

CONSEJEROS Y DIRECTIVOS:
RESPONSABILIDAD, RIESGO Y PROTECCION
IDEAS BASICAS.

I N D I C E

- I. Introducción

- II. Aspectos legales
 - * Consejeros, Directivos, Administradores:
Altos Cargos.
 - * Obligaciones y Responsabilidad
 - * Solidaridad y Exoneración
 - * Acciones de Responsabilidad

- III. Elementos de Riesgo
 - * Factores Intrínsecos
 - * Situaciones Especiales

- IV. Pólizas de R.C. de Consejeros y Directivos
 - * Coberturas
 - * Exclusiones
 - * Ambito Territorial
 - * Ambito Temporal

- V. Resumen y Conclusiones

I. INTRODUCCION.

Hasta hace apenas tres años, el régimen legal de responsabilidad imputable a consejeros, directivos y demás altos cargos de una Sociedad Anónima venía recogido en la L.S.A. de 1951, y determinado por la mediación de "malicia, abuso de facultades o negligencia grave" en la comisión de un daño, lo que suponía una responsabilidad bastante limitada para los gestores de la sociedad, que en la mayor parte de los casos, se traducía en una responsabilidad penal (por estafa, alzamiento de bienes, etc..).

Este régimen de responsabilidad experimenta un cambio sustancial con el real decreto legislativo 1564/1989 de 22 de Diciembre, que al aprobar el nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, amplía profundamente la responsabilidad imputable a los gestores de Sociedades, sustituyendo el antiguo régimen de responsabilidad por uno mucho más severo que contempla, a diferencia del anterior, responsabilidad por culpa leve, al estar ésta responsabilidad determinada (Art. 133, L.S.A.) por "actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". Es especialmente este último requisito de la debida diligencia, y en ausencia de jurisprudencia que interprete la dimensión de este concepto, lo que más incertidumbre y expectación ha suscitado en torno al nuevo régimen de responsabilidad establecido en la L.S.A.

Esta reforma legal, que si bien sigue la trayectoria de la normativa comunitaria en esta materia llegando en ciertos aspectos aún más lejos, y que persigue como objetivo fundamental la obtención de un mayor control de las sociedades y de una mayor profesionalización de su tejido directivo, ha abierto, en definitiva, un amplio campo en el ámbito de la responsabilidad de consejeros y directivos, cuyas dimensiones están, hoy por hoy, sin delimitar.

II. ASPECTOS LEGALES.

En un tema como el que nos ocupa de enorme trascendencia legal, y que tantas páginas puede llenar, considero importante, en aras de la brevedad y concisión a que unas notas de este tipo por lógica obligan, centrarme directamente en cuatro áreas primordiales en la responsabilidad de consejeros y directivos: quiénes son, que obligaciones tienen y que responsabilidad les es imputable, que implica el principio de solidaridad y cuáles son los requisitos de exoneración, y finalmente, quiénes pueden pedirles responsabilidades y de qué modo.

A. Consejeros, Directivos, Administradores: Altos Cargos.

Si bien es cierto que la L.S.A. tan sólo habla de "Administradores" a la hora de establecer responsabilidad, en definitiva, ésta responsabilidad se extiende a todos los altos cargos de la entidad. Sin ir más lejos, y al instaurar el Art. 133.2 de la L.S.A. responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración, como veremos más tarde, bien podemos encontrarnos con un directivo o un consejero, que aún no siendo teóricamente un administrador, podría ser solidariamente responsable.

Por ello, y en definitiva, entendemos como posibles sujetos de la responsabilidad que nos ocupa a todas aquellas personas que bajo el término genérico de "alto cargo" cumplan con lo establecido en el Real Decreto 1382/1985. y por tanto, sean personas que "ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la compañía, y que se ejerzan con autonomía y plena responsabilidad". Del mismo modo, y según la Ley 24/88 que regula el mercado de valores, se consideran altos cargos a "aquellas personas que desarrollan en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del órgano de administración, comisiones ejecutivas o consejeros delegados".

Es precisamente por este amplio concepto de alto cargo, por lo que como veremos más tarde, el concepto de "Asegurado" en las pólizas de este tipo englobará a todos los altos cargos cualesquiera que sean sus denominaciones, con el fin de asegurar, especialmente en ciertas compañías en que la delegación de poderes y facultades es tan frecuente, una adecuada protección de todo el segmento directivo de la entidad, que como hemos visto, con una u otra denominación, puede verse afectado por una acción de responsabilidad.

