

Mesa Redonda:

**Cómo minimizar el riesgo a sufrir acciones
legales contra los administradores
aplicando políticas de
buen gobierno**

D. José María Pérez Tremps
Consejero Secretario General
GRUPO FERROVIAL



COMO MINIMIZAR EL RIESGO A SUFRIR ACCIONES LEGALES CONTRA LOS ADMINISTRADORES APLICANDO POLÍTICAS DE BUEN GOBIERNO

José M^a Pérez Tremps

1. INTRODUCCIÓN

El tema propuesto pone en conexión dos ámbitos de la ordenación de las sociedades mercantiles: responsabilidad y gobierno corporativo. Ambos, desde diversas perspectivas y con distintas técnicas, coinciden en la función de componer los intereses y repartir competencias entre los principales sujetos interesados en la vida de las sociedades mercantiles: administradores, accionistas –accionistas de control y ajenos al mismo-, empleados, acreedores.

La responsabilidad actúa desde la perspectiva de la sanción. Parte del presupuesto del incumplimiento de un deber y se enfoca, como responsabilidad de naturaleza civil, a la reparación de un perjuicio, operando por tanto “a posteriori”, una vez producida la infracción. Nos centraremos en este tipo de responsabilidad y no en la que de carácter punitivo, cuya función adicionalmente busca la retribución a la conducta ilegal mediante la imposición de un castigo. Tiene su exponente principal, en el ámbito societario, en las figuras tipificadas en los artículos 290 y siguientes del Código Penal.

El gobierno corporativo constituye, por el contrario, un conjunto de reglas de salvaguardia, de reparto de competencias y de configuración de contrapesos, que actúan desde la perspectiva de la prevención, enfocadas a procurar la mejora en la calidad y la fiabilidad de la administración de las compañías.

El fin directo del gobierno corporativo no es reducir el riesgo de que se reclame la responsabilidad de los administradores. Ahora bien, la mejora de calidad y fiabilidad de la gestión tienen un efecto indirecto de disminución de la probabilidad de incurrir en infracciones y, por lo tanto, de generar perjuicios

susceptibles de ser sancionados. Visto de la perspectiva de los sujetos pasivos, puede decirse que contribuye a minimizar el riesgo de demandas.

La norma es el mecanismo común de la configuración de los regímenes de responsabilidad de administradores y de gobierno corporativo y, por lo tanto, el resorte en que donde principalmente hay que actuar para la consecución del propósito enunciado.

Haré una aproximación a los elementos esenciales de cada uno de los dos ámbitos, responsabilidad y gobierno corporativo, para apuntar algunos aspectos específicos a través de los cuales, en mi opinión, puede procurarse que estos resultados operen más eficazmente en el sentido de minimizar el riesgo de reclamaciones de responsabilidad.

2. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Enuncio estos elementos a los efectos meramente descriptivos que aquí interesan y centrándome en el ámbito más natural de la responsabilidad de administradores, el regulado en los artículos 133 a 135 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA),

Conforme a doctrina consolidada, el instituto de la responsabilidad requiere una actuación imputable a una persona o a un conjunto de personas -consistente en actos positivos o en omisiones- que reúna las dos características de la antijuridicidad y la culpabilidad. La actuación, así configurada, debe producir un daño, es decir, debe mediar un nexo causal entre el acto imputable (en este caso imputable a los administradores) y el daño, consistente en una disminución patrimonial efectiva o, eventualmente, en un perjuicio de carácter moral, que recaiga en la propia sociedad (lo que desarrolla la acción social del art. 134 LSA) o en socios o en terceras personas (acción individual del art. 135).

Reparemos brevemente en alguno de estos elementos. Primero, el **carácter antijurídico** de la actuación de los administradores que se recoge en el artículo 133 LSA. Según ha quedado redactado por la Ley de Transparencia, lo identifica refiriendo los actos u omisiones como “contrarios a la ley o a los estatutos” o “realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”. Ley significa ciertamente aquí el conjunto del ordenamiento jurídico, los estatutos igualmente deben entenderse referentes, además de la reglamentación interna máxima de la compañía, de aquéllas normas subordinadas que la sociedad tenga. Las cotizadas, en todo caso deben contar con un Reglamento de la Junta General y un Reglamento del Consejo de Administración.

Procede destacar un primer dato en relación con la antijuridicidad. Un ámbito natural para producirse es el de la infracción de las normas internas de la compañía, estatutos y reglamentos a él subordinados, los cuales son producto de la autonomía de la sociedad, con subordinación a la ley, pero como expresión del ejercicio de la auto regulación a la que invita el esquema de gobierno corporativo que está planteado en nuestro país.

