

N. 42397  
R. 40985

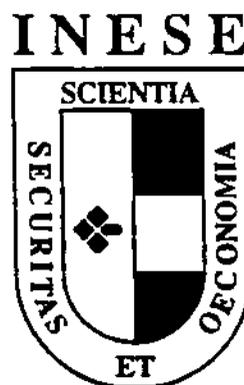
# VIII CONGRESO DE GERENCIA DE RIESGOS Y SEGUROS INDUSTRIALES

**-CEGERS 96-**

---

**MADRID, 4-5 DE MARZO DE 1996**

---



**PRODUCTOS Y SERVICIOS Y LEY 22/1994:  
RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL  
DE CONSEJEROS Y DIRECTIVOS**

**Por: D. Alvaro Mengotti Meaurio  
Director General de RELIANCE NATIONAL**

**RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL**  
**DE**  
**CONSEJEROS Y DIRECTIVOS**  
**POR**  
**ALVARO MENGOTTI**

**VII Congreso CEGERS 1996 sobre  
"R.C. Empresarial. Actuales frentes  
de Riesgo y Seguro"  
Madrid, 4 y 5 Marzo 1996**

## **I. PRINCIPIOS GENERALES**

- \* ¿Quiénes son los Administradores?
- \* ¿De qué responden?
- \* Algunos supuestos de responsabilidad
- \* Acciones de responsabilidad

## **II COMO REDUCIR EL RIESGO DE RESPONSABILIDADES**

- \* Obligación de actuar de buena fe
- \* Deber de precaución y de técnica
- \* Limitación de poderes y privilegios, prevención de problemas recurrentes
- \* Prevención de situaciones especiales
- \* Transparencia en las relaciones laborales
- \* Filtro de las decisiones de los órganos de gestión y su documentación
- \* Deber de documentación
- \* Guías de prevención de riesgos

## **III LA POSIBLE TRANSFERENCIA DEL RIESGO. LAS POLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSEJEROS Y ALTOS CARGOS**

- \* ¿Qué puede y debe ofrecer una buena póliza de cobertura D+O?

## **I PRINCIPIOS GENERALES**

### **Quiénes son los administradores**

En el Derecho español, no existe un concepto legal de administrador, en el sentido de que no se define qué se entiende por tal ni quiénes pueden ser administradores.

Sí existe una circunstancia a tener en cuenta y ésta es que un Administrador puede ser tanto las personas físicas como las jurídicas, es decir, una Sociedad puede ser administradora de otra.

Pero para poder identificar a los intervinientes personas físicas, el registro público de sociedades exige, para inscribir a una persona jurídica, que simultáneamente se identifique a la persona física que haya de representarla y ejercer las funciones propias del cargo.

### **Cuáles son las funciones propias del cargo**

Las facultades de gestión y representación.

La función de administrador queda delimitada por el objeto social y por tanto no puede actuar fuera de él.

## **De qué son responsables**

Pero lo importante no es esto sino el momento en que por primera vez la responsabilidad de los administradores de empresas comienzan a ser exigidos con una responsabilidad más estricta. Esto ocurre con la entrada en vigor de la nueva Ley de Sociedades Anónimas, de fecha de entrada en vigor de 1º de Enero de 1990.

A partir de entonces se ha endurecido la conducta exigida a los administradores de las sociedades anónimas, que bajo la normativa anterior encontraban fácil refugio y amparo, ya que en todo caso decían <<su conducta no había sido producida con mala fe o culpa grave>>, por lo que se convertían en civilmente irresponsables, quedando muchas actuaciones sin sanción.

Esta ley sólo viene a remarcar lo que el Código Civil quería decir: es responsable civilmente cuando se dan los siguientes elementos:

- Se ha producido un daño
- Existe una relación causa-efecto
- Existe acción u omisión
- Hay dolo o culpa

Pero lo importante es conocer cómo responde el administrador y así la Ley dice: “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal”.

Cómo se explica esto: aludiendo a dos objetivos: el de la prudencia y la competencia profesional.

