

**¿Qué novedades legislativas afectan a la  
responsabilidad civil de administradores,  
consejeros y directivos de empresas?**

**D. Ignacio Figuerol**  
*Abogado - Socio*  
**DAVIES ARNOLD COOPER**



Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES, CONSEJEROS Y  
DIRECTIVOS**

**1 DE JULIO Y 2 DE JULIO DE 2004, MADRID**

**¿Qué novedades legislativas afectan a la responsabilidad civil de  
administradores, consejeros y directivos de empresas?**

**Ignacio Figuerol, Socio de Davies Arnold Cooper Abogados**

A lo largo de la próxima media hora, me corresponde hablar de las novedades legislativas que afecta al ámbito de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades. De entre cuestiones, unas son más "novedosas", como la modificación de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia de julio de 2003, y otras no tanto, como lo relativo a los delitos societarios introducidos en el Código Penal de 1995, si bien creo que podemos afirmar que es ahora cuando estamos presenciando las verdaderas consecuencias prácticas de dicha reforma.

Finalmente, comentaremos la situación en Inglaterra a raíz del Informe Higos y el nuevo "Combined Code" de noviembre de 2003.

**1.- LA LEY FINANCIERA Y LA RC DE ADMINISTRADORES**

La Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, promulgada tras una serie de escándalos financieros, tenía, entre sus objetivos, reforzar la protección del inversor, impulsando normas de transparencia y reconociendo que la información es un bien de enorme valor.

**MADRID**  
Paseo de la Castellana 20  
2ª Planta  
28046 Madrid

T +34 91 781 6300  
F +34 91 576 8669  
E [dacmadrid@dacspain.com](mailto:dacmadrid@dacspain.com)

**LONDON**  
6-8 Bouverie Street  
London EC4Y 8DD

T +44(0)20 7936 2222  
F +44 (0)20 7936 2020  
DX 172  
E [dadon@dac.co.uk](mailto:dadon@dac.co.uk)

**LONDON MARKET**  
85 Gracechurch Street  
London EC3V 0AA  
T +44(0)20 7936 2222  
F +44 (0)20 7936 2020  
E [dadon@dac.co.uk](mailto:dadon@dac.co.uk)

**MANCHESTER**  
60 Fountain Street  
Manchester M2 2FE

T +44(0)161 839 8396  
F +44 (0)161 839 8309  
MDX 14363 Manchester  
E [dacman@dac.co.uk](mailto:dacman@dac.co.uk)

[www.dac.co.uk](http://www.dac.co.uk)

Así, la Ley Financiera vino a imponer normas de transparencia en las operaciones vinculadas, de manera que se intentaran evitar abusos por parte de directivos y consejeros en contra de los intereses de los accionistas. En la práctica, esto se traduce en una obligación de informar sobre las operaciones entre las entidades cotizadas, sus directivos y sus accionistas significativos.

Asimismo, la Ley refuerza la regulación de la información relevante y de la información privilegiada, con el fin de evitar la pérdida de integridad de los mercados y la falta de confianza entre los inversores. Para ello, extendía el concepto de información privilegiada y desarrollaba de forma muy detallada la información relevante que es de obligada comunicación al mercado, de forma universal.

Además, establecía medidas preventivas de organización de las entidades que prestan servicios en los mercados de valores, de forma que se impida la filtración de información entre las distintas áreas de una entidad o entre entidades de un mismo grupo ("murallas chinas").

La Ley extendía expresamente las anteriores obligaciones de actuación con transparencia a los directivos, administradores y empleados de las sociedades cotizadas. A todos ellos se les prohíbe también el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores (la manipulación de cotizaciones).

La Ley Financiera también vino a imponer la creación de los Comités de Auditoría así como la redacción de Reglamentos Internos de Conducta, debiendo éstos ser conocidos, comprendidos y aceptados por todas las personas pertenecientes a la organización a los que resultare de aplicación.

