

**La empresa cotizada y las situaciones de  
mayor riesgo ante posibles demandas  
por responsabilidad civil**

**D. Fernando Igartua Arregui**

*Socio – Director del Departamento de Servicios  
Financieros*

**GOMEZ-ACEBO & POMBO, ABOGADOS**

*Presidente del INSTITUTO DE CONSEJEROS  
- ADMINISTRADORES*



# El Gobierno Corporativo y la Responsabilidad Civil de Administradores, Consejeros y Directivos

## La empresa cotizada y las situaciones de mayor riesgo ante posibles demandas por responsabilidad civil

Fernando Igartua

figartua@gomezacebo-pombo.com

Recoletos

1 de julio de 2004

**GOMEZ-ACEBO & POMBO**  
ABOGADOS

**ICA** Instituto de  
Consejeros-Administradores

[www.iconsejeros.com](http://www.iconsejeros.com)

## Índice

1. Deberes de Fidelidad
2. Deberes de Diligencia
3. Deberes de Lealtad
4. Conflicto de Intereses
5. Riesgos Específicos

**GOMEZ-ACEBO & POMBO**  
ABOGADOS

**ICA** Instituto de  
Consejeros-Administradores

## Deberes de Fidelidad

- La doctrina afirma la naturaleza contractual de los deberes de los Administradores. Ahora es indudable que la ley (LSA) íntegra parcialmente y de manera imperativa su contenido: el desempeño del cargo de Administrador constituye una función: proteger el interés social.
- La Ley 26/2003 ¿ha optado? por el interés de la Sociedad frente al "interés común de los socios " que supone un entendimiento del interés social en clave contractual y no en clave instrumental o institucional del interés de la empresa (trabajadores, consumidores, accionistas, etc.).

Los Administradores deben siempre hacer que prevalezca el interés de la Sociedad sobre el suyo propio. Esta exigencia se conecta tanto con el deber diligencia como con el deber de lealtad.

## Deberes Fiduciarios: Diligencia y Lealtad (I)

- el **deber de diligencia** exige que los Administradores inviertan tiempo y esfuerzos suficientes en la gestión de la empresa.
- el **deber de lealtad** exige que los Administradores se abstengan de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la Sociedad.

## Deberes Fiduciarios: Diligencia y Lealtad (II)

- El art. 127 LSA consagra ambos tipos de deberes, pero el Informe Aldama abría la puerta a considerar la conveniencia (sistema anglosajón) de diferenciar el tratamiento por la infracción de uno u otro.
  - los actos de gestión indebida / maximizar el valor / **Deber de Diligencia**
  - los actos de apropiación indebida / procurar la correcta distribución del valor / **Deber de Lealtad**.
- La ley 26/2003 no ha diferenciado y sanciona igual la infracción de uno u otro deber cuando no parece ser lo mismo sancionar un error de criterio (esto podría provocar políticas muy conservadoras) que sancionar una apropiación de valor.
- La Ley no impide que el Juez revise decisiones de carácter meramente empresarial. El criterio del Juez no debería sustituir el criterio del empresario.

## Deberes de Diligencia

- El art. 127.2 LSA impone que **“cada uno de los Administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la Sociedad”**.
  - ❖ El Informe Aldama advirtió que el Administrador debe participar activamente en las reuniones del Consejo de Administración y como presupuesto debe informarse.
  - ❖ El deber de informarse es un contenido mínimo del deber de diligencia. El alcance dependerá de las circunstancias como la trascendencia de la decisión, la cuantía, el coste de obtener la información en relación con el resultado, etc.
  - ❖ Certificación del primer ejecutivo.