Por tanto, el administrador debe conocer y tener competencia para desarrollar el objeto social de la sociedad.

La referencia de ser un REPRESENTANTE LEAL alude a un deber de fidelidad que inspire al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que representa por encima de los suyos propios.

Prima aquí, por tanto, el principio de la competencia de funciones, no se puede administrar o participar en dos sociedades con intereses contrapuestos.

Es importante matizar que para que haya una exigencia de responsabilidad deben darse los siguientes supuestos:

- 1º) Debe producirse una acción o una omisión, que se manifestará en un deber hacer o no hacer.
- 2º) El comportamiento del administrador debe ser, además,

antijurídico; debe conllevar el incumplimiento de una obligación o la violación de una norma prohibitiva.

Se plantea la duda de, en caso de conflicto, qué actuar debe primar. Por ejemplo, si para conseguir el fin social debe quebrantarse una norma jurídica de rango menor, el administrador ¿debe evitar la infracción de la norma? o, por el contrario, ¿debe infringir ésta y obtener el beneficio económico?. El problema debe resolverse acudiendo a un principio de ponderación de intereses. Así, en el ejemplo citado, habría que decidir sobre cuál es la actuación más diligente: obtener el beneficio y eludir la sanción. No existen estándares, por lo que la respuesta será casuística.

- 3º) El actuar del administrador, para que dé lugar a exigencia de responsabilidad, debe ser contrario a la Ley, a los estatutos sociales o bien ser realizado sin la diligencia de un ordenado empresario y representante leal.

De esta último ya nos hemos ocupado anteriormente, por lo que ahora sólo nos referimos a las dos primeras. Respecto a la Ley debe interpretarse en sentido amplio, de modo que dará lugar a responsabilidad las contravenciones de cualquier norma jurídica. Y respecto a los estatutos, como es sabido, éstos siguen la vida de la sociedad y es fuente de obligaciones para los administradores, por lo que su infracción, fundamentalmente en los casos de

establecimientos de límites internos a la gestión de los administradores, dará lugar a responsabilidad.

- 4º) El actuar debe producir un daño, que ha de afectar a bienes de derecho de la sociedad, de los accionistas o de los acreedores sociales.
- 5º) Por último, debe existir un nexo de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño, una relación de causa a efecto, de tal modo que si este nexo se rompe, tampoco habrá lugar a exigir responsabilidad.

Cuando la sociedad se encuentra organizada a través de un Consejo de Administración, la ley presume la culpa colectiva de todos sus miembros, y aquél que pretenda exonerarse de responsabilidad deberá acreditar que:

- A) No intervino en su adopción y ejecución, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño, o
- B) Que intervino en la adopción del acuerdo, pero se opuso expresamente al mismo.

Y, en cualquier caso, no exonera de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General.

## **ALGUNAS AREAS O SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD**

Los ejemplos que a continuación se exponen nos pueden dar una idea de la diversidad de hechos que pueden dar lugar a reclamaciones.

### **POR ACTOS CONTRARIOS A LA LEY**

- La LSA recoge innumerables supuestos por incumplimiento de la normativa societaria.

### **POR ACTOS CONTRARIOS A LOS ESTATUTOS**

- Al excederse de los límites de contratación.

### **POR FALTA DE DILIGENCIA**

- Malas inversiones
- Proyectos mal diseñados
- Inexistencia de seguros o contratación inadecuada o insuficiente. Negligencia al formalizar avales o garantías.
- Mala gestión de planes de jubilación y fondos de pensiones
- Normas de autocartera

Esta lista de supuestos se hace todavía más compleja si pensamos en la confluencia de normas que reglan la actividad empresarial, no sólo con carácter nacional, sino europeo.

Así, para poder ser un directivo perfecto hay que tener en cuenta normativas tales como:

- Las del mercado bursátil
- Las de la actividad bancaria
- Las de la actividad aseguradora
- La del ordenamiento tributario

En exceso del área de las responsabilidades civiles aparecen las penales, y de manera explícita con la aprobación de la Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre, que establece el nuevo Código Penal.