En definitiva, la Ley Financiera no incidió directamente en el tratamiento de la responsabilidad de administradores y directivos de las sociedades cotizadas, pero sí les

impuso una serie de deberes y prohibiciones, todo ello en aras de la transparencia y la protección de los mercados.

A ello se unió un refuerzo de las facultades de control de la CNMV. En este sentido, ignoro si este refuerzo de las facultades de control fue la causa del incremento de expedientes sancionados en el año 2002, pero lo cierto es que las estadísticas son significativas (datos según la Memoria de la CNMV para 2002):

<b>Infracciones objeto de apertura de expediente:</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>
Muy graves:	5	21
Graves:	1	29
Leves:	-	4

## 2.- LA LEY DE TRANSPARENCIA: MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE RC PARA ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS

Paralelamente a la elaboración de la Ley Financiera, se promovió en el Congreso, en abril de 2002, la creación de una Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, con fines análogos a los de la Ley Financiera. La comisión de expertos, presidida por D. Enrique Aldama, presentó a principios de 2003 un informe que recogía una serie de recomendaciones para la mejora del gobierno corporativo en las sociedades cotizadas.

El Informe Aldama, al igual que el Informe Olivencia, se articula sobre el principio de libertad y, por tanto, apuesta por la autorregulación de las sociedades. No obstante, se ponía de manifiesto que, para evitar que la autorregulación pudiera dar lugar a la autoprotección, era conveniente un soporte legal en el ámbito del fomento de la transparencia, de modo ciertas cuestiones no quedaran totalmente a la voluntad de las empresas cotizadas.

Las conclusiones de dicha comisión dieron lugar a la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como Ley de Transparencia, que recoge las recomendaciones del Informe Aldama que se consideraba debían tener soporte legal, y así se modifica la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores, fundamentalmente en relación con los siguientes puntos:

1. Deberes de información y transparencia (la obligación de explicar el grado de cumplimiento de los criterios de buen gobierno).
2. Definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses.
3. La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo (reglamentos de la Junta y del Consejo).

Centrándonos estrictamente en lo relativo a la responsabilidad de los administradores, la Ley de Transparencia ha modificado lo relativo a los deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades anónimas en general, es decir, tanto de las sociedades cotizadas como de las no cotizadas, lo que supone una reforma más allá de la propugnada por el Informe Aldama, que versaba únicamente sobre buen gobierno en sociedades cotizadas.

### **Ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad**

Si bien el Proyecto de Ley de Transparencia extendía la aplicación de la normativa a quienes ostentaran cargos de dirección en las sociedades, a las personas físicas que representan a un administrador persona jurídica e incluso a los administradores de la sociedad dominante, finalmente la Ley ha optado por un modelo más conservador. De ese modo, quedarán sujetos al régimen de responsabilidad establecido los administradores de la sociedad así como, y esta es la única novedad, quienes actúen como administrador de hecho de la sociedad.

La ley no define al “administrador de hecho”. Parece que debe entenderse por tal quien impone o influye en las decisiones que adopta el órgano de administración o ejercita el poder de administración, es decir, que ejerza las funciones propias de un administrador. Sin embargo, habrá que esperar a que nuestros tribunales civiles interpreten este concepto.

A primera vista, el reconocimiento en la legislación mercantil del administrador de hecho suscita dudas acerca de algunas figuras y la posible aplicación a las mismas del régimen de responsabilidad de administradores.

#### Asesores externos del consejo

En las últimas renovaciones de las pólizas de D&O, algunas compañías han comunicado el nombramiento de “asesores externos del consejo”. Estos “asesores” suelen ser empresarios y profesionales de experiencia y reconocido prestigio, cuya función es facilitar la toma de decisiones por el Consejo de Administración. A estos efectos, asisten a las reuniones del Consejo con voz, pero sin voto. La relación que les une con la compañía suele ser un contrato de arrendamiento de servicios, similar al de cualquier profesional contratado por la sociedad. Sin embargo, no parece que su función pueda concretarse o reducirse a una actuación exclusivamente de asesoramiento profesional (es decir, totalmente ajena al D&O), puesto que al participar en las deliberaciones del consejo, en cierto modo, desarrollan parte de las tareas propias de un administrador. Dependiendo de cómo se perfile jurisprudencialmente la figura del administrador de hecho, el “asesor externo del consejo” podría ser considerado como un administrador de hecho y, por tanto, quedar sujeto al mismo régimen de responsabilidad.

