marsh, “*The beginner’s guide to D&O; A brief history of D&O insurance*”, february 2014.

h. Año 2010: Los atentados del 11 de septiembre de 2011 contra las torres gemelas de Nueva York abren un escenario complicado para el seguro de D&O. Aparecen nuevas capacidades aseguradoras de Bermudas (AWAC, Axis, Arch) que estabilizan el mercado. El conjunto de capacidades del mercado se gestiona de manera mucho más eficiente y restrictiva, las pólizas LTA (*long term agreement*) a más de un año, muy utilizadas en épocas de bonanza, simplemente desaparecen.

Hoy, todavía, es frecuente en EEUU la creencia de que el seguro de D&O es solo para compañías cotizadas, con accionistas dentro y fuera del Consejo de Administración¹³², siendo así que el 95% de las empresas que conforman el *Fortune 500* lo tienen contratado. Ello porque el origen americano del seguro se sitúa en las *public companies* o empresas cotizadas, por oposición a las empresas privadas, sin excluirlas. Esta distinción no es aplicable en Europa por cuanto el concepto americano de empresa pública se refiere a las empresas privadas que cotizan en Bolsa.

1.2. El desarrollo europeo

El régimen de responsabilidad civil exigible a los administradores sociales ha seguido caminos opuestos en EEUU y en Europa. Señalaba RONCERO¹³³ que mientras el ordenamiento europeo y especialmente el español se encontraban inmersos en una fase de endurecimiento y agravación de la exigencia, en Norteamérica se había superado esta fase y se orientaba en la dirección contraria, aumentando las posibilidades de limitación de la responsabilidad.

Alemania fue la pionera europea en la demanda de seguros de D&O. A finales del siglo XIX, siendo Otto von Bismarck canciller de Alemania, se producen los primeros intentos por asegurar la responsabilidad civil de los administradores, encontrándose con el rechazo de los mercados sobre la base de la ilicitud o, al menos, de la inmoralidad de asegurar este riesgo. La cuestión se olvida hasta la crisis económica de 1929, en la que las empresas americanas retoman el tema.

¹³² SMALE; R.: “*Private Company D&O: Why going without Will Hurt*”, en Risk Management Briefing, The Horton Group, USA.

¹³³ RONCERO, El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (Sujetos, interés y riesgo), 2002, pág. 30.

Aunque las demandas de aseguramiento surgen en EEUU, la respuesta en forma de póliza de seguro nace en el Reino Unido en los años 30, precisamente para cubrir riesgos norteamericanos o de empresas europeas con riesgos en EEUU. Posteriormente, la creciente exigencia de las Directivas europeas hizo que el seguro de D&O creciera vertiginosamente en los años 80, especialmente en Reino Unido tras el caso *Guinness*.

El mercado asegurador europeo, en la década de los 80-90, estaba dominado por aseguradoras americanas que habían vivido el nacimiento y desarrollo del seguro de D&O en EEUU y acudían ahora a suscribir riesgos europeos, con la experiencia adquirida en un par de crisis, al amparo de legislaciones comunitarias y nacionales cada vez más exigentes. A ellas se debe la competitividad de las primas, la introducción de nuevas coberturas y la reducción progresiva de exclusiones.

En esta década no existen en Europa, de forma generalizada, los daños punitivos y ejemplarizantes ni las reclamaciones basadas en la *cuota litis* o *successful fee* americana, lo que contribuye a un ciclo de mercado blando que se ha extendido durante más de una década. El régimen procesal favorece la defensa de los administradores y dificulta la presentación de reclamaciones, aunque a partir de los años 2000 se han introducido medidas para facilitar dichas reclamaciones, aproximándose más al sistema americano.

Las pólizas de D&O entran en Europa de la mano de las aseguradoras americanas establecidas en el continente, fundamentalmente Chubb y AIG, quienes las importan con facilidad por tener los *wordings* ya desarrollados. La influencia de las mismas se debe a una cuestión pragmática en esta época: era más fácil traducir y adaptar un condicionado americano que elaborar uno continental nuevo. Además, los reaseguradores internacionales ya estaban acostumbrados a trabajar con los *wordings* americanos. El riesgo era bastante desconocido y no era conveniente ni eficiente ponerse a redactar una nueva póliza, al menos hasta ver sus posibilidades de desarrollo.

La influencia americana en esta época se percibe básicamente en dos aspectos:

- a. De un lado, las coberturas incluidas en la póliza, como la *employee practices liability* o prácticas indebidas de empleo (acoso, mobbing,

discriminación), totalmente desconocida en nuestro sistema jurídico y de seguros, que no formaban parte de nuestra cultura ni de nuestro mercado.

- b. De otro, la redacción del condicionado, propia del sistema americano tendente a cerrar todos los supuestos de cobertura o exclusiones de un supuesto mediante la técnica de enumeración casuística. Ello dio lugar a redacciones complejas que precisaban de varias lecturas para ser entendidas. El uso de un verbo en varios tiempos –pretérito, presente y futuro– retrasaba la comprensión del texto: “*los administradores que hayan sido, sean o lleguen a ser*”; “*en nombre de cualquier empleado presente, pasado o potencial*”¹³⁴. En cierto modo, aunque suavizadas, esas redacciones se mantienen actualmente en las aseguradoras de origen norteamericano¹³⁵.

A comienzos de 1980, Europa todavía contemplaba con cierto asombro los seguros de D&O, considerados más propios del sistema jurídico-económico americano que de las estructuras societarias europeas. La percepción de inmoralidad del aseguramiento de este riesgo tuvo gran arraigo en Europa hasta bien entrada la década de los 80, fecha en la que empiezan a observarse las primeras grandes reclamaciones. Como señala PEREZ CARRILLO¹³⁶, “en el Reino Unido, hasta finales de 1980, el D&O era prácticamente desconocido (...)”; resulta curioso que la cuna de este seguro no se desarrollara en el propio país hasta bien entrada la edad actual.

En 1993, durante el Foro sobre Gestión del Riesgo celebrado en Montecarlo¹³⁷, KELLY inauguró la sesión con estas palabras: “*La responsabilidad civil de directores y ejecutivos no es un problema únicamente norteamericano*”; “*puede que muchos europeos, si no todos ellos, todavía consideren que la responsabilidad civil de directores y ejecutivos es un problema exclusivamente*

134 Póliza de Chubb Pymes, pág. 9, definición de “Reclamación en materia laboral”, 2009.

135 Así por ejemplo, la entonces aseguradora CHARTIS, hoy nuevamente AIG, tiene en su condicionado *Business Guard* Grandes Cuentas, en su apartado 1.3, una cobertura redactada así: “*El asegurador abonará en nombre de cada administrador en entidad externa toda pérdida de cada administrador en entidad externa resultante de una reclamación por un error de gestión de dicho administrador de entidad externa*”. Nótese que para una cobertura de tres líneas, se repite tres veces la figura del “administrador en entidad externa”.

136 PEREZ CARRILLO, Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales, pág. 23.

137 Foro sobre la Gestión del Riesgo, 11 de octubre de 1993: “El mundo está loco, loco, loco”, Responsabilidad civil de los directores y ejecutivos en el extranjero, ponencia de William J. Kelly, Senior Vicepresident de J.P. Morgan.

norteamericano, pero esto ya no es así". Efectivamente, tres años después de haberse suscrito en España la primera póliza de D&O, los españoles y los europeos todavía pensaban que los riesgos de responsabilidad civil de los D&O's eran una cuestión netamente americana, de difícil extrapolación. Sin embargo, ya en su ponencia KELLY recordaba casos de reclamaciones increíbles para la época, tanto en Francia como en Bélgica, Países Bajos, Alemania, Reino Unido y en España algún caso de gran resonancia mediática.

En Europa, el seguro de D&O ha tenido gran desarrollo en países como Alemania, Francia e Italia, además, obviamente, del Reino Unido, aunque en su caso muchos de los riesgos allí suscritos no son nacionales, sino comunitarios. El Informe Cadbury de 1992 contribuyó decisivamente a la profesionalización de los Consejos y al aumento del nivel de exigencia y responsabilidad y con ello a la contratación de seguros. Mucha de la normativa británica de protección del accionista inspiró posteriormente al resto de países europeos a la hora de legislar. En el año 2014, mientras España recaudó casi 155 millones de euros en primas de D&O, nuestros vecinos europeos recaudaban cifras superiores (700 millones de euros en Reino Unido, 490 en Alemania, 340 en Francia, 105 en Suiza, 215 en Italia y 12 en Portugal).

1.3. El seguro de D&O en Latinoamérica

Si en Europa se reflejan los movimientos y cambios de todo tipo que se producen en EEUU unos años después, lo mismo sucede con Latinoamérica respecto de Europa. El desarrollo del seguro de D&O en Europa no tuvo reflejo en el cono sur del continente americano hasta el año 2010, aunque se suscribieron pólizas con anterioridad para empresas cotizadas con desarrollo internacional en EEUU y en Europa.

El seguro de D&O recaudó en Latinoamérica, en 2014 entre negocio nuevo y cartera renovada, un volumen de primas de 142 millones de euros en total, destacando Brasil, México y Argentina con el 35%, 23.5% y 11.5%, respectivamente, del total de las primas. Esto supone que a dicha fecha, en España se recaudaba aun un 9% más que el total de primas de D&O de toda Latinoamérica.

Latinoamérica será el subcontinente donde más se desarrolle el seguro de D&O en los próximos 10 años –hasta 2030- como consecuencia de su potencial poblacional, comercial y empresarial.

2. El seguro de D&O en España. Nacimiento y etapas

Hasta 1990, con la promulgación de la LSA, la actividad de administrador, consejero o directivo social carecía de riesgo significativo de reclamación por negligencia. No solo es que el riesgo era muy reducido a causa de la falta de soporte legal, sino que además no existía cultura de reclamación contra los administradores y miembros de los consejos de administración, sacralizados social, política y jurídicamente. Desde entonces, su responsabilidad ha crecido exponencialmente al amparo de una legislación nueva, cambiante, caracterizada por la mayor exigencia y severidad, ampliada por supuestos penales, fiscales, laborales y mercantiles. No es que el cargo sea ahora de riesgo, pero sí hay menos tolerancia y más exigencia hacia los resultados de la gestión social.

El seguro de D&O nace con la exigencia de responsabilidad a los consejeros y directivos contenida en la LSA (RDLg 1564/1989, de 22 de diciembre) cuyo artículo 133 establecía que *los Administradores responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*. A raíz de esta nueva exigencia de responsabilidad comenzaron a suscribirse los primeros seguros de D&O en España a comienzos de 1990, de la mano de aseguradoras americanas y nacionales, con apoyo del reaseguro¹³⁸ alemán y suizo presente en España.

2.1. Los años del nacimiento: 1990-2000

Más de una década tardó el seguro de D&O en arraigar en España desde la exigencia de responsabilidad y la contratación de la primera póliza. La importación de este seguro en España fue compleja, pues los referentes eran el mercado americano y el británico, con pólizas en inglés, con redacciones contractuales ininteligibles para la mentalidad española y con cláusulas de difícil comprensión. La lista de exclusiones era muy amplia y los supuestos de cobertura difíciles de entender, las primas elevadísimas y los límites asegurados muy reducidos. Las aseguradoras, dependiendo del reaseguro, tardaban hasta un mes en dar una cotización. La percepción en esos años más

¹³⁸ HEBRERO, “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles”, Revista Española de Seguros, pág. 57, remarca la dependencia del reaseguro para el desarrollo de este seguro, que imponía condiciones en las pólizas y ofrecía una capacidad restringida.

extendida era que no se sabía bien qué cubría el seguro ni qué reclamaciones podrían esperarse al amparo de su cobertura.

Cerca del año 2000 el mercado ya había definido con más claridad el alcance del seguro e incluso algunas pólizas se habían traducido al español, aunque con redacciones poco habituales para nuestro lenguaje contractual. Hacía 20 años que se había aprobado en España la Ley de Contrato de Seguro y aseguradores y asegurados estaban acostumbrados a un lenguaje y a una redacción ciertamente clara, que prohibía la letra pequeña y las cláusulas oscuras. No es que las pólizas de D&O fueran oscuras, era simplemente que su redacción era compleja y las supuestas coberturas difíciles de entender. Había cierto interés en los tomadores y se pedía información sobre este nuevo seguro, pero se materializaban muy pocas pólizas.

Apuntaba ITURMENDI¹³⁹, en 1994, que *el seguro era muy poco conocido* y de forma premonitoria vaticinaba *un aumento cuantitativo en el número de demandas que se interpongan ante los juzgados*, advirtiendo de la especial vulnerabilidad a las reclamaciones en las sociedades cuyo objeto social sea de *mercado carácter especulativo, como bancos, cajas de ahorros, compañías de seguros, financieras, etc.*

2.2. Los años del conocimiento: 2001-2005

Tras una década de implementación, desarrollo y pedagogía, la segunda etapa tiene lugar en el inicio del siglo XXI, en el año 2001. El mercado ya tiene aseguradoras especialistas en esta modalidad (americanas y británicas con establecimiento en España) y otras aseguradoras nacionales han suscrito pequeñas carteras, con apoyo técnico y capacidad del reaseguro, para clientes integrales. Las empresas, cotizadas y grandes sociedades, ya conocen que existe este seguro. Muchas lo contrataron en la etapa anterior precisamente para cubrir los riesgos de reclamaciones procedentes de inversores en Bolsa y otras porque habían abordado a finales de los noventa procesos de internacionalización.

En este periodo se produce el primer despegue del seguro por el conocimiento que los empresarios y los brokers de seguros tienen de esta modalidad aseguradora. Estos últimos se organizan internamente creando departamentos

¹³⁹ ITURMENDI, “El aseguramiento de la responsabilidad profesional de los administradores de las sociedades anónimas”, pág. 24.

específicos para el desarrollo de este seguro. Sin embargo, todavía era considerado un seguro complejo y especial por parte de muchas aseguradoras y muy lejos aún de ser contratado por empresas medianas y menos aún por pymes. La actividad docente se intensifica en estos años.

El caso Banesto contribuyó, con su polémica, a difundir la existencia de este seguro y su posible utilidad frente a reclamaciones por actos de gestión negligentes, al margen de la falta de cobertura si la actuación del directivo fue dolosa.

Tras los atentados terroristas del 11 de septiembre, la capacidad mundial del seguro se redujo drásticamente como consecuencia de la desaparición de aseguradores y la configuración de un escenario sombrío y complejo.

Esta situación se mantuvo hasta casi finales de 2003 y comenzó discretamente a mejorar con el resurgimiento de capacidades o la aparición de otras nuevas, a partir de esta fecha.

2.3 Los años del desarrollo innovador: 2006-2010

En esta tercera etapa se produce el verdadero desarrollo del seguro de D&O en España. Entran nuevos aseguradores a operar este seguro en nuestro mercado, las aseguradoras tradicionales empiezan a suscribir más activamente este seguro, su contratación se extiende entre empresas de tamaño medio y en ocasiones pymes, el producto se desarrolla con nuevos asegurados, nuevas coberturas, más innovaciones. No hay que olvidar que la crisis económica global se manifiesta en España dentro de este periodo, aunque su eclosión en términos de reclamaciones, desempleo y déficit se manifestará en la siguiente etapa, especialmente desde finales de 2011 hasta mitad de 2014. Al inicio de este periodo, la doctrina comienza a manifestar interés investigador por esta modalidad aseguradora, destacando los trabajos monográficos de RONCERO¹⁴⁰, IRIBARREN¹⁴¹, LEBRON¹⁴² y PEREZ CARRILLO¹⁴³.

¹⁴⁰ RONCERO, El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo), Aranzadi, 2002, 346 págs.

¹⁴¹ IRIBARREN, El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O), Civitas, Zaragoza 2004, 373 págs.

¹⁴² LEBRON, El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos, La Ley, Madrid 2004, 350 págs.

¹⁴³ PEREZ CARRILLO, Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales, El seguro de D&O en EEUU, Marcial Pons, Madrid 2005, 260 págs.

En el año 2006-2007 pudo observarse, sin embargo, una evolución del mercado asegurador de D&O poco predecible un año antes:

- a. Nuevos competidores, principalmente americanos y británicos, pero también compañías tradicionales, con amplia presencia en el mercado español pero hasta ahora poco activas en la suscripción de este seguro, se lanzan a obtener rápidos crecimientos y ganar cuota de mercado en este segmento y no perder las cuentas en cartera.
- b. Las aseguradoras tradicionales de D&O en España han cambiado sus *targets*, reduciendo las primas mínimas consideradas aceptables para determinada clase de riesgos y dirigiendo sus esfuerzos de suscripción hacia pymes, por un lado por la madurez del mercado de grandes cotizadas y anónimas y por otro lado por la volatilidad de estas cuentas, expuestas a continuas revisiones de condiciones en la renovación por parte del propio cliente o por ofertas de la competencia.
- c. Descenso sostenido y acentuado de las primas, tanto en las renovaciones como en la suscripción de cuentas nuevas. El listón psicológico de 1.000 euros de prima por millón¹⁴⁴ de límite asegurado –para determinado perfil de riesgo- se alcanzó en el primer trimestre de 2006¹⁴⁵.
- d. Inclusión en las pólizas de nuevas y más amplias coberturas y garantías con el fin de hacer más atractivo el producto. Revisión generalizada de los condicionados.
- e. Comienza a extenderse la percepción entre algunas empresas de que el seguro de D&O se *regala* al contratar pólizas más importantes, como las relativas a *property* o *casualty*. El seguro de D&O pierde cierto valor.
- f. Los asegurados comienzan a preguntar por casos concretos de siniestros y reclamaciones para justificar la contratación o mantenimiento de la cobertura, ya que muchos administradores cuestionan su utilidad tras años de pagar primas sin verse resultados en términos de cobertura de reclamaciones.

¹⁴⁴ Para riesgos sencillos, de baja exposición, con estados financieros saneados y pertenecientes a sectores de actividad preferenciales.

¹⁴⁵ ELGUERO y MERINO: D&O: ¡Que viene el lobo!“, en Actualidad Aseguradora, enero 2008.

- g. Política general del mercado de no perder cuentas en las renovaciones¹⁴⁶ actuando sobre las primas, los límites, o las coberturas.

A mitad de 2007 en el mercado asegurador se advertía una acentuada y sostenida tendencia de reducción de las primas, particularmente en alguna clase de riesgos y actividades, lo que llevó a algunas aseguradoras a declinar la suscripción de cierta clase de riesgos por considerar que las condiciones económicas estaban por debajo de los umbrales técnicos y de rentabilidad de sus políticas de suscripción.

El persistente ciclo de mercado blando en el seguro de D&O comenzó en 2007 fruto de la precrisis económica, del conocimiento del seguro por los tomadores y de la generalizada ausencia de reclamaciones y siniestros. Ello da lugar a una fortísima competencia entre aseguradores por ganar cuota de mercado mediante la suscripción de cuentas ya existentes, colocadas en otros mercados y en la competencia local. Se produjo una llamativa rotación de cuentas en el mercado, ya que el cliente entendió que podía reducir el coste de estos programas de seguros simplemente poniéndolos en el mercado para cotizar, incentivados en muchos casos por los brokers de seguros.

En 2008 y 2009, las reducciones de primas ya no respondían a ningún criterio, ni técnico ni comercial, ya que se habían reducido tanto que hacían inapetente para el asegurador competir sobre primas. El temor a perder cuentas forzaba las reducciones de prima en las renovaciones. Estas parecían reducirse para ganar la cuenta a cualquier precio, para aumentar la cuota de mercado o para reducir la cartera de los competidores. A finales de 2008 y durante 2009, los mercados cambian las estrategias de competencia en primas por la de inclusión de nuevas coberturas.

El balance a 2010 de esta modalidad aseguradora se caracteriza por las siguientes notas:

- a. Rápida evolución de las coberturas del seguro hacia una mejora del mismo en términos cuantitativos y cualitativos.

¹⁴⁶ Así, la garantía de fianzas, configurada como “gastos de constitución”, pasó en muchos casos a ser de “constitución de fianzas civiles” y “gastos de constitución de fianzas penales”.

- b. Ampliación del concepto de asegurado para dar cabida a un número más amplio de personas aseguradas, aun siendo innominadas, como el Secretario y Vicesecretario no consejeros, el letrado asesor, abogado interno, etc.
- c. Ausencia de siniestralidad en términos generales, no siendo de frecuencia sino de cuantía y estando en términos porcentuales por debajo del 20%. Los gastos de defensa jurídica representan tres cuartas parte de los pagos de los aseguradores en concepto de siniestros.
- d. Las primas, como consecuencia de los dos puntos anteriores, experimentaron reducciones continuadas, incluso en los casos de siniestralidad esporádica, de dos dígitos, que en ocasiones alcanzaban hasta el 40%.

A mitad de 2010 se promulga el RDLg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, derogando las leyes de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada y se aprueba la trascendente reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo los programas de *compliance* y la propia cultura de cumplimiento en las empresas.

2.4. Madurez y litigiosidad: 2011-2015

La etapa más interesante del seguro de D&O en España se produce en esta época, caracterizada por un crecimiento vertiginoso en la contratación de pólizas (nuevos compradores que no lo tenían contratado) y consecuentemente en volumen de primas recaudadas. La entrada en vigor de la LSC, que acentuaba el régimen de responsabilidad de los administradores y directores, contribuye a la difusión del conocimiento del seguro y al aumento de su contratación. El importante crecimiento en número de pólizas es consecuencia de la compra de este seguro por parte de pymes, segmento que comienza a adquirir este seguro como consecuencia de la mayor percepción y conciencia del riesgo pero especialmente por la intensa actividad comercial realizada por los operadores de banca seguros, principales impulsores del crecimiento del seguro de D&O en el segmento pyme¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Habría que reflexionar hasta qué punto los operadores de banca seguros, como mediadores de seguros de una entidad financiera, tienen la capacidad de generar este ingente volumen de nuevas pólizas sin tener en cuenta la financiación que la entidad financiera podría conceder al cliente.

La segunda característica de este periodo es el aumento de las reclamaciones. A medida que el seguro crece en número de compradores y se difunde su conocimiento, aumentan las reclamaciones y la necesidad de abordar gastos de defensa jurídica, especialmente en un entorno de crisis económica totalmente desarrollado en este periodo. Las entidades financieras y las empresas constructoras lideran el ranking de reclamaciones tanto por número como por cuantías. En el resto de sectores también hay reclamaciones, algunas muy importantes, por causas muy diversas.

A finales de este periodo, la capacidad del mercado español era muy elevada, incluso excesiva para el perfil de riesgos nacionales, y el mercado, aunque estable, parecía situarse en el fin de la curva del ciclo de mercado blando. Las cuentas de D&O están claramente polarizadas; más del 35% son negocio pyme en manos de los OBS y el resto es negocio industrial y de servicios está capitaneado por los grandes brokers, pero muy fragmentado en su otra mitad por infinidad de corredores locales. Entre 30 entidades aseguradoras se suscribía el 99% de las cuentas del mercado español.

También se caracteriza este periodo por la nueva reforma del CP en 2015, que introduce para los directivos la obligación de evitar que la persona jurídica sea penalmente imputada por la comisión de delitos, al amparo del artículo 31 bis que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2.5. Compliance y D&O: 2015-2019

La reforma del CP realizada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, supuso para las sociedades una importante y relevante novedad en términos de responsabilidad penal al derogarse el principio *societas delinquere non potest* consagrado en nuestro ordenamiento jurídico de manera inmutable hasta entonces.

Las personas jurídicas pasan a responder penalmente por la comisión en su seno de un número determinado de delitos expresamente recogidos en el CP, salvo que acrediten haber adoptado un conjunto de medidas tendentes a evitar la comisión de estos ilícitos.

Con la derogación del principio *societas delinquere non potest*¹⁴⁸, la persona jurídica puede ser sancionada penalmente de muy diversas maneras, alguna de ellas extraordinariamente grave, como el cierre o la disolución, aunque lo habitual será la multa. Lo que conlleva la sanción es un castigo a la imagen de la empresa y un riesgo de reclamación a los D&O´s, ya que aparece un nuevo deber del administrador social consistente en evitar que se produzcan imputaciones penales a la persona jurídica mediante la adopción de las medidas necesarias. Se trata de un deber de preservación de la integridad penal de la sociedad, de su reputación e imagen, de su valor de capitalización y de evitar la imposición de sanciones que pueden suponer la muerte jurídica de ésta o, como mínimo fuertes sumas económicas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica solo se evita si el administrador ha cumplido de manera eficaz con la obligación de adoptar medidas de prevención y control (medidas de cumplimiento o *compliance program*).

Este conjunto de medidas o programas de cumplimiento permiten atenuar o evitar la responsabilidad penal de la sociedad, entendido como el documento que contiene las medidas que la empresa ha redactado e implementado para prevenir y controlar la comisión de delitos en su seno por parte de sus trabajadores, de forma que la inexistencia o deficiencia de estos programas no solo pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica sino también a la del administrador persona física. Aunque no es delito no disponer de programas de cumplimiento penal, la ausencia de estos, si permite, facilita o no impide la comisión de delitos, obliga al administrador a responder del perjuicio sufrido y de las consecuencias económicas.

La pionera STS de 28 de junio de 2018 (ROJ 2498/2018) vincula ya la responsabilidad de los directivos y los seguros de D&O con los programas de *compliance*¹⁴⁹, en un claro indicio de lo que habrá de constituir una tendencia

148 En realidad la persona jurídica sigue sin poder cometer delitos tras la reforma penal; sería más correcto afirmar que ahora *societas punire potest* en vez de *societas delinquere potest*.

149 La estrecha relación entre el seguro de D&O y el *compliance* penal se puso de manifiesto en una intervención del magistrado del TS, Vicente Magro: “*las aseguradoras deberían exigir al empresariado la aplicación de programas de compliance como condición para contratarles pólizas de responsabilidad civil profesional y de administradores y directivos*” (Conferencia en CEOE, Hispajuris, febrero 2019). Para el magistrado, la exigencia de programas de *compliance*, como presupuesto para la posterior contratación del seguro de D&O, supliría la omisión del legislador de exigir programas de cumplimiento normativo penal a las empresas.

en la gestión social en los próximos años, hasta que se arraigue la cultura de cumplimiento que busca el ordenamiento penal.

Además de la relación entre el D&O y el *compliance*, los años 2018 y 2019 han estabilizado el mercado, la competencia se ha atenuado, todavía hay empresas que contratan seguros de D&O, del que carecían hasta ahora, las colocaciones se realizan en gran medida a través de *facilities* o acuerdos de suscripción con el mercado y se apunta cierta madurez del seguro. Las reclamaciones, tras la eclosión de los años anteriores, se ha reducido notablemente y ya no se realiza una actividad comercial tan intensa como hasta ahora, entre otras razones por la aparición de nuevas modalidades aseguradoras -como protección de datos, ciberriesgos y nuevas tecnologías (SOT, robótica, IA, movilidad personal urbana)- que han pasado a ocupar el lugar de preeminencia que el seguro de D&O ha tenido en estos años.

En 2019 se promulga la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales, que protege los secretos de la organización como activo tendente a garantizar la competitividad y supervivencia de la empresa, imponiendo a sus directivos, como presupuesto para el amparo legal, el establecimiento de medidas de protección de los secretos. Surge una nueva obligación para los administradores y directivos de proteger los secretos empresariales, a quienes corresponde identificar, evaluar y proteger los activos inmateriales y materiales de la compañía, entre los que se encuentran los secretos de la organización, actuando fundamentalmente a través de las políticas corporativas de cumplimiento normativo y de gestión del secreto¹⁵⁰.

Con la nueva norma se pretende dar protección efectiva a los secretos empresariales, pero busca implícitamente también crear una cultura de conciencia en el seno de las organizaciones hacia los secretos empresariales y la necesidad de su protección por parte de los directivos, a los que se les

150 La Ley de Secretos Empresariales configura implícitamente un nuevo deber de custodia y salvaguarda de aquellas informaciones que constituyen los secretos de la organización de la que son garantes los directivos y los titulares de la información. Para protegerlos, es necesario implementar las medidas necesarias en los programas de *compliance* de la sociedad, que se concretan en seis grupos de medidas: a) Informar y formar a los empleados y directivos sobre el alcance de la Ley, obligaciones que establece y política de la compañía al respecto; b) Revisión y adaptación de documentos contractuales con proveedores, licenciarios, terceros y empleados; c) Revisión y adición de referencia expresa en el Código ético; d) Establecimiento de sanciones específicas, en su caso, para el incumplimiento del deber de custodia y secreto; e) Sistemas tecnológicos de protección (encriptación frente a informática cuántica) y de prevención de ciberataques; f) Implementación de medidas específicas de prevención y detección, dentro de los controles del programa de *compliance*.

atribuye ahora un nuevo deber en su gestión social, que es la protección de los secretos de la empresa en orden a la protección de la propia organización.

En la medida en que los secretos de una empresa permiten su competitividad y su permanencia en los mercados en los que opera, los directivos deben velar por proteger suficientemente el negocio mediante la custodia de sus secretos. La pérdida de valor, de oportunidades o de cuota de mercado serán causas de reclamación por falta de diligencia en la gestión social.

Los directivos deben actualizar los Códigos éticos, las políticas de contratación laboral y de proveedores, así como las sanciones por incumplimiento, e implementar o revisar la actualización de los controles específicos destinados a evitar la vulneración de los secretos dentro de la cultura de cumplimiento normativo. También debe revisarse, en su caso, la conveniencia de las políticas de patentes, dada la incompatibilidad entre secreto y patente, que es divulgada a los 18 meses de registrarse.

Acorde a esta nueva responsabilidad, debe revisarse la póliza de responsabilidad civil de D&O para comprobar que no sea de aplicación una exclusión o que se contempla de forma genérica o específica la cobertura para el incumplimiento negligente de este deber, dentro de las obligaciones sociales.