Por lo anteriormente expuesto, y en base al tema que nos ocupa, a lo largo de las siguientes páginas los términos consejeros y directivos, administrador, y alto cargo, se utilizarán indistintamente.

B. Obligaciones y Responsabilidad.

Es éste uno de los aspectos que la nueva Ley más profundamente modifica, y que contribuye en gran medida al endurecimiento del régimen de responsabilidad del alto cargo.

Mientras que la Ley de 1951 requería a los administradores actuar "con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal", la nueva normativa, en su afán de tender a una mayor profesionalización del entramado directivo de nuestras sociedades, requiere a los altos cargos actuar como auténticos hombres de empresa, conocedores de sus funciones y de la realidad económico-empresarial que les rodea. Así, la normativa actual marca al directivo unas pautas de comportamiento que requieren su actuación "con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal".

Acompañando esta mayor exigencia en las obligaciones del alto directivo, la nueva Ley incluye la ya mencionada profunda y drástica ampliación de la responsabilidad del alto cargo, al hacerles responsables, como aludíamos en la introducción, por "actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". No está en absoluto claro lo que puede entenderse por diligencia, o mejor, por falta de ésta. Como resultado, hasta que los tribunales interpreten, acoten y den forma a éste concepto, se mantendrá la incertidumbre sobre el alcance y dimensiones reales de ésta agravada responsabilidad.

Finalmente, y en el terreno de la nueva responsabilidad establecida, es fundamental hacer mención al hecho de que tal y como establece el Art. 133.3, y como veremos más tarde al hablar de exoneración, los administradores serán responsables (salvo que medien elementos válidos para exonerar su responsabilidad), incluso si el acuerdo lesivo había sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

C. Solidaridad y Exoneración.

La nueva Ley de Sociedades Anónimas establece, en su Art. 133.2 el principio de solidaridad, al establecer que "Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo,...". Teniendo además en cuenta que la carga de la prueba recae sobre el administrador demandado, quién deberá demostrar que su actuación no fue contra la Ley, ni contra los Estatutos, ni medió en ella falta de diligencia, asistimos, con éste principio de solidaridad, a un elemento de considerable importancia a la hora de estimar la responsabilidad de un cargo directivo.

Ahora bien, si bien es cierto que la Ley establece como veíamos responsabilidad solidaria, también es cierto que igualmente permite, en ciertas circunstancias recogidas en el Art. 133,2. la exoneración de los directivos afectados.

En este sentido, y mientras que con la Ley de 1951 era suficiente requisito de exoneración el haber "salvado el voto", con la nueva legislación es necesario que los administradores afectados "... 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".

Al igual que comentábamos anteriormente sobre la vaguedad del término "diligencia", se suscita igualmente en este punto en relación a la expresión "todo lo conveniente". Cuánto es todo lo conveniente para ser suficiente y exonerar al directivo de responsabilidad

Por último, y como adelantábamos al hablar de responsabilidad, el Art. 133.3 de la L.S.A. establece 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". Si bien es de suponer que la responsabilidad de los directivos afectados no será la misma si el acuerdo lesivo fue adoptado, que si fue autorizado o en su defecto ratificado por la Junta, la realidad es que con la nueva Ley en la mano, el administrador se ve obligado, desde su actuación de ordenado empresario y representante leal, a estudiar, valorar y cotejar los acuerdos de la Junta, debiendo impugnar aquellos que considere necesario por razón de considerarlos "nulos" o "anulables" (Art. 117, L.S.A.), o incluso oponerse a está en disconformidad con el acuerdo en cuestión.

D. Acciones de Responsabilidad.

Este apartado intenta dar una idea de quién puede reclamar y pedir responsabilidades a los directivos, entablado una acción de responsabilidad contra éstos o alguno de ellos. Brevemente, existen dos tipos de "acciones de responsabilidad" contra los administradores y directivos:

- (a) Acción Social de responsabilidad (Art. 134, L.S.A.)
- (b) Acción Individual de responsabilidad (Art. 135, L.S.A.)