#### Personas físicas representantes del administrador persona jurídica

Parece que no deberían quedar sujeto al régimen de responsabilidad, puesto que fueron suprimidos específicamente de la reforma, pero no cabe descartar que, en la medida en que su función es representar al administrador persona jurídica para el ejercicio efectivo

y material de las funciones propias del cargo (art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil), nuestros tribunales acaben considerándolos como administradores de hecho.

### **Nuevos deberes de los administradores**

#### **Deber de diligente administración (art. 127 LSA)**

Los administradores siguen teniendo que desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. La novedad reside en la obligación de cada administrador de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad.

La cuestión es cuáles son los límites de esa obligación de informarse. Dicho de otro modo, ¿debe cada administrador estar completamente al cabo de la calle de absolutamente todo cuanto acontece en todos los ámbitos de la sociedad?

En mi opinión, ello no es exigible porque, entre otras cosas, no guardaría correlación con la función general de supervisión y control que, de acuerdo con Olivencia, deben desarrollar los Consejos de una sociedad que tenga ya una cierta dimensión. Así pues, creo que, el deber de informarse de los administradores deberá tener como límite, en función de las circunstancias de cada concreto, aquel nivel de información que les permita actuar como “un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial” (Informe Olivencia, 1. Misión del Consejo de Administración)

#### **Deber de fidelidad (art. 127 bis LSA)**

Se establece que los administradores deberán cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como el interés de la sociedad.

Se trata, pues, de que los administradores deben perseguir el interés social. La cuestión ahora es determinar qué se entiende por "interés social", en vista de la redacción de este precepto legal. El Proyecto de Ley de Transparencia definía hacía coincidir el interés social con el "interés común de los accionistas". Tal vez la Ley, en su redacción definitiva, haya pretendido enfatizar la idea de que el interés social trasciende al interés de los accionistas, de modo que los administradores, al realizar un acto o adoptar un acuerdo, deben tener en cuenta también los intereses de los stakeholders (empleados, proveedores, acreedores, etc.).

En mi opinión, la ley debería dar prioridad a los intereses de los accionistas, de modo que los administradores debieran perseguir su interés (el del accionista), desde luego, no a toda costa y sin considerar a los demás elementos que integran la empresa, pero sí en términos de maximización del valor de la empresa.

#### Deber de lealtad (art. 127 ter LSA)

El deber de lealtad, que carece de precedentes en nuestra legislación, conlleva lo siguiente:

- La no utilización del nombre de la sociedad o de su condición de administrador para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas vinculadas o invocando su condición de administrador de aquélla.
- La no realización de inversiones u operaciones ligadas a bienes de la sociedad, ofrecidas o de interés para la sociedad y que ésta no haya desestimado sin mediar influencia del administrador.
- La comunicación a la sociedad de situaciones de conflicto de interés, y la abstención de intervenir en las operaciones en que se materialicen esos conflictos.



- La comunicación de la participación en el capital de sociedades con el mismo, análogo o complementario género de actividad, así como los cargos o funciones que en ellas desempeñe, y la realización por cuenta propia o ajena del mismo, análogo o complementario género de actividad del que constituya el objeto social.

#### Deber de secreto (art. 127 quáter LSA)

Finalmente, la Ley de Transparencia mantiene el deber de secreto de los administradores sobre informaciones confidenciales (antiguo art. 127.2), incluso aún después de cesar en sus funciones. Además ahora los administradores deberán guardar reserva sobre cualquier tipo de información, datos, informes o antecedentes de que tuvieran conocimiento por el ejercicio de su cargo, sin que los mismos puedan ser divulgados a terceros cuando puedan tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Se exceptúan los supuestos en que las leyes permitan la divulgación de dichas informaciones.