2.6. Perspectivas para 2025

Pocos seguros y pocas modalidades del seguro de responsabilidad civil han evolucionado tanto en los últimos años como el seguro de consejeros y directivos hasta perfeccionarse técnicamente. El seguro de D&O ha mejorado extraordinariamente en la última década, tanto en términos de comprensión de pólizas como de inclusión de coberturas y coste.

No hay otra modalidad de seguro de responsabilidad civil más completa en términos de cobertura, más efectiva para la protección del patrimonio personal de los directivos y más razonable en términos de prima, si atendemos a la relación coste-coberturas, y sin embargo es la modalidad que más ha sufrido el ciclo de mercado blando desde 2007, fruto de la ausencia de reclamaciones notables y de la fortísima competencia existente en el mercado español. Todo ello ha contribuido a una cierta devaluación de la imagen e importancia de esta modalidad aseguradora.

Hasta finales de esta década, el seguro de D&O ha experimentado un constante crecimiento tanto en número de pólizas como de primas recaudadas. Todos los analistas predijeron el gran crecimiento del seguro de D&O en España desde 1990, y así ha sido, con crecimientos de dos dígitos. La incorporación al mercado de clientes de tamaño medio y pequeño y actividades de servicios y asesoramiento, ha contribuido a este crecimiento, en el que ha jugado un papel determinante la actividad comercial de los operadores de banca seguros que, vinculados a entidades de crédito, han vendido pólizas de D&O a sus clientes.

Durante estos casi 30 años de vida del seguro de D&O, su crecimiento ha sido constante, pero se advierte cierta desaceleración a partir de 2017, fruto de la crisis económica precedente, de la continuidad del ciclo de mercado blanco y de cierto nivel de madurez. Las empresas potencialmente compradoras de D&O ya lo tienen contratado y no se crean nuevas sociedades demandantes de esta protección. A la vista de estos datos y de la evolución de estos años, puede predecirse que el seguro de D&O alcanzara su plena madurez hacia el año 2025, fecha es la que el negocio asegurador en esta modalidad quedara estabilizado y alcanzará su plena dimensión, con ligeras modificaciones al alza y a la baja, fruto de la competencia en primas y de las políticas de captación y retención de cuentas.

3. La denominación del seguro

A lo largo de estos 29 años de vigencia del seguro en España, ha sido constante el uso del acrónimo D&O para designarlo, aunque probablemente no siempre se ha entendido el contenido de las siglas. La denominación que se le ha dado al seguro al traducir el acrónimo al español ha sido diversa, aunque todas ellas han incluido a los directivos en su denominación. Etimológicamente, el seguro de D&O nace para proteger a los *directors* y a los *officers*, siendo los primeros los administradores y consejeros y los segundos los directores (no es lo mismo *director* que *directivo*). Al traducirlo al español, la denominación *directors & officers* –un claro ejemplo de *false friends*– es traducida por directivos y consejeros, lo que lleva a utilizar diversos cargos para referirse a ellos: administradores, consejeros, directivos, altos cargos, jefes, responsables, ejecutivos, etc. Sin embargo, al unir o equiparar bajo el mismo seguro a cargos distintos en la sociedad, se está produciendo una equívoca similitud entre figuras que están sujetas al derecho mercantil y figuras sometidas al derecho civil. Prueba de ello es que se utiliza la expresión “seguro de directivos y consejeros” como si fuera la traducción exacta de *directors and officers*, cuando es justo al revés.

En España se le han dado diversas denominaciones, como “administradores y altos ejecutivos sociales”¹⁵¹, “administradores, consejeros y directivos”¹⁵², “administradores y personal de alta dirección”¹⁵³, “administradores y altos cargos”¹⁵⁴, “administradores y altos directivos”¹⁵⁵, “consejeros y directivos”¹⁵⁶ o la más habitual de “administradores y directivos”¹⁵⁷, aunque en ocasiones también se ha dado cabida en el título a la propia sociedad, para la que se otorgan algunas coberturas, como es el caso de la póliza de la aseguradora Zurich, que lo denomina “administradores, directivos y la sociedad”. Como se observa, el cargo de administrador es recurrente en las denominaciones del mercado, seguido del término directivos, con sus cuasi sinónimos de alta dirección, altos directivos y altos ejecutivos. Las entidades financieras y sus operadores de banca-seguros también han utilizados terminologías diferentes, primando la voz directivos¹⁵⁸. La doctrina española tampoco ha sido unánime al referirse a su denominación¹⁵⁹. Sin embargo, algunas aseguradoras¹⁶⁰ lo denominan “Seguro de Gestión Empresarial” desde hace poco tiempo para referirse al mismo seguro, sin incluir las siglas D&O en su texto.

El seguro, en España y en los países de habla hispana, debería denominarse, simplemente como “seguro de D&O”¹⁶¹ en su versión abreviada y de referencia, dada la popularización de las siglas y “seguro de administradores, consejeros y directivos” en su denominación específica. ¿Por qué directivos y no altos cargos?

151 PEREZ CARRILLO utiliza esta expresión para el título de su libro, cit.

152 Expresión utilizada en el Diccionario de D&O Marsh, 2014.

153 Póliza de la aseguradora HCC.

154 Póliza de la aseguradora MARKEL.

155 Póliza de la aseguradora QBE.

156 Póliza de la aseguradora MAPFRE.

157 Pólizas de las aseguradoras CHUBB, HISCOX, LIBERTY, XL INSURANCE, ACE, AIG y ALLIANZ, entre otras.

158 Banco Santander lo denomina “Responsabilidad civil directivos”, Deutsche Bank “Seguro responsabilidad civil para administradores y directivos DB”, Ibercaja se refiere al seguro de “Directivos y altos cargos”, Sabadell utiliza la expresión “Consejeros y directivos”, SegurCaixa lo denomina “Directivos y altos cargos” y el comparador Seguros.es se refiere a esta modalidad como “Seguro para directivos”.

159 Así, IRIBARREN lo denomina “Seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital”, GUERRERO lo llama “Seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos” y PEREZ CARRILLO se refiere al mismo como “administradores y altos ejecutivos sociales” (las obras de estos autores se reseñan en la bibliografía).

160 AIG, condicionado “Seguro de Gestión Empresarial” de 2016.

161 En los países de habla inglesa se denomina “D&O Insurance” y en los germánicos “D&O Versicherung”, “D&O Assicurazione” en Italia y “D&O Assurance” en Francia. Todos ellos, con independencia de utilizar el idioma propio para referirse al seguro, utilizan las siglas inglesas D&O para identificar el seguro, que se han convertido ya en la marca identificativa del seguro en cualquier idioma.

Simplemente porque la expresión *alto cargo* hace referencia a un espectro más limitativo de cargos asegurados. No todo directivo o ejecutivo asegurado en la póliza es un alto cargo (director de compras, director del área legal) pero todo alto cargo tiene un nivel directivo. El directivo no tiene un régimen laboral especial, como pueden tenerlo los altos cargos, sin que por ello deje de estar incluido como asegurado. Además, con el desarrollo del seguro, el concepto de *alto cargo* ha dado paso a un espectro de asegurados más funcional y menos jerárquico.

En la práctica del mercado y en la terminología de las empresas, el seguro de D&O es conocido como “seguro de directivos y consejeros”, dejando incluso en segundo término a los administradores.

4. Licitud y utilidad del seguro de D&O

El debate sobre la licitud del seguro de D&O -recurrente en todos los trabajos doctrinales- incita a pensar que alguna norma pudiera prohibirlo o restringirlo. Descartando tal posibilidad y cerrando el debate al respecto, IRIBARREN¹⁶² considera que el problema del seguro no está en la ilicitud del mismo, sino en el hecho de que sea la sociedad la que pague las primas.

4.1. Licitud y críticas

Las primeras críticas al aseguramiento de la responsabilidad civil de los D&O's¹⁶³ surgen, precisamente, con las primeras reclamaciones y las demandas de aseguramiento, tras el *crack* americano de 1929. Los directores debían asumir las consecuencias de su gestión y la sociedad no podía hacerse cargo de ellas. Al no asumir las indemnizaciones y no tener seguro, los administradores quedaban desprotegidos y sin más fuente de financiación que sus propios bienes personales, lo que constituía el verdadero problema de la época¹⁶⁴. Para KELLY¹⁶⁵, *“en la medida en que a una sociedad se le prohíba indemnizar a los directores y ejecutivos pero se les permita comprar seguros para cubrirlos, tales seguros podrían ser lo único que pudiera salvar a un director de la bancarrota personal”*.

162 IRRIBARREN, cit., pág. 83.

163 También la propia responsabilidad civil como institución fue cuestionada en su aseguramiento por idéntico motivo. SANCHEZ CALERO, Estudios... Gran Empresa, pág.21, apuntaba en este sentido que el principio de la cobertura provocaba la responsabilidad.

164 KELLY, *“El mundo está loco, loco, loco”*, Foro sobre Gestión del Riesgo, Montecarlo 1993.

165 KELLY, cit. pág. 14

Se cuestionó con cierta intensidad la licitud del seguro de D&O, primero en Alemania hacia 1895, luego en EEUU en los años 30 y nuevamente en Alemania en la década de los años 80 del siglo XX, aunque solo desde una perspectiva doctrinal. Los argumentos que se exponían se basaban en el riesgo de que disminuyera la diligencia y atención del administrador en el cumplimiento de sus deberes sociales. La sensación –o la relativa certeza- de sentirse patrimonialmente protegido, podría relajarle en la atención necesaria hacia sus obligaciones en la organización. Además de creer que podría suponer una falta de estímulo al deber de diligencia y de actuación de un ordenado empresario, también se argumentaba todo lo contrario: se obtenía un beneficio inmoral al evitarle al directivo incurrir en gastos personales en caso de ser reclamado por una gestión negligente.

En España, las mayores críticas frente al seguro de D&O no proceden del riesgo de desatención obligacional de funciones, sino de la facultad que ofrece el seguro para limitar o exonerar de responsabilidad al administrador, incompatible con la exigencia imperativa de responsabilidad y con el orden público. Estas críticas han sido puestas de manifiesto, entre otros, por PAZ ARES¹⁶⁶. Sin embargo, el seguro de responsabilidad civil solo asume las consecuencias de la declaración de responsabilidad del administrador, pero no su responsabilidad, de forma que, declarada judicialmente la misma, el seguro solo cubre, hasta el límite de la suma asegurada, la consecuencia económica de dicha responsabilidad. RONCERO¹⁶⁷ recuerda, además, que el seguro no cubre toda la responsabilidad del administrador, ya que hay supuestos expresamente excluidos como el dolo, y apunta que, en sentido contrario al argumento de la ilicitud por abandono de funciones se encuentra el razonamiento de que el seguro pueda provocar la exigencia de responsabilidad, lo que la doctrina alemana ha calificado de *responsabilidad a través del seguro*¹⁶⁸. Este argumento ha llevado a algunos autores a reflexionar sobre si el seguro de responsabilidad civil podría constituir, *de facto*, un título de imputación de la responsabilidad. PAZ ARES critica que el severo régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales ha propiciado¹⁶⁹

166 PAZ ARES, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, InDret número 162, Barcelona 2003.

167 RONCERO, cit., pág 40.

168 TRAPPE, H.J.: “Vorstände und Aufsichtsräte, ein unversicherbares Risiko?”. VP 1994, pág. 37.

169 PAZ ARES, cit., pág. 29.

un exceso en el tratamiento de la negligencia. Es cierto que la legislación societaria española –y otra complementaria como la penal- con relación al régimen de responsabilidad de los directivos, se caracteriza por su dureza y severidad: solidaridad de todos ellos, universalidad patrimonial, personalismo de la reclamación, no asunción ni indemnización por la sociedad, reducción del capital social del 10 al 5% para presentar la acción de responsabilidad, imposibilidad de excluir la responsabilidad por autorización o ratificación de la Junta, *compliance* normativo, interpretación legislativa conservadora y rigurosa, estándares de diligencia muy estrictos... “*Se ha extendido la sensación de que los administradores están sometidos a un alto riesgo de responsabilidad y de ello es prueba indiciaria la rápida expansión experimentada por el seguro de responsabilidad civil de consejeros y directivos en los últimos años*”, concluye.

En el tratamiento de la negligencia, la probabilidad de que lleguen a equipararse o confundirse los malos resultados económicos con las faltas de diligencia es considerablemente elevada¹⁷⁰. Este riesgo lleva a los administradores a adoptar posiciones de aversión al riesgo y, con ello, al conservadurismo en la gestión de la sociedad, lo cual es altamente ineficiente por cargar sobre las espaldas de los administradores un riesgo que pueden manejar mejor los accionistas¹⁷¹ y hacer que éstos planifiquen las estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al que convendría a los accionistas. El riesgo de error y la aversión al riesgo provocan también en el administrador una forma de precaución muy negativa.

PAZ ARES¹⁷² propugna la limitación legal o estatutaria de la responsabilidad por negligencia de los administradores, reconociendo que su propuesta “toca hueso” y vierte cierta crítica al seguro de D&O –al que han recurrido masivamente nuestras sociedades cotizadas a raíz de la reforma de 1989- como instrumento de limitación de la responsabilidad por negligencia de los administradores sociales. Si el severo régimen de responsabilidad exigido no puede limitarse ni legal ni estatutariamente, cuestiona que se llegue a esa limitación a través del seguro de D&O, considerando equiparable la limitación estatutaria de responsabilidad al seguro, *por lo que no se acierta a comprender –añade- por qué se objeta una práctica y se bendice la otra, aunque admite a renglón seguido*

170 PAZ ARES, cit., pág. 8.

171 PAZ ARES, cit., pág. 9.

172 PAZ ARES, cit., pág. 42.

que el seguro facilita la consecución de buena parte de los objetivos de gobierno corporativo. Concluye su argumento razonando que si la función preventiva de la responsabilidad es imperativa, debería rechazarse su aseguramiento. También RONCERO¹⁷³ considera que el seguro de D&O es un instrumento para facilitar la reducción del riesgo de responsabilidad de los administradores.

Para PAZ ARES¹⁷⁴, si los administradores quedan expuestos a un riesgo que no pueden controlar, elevarán sus demandas retributivas (...) y en muchas ocasiones habrá imposibilidad de reclutar a administradores con talento debido a las dificultades de estructurar una retribución adecuada, lo que, a sensu contrario, significa que el seguro de D&O reduce el riesgo asumido por los directores y por ello la cuantía de su retribución puede moderarse, en beneficio de la sociedad. Este sería un argumento a favor del seguro desde la perspectiva de la sociedad como tomador de la póliza.

Se ha criticado también, desde la óptica del pago de la prima, el interés de la sociedad por exigir responsabilidad a los administradores, cuando es ésta quien se hace cargo del pago de la misma, argumento que se desmonta fácilmente en base a tres cuestiones: la primera es que el seguro de D&O se suscribe, básicamente, en interés de la propia sociedad para protegerse de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las negligencias de sus administradores y directores; la segunda se basa en el hecho de que el seguro cubre innominadamente a todos los asegurados por igual, cuando solo uno o varios –pero no todos– son autores de la conducta dañosa, incluidos los jubilados y fallecidos; la tercera reside en la circunstancia de que la propia sociedad es asegurada respecto de algunas coberturas del seguro.

El seguro de D&O no fomenta la negligencia ni suprime o sustituye a la diligencia en la gestión social. No olvidemos que estamos en presencia de un seguro de responsabilidad civil y ya ha quedado superado el debate de que su contratación contribuya a relajar la diligencia debida en el ejercicio de una actividad o profesión. No hay que olvidar que la reclamación por responsabilidad civil, además de la cuantía monetaria que se pueda reclamar, conlleva otras consecuencias importantes, como el daño reputacional, la suspensión de empleo, la caída del valor de las acciones de la empresa e incluso la salida del

¹⁷³ RONCERO, cit., pág. 31.

¹⁷⁴ PAZ ARES, cit., pág. 9.

directivo de la compañía. Por tanto, nadie actuaría *negligentemente consciente*, pese a la existencia de un seguro. Incluso ni aun teniendo en cuenta que es la sociedad y no el administrador quien paga la prima del seguro que protege al administrador persona física podría sostenerse que decae la diligencia debida o la función preventiva de la responsabilidad.

El pago de la prima por parte de la sociedad no supone en modo alguno que ésta no vaya a exigir responsabilidad a los administradores que le han perjudicado económicamente con su gestión negligente, es decir, asumir el pago del seguro para proteger al equipo directivo no les exonera de responsabilidad ni de las reclamaciones correspondientes, que se enmarcarían dentro de la política de buen gobierno corporativo.

Dentro del capítulo correspondiente a la licitud del seguro, se encuentra el debate relativo a determinar si es factible el reintegro por parte de la Sociedad al administrador o consejero reclamado del importe de la indemnización de la que sea civilmente responsable obligado a indemnizar con su patrimonio personal, o dicho de otro modo, si la Sociedad puede hacer frente al pago de la indemnización a que sea condenado el administrador.

En los años 30 la legislación norteamericana prohibía que la sociedad indemnizara la responsabilidad civil de sus administradores, lo que permitió un desarrollo anticipado del seguro de D&O. A dicho desarrollo contribuirá, posteriormente, el continuo endurecimiento de la normativa y del régimen de responsabilidad de los administradores. Sin embargo, aunque la prohibición de indemnizar fomenta el desarrollo del seguro, no es este el argumento más relevante para explicar por qué no puede la sociedad asumir las consecuencias de la responsabilidad de sus administradores y directores.

En nuestro sistema jurídico, la LSA primero y la LSC después, consagraron una responsabilidad personal para los administradores, lo que conlleva la imposibilidad de transferirla a la sociedad. El legislador quiere involucrar a los directores en los deberes de fidelidad, lealtad y diligencia en la administración social, exigiendo su máxima implicación en la consecución y cumplimiento de estrategias y objetivos. Pero, además, no hay que olvidar que la negligencia del administrador puede perjudicar directamente a la propia sociedad, lo que haría incomprensible que el perjudicado por la conducta del administrador fuera, a su vez, quien asumiera sus consecuencias.

El derecho español guarda silencio, al menos implícito, ya que no hay una prohibición expresa de reintegro al respecto. Sin embargo, si atendemos al deseo del legislador de considerar que la responsabilidad del consejero y administrador es de naturaleza personal y tiene por finalidad obligarle a administrar y gestionar como un ordenado y leal empresario, parece que alteraría el espíritu normativo la posibilidad de transferir a otro una responsabilidad personal, cuestión ésta que podría predicarse exactamente igual respecto del seguro de responsabilidad civil general, pero que en el caso de los consejeros y administradores entra en juego un factor de personalidad, no solo respecto al alcance económico de la responsabilidad, sino en cuanto al ejercicio del mandato de gestión a favor de la sociedad para la que ejercen como consejeros o administradores.

Lo que sí resultaría incongruente es que la Sociedad perjudicada por la decisión del consejero o administrador haga frente posteriormente al pago de las indemnizaciones de las que el consejero resultara civilmente responsable.

4.2. Utilidad

Respecto a la utilidad del seguro de D&O, aun no siendo legalmente obligatorio en su contratación, aporta un indudable valor a la empresa por distintos motivos. En primer lugar puede apuntarse la capacidad de atraer y retener talento en el seno del Consejo o de los Comités de la empresa; muchos de los consejeros independientes aceptan su designación como tales tras haber indagado sobre la existencia de un seguro de D&O en la empresa, que les ampare. La responsabilidad solidaria entre los administradores y su carácter de independientes respecto de otros consejeros, les supone una preocupación añadida.

En segundo lugar, disponer de este seguro permite a la empresa concurrir a los *beauty contest* que convocan los clientes para proveerse de servicios profesionales. Cada vez es más frecuente que tanto particulares como Administraciones Públicas soliciten, entre los requisitos que deben cumplir las empresas que se presentan a concurso, la tenencia o contratación de un seguro de D&O.

En tercer lugar, permite al equipo directivo dedicarse a la gestión de la sociedad y no a la justificación y defensa de actuaciones y decisiones, evitando así que haya más aversión al riesgo en el consejero que en el accionista.

En cuarto lugar, permite reducir ciertas partidas de gastos en la sociedad o en los directivos cuando se hace frente a ciertas reclamaciones (gastos de defensa jurídica, gastos de imagen, fianzas, gastos de reputación, etc.). En cierto modo es razonable que quien toma decisiones en beneficio de la sociedad se vea protegido frente a los gastos que suponen las reclamaciones, en ocasiones infundadas, que se le presentan de forma personal.

La sociedad puede verse resarcida de los perjuicios sufridos en su seno por la conducta negligente de sus administradores y su tenencia puede, en ciertos casos, evitar conflictos de interés entre asegurados y no asegurados o entre éstos entre sí.

Por último, contribuye de forma general a una eficiente gerencia de riesgos en el seno de la empresa y, como veremos, su contratación puede constituir una exigencia de buen gobierno corporativo.

5. Beneficios que aporta el seguro de D&O

Aunque se ha criticado que el seguro de D&O permite reducir o eliminar la responsabilidad civil por negligencia de los administradores sociales, en comparación con la imposibilidad de hacerlo por vía legal o estatutaria, no conviene olvidar que lo que el seguro hace es asumir las consecuencias de la responsabilidad personal del administrador. La responsabilidad no se extingue ni se transfiere, solo sus consecuencias.

Superado el debate sobre la moralidad del seguro como instrumento paliativo de la patrimonialidad, éste ofrece una serie de beneficios, tanto para la sociedad tomadora como para los asegurados personas físicas:

- a. Para la sociedad, el seguro de D&O le permite cumplir con principios de buen gobierno corporativo, con adecuados criterios de gerencia de riesgos, atrae talento directivo, lo retiene, contiene las exigencias retributivas de los administradores, evita el pago de gastos de indemnizaciones, reduce la aversión al riesgo de los directivos, permite concurrir a *beauty contest* en los que se exige disponer de seguro de D&O, reduce riesgos reputacionales y evita o reduce conflictos de interés con los administradores.
- b. Para los administradores, ofrece un atractivo de protección para aceptar un cargo sin que constituya retribución en especie, protege a

sus herederos en caso de reclamaciones posteriores al fallecimiento, les ampara incluso tras su cese o jubilación, les permite asumir riesgos acordes a las políticas de la empresa y del sector, al perder el temor a ser reclamado, reduce gastos y costes de imagen y evita la gestión conservadora y defensiva.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SEGURO DE D&O

1. El seguro de D&O como seguro de responsabilidad civil

El seguro de D&O es un seguro de responsabilidad civil o, más exactamente, un seguro de responsabilidad civil por daños patrimoniales o perjuicios patrimoniales puros.

El seguro de responsabilidad civil, según define el artículo 73 LCS, es aquel por el cual *el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.*

Con el seguro de responsabilidad civil se evita el desplazamiento económico del patrimonio del asegurado, que realiza el asegurador en su lugar, para reparar el daño o indemnizar al tercero perjudicado.

El seguro de D&O es un seguro de responsabilidad civil que cubre el riesgo del nacimiento a cargo del patrimonio personal (*personal assets*) del administrador, consejero o directivo, de la obligación de indemnizar a un tercero el daño o perjuicio causado. En algunas ocasiones¹⁷⁵ se ha afirmado que el seguro de D&O es un seguro personal, por cuanto afectaba al patrimonio personal e individual de cada asegurado, pero la terminología de seguros de personas, en nuestra legislación de contrato de seguro, queda claramente reservada a los seguros personales regulados como tales, como el de vida, accidentes, enfermedad y asistencia

¹⁷⁵ Para FRICK, cit., “*el D&O es un seguro típicamente personal del y para el asegurado*”.

sanitaria. El seguro de D&O no es otra cosa que un seguro de responsabilidad civil por deudas extracontractuales y de daños patrimoniales puros¹⁷⁶.

1.1. Aplicación de la Ley de Contrato de Seguro

Como a cualquier modalidad del seguro de responsabilidad civil, al seguro de D&O se le aplican los preceptos de la LCS contenidos en los artículos 73 a 76, así como la jurisprudencia general que corresponde a esta clase de seguro. A diferencia del sistema alemán, no se identifica la modalidad de seguro de responsabilidad civil por la clase de daño que produce (*Vermögensschaden* o daños patrimoniales) sino por la causa del daño: acción u omisión negligente. En ciertas modalidades del seguro de responsabilidad civil solo pueden causarse daños patrimoniales, como es el caso de las profesiones no técnicas ni sanitarias o en el propio seguro de D&O y en algunas ocasiones también dentro del seguro de responsabilidad civil general o de explotación y de productos, lo que en ocasiones ha incitado a confusión sobre su naturaleza.

La aplicación de la LCS al seguro de D&O supone que es igualmente aplicable el régimen de delimitación temporal de la cobertura y la acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil de D&O de los directivos, así como las cláusulas limitativas y demás disposiciones generales.

1.2. Carácter voluntario. Su exigencia por terceros

A diferencia de muchas actuaciones profesionales y de explotación de actividades y empresas, no existe un seguro de D&O obligatorio respecto a su contratación para el ejercicio de un cargo o el desempeño de una actividad mercantil. En los 29 años de historia del seguro de D&O en España, solo dos veces se intentó regular la obligatoriedad de contratación en ciertos supuestos (sociedades cotizadas), de suscribir un seguro de D&O: la primera fue en 2005 mediante una iniciativa parlamentaria presentada por CiU, que fue rechazada; la segunda fue en 2006 cuando el ministro Solbes, al frente de Economía y Hacienda (PSOE) se mostró partidario de que los consejeros o directores de sociedades que cotizaran en Bolsa, tuvieran un seguro de responsabilidad civil.

¹⁷⁶ WEISS, S. y BENTZ, T.: “Dedicated limit D&O insurance: An abbreviated guide to the policies that protect the personal assets of directors and officers”, en *The Metropolitan Corporate Counsel*, julio 2007, pág. 29. USA.

“Es una opción útil, interesante, porque la responsabilidad de un consejero afecta a mucha gente”, señalaba el entonces Ministro en la Asamblea Anual del Instituto de Consejeros-Administradores; “sin embargo –precisó– primero habría que determinar si esta responsabilidad civil debe ser solidaria o específica e individual de cada consejero”¹⁷⁷.

Actualmente no existe obligación legal en España de contratar este seguro para ningún tipo de empresa, sector de actividad o situación financiera de la compañía¹⁷⁸, y a nuestro juicio no existe argumento actual que lo justifique. Y que no sea obligatorio no significa en modo alguno que el legislador no tutele los intereses de los perjudicados¹⁷⁹. En Argentina, el artículo 74 de la Resolución 677/01 de la Comisión Nacional de Valores señala que “salvo disposición contraria del estatuto, la sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus directores, para la cobertura de riesgos inherentes al ejercicio de sus funciones”; declaración institucional llamativa que no obliga a contratarlo pero que parece sugerir o recomendar la conveniencia de hacerlo desde la administración societaria.

Que en España no sea obligatorio no implica que no pueda ser exigido por terceros cuando la empresa actúa como proveedora de bienes o servicios; en los

¹⁷⁷ A pesar del interés del Ejecutivo, el PSOE no utilizó la Ley de Supervisión de Conglomerados Financieros para introducir este seguro. La enmienda de CiU durante el trámite en el Senado fue frenada por el Grupo Socialista y sus socios ERC e IU en el Congreso. Junto a la introducción de la cobertura aseguradora, la enmienda del grupo catalán establecía un régimen de responsabilidad directo y proporcional al daño causado que, en la práctica, acababa con la actual solidaridad de la responsabilidad de los consejeros. Desde el PSOE y el Gobierno se dijo entonces que el rechazo a la enmienda se produjo al entender que la Ley de Supervisión de Conglomerados Financieros no era la más adecuada para introducir este seguro obligatorio. Con ocasión de esta propuesta de regulación del seguro obligatorio de D&O para empresas cotizadas, se impartieron diversos seminarios sobre el tema, como el de Recoletos Conferencias el 19 de abril de 2006, en el que se explicaba que había posiciones enfrentadas respecto a su exigencia, “ya que la implantación de un seguro obligatorio podría relajar la eficacia de los altos cargos”.

¹⁷⁸ Con relación al administrador concursal, el RD 1333/2012, de 21 de septiembre (BOE de 6 de octubre) exige al administrador concursal la contratación de un seguro de responsabilidad civil con carácter previo y como requisito para la adjudicación del concurso y mantenimiento del nombramiento. Aunque la norma no precisa qué clase de seguro de responsabilidad civil debe contratarse, ya nos hemos pronunciado (ELGUERO, “*El nuevo seguro de responsabilidad civil para el administrador concursal*”, en Abokatuok, Revista del Colegio de Abogados de Gipuzkoa, nº 50/2012) sobre la inseparable naturaleza mixta del seguro (responsabilidad profesional y responsabilidad como administrador social) acorde a la naturaleza mixta del cargo de administrador concursal, pero tampoco en este caso podríamos afirmar que se trata de un seguro de D&O obligatorio, pues es suficiente que la póliza contratada señale que el riesgo cubierto es la actividad de administrador concursal para que cumpla con las exigencias legales.

¹⁷⁹ FRICK, cit. ap. V, considera en Argentina que “*la existencia legal de la garantía exigida (a directores de sociedades anónimas) denota la intención del legislador de tutelar los derechos de los eventuales damnificados por la conducta de los administradores societarios*”.

beauty contest ya es frecuente la exigencia de seguros de responsabilidad civil de D&O al proveedor, por ejemplo, firmas jurídicas o proveedores de servicios profesionales.

1.3. El seguro de D&O como exigencia de Buen Gobierno Corporativo

Tras la aprobación de la LSA en 1989, una parte del mercado asegurador consideraba que la contratación de seguros de D&O formaba parte del deber de gerencia de riesgos de los *risk managers*: “es un problema de la gerencia de riesgos velar por la protección de los directivos de su empresa, pero la defensa del patrimonio del directivo frente a las reclamaciones de terceros es un problema personal que no debe trasladarse a la empresa”¹⁸⁰. Señalaba ITURMENDI¹⁸¹ que “el aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima debe estar comprendido en el programa de seguros de la empresa”.