## **CÓDIGO PENAL (Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre)**

### **Responsabilidad personal por hechos imputables a personas jurídicas.**

El art. 31 CÓDIGO PENAL recoge la responsabilidad del que actúe como administrador de hecho o derecho de una persona jurídica, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto

activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

### **Responsabilidad civil dimanante de delitos o faltas**

Principios básicos:

- 1.- Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.
- 2.- Si hay más de un responsable los Jueces y tribunales determinarán la cuota de responsabilidad.
- 3.- Responsabilidad solidaria de autores y cómplices por sus cuotas y subsidiaria de los demás responsables (a salvo derecho de repetición entre ellos).
- 4.- Responsabilidad civil directa de aseguradores de responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en el CÓDIGO PENAL, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, hasta el límite de indemnización, a salvo derecho de repetición contra quien corresponda.

Las consecuencias de este precepto se manifiestan, por una lado en

la imposibilidad de excluir la acción directa incluso en grandes riesgos (aunque la eficacia de esta posibilidad era discutida incluso antes de la publicación del nuevo CÓDIGO PENAL), y por otro lado en las limitaciones en la oposición de excepciones basadas en la póliza por parte de los aseguradores.

5.- Responsabilidad subsidiaria de (entre otros):

- a) Personas naturales o jurídicas por delitos o faltas cometidas en los establecimientos de que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad relacionada con el hecho punible, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.
- b) Personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

**Delitos societarios**

**Regulación :** Libro II. Título XIII. Capítulo XIII. artículos 290 a 297.

**Concepto de sociedad:** se extiende a cualquier forma asociativa que actúe en el tráfico mercantil (V. art. 297 CÓDIGO PENAL)

Además las distintas triplicaciones permiten extender el concepto no sólo a las sociedades legalmente constituidas por haber cumplido con los requisitos exigidos legalmente al efecto, sino que cabe comprender a las sociedades en formación (Nótese que en el ámbito de la responsabilidad por daños y perjuicios, la legislación solicitaría hace responder solidariamente a promotores y fundadores por los daños y perjuicios causados por la sociedad en formación).

No se prevé de forma expresa en el nuevo CÓDIGO PENAL la responsabilidad delictual en el caso de sociedad irregular (no inscrita); debiendo de entenderse subsumida en la sociedad en formación.

**Requisitos de perseguibilidad (art.296CP) :** se configuran como delitos semipúblicos, en cuanto que no cabe se persigan de oficio, sino que se exige la presentación de denuncia por sujeto pasivo.

**Excepciones:**

- sujeto pasivo menor de edad, incapaz o desvalido.
- perjuicio a intereses generales o pluralidad de personas.

**Sujeto pasivo:** pueden ser considerados autores de los delitos no sólo los administradores en sentido estricto, sino también las personas que en la

practica ejercen la administración y/o de la sociedad, entendiéndose en el más amplio sentido (los tipos penales hablan de “administradores de hecho o de derecho”)

### **Tipos penales:**

- a) Falseamiento de documentación contable (art. 290).

Elemento subjetivo: se exige idoneidad para causar perjuicio económico a sociedad, socios o terceros.

Agravación por el resultado: caso de producirse el perjuicio económico.

- b) Imposición de acuerdos abusivos (art.291).

Sujeto activo: no se limita a administradores o similares, sino que se extiende a los que dispongan de mayorías en los órganos sociales.

Elemento subjetivo: exige (i) animo de lucro propio o ajeno (ii) perjuicio a socios (iii) ausencia de beneficio para sociedad.

- c) Imposición o aprovechamiento de acuerdo lesivo adoptado fraudulentamente (art. 293).

Sujeto activo: cualquiera que por cualquier medio (se describen algunos medios con carácter de “numerus apertus”) realice la conducta delictiva.

Elemento subjetivo: beneficio propio o ajeno y perjuicio de la sociedad

- d) Obstrucción del ejercicio de derechos sociales (art. 293).
- e) Obstrucción del control administrativo (art. 294)

(Se limita a sociedades sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa)

Cabe imponer cualquiera de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CÓDIGO PENAL al objeto de prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos.