En el caso de administradores que sean personas jurídicas, la obligación recaerá sobre el representante de la persona jurídica.

#### **Régimen de responsabilidad: ¿responsabilidad objetiva?**

Ampliando el régimen de responsabilidad para los administradores de las sociedades anónimas, se establece ahora que éstos responderán frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores sociales por el daño causado por actos contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Así pues, el elemento determinante será el incumplimiento por un administrador de los deberes que hemos comentado. Y, en vista de cómo se configuran estos deberes, parecen alumbrarse dos ámbitos de responsabilidades: una, en caso de infracción del

deber de administración diligente; otra, en caso de infracción de otros deberes, pero esencialmente, del deber de lealtad.

Lógicamente, esto hace que nos planteemos si cabe hablar de una responsabilidad objetiva o quasi objetiva en caso de infracción del deber de lealtad, que opere con independencia de la mayor o menor diligencia empleada por el administrador (se estaría sosteniendo que la culpa consiste en el incumplimiento). Si se aceptara esta tesis, desaparecería la culpa o negligencia como requisito para la responsabilidad.

En mi opinión, y sin perjuicio de lo que diré a continuación, no creo que debamos llegar a soluciones que prescindan de la necesidad de cierto grado de culpa. En otros ámbitos, nuestros tribunales han insistido en que *la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo.*

Dicho esto, justo es reconocer que, desde un punto de vista moral, parece mucho más reprobable una conducta que suponga una infracción del deber de lealtad o del deber de fidelidad, que una actuación negligente en el curso de la actividad de la empresa.

Por este motivo, entiendo que debería facilitarse de modo singular los procedimientos y requisitos de exigencia de responsabilidad por deslealtad. A estos efectos, cabría ampliar la legitimación activa o establecer una inversión de la carga de la prueba, por ejemplo. Igualmente, cabría en estos casos reforzar el sistema de sanciones mediante la aplicación de daños punitivos o ejemplarizantes, o multas privadas.

En mi opinión, la ausencia de un sistema de sanciones podría mermar la eficacia preventiva o disuasoria de la nueva normativa (¿por qué no voy a intentar beneficiarme de una oportunidad de negocio si lo peor que puede pasarme es que tenga que devolver el beneficio que he obtenido?).

El endurecimiento del régimen de responsabilidad de administradores también tiene su lado negativo. De una parte, hace que personas capaces y expertas no deseen ocupar estos cargos por el miedo, lógico y comprensible, a la responsabilidad. De otra, puede hacer que los administradores, ante el riesgo de equivocarse, rechacen cualquier proyecto de inversión o cualquier operación que conlleve el más mínimo riesgo. No cabe duda que la administración de una empresa requiere, en ocasiones, de audacia.

Para salvar esta problemática, la jurisprudencia norteamericana desarrolló la teoría del *business judgment rule*, que exime de responsabilidad a los administradores y directivos de una sociedad en aquellos supuestos en que éstos actúan de buena fe y dentro del ámbito de sus facultades. Dicho de otro modo, se trataría de permitir un cierto espacio de inmunidad en relación con las decisiones empresariales, para proteger la discrecionalidad técnica de los administradores. Por supuesto, la defensa del *business judgment rule* no aplica en caso de infracción del deber de lealtad.

En mi opinión, la reforma de julio del año pasado ha dejado pasar una excelente oportunidad para incorporar a nuestro ordenamiento esta doctrina.

### **Administradores de sociedades anónimas vs administradores de sociedades limitadas**

Hasta ahora, los administradores de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada venían obligados desempeñar el cargo en los mismos términos (los preceptos de la LSA y la LSRL eran idénticos) y quedaban sujetos al mismo ámbito de responsabilidad, puesto que, a estos efectos, la LSRL se remitía a los establecido para los administradores de la sociedad anónima (acción social e individual de responsabilidad).