En cuanto a la **negligencia o culpabilidad** del administrador, debe reseñarse que ésta puede ser de cualquier grado. Explícitamente la reforma de la LSA suprimió la referencia a “malicia, abuso de facultades o negligencia grave”, así como que el parámetro utilizado por la ley para identificarla es el incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Esto quiere decir que otro elemento de la responsabilidad, la negligencia, se medirá, ahora sustancialmente, a través de un parámetro de conducta que tiene una regulación, nueva y depurada en los artículos 127 y siguientes de la LSA, pero que también constituye uno de los contenidos esenciales, incluso uno de los contenidos naturales, de los reglamentos internos de la compañía. Podemos decir pues que la negligencia se acredita, por la demostración del incumplimiento de los deberes del consejero como expresión de estándares fijados para un comportamiento diligente.

Por ello, la normativa interna de la sociedad, expresión de la auto regulación societaria, constituye una herramienta eficiente para delimitar la responsabilidad de los administradores, tanto porque, dentro del marco legal, puede modular el alcance del comportamiento contrario a derecho en que una actuación responsable consiste como por el hecho de que la prueba de haber quebrantado el régimen establecido en el conjunto normativo de la legislación mercantil, estatutos y reglamentación, interna -muy especialmente el Reglamento del Consejo de Administración- puede ser una vía más eficaz para demostrar la culpabilidad en la actuación de los consejeros y al contrario: la prueba de su cumplimiento la demostración de la inexistencia de culpa.

Me detengo por un momento en este punto. En la aplicación del régimen de la responsabilidad de administradores, precisamente el diagnóstico de la negligencia es la tarea con más incertidumbre cuanto se trata de demostrar que una conducta ha sido la causante de un perjuicio patrimonial para la compañía o para terceros y además se ha producido con negligencia. Ahí es donde es más difícil realizar un juicio correcto de los hechos porque existe cierta tendencia a desplazar el riesgo empresarial del ámbito que le es propio: el de la sociedad, al personal de los administradores. En relación con este aspecto, es donde se plantean ideas que quieren acotar esta incertidumbre. Así, la noción norteamericana del "business judgement" o ámbito de discrecionalidad empresarial y las técnicas de delimitación para eliminar el riesgo de que una decisión históricamente perjudicial pueda calificarse mecánicamente como una decisión negligente. Por ejemplo, Cándido Paz en su trabajo "*La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*" enuncia un ámbito de "inmunidad" por inexistencia de culpa para aquellas decisiones respecto de las cuales se pueda demostrar que fueron tomadas:

- con una información razonable,
- con cumplimiento de los procedimientos establecidos y, sobre todo,
- sin que existiera un interés personal de los administradores.

Todo esto basado en considerar que estos renglones son las categorías de comportamientos diligentes susceptibles de una valoración más objetiva.

También responden a este propósito propuestas en el sentido de alterar el principio general de carga de la prueba a costa del reclamante en el caso de entablar acciones de responsabilidad contra administradores. Inversión de la carga de la prueba que no tiene acogida en derecho español donde sigue rigiendo el principio de la carga como responsabilidad del alegante (arts. 1.214 del Código Civil y ahora 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No obstante, hay una inversión subordinada de la carga de la prueba en el artículo 133.3 LSA cuando se trate de romper las reglas de la solidaridad en la responsabilidad del órgano de administración colegiado: se exonera de responsabilidad al administrador que pruebe no haber intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo, desconocer su existencia o haber realizado todo lo conveniente para evitar el daño o al menos haberse opuesto expresamente al acuerdo de que éste traiga causa.

3. ELEMENTOS BÁSICOS DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Se trata de repasar sus aspectos principales desde la perspectiva de las sociedades cotizadas y con relación a una forma natural de gobierno: el Consejo de Administración.

Propongo diferenciar básicamente a este respecto de gobierno corporativo en tres grandes conceptos: el estatuto del consejero individualmente considerado, la organización y funcionamiento del consejo y la actividad del consejo.

Repasando con brevedad cada uno de estos conceptos, destacaré aquellos puntos donde puede considerarse posible la acción normativa interna de la empresa. ¿Para qué?. Fundamentalmente para aportar seguridad de cara a una eventual aplicación de las reglas de la responsabilidad de manera que el gobierno corporativo ayude a centrar el ámbito de discrecionalidad propio del consejo, fundamentalmente en dos líneas: asegurando el conocimiento puntual de la ley y los estatutos por parte de sus componentes e imponiendo un estándar de diligencia en su actuación mediante la información y la eliminación

de obstáculos en el cumplimiento de los deberes. En otras palabras, eliminando los pretextos para justificar conductas negligentes y disminuyendo las probabilidades de que se produzca un efectivo incumplimiento de estos deberes.