Posteriormente y casi en las antípodas del argumento de inmoralidad que presidió los orígenes del seguro de D&O, se encuentra el razonamiento de considerar que disponer de un seguro de D&O es una buena práctica de gobierno corporativo¹⁸². Tan es así, que la empresa que disponga de unas adecuadas medidas de gobierno corporativo, debería ver reducida la prima del seguro de D&O, ya que el buen gobierno corporativo, diseñado, implementado y actualizado debidamente, contribuye a la gestión y reducción de riesgos en la empresa. Esta es una de las primeras relaciones entre el seguro de D&O y el gobierno corporativo.

Por gobierno corporativo debemos entender el conjunto de medidas y actuaciones que rigen y controlan las relaciones de la empresa con sus grupos de interés o stakeholders¹⁸³, pero no solo eso. Para PAZ ARES¹⁸⁴, el gobierno

¹⁸⁰ “El seguro de D&O en Europa; Influencias, características y desarrollo”, Grupo Vitalicio, Eduardo Llinás, noviembre de 1995, pág. 4.

¹⁸¹ ITURMENDI, “*El aseguramiento de la responsabilidad profesional de los administradores de las sociedades anónimas*”, pág. 7.

¹⁸² Algún autor (PAZ ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo, InDret, nro. 162, 2003) consideran incluso que es la responsabilidad de los administradores la que constituye un instrumento de gobierno corporativo.

¹⁸³ Los stakeholders son los grupos de interés afectados por las actividades de una empresa, a la que presionan, y que constituyen un colectivo de potenciales reclamantes contra los directivos de una sociedad, por distintos motivos (medioambientales, laborales, globalización, economía, etc.). Defienden un interés cuya vulneración o inatención por la empresa puede constituir la base de su reclamación contra los D&O's.

corporativo es un *sistema de gobierno compuesto por un conjunto heterogéneo de instrumentos de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los intereses de los insiders –directivos y grupo de control- y los intereses de los outsiders –accionistas-*.

La sociedad, como empresa, espera que su management gestione adecuadamente los riesgos a los que se enfrentan, entre ellos el relativo a la actuación de sus administradores y directivos y que asegure los mismos o, al menos, aquellos que no puedan evitar o reducir significativamente su impacto. Una actuación negligente puede poner de manifiesto una inadecuada política de gobierno corporativo y con ello un fuerte impacto reputacional en la marca o los productos de la empresa. No hay que olvidar que el seguro, entre otros perjudicados, resarce a la propia sociedad de los daños sufridos por la actuación negligente de sus administradores, por lo que sin duda constituye una adecuada gestión del riesgo y una exigencia de gobierno corporativo que exista un seguro que reintegre a la sociedad los perjuicios causados por la actuación de su *management*.

El seguro permite dedicarse a la gestión social y no a la defensa de reclamaciones, muchas de ellas infundadas, contra los administradores y directivos. Además, el eventual reintegro en ciertos casos a la sociedad del perjuicio sufrido por la actuación negligente de sus directivos, con cargo al seguro de D&O, es una exigencia de gestión o de buen gobierno.

También en la doctrina alemana se considera que el seguro de D&O es un instrumento de gobierno corporativo¹⁸⁵.

1.4. Naturaleza de la responsabilidad cubierta. ¿Responsabilidad profesional?

En el nacimiento del seguro de D&O, el mercado español de responsabilidad civil era muy tradicional en sus coberturas (básicamente la responsabilidad civil general, patronal, productos y profesional) y no había una línea de negocio

En ocasiones actúan como grupos de presión, que buscan la consecución de un objetivo o interés común al grupo, presionando al poder político; definición del Diccionario de D&O Marsh, pág. 101, 2014.

¹⁸⁴ PAZ ARES, cit., pág. 3.

¹⁸⁵ Vid. por todos, DOLL, C.: *D&O Versicherung als Instrument der Corporate Governance*, Grin Verlag, 36 págs. 2013.

específica en la cual enmarcar este nuevo seguro (todavía hoy esta modalidad no tiene un desglose individual de primas fuera del ramo de responsabilidad civil). La delimitación del riesgo se hacía de forma negativa –no era una responsabilidad general de la empresa, ni una patronal ni menos aún una responsabilidad por productos- por lo que solo restaba la responsabilidad profesional como línea más específica. En cierto modo, la gestión de una entidad mercantil se asociaba con una actuación personal, con una gerencia profesionalizada y la naturaleza del daño que se podía producir –netamente económico- coincidía con el daño patrimonial primario que causaban ciertos profesionales. De ahí que en un principio el seguro de D&O fuera considerado –o al menos equiparado- con la responsabilidad civil profesional, bajo la idea del error profesional en la gestión social.

Se equiparaba la responsabilidad de los administradores con la responsabilidad civil profesional, identificando la responsabilidad profesional (*Berufshaftpflicht*) con la causación de daños exclusivamente patrimoniales (*Vermögensschaden*) lo que incitó a pensar que los administradores y directores, al causar únicamente daños patrimoniales¹⁸⁶ en su gestión, tenían una responsabilidad profesional. Sin embargo, la responsabilidad civil profesional es un término que permite diferenciar esta garantía de otras coberturas, como la responsabilidad civil patronal o la de productos, pero en realidad el término “profesional” da cabida a un amplio grupo de profesionales que pueden causar o no daños patrimoniales en el ejercicio de su actividad o profesión.

En EEUU, algún autor¹⁸⁷ ha señalado que el seguro de D&O es un seguro de *malpractice* (mala praxis), lo que, sin calificarlo como una responsabilidad

¹⁸⁶ Una de las causas que explican que el D&O haya sido concebido –todavía hoy, aunque minoritariamente- como una responsabilidad profesional, está en el hecho de que la cobertura del seguro es para daños patrimoniales puros o perjuicios patrimoniales primarios y no para daños materiales o personales. La responsabilidad civil profesional, entendida como aquella en la que incurre un profesional (presupuesto subjetivo) en el ejercicio de su profesión (presupuesto objetivo), cubre varias clases de daños según el profesional y la actividad profesional ejercida: para profesionales sanitarios, los daños causados por el profesional serán prioritariamente de tipo personal, mientras que para las profesiones técnicas será preponderantemente de tipo material, pero hay otras profesiones (notarios, periodistas, abogados, corredores de seguros, etc.) que causan daños patrimoniales primarios con carácter exclusivo y no consecutivo. Por tanto, no siempre los daños que causa un profesional son de tipo patrimonial no consecutivo. Los daños patrimoniales primarios son característicos de determinadas profesiones, pero también es una clase de daño que puede producirse en el desarrollo de una actividad empresarial.

¹⁸⁷ SMALE, *Private Company D&O*, cit.

profesional, contribuye a una confusa delimitación. Aunque se admitiera, a efectos dialécticos, que el D&O es un seguro para cubrir la *malpractice* de los D&O´s, hay que tener claro que dicho término, íntimamente vinculado a la responsabilidad profesional, no es exclusivo de este sector. En otros países, como Argentina, una parte de la doctrina¹⁸⁸ señala que el seguro de D&O pertenece, en particular, al ramo de los seguros de responsabilidad civil profesional, añadiendo que entre sus características se encuentra su carácter profesional dado que se protege al administrador en el ámbito de su actividad fiduciaria (...), aunque admiten que entre las exclusiones generales figura como básica la responsabilidad profesional de los administradores por actividades ajenas a su función.¹⁸⁹

En España fue tal la aceptación general de que D&O era un seguro de responsabilidad civil profesional que aseguradores y brókers lo calificaron y explicaron a los clientes como tal. Así, la Guía de Suscripción de Grupo Vitalicio¹⁹⁰ señalaba: *“se trata de un seguro que se puede enmarcar dentro de los seguros de responsabilidad civil profesional, por lo que podemos definirlo también como el seguro que otorga cobertura al asegurado (...) en el desempeño de su labor profesional como alto cargo”*. Idéntico criterio sostenía la aseguradora AIG en el I Congreso sobre riesgos en el sector financiero, celebrado en Madrid el 19 de abril de 1994. En la doctrina, HEBRERO¹⁹¹ incluía el calificativo de “profesional” en el propio título de su trabajo. También ITURMENDI¹⁹² lo califica de responsabilidad profesional y TAPIA HERMIDA¹⁹³ asume que la responsabilidad del administrador societario es de tipo profesional. LEBRON¹⁹⁴ también lo configura como un seguro de responsabilidad profesional. En contra concluye RONCERO¹⁹⁵ subrayando la necesidad de *evitar la confusión entre la responsabilidad de los miembros del órgano de administración derivada del ejercicio de funciones propias de su*

188 FRICK, D.: “El seguro de D&O como instrumento de gestión empresarial”, en web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2011 (<http://www.catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio10.html>).

189 FRICK, cit., apartado IX

190 “El seguro de D&O en Europa; Influencias, características y desarrollo”, Eduardo Llinás, noviembre de 1995.

191 HEBRERO, “El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles”, 1992, pág. 55.

192 ITURMENDI, “El aseguramiento de la responsabilidad profesional de los administradores de las sociedades anónimas”, pág. 7

193 TAPIA HERMIDA, cit., pág. 44.

194 LEBRON, cit., pág. 43.

195 RONCERO SÁNCHEZ, “El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo) pág. 66.

cargo y la eventual responsabilidad profesional en la cual los mismos puedan incurrir en el supuesto de que desempeñen para la sociedad otras actividades o funciones.

Por su parte, la Fundación Mapfre¹⁹⁶ considera al seguro de D&O incluido en la responsabilidad civil profesional: *“se prevé un incremento en la contratación de pólizas de responsabilidad civil profesional, en especial¹⁹⁷ de D&O...”*. A nivel mundial, cuando se proporcionan las primas del mercado norteamericano de responsabilidad civil, se facilitan las correspondientes a la *responsabilidad profesional de administradores y directores*¹⁹⁸.

Con el paso del tiempo, el mercado asegurador y la doctrina han perfilado la responsabilidad civil de los administradores y consejeros alejándola de la mera responsabilidad profesional, ya que el ejercicio de un cargo mercantil no requiere la posesión de un título universitario u oficial y en la gestión de una sociedad mercantil no son necesarios conocimientos profesionales propios de una actividad profesional. De ser así, la D&O sería una responsabilidad profesional peculiar, heterogénea y compleja, ya que en unos casos los administradores serían médicos, en otros abogados y en otros ingenieros o químicos. Este distanciamiento se ha realizado vía exclusión, dejando sin cobertura las reclamaciones por responsabilidad civil profesional, no solo frente a los propios administradores y consejeros sino también respecto a profesionales que actúan en el seno de la empresa como tales.

La responsabilidad civil de los administradores y consejeros no es una responsabilidad civil profesional –no cubre riesgos profesionales– sino una responsabilidad orgánica¹⁹⁹ entendida como aquella que tienen los cargos sociales en el ejercicio de sus funciones, lo que permite diferenciarla y distanciarla de la responsabilidad civil profesional. Por tanto, la responsabilidad cubierta no es una responsabilidad profesional, sino una responsabilidad orgánica, derivada de la comisión de errores o negligencias en el ejercicio de un cargo societario y dentro de las funciones y responsabilidades de ese cargo, en el que no se ejerce

196 “El mercado español de seguros en 2014”, pág. 49, septiembre 2015.

197 La cursiva nos pertenece. El texto del Informe quiere destacar el crecimiento del seguro de responsabilidad civil profesional, destacando de forma especial dentro de éste al seguro de D&O.

198 La cursiva nos pertenece. (Swiss Re, Sigma 4/2014, Tendencias de crecimiento de los siniestros de responsabilidad civil).

199 Diccionario de D&O Marsh, pág. 94.

una actividad profesional. La comisión de errores y negligencias es propia de la responsabilidad civil, no exclusiva de los profesionales.

Que el daño causado por los administradores sea de naturaleza patrimonial no consecutiva no permite equipararlos a ciertos profesionales.

2. Delimitación con modalidades aseguradoras afines

Como señala REGLERO²⁰⁰, *“toda categoría jurídica se halla caracterizada por una serie de elementos que la definen y la diferencian de otras instituciones o categorías con las que guarda una cierta identidad; esto ocurre también con la responsabilidad civil (...)”*. Idéntico criterio es aplicable al seguro de responsabilidad civil de administradores y consejeros respecto de otras modalidades del seguro de responsabilidad civil con las que comparte elementos y problemática, pero que encuentra aspectos diferenciadores significativos que le dotan de identidad propia. De forma recurrente, muchas empresas tomadoras del seguro y muchos asegurados preguntan en cada proceso de renovación de su póliza o en el momento de contratarlo por primera vez, cómo se delimita respecto a otras modalidades del seguro de responsabilidad civil que ya conocen e incluso tienen contratadas. Es cierto que en ocasiones parece algo difícil deslindar el alcance de este seguro con otras modalidades similares; hay que tener en cuenta que en casi todos los casos hablamos de responsabilidad civil como punto de partida común del riesgo asegurado.

Existen algunas modalidades del seguro de responsabilidad civil que, aunque obviamente no cubren el mismo riesgo, parecen estar muy cerca del seguro de D&O. Estas son la responsabilidad civil general, la patronal, profesional, responsabilidad del administrador concursal, por prácticas de empleo, responsabilidad de funcionarios públicos, defensa jurídica e infidelidad de empleados.

2.1. Responsabilidad civil general

El seguro de responsabilidad civil general, también llamado de explotación, protege a la empresa de las reclamaciones que se le presenten por las actuaciones y actividades que le son propias, realizadas directamente o a través

²⁰⁰ REGLERO, F.: Lecciones de Responsabilidad Civil, Lección 1ª, pág. 51. Aranzadi, 2013.

de cualquier empleado (siempre que no estén expresamente excluidas) que han causado daños personales, materiales o económicos a terceros.

La propia empresa es tomadora del seguro y asegurada y el riesgo cubierto está en relación con el desarrollo y explotación de las actividades que constituyen el objeto social de la empresa. Frente al seguro de D&O, que solo cubre daños patrimoniales primarios, el seguro de responsabilidad civil general asume los daños materiales, personales, económicos consecutivos y en algunos casos también los patrimoniales primarios.

2.2. Responsabilidad civil patronal

Con la responsabilidad civil patronal la coincidencia se limita prácticamente al tipo de seguro, ya que esta modalidad tiene por objeto indemnizar los daños personales que sufren los trabajadores a consecuencia de un accidente laboral en el seno de la empresa o en ejercicio de las funciones encomendadas por la misma, de la que es asalariado o similar, debido a conductas negligentes del patrono. Aunque en ocasiones se cubren los daños materiales a bienes propiedad de los empleados, lo normal es que la cobertura se limite a daños personales físicos. El seguro de D&O linda muy tangencialmente al cubrir los daños morales como daño personal dentro de la cobertura de prácticas de empleo, pero son más las diferencias que las similitudes.

2.3. Responsabilidad civil profesional

El seguro de responsabilidad civil profesional cubre a los profesionales por los errores cometidos en el ejercicio de una actividad profesional, dentro o fuera de la empresa y a título individual o como empleados de un tomador persona jurídica cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales (por ejemplo, una firma jurídica), siendo necesario que la persona que desempeña la actividad tenga una titulación académica u oficial²⁰¹ exigida legalmente para el ejercicio de dicha actividad, que necesariamente ha de ser desempeñada por un profesional.

La actividad profesional está definida en las leyes y estatutos profesionales de cada profesión, lo que se diferencia de la gestión de una sociedad, para la que

²⁰¹ Por ejemplo, corredor de seguros, detective privado, gestor administrativo.

no es necesario disponer de un título profesional, e incluso en aquellos casos en los que se exigiera por ley un título específico para el desempeño de un cargo²⁰² estaríamos ante dos supuestos distintos, porque el cargo de administrador o consejero no es un cargo o actividad profesional sino orgánico, corporativo. Por tanto, un administrador o un consejero no son profesionales a estos efectos ni tienen una responsabilidad civil profesional, lo que explica en muchos casos que se incluya en las pólizas una exclusión específica al respecto.

Aunque la distinción nos parece clara y muy delimitadora, no obstante sigue existiendo actualmente en el mercado alguna póliza que añade el calificativo de “profesional” a la responsabilidad de los administradores²⁰³.

2.4. Responsabilidad civil del administrador concursal

Por el nombre de este seguro, es la modalidad aseguradora más similar al seguro de D&O. En ambos casos se habla de un administrador y en ambos casos de la gestión de una empresa, pero en el supuesto de la sociedad mercantil ordinaria, el administrador no tiene necesariamente una cualificación especial legalmente exigida ni la empresa atraviesa un periodo de incertidumbre respecto a su solvencia y continuidad.

Los administradores concursales necesitan disponer obligatoriamente de un seguro de responsabilidad civil para poder desempeñar la actividad de administrador judicial. El RD 1333/2012 de 21 de septiembre, estableció la exigencia de contratar un seguro de responsabilidad civil bajo determinados presupuestos²⁰⁴. Aunque se trata de la figura de un administrador de una sociedad, existen marcadas diferencias que separan a un seguro del otro. En el caso del administrador concursal, su designación y nombramiento se realiza por el juez del concurso, a diferencia del nombramiento del administrador mercantil ordinario; en el primer caso el seguro es de contratación obligatoria,

²⁰² Vid. Capítulo II, Ap. 1.4, Tipo de responsabilidad cubierta. ¿Es una responsabilidad profesional?.

²⁰³ Así, por ejemplo, la póliza de la aseguradora QBE, al definir el carácter aleatorio del contrato de seguro suscrito, añade que “en consecuencia, este contrato no cubre reclamaciones basadas en errores, faltas u omisiones generadoras de responsabilidad civil *profesional* (la cursiva nos pertenece) que se hubiesen producido con anterioridad al periodo de seguro (...)”.

²⁰⁴ Vid. ELGUERO, “*El nuevo seguro de responsabilidad civil para el administrador concursal*”, en Abokatuok, Revista del Colegio de Abogados de Gipuzkoa, nº 50/2012.

siendo voluntario en el caso del D&O; además, el administrador concursal tiene, a nuestro juicio, una exigencia agravada de responsabilidad, ya que acepta voluntariamente la administración de una sociedad con serias dificultades económicas y dispone de los conocimientos profesionales necesarios y de la cualificación legal exigida para ser administrador concursal, lo que no ocurre necesariamente en el caso de los administradores mercantiles; en el caso de los concursales, primero han de evaluar profesionalmente el estado de situación de la sociedad concursada y posteriormente ejercer de administrador de los bienes y gestionar, en su caso, su liquidación, por lo que actúa como un profesional en la primera fase de su nombramiento y como un administrador mercantil en la segunda.

2.5. Responsabilidad civil por prácticas de empleo

Son prácticas de empleo o *employee practices liability*, las conductas indebidas²⁰⁵ que realiza o consiente pasivamente el patrono en el ámbito laboral. Estas prácticas están cubiertas en el seguro de D&O, incluso cuando las realiza una persona que no tiene la consideración de administrador, consejero o directivo, quedando asegurados todos los empleados, con independencia de su rango o nivel. Solo la sociedad queda excluida, salvo cobertura complementaria expresamente negociada, en la póliza de D&O, o en una póliza específica e independiente de prácticas de empleo, donde además de la cobertura para todos los empleados, se asegura también a la propia sociedad, extendiéndose su ámbito territorial a todo el mundo.

Esta póliza específica, aunque también cubre a los empleados del tomador del seguro de D&O de cualquier rango o nivel, solo otorga cobertura para estas prácticas de empleo indebidas, pero no para el resto de coberturas del seguro de D&O, por lo que la delimitación se produce en términos de coberturas.

²⁰⁵ Dentro del concepto de prácticas de empleo, se incluyen, entre otras, las siguientes actuaciones: despido o extinción improcedente del contrato de trabajo; incumplimiento del contrato de trabajo verbal o escrito; falsedad relacionada con el empleo, incumplimiento de leyes contra la discriminación laboral, acoso en el lugar de trabajo (*mobbing*), incluyendo el sexual; privación injustificada de promoción o ascenso profesional; aplicación injustificada de medidas disciplinarias; privación injustificada de oportunidades profesionales; evaluación o retención negligente; invasión de la intimidad; difamación, humillación o calumnia relacionada con el empleo; represalia jurídica o infligir sufrimiento psicológico relacionado con el empleo.

2.6 Responsabilidad de funcionarios y autoridades al servicio de las Administraciones Públicas

Otra figura con la que el seguro de D&O admite cierta comparación es el seguro de responsabilidad civil para funcionarios públicos. Aunque son coincidentes el tomador persona jurídica y el asegurado persona física, el ámbito de retroactividad ilimitada en uno y otro seguro y la cobertura de ciertas garantías comunes (como los gastos de imagen o de inhabilitación), así como el daño patrimonial primario que el asegurado puede causar en ambos casos o la cobertura para entidades administrativas dependientes (similar al concepto de filiales y participadas de una mercantil), la delimitación solo puede realizarse sobre la base de las funciones de gestión y administración de los empleados públicos y no sobre su condición de funcionarios; en la medida en que los funcionarios gestionan intereses de terceros, podría pensarse que su régimen de responsabilidad es el propio de administradores y directivos de una sociedad mercantil, pero las notas diferenciadoras son de tal relevancia que la delimitación con esta figura da como resultado una nítida separación entre ambas. En realidad, esta modalidad de seguro surge como solución a la responsabilidad de los funcionarios públicos que no entraban en el concepto de sociedad mercantil y para quienes las vías de reclamación previstas para los administradores no eran aplicables por la especial relación del asegurado funcionario con el tomador de la póliza. No son seguros de D&O para funcionarios públicos aunque su evolución tuvo como referente dicho seguro.

El seguro de los funcionarios cubre a cualquier persona física que ejerce una función como autoridad, funcionario, cargo electo o político, mediante una relación continuada de derecho público o privado, siempre que cometan un error susceptible de generar un daño patrimonial primario. Pero esta modalidad de seguro exige para dar cobertura a las reclamaciones que éstas procedan de una acción de repetición del tomador frente al asegurado tras la correspondiente indemnización por responsabilidad patrimonial al perjudicado o una acción de reclamación por daños y perjuicios causados por el asegurado al patrimonio del tomador.

En resumen, la póliza de funcionarios públicos coincide en muchos aspectos con el seguro de D&O, pero se diferencia en algunas características muy relevantes, como son el perfil del asegurado y el tipo de relación que le une con el tomador, el alcance de la actividad del asegurado y la forma de reclamarle.

2.7. Defensa jurídica

El seguro de D&O, como seguro de responsabilidad civil, incluye cobertura para los gastos derivados de la defensa jurídica del administrador y directivos por reclamaciones que tengan su causa en actos negligentes de gestión social. Sin embargo, no es un seguro propio de defensa jurídica, ya que no es una póliza independiente de defensa jurídica regulada en el artículo 76 a) LCS, ni permite utilizar sus coberturas frente a cualquier reclamación por cualquier causa. La condición de que la reclamación tenga como base la presunta realización de un acto de gestión negligente generador de un perjuicio financiero a un tercero, es lo que fundamenta que estemos ante una defensa jurídica impropia, lo que le diferencia del seguro de defensa jurídica independiente.

2.8. Infidelidad de empleados

Esta cobertura se otorga en algunas pólizas de D&O del mercado que no tiene relación directa con la responsabilidad de los D&O's, pero que se incluye como garantía diferenciadora del seguro en algunas pólizas. Su finalidad es indemnizar los daños causados a terceros o a la propia sociedad como consecuencia de un acto de infidelidad de sus empleados. Es poco frecuente su inclusión en las pólizas de D&O y existen seguros específicos para la cobertura de este riesgo.

3. Clases de pólizas de D&O

Aunque el seguro de D&O es un seguro de responsabilidad civil conceptualmente único e independiente, que cubre el riesgo de responsabilidad civil de los administradores y consejeros por actos de gestión social negligente en el desempeño de sus funciones societarias, el mercado y la doctrina han perfilado una clasificación de esta modalidad atendiendo a la forma de contratación (individual o colectiva), al límite contratado (primario o exceso) al ámbito geográfico de cobertura (local o internacional) y al riesgo concreto asegurado (gestión social, salida a Bolsa).

Sin embargo, las dos clases de pólizas más habituales en el mercado asegurador español son la *colectiva* y la *individual*.

3.1. Colectiva

El seguro colectivo de D&O –el habitual y normal en nuestro mercado- es el que se contrata por la sociedad para cubrir, innominadamente, a la totalidad de los administradores, consejeros y altos cargos, con independencia del marco temporal de ejercicio del cargo y de la entidad del grupo en el que lo desempeñan. No es preciso identificar ni nominar a los asegurados, ni existe un límite en el número de ellos, ni se establecen limitaciones respecto al tiempo de ejercicio del cargo, por lo que se cubre a los administradores pasados, presentes y futuros.

Es característico del seguro colectivo de D&O el que bajo una misma póliza se cubra simultáneamente la responsabilidad civil de distintas personas vinculadas a la sociedad mediante diferentes relaciones jurídicas (laboral y mercantil): administradores y directivos tienen, efectivamente, distintos regímenes de responsabilidad y distintas formas de exigírsela, pero ambos grupos quedan amparados bajo una misma póliza.

La suma asegurada de la póliza es compartida por todos los asegurados y se extiende a todas las coberturas, salvo sublímites específicos establecidos al respecto. Igualmente comprende la cobertura de los asegurados en la sociedad matriz, en las filiales y en las participadas. Como cautela, hay que revisar que la suma asegurada de la póliza sea suficiente o adecuada para la cobertura del riesgo, atendiendo a la extensión de personas, entidades, países o actividad realizada.

3.2. Individual

El seguro para administradores individuales tiene por finalidad ofrecer amparo para una sola persona física, nominada en la póliza, en el ejercicio de su actividad como consejero o directivo de una sociedad, de manera que el asegurado es la persona física que forma parte de uno o varios consejos. El asegurado lo es a título particular y no por su pertenencia o integración con un determinado Consejo.

De esta forma, el administrador o consejero estará asegurado de manera personal en tantos consejos como forme parte, llevando consigo su cobertura de una sociedad a otra y sin perjuicio de que pueda darse el caso de un cúmulo de

seguros en aquellos supuestos en los que una sociedad otorgue cobertura para sus consejeros con independencia de su nombre o procedencia, encontrándose con la cobertura que le brinda la sociedad y la suya propia.

En España son muy pocas las aseguradoras que suscriben este tipo de pólizas de manera habitual como sublínea de negocio dentro del ramo de consejeros y directivos. Existen dos riesgos en su suscripción, el primero de los cuales se refiere al cúmulo con aquellos Consejos que tienen cobertura para sus asegurados, lo que se soluciona parcialmente ofreciendo una suma asegurada muy reducida, normalmente de solo 1 millón de euros. El segundo y más importante riesgo es que se produzca la situación, infrecuente pero no extraña, de que solo un consejero individual esté asegurado y, en caso de siniestro, solo éste sea reclamado. Como consecuencia de la solidaridad entre los administradores, el mercado asegurador no fomenta la contratación de esta clase de pólizas para evitar que en una sociedad que carece de seguro de D&O, las reclamaciones se concentren y dirijan, exclusivamente, hacia el consejero que dispone de protección individual. Ello explica que sean muy escasas las entidades del mercado que lo comercializan y que la suma asegurada sea muy reducida, casi para hacer frente a los gastos de defensa jurídica y las fianzas.

Es una póliza a título personal, nominada, en la que el tomador y el asegurado coinciden en una persona física identificada, que le ampara para el ejercicio de su actividad como administrador o consejero en aquellas sociedades en las que desempeña este cargo. Ya no son tan frecuentes porque el seguro de D&O colectivo comienza a estar extendido entre muchas empresas, incluso de tamaño pyme y micropyme, por lo que el administrador dispone de alguna cobertura y no evalúa la posibilidad de contratarla individualmente.

La suscripción de pólizas individuales por parte de consejeros de una misma sociedad, en defecto de póliza colectiva, plantea varios problemas: de un lado, la complejidad y el conflicto de interés que podría suponer una reclamación solidaria conjunta contra consejeros asegurados en distintas aseguradoras; de otro, los problemas derivados del ejercicio de las acciones de regreso entre asegurados y no asegurados en los casos en los que no todos los consejeros hubieran contratado seguros.

Una de las grandes diferencias entre el seguro colectivo y el individual – adicional al número de asegurados y al contratante de la póliza- es la figura

del obligado al pago de la prima. Mientras que en el caso de las pólizas colectivas es la sociedad la que afronta el pago de la prima del seguro, en las pólizas individuales es el administrador asegurado el que asume con su propio patrimonio el pago de la misma. Ello ha dado lugar a debates doctrinales sobre el verdadero interés de la sociedad por exigir responsabilidad a sus administradores²⁰⁶.

Estas razones explican que las pólizas individuales de D&O en España, aunque no sean desconocidas, no son tampoco populares ni fomentadas, aunque constituyen una solución para el administrador, en términos de limitación de su responsabilidad.

3.3. Otros seguros de D&O

Además de estas dos modalidades, que no son exclusivas ni excluyentes de otras combinaciones, existen seguros o pólizas de *run-off*, de salidas a Bolsa (IPO-MAB-MARF), para cobertura de tramos primarios y de exceso, locales o programas internacionales o para riesgos específicos como fundaciones y entidades sin ánimo de lucro, empresas públicas, empresas familiares y juntas de gobierno de colegios profesionales, entre otras. Especialmente relevantes son las pólizas de salidas a bolsa, los programas internacionales y las pólizas locales:

- a) Las pólizas de salida a bolsa cubren el riesgo de responsabilidad para los D&O's derivado de la salida a Bolsa o la emisión de valores, que puede cubrirse dentro de la póliza general de D&O de la empresa o específicamente a través de una póliza de salidas a Bolsa o IPO, por errores, omisiones, inexactitudes o incumplimientos contenidos tanto en el folleto como en el documento informativo registrado en la CNMV o el MAB, incluyendo materiales y presentaciones.
- b) Los programas internacionales de D&O otorgan cobertura para una sociedad matriz española y sus filiales y participadas, allí donde éstas operen en el mundo, mediante la emisión de una póliza general en el país de la sociedad matriz y pólizas locales de D&O emitidas en cada país en el que opere una filial de la matriz. Estos programas incluyen cláusulas DIC/DIL en relación

²⁰⁶ PAZ ARES, cit., pág. 43.

con las coberturas de la póliza general sobre las pólizas locales. También es frecuente la aplicación de cláusulas de interés financiero.