La Acción Social de responsabilidad persigue el objetivo de reponer o reconstituir el patrimonio social dañado por el acto o acuerdo lesivo de los administradores. En este sentido, podrán reclamar aquellas partes afectadas por el deterioro del patrimonio de la Sociedad, como son la propia sociedad, los accionistas a título colectivo (que representen al menos el 5% del capital social), y los acreedores sociales.

En este sentido, y siempre que se trate de un daño al patrimonio de la sociedad, es importante tener en cuenta que la acción social de responsabilidad la entablará siempre en primer lugar la sociedad, previo acuerdo de la Junta General (y aunque no conste en el orden del día).

Después, y tan sólo si se dan las siguientes circunstancias, podrán los accionistas entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social:

1. que los administradores no convoquen la Junta solicitada a tal fin,
2. que la sociedad no entable la acción de responsabilidad en el plazo de un mes,
3. que la decisión de la Junta hubiera sido contraria a la exigencia

Después, y tan solo si la acción no ha sido ejercitada por la sociedad o por sus accionistas, podrán los acreedores de la sociedad ejercitar la acción de responsabilidad, siempre y cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

La Acción Individual de Responsabilidad permite a aquellos terceros a quienes los directivos, en el ejercicio de su cargo, hayan causado un perjuicio económico como resultado de una lesión directa de sus intereses, pedir responsabilidad a los administradores, con objeto de ser indemnizado por el perjuicio causado. En definitiva, cuando un acto u omisión de uno o varios consejeros o directivos cause un daño directo a los intereses de un tercero, éste podrá, mediante una acción individual de responsabilidad, reclamar una indemnización por los perjuicios económicos sufridos.

Accionistas, empleados, organismos y entidades reguladoras, competidores, etc... son tan sólo algunos ejemplos de los terceros que con más frecuencia piden responsabilidades a los gestores de una sociedad.

III. ELEMENTOS DE RIESGO.

En general, podemos distinguir entre dos tipos de elementos o factores, que en mayor o menor medida, contribuyen a la responsabilidad potencial de administradores y directivos:

- (a). Factores Intrínsecos
- (b). Situaciones Especiales.

Los que hemos dado en llamar factores intrínsecos son aquellos que afectan a la sociedad por razón de sus características específicas. Entre éstas caben señalar, como las más importantes, las siguientes:

1. Condición Financiera.

Es, sin lugar a dudas, el factor de más influencia en la responsabilidad potencial de un directivo.

Una compañía bien capitalizada, con una trayectoria estable en sus resultados, un endeudamiento controlado, buena liquidez, y en definitiva, una buena salud económico-financiera, son claramente factores que contribuyen a reducir notablemente el riesgo de responsabilidad por parte de consejeros y directivos.

2. Distribución del Capital.

La estructura del accionario es un factor clave en la determinación del riesgo. Sociedades que cotizan en bolsa, especialmente si cotizan en alguna bolsa extranjera (por medio de ADR's en Estados Unidos) y que cuentan con uno o más ejemplos de compañías con factores de riesgo en este área.

3. Composición del Órgano de Administración.

La estructura y calidad del órgano de administración son puntos claves en este sentido. Con qué experiencia cuentan los directivos en el campo en que desempeñan su cargo, que reputación e imagen tienen en el entramado económico-financiero del área geográfica de su influencia, o que representatividad existe en el órgano de administración de los distintos intereses que se conjugan en la Sociedad en cuestión, son algunos ejemplos de factores de riesgo en este ámbito.

4. Naturaleza y Dimensión de las Operaciones.

La estabilidad de su actividad, la situación del sector a que pertenece, el tamaño y diversificación de sus operaciones, son todos factores que afectan al riesgo. Actividades de alta volatilidad, gran inestabilidad, o necesidad de fuertes inversiones para mantener cuota de mercado, son sin duda compañías con un riesgo más delicado. Por nombrar algunos ejemplos concretos, citemos sociedades de inversión o en general de intensa especulación, de alta tecnología, o líneas aéreas, entre otras.

5. Historial de Litigios/Conflictos.

En casi todos los casos, una Sociedad con un nutrido historial de procedimientos judiciales, protestos e incumplimientos de obligaciones, desacuerdos entre los accionistas, etc... cuenta con bastantes factores adicionales para incurrir en responsabilidad.

