



GONZALO ITURMENDI MORALES
SECRETARIO GENERAL DE AGERS

Reforma para las buenas prácticas de gobierno corporativo

SE ENCUENTRA EN TRÁMITE PARLAMENTARIO el Proyecto de Ley que pretende modificar la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, una reforma que se aplicará tanto a las sociedades cotizadas, como a las restantes sociedades de capital, con el objetivo de mejorar las buenas prácticas empresariales, tanto en sede de junta general como de órgano de administración. Un marco jurídico mejorado, más garantista para los grupos de interés afectados, pero también más exigente respecto de los deberes de los administradores en el desempeño de sus cargos. Al fin, una reforma que exigirá la revisión de todos los condicionados del seguro de D&O (Directors and Officers), término anglosajón atribuido al Seguro de Responsabilidad Civil (RC) de los administradores y directivos de las sociedades de capital.

Desde el punto de vista de la gestión del riesgo la ecuación es fácilmente comprensible. Así, cuanto mejor sea el estándar de cumplimiento de las normas de buen gobierno de la alta dirección, menor será la exposición al riesgo -en frecuencia e intensidad- de RC de los administradores y directivos de las empresas. La mayor exigencia en los programas de control de cumplimiento de buen gobierno corporativo se basa en el convencimiento generalizado de la utilidad de este tipo de prácticas empresariales y en la generación de valor en la empresa, su mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.

Las modificaciones del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), afectarán a la Junta General de Accionistas y las relacionadas con el Consejo de Administración. Particularmente, existen novedades previstas que inciden en la responsabilidad de la alta dirección y por tanto al Seguro de RC de los administradores y directivos.

El deber de diligencia de los administradores se basa en la necesidad de tener la dedicación adecuada para adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. Ante una reclamación, si el administrador pretende exonerar su responsabilidad, no puede alegar falta de información, ya que 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. 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 en el ámbito de discrecionalidad empresarial las decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas.

DEBER DE LEALTAD Y SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

El proyecto de reforma introduce una novedad respecto del deber de lealtad, en tanto en cuanto la infracción del mismo 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. El deber de lealtad obliga al administrador a no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas, 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, 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, desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros y, finalmente, 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.

Mención especial supone el deber de evitar situaciones de conflicto de interés que obliga al administrador y las personas vinculadas al mismo para abstenerse de:

- a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados.
- 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.

- 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.

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, debiendo ser objeto de información en la memoria todas las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores.

La propuesta de reforma hace especial hincapié en que el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es de carácter imperativo, es decir, no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo. Se exceptúa del carácter imperativo y por tanto la sociedad puede dispensar de las prohibiciones de conflicto de interés, 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, así como la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. En tales casos la autorización deberá ser expresa y 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 10% 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 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. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa 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. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la Junta General. En todo caso, a instancia de cualquier socio, dicha Junta resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle acti-

vidades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

CAMBIOS EN LOS SEGUROS DE D&O

En comparación con la situación actual, la reforma en trámite parlamentario facilita el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los accionistas minoritarios. Así, el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la Junta General, podrán también entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convoquen 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. Estos socios 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. 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, salvo que esta haya obtenido el reembolso completo de estos gastos o el ofrecimiento de reembolso de los gastos haya sido incondicional.

Conviene contemplar esta futura regulación mercantil sin perder de vista las novedades que se introducirán en el previsible nuevo marco normativo penal en materia prevención de delitos susceptibles de imputación a las personas jurídicas, con los modelos de prevención de delitos que serán obligatorios en todas las empresas. No olvidemos que la reforma penal -cuya aprobación se espera en los próximos meses- traerá consigo novedades que modificarán los seguros de D&O.

- 1/ El compliance penal adecuado podrá considerarse circunstancia eximente de la responsabilidad penal, cuando antes era solo atenuante.
- 2/ Se tipifica un nuevo delito por incumplimiento del deber de vigilancia y control en personas jurídicas, dirigido "al representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica".
- 3/ Se agravan los delitos económicos susceptibles de imputación a los administradores y directivos.

Todos buscamos un gobierno corporativo que permita a las empresas estar dirigidas y controladas eficazmente de acuerdo con unas reglas óptimas de cumplimiento ético y legal, en sus relaciones entre los administradores, los directivos, sus accionistas y otras partes interesadas. Los cambios legislativos de los próximos meses suponen la exigencia de nuevos sistemas de verificación de cumplimiento mercantil y penal que incidirán directamente en los seguros de D&O, con la necesaria actualización de estos contratos. □