- c) Las pólizas locales hacen referencia a un seguro de D&O suscrito y emitido en el país en el que opera una matriz o filial. La empresa española que opera en un país con una filial y la asegura en dicho país, lo hace a través de un programa local; la filial de una empresa extranjera que opera en España y suscribe una póliza de D&O en España, también es un programa local.

III. ELEMENTOS PERSONALES

1. El asegurador

Es clásico en el estudio de los elementos personales de cualquier modalidad de seguro abordar la figura del asegurador; sin duda es uno de los elementos clave, ya que sin su contribución jurídica como parte contratante y su capacidad patrimonial para la asunción de las consecuencias económicas del riesgo suscrito, no existiría el seguro. Sin embargo, la figura del asegurador plantea pocas cuestiones de interés respecto a su posición contractual; tampoco en el seguro de D&O, que a estos efectos no supone especialidad alguna.

Es uno de los dos sujetos contratantes y ocupa la posición de asumir el riesgo transferido por el otro contratante, el tomador, a cambio de un precio y dentro de un marco de cobertura previamente determinado. Jurídicamente solo puede revestir la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa o mutualidad de previsión social y debe disponer de la correspondiente autorización administrativa para operar en el mercado.

Al asegurador le corresponde la obligación de realizar la prestación comprometida, que en el seguro de D&O será el pago de la indemnización, las fianzas y los gastos acordados.

El asegurador, en las pólizas de D&O, puede operar bajo el régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios. Igualmente puede asumir el riesgo propuesto al 100% o en coaseguro con otro u otros aseguradores y puede suscribirlo desde el primer euro asegurado (primera capa)

o en exceso de otros seguros previamente suscritos por otros aseguradores (tramos de exceso).

2. El tomador

En el seguro de D&O coexisten distintos tomadores según la naturaleza del contratante, bien sea la persona jurídica en las pólizas colectivas, bien la física en las pólizas individuales.

En las pólizas generales de D&O el tomador es la persona jurídica contratante. Aunque originariamente el seguro surge para las sociedades anónimas, la evolución del mercado ha extendido la posibilidad de contratar esta póliza a todo tipo de sociedades mercantiles, asociaciones deportivas o profesionales, clubes de fútbol, órdenes religiosas, comunidades de propietarios, colegios profesionales, firmas profesionales, grupos de interés y de presión, partidos políticos, empresas públicas, *think tanks*, etc. Como recuerda RONCERO²⁰⁷ “cualquier tipo societario puede ser tomador de este seguro”. Doctrina y mercado así lo admiten sin más restricciones que las derivadas de las políticas de suscripción.

En las pólizas ordinarias de D&O (las pólizas colectivas que cubren innominadamente a un indeterminado número de cargos y funciones) el tomador del seguro es la propia sociedad, aunque en líneas generales no esté asegurada. A la sociedad le interesa contratar un seguro de D&O para sus administradores –más allá de las exigencias personales de cada uno de ellos- por varios motivos:

- a. Proteger a los directivos de reclamaciones para que asuman riesgos empresariales y conductas de gestión activas.
- b. Protegerse a sí misma de las negligencias de sus administradores.
- c. Limitar las demandas retributivas de los administradores.
- d. Atraer talento e independientes al órgano de administración.

A los administradores y directores también les interesa que la sociedad contrate el seguro por motivos diferentes:

- a. Por insuficiencia patrimonial para hacer frente a las reclamaciones por negligencia.

²⁰⁷ RONCERO, cit., pág. 97.

- b. Protegerse de las negligencias de otros administradores.
- c. Cubrirse económicamente frente a reclamaciones de la propia sociedad.

2.1 Tomador persona jurídica en pólizas colectivas

Es el supuesto más habitual, en el que la sociedad contrata para todos sus administradores, consejeros y directivos, innominados y atemporales, cobertura para reclamaciones por actos de gestión negligentes. La sociedad no solo actúa como tomador contratante de la póliza, sino que asume la obligación principal de pago de la prima. Dentro de la sociedad, es competente para la contratación del seguro el órgano de administración o cargo delegado. Debe velar por la vigencia de la cobertura, el reflejo adecuado en póliza de todos los cargos asegurados, la actualización de asegurados y la idoneidad de las coberturas.

2.2 Tomador persona física en pólizas individuales

Se produce este supuesto en los casos de pólizas individuales, a las que ya nos hemos referido, en las que el tomador no es la sociedad persona jurídica, sino una persona física nominada, que ejerce como consejero o administrador en una o varias sociedades mercantiles. Cuando el administrador, integrado en un Consejo de Administración, no dispone de un seguro colectivo en la empresa, se garantiza su cobertura personal frente a las reclamaciones colectivas. Contrata en interés propio.

3. Los asegurados

Los asegurados son los titulares del riesgo. Pueden ser personas físicas y, con menor frecuencia y solo para determinadas coberturas, también personas jurídicas; en este último supuesto, la sociedad actúa como tomador y como asegurado simultáneamente. Por tanto, los asegurados pueden ser personas físicas o jurídicas, aunque para estas últimas el catálogo de garantías es muy reducido. Son asegurados en la póliza de D&O las personas físicas que tienen la condición de administradores, consejeros y directivos, aunque dicha condición no se limita a estos cargos o funciones, pues el concepto de *directivo* es muy amplio a efectos de las personas aseguradas. Son directivos los empleados que ejercen por cargo, mandato, representación o poder, funciones directivas en la sociedad. El directivo es un alto cargo con facultades de gestión, que suponen decisión y actuación.

Esta amplitud e indefinición del término asegurado es reconocida incluso judicialmente; así, la STS (Contencioso) de 28 de marzo 2019 (Ponente Sra. Pico Lorenzo, ROJ 952/2019) reconoce que *“no existe definición normativa alguna sobre lo que deba entenderse por órgano directivo (...)”*, añadiendo que *“ante la falta de dicha conceptualización, entendemos que órgano directivo de una persona jurídica lo es cualquiera de los que la integran que pudiera adoptar decisiones que marquen, condicionen o dirijan, en definitiva, su actuación”*. La responsabilidad del directivo, para el TS, se caracteriza de forma fáctica: *“cabrá exigir responsabilidad cuando se acredite que el órgano directivo ha intervenido en el acuerdo o decisión”*. En el caso enjuiciado, se produjo una conducta infractora de las normas de competencia por parte del Vicesecretario del Consejo de Administración, que como cargo directivo de la sociedad, intervino en la decisión infractora, por lo que puede exigírsele la correspondiente responsabilidad.

La relación de personas y cargos asegurados ha aumentado progresivamente desde la introducción de este seguro. En los años 2006 y 2007 se generalizó la ampliación del concepto de asegurado clásico para dar cabida a algunas figuras que, aunque no tenían la consideración a efectos de la póliza de consejeros, directivos o altos cargos, sí estaban sin embargo tan próximos a éstos que podría pensarse que participaban indirectamente de la misma responsabilidad que estos cargos. Se trata de las figuras del Secretario y el Vicesecretario del Consejo que no siendo consejeros (si lo fueran estarían dentro de la definición de asegurados) participaban en el Consejo asesorando o simplemente cumpliendo las funciones propias del cargo.

Igual criterio se seguía con la figura del letrado asesor, interno o externo, que no tenía la consideración de asegurado pero que en la realización de sus funciones de asesoramiento jurídico al Consejo podría ser imputado en un procedimiento de responsabilidad civil.

Por ello, la definición de asegurado de los condicionados se refería no solo a los cargos específicos propios de la gestión y administración social, sino también a todas aquellas personas con poderes de representación o gestión.

3.1. Asegurado persona física

Una de las características intrínsecas del seguro de D&O es la nítida separación de las figuras del tomador y del asegurado y el hecho de que ambos sean

diferentes y de distinta naturaleza; mientras que el tomador será casi siempre una persona jurídica, el asegurado será normalmente una persona física.

Otra de las notas características del seguro de D&O, en cuanto a los asegurados, es que en la misma cobertura se amparan simultáneamente a los administradores, como órganos sociales, y a los directivos vinculados a la sociedad por contratos laborales de alta dirección y además a todos los empleados en la cobertura de prácticas de empleo. Esta dualidad evita o reduce el conflicto de interés y reduce el riesgo de enrarecimiento del clima laboral en caso de cubrirse a unos, pero no a otros.

a) Niveles de asegurados

Si algo destaca en el seguro de D&O en su evolución temporal es la ampliación del espectro de personas aseguradas. Del aseguramiento inicial de los cargos de administrador y directivo se ha pasado a un catálogo más amplio, encuadrable en cinco grupos:

Grupo 1: Corresponde a los asegurados *directors*²⁰⁸, miembros del *Board of Directors*, es decir, a los administradores sociales o miembros del Consejo de Administración, entre los que se incluye el Presidente, Vicepresidente, Consejero Delegado y los consejeros, con independencia de su procedencia o clasificación (dominical, ejecutivo). La característica de este grupo de asegurados es su relación no laboral con la sociedad y su sujeción al régimen mercantil para la resolución de su relación y la exigencia de responsabilidad.

Grupo 2: Es el de los asegurados *officers*, aquellos que tienen una relación laboral con la sociedad y detentan un alto cargo en la misma. Son el Director General, los directores, gerentes y altos cargos en general, que reportan al Director General o al Consejero Delegado. Su relación y su responsabilidad civil se regulan en vía laboral. En inglés, su terminología abreviada incluye la letra O al final del cargo (CEO, Chief Executive Officer; COO, Chief Operating Officer...).

Grupo 3: Son los asegurados que tienen un *cargo* o *función* en la empresa, responsables de un área o unidad de negocio. Tienen relación laboral con la

²⁰⁸ El término inglés *director* no se corresponde con la voz española de *director*, ya que es un nivel diferente, siendo más correcto traducirlo como consejero o administrador.

sociedad y reportan a un alto cargo, operando con cierta autonomía. En este grupo se incluyen cargos que pueden tener el título de director y cargos no directivos (un director de cuentas en una empresa es quien lleva la gestión y relación con un cliente, no siendo necesariamente en esa condición un director ni un alto cargo de la empresa).

Grupo 4: En este nivel se sitúan todos los *empleados* con independencia de su rango o cargo. Lo característico de este nivel es que todos los empleados son asegurados cuando la causa de la reclamación es la realización de prácticas de empleo indebidas o cuando se les codemanda junto con un directivo integrado en otros grupos.

Grupo 5: Corresponde al resto de figuras aseguradas que carecen de vinculación laboral o mercantil directa con la sociedad pero que tienen algún tipo de vínculo familiar o relacional con personas aseguradas en otros grupos, como los cónyuges, herederos, legatarios y personas vinculadas.

b) Figuras y cargos asegurados

Con independencia de los niveles en los que pueden clasificarse a los asegurados personas físicas, existen figuras y cargos que tanto expresa como implícitamente quedan cubiertos dentro de la póliza de D&O, al menos respecto a ciertos gastos. En este supuesto se encuentran las *personas vinculadas* a los administradores sociales, reguladas en el artículo 231 de la LSC:

- a. El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b. Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d. Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del CCO.
- e. Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del CCO.

- f. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.
- g. Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.
- h. Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

A efectos del seguro de D&O, la póliza no considera aseguradas a las personas vinculadas con un administrador, tal como se definen en el artículo 231 de la LSC, excepto en la medida en que por esa relación de parentesco o afectividad puedan disponer de información relevante sobre la sociedad, por lo que la póliza puede cubrir los gastos de defensa jurídica cuando se las codemanda junto con el administrador al que aparecen vinculados. No son asegurados por derecho propio sino por vinculación con un asegurado y se les otorga cobertura sólo para los gastos de defensa jurídica, exigiendo que la reclamación contra ellas se incluya en la demanda contra el administrador.

c) El problema de los *chief's*

Hemos señalado en el apartado anterior que el bloque de asegurados del Grupo 2 incluye aquéllos cargos que en inglés responden a las siglas *Chief Officer*. Esto plantea dos cuestiones a tener en cuenta: la primera es determinar qué *chief's* quedan cubiertos, a cuales se refieren las siglas y qué tratamiento dar a los nuevos *chief's* que se van creando en el seno de las organizaciones. Un ejemplo sirve para ilustrar la primera cuestión: cuando en una póliza de D&O se cubre al CEO, es generalmente admitido que este acrónimo se refiere al *Chief Executive Officer*, que podemos traducir por Consejero Delegado y en algunas ocasiones también como Director General. Pero en otros casos, la cobertura de otros cargos como el CCO, en general, deja abierta la duda respecto al asegurado, ya que estas iniciales responden a varios cargos de relevancia: *Compliance, Country, Commercial, Cloud, etc.*

Respecto a la segunda cuestión, los nuevos cargos que se van creando (*Chief Visionary Officer, Chief Emotional Officer, Chief Institutional Officer, Chief Agile Officer*) deben recibir similar tratamiento al de otros cargos de semejante

relevancia. En todo caso, si el cargo lleva la palabra *Chief* delante, estaremos reconociendo su valor como directivo en la empresa.

En este grupo de cargos o funciones novedosas, encontramos los siguientes:

1. *Community Manager*. Se trata de una figura desarrollada al amparo del auge de las redes sociales en España y del comercio electrónico, dando lugar a su uso por los empleados de una sociedad. El *Community Manager* es el responsable de gestionar y controlar la presencia y actividad de la empresa y de sus empleados en las redes sociales así como de la presencia de la organización en internet. El artículo 11 bis, ter y quáter de la LSC se dedica a la regulación de la página web de la sociedad como instrumento de información y comunicación que, si bien es voluntaria para las sociedades de capital, su existencia será obligatoria para las cotizadas. La página web corporativa tiene que acordarse por la Junta General y el contenido de la misma debe ser seguro, garantizando la sociedad la autenticidad de los documentos publicados, el acceso gratuito y la descarga e impresión de lo insertado en ella. Los administradores responderán solidariamente entre sí y con la sociedad frente a los socios, acreedores, trabajadores y terceros de los perjuicios causados por la interrupción temporal de acceso a la página salvo en los supuestos de casos fortuitos o de fuerza mayor.

El *Community Manager* adquiere por tanto un papel clave tanto en su régimen de responsabilidad si es considerado directivo como respecto a la responsabilidad de los administradores de su empresa. Respecto a su cobertura en las pólizas de D&O, no es habitual encontrar expresamente identificado el cargo ni el contenido del mismo, lo cual no plantea especiales problemas en términos de cobertura cuando el *Community Manager* tiene cargo directivo pero sí podría serlo en otros supuestos, por lo que debe prestarse atención a su situación en la póliza.

2. CCO. Las siglas CCO se utilizan para designar varios cargos dentro de la empresa, siendo el más relevante el de *Country Corporate Officer*, pero también para referirse al Director de Cumplimiento (*Chief Compliance Officer*), al Director Comercial (*Chief Commercial Officer*), al Director de Comunicación (*Chief Communication Officer*) al Responsable de Clientes (*Chief Customer Officer*), e incluso al más reciente cargo de Director de la Nube (*Chief Cloud Officer*), por lo que en caso de figurar el CCO como

- asegurado específico en la póliza, sin identificarlo, debe quedar claro a qué CCO se refiere.
3. *Chief Compliance Officer*. Directivo responsable de implementar y garantizar por mandato del órgano de Administración las políticas de *compliance* de la empresa para cumplir con el Buen Gobierno Corporativo y evitar, entre otros riesgos, imputaciones penales a la persona jurídica. No es el encargado de hacer que cada uno cumpla, sino de velar por la política general de cumplimiento de la organización. De cada empleado responde su superior jerárquico. El director de cumplimiento será el investigado virtual como representante de la persona jurídica cuando se acuse a la organización y debe velar por la adecuada defensa de la misma. El propio director de cumplimiento puede ser penalmente responsable por sus actos en su condición de autor material del delito.
 4. *Chief Commercial Officer*. Es el directivo responsable de la estrategia y desarrollo comercial de la organización. Realiza actividades relacionadas con marketing, ventas, oferta de servicios y atención al cliente para impulsar el crecimiento del negocio y la captación de clientes. Reporta directamente al CEO sobre los resultados en el área comercial de la organización. Debe comprobar que todas las áreas de la compañía están alineadas con la estrategia comercial de la organización.
 5. *Chief Communication Officer*. Directivo responsable de gestionar los riesgos y oportunidades de comunicación que afectan a un negocio, interna y externamente. Es responsable de las comunicaciones con los *stakeholders* de la organización (empleados, accionistas, medios de comunicación, sujetos influyentes del mercado, clientes, comunidad...). Participa en las decisiones que pueden afectar a la reputación de la empresa.
 6. *Chief Customer Officer*. Directivo responsable de las relaciones con los clientes de la organización. Proporciona una visión enfocada al cliente a la hora de desarrollar las estrategias comerciales de la compañía para maximizar la adquisición y retención de clientes, además de su rentabilidad.
 7. *Chief Cloud Officer*. Directivo responsable de administrar, supervisar y regular el entorno y las operaciones de la organización realizadas a

- través de la computación en nube (*Cloud Computing*). Su principal función es asegurarse que la organización maximiza los beneficios del uso de la computación en nube sin exponerla a riesgos que pongan en peligro el negocio, organizando el sistema de computación en nube en su implantación, desarrollo y resolución de problemas.
8. *Chief Data Officer*. Director de Protección de Datos responsable del cumplimiento de la Ley Orgánica de Protección de Datos y de los reglamentos europeos, tanto en las relaciones internas como externas. En ocasiones recae en la asesoría jurídica o en el departamento de informática y si no tiene rango directivo, la persona responsable es susceptible de estar asegurada.
 9. *Chief Research Officer*. Director del Servicio de Estudios de la empresa, encargado de realizar estudios e investigaciones para lograr los objetivos de la empresa, potenciar la marca y desarrollar nuevos nichos de mercado y centros de influencia. Debe ser innovador y creativo pero también riguroso y objetivo.
 10. *Chief Executive Officer*. Máximo ejecutivo de la empresa; sobre él recae toda la responsabilidad por los errores derivados de la gestión corporativa de la empresa. Es el cargo asegurado por excelencia en el seguro de D&O y es contra quien se dirigen la mayoría de las reclamaciones nominadas.
 11. *Chief Financial Officer*. Director Financiero, responsable de la tesorería, inversiones y control económico de la empresa. Al tener un cargo directivo y capacidad de obligar a la empresa en su área de actividad, es un cargo cubierto por la póliza, aunque no se nombre expresamente.
 12. *Chief Human Resources Officer*. Director de Recursos Humanos. Es asegurado en la póliza de D&O como directivo, como responsable de la política y control de los recursos humanos de la empresa y como cualquier otro empleado de cualquier rango o nivel en la cobertura de prácticas de empleo, como el resto de cargos y empleados. Es especialmente responsable del cumplimiento normativo que evite la realización de prácticas indebidas de empleo.
 13. *Chief Operating Officer*. Director de Operaciones de la empresa, máximo responsable del control y seguimiento de las actividades diarias de la sociedad así como de la adaptación de los procesos a la estrategia de

- la compañía, coordinándolos con las necesidades del negocio. Reporta directamente al CEO y es un cargo asegurado en la póliza.
14. *Chief Risk Officer*. Director de Gestión de Riesgos, aunque en España esta figura se identifica generalmente de forma limitada con el director de riesgos en las instituciones financieras o con el gerente de riesgos y seguros en otras empresas. El CRO es un cargo directivo de alto nivel que se ocupa de la gestión global de los riesgos corporativos de una empresa, incluyendo el *compliance* legal, en su caso.
 15. *Country Corporate Officer*. Director Corporativo de la totalidad de las empresas de un grupo en un determinado país. Su cobertura se realiza dentro de la póliza de D&O de la matriz del grupo, aunque nada impide que quede cubierto también dentro de las pólizas de D&O de cada una de las empresas del grupo de las que sea CEO, si la tuvieran suscrita.
 16. *Chief Agile Officer (CAO)*. Las nuevas formas de comunicación y distribución de bienes y servicios, las actuales y disruptivas demandas de inmediatez y proximidad de los consumidores, la necesidad de implementar la consecuente transformación digital de las organizaciones y el IoT o *internet de las cosas*, está obligando a todas las empresas a digitalizar y desarrollar software específico que permita la interrelación con sus clientes, empleados, proveedores y grupos de interés. Por ello se hace necesario el liderazgo de una persona responsable de impulsar o agilizar dicha transformación. La capacidad de crear y responder al cambio tecnológico corresponde al *chief agile officer*, que puede traducirse como director de agilidad o de agilización y que en España sería razonable entenderlo como director de transformación empresarial o de impulso tecnológico.
 17. *Chief Experience Officer (CXO)*. Un claro ejemplo del dinamismo del seguro de D&O en términos de asegurados amparados por la cobertura, lo constituye la constante creación de nuevos cargos, como el *Chief Experience Officer* o Director de Experiencia del Cliente, figura que se enmarca en las estrategias de atención y servicio al consumidor y en orientar el negocio al cliente. La *experiencia de cliente* aporta ventajas competitivas sólidas y estables, pero requiere un cambio de estrategia empresarial liderado desde la dirección por el CXO, que permita transformar la empresa y orientarla al cliente.

El CXO debe quedar cubierto por la póliza como cargo directivo específico.

3.2. Consejero persona jurídica

Un Consejo de Administración está compuesto por una pluralidad de personas de diversa procedencia e incluso con distintos intereses en función de a quien representen o por quien han sido designados.

Los accionistas eligen a las personas que han de representarles en el Consejo, mediante la nominación de uno o varios consejeros, en función del porcentaje de capital que representen y del reparto de los puestos del Consejo realizado en los Estatutos Sociales. Y es perfectamente posible, e incluso frecuente, que el consejero de una sociedad sea una persona jurídica, a la que evidentemente representará una física. De esta manera, cuando se observa la lista de consejeros de una sociedad, puede aparecer, junto a las personas físicas, algún consejero persona jurídica.

Por la propia definición del riesgo asegurado, los consejeros personas jurídicas no quedarían amparados por la cobertura de la póliza, ya que ésta se otorga a personas físicas. Esta idea es reiterada en el mandato legal de responsabilidad civil que se impone a los directivos personas físicas.

Pero ello no significa que los consejeros personas jurídicas no puedan quedar amparados por la cobertura del seguro. Lo que implica es que la cobertura estándar u ordinaria de las pólizas continentales de D&O no se extienden a proteger a las personas jurídicas consejeros, sin perjuicio de que pueda hacerse de manera expresa mediante el conocimiento de quienes son dichas personas jurídicas y otra información.

3.3. La sociedad como asegurado

La póliza de D&O cubre a las personas físicas que ostentan cargos de administrador, director o alto cargo, lo cual conlleva que no se ampara a la propia persona jurídica por cuanto la finalidad del seguro es proteger el patrimonio personal de los directivos y no los activos de la sociedad. Pero existen algunos supuestos en los que la póliza sí otorga cobertura para la persona jurídica, lo que permite calificar las garantías de la póliza, según quien sea el asegurado, en tres grupos denominados *Side A*, *Side B* y *Side C*.

La cobertura *Side A* ampara directa y personalmente a los consejeros y directivos personas físicas y se aplica en los casos en los que la compañía no les indemniza porque la ley prohíbe hacerlo o porque, aun permitiéndolo, sus estatutos o protocolos internos no lo autorizan o la situación financiera de la compañía no permite afrontar este gasto.

La cobertura *Side B* reembolsa a la sociedad las pérdidas sufridas cuando ésta ha indemnizado a sus consejeros y directivos por reclamaciones contra éstos.

La cobertura *Side C* protege a la sociedad como asegurada, por reclamaciones derivadas de operaciones de valores.

Progresivamente se han mejorado las coberturas para la sociedad, de manera que actualmente se pueden obtener las cinco siguientes, dependiendo del mercado:

- a. Operaciones de valores (operaciones bursátiles de compraventa de valores de una sociedad)
- b. Persona jurídica codemandada en prácticas de empleo
- c. Defensa jurídica por responsabilidad penal de la sociedad
- d. *Entity Up/ Entity Down* (cobertura para el consejero persona jurídica)
- e. Prácticas de empleo para la sociedad

4. El tercero perjudicado

Junto a los administradores y directores asegurados, el perjudicado es el otro gran protagonista del seguro de D&O, aunque no forme parte del mismo. Se beneficia, sin embargo, de la existencia de seguro de D&O en las organizaciones por dos motivos: el primero es por la solvencia y garantía patrimonial que ofrece el seguro frente a las reclamaciones; el segundo porque permite al perjudicado ejercer la acción directa frente al asegurador de D&O, no pudiendo oponersele excepciones como el impago de la prima o el dolo del asegurado.

Por la naturaleza y personalidad de los cargos y personas aseguradas, las reclamaciones de D&O generan estrés empresarial en el seno de la organización, a cuyos administradores se demanda -además de a ellos mismos- por el carácter personal e ilimitado de la responsabilidad que asumen.

Con las sucesivas reformas legales del régimen de responsabilidad de los administradores, se ha facilitado la reclamación del perjudicado, empezando

por la solidaridad de la responsabilidad: se puede demandar a cualquiera de los miembros del órgano de administración por la totalidad de la deuda. Aunque las acciones colectivas propias del sistema jurídico norteamericano no han llegado a Europa, sí lo han hecho algunas de sus prácticas procesales, como el cobro de honorarios en base a un porcentaje del resultado en caso de éxito (*cuota litis, successful fee*). Además, se ha rebajado en cinco puntos (hasta el 5%) el porcentaje del capital social necesario para presentar acciones de responsabilidad contra los administradores. Ya no son desconocidas ni extrañas las reclamaciones contra los Consejos de Administración ni contra administradores individuales o frente a cargos concretos.

El concepto de acto de gestión social negligente, objeto de la cobertura del seguro, es extraordinariamente amplio y da cabida a un sinnúmero de supuestos de riesgo generadores de responsabilidad. Posiblemente se ha sobredimensionado y extendido el concepto de negligencia más allá de las previsiones del legislador. Existe un amplio abanico de potenciales reclamantes frente a las negligencias de los administradores, desde la propia sociedad y sus empleados, a cualquier tercero que considere que ha sufrido un perjuicio, como consecuencia de los actos de gestión social negligente realizados por dichos administradores.

a) Intrasociales: los empleados

En los empleados de una sociedad confluye la doble condición de asegurados y perjudicados. Como asegurados figuran cuando realizan como autores, cooperadores o encubridores, prácticas de empleo indebidas sobre otro empleado²⁰⁹ y como perjudicados cuando son sujetos pasivos o víctimas de dichas prácticas.

Los empleados son sujetos intrasociales -están dentro de la sociedad- y son perjudicados cualificados en el seguro de D&O porque sufren el perjuicio -un daño moral- dentro de la sociedad, en su condición de empleados y conociendo las prácticas de actuación u omisión de la empresa y de sus directivos con relación a estas conductas.

²⁰⁹ El TS ha declarado, en sentencia de 21 de diciembre 2018, que el acoso laboral no puede llevarse a cabo por los inferiores jerárquicos hacia el superior.

Como reclamantes, los empleados utilizan las prácticas de empleo indebidas como causa de la reclamación, siendo el daño moral el perjuicio alegado. En caso de que el empleado sea reclamante por perjuicios financieros derivados, por ejemplo, de la pérdida de valor de capitalización de la sociedad por determinadas actuaciones negligentes, su reclamación se instrumentará por vía del accionista o inversor, pero no por la del empleado. Será el daño moral²¹⁰, de carácter personal e individual, interno y subjetivo, el que se argumente como soporte de la reclamación.

b) Extrasociales: accionistas, inversores, competidores, terceros en general

A este grupo pertenecen todas aquellas personas que, no siendo empleados de la sociedad, están legitimados para ejercer una acción de responsabilidad contra los asegurados. Al no pertenecer a la esfera interna de la organización, se mueven extrasocialmente como accionista, inversor, competidor, Administración o cualquier otro tercero que considere que la gestión social del administrador le ha causado un perjuicio financiero.

IV. ELEMENTOS FORMALES

Entre los elementos formales que intervienen en el seguro de D&O, destacan, junto a la póliza, dos documentos que configuran el seguro desde la perspectiva del deber precontractual de declaración del riesgo: el cuestionario y el *warranty statement*. Aunque la póliza es el documento más importante del seguro de D&O, el contrato de seguro de D&O se compone no solo de ésta sino también de aquellos otros documentos en los que el tomador declara el riesgo y que constituyen un deber de veracidad, con carácter previo a la suscripción del contrato.

1. Declaración del riesgo: El cuestionario

El artículo 10 LCS establece que *el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el*

²¹⁰ El daño moral es una clase de daño personal y éste es una exclusión general del seguro. El daño moral constituye una excepción a la exclusión de cobertura del daño personal.

asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él. Este precepto, contenido en las disposiciones generales del contrato de seguro, es aplicable al seguro de responsabilidad civil y por ende al de D&O.

El cuestionario es el documento contractual en el que el tomador da respuesta al deber precontractual de declaración del riesgo. En el seguro de D&O el cuestionario contiene preguntas relativas a la estructura de propiedad de la empresa, situación financiera, reclamaciones anteriores, proyectos de fusión o absorción, etc.

2. Warranty Statement

Es un documento cuyo nombre puede traducirse como “declaración de garantía” (pero que podríamos traducir más adecuadamente para reflejar la realidad de su alcance como “declaración de no siniestralidad”), que consiste en una declaración escrita que se solicita al tomador o asegurado en el cuestionario o en un documento aparte posterior al cuestionario, confirmando que a una determinada fecha no se conocen reclamaciones ni siniestros que pudieran afectar a la póliza de D&O. Hay que recordar que el seguro de D&O se suscribe sobre base *claims made*, constituyendo el siniestro la reclamación del perjudicado efectuada durante la vigencia de la póliza, con independencia de la fecha de realización del acto que da lugar a la reclamación, por lo que el seguro cubre un periodo de tiempo anterior a la entrada en vigor del seguro, respecto a hechos o actuaciones derivadas de la gestión social (retroactividad). La cobertura retroactiva, como habremos de ver en el capítulo de exclusiones, no ampara reclamaciones conocidas con anterioridad a la contratación del seguro ni litigios o procedimientos anteriores.