Como hemos visto, la Ley de Transparencia ha modificado sustancialmente todo lo relativo al desempeño del cargo de administrador en toda sociedad anónima, desgranando todos esos deberes de nuevo cuño, elevando así el *standard* de diligencia. La LSRL, sin embargo, no ha sido objeto de reforma alguna, de modo que los

administradores de cualquier sociedad limitada permanecen sujetos al antiguo *standard* de diligencia.

Como sabemos, en la mayoría de casos, la operativa de una sociedad anónima no cotizada no dista mucho de la de una sociedad limitada. Sin embargo, la Ley de Transparencia ha creado una clara brecha entre los riesgos que entraña ser administrador en una sociedad anónima no cotizada y los que supone serlo en una limitada, sin que aparentemente exista razón práctica que lo justifique.

En mi opinión, la razón de ello es que la Ley de Transparencia a implementado para todas las sociedades anónimas las recomendaciones del Informe Aldama que estaban pensadas únicamente para sociedades cotizadas.

La cuestión es que, en definitiva, se ha "lastrado" a los administradores de todas las sociedades anónimas no cotizadas respecto de los de las sociedades limitadas. Tal vez ello motive más de una conversión.

### **3.- LOS DELITOS SOCIETARIOS INTRODUCIDOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995**

La regulación de los delitos societarios (entendidos, en general, como aquellas conductas desleales llevadas a cabo por quienes tienen encomendadas las funciones de gestión o administración de las empresas o participan de ellas) fue introducida por primera vez en el vigente Código Penal de 1995.

Pese a su relativamente corta andadura, hoy son numerosos los casos que llegan a los Tribunales. Basta un breve repaso a la prensa para observar la proliferación de causas abiertas contra administradores sociales de renombradas empresas. Pero es mucho más lo que no llega a la prensa. La verdad es que no he realizado el cálculo preciso, pero de los aproximadamente 150 siniestros de D&O en los que estoy asesorando a entidades aseguradoras, diría que el 75% tienen que ver con querellas por presuntos delitos societarios. Y es que, como veremos, el tipo de alguno de estos delitos es

relativamente indeterminado, lo cual permite "reconducir" casi cualquier conducta a uno de estos delitos. Esto también está fomentando el recurso a la denominada "querrela catalana".

Los delitos societarios regulados en el nuevo Código Penal son los siguientes:

a) Falsificación de Cuentas Anuales u otros documentos que reflejen la situación jurídica y económica de la entidad (art. 290 CP).

La falsificación debe ser idónea para causar un perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a terceros, no precisando que el perjuicio se materialice. Lleva aparejada pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses

En este respecto, me parece importante destacar que la nueva legislación en materia de gobierno corporativo exige la elaboración de abundante documentación acerca de las sociedades, lo cual amplía enormemente las posibilidades de que se presenten querellas presuntas falsedades en estos documentos si la información contenida en dichos documentos no es completa y veraz, y la experiencia demuestra que ello no es siempre así.

b) Imposición de acuerdos abusivos prevaleciéndose de situación mayoritaria en la Junta de Accionistas u Órgano de Administración (art. 291 CP).

La imposición ha de hacerse con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los restantes socios o de la sociedad. Si reporta un beneficio a la sociedad, no cabe el delito. Lleva aparejada la pena de prisión de 6 meses a 3 años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

c) Imposición o aprovechamiento para si o para un tercero de un acuerdo lesivo (art. 292 CP).

Debe hacerse en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios. El acuerdo debe adoptarse por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes carezcan legalmente del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante.

Lleva aparejada la pena de prisión de 6 meses a 3 años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

d) Negar o impedir a un socio, sin causa legal alguna, el ejercicio de sus derechos (art. 293 CP).

Se refiere tanto a derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o la suscripción preferente de acciones (básicamente los derechos del art. 48 de la LSA).

Lleva aparejada la pena de prisión de 6 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses.

e) Negar o impedir la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras (art. 294 CP).

Hace referencia a sociedades sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa.