## Deberes de Diligencia

- **Otros criterios:**

- ❖ Normativa específica
  - Regulaciones sectoriales
  - Responsabilidad por el contenido de la página Web.
  - Regulaciones de otras jurisdicciones
- ❖ Exigencias del Reglamento Interno del Consejo de Administración
- ❖ Nuevas exigencias: el Programa de Compliance
- ❖ El programa de evaluación del Consejo y de los Consejeros
- ❖ Deberes de Diligencia

## Deberes de Diligencia

- Establecimiento del principio de **"cumplir o explicar"**
- Establecimiento de un **código de Gobierno Corporativo** como vara de medir, sobre todo respecto a cuestiones avanzadas:
  - ❖ Cláusulas de garantía o blindaje
  - ❖ Proceso para establecer la remuneración
  - ❖ Procedimientos de evaluación
  - ❖ Supuestos de dimisión obligada
  - ❖ Medidas para limitar riesgo de acumulación de poderes
  - ❖ Número y tipo de reuniones del Consejo
  - ❖ Existencia de certificación de cuentas
  - ❖ Medidas para la difusión de información equitativa y simétrica
  - ❖ Mecanismos para preservar la independencia del auditor, de los analistas financieros, de los bancos de inversión y de las agencias de calificación
  - ❖ Procedimiento de información y asesoramiento externo para los consejeros
  - ❖ Procedimiento para detectar y resolver los conflictos de intereses
  - ❖ Sistemas de control de riesgos

## Deberes de Lealtad (I)

- **Cláusula General**
- **El deber de lealtad impone a los Administradores, entre otras, la obligación de**
  - ejercitar las facultades para los fines para los que le fueron conferidos: evitar el abuso de facultades o la desviación de poder.
  - guardar confidencialidad con respecto a la información conocida por su cargo.
  - abstenerse de participar en deliberaciones y/o decisiones en las que pueda tener un interés personal de tipo patrimonial.

## Deberes de Lealtad (II)

- evitar las situaciones de conflicto de intereses, que se concreta en una serie de prohibiciones:
- a prohibición de realizar **operaciones vinculadas** con la Sociedad o su grupo.
- la prohibición de **explotar la posición** de Administrador en interés particular (prohibición de uso de activos sociales o de utilizar información confidencial en interés propio).
- la prohibición de aprovechar **las oportunidades del negocio** de la Sociedad o su grupo.
- la prohibición de entrar en **competencia** con la Sociedad o su grupo. (No es una prohibición absoluta).

## Soluciones posibles al conflicto de intereses

- **Prohibición**
- **Prohibición con autorización**
- **Actos autorizados**
  - Sistema de lista
  - Sistema de procedimiento y condiciones de la transacción (smell test + business judgement rule)
    - o Diversas combinaciones
  - Obligaciones de información

## Conflicto de Intereses (I)

- **Regulación confusa**
- **Obligaciones de información**
  - Participación en sociedades con el mismo análogo o complementario género de actividad y cargos que se ostentan
  - Realización del mismo análogo o complementario género de actividad por cuenta propia o ajena
  - Comunicar conflicto directo de intereses
- **Prohibiciones con autorización**
  - Aprovechamiento de oportunidades de negocio
- **Prohibiciones absolutas**
  - Aprovechamiento de la posición del Administrador
  - Abstención de intervenir en la operación en la que existe conflicto de intereses (sin excepción).
- **Necesidad de un procedimiento de autorización de situaciones de conflicto de intereses**

## Conflicto de Intereses (II)

- **Sociedades cotizadas: contradicción**

- Solicitud pública de representación = no ejercicio voto
  - Nombramiento o ratificación
  - Destitución, separación o cese
  - Ejercicio de acción social de responsabilidad
  - Aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el Administradores de que se trate, sociedades controladas por él o las que represente o personas que actúen por su cuenta
- Información en la memoria de la Sociedad de las operaciones cuando sean ajenas al tráfico ordinario de la Sociedad o no se realicen en condiciones normales de mercado. [Ley Financiera]
- Información en el informe de gobierno corporativo de las operaciones vinculadas
- Abstención en operaciones sobre acciones de la sociedad