El propio cuestionario de declaración del riesgo, tanto al cumplimentarlo por primera vez como al renovar el seguro para periodos sucesivos, indaga sobre la existencia de reclamaciones conocidas y no declaradas, por lo que el *Warranty Statement* cobra valor como documento independiente y posdatado respecto al cuestionario.

Esta declaración se solicita normalmente para renovar el seguro (en ausencia de cuestionario) o para ponerlo en vigor después de haber transcurrido un cierto

tiempo desde la cotización facilitada por el asegurador. Este último aspecto es importante, ya que el cuestionario contiene una foto estática del riesgo a una fecha determinada, constando a esa fecha la inexistencia de siniestros o el desconocimiento de reclamaciones en curso. De esta forma, si transcurrido un tiempo entre la fecha del cuestionario y la propuesta del asegurador y la fecha en la que el tomador decide finalmente contratar el seguro, el asegurador quiere tener actualizada la información, siendo la más relevante la inexistencia de siniestros o reclamaciones que pudieran explicar la repentina decisión de contratación después de haber transcurrido varios meses desde la oferta del asegurador, es necesario actualizar la información.

El *Warranty Statement* tiene como principal función la de actualizar la información sobre la siniestralidad y forma parte, junto con el cuestionario, de la documentación contractual y del deber de declaración y actualización del riesgo a que se refiere el artículo 10 LCS. Aunque como tal documento no tiene reflejo legal y su exigencia no es uniforme en el mercado, es difícil imaginar un supuesto en el que el asegurador no lo solicite, más claramente cuanto más tiempo haya transcurrido entre la oferta y la fecha de contratación.

3. Póliza. Su estructura y su lenguaje

Al seguro de consejeros y directivos se le han hecho dos críticas constantes: la primera, la dificultad que entraña la comprensión de las pólizas, cuya estructura y redacción es importada de los mercados norteamericano y británico²¹¹, con algunas excepciones de aseguradoras que sí han adaptado al mercado local tanto la estructura como la redacción (dificultad gramatical), y la segunda la dificultad para comprender bien el alcance y finalidad del seguro (dificultad sustantiva). Se produce un difuso deslinde entre las responsabilidades empresariales en general y la responsabilidad profesional, con la de los consejeros y directivos. No solo es cuestión de que el asegurado no entienda qué cubre y qué excluye el seguro de D&O, sino cómo casa este seguro con los anteriores y cómo entra en funcionamiento.

Como ya sabemos, las pólizas de D&O tienen un origen americano-británico y en sus orígenes su estructura respondía a un modelo americano, aún traducido al español. Con la evolución del seguro, las pólizas han adaptado su estructura a

²¹¹ HEBRERO, cit. pág. 55, señalaba que en la mayoría de los casos, estos productos importados “son meras traducciones, ajenas a nuestra realidad jurídico-económica española”.

modelos españoles, mucho más inteligibles, para paliar en parte la complejidad del producto y el lenguaje jurídico de esta modalidad aseguradora, obteniéndose una cierta homogeneidad en la estructura de las pólizas, muy probablemente porque el redactor del *wording* ha sido el mismo despacho de abogados en varios casos o bien porque los condicionados han copiado su estructura de otros anteriores del mercado.

Con relación al lenguaje utilizado en las pólizas de D&O, éste resulta complejo en algunas ocasiones, por el uso de voces y palabras reiterativas y sinónimas, pero que se incluyen a fin de conseguir la aplicación total de una exclusión o la exclusión absoluta de un hecho. Así, por ejemplo, la póliza de la aseguradora XL, en su apartado de exclusiones III.D, excluye las reclamaciones “basada en, derivada de, directa o indirectamente resultante de, que sea consecuencia de, o que de alguna manera implique cualquier hecho, circunstancia, situación, evento, acto incorrecto o acto incorrecto relativo a las prácticas de empleo (...)”.

La STS de 29 de enero 2019 (ROJ 162/2019) hace una crítica velada al lenguaje utilizado y a la redacción de las pólizas de D&O: para saber si una cobertura está incluida o no en la póliza, hay que leer la cláusula de cobertura del riesgo para entender que se cubre “toda pérdida procedente de una reclamación...” y, a renglón seguido, leer la definición de *pérdida* en otro apartado y seguir a un tercero para comprender que se excluyen del concepto *pérdida* cierta clase de reclamaciones. Lo que la aseguradora entendía que era una cláusula delimitadora del riesgo, el TS acaba calificándola de sorpresiva, señalando que *hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos*. El TS declara nula la exclusión de la reclamación, apuntando que una exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

3.1. Cláusulas especiales de la póliza

Las pólizas de D&O participan de unas cláusulas comunes a todo seguro de responsabilidad civil, pero incluyen también otras específicas de esta modalidad, basadas en el carácter global e internacional de la sociedad tomadora, la compra o venta de filiales o participadas y la imputación de responsabilidad a uno o varios administradores, cuya finalidad es cubrir, aclarar o determinar aspectos concretos. Entre estas cláusulas especiales en el seguro de D&O, tenemos las siguientes:

a) *DIC/DIL*

Esta cláusula se aplica en tramos de exceso o pólizas que actúan en exceso de otras para operar en diferencia de condiciones de cobertura (DIC) o de límites (DIL) sobre la póliza primaria. Se aplica la diferencia de límites cuando los del exceso son mayores y la diferencia de condiciones cuando las coberturas de dicho exceso son más amplias.

b) *Admitted/Non Admitted*

Un seguro *admitted* es el emitido por un asegurador con licencia, registro o autorización para operar en el país en el que se emite la póliza y en el que se sitúa el riesgo. Se regula localmente y se somete a la supervisión y control del órgano regulador del país. Muchos países exigen que el riesgo de D&O se cubra localmente por aseguradores locales (*admitted*) y sujetos a las leyes locales.

El seguro *non admitted* es el emitido por un asegurador que no tiene licencia (no está autorizado) para operar en el país en el que se sitúa el riesgo. En algunos países el seguro *non admitted* se permite (*non admitted permitted*) pero en otros se prohíbe expresamente (*non admitted prohibited*).

En la UE no es problema que se emita una póliza en un Estado miembro para cubrir riesgos situados en otro Estado miembro, como consecuencia del régimen de libre prestación de servicios. El seguro es válido (*admitted*) y no plantea problema alguno ni la cobertura del riesgo ni el pago de siniestros.

c) *Entity Up/Entity Down*

El cargo de consejero puede ser detentado por una persona jurídica que puede cubrirse en la póliza de D&O si expresamente se declara e incluye en la garantía. Para cubrirlo, es necesario contratar las extensiones de garantía *entity up* (cuando el consejero persona jurídica lo es de la sociedad tomadora) o *entity down* (cuando el consejero persona jurídica lo es de una filial o participada del tomador de la póliza).

La extensión de garantía que cubre al consejero persona jurídica en la sociedad tomadora se denomina *entity up*, mientras que *entity down* es la que cubre al consejero persona jurídica en la filial o participada de la sociedad matriz tomadora del seguro.

d) Cambio de control

El cambio de control en una sociedad es la situación jurídica que se produce en la empresa cuando su propiedad o control pasa a manos de terceros. Se entiende que se produce un cambio de control de la sociedad cuando ésta se fusiona con otra entidad o se vende la totalidad o la mayoría de sus activos a otra entidad, dando lugar a la extinción de la sociedad como entidad legal independiente. También se entiende que hay cambio de control cuando una persona física o jurídica adquiere el derecho a ejercitar más del 50% de los derechos de voto de la sociedad o controla el nombramiento de los consejeros, con capacidad para ejercer la mayoría de los derechos de voto del Consejo de Administración u órgano similar de administración.

Igualmente se considera que existe un cambio de control cuando se produce la solicitud de declaración de concurso de acreedores, ya sea voluntario o necesario, o cualquier procedimiento equivalente en cualquier jurisdicción, así como la insolvencia o liquidación de la sociedad.

Una sociedad, como ser vivo jurídico, experimenta desde su constitución una serie de cambios dinámicos en su funcionamiento, desde el cambio de razón social o de consejeros y administradores, hasta el cambio de domicilio, la ampliación de su objeto social o la apertura de nuevas líneas de negocio. Pero junto a todo ello, la sociedad puede experimentar variaciones significativas en su accionariado, bien por su salida a Bolsa, bien porque uno o varios de los accionistas venden o transmiten participaciones a terceros, bien porque un tercero adquiere un paquete significativo de acciones o los accionistas minoritarios pasan a ser mayoritarios.

La suscripción del seguro de responsabilidad civil de D&O por parte de la aseguradora tiene en cuenta la forma, modelo y composición de la gestión de la empresa, la cual es responsable de la situación financiera y aporta una cierta garantía de solvencia y de continuidad de la empresa. Es en razón al conocimiento de la gerencia de la empresa por lo que el asegurador asume el riesgo. De ahí que éste, mediante el condicionado de la póliza, se reserva el derecho a cancelar anticipadamente la misma si la propiedad de la compañía cambia, ya que con ello cambia o puede cambiar la gerencia, la estrategia, el objetivo y las políticas realizadas hasta ahora, lo que supone para el asegurador un cambio sustancial en el riesgo asumido.

La consecuencia inmediata del cambio de control en la empresa asegurada es que la póliza de D&O entra en suspensión de coberturas, ya que el riesgo asumido es ahora diferente: ya no es la gerencia y el equipo directivo inicial (aunque este fuera innominado).

La póliza continúa vigente hasta la fecha de su vencimiento natural, pero solo para cubrir las reclamaciones que se presenten al asegurador por hechos realizados con anterioridad a la toma de control. Si se reclama por un hecho generado con posterioridad a este cambio de control, la aseguradora no asume la cobertura por estar la misma en suspensión, debiendo ser la nueva póliza de D&O que en su caso se haya contratado para la “nueva” empresa, la que asuma dicha reclamación.

Esta suspensión de garantías y la posibilidad de presentar reclamaciones por hechos anteriores se denomina *run-off*, cuya duración respecto al periodo original de cobertura de la póliza variará en función del momento en que se produce el cambio de control de la sociedad, respecto a la fecha de vencimiento natural de la póliza. Así, por ejemplo, si el cambio de control se produce a los seis meses, la duración del periodo de *run-off* será de seis meses, mientras que si el cambio de produce a los 11 meses, la duración será de tan solo un mes hasta el vencimiento.

Para la contratación del *run-off* existen tres alternativas:

1. Contratar con el asegurador o aseguradores de la póliza el periodo de *run-off*, cada uno de ellos en proporción al riesgo asumido en caso de ser más de uno, modalidad que podemos denominar de *run-off consecutivo* por cuanto es contratado inmediatamente en el tiempo y por los mismos aseguradores, siendo consecuencia de la existencia de una previa póliza de D&O.
2. Contratar con un asegurador o aseguradores distintos, que no participaron en la cobertura general de D&O, la totalidad del plazo y riesgo del periodo de *run-off*.
3. Contratar una póliza de *run-off* sin haber tenido previamente cobertura de D&O (*run-off primario*), ya que para los aseguradores la póliza de *run-off* es la primaria.

e) Gran riesgo

Es una disposición que se incluye en aquéllas pólizas de responsabilidad civil en las que el tomador reúne alguno de los requisitos exigidos en el artículo 11 de la Ley 20/2015 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR), para señalar que el asegurado tiene la consideración de gran riesgo y que las partes tienen libre elección de la ley aplicable, teniendo los preceptos legales de la ley elegida carácter dispositivo.

La Disposición derogatoria a) LOSSEAR, deroga la definición de gran riesgo del artículo 107.2 LCS, pasando a ser el artículo 11 LOSSEAR el único que define el concepto de gran riesgo.

El seguro de D&O tendrá la consideración de *gran riesgo* cuando el tomador, persona jurídica societaria, cumpla los requisitos legales para ser calificada de gran riesgo; ello supone que no todos los seguros de D&O son grandes riesgos.

f) *Severability clause* o *cláusula de divisibilidad*

Aunque la responsabilidad civil de los administradores sociales es solidaria, pudiendo el perjudicado dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos en reclamación de la totalidad de la deuda de responsabilidad, ello no supone que la cobertura de la póliza, o sus exclusiones, les afecten a todos por igual. Hay exclusiones generales, pero también hay exclusiones vinculadas a conductas individuales de los asegurados, de forma que solo el administrador autor de la conducta inadecuada quedará excluido de la cobertura.

La separación de los administradores en términos del binomio cobertura-exclusión se obtiene mediante la *severability clause*, o cláusula de divisibilidad: se produce un reparto o división entre los asegurados respecto a su imputación de responsabilidad, según la cual el dolo, los errores o la conducta realizada por un asegurado no se imputa a otro, a efectos de aplicar la cobertura de la póliza o una determinada exclusión. Es como si la póliza de D&O fuera una póliza independiente para cada uno de los administradores y consejeros. Tampoco se imputa a un asegurado el conocimiento de un hecho dañoso que tenga otro asegurado, que no lo comunica.

3.2 Prima

La prima es el precio del seguro y desde esta perspectiva no se plantean diferencias en el seguro de D&O respecto al régimen general de los artículos 14 y 15 LCS. En dicho régimen general se produjo una precisión interpretativa mediante la STS de 30 de junio 2015 (RJ 2015/2555), aplicable por extensión a la prima del seguro de responsabilidad civil de D&O, que afecta al impago de la prima sucesiva fraccionada.

Con relación a la problemática específica que plantea el pago de la prima en el seguro de D&O, puede apuntarse el criterio de la Dirección General de Tributos (DGTr)²¹² sobre el carácter retributivo o no de la misma para los administradores, es decir, si el pago de la prima por la sociedad para proteger a sus administradores constituye o no retribución en especie para los mismos²¹³.

La prima del seguro de D&O es abonada, generalmente, por la sociedad tomadora en las pólizas colectivas (globales e innominadas) en razón del interés que la sociedad tiene por disponer de un seguro de D&O; interés que es doble, de un lado para proteger a sus directivos de reclamaciones para que asuman los riesgos inherentes al cargo, evitando la aversión al riesgo, y de otro en interés propio para protegerse de los perjuicios causados a la sociedad por la negligencia de sus administradores. Desde esta óptica, la prima pagada por la sociedad para proteger a sus administradores y directores podría ser considerada una retribución en especie, pues con el seguro obtienen evitar el desplazamiento patrimonial propio en que pudieran incurrir como consecuencia de una reclamación por negligencia.

Hasta la Resolución de la DGTr²¹⁴, el seguro de D&O contratado por la sociedad para sus administradores, a efectos fiscales, tenía la consideración de

²¹² Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos de 10 de abril de 2017.

²¹³ Con anterioridad a la emisión de la consulta vinculante de la DGTr, una gran parte de la doctrina defendía que la prima pagada por la sociedad constituía retribución en especie (LEBRON, cit., pág. 234, ITURMENDI, “*El aseguramiento de la responsabilidad civil profesional*”, etc.).

²¹⁴ La DGTr había calificado como rentas en especie, a efectos del IRPF, las primas del seguro de responsabilidad civil de D&O. La interpretación que la DGTr venía haciendo del artículo 42 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, excluía de la consideración de rendimientos del trabajo en especie, las primas satisfechas por la empresa por seguros de responsabilidad civil de sus trabajadores, es decir, limitaba esta consideración únicamente a quienes están

retribución en especie para éstos, pero no estaba sujeto al pago del impuesto para aquellos asegurados que tenían la consideración de trabajadores, ya que conforme al artículo 42.2.e) de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no tributan las retribuciones en especie que consistan en primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de responsabilidad civil del trabajador. La referencia al término *trabajadores* excluiría a los administradores y consejeros, para los que era renta sujeta y no exenta. Al tratarse de una cobertura colectiva, atemporal e innominada, no era fácil establecer una imputación individual de prima a cada administrador por la cual tributar, ni era fácil determinar si debía imputarse más prima a unos que a otros, a los jubilados que a los que estuvieran en activo o a la propia sociedad respecto de aquellas coberturas en las que era asegurada.

Con la resolución de la DGTr se clarifica definitivamente el criterio tributario al establecer que la prima pagada por la sociedad en las pólizas de D&O no constituye retribución en especie para ninguno de los asegurados.

Al pagarse la prima por la sociedad –la correspondiente a la renovación de la póliza- los administradores podrían quedarse sin cobertura si la entidad decide no renovar el seguro o hacerlo en condiciones más restrictivas, aunque normalmente serán los administradores y directores los que hayan tomado esa decisión, por diversos motivos.

Ello explica que aquellos administradores que hayan cesado, se hayan jubilado o hayan fallecido durante la vigencia de la póliza, sigan disfrutando

vinculados por una relación laboral con la empresa pagadora de las primas. La DGTr consideraba, por ello, que las primas satisfechas por seguros de responsabilidad civil de los consejeros, incluyendo a los ejecutivos, no quedaban amparadas por la exclusión prevista en el artículo 42.2.b) de la LIRPF, por lo que éstas, debían tributar por IRPF. Este giro interpretativo de la DGTr es clarificador para administradores y consejeros, brokers y aseguradoras, que hasta ahora se encontraban con un problema de complicada resolución, ante la dificultad de imputar individualizadamente la prima, dado el número flotante de asegurados, y que dejaba en un “limbo” incómodo a las empresas españolas y a sus consejeros desde el punto de vista fiscal. En el supuesto concreto que se valora en la Consulta, la póliza tenía las siguientes características, comunes, a la mayor parte de las existentes en el mercado: (I) Prevé una indemnización global máxima y cubre un colectivo amplio e innominado que incluye a administradores, directivos, patronos e, incluso, personas vinculadas a las personas aseguradas que desempeñen funciones de gestión y de administración de la sociedad en la actualidad y que las hayan ejercido con anterioridad, (II) La prima se abonará de forma diferenciada sin atribución individualizada de la parte de prima que corresponde a cada persona asegurada, (III) La póliza cubre tanto a personas que desempeñan un cargo en la entidad, como en cualquier filial o participada no controlada. La eficacia se extiende automáticamente a cualquier nueva filial o participada que sobrevenga durante el tiempo de vigencia de la póliza.

de cobertura hasta cuatro años, aunque a su vencimiento se haya decidido no renovar el seguro. Distinto criterio debe seguirse para aquellos administradores que tomaron o participaron en la decisión de no renovar el seguro a su vencimiento.

En todo caso, el pago de la prima por la sociedad no puede interpretarse como renuncia de su derecho al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador negligente.

V. EL RIESGO ASEGURADO

1. El interés asegurado

Señala TAPIA HERMIDA²¹⁵ que el interés asegurado es la *relación económica entre el administrador o directivo asegurado y la integridad de su patrimonio que puede verse gravado por la deuda de resarcimiento de los terceros perjudicados, víctimas del delito cometido*. Para RONCERO²¹⁶, el interés es la relación económica existente entre un sujeto y su patrimonio, que constituye el elemento esencial del seguro de D&O, de forma que *si no existiera patrimonio, no existiría interés y desaparecería el riesgo*.

El interés asegurado es el que tienen el consejero, directivo y resto de asegurados en proteger su patrimonio de las consecuencias de una reclamación por daños.

2. El riesgo asegurado

En la póliza de D&O, el riesgo asegurado es la responsabilidad civil²¹⁷ en que incurren los administradores, consejeros y directivos en el ejercicio de sus funciones por incumplimientos involuntarios de los deberes inherentes al cargo. Estos deberes no se limitan a los contenidos en la LSC, sino que se extienden a

215 TAPIA HERMIDA, cit., pág. 36.

216 RONCERO, cit., pág. 207.

217 Si no se circunscribe el riesgo asegurado a la cobertura de la responsabilidad civil extracontractual, debe entenderse que queda amparada también por la póliza la responsabilidad contractual, como ha señalado la STS 30 de noviembre 2011.

toda la normativa mercantil, civil, administrativa o penal que incluya obligaciones de diligencia a los administradores y directores. La LSC es la legislación nuclear al respecto, pero el directivo tiene también obligaciones expresas o implícitas en el CP (evitar imputaciones penales a la sociedad), el RGPD, la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales, legislación de competencia, administración tributaria, etc., que deben ser observados y cumplidos y que establecen responsabilidades propias del cargo que deben ser cubiertas, en principio y salvo exclusión expresa, por la póliza de D&O.

El riesgo asegurado es el incumplimiento normativo por negligencia, pero no limitado a la legislación mercantil. La STS de 29 de enero 2019 (ROJ 162/2019), al referirse a la validez o no de la exclusión de la responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores sociales, recuerda que el contenido natural de la póliza *no se limita a la responsabilidad de la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también a otra de naturaleza administrativa, como la tributaria*, que debe entenderse cubierta por constituir el contenido natural del contrato de seguro y cuya exclusión, sorpresiva, debe ser entendida como una cláusula limitativa de derechos y, por tanto, aceptada expresamente y por escrito por el tomador.

PAZ ARES²¹⁸ señala que el riesgo asegurado es la negligencia del administrador, con exclusión del dolo y, por extensión, la deslealtad. Para TAPIA HERMIDA²¹⁹ es el nacimiento de una deuda de responsabilidad civil a cargo del administrador o directivo asegurado que ha cometido el ilícito. PEREZ CARRILLO²²⁰ lo define como la *garantía frente a las reclamaciones* basadas en actos de mala gestión interpuestas contra los asegurados durante el periodo de cobertura.

El riesgo es también definido como la cantidad que figura en la póliza como suma asegurada y por la que el asegurador responde frente al asegurado o perjudicado. Por encima de dicha suma no responde el asegurador. Normalmente el límite de indemnización o suma asegurada se establece por periodo de seguro (generalmente un año), lo cual significa que el límite de indemnización es la cantidad máxima que pagará el asegurador durante el periodo de vigencia del

²¹⁸ PAZ ARES, cit., pág. 42.

²¹⁹ TAPIA HERMIDA, cit., pág. 36.

²²⁰ PEREZ CARRILLO, cit., pág. 130.

seguro con independencia del número de siniestros que se pudieran producir. Al límite de indemnización pueden establecerse distintos sublímites para determinar garantías o gastos.

2.1. Prescripción de la responsabilidad de los administradores

El CCO dispone en su artículo 949 que los consejeros y administradores sociales responden durante el plazo de cuatro años posteriores a su cese. La jurisprudencia ha consolidado definitivamente el plazo de cuatro años como prescriptivo de su responsabilidad, por lo que el periodo de cobertura *post contractum* del seguro debería ser de cuatro años, pero no inferior, porque en este último supuesto el administrador asume las reclamaciones que se le presenten más allá del plazo contratado, o de todo el plazo en caso de no contratarse un *run-off*.

El plazo de prescripción de la responsabilidad civil de los administradores sociales ha pasado por varias etapas por parte de la jurisprudencia del TS. En un primer momento, entendiendo que estábamos en presencia de una responsabilidad civil de naturaleza extracontractual, el Alto Tribunal se inclinó a favor de considerar que el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores y consejeros era el común de la responsabilidad extracontractual recogido en el artículo 1.968.2 CC, es decir, un año (STS de 21 de mayo de 1992). Posteriormente, la STS de 22 de junio de 1995, a la que siguieron otras, cambió el criterio, considerando que la naturaleza de dicha responsabilidad tenía base contractual y por ello el plazo debía ser el de cuatro años, previsto en el artículo 949 CCO. Este plazo ha sido pacíficamente admitido por la doctrina desde entonces.

Recogiendo la jurisprudencia actual, el inconcluso Proyecto de Código Mercantil señalaba en su artículo 215.20 que *la acción de responsabilidad civil contra los administradores sociales prescribirá a los cuatro años desde el día en que hubiera podido ejercitarse*. Respecto al plazo, no difiere en nada de la situación actual ni de la previsión del CCO. Sí era novedad, sin embargo, el plazo para el inicio del cómputo. El *dies a quo* cambiaba para los administradores sociales, que pasaba “a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración” (art. 949 CCO) a serlo “desde el día en que hubiera podido ejercitarse” (PCM). En la práctica, este cambio en el *dies a quo* suponía una modificación del plazo de prescripción, ya que el de cese puede ser posterior al de conocimiento del hecho, lo que a efectos prácticos supone

para el administrador una mayor seguridad jurídica al descartar el riesgo de ser reclamado por toda su gestión al cesar en el cargo²²¹. Se trataba de una medida suavizadora del estricto régimen de responsabilidad al que se encuentran sometidos los administradores sociales.

El PCM cambiaba la doctrina de la fecha de cese como plazo para el cómputo, a la doctrina de la *actio nata*, según la cual el derecho nace a partir del momento en el que el perjudicado tiene la posibilidad de accionar contra los administradores. Este plazo, si hubiera salido adelante, habría sido la primera medida que suavizara el riesgo latente de ser reclamado al final del cargo.

3. Delimitación geográfica

Se entiende por delimitación geográfica, ámbito territorial o espacial, el espacio físico en el que se produce el riesgo cubierto, que en el caso del seguro de D&O es la reclamación al asegurado. Esto significa que el asegurador hace frente a las reclamaciones que se le presenten a los asegurados dentro del ámbito geográfico cubierto en la póliza. Normalmente este ámbito coincidirá con el país en el que reside y opera la persona jurídica y sus administradores, pero no siempre es así, por lo que es habitual que las pólizas de D&O cubran las reclamaciones en todo el mundo (ámbito territorial mundial).

Hay que tener en cuenta que las sociedades pueden tener entidades filiales o participadas con domicilio en terceros países y jurisdicciones y pueden tener administradores y directores desplazados a dichas empresas en otros países. En ocasiones, el riesgo de reclamaciones es mayor en otros países que el país de origen de la sociedad.

La preocupación del asegurador local de D&O en España reside en las reclamaciones que se le puedan formular a los asegurados o al tomador en el extranjero, especialmente en EEUU y países de jurisdicción similar. El riesgo y las cuantías reclamadas son significativamente diferentes; piénsese en el coste de la defensa jurídica en EEUU en un procedimiento penal frente a una entidad financiera. Por ello los aseguradores limitan la suscripción del riesgo en determinados países o actividades –dentro de los márgenes que la competencia permite– y establecen una sobreprima para su cobertura, en su caso.

²²¹ VALMAÑA CAMANES, A.: “Código Mercantil y doctrina de la *actio nata* en las acciones de responsabilidad de administradores”, Thomson Reuters.

El tratamiento que los aseguradores dan a la extensión territorial de cobertura en EEUU abarca, objetivamente, desde la exclusión absoluta hasta la cobertura con límites, franquicias y exclusiones específicas cuyo alcance viene determinado, subjetivamente, por la relevancia del cliente y por la situación del mercado competidor.

4. Delimitación temporal

Junto al periodo de duración de la póliza, existen dos referencias temporales complementarias a la duración de la cobertura, según se refiera a una fecha anterior a la fecha de contratación del seguro (retroactividad) o posterior tras la rescisión de éste (descubrimiento). El periodo de duración es el marco temporal durante el cual el seguro despliega sus efectos y el asegurador otorga cobertura. Viene delimitado por una fecha de efecto inicial y por una fecha de vencimiento o fin de la cobertura. La delimitación temporal en el seguro de D&O determina el momento en el que opera la póliza y éste se establece cuando el asegurado recibe la reclamación del tercero, estando vigente la cobertura. El seguro de D&O cubre las reclamaciones que se le presenten al asegurado durante el periodo de cobertura de la póliza, por hechos o actuaciones realizadas durante ese mismo periodo, o con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza.

4.1. Cobertura retroactiva

La cobertura retroactiva tiene por finalidad permitir presentar durante el periodo de vigencia de la póliza, reclamaciones por hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la póliza, lo cual supone retrotraer la cobertura a una fecha anterior a la de contratación de la póliza (retroactividad). A efectos prácticos, permite cambiar de entidad aseguradora, sobre la misma base de *claims made*, al asumir la nueva aseguradora las reclamaciones que se le presenten por hechos anteriores, si bien son coincidentes en el mercado los condicionados de las pólizas al exigir que el asegurado no tuviera conocimiento o constancia de reclamación alguna anterior a la contratación de la nueva póliza.

En las pólizas de Consejeros y Directivos la retroactividad que se otorga de manera general es de duración ilimitada, siempre con el tope de la fecha de inicio de la actividad social.

4.2. Presupuestos para la cobertura retroactiva. Exclusión de hechos pasados conocidos

La cobertura retroactiva del asegurador, con independencia de su duración, tiene como presupuesto básico la no existencia de incidentes o reclamaciones anteriores conocidas por el asegurado, ya que de ser así éstas quedarían excluidas de la póliza. Aparecen como elementos integrantes de la retroactividad los siguientes:

- a. Reclamaciones del perjudicado
- b. Hechos activos u omisivos
- c. Pasados, anteriores a la fecha de efecto del seguro
- d. Desconocidos o no acreditables por el asegurador

Hay que precisar el concepto de *reclamación* y cuándo se conoce que se ha efectuado una reclamación, porque en algunos supuestos, el asegurado y el asegurador pueden tener percepciones diferentes de lo que es una reclamación o sobre cuándo se ha presentado. En estos casos y ante el riesgo de que los siniestros del pasado queden sin cobertura, bien por no haberse declarado por no haberlos conocido, bien por imputarlos a un hecho conocido pero no relacionado, se dificulta el cambio de compañía aseguradora.

Hay que definir bien los conceptos de “hecho anterior” y “hecho conocido” o bien exonerar de notificar prácticas cotidianas como los despidos, aunque ellos den lugar a posteriores demandas penales por calumnias e injurias o *mobbing*.