- f) Disposición fraudulenta de bienes y asunción lesiva de obligaciones (art. 295).

Se exige (i) beneficio propio o ajeno (ii) abuso de funciones propias del cargo y, (iii) acusación directa de perjuicio económicamente valuable a socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital administrados.

### **Otros delitos.**

Ha de tenerse en cuenta que existen numerosos tipos penales desperdigados en diferentes lugares del Libro II del CÓDIGO PENAL que podrían ser cometidos por administradores o altos cargos de sociedades.

Así, entre otros:

- estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas, delitos relativos a propiedad intelectual e industrial, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, delitos de riesgo catastrófico, falsedades, etc.

### **¿A que tipo de acciones de responsabilidad se encuentran sometidos los administradores?**

Intentando simplificar explicamos que las hay de dos tipos:

#### **1º) Acción social de responsabilidad.-**

Es aquella acción procesal dirigida contra los administradores por

infracción de la ley, los estatutos o la falta de diligencia, que 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.

Es decir, es aquella acción procesal encaminada a la reparación de los daños ocasionados por los administradores a la Sociedad.

¿Cómo puede ser ejercitada esta acción?

### **1.1. Por la propia Sociedad**

Art. 134 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dicho acuerdo se hará previo a la Junta General y determinará la destitución de los administradores afectados (Art. 134.2).

Es muy importante reseñar a estos efectos una de las paradojas que de forma constante conlleva el aseguramiento de los riesgos dimanantes de la acción de responsabilidad y es la de que el que originalmente fue el Tomador del Seguro -la Sociedad- cambia de administrador y, por tanto, los que compraron el Seguro se convierten en reclamados, dándose así una transferencia del riesgo al Asegurador.

Una de las circunstancias que de alguna manera ha quedado sin resolver por la Ley (LSA) es que al producirse la destitución se destituye también a los accionistas que representan a minorías proporcionalmente representadas y que al no estar prevista la acción social se producirá un quebranto del derecho de nombramiento proporcional de administradores.

Otro tema a tener en cuenta es que si el administrador es una persona jurídica, la acción se entablará contra dicha entidad aún cuando se identificara en la persona designada para el cargo.

## **1.2. Por los accionistas.-**

Estos podrán, según el Art. 150 de LSA solicitar la convocatoria de Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social.

Para poder interponer la acción se necesita, al menos, representación de un 5% del capital social.

La acción deberá ser conjunta aún cuando sean varios

accionistas para poder ser efectiva.

Normalmente esta acción se suele presentar cuando ha existido un acuerdo de la Sociedad contrario a la convocatoria de Junta General para exigir responsabilidades a los administradores.

A diferencia de la acción de la Sociedad, en este caso normalmente no se produce la sustitución de los administradores salvo que el minoritario se convierta en mayoritario como ocurrió en el caso PULEVA.

### **1.3. Acción social ejercitada por los acreedores.-**

Supuesto en el que pocos piensan el Art. 134.5 del Texto Refundido de la LSA dice:

“Los acreedores de la Sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la Sociedad o por sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.

El reclamante que es acreedor de la Sociedad y ante la pasividad de los órganos de gestión y de los socios, decide

emprender la acción para que se restablezca el patrimonio social y los administradores respondan de los daños producidos.

En todos estos casos el reclamante, ya sea la Sociedad, los socios o el tercero acreedor quieren que se proteja el patrimonio social de la Sociedad presuntamente lesionado por los administradores.

## **2º.- La acción individual de responsabilidad.-**

Este es el supuesto de que un socio o tercero actúa para proteger su patrimonio particular.

Es una acción diferente de la anterior y en muchos casos la que mayores problemas planteará para los intereses ya que no son societarios sino individuales.

## **II COMO MINIMIZAR EL RIESGO DE RESPONSABILIDAD**

La única respuesta posible es crear los mecanismos adecuados para que la obligación de desempeñar su cargo con “la diligencia de un ordenado

comerciante y de un representante leal” sea efectiva.