6. Activos/Operaciones en el Extranjero.

Los diferentes ambientes de litigiosidad, culturas, y estructura jurídica con que la Sociedad con activos u operaciones en el extranjero puede toparse, tienden a agravar considerablemente las posibilidades de hacer frente a una acción de responsabilidad. A título de ejemplo, los consejeros de sociedades con operaciones en Estados Unidos, Canadá o Australia experimentan un riesgo añadido sustancial.

7. Establecimiento.

Otros factores al margen, un mínimo de 3 a 5 años de establecimiento es fundamental para asegurar en gran medida la continuidad de la empresa. Las fuertes inversiones y desembolsos de capital que una empresa nueva trae consigo, la entrada en un mercado en ocasiones desconocido y con experimentados competidores, son elementos que llevan a la quiebra y reiteradas suspensiones de pagos a numerosísimas empresas durante sus primeros tres años de andadura. Es por todo ello que un sólido establecimiento es requisito fundamental para reducir el riesgo de responsabilidad

8. Filiales y Participadas.

Finalmente, y como último de estos factores, tiene obligada mención el del riesgo que suponen para una sociedad, y por lo tanto para sus altos cargos, su participación en otras empresas, que pueden incluir muchos de los factores de riesgo anteriormente descritos, trasladando de este modo a la Sociedad y a sus consejeros un riesgo que la propia Sociedad principal puede, en principio, no tener en sí misma.

Participaciones, ya sean mayoritarias o minoritarias, en sectores desconocidos, o en empresas con una problemática situación financiera, de reciente o nueva creación, son ejemplos de circunstancias en que empresas filiales y/o participadas pueden suponer un importante riesgo añadido para sus consejeros y directivos, así como, en muchos casos, para los de su Sociedad Principal.

.....

A parte de estos factores intrínsecos de riesgo, existen otros que podríamos llamar circunstanciales, y que están determinados por ciertas operaciones o situaciones especiales en que se ven involucrados los administradores, cada día con mayor frecuencia que, como los ejemplos que ahora veremos, aumentan de forma sustancial la responsabilidad potencial de los mismos.

Entre las muchas posibles situaciones especiales de riesgo, pasamos a fijarnos en las siguientes, al ser las más frecuentes y las que suelen acarrear las consecuencias más drásticas:

1. OPA's, Fusiones y Adquisiciones.

Un proceso de fusión supone un cambio a menudo drástico en la estructura interna de la empresa, así como en la distribución de su capital. Entrada de nuevos socios, salida de antiguos directivos, o reducciones de personal como resultado de la inevitable duplicidad de puestos originada son circunstancias tendentes a agravar en gran medida la responsabilidad de los directivos y consejeros de las empresas involucradas.

Del mismo modo, ofertas de adquisición de acciones, especialmente si se trata de una OPA y más aún si ésta resulta hostil, son situaciones que pueden generar accionistas descontentos, cambios importantes en la filosofía de gestión, etc... que suelen traer consigo una gran conflictividad y un elevado riesgo

2. Fuertes Inversiones, Diversificación, Expansión.

Los grandes desembolsos de capital necesarios para llevar a cabo proyectos de enorme dimensión conllevan por lo general un fuerte apalancamiento de la sociedad o en su defecto, una considerable disminución de los fondos propios de la empresa, lo que supone una importante apuesta y responsabilidad de cara a los accionistas de la entidad, e incluso, en caso de resultados negativos de estas inversiones, de cara a los acreedores, empleados, u otros terceros.

Por su parte, embarcarse en procesos de diversificación o expansión en nuevos mercados comparte los riesgos mencionados en el párrafo anterior así como los que trae consigo el operar en mercados hasta entonces desconocidos, donde una cultura distinta y una regulación diferente, así como la falta de experiencia, aumentan la rigurosidad con que los administradores deben cumplir con sus obligaciones, situando por lo tanto al equipo directivo en un plano de mayor riesgo de incurrir en responsabilidad.

.....

IV. POLIZAS DE R.C. DE CONSEJEROS Y DIRECTIVOS.

Aunque con diferencias en la redacción y clausulado, en general, estas pólizas contienen los siguientes elementos básicos:

A. Coberturas.

El objeto de la póliza es garantizar los desembolsos que los directivos afectados se vean obligados a hacer frente como consecuencia de la responsabilidad civil por los perjuicios económicos causados a cualquier tercero legitimado por eventos dañosos realizados en el ejercicio de sus cargos directivos.