4.3. Periodo informativo o de descubrimiento

Este periodo tiene por finalidad permitir al asegurado presentar reclamaciones recibidas tras la extinción del seguro, por hechos ocurridos durante el periodo de cobertura de la póliza²²². Aunque este periodo puede contratarse con independencia de que se renueve o no la póliza, lo normal es que se contrate solo cuando no se va a renovar la póliza con otra aseguradora, ya que en este caso y mediante la retroactividad ilimitada, se obtendría el mismo resultado práctico, con la sola excepción de aquellos casos en los que el asegurado conociera la

²²² No es lo mismo recibir una reclamación del tercero perjudicado tras el vencimiento de la póliza, que notificar al asegurador la reclamación tras el vencimiento.

existencia de un incidente que pudiera devenir en reclamación y no hubiera sido notificada a la aseguradora que cancelaba la cobertura.

El periodo de descubrimiento no tiene una duración determinada común en todas las pólizas, variando entre seis meses y cuatro años, si bien suele ser uniforme el criterio de cobrar una sobreprima por este periodo, que varía en su porcentaje de una aseguradora a otra, entre un 25% y un 100%, dependiendo de varios factores.

R) Retroactividad	(C) Cobertura	(D) Descubrimiento
-------------------	---------------	--------------------

En el año de contratación del seguro (C), por ejemplo 2019 y sobre una suscripción en base *claims made* (reclamaciones presentadas al asegurador durante el periodo de vigencia del seguro por hechos ocurridos con anterioridad), el periodo de cobertura corresponde precisamente a la etapa (C) siendo (R) el periodo de retroactividad ilimitada y (D) el periodo informativo o de descubrimiento. El periodo (D) no es necesario contratarlo si el asegurado renueva la póliza con el mismo asegurador, año tras año, ya que en todo momento le cubre las reclamaciones por hechos retroactivos (R), es decir, cada vez que se renueva el seguro por otro periodo anual, se está en la fase (C2), pasando la última fase (C) a ser el periodo de retroactividad (R).

(R2)	(C2)	(D2)
------	------	------

Cuando el asegurado cambia de entidad aseguradora, por el motivo que sea, sin comprar el periodo informativo, el anterior periodo (C) finaliza en la fecha de vencimiento del seguro, pasando a ser para el nuevo asegurador un periodo de retroactividad (R2), de manera que ahora el nuevo periodo de cobertura sobre base *claims made* pasa a ser el periodo (C2).

De esta manera, una reclamación presentada en 2020 por hechos que correspondan a dicho año 2020 o anteriores será asumido por el segundo asegurador al estar suscrito el seguro sobre base *claims made* con retroactividad ilimitada y no ser aplicable la exclusión de hechos o procedimientos anteriores conocidos por el asegurado.

Si al finalizar con el primer asegurador el periodo de cobertura (C), el asegurado hubiera comprado el periodo de descubrimiento (D), en el ejemplo anterior ambas pólizas cubrirían la reclamación: la del asegurador A porque extendió el plazo de presentación de reclamaciones un año después de la extinción del contrato; en el caso del segundo asegurador, porque asumen las reclamaciones por hechos retroactivos (R).

Pero como puede verse, sobre el papel y desde un plano meramente teórico, no sería necesaria la contratación del periodo de descubrimiento (D) cuando a un periodo de *claims made* sigue otro con igual delimitación y el asegurado ha notificado al primer asegurador todos los incidentes, reclamaciones o siniestros formales que conozca o pueda razonablemente conocer. Sin embargo, existe un supuesto, aunque parezca de laboratorio, en el que sería necesaria la contratación del periodo (D) con el primer asegurador; se trata de una reclamación formulada en el periodo (C2) por hechos ocurridos durante el periodo (R) o (R1) que a juicio del asegurado no eran conocidos al contratar la nueva póliza (C2) pero que a juicio del segundo asegurador sí lo eran. Tal sería el caso de un despido laboral realizado por el asegurado bajo la cobertura del primer asegurador y no notificado en su momento ni a uno ni a otro asegurador, ya que como tal despido no deja de constituir una práctica laboral que se enmarca dentro de la actividad ordinaria de una empresa. Al producirse la renovación del seguro con el nuevo asegurador, el asegurado no notifica ni a uno ni a otro asegurador el despido por considerar que no afecta en modo alguno a la eventual responsabilidad civil de los consejeros o administradores. No obstante, el empleado despedido presenta en vía civil o penal una querrela por calumnias, discriminación, acoso u otras prácticas laborales indebidas, sobre la base de la carta de despido.

4.4. Diferencias entre periodo de descubrimiento y *run-off*

Tanto el periodo informativo o de descubrimiento como el de *run-off* son periodos de cobertura *post contractum* –no son operativos si no se ha tenido una previa cobertura de D&O²²³ con el mismo o diferente asegurador- entendidos

²²³ Hasta el año 2006 no era frecuente en el mercado asegurador suscribir un periodo de *run-off* con un asegurador distinto al que había estado suscribiendo el riesgo ordinario de responsabilidad civil. Se consideraba para no hacerlo no solo el desconocimiento del riesgo previo no asumido, sino también la cuantía de la prima y, en general, el no ser una práctica habitual en el mercado. Lo normal era que el asegurador que había asumido el riesgo ordinario de responsabilidad civil participara también en el periodo de *run-off* subsiguiente, por conocer el riesgo y, teóricamente, poder dar mejores condiciones técnicas y económicas

como extensiones o ampliaciones temporales y condicionadas de la cobertura con posterioridad al vencimiento de la póliza o a la manifestación de una causa prevista en el contrato (cambio de control) que anticipa el vencimiento o la finalización de la cobertura plena.

Son ampliaciones temporales porque la responsabilidad civil del directivo tiene un plazo de prescripción de cuatro años, conforme al artículo 949 CCO, desde la fecha del último acuerdo o toma de decisión y se suscriben por los directivos asegurados mientras dura dicha responsabilidad, no siendo necesaria la contratación ilimitada de este periodo por prescribir el plazo de responsabilidad. Son ampliaciones condicionadas porque a diferencia del periodo ordinario de cobertura en el que se cubren las reclamaciones presentadas en el mismo por hechos realizados durante dicho periodo o con anterioridad al mismo, haya existido o no seguro previo, en el periodo de descubrimiento y en el de *run-off*, sólo se cubren reclamaciones por hechos realizados antes de la contratación de este periodo, pero no por los realizados durante el mismo, de ahí la condición.

Si la nota común entre ambos periodos es la contratación posterior a un determinado momento, con la intención de cubrir las reclamaciones posteriores al mismo por hechos realizados antes de dicho momento, las diferencias sin embargo son mayores atendiendo a la causa, conveniencia, forma de contratación y efectos.

El nombre, ciertamente distinto, no diferencia el concepto de cobertura sino la causa de la contratación del periodo: el de descubrimiento se contrata con ocasión del vencimiento natural de la póliza y no renovación de la misma o no renovación con el asegurador actual, mientras que el de *run-off* se contrata con ocasión de la finalización del riesgo asegurado en las actuales condiciones, que es la gestión social de una empresa por un equipo directivo bajo los criterios de dirección de la propiedad. En el primer caso se trata de una simple decisión

de cobertura. Sin embargo, ya en los años siguientes se suscribían pólizas de *run-off* por cuatro años con aseguradores diferentes a los que habían estado participando en la suscripción del riesgo ordinario de responsabilidad civil, en condiciones *follow form* de cobertura y con primas competitivas. La característica común tanto en el caso de la suscripción del *run-off* por el asegurador previo como por otro ajeno al previo seguro, era que en ambos casos era necesaria la existencia anterior de un seguro de D&O. En el año 2008 aparecen ya pólizas de D&O de *run-off* autónomo para cubrir las reclamaciones por hechos anteriores desconocidos, aunque los asegurados no hubieran tenido cobertura de D&O.

gerencial (cambio de proveedor del seguro) mientras que en el segundo se trata de una modificación jurídica del riesgo (cambio de control).

Con relación a la conveniencia, cuando no se renueva el seguro con el actual asegurador, pudiera no ser necesaria la contratación de un periodo de descubrimiento si el asegurado contrata un nuevo seguro con un periodo de retroactividad ilimitado y no conoce incidente o circunstancia alguna que pueda dar lugar a una reclamación bajo el periodo de cobertura del nuevo asegurador y éste no pudiera demostrar el previo conocimiento del mismo por el asegurado y su omisión en el cuestionario. Como garantía adicional, el asegurado que va a cambiar de asegurador y no va a contratar el periodo de descubrimiento, debe notificar al asegurador en curso todos los incidentes, hechos o circunstancias que a su juicio pudieran dar lugar a una reclamación, a fin de haber cumplido con la obligación de notificar reclamaciones y circunstancias durante la vigencia de la póliza para poder tramitarlas bajo su cobertura con posterioridad. Si no se renueva el seguro por disolución de la sociedad, por ejemplo, se hace aconsejable su contratación atendiendo a la latencia del periodo de responsabilidad civil de cuatro años al que se refiere el CCO. Este último criterio es igualmente predicable en los casos de cambio de control para el periodo de *run-off*. Esto supone que la continuidad de la empresa y de la cobertura de seguro permite una menor necesidad de contratar el periodo *post contractum* que en los casos de cese de actividad por venta o libre voluntad.

Otra diferencia entre ambos periodos se establece con relación a la manera de contratación. Mientras que el periodo de descubrimiento se contrata con el asegurador que ha estado cubriendo el riesgo ordinario de responsabilidad civil, el de *run-off* puede hacerse con éste o con un tercero ajeno al aseguramiento del riesgo ordinario. Además, el descubrimiento, por contratarse con el mismo asegurador, es *follow form* en límites y coberturas del periodo previo, mientras que el de *run-off* con una tercera aseguradora podría diferir tanto en límites, como en coberturas. El de descubrimiento exige la previa existencia de un seguro de D&O y con el mismo asegurador, mientras que el de *run-off* puede contratarse aunque no haya existido seguro previamente.

Por último y respecto a los efectos que se producen de manera inmediata, sólo en caso de cambio de control durante el periodo ordinario de cobertura puede señalarse un especial efecto: la cobertura queda suspendida y la póliza se extingue definitivamente a su vencimiento natural, entrando en un periodo de

run-off obligatorio para el asegurador desde el momento de la suspensión hasta el periodo de vencimiento, con los efectos propios del *run-off*. Esta suspensión se producirá en el momento del cambio efectivo de control, pudiendo coincidir o no con el periodo de duración de la póliza ordinaria, por lo que el plazo de *run-off obligatorio* será de un mes o de once meses en función del momento en el que se haya producido el cambio de control con respecto a la fecha de renovación o vencimiento de la póliza, contratándose entonces un *run-off voluntario* de tres años y un mes o tres años y once meses.

Aunque se pudiera hablar de diferencias en el coste de la prima en función de uno u otro periodo por razón de la causa (vencimiento o cambio de control), lo cierto es que a igual duración de ambos periodos y de condiciones de cobertura, aunque el riesgo subjetivo de reclamación sea mayor en caso de cambio de control que en el de vencimiento natural de la cobertura, la prima puede no variar en ambos supuestos e incluso ser menor en el caso de contratación del *run-off* por un tercero que en el del asegurador actual, por razones de comerciales de competencia y oportunidad. Pese a las diferencias apuntadas, no es infrecuente encontrar en el mercado la equiparación como sinónimos de ambos periodos / pólizas.

VI. COBERTURAS Y EXTENSIONES

1. Concepto de cobertura y extensión

Se entiende por cobertura el conjunto de garantías que el asegurador otorga en la póliza al asegurado para protegerle del riesgo. Los términos cobertura y garantía son, básicamente, sinónimos y se refieren al alcance de la póliza. Las coberturas son el objeto del seguro y pueden variar de unas aseguradoras a otras dentro de la misma clase de seguro. En el seguro de D&O hay coberturas principales o básicas, como la indemnización, las fianzas o la defensa jurídica, y otras complementarias, que en algunas pólizas se denominan extensiones, que son garantías adicionales a las básicas o principales. Incluir una cobertura bajo este término u otro similar es irrelevante como simple catalogación. Una extensión es una ampliación de la cobertura del seguro.

Hay que tener en cuenta que una determinada garantía –por ejemplo la de *responsabilidad tributaria subsidiaria*- puede ser tanto una cobertura como una

exclusión, según se configure en cada póliza o para cada riesgo dentro de la misma aseguradora.

2. Coberturas básicas

Son coberturas básicas aquellas que existen en las pólizas de D&O desde el origen de las mismas y figuran en todas las pólizas del mercado asegurador español. Son la indemnización por responsabilidad civil, las fianzas y los gastos de defensa jurídica. Sobre ellas se construye el condicionado de la póliza y la cobertura del seguro.

2.1. Indemnización por responsabilidad civil

Es el resarcimiento económico general que el causante del daño o su asegurador realizan al perjudicado. Generalmente es una cantidad económica destinada a reparar o compensar el daño causado.

La cuantía de la indemnización debe establecerse en función de los daños y perjuicios causados por el asegurado y no por el límite del seguro de D&O contratado, aunque es frecuente ver cómo los reclamantes y los tribunales adaptan dicha indemnización al límite de la póliza de seguro. Hay que recordar que la responsabilidad de los directivos y consejeros se enmarca dentro del principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el artículo 1911 CC, conforme al cual el deudor responde del cumplimiento de la obligación con todo su patrimonio, presente y futuro, con las limitaciones respecto a la embargabilidad que establece al efecto la LEC.

No es fácil determinar cuál es la suma asegurada que, como límite del seguro, debe contratarse, por las dificultades para determinar el alcance de los daños que pueden causarse. Tal vez por ello, proponía PAZ ARES²²⁴ el establecimiento de una limitación cuantitativa de las responsabilidades de los administradores por negligencia en atención a un múltiplo del importe global de su remuneración –una cuantía equivalente a entre 5 y 10 anualidades de salario- y ciertos requisitos.

²²⁴ PAZ ARES, cit., pág. 39.

2.2. Fianzas civiles y penales

La cobertura de fianzas, en general y en abstracto, es común en todas las pólizas de D&O del mercado, pero plantea importantes cuestiones jurídicas en torno a su cobertura.

La fianza es la cantidad que en el procedimiento penal tiene por objeto eludir la prisión provisional, garantizando la comparecencia del imputado en el juzgado tantas veces como sea requerido. Con la constitución de la fianza, se obtiene la libertad provisional, evitando el ingreso en un centro penitenciario y garantizando el cumplimiento de la futura responsabilidad, en su caso.

En el procedimiento civil no existen las fianzas, sino las medidas cautelares, entendidas como las prevenciones que adopta un juez en orden a garantizar el cumplimiento futuro del asegurado derivado de las obligaciones de responsabilidad. No obstante, en el sector asegurador a las medidas cautelares del procedimiento civil se las llama *fianzas civiles* para simplificar y dar un nombre comercial a una cobertura, similar al de las fianzas penales, más entendibles por la sociedad y los asegurados en general que el término medidas cautelares.

Con relación, en general, a las fianzas civiles y penales, el mercado asegurador español tiene tres posiciones:

- a) La mayoritaria, según la cual las fianzas civiles se constituyen por el asegurador con cargo a la póliza y hasta el límite de ésta, mientras que para las penales el asegurador asume el coste de su constitución por un tercero, a petición del asegurado.
- b) La excepción, tanto en positivo como en negativo, según la cual el asegurador constituye el importe de ambas fianzas –la penal y la civil- o por el contrario no constituye ninguna, limitándose a abonar el coste de constitución de ambas.
- c) La negociable, según la cual y siempre que las políticas de suscripción de las aseguradoras no lo impidan, el tomador puede elegir y negociar cómo configurar la cobertura de fianzas, de forma que el asegurador puede otorgarle cobertura para la constitución o solo para los gastos derivados de dicha constitución, obviamente con una prima diferente en uno u otro supuesto.

La constitución de la fianza o de la medida cautelar supone que el asegurador debe constituir, con cargo a la suma asegurada en la póliza, el importe de la fianza o medida cautelar. Esto significa que el asegurado al que se le solicita una fianza se desentiende de gestionar con un tercero el afianzamiento, evitando problemas de solvencia o garantía personal. Pero no siempre el asegurador puede constituir una fianza en menos de 24 horas, especialmente cuando son de un importe elevado, con lo que, sin incumplir legalmente al cobertura otorgada, puede producirse como efecto negativo la inviabilidad práctica de la cobertura: el asegurador no puede depositar la fianza en el plazo otorgado y el asegurado se ve perjudicado por el embargo de bienes personales o el ingreso en prisión provisional. En caso de haberse ofrecido la constitución de la fianza, en general, y no poder constituirla dentro del plazo otorgado por el juzgado, produciéndose consecuencias negativas para el asegurado, como el ingreso en prisión o el embargo provisional de bienes, podría plantearse la responsabilidad civil profesional del asegurador o del bróker asesor.

La cobertura de gastos de constitución también tiene como límite la suma asegurada de la póliza, pero en este supuesto no es el asegurador quien constituye directamente la fianza con cargo a la suma asegurada en póliza, sino un tercero, limitándose el asegurador a sufragar el coste de la constitución, mantenimiento y gastos complementarios (como la tasación de un inmueble) derivados de la concesión del aval.

Aunque la cobertura de fianzas está contemplada en el seguro de D&O y los artículos 591 y 764.2 LECr la definen y admiten como asegurable, no está exenta actualmente de debate en el mercado asegurador sobre la procedencia de cubrirlas, a la vista de las cuantías²²⁵ que están estableciendo jueces y tribunales en algunos procedimientos y de la puesta en cuestión sobre la validez o admisión²²⁶ de la fianza como garantía cubierta en el seguro de D&O, en caso de dolo del asegurado.

225 Un ejemplo al respecto lo constituyen los 149 millones de euros de fianza que impuso un juez en el llamado “Caso Plaza”, en el que se investigaba a 25 personas por la comisión de varios delitos (El Mundo, 4 de marzo 2016).

226 En el conocido como “Caso Abengoa”, el Auto del Juzgado Central de Instrucción de 11 de enero 2016 rechazó las fianzas prestadas por la aseguradora al amparo de la prohibición del aseguramiento del dolo del artículo 19 LCS, obligando a las personas afectadas a la constitución personal de las mismas.

Algunas pólizas del mercado²²⁷ otorgan cobertura de constitución de las fianzas penales, pero con un sublímite del 50% del límite asegurado, igual que cuando éstas son impuestas por el Tribunal de Cuentas.

2.3. Defensa jurídica

Los gastos de defensa jurídica son aquéllos en los que se incurre como consecuencia de la defensa jurídica del asegurado en procedimientos civiles, penales y arbitrales derivados de una reclamación por un acto de gestión negligente. El asegurado suele ser una persona física, salvo que expresamente se cubran los gastos de defensa jurídica a la persona jurídica, y pueden ser tantos como demandados haya. Los gastos de defensa jurídica pueden tener un sublímite o no y ser adicionales a la suma asegurada o incluirse dentro de ésta. Cuando se da cobertura a la persona jurídica en procedimientos penales el límite es conjunto para la persona física y la persona jurídica, en su caso.

Es el capítulo de gastos más importante dentro del seguro de D&O y en ocasiones, según las distintas pólizas del mercado, incluye otros epígrafes de gastos relacionados o derivados de la propia defensa jurídica. Hay pólizas que desglosan un catálogo de gastos incluidos en la defensa jurídica, mientras que otras prefieren diferenciarlos como gastos complementarios o adicionales a la defensa jurídica estricta.

En los procedimientos penales, los gastos de defensa jurídica pueden adelantarse y en caso de declararse el dolo del asegurado en su actuación, deberán reintegrarse o no al asegurador, según el texto de la póliza negociada.

Hasta las renovaciones del año 2004, la cobertura del seguro de consejeros y directivos abarcaba, sin más limitaciones que las prevenidas en la Ley y en el contrato, tanto el pago de la indemnización como de los gastos de la defensa jurídica, de manera que éstos últimos constituían un aliciente para la contratación de la póliza por sí mismos, al evitar al consejero o administrador desembolsar de su patrimonio personal una fuerte suma para hacer frente al pago de los gastos de su defensa ante reclamaciones judiciales.

De esta manera, el asegurador abona los gastos de la defensa tanto cuando las reclamaciones son fundadas como cuando no lo son y los tribunales

²²⁷ AIG, Seguro de Gestión Empresarial 2016, Sublímites de indemnización.

desestiman la demanda en la fase de admisión o en el sobreseimiento de la demanda o la absolución.

La experiencia de estos gastos no solo revela que el mayor porcentaje de siniestralidad de este seguro proviene, precisamente, de los gastos de defensa jurídica, sino que en muchas ocasiones se pagaban gastos por reclamaciones que no respondían a demandas infundadas sino a hechos dolosos o a actuaciones de los consejeros que no tenían cobertura en la póliza.

La defensa jurídica por reclamaciones basadas en hechos dolosos de los asegurados debe prestarse exactamente igual que si la reclamación se basara en la culpa o negligencia del administrador, porque la finalidad de estos gastos es defenderle de dicha reclamación y determinar judicialmente la responsabilidad del asegurado. Hasta que el órgano judicial no determine la concurrencia de dolo en la conducta del administrador, el asegurador debe hacer frente al pago de los gastos de defensa jurídica y, en caso de que se declare que la conducta fue dolosa, el asegurador podrá repetir lo pagado a éste.

De esta manera, los aseguradores han comenzado a reservarse el derecho de exigir el reintegro de los gastos abonados en concepto de defensa jurídica cuando el tribunal condena al consejero por dolo o mala fe o por conductas probadas que no tienen amparo bajo la cobertura de la póliza.

Cuestión distinta es que los aseguradores que reflejan en el condicionado de sus pólizas -que no son todos a día de hoy- el derecho a exigir el reembolso de los gastos, lo realicen efectivamente para recuperarlos. En ocasiones se suele utilizar la aplicación de este derecho como instrumento de negociación para la renovación o para la liquidación de posteriores siniestros.

3. Coberturas para la sociedad

Como ya hemos indicado, existen algunas coberturas específicas en las que la sociedad tomadora es también asegurada a efectos de la póliza. En el conjunto del mercado son las siguientes.

3.1. Operaciones de valores

Estas garantías cubren reclamaciones por operaciones de valores en las que se produzca una violación de cualquier legislación, norma o disposición que

regule los valores mobiliarios, la adquisición o la venta o la oferta o solicitud de oferta de adquisición o venta de valores mobiliarios o la inscripción o registro relacionado con dichos valores.

3.2. Reembolso a la sociedad

Es el reintegro a la sociedad, en caso de que ésta hubiera indemnizado al administrador, de la pérdida sufrida como consecuencia de una reclamación cubierta por la póliza. El pago por la sociedad tiene que estar permitido por la legislación.

3.3. Persona jurídica codemandada en prácticas de empleo

Aunque la póliza básica de D&O solo otorga cobertura para las personas físicas, especialmente en la garantía de prácticas de empleo, es posible cubrir también a la persona jurídica en la póliza de D&O, cuando se demanda la sociedad, conjunta e inseparablemente, con un directivo, pero solo para los gastos de defensa jurídica en reclamaciones de este tipo.

En algunos casos concretos, como las reclamaciones por prácticas de empleo, se suele presentar la reclamación tanto contra el directivo o directivos directamente responsables de la práctica indebida como contra la propia sociedad, por omisión de las medidas de prevención y control. La falta de cobertura para la persona jurídica no solo puede plantear un conflicto de interés, sino un problema de defensa jurídica respecto al importe del coste de la misma, cuando se asume conjuntamente la defensa de unos y otra. Por eso, a la persona jurídica, cuando es codemandada, se la considera también asegurada a efectos de los gastos de defensa jurídica.

La persona jurídica puede ser asegurada en prácticas de empleo en su propia póliza de D&O, sin necesidad de ser codemandada.

3.4. Prácticas de empleo para la sociedad

Existe un seguro de D&O específico para la sociedad en el que se cubren las reclamaciones contra la persona jurídica por prácticas de empleo. Aunque también cubre a las personas físicas, la sociedad tiene la condición expresa de asegurado, tanto en el país de origen como en otros países y jurisdicciones en las que opera.

3.5. Defensa jurídica penal para la sociedad

La sociedad puede ser demandada por una presunta responsabilidad penal derivada del artículo 31 bis del CP (con independencia de la actividad procesal contra el administrador persona física) como consecuencia de la comisión de uno de los delitos expresamente tipificados para las personas jurídicas. La imputación de responsabilidad penal a la sociedad genera en la misma la obligación de abordar los pagos de unos gastos de defensa jurídica en un procedimiento penal que tradicionalmente no han sido asumidos por las pólizas de D&O como consecuencia de la naturaleza de sus asegurados personas físicas, pero que tras la reforma del Código Penal en 2010 dio lugar a que una parte del mercado asegurador diera cobertura expresa para la persona jurídica, respecto a los gastos de defensa necesarios para defenderse de la presunta responsabilidad penal que les ha sido exigida.

No es una cobertura habitual, pero es cierto que la sociedad ya está siendo demandada por este concepto, todavía novedoso.

3.6. Salidas a Bolsa (IPO, MAB, MARF)²²⁸

La salida a Bolsa o al mercado bursátil es la operación de búsqueda de financiación en el mercado bursátil por parte de una compañía.

El riesgo de responsabilidad para los D&O's derivados de la salida a Bolsa o emisión de valores puede cubrirse dentro de la póliza general de D&O de la empresa o específicamente a través de una póliza de Salidas a Bolsa o IPO por errores, omisiones, inexactitudes o incumplimientos contenidos tanto en el folleto como en el documento informativo registrado en la CNMV o el MAB, respectivamente, incluyendo materiales y presentaciones.

El seguro específico cubre tanto a los firmantes del folleto como a la propia sociedad.

3.7. Otros gastos

Dentro de las garantías a la sociedad se incluyen en ocasiones coberturas para ciertos gastos, como los derivados de la acreditación de la suplantación de

²²⁸ IPO, abreviatura de *Initial Public Offering* u Oferta Pública de Venta (OPV); MAB, abreviatura de Mercado Alternativo Bursátil; MARF, abreviatura de Mercado Alternativo de Renta Fija

identidad que pudiera afectarles en la ejecución de un contrato fraudulentamente celebrado con una tercera parte, o los de representación en materia de seguridad y salud, actividad indebida en internet por parte de empleados, daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, etc.

4. Coberturas para las personas físicas

La práctica totalidad de las coberturas de una póliza de D&O tienen por asegurado a la persona física, con independencia de su antigüedad en la compañía o de su procedencia, siempre que acredite la condición de administrador, consejero, director, alto cargo o empleado, en la cobertura de prácticas de empleo.

4.1. Personas y cargos asegurados

Están asegurados, en primer lugar, las personas que ostentan los cargos que dieron lugar al nacimiento del seguro de D&O: los *directors* y los *officers*, esto es, los administradores y los directores, extendiéndose por analogía a los directivos y altos cargos.

Estos representan al órgano de administración y gestión de la sociedad y son los que realizan actos de gestión social que pueden devenir en negligentes.

Junto a ellos, se ha ampliado el espectro de asegurados personas físicas a otros cargos de gestión cotidiana, no de la sociedad pero sí de áreas o funciones de la misma, como operaciones, recursos humanos, finanzas, comunicación, lobby, etc.

Son cargos que, en el momento de la reclamación, forman parte activa de la compañía, bien en la esfera laboral, bien en la mercantil.

4.2. Antiguos administradores y directivos

La cobertura para los administradores jubilados, cesados o fallecidos encuentra su razón de ser en el plazo de prescripción de responsabilidad de cuatro años que establece el artículo 949 CCO.

Son las personas físicas que durante la vigencia del seguro de D&O cesan en su condición de administrador o consejero de la sociedad por jubilación, dimisión

voluntaria o no renovación de su cargo por el transcurso del plazo establecido para su mandato, así como por fallecimiento.

No se considera en este grupo, a efectos del seguro, al administrador cuyo cese, dimisión, separación o destitución del cargo tiene su origen en una sanción o resolución de una autoridad u órgano, como consecuencia de un acto ilícito o una inhabilitación.

Tienen la consideración de asegurados en la póliza de D&O, con un plazo de cobertura de duración variable tras su cese.

4.3. Responsabilidad del fundador

El fundador es la persona física que en nombre de la sociedad constituye (funda) una sociedad o una filial de la empresa de la que es administrador, directivo o empleado.

La cobertura del seguro para el fundador tiene por objeto cubrir las reclamaciones derivadas de los errores cometidos durante el proceso fundacional, que han generado un daño patrimonial y se extiende a los perjuicios, las multas administrativas y los gastos de defensa. Al no estar constituida formalmente la sociedad, no hay tomador ni asegurado que contrate la póliza.

4.4. Prácticas de empleo

Esta cobertura, en la que están asegurados todos los empleados de la sociedad, con independencia de su cargo, facultades, nivel o posición, ampara la realización de conductas indebidas en la esfera laboral:

- a. despido improcedente o nulo o rescisión ilícita del contrato de trabajo que no se derive de un acuerdo entre las partes.
- b. negativa injustificada de empleo, promoción o desarrollo profesional.
- c. publicidad o declaraciones falsas relativas al empleo, difamación.
- d. discriminación.
- e. medida disciplinaria injusta, acoso sexual, *mobbing* u otro tipo de acoso en el lugar de trabajo.
- f. represalias.

g. causación ilícita de angustia emocional, cometida por cualquier administrador o directivo o empleado de la sociedad contra un empleado durante una relación laboral pasada, presente o futura entre dicho empleado y la sociedad.

4.5. Filiales y participadas

La póliza se extiende a cubrir a las personas físicas que ostentan cargos de administración y dirección o forman parte de dichos órganos, en las sociedades filiales y participadas del tomador, cuando han sido designadas por la sociedad tomadora del seguro (matriz).