Por supuesto, esta política de actuación en el gobierno corporativo aumenta el riesgo del denominado "overcompliance", es decir, puede generar una dinámica de cumplimientos por encima de lo necesario y razonable que supongan un lastre para la gestión. Pero, estando atentos a este riesgo, la dimensión positiva de este modo de actuación, es aportar certeza al administrador respecto del ámbito de discrecionalidad en el que, con la debida protección y garantías, deben producirse sus actuaciones minorando los riesgos de que puedan dirigirse demandas contra él.

Veamos rápidamente el panorama en el que se puede desplegar este método de actuación.

3.1 Estatuto del consejero

Aquí es donde la reforma legal subsiguiente al Informe Aldama realizada por la Ley de Transparencia ha hecho una mayor aportación, configurando los deberes básicos del consejero sobre la distinción del deber de diligencia –art. 127 LSA- y los llamados deberes de lealtad –arts. 127 bis y siguientes-.

En esta materia pueden utilizarse técnicas distintas.

- La técnica de la **prohibición** (se aplica respecto de la utilización del nombre de la sociedad y de la invocación de la condición de consejero para la realización de operaciones por cuenta propia; la realización en beneficio propio de inversiones u operaciones ligadas a los bienes de la sociedad o de las que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su cargo cuando hubiere sido ofrecido a la sociedad o la sociedad tuviera interés y no lo haya desestimado),
- La técnica de la **autorización previa**, o

- La técnica de la **información obligatoria**, ligada o no a la **comunicación pública**, establecida en materia de conflicto de intereses (art. 127 ter) 3, técnica a la que responde la mayor parte del contenido del Informe de Gobierno Corporativo, instaurado como obligatorio para las sociedades cotizadas por la Ley de Transparencia en el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores.

Estas técnicas, la prohibición, el control, la información acompañada de publicidad, tienen una virtualidad muy importante.

Así la prohibición dificulta el incumplimiento porque al existir un deber explícito de omisión de un comportamiento, el incumplimiento requiere ocultación y engaño. El control y la autorización previa lleva el incumplimiento también al terreno del engaño, por cuanto a la conducta necesitada de autorización solamente puede ser desplegada con la explícita omisión del deber de solicitar el permiso. La información y su correlato de transparencia y publicidad aporta efectos sobre la reputación del sujeto obligado y arroja sobre él el control derivado de la vigilancia de su comportamiento por parte de terceros, (inversores, mercado, accionistas) destinatarios de la información publicada.

¿Qué puede hacer la normativa interna de gobierno aquí?. Puede modular y, en algunos casos, ampliar las obligaciones legales de los administrados, haciendo el incumplimiento más difícil o más grave. Por ejemplo, pueden fijarse prohibiciones donde la legislación general obliga únicamente a informar. Así respecto del desempeño de cargos de administrador en compañías competidoras, por ejemplo. Puede delimitar conductas, situaciones y decidir que deben ser objeto de publicidad a través del Informe de Gobierno Corporativo. Estas técnicas de regulación de los deberes de los consejeros requieren que el incumplimiento que los infrinja sea de una mayor gravedad y deje una constancia mayor con el **efecto disuasorio** que esto supone. El añadir efectos reputacionales a las situaciones de los consejeros, igualmente tiene un efecto disuasorio respecto de aquéllas que pueden constituir ocasión o medio para desplegar conductas negligentes.

3.2 Organización y funcionamiento del Consejo

La normativa de gobierno corporativo en este campo contiene, en mi opinión, tres áreas fundamentales: la diferenciación de tipos de consejeros, la división funcional en el Consejo mediante la constitución de comisiones especializadas y las reglas de funcionamiento del Consejo.

3.2.1 En la primera, **la diferenciación entre consejeros** ejecutivos y externos y, dentro de ellos, entre dominicales e independientes ha puesto el foco principal en los consejeros independientes como figuras no vinculadas a accionistas de control y tutores virtuales del accionariado titular del capital flotante de la sociedad. Supone que la presencia de consejeros independientes aporta una garantía adicional de cuidado del interés del conjunto de la sociedad. Las normas de gobierno corporativo pueden profundizar en la utilización de esta figura a través de mecanismos tales como requerir su presencia en determinadas comisiones, atribuirles forma necesaria la presidencia de las mismas, exigir una mayoría de votos favorables de los consejeros de esta extracción para la aprobación de determinadas transacciones que requieran un nivel especial de compromiso y de tutela de intereses.