¿Quién es objeto de cobertura bajo la póliza?

La cobertura se extiende a todos los altos cargos presentes, pasados y en ocasiones futuros, así como a sus herederos, representantes legales o derechohabientes, en una triple vertiente:

1. Altos cargos de la Sociedad
2. Altos cargos de las empresas filiales de la Sociedad
3. Altos e la Sociedad

La cobertura básica de la póliza otorga protección a todos aquellos altos cargos que integran los órganos de administración y otros puestos de dirección en la Sociedad, que actúa como tomador del seguro. De este modo, todos los consejeros y directivos de la Sociedad estarán cubiertos automáticamente, no siendo por lo tanto un seguro de contratación individual, sino que es la Sociedad quién contrata la póliza y paga su prima, con objeto de proteger a los administradores que actúan en su nombre.

El principio de responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración, y el desempeño del cargo "para" y "en nombre de" la Sociedad son factores determinantes de la necesidad de otorgar cobertura a la totalidad del segmento directivo, así como de hacer a la Sociedad tomador de un seguro que contempla a sus directivos, y sólo a éstos, como asegurados.

Aparte de estos altos cargos de la Sociedad (sociedad principal o única, según el caso) es frecuente que ésta tenga a su vez representantes de sus intereses y/o participaciones en otras sociedades. Estos puestos directivos, denominados "cargos extensos", pueden ser asimismo objeto de cobertura. En este sentido, hagamos una distinción entre sociedades filiales y sociedades participadas.

* Sociedades Filiales:

Considerando como tal aquella Sociedad de la cual el tomador del seguro posea al menos el 50% del capital, esta cobertura ampara no solo a los directivos designados expresamente por la Sociedad principal para desempeñar su cargo en la filial, sino a la totalidad de los miembros del órgano de administración y demás puestos directivos. En general, se considera que con 50% o más del capital, la Sociedad ostenta el control de la gestión de la filial, y por lo tanto, de las decisiones y gestión llevadas a cabo por sus directivos.

* Sociedades Participadas:

Por el contrario, en las entidades donde la Sociedad principal tan solo ostenta una participación minoritaria, y donde por tanto, en general, no se controla la gestión de la empresa, la responsabilidad de los cargos externos ejercidos en participadas es considerablemente más delicada, y al contar con socios ajenos y no controlados por la Sociedad principal, el riesgo de los cargos externos de verse afectados por una reclamación, al existir responsabilidad solidaria, es mucho más elevado. De ahí, que la cobertura para cargos externos en empresas participadas requiera un estudio más profundo y detallado, con una valoración del riesgo prácticamente a póliza de la Sociedad princ

Después de todo, debemos darnos cuenta de que al recibir cobertura, en cualquier caso, solamente aquellos directivos designados por el tomador del seguro y no la totalidad de los integrantes del órgano de administración, podríamos encontrarnos con una situación bastante conflictiva en la que todos los miembros del Consejo u órgano en cuestión se vieran afectados por la reclamación, mientras que sólo algunos de ellos estuviesen protegidos por la póliza. Por éste motivo, así como por la dificultad de estimar el riesgo de una empresa en la que los asegurados no controlan la gestión, se hace recomendable la contratación de una póliza independiente por parte de la Sociedad participada, que otorgue cobertura a todos sus directivos, y que permita una adecuada valoración del riesgo en base a su actividad, condición financiera (*), etc... propias, que en muchos casos, nada tienen que ver con las de la Sociedad que la participa.

.....

(*) que normalmente al tratarse de entidades filiales vendría reflejada en los estados financieros consolidados de la Sociedad principal.

¿Que forma adopta la cobertura otorgada?