## Conflicto de Intereses (III)

- **Aprovechamiento de oportunidades**

- ❖ Personas vinculadas

- Cónyuge o unión de hecho
- Familia del Administrador así como sus cónyuges
- Sociedades controladas por el Administrador
- Socios de control del Administrador persona jurídica
- Administradores de hecho o derecho, liquidadores o apoderados generales de Administrador persona jurídica
- Sociedades del mismo grupo y sus socios
- Personas vinculadas con el representante del Administrador persona jurídica



## Conflicto de Intereses (IV)

- **Riesgos específicos**

- ❖ Cambios de control en las sociedades
- ❖ Procesos de salida a bolsa
- ❖ Procesos de fusiones y adquisiciones
- ❖ Quiebra de la sociedad
- ❖ La posibilidad de acciones legales contra administradores y directivos por parte de accionistas o de terceros en el extranjero

- **Flujos de información y momento de la misma**

- **El papel de las comisiones del Consejo**

## Riesgos Específicos

### **CAMBIO DE CONTROL / ACUERDOS ESTRATÉGICOS / FUSIONES**

- **Necesidad de establecimiento de un procedimiento para la Gestión de Conflictos de Intereses**

- Especialidades del caso
  - Proceso de negociación
  - Regla de Pasividad
  - Situación amigable u hostil
- Información
  - Al Consejo
  - A los accionistas
  - A los auditores
- Verificación por auditores de la Sociedad
- Verificación por expertos independientes
- Obligación de abstención en la votación: Administradores conflictuados
- Necesidad de aprobación
  - Por el Consejo (previa o definitiva)
  - Por la Junta (en todos o en algunos casos)
- Consecuencias de la infracción de procedimiento

## Riesgos Específicos (II)

- **Procesos de salidas a Bolsa**
  - Examen de diferentes papeles de las Entidades financieras
  - Verificación de la información
    - ❖ Entidades Directoras
    - ❖ Sociedad
    - ❖ Accionista oferente
  - Diferencia entre OPV y OPS

## Riesgos Específicos (III)

- **Reforma de la responsabilidad por las deudas sociales en situaciones preconcursales y concursales (arts. 260.4 y 262.5 LSA).**
- **Obligatoriedad de presentar la declaración del concurso en caso de insolvencia actual.**
  1. Órgano competente: cfr. arts. 3 y 5 LC: en principio, corresponde al órgano administrativo. Pero el nuevo art. 262.5 parece da a entender que el acuerdo ha de ser de la Junta general: "Art. 262 LSA: ...."
  2. El retraso en la petición del concurso puede dar lugar a responsabilidad concursal, y a la aplicación del art. 262.5
  3. Propuesta interpretativa: es competente la Junta general, salvo que las circunstancias del caso aconsejen una rápida petición del concurso voluntario (arg. Ex art. 1715 CC)

## Riesgos Específicos (IV)

- **Responsabilidad de los administradores de la sociedad concursada**
  - (A) Para el ejercicio de la acción social de responsabilidad es competente, *además de la sociedad y la minoría, en su caso*, la administración concursal, de forma directa.
  - (B) Posibilidad de embargo de los bienes de administradores de hecho o derecho o quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración, si existe fundada sospecha de culpabilidad e insuficiencia de la masa.
  - (C) Declaración de concurso culpable:
    1. Presupuestos: dolo o culpa grave. Presunciones
    2. Consecuencias: inhabilitación y responsabilidad patrimonial total o parcial por las deudas sociales

## Riesgos Específicos (V)

- **Algunas decisiones jurisprudenciales recientes de interés. Disolución.**
  1. Flexibilidad en el cómputo de los plazos del art. 262 LSA (STS de 23 de enero de 2004).
  2. (B) Aplicación de la doctrina del abuso de derecho al acreedor que demanda a los administradores (STS de 16 de octubre de 2003), cuando conocía el estado de insolvencia de la sociedad cuando contrató con ella.