El juez podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

- clausura temporal (no podrá exceder de cinco años) o definitiva, de la empresa, sus locales o establecimientos.
- disolución de la sociedad o suspensión de sus actividades.
- prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o encubierto el delito.

- intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores y acreedores.

f) Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta (art. 295 CP).

La disposición ha de ser en beneficio propio o de un tercero y abusando de las funciones propias del cargo. Ha de causar directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, y lleva aparejada la pena de prisión de 6 meses a 4 años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

#### **4. TEORÍA JURISPRUDENCIAL DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO**

La doctrina del levantamiento del velo tiene que ver más con los socios o accionistas de las sociedades que con los administradores. En definitiva, se trata de evitar el abuso de una fórmula puramente jurídica (un vehículo societario) para impedir ficciones fraudulentas, desvelando las verdaderas situaciones en orden a la personalidad. La idea es que no quepa alegar separación de patrimonios (el de la sociedad y el del socio) cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende un fin fraudulento, como dejar de cumplir un contrato, eludir una responsabilidad, etc.

#### ***CASO PRÁCTICO: SITUACIÓN EL REINO UNIDO. EL INFORME HIGGS: SU IMPACTO EN EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS BRITÁNICAS Y LAS REPERCUSIONES EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES DE COMPAÑÍAS.***

El informe Higgs, publicado en enero de 2003, fue el último de una serie de informes elaborados por autores relevantes e independientes en los últimos 10 años: gobierno corporativo (Cardbury), retribución de consejeros (Greenbury), el papel de los consejeros no ejecutivos (Hampel), gestión de riesgos (Turnbull).

Con este informe, Derek Higgs intentó reforzar el código ya existente a través de una serie de recomendaciones, cuyas claves se pueden resumir de la siguiente manera:

- Al menos la mitad del Consejo debe estar compuesto por consejeros no ejecutivos con un protagonismo y unas tareas más amplias y con un mayor contacto con los accionistas.
- Se deben establecer criterios que refuercen la independencia (por ejemplo, los consejeros no ejecutivos no deben tener opciones sobre acciones) y la conveniencia de consejeros no ejecutivos.
- Las figuras de Presidente del Consejo y Consejero Delegado no deben coincidir en una misma persona.
- Deben existir Comités, a través de los cuales los consejeros no ejecutivos pudieran participar en el nombramiento de consejeros, en los niveles de remuneración y en el nombramiento y supervisión de auditores externos.
- Deben aumentarse los requisitos formales para la selección de consejeros no ejecutivos (hay que apartarse de los nombramientos por amistad).
- A los consejeros no ejecutivos se les debe orientar sobre las posibles responsabilidades en que pueden incurrir. Con la intención de reducir su exposición a dichas responsabilidades, hay que enfatizar en que los consejeros no ejecutivos tienen un menor conocimiento sobre los negocios de la compañía.
- Las compañías deben comprar seguros de directivos y administradores apropiados.

Higgs expone en su informe que todos los consejeros deben:

- Proporcionar un liderazgo empresarial que se sostenga por controles prudentes y efectivos.
- Establecer las metas estratégicas de la compañía y asegurar los recursos adecuados.
- Establecer sus valores y estándares.



**Además de lo anterior, el consejero no ejecutivo debe:**

- Cuestionar de manera constructiva la estrategia y proponer nuevas ideas.
- Examinar la actuación de la dirección y supervisar las informaciones.
- Asegurarse de la veracidad de toda información financiera y de que los controles financieros y los sistemas de gestión de riesgo son sólidos y defendibles.
- Determinar niveles apropiados de remuneración para consejeros ejecutivos y tener un importante protagonismo en el nombramiento y sustitución de los mismos.

Cualquier consejero debe ser independiente en juicio, estar bien informado sobre la compañía y su entorno con un importante dominio sobre temas de negocio relevantes.