Esta protección adquiere una doble forma:

1. Costas Judiciales y Gastos de Defensa
2. Indemnización según determine sentencia firme o acuerdo extrajudicial.

En cierto modo podríamos decir que la cobertura de Costas Judiciales y Gastos de Defensa es la principal de la póliza, al menos por cuanto es la más utilizada. ¿Que quiere esto decir?. Pues bien, salvo diferencias en condicionado, éstas pólizas suelen adelantar los gastos de defensa a los que deba hacer frente el asegurado desde el primer momento en que éstos se produzcan. Por lo tanto, y dado que la mayor parte de las reclamaciones que se presentan (*) no llegan a prosperar ante los tribunales, o se retiran antes de dictaminarse o acordarse una indemnización, la defensa jurídica que la póliza otorga es de importancia cardinal, y en lo que en gran número de ocasiones suele emplearse una buena parte de los límites de indemnización pactados en el contrato. Por lo tanto, hoy por hoy, desde un punto de vista netamente práctico, el seguro de R.C. de directivos es en mayor medida un seguro de defensa jurídica que de indemnización propiamente dicha.

Por su parte, y al hablar de indemnización por los perjuicios económicos causados, cabe distinguir entre:

1. Indemnización por sentencia judicial
2. Indemnización por acuerdo extrajudicial.

Creo que no sorprenderá que sea el segundo supuesto el más frecuente en este tipo de reclamaciones. Debemos tener en cuenta que una reclamación contra uno o más directivos sitúa, no solamente a éstos, sino incluso a la Sociedad, en una posición tremendamente delicada que puede afectar seriamente a la reputación de los directivos afectados así como a la imagen de mercado de la Sociedad. De ahí, que se tienda a la mayor discreción posible en estos casos, que implica por lo general, un intento por evitar la trascendencia y repercusión pública que un proceso judicial haría difícil conseguir.

(*) Una vez más reiterar que ante la ausencia de estadísticas hoy por hoy en nuestro país en esta materia, estas conclusiones se derivan de la experiencia extranjera.

Como resultado, la mayoría de estas reclamaciones "se liquidan" por acuerdos entre las partes y sin apenas eco en los medios informativos, motivo a su vez por el cuál se tiene la impresión de no estar produciéndose actividad en este terreno en nuestro país, cuando de hecho existe, y continúa aumentando de forma importante.

.....

E. Exclusiones.

En general, podríamos englobar las exclusiones en dos grandes bloques:

1. Permanentes
2. Variables, según el riesgo en cuestión

Dentro del primer bloque, exclusiones permanentes, podríamos establecer dos sub-grupos: exclusiones por motivos legales, y exclusiones por ser reclamaciones objeto de cobertura bajo otras pólizas o por política de suscripción de la compañía.

(a) Exclusiones por razones legales:

- * Mala fe y dolo
- * Multas
- * Incumplimiento de las Disposiciones Transitorias del Texto Refundido.
- * Beneficios o remuneraciones improcedentes de los administradores.
- * Autocartera
- * Seguros anteriores o pendi

pendi: Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE

En unos casos por ir su aseguramiento contra nuestro propio ordenamiento civil, en otros por ir en contra del concepto aleatorio, futuro y desconocido de un riesgo asegurable, éstas circunstancias no son objeto de cobertura bajo la póliza.

(b) Exclusiones por ser objeto de cobertura bajo otras pólizas o por política de suscripción:

- * Daños a Personas o Cosas
- * Medio Ambiente

Ambas circunstancias gozan de un enfoque más apropiado bajo pólizas de Daños Materiales y/o de Responsabilidad Civil General.

En el caso de Daños al Medio Ambiente en concreto, donde bien puede producirse una reclamación que pudiera tener cabida dentro del objeto de seguro de la póliza, la exclusión viene determinada en gran medida por política de suscripción de la compañía aseguradora, ante la nueva legislación comunitaria en esta materia, y la incertidumbre y gravedad de los daños e indemnizaciones que pueden producirse.

De cualquier modo, y en la mayor parte de los casos, los daños al medio ambiente estarían en cualquier caso excluidos como daños materiales (directos o indirectos) por la exclusión anteriormente comentada.