Es notorio que, en torno a la figura de los consejeros independientes existe una polémica derivada de cuestionar la autenticidad de la independencia en muchos casos y del riesgo de que se desborde su papel al atribuirles la responsabilidad de adopción de decisiones que, en muchos casos, rozan con las que son propias del ámbito ejecutivo de las compañías.

3.2.2 Las comisiones especializadas típicas de Auditoría y Control, impuesta por la denominada Ley Financiera (Ley 44/2002) y la de Nombramientos y Retribuciones, permiten en algunos campos como es la aprobación de estados financieros, el conocimiento y supervisión de la información económica de la compañía o las relaciones con el auditor externo o la propia verificación del cumplimiento de las propias normas

de gobierno corporativo. En estas áreas, el trabajo de la Comisión conlleva una cuota adicional de responsabilidad por estar configuradas en función de su especialización y de su especial dedicación y responsabilidad.

3.2.3 Un tercer capítulo lo **constituyen las normas de funcionamiento del Consejo**. El rigor en todo como la preparación de las reuniones, la información de preceptivo conocimiento por los consejeros, los procedimientos previos a la adopción de decisiones, la capacidad para recabar el auxilio de expertos o, para acceder directamente a directivos de la organización. Son aspectos cuya regulación y práctica corporativa igualmente pueden contribuir a configurar un sistema en el que el incumplimiento de las obligaciones del consejero resulte más difícil y la capacidad para probar el despliegue de una debida diligencia por el Consejo más fácil.

3.3 Actividad del Consejo

Una mención a la planificación de la actividad del consejo, fundamentalmente a través del reglamento que lo regule.

El Reglamento del Consejo, al definir **las funciones** asumidas por el órgano de gobierno y establecer las tareas que debe desarrollar, constituye una oportunidad para preconfigurar un marco de diligencia en la actuación de los consejeros. Hay fundamentalmente dos campos en los que esto es especialmente adecuado, la fiscalización y supervisión de la información económica y de la contabilidad de la compañía y la aprobación de operaciones de inversión y de desinversión. En la medida que en el Consejo se establezcan sistemas y procedimientos tendentes a asegurar la calidad en la toma de decisiones, más difícil podrá ser persuadir en una eventual acción de responsabilidad de la negligencia en su adopción.

Por último quiero hacer una mención a un instrumento que ha aparecido en el gobierno corporativo de una manera poco destacada y que, paulatinamente,

puede cobrar importancia. Se trata del **Informe de Riesgos** como parte del Informe Anual de Gobierno Corporativo. En la regulación inicial del Informe de Gobierno Corporativo que la Ley de Transparencia introduce mediante la reforma del artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, se menciona como contenido necesario del mismo la referencia a los "sistemas de control del riesgo". Posteriormente, la Orden de 26 de diciembre de 2003 y la Circular CNMV 1/2004 han desarrollado el contenido del Informe de Gobierno Corporativo. Sistemas de control de riesgo es un concepto indeterminado, difícil de reconducirse a un marco ajustado para cada compañía por la diversidad de sus negocios y de los sectores en los cuales actúan. No obstante, en un sistema de gobierno corporativo que estuviera guiado por el principio de excelencia, creo que puede aprovecharse esta explicación de los sistemas para la identificación de riesgos, para su gestión y su control como campo para el desarrollo de una actividad responsable de supervisión de la acción de la compañía que, realizada con calidad, permite acreditar al Consejo el desarrollo de un comportamiento diligente en la tarea de tutelar los intereses de la sociedad.

En la medida en que el informe de riesgos pueda ser utilizado de una forma seria y ajustada a las peculiaridades de las compañías, supone una verdadera prueba preconstituida de una gestión diligente del Consejo.

Lo expuesto constituye simplemente una ordenación de ideas básicas que se corresponden con la tesis general de que la regulación autónoma de gobierno corporativo a través de los instrumentos internos de la compañía, fundamentalmente del Reglamento del Consejo, permite establecer un marco de actuación en el cual la demostración de un comportamiento negligente resulte más difícil para los reclamantes en una acción de responsabilidad porque el cumplimiento efectivo de la normativa permite a los administradores

contar con una serie de pruebas preconstituidas que demuestren la diligencia de su actuación tanto más cuanto más estrecho sea el marco que estas normas permiten para la infracción, muy en particular, de sus deberes de diligencia y lealtad.

José M^a Pérez Tremps