Como premisas para que ello ocurra podríamos citar las siguientes:

1. **LA OBLIGACION DE ACTUAR DE BUENA FE.-**

Como, evitando incluso la apariencia de un conflicto, real o en potencia, entre sus intereses personales y los intereses de la Compañía.

Podría valer la expresión “no sólo hay que ser bueno sino aparentarlo”.

Por ello cada vez se tiende a que los órganos de gestión de las Sociedades los ocupen profesionales independientes y no accionistas físicos.

Los directores y administradores no deben obtener beneficios ocultos o ganancias injustas por medio de transacciones personales o en nombre de la Compañía.

Si existe una confluencia de interés en una operación deberá revelarlo.

A título de ejemplo decir que cada día es más normal en las

sociedades o corporaciones internacionales el obligar al Alto Cargo a rellenar anualmente un cuestionario de “Declaración sobre conflictos de Interés o de Etica Profesional”.

## **2. EL DEBER DE PRECAUCION Y DE TECNICA.-**

Los Consejeros y Directores han de actuar con el cuidado que una persona razonablemente competente en posición similar con similar conocimiento técnico y experiencia tendría en similares circunstancias.

Por ello, antes de tomar una decisión comercial deben de tener en cuenta toda la información material razonablemente disponible.

Lo que importa es que se constate que ellos han llevado a cabo sus obligaciones, y no necesariamente que los resultados demuestren ser beneficiosos para la Compañía.

Es importante que se de un control e información sobre los asuntos de la Compañía y de que se están utilizando los procedimientos razonables.

Por ello es cada vez mayor práctica la del encargo de Informes a Consultores Externos sobre

- Sistemas de gestión

o de Gabinetes de Abogados o Expertos Contables sobre

- Situación legal y contable de la Sociedad

Es cada día más complejo para un profesional el, sin utilizar asesores externos, poder conocer si todo funciona como debería y conforme a la Ley y los Estatutos Sociales.

### 3. **LIMITACION DE PODERES Y DE PRIVILEGIOS, PREVENCIÓN DE PROBLEMAS RECURRENTE.-**

Cada día es más normal en mundos empresariales como el anglosajón, el crear unos mecanismos de control de la actividad directiva ya sea por Ley o Estatutos.

Así, existen ya normas en el Reino Unido que previenen los siguientes supuestos:

- No posibilidad de ocupar cargos de dirección a personas con descalificaciones profesionales por haber estado inmersas en situaciones de quiebra por al menos dos años desde que aquello ocurrió.

- Se ha creado un Tribunal que descalifica a aquellos candidatos a Consejeros o Cargos de Alta Dirección que tengan antecedentes por haber participado en situaciones de fraude, etc..

Asimismo se controla cada vez más mediante los Estatutos el posible acceso de los Consejeros a Contratos de Servicios con la propia Compañía o de acceso a fondos mediante préstamos o avales o garantías que queda totalmente prohibido.

También se tenderá a prohibir cualquier relación mercantil entre el Director-Consejero y la Sociedad, incluido su cónyuge o descendiente.

Asimismo el Consejero deberá declarar sus intereses en acciones u obligaciones de la Compañía.

**4. UTILIZAR EL MAXIMO ESCRUPULO EN SITUACIONES ESPECIALES TALES COMO FUSIONES, ADQUISICIONES, USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA, EMISIONES DE AMPLIACION DE CAPITAL, ETC.**

## **5. MAXIMA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION DE PERSONAL.-**

Una significativa ola de reclamaciones en el mercado norteamericano vienen de este área.

Los Directores y Altos Cargos deben de crear los sistemas para poder tener al día los siguientes puntos:

- 1º) El cumplimiento de la Ley en las relaciones laborales existentes.
- 2º) La revisión periódica de todos los contratos de empleo para comprobar que cumplen con todos los requisitos legales.
- 3º) Supervisión de posibles situaciones de conflictos para prevenir la materialización de causas que puedan generar problemas de futuro.

Por tanto, se recomendaría tener un historial completo de la relación con el empleado, reuniones, posibles compromisos adquiridos, etc..