Finalmente, y por lo que se refiere a las exclusiones permanentes, obligada mención tiene la exclusión de Asegurado contra Asegurado. La enorme divergencia de opiniones sobre si realmente es una exclusión que encuentra apoyo en bases jurídicas, o si se trata únicamente de conclusiones técnicas sobre este tipo de seguro, no me permite asignarla, por mera precaución, a ninguno de los dos grupos, más aún, cuando es bastante posible que cuente con elementos de ambos. En definitiva, lo cierto es que al menos desde el punto de vista técnico, tiene su justificación. Excepto en casos en que el directivo demandante haya exonerado su responsabilidad, o se trate de alegaciones por despido improcedente, no tendría ningún sentido defender y/o indemnizar a un administrador por los resultados de un acto u omisión lesiva en el que él mismo ha participado. Además, y como veremos más adelante al hablar de exclusiones variables, una reclamación de este tipo supondría un importante riesgo de fraude, y de pretender recabar de la compañía aseguradora lo que un entorno económico desfavorecedor, u otro tipo de circunstancias análogas han provocado.

Dentro del segundo bloque, exclusiones variables, caben destacar dos tipos, cuya inclusión o no depende enteramente del riesgo específico en cuestión:

(a) Exclusiones según la actividad de la Sociedad o de sus filiales:

- * R
- P Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE

Propias de profesionales liberales, asesoramiento, inversión, etc., que deben ser objeto de cobertura bajo una póliza de R.C. Profesional o de Errores u Omisiones.

- * Actividades de Franquicia
- * Utilización indebida de patentes y marcas

(b) Exclusiones según la estructura accionarial:

* **Compañía Matriz**

Una Sociedad que ostente la mayor parte o la totalidad del capital del tomador del seguro, tiene por lo general el poder de decidir a quién nombra como gestores de su empresa, y por lo tanto, es responsable, aunque indirecto, de la gestión de la misma, careciendo por tanto de sentido que como compañía matriz pueda directa o indirectamente reclamar contra los directivos de su filial que ella misma ha elegido.

Además, el dar a la compañía matriz la posibilidad de reclamar contra los administradores de su filial implicaría un "riesgo moral" y de fraude importante -tal y como aludíamos antes- de cara a la póliza de seguros, que en ocasiones podría ser vista como el remedio de resarcirse de unas pérdidas económicas, que en muchos casos nada tienen que ver con una actuación contra la Ley o los Estatutos, o realizada sin la debida diligencia.

* **Accionista Principal**

Por motivos similares a los expuestos en la exclusión anterior, y si bien dependiendo de factores específicos del riesgo en cuestión -como la relación entre los distintos accionistas o el historial y la evolución de la estructura del capital, -las reclamaciones presentadas por el accionista mayoritario (*) son con frecuencia excluidas de la cobertura.

* **Exclusión Familiar**

Tiene fundamentalmente el objeto de dejar al margen de la cobertura de la póliza posibles conflictos familiares en empresas donde el capital, o una buena parte del mismo, se encuentra repartido entre miembros de una misma familia. Miembros de la cuál integran, por lo tanto y casi siempre, el órgano de administración de la Sociedad.

En definitiva, no está en el espíritu de la póliza el defender y/o indemnizar los desacuerdos o desavenencias familiares que a menudo encuentran sitio en las reuniones del Consejo.

.....

(*) el % de lo que constituye mayoritario varía según el caso

C. Ambito Territorial:

Si bien el más frecuente engloba las reclamaciones presentadas en cualquier país de la CE, éste puede ampliarse a toda Europa, o incluso a todo el mundo, dependiendo de las operaciones y ámbito de actuación de la sociedad.

En éste sentido, disfrutarán de cobertura las reclamaciones presentadas en cualquier país del mundo, de acuerdo con los demás términos de la póliza, siempre y cuando dicha reclamación sea presentada de acuerdo con la legislación española.

.....

C. Ambito Temporal:

Quizás no haya existido en mucho tiempo un momento más conflictivo en el mercado español asegurador para hacer referencia al ámbito temporal de las coberturas de Responsabilidad Civil.

Sintiendo no poder entrar en detalle en éste tema, que sin duda necesita y merece capítulo aparte, describamos brevemente el ámbito temporal de la cobertura de las pólizas de R.C. de Consejeros y Directivos.