Higgs acentuó la necesidad de formación de los consejeros no ejecutivos para su posterior aportación a la compañía (refrescar sus conocimientos relevantes). También se recomienda que los consejeros no ejecutivos, antes de aceptar el cargo, realicen una especie de examen de conciencia, formulándose las siguientes preguntas:

- ¿Tienen conocimientos, habilidad, experiencia y tiempo suficiente para hacer una aportación positiva al Consejo?
- ¿Cumple con los requisitos para el puesto de consejero no ejecutivo?
- Otras preguntas relacionadas con la integridad y seguridad de la compañía.

**El Código Combinado entró en vigor el 1 de noviembre de 2003, tras seis meses de consultas. Se basa principalmente en las propuestas de los Informes de Higgs y Smith.**

El nuevo código establece una guía respecto del gobierno corporativo para empresas cotizadas en el Reino Unido. Tal y como señalaba Higgs en su informe, no es obligatorio cumplir con lo establecido en el presente código, de manera que no hay ningún tipo de

sanción legal en caso de incumplimiento. La idea es o cumples con lo dispuesto en el código, o explicas porque no cumples.

**Los principales cambios en el nuevo código son los siguientes:**

### **Consejeros no ejecutivos**

#### Composición en el Consejo

- Al menos la mitad de los miembros del Consejo (sin contar con el Presidente) deben ser consejeros no ejecutivos independientes.

#### Papel del consejero no ejecutivo

- Los consejeros no ejecutivos deben contribuir a la estrategia de la compañía.
- Los consejeros no ejecutivos deben supervisar la actuación de la dirección ejecutiva.
- Los consejeros no ejecutivos deben contribuir al nombramiento y destitución de la dirección ejecutiva, y determinar su remuneración.
- Los consejeros no ejecutivos deben estar bien informados sobre la compañía.
- Los consejeros no ejecutivos deben tener un importante dominio sobre los negocios relevantes de la compañía.

#### Independencia de consejeros no ejecutivos

- El nuevo código prevé que la independencia del consejero no ejecutivo la determinará el Consejo.

#### Nombramiento de consejeros no ejecutivos

- El código incluye la propuesta de Higgs sobre el listado de preguntas a realizar a los consejeros no ejecutivos:

#### Remuneración del consejeros no ejecutivos

- El código prevé que los niveles de remuneración deben ser suficientes para atraer, motivar y retener a los consejeros no ejecutivos.
- Los consejeros no ejecutivos no deben tener opciones sobre acciones, a diferencia de los consejeros ejecutivos.

#### Responsabilidad y seguros

- La compañías deben contratar seguros de D&O apropiados.
- Debe informarse a los consejeros no ejecutivos sobre la cobertura del seguro de antes de su nombramiento.
- El nuevo código orienta sobre la responsabilidad del consejero no ejecutivo así como del cuidado y diligencia con la que debe desempeñar su cargo, en línea con lo dicho por Higgs.

#### Otras novedades destacables en el nuevo código son:

- El código autoriza a que, en circunstancias excepcionales y con una comunicación apropiada a los accionistas, el principio de separación de los cargos de Presidente del Consejo y Consejero Delegado puede ser apropiado.
- No habrá restricción de consejeros en los tres comités del Consejo
- Los principales consejeros no ejecutivos deben ser nombrados como interlocutores de los accionistas
- Los consejeros no ejecutivos deben estar sujetos a reelecciones anuales después de nueve años de servicios.
- El Consejo debe llevar a cabo unan evaluación anual de las actuaciones de los comités y de los consejeros.

- El Presidente del Consejo puede encabezar los comités de nombramiento, excepto cuando designen a su sucesor.

## CONCLUSIONES

La Ley de Transparencia ha venido a endurecer el régimen de responsabilidad de los administradores. En cualquier caso, cabe esperar una mayor transparencia en la gestión de las empresas, lo que debería redundar en un menor número de reclamaciones contra administradores. No obstante, bajo el nuevo régimen legal, si la información no es completa y veraz, y la experiencia demuestra que ello no es siempre así, el riesgo de reclamación es mucho mayor. Además, los nuevos deberes de información suponen la elaboración por parte de las compañías de más informes y documentos, que, desde luego, serán empleados por los reclamantes para articular sus reclamaciones.