- a. Son filiales las entidades que existen y sobre las que la sociedad matriz tiene control, en el momento de contratarse el seguro, pero las pólizas amplían el concepto de *filial* a toda nueva entidad constituida o adquirida después de la fecha de efecto del seguro o de sus sucesivas anualidades, en la que el tomador de la póliza, bien directa o indirectamente a través de una o varias de sus filiales, ostente el derecho legal de elegir o nombrar a la mayoría de su Consejo de Administración o similar órgano de administración, siempre que dicha nueva entidad no hubiera realizado una oferta pública de sus acciones o cotizara en una bolsa o mercado de valores y que no sea una institución financiera o no tenga su domicilio en EEUU.
- b. Son participadas aquellas entidades en las que la sociedad matriz no ostenta el control, y en ellas se cubren expresamente a las personas físicas representantes permanentes de la sociedad y/o a las personas físicas que hayan recibido mandato escrito de la sociedad en entidades participadas, a la fecha de efecto del seguro, con anterioridad o durante el período de seguro, a fin de cubrir aquellas reclamaciones en su contra por errores de gestión.

En el caso de que se produzca la adquisición de filiales que ya tenían cobertura de D&O con anterioridad a su adquisición, las pólizas de D&O contemplan entre sus coberturas la posibilidad de incluir de manera automática, o previa notificación al asegurador, las filiales y participadas que se vayan incorporando a la sociedad matriz a lo largo del periodo de cobertura del seguro. Interesa destacar la situación que se produce cuando una empresa con cobertura de seguro adquiere otra que también tiene póliza anterior con otra aseguradora diferente. Dado que la propietaria es la misma empresa y la póliza cubre la

adquisición de filiales, como acabamos de señalar, lo normal sería anular la póliza de la empresa adquirida por cuanto la misma tendría cobertura por la póliza de la sociedad matriz, pero no hay que olvidar que en esta operación existe un riesgo respecto a la cobertura para las decisiones tomadas con anterioridad a la fusión (*run-off*).

4.6. Periodo informativo/adicional de notificación

Es el espacio de tiempo inmediatamente posterior al vencimiento del periodo de seguro en curso durante el cual pueden notificarse al asegurador reclamaciones presentadas por primera vez en este plazo por errores de gestión cometidos antes del vencimiento del seguro. En este periodo se pueden presentar reclamaciones por hechos anteriores, pero no se cubren hechos que se realicen en el mismo. Se denomina informativo porque durante dicho periodo, el asegurado puede informar al asegurador de las reclamaciones recibidas en ese plazo o antes, por hechos realizados con anterioridad al mismo.

La concesión de este periodo corresponde al asegurador, que puede limitar su duración en el tiempo y percibir una sobreprima por ello.

4.7. Empleado codemandado

Esta garantía otorga cobertura a cualquier empleado, sin nivel ni rango directivo, cuando es demandado conjuntamente (codemandado) con un directivo en el mismo procedimiento y por la misma causa. Se busca evitar el conflicto de intereses, otorgando al empleado la condición general de asegurado condicionado a la demanda conjunta con el administrador.

4.8. Multas y sanciones administrativas

La cobertura de multas y sanciones es común en la práctica totalidad del mercado asegurador de D&O, pero no todas las pólizas la contemplan²²⁹. Quienes la otorgan, establecen de manera general un sublímite de indemnización. En algunos casos, la cobertura de multas excluye específicamente su imposición en EEUU²³⁰.

²²⁹ No cubre multas y sanciones la póliza de SegurCaixa Adeslas.

²³⁰ Póliza de ZURICH, cobertura 3.16, pág. 14.

La denominación correcta de la cobertura debería ser la de *multas*, ya que éstas son una de las posibles sanciones administrativas que pueden imponerse y la realidad es que el seguro de D&O no cubre, dentro de las sanciones, más que las multas. Una sanción, según del Diccionario de la Real Academia, es una pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores, mientras que la multa es la sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero. Por tanto, toda multa es una sanción pero no toda sanción es una multa. En la cobertura de multas dentro del seguro de D&O hablamos de multas administrativas impuestas por la Administración que recauda su importe y lo asigna a fines públicos, sin percepción económica por el demandante o perjudicado.

Aunque no todo el mercado se refiere a la naturaleza administrativa o civil de la multa, algunas pólizas excluyen las multas penales y otras condicionan la cobertura a que la multa no sea penal.

De forma general, las multas y sanciones se definen como aquéllas cantidades económicas de naturaleza administrativa que se imponen directamente a la persona asegurada (personas físicas) por organismos públicos con facultades inspectoras o de control y supervisión²³¹ y la cobertura tiene por objeto el pago del importe de dichas multas. El mercado asegurador suele establecer sublímites de indemnización que van desde 6.000 euros hasta 1.000.000 de euros, aunque el escalado varía sensiblemente de una aseguradora a otra dependiendo de la suma total asegurada y del perfil del cliente.

Las multas administrativas pueden imponerse tanto a las personas jurídicas como, en determinados supuestos, a las físicas. Como ejemplo, el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que *“además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos*

²³¹ Algunas pólizas como la de DUAL, recogen expresamente en la cobertura que ésta se extiende a amparar las multas impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos. A título de ejemplo, son autoridades con capacidad para imponer multas la autoridad laboral (tabaco, EPL...), la Comisión Nacional de Competencia, Comisión Nacional de la Energía, Agencia Española de Protección de Datos, Administración Tributaria, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, CNMV, Medioambiente, Banco de España y DGSFP, entre otras.

directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto". La STS de 28 de marzo 2019 (Contencioso, ROJ 952/2019) subraya que "la lectura del precepto evidencia que son dos, a su vez, los supuestos en los que cabe sancionar a las personas físicas: en primer lugar, cuando se trate, dice la norma, de los representantes legales de la persona jurídica infractora. Y, en segundo término, cuando tales personas físicas integren los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión."

Es común que la cobertura de multas y sanciones se otorgue bajo ciertas premisas:

- a. Que las multas sean asegurables por Ley²³².
- b. Que se impongan personalmente a los asegurados personas físicas, no a la sociedad.
- c. Que no tengan naturaleza penal.
- d. Que no estén relacionadas con el incumplimiento o la violación de la legislación fiscal o tributaria, salvo en los casos de responsabilidad tributaria subsidiaria de la persona física asegurada (art. 43.1.a LGT) ni supuestos de Seguridad Social, seguridad e higiene en el trabajo y actividades que excedan del objeto social de la empresa.
- e. Que sea consecuencia de un acto de gestión negligente del administrador.
- f. Que sean legalmente asegurables o que la legislación no prohíba expresamente hacerlo²³³.

En todo caso, consideramos que las multas administrativas no deberían plantear problemas legales respecto a la licitud de su aseguramiento, ya que existen varios argumentos a favor:

- a. No atenta contra el orden público (intereses privados)
- b. No fomenta la negligencia del asegurado

232 Esta condición constituye una reserva de cobertura de manera que dejara de ampararse si por ley se prohíbe el aseguramiento de multas y sanciones en el contrato de seguro. En realidad, esta reserva de cobertura se refiere no al hecho de que las multas sean asegurables, sino que la norma no prohíba asegurarlas.

233 Este requisito es solo una salvaguarda que introduce la entidad aseguradora en la póliza con dos finalidades: no asegurar riesgos ilegales o no asegurables por mandato legal y dejar automáticamente sin cobertura esta garantía si fuera declarada inasegurable en un momento dado. En este último supuesto debe devolverse la parte de prima no consumida que corresponda a esta cobertura.

- c. No se cubre la conducta dolosa del asegurado
- d. Se dan otras coberturas de riesgos, no sólo para multas
- e. Son pérdidas pecuniarias y no sólo responsabilidad civil
- f. Hay multas para actos culposos
- g. Existen sublímites para la cobertura de multas
- h. Franquicias específicas para multas en la póliza
- i. Posible no renovación de la póliza tras una sanción
- j. Selección del riesgo (cuestionario y auditoría)
- k. No todos los clientes la contratan ni necesitan
- l. La cuantía de la multa no va destinada al perjudicado
- m. No desnaturaliza la función punitiva de la sanción
- n. Nadie quiere ser reclamado por el riesgo de imagen y reputación
- o. Hay un delito específico (art. 197 CP) para la protección de datos personales más importante que la multa administrativa que pueda imponerse.

Sin embargo, hay multas que conceptualmente no deberían ser asegurables: las penalizaciones por retrasos, sanciones resarcitorias a favor del perjudicado, multas punitivas y ejemplarizantes, multas penales por hechos dolosos y multas administrativas que supongan incumplimiento de contrato (interrupciones de suministro). En caso de prohibirse el aseguramiento²³⁴ de multas, quedarían afectadas las pólizas de D&O, pero no solo éstas, ya que también se incluye cobertura para multas en pólizas como la de responsabilidad civil de las comisiones de control de planes y fondos de pensiones, prácticas de empleo, protección de datos, y responsabilidad civil profesional.

No es una cuestión pacífica en la doctrina aseguradora la licitud del aseguramiento de estas multas y sanciones²³⁵. Desde el debate sobre la licitud de su aseguramiento que generó un criterio de la DGSFP en 2008, parece que la doctrina más moderna²³⁶ se decanta por su licitud y por la búsqueda de criterios

234 La DGSFP siempre se ha mostrado contraria al aseguramiento de multas en el contrato de seguro, ni siquiera las de naturaleza administrativa.

235 Puede verse en ELGUERO, “*El seguro de responsabilidad civil por protección de datos personales*” (Revista de Responsabilidad Civil y Seguro), una relación de las posiciones a favor y en contra del aseguramiento de multas y sanciones.

236 MUELAS, P, en Boletín de Seguros número 13, Gómez-Acebo & Pombo, 2019, reconoce la legitimidad del aseguramiento de multas y sanciones, *si bien habrá que estudiar cada caso concreto para interpretar en su justo alcance los hechos concurrentes*. También Ybarra, B., en Boletín RC y Seguros número 64, noviembre 2019 INESE, se pronuncia a favor del aseguramiento, concluyendo que *no existe norma legal que prohíba el aseguramiento de multas y sanciones en materia de protección de datos*.

posibilistas. A ello se une el clamoroso silencio de la DGSFP durante esta década en torno al tema y la inclusión de esta cobertura en más pólizas de seguros.

En el derecho comparado, el debate es similar al caso español. En Reino Unido²³⁷, las multas impuestas por conductas puramente negligentes pueden ser asegurables. En Alemania²³⁸, todavía no se ha decidido si y en qué medida, las multas son asegurables. Una parte de la doctrina distingue entre multas por conducta intencional e ilícitos por negligencia, argumentando que la ley civil sólo debe sancionar una conducta que sea punible en el derecho penal y, por tanto, intencional. En consecuencia, la conducta negligente puede ser asegurable bajo este razonamiento.

4.9. Responsabilidad tributaria subsidiaria

Esta garantía puede ser una cobertura o una exclusión, según se configure en cada póliza. En el caso de cubrirse, se ampara la responsabilidad tributaria subsidiaria de los administradores o directivos de la sociedad, que se les pueda exigir al amparo del artículo 43.1 de la LGT, como consecuencia de una reclamación en su contra por un error de gestión involuntario, por no haber realizado los actos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios o haber consentido el incumplimiento de quienes dependen de ellos, o haber adoptado acuerdos que permitieran la comisión de las infracciones.

Como exclusión, las pólizas pueden dejar sin cobertura a los directivos por las reclamaciones derivadas de la Agencia Tributaria, a consecuencia del impago de

237 Marketplace News: Insurability of fines and penalties for breaches of the GDPR: A UK and German perspective, Mondaq Business Briefing, junio 2019: *Fines resulting from intentional wrongdoing will not be indemnifiable whatever the type of fine, and might also, in any event, be excluded by other policy provisions, such as fraud or dishonesty, or personal advantage exclusions (...). Strict/no fault liability fines will likely be indemnifiable, as there is no requirement that the insured's conduct involves an element of moral turpitude (subject to the caveat that fines imposed by certain regulators, such as the FCA, mentioned earlier, are uninsurable in all cases). Fines imposed for negligent conduct are more complicated. Civil fines or penalties imposed for purely negligent conduct should, in theory, be insurable.*

238 Marketplace News: Insurability of fines and penalties for breaches of the GDPR: A UK and German perspective, Mondaq Business Briefing, junio 2019: *In Germany, it is still not decided whether, and to what extent, fines and penalties are insurable. The decisive legal test, as in the UK, will be whether it is in breach of public policy. The German Civil Code, section 138(1), states that any legal transaction, which is contrary to public policy, is void (...). However, some scholars and authors distinguish, in particular, between fines for intentional conduct and those for negligent offences, arguing that the civil law should only sanction a behaviour that is also punishable under criminal law and, therefore, intentional. Accordingly, negligent conduct may be insurable under this reasoning.*

las deudas tributarias por la sociedad. Este fue el supuesto enjuiciado por la STS de 29 de enero 2019 (ROJ 162/2019)²³⁹ que excluía del concepto de *pérdida asegurada* las reclamaciones tributarias a los asegurados en la póliza de D&O. Aunque la entidad aseguradora pretendía excluir esta clase de reclamación, configuró la misma como una delimitación del riesgo en vez de hacerlo como una limitación de derechos, que necesitaba de la aceptación expresa del tomador conforme al artículo 3 LCS. El TS acaba declarando que existe cobertura para este riesgo de reclamación porque hay cláusulas que *por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos*, criterio que ya utilizó el Alto Tribunal en sentencia de 25 de noviembre 2013. Añade el TS que el contenido natural de un seguro de D&O no se limita a la responsabilidad regulada en la LSC, sino que alcanza también aquélla que se prevé en la normativa administrativa, como la LGT, que establece una responsabilidad *por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos. Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta.*

4.10. Límite adicional para consejeros independientes

Son aquellos consejeros que no desempeñan funciones de alta dirección ni son empleados de la sociedad y no reciben compensación de la sociedad por cualquier otra labor que no sea la propia de su condición de miembro del Consejo de Administración. Su cobertura es un límite, adicional al capital principal contratado por el tomador, que opera solo para ellos cuando se hubiera agotado el límite de indemnización principal de la póliza y todos los demás seguros de responsabilidad de administradores y directivos que fueran de aplicación.

²³⁹ Buena prueba del dinamismo comercial de este seguro lo constituye la campaña que inició la aseguradora MARKEL el 25 de febrero 2019, mediante el envío masivo de mails informativos, con el siguiente titular: “*El seguro de D&O de Markel dispone de la cobertura de responsabilidad tributaria de los administradores*”.

4.11. Cobertura en EEUU

La cobertura de las reclamaciones en EEUU constituye una ampliación del ámbito territorial de cobertura para amparar aquellas reclamaciones que se generen contra los asegurados en EEUU. Aunque en principio suele ser una exclusión general, se puede cubrir de forma expresa, normalmente con aplicación de una franquicia y sobreprima.

4.12. Inhabilitación profesional

Garantía que indemniza al administrador o directivo inhabilitado judicialmente para el ejercicio de su cargo durante un determinado periodo de tiempo. Consiste en la entrega de una cantidad económica, previamente fijada en póliza, durante el tiempo previsto. Es una cobertura frecuente en los seguros de responsabilidad civil profesional, que se ha extrapolado al seguro de D&O, pero que no es habitual en el mercado.

5. Coberturas de gastos²⁴⁰

Junto a la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil y la garantía de fianzas y la defensa jurídica, la cobertura de otros gastos -distintos a los de defensa jurídica- constituye el cuarto bloque de garantías amparadas por la póliza. Aunque los gastos más conocidos en una póliza de D&O son los que corresponden a la defensa jurídica de los asegurados, no son los únicos, ya que existen muchos tipos de gastos en los que puede incurrirse como consecuencia de una reclamación a los asegurados.

Esta cobertura de gastos es la más dinámica del seguro, por cuanto surgen como consecuencia de casos concretos, como los derivados de la declaración de secreto del sumario de un procedimiento, y responden a demandas de cobertura de los asegurados tras experiencias de reclamaciones determinadas.

²⁴⁰ En este apartado se incluyen las principales coberturas de gastos de las pólizas de D&O. Algunas de ellas tienen la misma finalidad, pero reciben diferentes denominaciones según la póliza que se utilice. En todo caso, todos ellos tienen en común la existencia de un sublímite de indemnización en póliza, la exigencia de que sean razonables y necesarios y el requisito de que los autorice el asegurador previamente, por escrito.

5.1. Acción social de responsabilidad

Cubre los gastos derivados del ejercicio de una acción social de responsabilidad por la Junta General de Accionistas para exigir responsabilidad a los administradores sociales, con el fin de resarcir a la sociedad de los daños que ésta ha sufrido a causa de un acto de gestión negligente de sus administradores en el ejercicio del cargo.

5.2. Aval concursal

Se abonan los gastos de aval concursal en los que se incurre a raíz de una reclamación presentada contra el directivo, por un error de gestión.

5.3. Comparecencia en investigación derivativa

Son los honorarios, costes y gastos externos en que incurre un asegurado con el objeto de preparar y responder a una investigación derivativa²⁴¹.

5.4. Comparecencia en procedimiento de insolvencia

Corresponden estos gastos a los honorarios y costes en los que incurre un asegurado para contratar a un asesor legal, a fin de preparar la comparecencia del directivo en una vista formal u oficial en relación con la investigación -de los asuntos de la sociedad o del asegurado en su condición de administrador o directivo- por un administrador concursal, síndico de la quiebra, liquidador o su equivalente en la jurisdicción donde tenga lugar la comparecencia.

5.5. Emergencia

Aquéllos que se realizan frente a reclamaciones en las que razonablemente no es posible, por razones de emergencia, obtener el consentimiento escrito previo del asegurador para incurrir en dichos gastos.

²⁴¹ Una investigación derivativa es la que realiza la sociedad para preparar una respuestas al requerimiento escrito hecho por uno o varios accionistas para que se inicie una acción civil contra un administrador o directivo por errores de gestión.

5.6. Expertos y profesionales

Gastos incurridos con el propósito de preparar un informe, evaluación, diagnóstico o refutación de pruebas en relación con la defensa de una reclamación contra el administrador o consejero.

5.7. Extradición

Los derivados de la contratación de un profesional en gestión de crisis o relaciones públicas para defender o apelar en un procedimiento de extradición contra el administrador que se encuentre en cualquier país del mundo -en ocasiones excepto en EEUU- con motivo de una reclamación por un acto de gestión negligente en el ejercicio de su cargo.

5.8. Gerencia de riesgos

Los realizados para impedir o mitigar una reclamación.

5.9. Gestión de crisis

Los necesarios para contratar un asesor que ayude profesionalmente a prevenir una reclamación contra los asegurados.

5.10. Información previa a una reclamación

Gastos realizados con el objeto de preparar y responder a una solicitud de información, previa a una reclamación, dirigida contra un asegurado.

5.11. Mitigación de reclamaciones y circunstancias

Los pagos necesarios y razonables hechos al potencial reclamante, a fin de reducir la responsabilidad civil legal final del asegurado.

5.12. Privación de bienes por embargo

Cobertura que abona determinados servicios (educación, hipoteca o alquiler de vivienda, suministros y primas de seguros personales y de hogar) directamente al proveedor de los mismos en caso de que se establezca, como medida cautelar, la confiscación, intervención, suspensión o embargo de los derechos de propiedad del administrador sobre bienes inmuebles o sobre bienes

personales del mismo, así como para la imposición de cargas o gravámenes sobre dichos bienes.

5.13. Proceso o procedimiento

Los necesarios para iniciar un procedimiento tendente a obtener una resolución declarativa o un mandamiento judicial.

5.14. Protección de derechos

Gastos legalmente permitidos para hacer frente al pago de los costes en que haya incurrido un asegurado a fin de revocar una orden judicial que le impida, temporal o permanentemente, ejercer el cargo de administrador o directivo o le revoque la calificación legal de inmigrante y le suponga la deportación, siempre que el asegurado no haya sido condenado penalmente.

5.15. Protección de la reputación

Los derivados de la difusión pública de un fallo judicial o de las conclusiones de un informe a favor del asegurado reclamado.

5.16. Publicidad

Gastos y honorarios derivados del diseño y lanzamiento de una campaña publicitaria tendente a evitar o reducir las consecuencias de una reclamación contra un administrador, consejero o directivo.

5.17. Relaciones públicas

Los derivados de la contratación de servicios profesionales externos de relaciones públicas, gestión de crisis o firmas jurídicas, incluyendo el coste de posibles emisiones de informes y publicaciones, con el objeto de mitigar un daño o efecto negativo a la reputación del asegurado como consecuencia de una reclamación o investigación o de la difusión de noticias negativas sobre el asegurado, en medios de comunicación.

5.18. Representación legal

Los necesarios para preparar la comparecencia del administrador en una investigación, procedimiento o inspección oficial.

5.19. Respuesta a un regulador

Gastos en los que incurre un administrador cuando un organismo regulador requiere a la empresa regulada para dar respuesta a una situación crítica en materia reguladora, como la apertura de un procedimiento administrativo.

5.20. Restitución de imagen

Gastos y honorarios en los que incurre el directivo para la contratación de servicios profesionales externos de relaciones públicas con el objeto de mitigar un daño a su reputación como consecuencia de una reclamación.

5.21. Asistencia psicológica

Gastos de asistencia psicológica (honorarios profesionales de psicólogo titulado con objeto de recibir atención psicológica como consecuencia de una reclamación) incurridos a raíz de una reclamación presentada contra el asegurado durante el período de seguro, por un error de gestión social.

5.22. Homicidio empresarial

Gastos específicos de defensa jurídica derivados de una reclamación al asegurado por el fallecimiento de personas –empleados o no- en instalaciones de la empresa, por acciones u omisiones negligentes del directivo.

5.23. Gastos de investigación

Gastos y honorarios realizados con el objeto de cumplir con la obligación legal del directivo de comparecer en una investigación.

5.24. Gastos personales

Gastos que abona directamente el asegurador a la compañía que preste los servicios al asegurado derivados de los costes de escolarización de menores dependientes, cuota mensual del crédito hipotecario o alquiler de la vivienda habitual, costes de suministros (electricidad, gas, agua, teléfono e internet) o las primas correspondientes a los seguros personales, de hogar, de vida y de salud siempre que dichos servicios hubieran sido contratados por el asegurado con anterioridad a una orden de confiscación.

5.25. Gastos por secreto de sumario

En los procedimientos penales en los que se ven implicados los administradores y directores, la LECr permite al juez decretar el secreto de sumario como medida de garantía y protección de la investigación. Cuando se presenta una reclamación en un procedimiento que se encuentra bajo secreto de sumario, no se puede determinar por el asegurador si la reclamación se encuentra cubierta o no en la póliza. En tal caso, el asegurador adelanta los gastos de defensa en los que incurra el asegurado hasta que se levante el secreto de sumario.

Si tras el levantamiento del secreto de sumario se revela que la reclamación no estaba cubierta por la póliza, el asegurado y/o el tomador, deberán reintegrar los gastos de defensa que se adelantaron.

Esta cobertura es una de las últimas en incorporarse a las pólizas de D&O. Se incluye en los condicionados como garantía específica, pero puede incluirse de forma expresa dentro de la cobertura de gastos de defensa jurídica.

5.26. Gastos de *interim management*

Otra de las coberturas de gastos que se incluyen de forma expresa en algunas pólizas de D&O, es el abono de los honorarios y gastos derivados de la contratación de una firma de *interim management*, que facilita a la sociedad un profesional, por tiempo limitado, en sustitución de un directivo, para afrontar con su experiencia los proyectos pendientes o abordar la gestión de una crisis que afecta a la empresa.

VII. EXCLUSIONES DE COBERTURAS

1. Evolución de las exclusiones en el seguro de D&O

Las exclusiones son delimitaciones secundarias de la póliza, esto es, lo que no cubre el seguro en caso de siniestro. Al ser limitaciones de los derechos del asegurado, deben estar destacadas de forma especial en la póliza y estar expresamente aceptadas por el asegurado por escrito, con su firma, conforme al

mandato del artículo 3 LCS, salvo aquellos casos en los que la empresa reúna los requisitos para ser considerado *gran riesgo*.

El seguro de D&O ha evolucionado significativamente desde su nacimiento en España en 1990, siendo el capítulo de las exclusiones uno de los que más fácilmente permiten comprobar dicha evolución. Si en su origen había casi 30 exclusiones, actualmente es posible contratar de forma general una póliza con menos de seis exclusiones. Basta citar como ejemplo, utilizando como modelo el condicionado Elite de la aseguradora Chubb/ACE, cómo el número de exclusiones se ha reducido de doce (Elite II) a 9 (Elite IV) en un periodo de siete años (2003 a 2010), o como algunas exclusiones como la de responsabilidad profesional no figuraba en póliza en 2003 (Chubb/ACE, condicionado Elite II), mientras que posteriormente sí consta (Chubb/ACE, condicionado Elite IV) o a la inversa, figuraba en algunos condicionados hace unos años y actualmente ha desaparecido.

Como consecuencia de la evolución de las pólizas y fruto de la competencia del mercado, algunas exclusiones que figuraban inicialmente en las pólizas de D&O fueron derogadas hace tiempo. Este es el caso, por ejemplo, de la exclusión de *falta de cualquier contrato de seguro o contratación inadecuada o insuficiente de cualquier seguro* del condicionado de Chubb/ACE (Elite II, 2003). No tenía razón de ser que se excluyera la insuficiencia de seguros como causa de reclamación, ya que el administrador y directivo deben velar, entre sus obligaciones, por la existencia de seguros suficientes y adecuados, dando lugar a una negligencia en la gestión social si no se hacía; y esta gestión negligente no debía ser objeto de exclusión.

Otra exclusión hoy derogada era la de *accionista mayoritario*, cuya finalidad era excluir de cobertura las reclamaciones que presentara el accionista mayoritario –con independencia de su participación en el órgano de administración de la sociedad- por entender que éste tenía poder de influencia suficiente en la gestión social como para orientar la toma de un acuerdo en uno u otro sentido, impidiendo reclamarse a sí mismo con posterioridad, aunque no siempre fue así.

2. Exclusiones

El catálogo de exclusiones es muy variado, dependiendo del mercado y de la póliza utilizada, aunque con el paso del tiempo, dicho catálogo de ha reducido progresivamente y se ha armonizado en la mayoría de las pólizas.

2.1. Actos intencionados, dolo

El dolo y la mala fe es una exclusión histórica en todos los seguros que cubren riesgos de responsabilidad civil y ha estado presente, desde el inicio, en todos los riesgos, extrapolándose posteriormente a otras modalidades aseguradoras.

La exclusión del dolo en las pólizas de D&O no plantea un problema de interpretación de su tenor literal, sino de su encaje en las acciones de responsabilidad civil que la ley permite al tercero perjudicado. Estas acciones, a las que no puede oponerse el dolo del administrador, ni incluso en los seguros voluntarios, no van dirigidas contra la sociedad, sino contra el director causante del perjuicio.

La exclusión es aplicable a los supuestos en los que el dolo alcanza no solo a la causación directa del perjuicio, sino también al incumplimiento consciente y voluntario de una norma legal o estatutaria concebida para proteger al accionista o inversor. Además, se extiende no solo al dolo directo sino también al eventual e incluso a los casos en los que el dolo del administrador suponga un beneficio para el interés social.

Corresponde al asegurador de D&O alegar y acreditar la existencia de dolo en el asegurado, como cualquier otra exclusión, operando en aquellos supuestos en los que su concurrencia ha sido declarada judicialmente o reconocida por el propio asegurado. En el caso de condena judicial, la sentencia que aprecie la presencia de dolo debe ser firme, debiendo el asegurador abonar los gastos de defensa jurídica mientras no devenga firme.

La aplicación de la exclusión de dolo solo es viable cuando la decisión judicial para rechazar la cobertura se basa en la conducta dolosa del administrador, pues cabe recordar que el seguro ampara las negligencias de éste en el cumplimiento de sus obligaciones sociales. El administrador puede ser condenado por negligencia, sin necesidad de que haya dolo en su conducta.

Las pólizas de D&O del mercado excluyen, con distintas redacciones²⁴², el dolo o mala fe del asegurado en la causación del daño o perjuicio. Suele

²⁴² Dolo, mala fe, actos intencionados o fraudulentos, conducta deliberadamente antijurídica, beneficios ilícitos, actos intencionadamente deshonestos, son algunas de las expresiones equivalentes que se utilizan.

ser la primera exclusión del condicionado, prueba de la importancia que los aseguradores le dan.

La STS de la Sala de lo Penal, de 25 de julio 2014²⁴³ ha hecho una interpretación restrictiva del artículo 19 LCS, considerando que el dolo solo es causa de exoneración del deber de indemnizar del asegurador cuando afecta al propio asegurado, pero no cuando afecta a terceros, lo que le lleva a indemnizar con cargo al seguro supuestos claramente delictivos, con el argumento del derecho de repetición de la aseguradora²⁴⁴.

2.2. Hechos y reclamaciones anteriores

El seguro de D&O se suscribe sobre el criterio de considerar que el siniestro es la reclamación del tercero perjudicado (*claims made*) de manera que la cobertura de la póliza se circunscribe a las reclamaciones recibidas por el asegurado durante el periodo de vigencia de la póliza, por hechos realizados durante esa misma vigencia o con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza, pero con una exclusión relativa al conocimiento por el asegurado de hechos o circunstancias ya ocurridas, que han generado un incidente o reclamación.

²⁴³ Ver Comentario de la sentencia en ELGUERO: “*El seguro de responsabilidad civil, ¿título de imputación de la responsabilidad?*”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, número 10, 2014, págs. 24-26.

²⁴⁴ La sentencia condena a la aseguradora como responsable civil directo a indemnizar al perjudicado los 410.000 euros de los que se apropió la asegurada. Señala la Sala que “*el seguro de responsabilidad civil (...) tiene un sentido social y económico en relación con los perjudicados*”, lo que unido al comentario de “*se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o penal, sea culposo o doloso...*”, revela el criterio de la Sala II para condenar. Añade además que “*legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social*”. Y remata añadiendo que “*en el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable*”.