Una vez más en general, éstas pólizas amparan bajo su cobertura y de acuerdo con las condiciones del contrato, aquellas reclamaciones que les son presentadas a los asegurados durante el período de vigencia de la póliza. Por lo tanto, el siniestro viene determinado por la reclamación y no por el evento dañoso, motivo por el cual, varias de las pólizas disponibles en el mercado ofrecen cobertura retroactiva en cuanto al momento en que tuvo lugar el error u omisión causante de la posterior reclamación, pudiendo por tanto haber ocurrido éste con anterioridad a la entrada en vigor de la póliza, siempre y cuando, obviamente, el asegurado no tuviera conocimiento del carácter dañoso del evento en cuestión, ni de ninguna circunstancia que pudiera dar lugar a la reclamación, en el momento de la firma del contrato.

Esta retroactividad varía, de una póliza a otra, pudiendo extenderse hasta un año concreto en el pasado, o incluso ilimitadamente.

Además, la mayoría de este tipo de pólizas ofrecen al asegurado la posibilidad de adquirir, en caso de cancelación o no renovación del contrato, un período de extensión de cobertura durante el cuál quedarán amparadas asimismo las reclamaciones que les sean presentadas a los asegurados una vez vencido el contrato, y que tengan su origen en eventos dañosos realizados por éstos con anterioridad a la fecha de vencimiento. Estos períodos de extensión suele ser de 12 meses, a contar desde la fecha

En general, este tipo de coberturas en base a reclamaciones presentadas son más ventajosas para los asegurados que otras formas más tradicionales, ya que, existiendo buena fe por parte de éstos, los consejeros y directivos obtienen la tranquilidad de saber que disfrutan de cobertura para cualquier reclamación que puedan presentárseles (dentro de los límites y condiciones de la póliza), durante el período de vigencia del contrato, independientemente de cuando cometió o tuvo lugar el evento dañoso que posteriormente de lugar a la reclamación (*).

Además, este tipo de cobertura mantiene actualizados en el tiempo los límites de indemnización, que de otro modo, de ocurrir el siniestro años después de haberse pactado las garantías de la póliza, quedarían a todas luces desfasados, y probablemente resultasen ineficaces a la hora de proporcionar al asegurado las debidas contraprestaciones.

Finalmente, y en una responsabilidad como la que nos ocupa, donde como hemos visto, la imprecisión y vaguedad de la Ley que la establece puede hacer francamente difícil, sino imposible, la determinación en el tiempo del momento preciso en que tuvo lugar el evento dañoso, me permito, desde éstas modestas líneas, rimper una lanza y abogar por este sistema de cobertura en base a reclamaciones ("Claims made") que por todo lo comentado anteriormente, entre otros motivos, se adapta con más lógica y versatilidad a una responsabilidad tan distinta y específica como es la de Consejeros y Directivos.

.....

* En el supuesto de cobertura retroactiva ilimitada.

V. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

En resumen, la nueva Ley de Sociedades Anónimas imputa, desde Diciembre de 1989, una agravada responsabilidad a los administradores, consejeros y directivos por la gestión de las empresas que lideran.

Evidentemente unos malos resultados económicos, o una fallida política de inversiones, no constituyen necesariamente responsabilidad, ya que pueden estar en perfecta legalidad y acuerdo con los estatutos, y realizados con la debida diligencia.

Sin embargo, la imprecisión jurídica sobre el alcance de esta agravada responsabilidad, en un marco económico-financiero como el de hoy que, sin lugar a dudas, incrementa las posibilidades de éstos de incurrir en responsabilidad, hace necesario proporcionar a los administradores la protección que les permita seguir tomando las decisiones de gestión de sus empresas, con Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE ando en ello su propio patrimonio personal.

Por lo tanto, y si desde luego no hay mejor medida de prevención que una buena gestión, dada la incertidumbre sobre las posibles fuentes de responsabilidad, consideramos fundamental, hoy en día, la contratación de una póliza que otorgue a los altos cargos de la Sociedad, por un lado, la defensa jurídica necesaria y, por otro, la posible indemnización, de modo que la gerencia pueda cumplir con sus obligaciones teniendo la certeza de contar con una protección plena de su labor profesional.

Marta M. Gómez-Llorente
Directora del Departamento
de Consejeros y Directivos
CHUBB INSURANCE COMPANY OF EUROPE
Sucursal en Madrid

NOTA: Las ideas aquí expuestas expresan únicamente las opiniones de la autora, que persiguen un objetivo meramente didáctico y de divulgación. En cualquier caso, habrá de remitirse al texto íntegro de la Ley, así como al condicionado íntegro de las pólizas.