6. **CONTINUO FILTRO DE LAS DECISIONES Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE GESTION PARA EVITAR PROBLEMAS NO CONOCIDOS.-**

Cada día será más normal el que exista una persona o personas responsables de comprobar que los órganos de gestión funcionan conforme a la Ley y los Estatutos y, por otra parte, de comunicar a estos órganos cualquier situación de posible conflicto.

Esta figura podría ser desempeñada en los aspectos societarios por el Secretario del Consejo de Administración y para el día a día de la marcha de la Sociedad por una persona a designar y que podrá llevar la etiqueta de un cierto Director Espiritual de la Compañía, en Inglaterra denominado “Compliance Officer”.

7. **DOCUMENTACION.-**

Es de suma importancia que de todos los acuerdos tomados por los Órganos de Administración exista constancia documental mediante Acta de los siguientes puntos:

1. Asistentes
2. Asuntos tratados. Personas intervinientes

3. Información aportada
4. Decisiones tomadas - votos en contra  
- votos a favor

Los Consejeros y Directivos deberían revisar cuidadosamente dichas actas, y quedar satisfechos con la exposición precisa de lo que sucedió y la contribución de cada persona.

Si objetara al Acta deberá hacerlo por escrito.

#### **8. GUIAS DE PREVENCION DE RIESGOS.-**

Al igual que las empresas en su Gerencia de Riesgos tienen planes de prevención y actuación para siniestros de daños materiales, cada vez más los Gerentes de Riesgos deberán de crear normas para sus Consejeros y Directivos sobre cómo comportarse para reducir el riesgo de incurrir en responsabilidad personal.

Ello conseguirá varios objetivos:

- Reducir el riesgo de exposición no solamente de los Directores y Consejeros sino también de la Empresa.
- Mejorar la capacidad de la Compañía para reclutar directivos

y consejeros cualificados.

- Evitar las potencialmente costosas demandas y litigios con su gran pérdida de tiempo.
- Realzar la defensa contra las reclamaciones y reducir la indemnización potencial de un demandante.
- Mejorar la capacidad de la Compañía para obtener un seguro de D + O más favorable.

Estoy convencido de que en menos de cinco años en España existirán Manuales de Prevención de Riesgos para Directivos y de que existirán, sino existen ya, empresas que encontrarán dificultades no sólo para asegurarse sino para contratar Directivos. Ello dará la razón a un conferenciante anterior sobre este tema que dijo: “Ser Consejero un Privilegio o un peligro”.

### **III LA POSIBLE TRANSFERENCIA DEL RIESGO. LAS POLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE CONSEJEROS Y ALTOS CARGOS**

Como punto final y quizás más esperado de esta exposición no puedo dejar de hablar de lo que a los aquí presentes más nos identifica, la cobertura

aseguradora de los riesgos aquí descritos.

De todos es conocido el origen de estas pólizas en el mercado norteamericano y de la realidad existente, por la cual pocas sociedades podrán nombrar a sus Consejeros si carecen de este tipo de póliza.

En Europa, la evolución experimentada por la responsabilidad de los administradores no llega aún a este nivel, en gran medida porque los cambios legislativos que la han propiciado son relativamente recientes y homogéneos.

Sin embargo, el acortamiento de las distancias y la internacionalización de los mercados e inversores, con el consiguiente cruce de administradores de un lado a otro del Atlántico, está provocando un rápido crecimiento de este mercado y de esta cobertura en casi toda Europa.

A efectos de España la cobertura se comienza a comercializar en 1990 y lo es, fundamentalmente, a través de la adaptación de pólizas de origen inglés que son aportadas por Reaseguradores del Mercado de Lloyd's.

La capacidad de liderazgo de este mercado londinense se debe a que habían desarrollado con anterioridad esta cobertura para el mercado norteamericano, teniendo experiencia y capacidad disponible.