El TS traslada el riesgo de insolvencia del profesional al asegurador. Olvida que si el seguro es voluntario, el profesional puede no tenerlo contratado y ser insolvente y parece que la calificación de una profesión como “*segura y fiable*” la otorga el seguro, y no los estudios realizados ni los filtros y garantías que la colegiación puede ofrecer. No es concebible suponer que el cliente de la procuradora –una entidad financiera- la hubiera seleccionado porque tenía un seguro de responsabilidad civil, ya que podría incluso desconocer si lo tenía o no e incluso podría discutirse si el límite del que disponía -600.000 euros- era suficiente o no para trabajar con la entidad financiera. Además, el tribunal considera que dentro del concepto “*praxis profesional*” se incluyen todo tipo de desmanes que pueda realizar el asegurado, como la apropiación indebida. El TS considera que el derecho de repetición nace de la obligación del asegurador de indemnizar el dolo del asegurado en todo caso. Existe un interesante voto particular en esta sentencia del entonces Magistrado Maza Martín.

Esta exclusión se refiere a aquellos hechos, circunstancias o reclamaciones del pasado que sean conocidas por el tomador o el asegurado al tiempo de contratarse por primera vez la póliza o renovarse con otro asegurador distinto. La exclusión no se refiere simplemente a los hechos pasados, sino a los hechos pasados *conocidos* por el asegurado al tiempo de contratar o renovar la póliza – lo que se cubre es el pasado desconocido del asegurado-. La carga de la prueba del conocimiento le corresponde al asegurador.

2.3. Reclamaciones notificadas a pólizas anteriores

Como complemento a la exclusión anterior relativa a “Hechos y reclamaciones anteriores”, la exclusión de *reclamaciones notificadas a pólizas anteriores* (o a *otras pólizas*) pretende no amparar aquellas reclamaciones a los directivos que ya están notificadas y en curso bajo el amparo de otra póliza, con la misma o con diferente entidad aseguradora.

2.4. Litigios previos

La exclusión deja sin cobertura las reclamaciones que sean consecuencia de una investigación u otro procedimiento previo²⁴⁵ contra la sociedad o contra un asegurado; también se aplica esta exclusión a cualquier litigio, demanda, arbitraje o mediación previa en el que se aleguen hechos de litigios anteriores o pendientes.

Es una exclusión característica de los seguros de responsabilidad civil suscritos bajo delimitación *claims made*, que otorgan cobertura retroactiva para el pasado desconocido del asegurado. Precisamente por cubrir las actuaciones pasadas de los administradores y consejeros, la póliza excluye los litigios o procedimientos conocidos por el tomador o el asegurado con anterioridad a la suscripción del seguro, ya que la reclamación no es desconocida.

Esta exclusión encuentra su sentido jurídico en la declaración que realiza el artículo 4 LCS: “*el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el*

²⁴³ Esta exclusión deviene excesivamente amplia cuando se redacta de forma genérica, “litigios previos o anteriores”, sin más calificación. En el mercado se entiende que el término litigio incluye los judiciales, administrativos y arbitrales, lo cual es razonable, no así el hecho de que *cualquier* litigio anterior sea causa de exclusión.

siniestro". Si el siniestro es la reclamación, ésta ocurre cuando el asegurado la recibe del perjudicado, con independencia de cuando la pone en conocimiento del asegurador. Y si la recibe antes de contratar o renovar el seguro de D&O con otro asegurador –judicial o extrajudicialmente- se contraviene el tenor del artículo 4 LCS si se omite su declaración.

En este punto, es importante destacar que la exclusión suele ser genérica –litigios previos- lo cual permite al asegurador rechazar muchas de las reclamaciones recibidas, por cuanto la exclusión no distingue entre litigios judiciales o extrajudiciales, en el mismo o diferente orden jurisdiccional, etc. Debe tenerse en cuenta que un procedimiento anterior en el orden social (por ejemplo, un despido) puede tener consecuencias, en términos de cobertura del seguro, en la posterior reclamación civil a los directores.

2.5. Daños personales y materiales

Se trata más de una delimitación del riesgo por razón del daño, que de una exclusión de cierta clase de daños. El seguro de D&O cubre los daños patrimoniales primarios que cause el directivo como consecuencia de un acto de gestión social negligente, motivo por el cual se excluyen las reclamaciones que tengan como base los daños personales o materiales.

En la actuación del directivo al frente de una sociedad o departamento de la misma, se puede incurrir en un acto generador de un perjuicio económico, pero no de un daño material o personal, ajenos a las funciones del mismo. Por esta razón y porque los mismos se cubren a través de pólizas de responsabilidad civil general y patronal, el seguro de D&O excluye las reclamaciones con base en este tipo de daños, sin perjuicio de que puedan cubrirse los gastos de defensa jurídica derivados de reclamaciones por daños personales o materiales.

2.6. Reclamaciones en EEUU

Como regla general y salvo cobertura específica, se excluyen las actividades y reclamaciones en EEUU y Canadá por el especial tratamiento legal y judicial de la responsabilidad civil.

La existencia de tribunales con jurado, las reclamaciones de daños punitivos y ejemplarizantes, el diferente régimen de responsabilidad civil según el Estado en el que se reclame y las elevadas cuantías reclamadas, explican que el

asegurador excluya, a priori, las reclamaciones presentadas en EEUU, aunque no es una exclusión absoluta. Se puede negociar caso a caso, con pacto expreso y sobreprima adicional en función de la naturaleza del riesgo, grado de exposición y suma asegurada.

2.7. Beneficios ilícitos

El asegurador no indemniza ni realiza ningún pago que proceda de reclamaciones basadas en que uno o varios de los asegurados hayan obtenido un beneficio o ventaja personal al que no tuvieran legalmente derecho.

Por el contrario, las reclamaciones frente a los administradores o directivos que no hubieran participado ni obtenido dicho beneficio ilícito sí tienen cobertura.

El concepto de beneficio ilícito incluye la retribución indebida de los administradores, compensaciones, comisiones, bienes y activos, etc.

2.8. Contaminación

La contaminación no es objeto de cobertura respecto al daño causado por la misma y se configura como exclusión general en todas las pólizas del mercado. Sin embargo, las reclamaciones contra administradores y directivos, como consecuencia de una contaminación imputable a la sociedad, sí quedan cubiertas respecto a los gastos de defensa jurídica, así como los perjuicios financieros puros causados por la contaminación.

2.9. Responsabilidad profesional

Una de las exclusiones tradicionales y más relevantes de las pólizas de D&O es la relativa a la responsabilidad civil profesional²⁴⁶. Se incluye en las pólizas

²⁴⁶ La preocupación por excluir la responsabilidad profesional del ámbito de cobertura de la responsabilidad de los administradores sociales tiene su razón de ser en un problema de clasificación inicial del seguro; cuando nace el seguro de D&O en España como modalidad propia, no existía un grupo independiente ni un código de clasificación propio donde poder agrupar las primas de este nuevo seguro. En esa época -inicios de 1990- las modalidades del seguro de responsabilidad civil eran las tradicionales de responsabilidad civil general, patronal, productos y profesional y evidentemente el nuevo seguro de consejeros y administradores no tenía ningún parentesco ni afinidad con las tres primeras modalidades, por lo que se le agrupó con la responsabilidad civil profesional por considerar que no solo por exclusión no podía incardinarse en las otras modalidades, sino por considerar que el administrador y el directivo no dejaban de ser profesionales dedicados a gestionar una sociedad mercantil. De esta forma se la consideró una responsabilidad civil profesional especial.

desde los primeros condicionados y figura recogida en casi todas las pólizas del mercado de forma general, con similar redacción e idéntico objeto.

El fundamento de la exclusión es no cubrir riesgos que no corresponden a la actividad de la persona asegurada, aunque en realidad no se trata tanto de una exclusión como de una delimitación del riesgo y por ello no sería necesario excluirla de forma expresa; bastaría con definir la responsabilidad asegurada adecuadamente (responsabilidad orgánica). Se configura como exclusión por la necesidad de destacarla expresamente y ser aceptada de igual forma por el asegurado, pero a mi juicio es realmente una delimitación del riesgo asegurado: una cosa es la responsabilidad en la que incurren los administradores y consejeros en el ejercicio de sus cargos sociales y otra distinta la responsabilidad profesional en la que incurre un profesional por errores y negligencias en el ejercicio de esa profesión o actividad.

Actualmente hay pólizas que lo excluyen y pólizas que no se refieren a ella por considerar que es un riesgo distinto y que, por tanto, no es necesario excluirla. Algún condicionado (DUAL, exclusión 5), al excluir la responsabilidad profesional -definida como prestación a terceros de servicios profesionales- excepciona su aplicación “a actuaciones negligentes cometidas por un asegurado en el desarrollo de sus obligaciones como administrador o alto directivo de la sociedad”, lo que parece venir a admitir todavía una especie de responsabilidad profesional *sui generis* en la actividad de los administradores sociales, que sí queda cubierta por la póliza. En algún caso parece mantenerse la confusión terminológica; así, la póliza de QBE, en el punto 1 (Carácter aleatorio) declara que el seguro tiene carácter aleatorio y que por tanto no se cubren “reclamaciones basadas en errores, faltas u omisiones generadoras de responsabilidad civil profesional (...) que voluntaria y conscientemente se realicen por el asegurado”. Evidentemente el carácter aleatorio nada tiene que ver con la responsabilidad profesional.

En otras pólizas (Hiscox, página 9, condicionado *Management 2008*) se declara expresamente que sí queda cubierta la reclamación que se le haga al administrador por fallos en la supervisión del rendimiento de cualesquiera servicios profesionales, lo que no es en modo alguno cobertura de la responsabilidad profesional, sino cobertura para un error de gestión del administrador consistente en no supervisar adecuadamente la prestación de un servicio profesional que ha generado un daño. También es de destacar el matiz de la exclusión de responsabilidad profesional de la póliza de Chubb/ACE (Elite IV) que no solo excluye la prestación de servicios

profesionales en general, sino también y de forma expresa “la responsabilidad médica, entendiéndolo como tal aquella que derive tanto de la realización, como de la omisión de un acto médico”.

2.10. Responsabilidad contractual

La exclusión de responsabilidad civil contractual es ya prácticamente inexistente en las pólizas españolas de D&O, a diferencia de las pólizas de responsabilidad civil general, que o bien la excluyen expresamente o bien definen el riesgo asegurado con relación a la responsabilidad civil extracontractual. Busca dejar sin cobertura las reclamaciones que tengan por objeto la causación de un daño por el administrador como consecuencia del incumplimiento de un contrato con el perjudicado. Es una responsabilidad que va más allá de la legal, que encuentra su razón de ser en la delimitación del riesgo asegurado que hace el asegurador y en evitar el plazo de prescripción de 5 años del CC.

La STS de 30 de noviembre de 2011 se ha referido a si la responsabilidad contractual está incluida o no en la cobertura del seguro general de responsabilidad civil. Señala el TS que *“para que el seguro de responsabilidad civil comprenda la responsabilidad civil contractual, es preciso que dicho riesgo, de acuerdo a los términos y condiciones pactados, no haya sido excluido de cobertura” (...). “La cuestión no es si el seguro de responsabilidad civil puede abarcar también la contractual, sino si las partes quisieron convenir su cobertura de tal manera que el asegurador esté obligado a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar cuando ésta dimane de un incumplimiento contractual”.*

De esta forma, si no se excluye expresamente la responsabilidad civil contractual del asegurado, se entiende que ésta queda cubierta, salvo que la delimitación inicial del riesgo cubierto enmarque adecuadamente el mismo. En todo caso, el administrador tiene una responsabilidad contractual de medios, frente la sociedad, que de excluirse dejaría sin cobertura las reclamaciones procedentes de la misma.

2.11. Planes de pensiones

Se excluyen las reclamaciones por cualquier violación de deberes u obligaciones establecidos en la legislación que regula los planes o fondos de

pensiones de empleados, planes de beneficios a empleados, planes de ahorros para la jubilación de empleados o programas de participación en beneficios.

Sin embargo, algunas pólizas otorgan cobertura para la sociedad como promotor de planes de pensiones de empleo, abonando los perjuicios, gastos de defensa y multas de los miembros de las comisiones de control del plan de pensiones, por reclamaciones basadas en errores de gestión de dichos miembros.

2.12. Sanciones político-económicas

El asegurador no cubre pérdidas derivadas de la aplicación de sanciones políticas o económicas que afecten a una empresa.

RECOMENDACIONES PARA CONTRATAR O RENOVAR EL SEGURO DE D&O

1. Conciencia del seguro que se va a contratar y del riesgo que cubre.
2. El concepto de responsabilidad civil de D&O no coincide con otros conceptos de responsabilidad civil.
3. Comprobar la fecha de entrada en vigor de la cobertura del seguro y las limitaciones de tiempo o territorio
4. Comprobar ámbito geográfico y jurisdiccional
5. En programas internacionales, comprobar si el país de destino es *admitted* o *non admitted*
6. Revisar coberturas de gastos que se incluyen
7. Informarse si en la póliza figura el nombre del corredor de seguros a través del cual se ha hecho el seguro
8. Comprobar si la póliza contiene alguna cláusula o condición que impida, retrase o limite la percepción de la indemnización. En caso de traspaso de póliza, comprobar que coberturas, límites y criterios de indemnización, son los mismos
9. Informar al beneficiario, familia o persona de confianza, de la existencia del seguro para que puedan ejercer los derechos que a cada uno le correspondan
10. No decidir la contratación de un seguro de D&O sin comparar adecuadamente:
 - a. Coberturas y exclusiones generales
 - b. Coberturas para la sociedad
 - c. Cargos asegurados
 - d. Límite y sublímites asegurados
 - e. Ámbito temporal y periodo de descubrimiento
 - f. Concepto de siniestro, hechos notificables
 - g. Tratamiento de las fianzas
 - h. Tratamiento de la defensa jurídica y de los gastos
 - i. Prima
 - j. Características del asegurador

BIBLIOGRAFÍA²⁴⁷

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. *“Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal”*. Civitas Thomson Reuters 2016.

BLANCO, J.M.: *“Consejeros y Directivos obligados a reflexionar sobre su responsabilidad civil”*, AA, págs. 42 y ss.

CALZADA CONDE, M.A.: *“El seguro voluntario de responsabilidad civil”*. Madrid, 1983.

CAMPINS VARGAS, A.: *“Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”*, en RD Mercantil nro. 249, págs. 981 a 1014, 2003.

CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN. *“La competencia de los órganos de la jurisdicción social para declarar la responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades de capital”*. Trabajo y Derecho (Wolters Kluwer). Revista N°: 22, Octubre 2016.

CAÑIZARES RUBINI, F.: *“La responsabilidad civil de administradores y directivos”*, En Gerencia de riesgos. Madrid. n° 4, 1er trimestre 1987; p. 61-76

CASTRESANA SÁNCHEZ, L.F.: *“Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”*, en Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.) págs. 629 a 695.

CHEW, P.K.: *Directors and officers liability*. New York, 1999.

CHRISTIAN, D.: *D&O Versicherung als Instrument der Corporate Governance*, ed. Grin, Hamburg, 2009, 22 págs.

DE LA TORRE BERRUGA, D.: *“La responsabilidad de los Consejeros y altos cargos. El seguro de responsabilidad civil”*, Previsión y Seguro, 11, 1991, págs. 75 a 94.

DRURY, R.R.: *“The Liability of Directors for Corporate Acts in English Law”*, en Kreuzer, K. (ed.): *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*. Baden-Baden, 1991, págs. 103 a 149.

²⁴⁷ La bibliografía que se incluye las monografías y trabajos que abordan el estudio de la responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedad de capital y el seguro de D&O.

ELGUERO, J M.: “D&O: más reclamaciones, mayor contratación y mejores precios” En *Aseguranza*, Revista de los profesionales del seguro. Madrid. nº 111, Noviembre 2006 ; p. 30-31.

ENSEÑAT DE CARLOS, SYLVIA. “*Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana.*” Thomson Reuters Aranzadi 2016.

FALKOWSKI, ANTHONY J.: “*The Handling of a D&O claim: the insurer’s perspective*”: Orlando: RIMS, 1993.

FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales.* 2000.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J.: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O).* Granada, 1998.

FONT RIBAS, A.: “*La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades*”: en, “*La Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*”. Barcelona: Tecnos, 1999. p. 91-116

GÓMEZ-LLORENTE, M.M.: “*Responsabilidad civil y seguro*”, RDM, 116, 1970, págs. 305 a 309.

GÓMEZ-LLORENTE, M.M.: “*Responsabilidad civil de administradores: pólizas de seguro y perspectiva internacional*”: En revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. Madrid: INESE. Abril 1995; p. 232-237.

GÓMEZ-LLORENTE, M.M.: “*Responsabilidad civil de consejeros y directivos: visión del asegurador*”: U.S.A., Europa, España Madrid: AGERS, 1994.

GUERRERO LEBRÓN, M.: “*El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos Madrid*”: La Ley Actualidad, 2004.

GUERRERO TREVIJANO, CRISTINA. “*El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la Business Judgement Rule al ordenamiento español.*” Thomson Reuters Aranzadi 2015.

GUITART MARTÍN, A.: “*Responsabilidad civil de directivos y administradores*”, ICEA. Madrid, 1997.

HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “*El seguro de responsabilidad civil profesional de administradores y alta dirección de sociedades mercantiles: especial incidencia de su regulación legal*”, RES 71, 1992, págs. 51 a 90.

HENDRICKS, M.: “*Der D&O Prozess: Haftungsfragen einer neuen Haftpflichtpolice*”, VersW, 1996, págs. 566 a 568.

HUERTA VIESCA, MARÍA ISABEL; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, DANIEL. *“Responsabilidad de administradores: aportaciones del Tribunal Supremo en 2016 que se deben conocer.”* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (Wolters Kluwer). Revista N°: 27. Segundo semestre de 2017.

IRIBARREN BLANCO, M.: *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Thomson Civitas, 2005.

ITURMENDI MORALES, G.: *“El aseguramiento de la responsabilidad profesional de los administradores de las sociedades anónimas”*: Revista de Derecho de los Seguros Privados. Madrid. n° 3, Mayo-Junio 1994; p. 7-38.

ITURMENDI MORALES, G.: *“Gerencia de riesgos y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los consejeros y directivos”*: Madrid: AGERS, 1994.

ITURMENDI MORALES, G.: *“Responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”*, RES, 31, 1990, págs. 37 a 93.

KNEPPER, 2.E. y BAILEY, D.A.: *Liability of corporate officers and directors*, 2 vol., 5ª ed. Testville (Virginia), 1993.

KÜPPER, G.: *“Die neue Manager-Versicherung”*, VP, 1986, págs. 196 a 202.

LATTWEIN, A. y KRÜGER, B.: *“D&O: Von der Ablehnung wegen Unmoral bis zum Vorstand skonzept. Die Entwicklung der Haftpflicht-Versicherung für Manager am Deutschen Market”*, VersW, 1997, págs. 1366 a 1373.

LATTWEIN, A.: *“D&O Policen – Vermögensschadenhaftpflicht für Aufsichtsräte, Vorstände und Geschäftsführer”*, VP, 1998, págs. 86 a 89.

LLINÁS VILA, E.: *“Cobertura del riesgo de responsabilidad civil de los altos directivos”*, AA VV: Responsabilidades y obligaciones de directivos y administradores. Barcelona, 1996, págs. 171 a 189.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *“El Seguro de R.C. de los directivos y administradores (seguro D&O)”*: En: Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. Madrid: INESE. n° 1, Enero 2007; p. 4-24.

LÓPEZ-COBO, C.I.: *“Responsabilidad civil de administradores y directivos: notas para una cobertura”*, AA, págs. 44 a 46.

LÓPEZ LÓPEZ, HUGO; MARTÍNEZ CABALLERO, RAMÓN. *“Responsabilidad tributaria y mercantil de los administradores de sociedades que, teniendo deudas tributarias pendientes, hayan cesado en su actividad. Impuestos.”* LA LEY Revista N°: 10. Quincena del 16 al 31 May. 2008.

MALO VALENZUELA, MIGUEL ÁNGEL. *“Remedios frente al incumplimiento contractual. Derecho español, Derecho inglés y Draft Common Frame of Reference.”* Thomson Reuters Aranzadi 2016.

MARTÍN GIL, S.: *“Pólizas de altos cargos (D&O)”*, AA, 13, 1996, págs. II a VIII.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Coordinador. Autores: ALFONSO, AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA, SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, ALFREDO ÁVILA DE LA TORRE, FERNANDO BERNAD RIPOLL, ANA BELÉN CAMPUZANO LAGUILLO, SEBASTIÁN CUENCA MIRANDA, RAFAEL DEL CASTILLO IONOV, EMILIO DÍAZ RUIZ, FERNANDO DÍEZ ESTELLA, EMILIO EIRANOVA ENCINAS, JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, ALBERTO EMPARANZA SOBEJANO, JORGE FELIÚ REY, MARTA GARCÍA MANDALONIZ, VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, SARA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, RAMÓN HERNÁNDEZ PEÑASCO, LEÓN LÓPEZ IGLESIAS, ALFONSO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, JULIA MAS-GUINDAL GARCÍA, CHRISTIAN MESÍA MARTÍNEZ, IVÁN MILANS DEL BOSCH PORTOLES. RAFAEL MÍNGUEZ PRIETO, ENRIQUE MORENO DE LA SANTA GARCÍA, REYES PALÁ LAGUNA, ISABEL RAMOS HERRANZ, ARAD REISBERG, WOLF-GEORG RINGE, TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, ISABEL RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, SALVADOR RUS RUFINO, PATRICIA SANTOS RODRÍGUEZ, TERESA SERRANO SORDO, TINA CLARISSA SIEGER, MIGUEL UNCETA LABORDA, CARLOS VARGAS VASSEROT, JULIO VELOSO CARO, MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS. *“Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores.”* Thomson Reuters Aranzadi 2015.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, PABLO. *“La responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades: reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015.”* LA LEY mercantil. Revista N°: 26. Junio 2016.

MATEU DE ROS CEREZO, RAFAEL. *“Práctica de Gobierno Corporativo: La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y del Código de Buen Gobierno.”* Thomson Reuters Aranzadi 2015.

MONTELEONE, J.P. y CONCA, N.J.: *“Directors and Officers Indemnification and Liability Insurance: An Overview of Legal and Practical Issues”*, Bus. Law., 51, 1996, págs. 573 to 604.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO. Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. DICCIONARIO JURÍDICO REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN. Primera edición, 2016.

MÜLLER, R.: *“D&O-Versicherungen: Eine Frage der Unternehmenskultur”*, VersW, págs. 1718 y 1719.

PULGAR EZQUERRA, JUANA. *“Gobierno corporativo, sociedades cotizadas y proximidad de la insolvencia: Administradores, accionistas y acreedores.”* Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (Wolters Kluwer). Revista N°: 30. Primer semestre de 2019.

OLSON, J.F. y HATCH III, J.O.: *Director and officer Liability. Indemnification and Insurance*, 1998.

OMMESLAGHE, P.: “*L’assurance de la responsabilité civile des administrateurs et des commissaires de sociétés anonymes en Belgique*”, en AA VV: *Les assurances de l’entreprise. Actes du colloque tenu a l’Université libre de Bruxelles les 20 et 21 octobre 1988*. Bruxelles, 1988, págs. 57 a 92.

PAVELEK ZAMORA, E.: “*La Sentencia Banesto y el seguro de responsabilidad civil*” en *Gerencia de riesgos*: Madrid: Fundación MAPFRE Estudios. nº 70, 2º trimestre 2000; p. 39-45.

PÉREZ CARRILLO, E.F.: *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidades y aseguramiento*. Madrid, 1999.

PÉREZ CARRILLO, E. F.: *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en USA*. Marcial Pons

RONCERO SÁNCHEZ, A.: “*El Seguro de Responsabilidad Civil de Administradores de una Sociedad Anónima (Sujetos, Interés y Riesgo)*”, 346 págs., Aranzadi 2002.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: “*El seguro de responsabilidad civil de los administradores*”, 2ª edición, en *InDret*, Barcelona 2005, 39 págs.

RUANO MOCHALES, TERESA. *El administrador de la sociedad de capital frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance*. LA LEY mercantil (Wolters Kluwer), Revista Nº: 43. Enero 2018.

SAIZ PEÑA, CARLOS ALBERTO, Coordinador. Autores: PAULA ARMENTIA MORILLAS, JUAN CALDERÓN, FRANCISCO JAVIER CARBAYO, GIANLUCAD’ANTONIO, ALFONSO DÍEZ DE REVENGA RUIZ, ÁLVARO ECIJA BERNAL, MARTA ESCUDERO, JAVIER GÓMEZ, CARLOS GONZÁLEZ, JULIANA HEITOR, MARÍA HERNÁNDEZ, PAULA HERNÁNDEZ, MARÍA LÓPEZ, DANIEL OTERO, JAVIER PINILLOS, LUIS POSADO, ANDRÉS PUMARINO MENDOZA, JAVIER PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ, GUSTAVO RODRÍGUEZ, MANUEL ROJAS, ESMERALDA SARACÍBAR, HENRY VELÁSQUEZ YÁNEZ. “*Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa*.” Thomson Reuters Aranzadi 2015.

SÁNCHEZ CALERO, F.: “*Evolución de la responsabilidad civil de la empresa y su aseguramiento*”, (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.): en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*. Madrid, 1994, págs. 15 a 33.

SÁNCHEZ CALERO, F.: “*El Seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de las sociedades mercantiles*”.: En *Revista Española de Seguros*. Madrid. nº 107, Julio-Septiembre 2001.

SANTOS BRIZ, J.”*Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles*”, RDP, abril 1995, págs.315 a 326.

SCHILLING, J.: *“Managerhaftung: Die Regulierung von Haftungsfällen in der D&O – Versicherung”* VersW, 1999, págs. 1074 y 1075.

TAPIA HERMIDA, A.: *“El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales”*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, 2015.

TETTAMANTI, B., WENGER, R. (coord): *Directors and officers liability. Risks for enterprises with exposure in the United States*. Zürich, 1999

THÜMMEL, R.C. Y SPARBERG, M.: *“Haftungsrisiken der Vorstände, Geschäftsführer, Aufsichtsräte und Beiräte sowie deren Versicherbarkeit”*, DB, 1995, págs. 1013 a 1019.

THÜMMEL, R.C.: *Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten: Haftungsrisiken und D&O-Versicherung*, 2ª ed. Stuttgart, 1998.

TOMBARI, U.: *“L’assicurazione della responsabilità civile degli amministratori di società per azioni”*, BBTC, 2, 1999, PGS. 180 A 211.

TOWLE, THOMAS L.: *“Anatomy of a D&O claim”*: Orlando: RIMS, 1993.

TRAPPE, H.J.: *Vorstände und Aufsichtsräte – ein unversicherbares Risiko?*, VP, 1994, págs. 37 y 38.

VEIGA COPO, ABEL B. *“Tratado del Contrato de Seguro”*. Civitas Thomson Reuters 2016.

VETTER E.: *“Aktienrechtliche Probleme der D&O Versicherung”*, AG, 10, 2000, págs. 453 a 458.

VILATA MENADAS, SALVADOR. *“La responsabilidad civil del administrador de la persona jurídica. Práctica de Tribunales,”* LA LEY. Revista N°: 121, del 1 Jul. al 1 Ago. 2016.

WOLLNY, P.: *Die directors´ and officers´ liability insurance in der Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung): Vorbild für eine Aufsichtsratshaftpflichtversicherung in Deutschland?* Frankfurt a. M.; 1993.

YOUNGMANN, I.: *Directors´ and officers´ liability insurance: a guide to international practice*, 2ª ed. Boca Raton-Boston-New York-Washington, 1999.

Este libro es un instrumento imprescindible para la puesta al día tanto en el régimen de la responsabilidad civil de los administradores y directivos de las sociedades de capital y su aseguramiento. Se trata de una de las cuestiones más actuales del derecho civil y mercantil, desde la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas en 1989. El progresivo endurecimiento de sus responsabilidades, las facilidades procesales para reclamar a los altos cargos por presuntas negligencias y el interés de la judicatura por el tema, hace que la responsabilidad civil de los D&O's esté de permanente actualidad. Las reformas del Código Penal, la aprobación de la Ley 1/2019 de Secretos Empresariales, las obligaciones tributarias de la sociedad y la gestión social de la empresa en el más amplio sentido, acreditan su importancia.

Se abordan cuestiones decisivas para el control del riesgo tales como como la ética empresarial, la responsabilidad social corporativa, los modelos de gobierno corporativo, la gobernanza, la lucha contra la corrupción, la honorabilidad y aptitud de quienes ejerzan la dirección y la divulgación de la información no financiera de la Ley 11/2018, así como los escenarios de responsabilidad, tanto por descapitalización de la sociedad, como por infracción de ley, estatutos e incumplimiento de las obligaciones de los administradores, el criterio de imputación genérico del ordenado empresario y la protección de la discrecionalidad empresarial, sus requisitos y la carga de la prueba. Una responsabilidad marcada por su carácter solidario e independiente, cuya exigencia afecta tanto a los administradores de hecho, como de derecho y al administrador persona jurídica, siempre que concurren los requisitos analizados con detenimiento (delitos relacionados con la actividad típica de los administradores, blanqueo de capitales, sanciones, deber de lealtad, secreto empresarial, deber de evitar conflictos de interés, prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y la condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio y prohibición de competencia).

Se estudia en profundidad el seguro de D&O (Directors & Officers) a través del análisis de sus coberturas y exclusiones, pero abordando los efectos prácticos que presentan cuestiones tan actuales como el dolo, las fianzas, los gastos de defensa jurídica, las sanciones y la relación entre el seguro de D&O y los programas de compliance de la organización. Los recientes cargos creados en el seno de las organizaciones –como el Chief Agile Officer o el Chief Experience Officer- revelan la actualidad en el tratamiento del seguro de administradores y consejeros.

La obra permite conocer con detalle el régimen de responsabilidad civil de los administradores y consejeros y las soluciones aseguradoras, desde la experiencia de sus autores, que buscan un enfoque pragmático de solución a las cuestiones actuales en la materia.