Con carácter paralelo las compañías norteamericanas establecidas en

España y con equipos de suscripción especialistas, comienzan también a ofrecer la cobertura. Seis años después en España la cobertura se ha ido dando a conocer y al día de la fecha los niveles de contratación están ya en consonancia con los de países con más tradición de aseguramiento como puede ser el Reino Unido. La gran diferencia que ofrece nuestro mercado es de la no existencia todavía de siniestralidad conocida y, por lo tanto, el carácter poco probado de las pólizas.

Sí es cierto que existe ya un foro de opinión y que el cliente empieza a preguntarse cómo debe comprar y a quién.

Aún así es todavía quizás un buen momento para comprar cobertura en un mercado todavía blando y poder disfrutar de unos costos competitivos en comparación a otros mercados.

### **QUE PUEDE Y DEBE OFRECER UNA BUENA COBERTURA DE D+O**

Lo primero que es importante resaltar es que estas pólizas están destinadas a cubrir los posibles quebrantos económicos al Consejero y Alto Cargo por un error en la gestión y que no lo están, por lo tanto, para garantizar otras áreas de responsabilidad como pueden ser las causadas por daños físicos o consecuenciales.

En este sentido las pólizas de D+O tienen un carácter complementario y no son sustitutivas de pólizas tales como las de Responsabilidad Civil General y Responsabilidad Civil Profesional.

Tampoco, asimismo, deben ser entendidas como una garantía para responder del buen resultado de la gestión.

Estas pólizas no quieren sino dar protección al Consejero o Alto Cargo en caso de que tenga que responder con su patrimonio por una responsabilidad derivada de un perjuicio económico causado a la Sociedad o a los accionistas o terceros acreedores.

De alguna manera es un beneficio adicional que el representante leal y ordenado comerciante obtiene de su Sociedad para protegerle. Por el momento no se contempla como tal a efectos Fiscales.

Una buena póliza de D + O deberá tener, al menos, los siguientes requisitos:

- 1) **Deberá tener un buen ámbito temporal**, es decir de poco le sirve a un Consejo de Administración tener una póliza que compra nueva y no le garantiza ni lo hecho con anterioridad, ni un posible período de extensión en caso de que sus Aseguradores no le ofrezcan renovación.

La obtención de dichos términos se basará en el principio de la buena fe contractual a la hora de declarar la situación de la Sociedad a la hora de comprar el Seguro. Por tanto, y conforme a LCS la no facilitación de la situación fiel de la Sociedad o la ocultación de siniestros “latentes” puede ser objeto de rescisión del contrato (Artículos 10 y 16 de LCS).

2) **Deberá dar una defensa jurídica hasta el límite de Indemnización Asegurada.-**

Lo más importante para el Consejero o Alto Cargo a la hora de enfrentarse a una posible reclamación, será su capacidad para afrontar los costos legales en que deberá incurrir.

Muchos habréis oído de la anécdota del Ex-Director General de un Grupo Cervecerero inglés que fue llamado a una conferencia del estilo de la de hoy para explicar cómo los costos legales para defenderse le habían arruinado al no tener póliza.

Una buena póliza D+O es la que se hace cargo de los costos de defensa desde el inicio de la reclamación, con la única salvedad de que el reclamado deberá resarcir a la Aseguradora si se demuestra que los costos no se habrían producido por el siniestro no quedar formalmente cubierto bajo la póliza.

Es por tanto importante tener claro quién paga dichos costos y cuándo.

3) **Deberá explicar claramente qué tipo de reclamaciones gozarán de protección y cuáles no.-**

Es decir, deberá tener un listado de exclusiones claro y certero, porque todo lo demás estará excluido.

4) **Por último, y finalmente, una póliza de D + O deberá ser ofrecida por una Compañía independiente sin vínculos con las partes.-**

Esto ahorrará conflictos de interés innecesarios o situaciones de presión para que la póliza responda de una u otra forma.

A la hora de la verdad y en los supuestos prácticos, estas pólizas protegerán el patrimonio del Consejero y Alto Cargo que podrá responder las reclamaciones de terceros, si el siniestro es válido, y mientras tanto salvo en el caso de una acción social por la propia Sociedad, podrá continuar su gestión como fiel representante del Tomador del Seguro.

\* \* \* \* \*