

El descargo de la responsabilidad de los administradores y directivos. ¿Qué mecanismos alternativos de Derecho preventivo se han desarrollado?

D. Pere Pons
Abogado Mercantil y Fiscal
MULLERAT



Donación de AGERS al Centro de Documentación de FUNDACIÓN MAPFRE



**PREVENCIÓN Y
COBERTURA DE LA
RESPONSABILIDAD DE
ADMINISTRADORES**

Pere M. Pons

Barcelona · Madrid · Palma de Mallorca · San Sebastián · Lisboa

INDICE

1. Introducción: El Seguro de D&O
2. Acuerdos indemnizatorios: las cláusulas de “Corporate Indemnification”
3. Otros mecanismos de prevención de la responsabilidad



EL SEGURO DE D&O

Consideraciones Previas

- Origen y antecedentes
- La transposición del Seguro americano D&O
- La importación de otros mecanismos de cobertura

3



CARACTERÍSTICAS

- Seguro de daños
- Carácter voluntario
- Carácter profesional
- Por cuenta de terceros
- Defensa jurídica
- Grandes riesgos

4



ELEMENTOS PERSONALES

- Asegurador, asegurado y tomador
- La Sociedad como asegurado (reembolso)
- Extensión temporal de la cobertura:
contingencias diferidas y retroactividad
- Administradores:
persona jurídica vs. persona física

5



INTERÉS ASEGURADO

- Patrimonio presente y futuro del asegurado
- La teoría del daño colateral:
La sociedad y terceros como perjudicados
└───→ *remuneraciones indebidas*
- Cifra de responsabilidad:
Limitación y probabilidad como moduladores de la
prima a abonar

6



RIESGO Y COBERTURA

- El riesgo como posible asunción de deudas por responsabilidad
- El devengo de gastos en defensa jurídica
- Delimitación de la cobertura:
 - Criterio causal y delimitación subjetiva
 - Criterio temporal y geográfico

7



CONTRATAR UN D&O

1. Evaluación de la cifra de responsabilidad: necesidades, franquicias y efecto financiero
2. Cobertura de la Sociedad tomadora
3. Cobertura individual o colectiva del Consejo
4. Análisis de los supuestos de rescisión e insolvencias
5. La definición de “demanda de responsabilidad”

8



CONTRATAR UN D&O (II)

6. Conducta fraudulenta y otras exclusiones
7. Unidad de acto y reclamaciones conexas
8. Fusiones y adquisiciones (caso Henkel)
9. Anticipo de gastos
10. Competencia judicial



EL D&O...

“Un instrumento útil para modular las consecuencias económicas de posibles exigencias de responsabilidad, sin alterar la responsabilidad jurídica del administrador, ni rebajar el rigor y la diligencia que exige el tráfico mercantil”



ACUERDOS INDEMNIZATORIOS

Los pactos de *Corporate Indemnification*

- Origen y antecedentes:
 - USA 1938: cobertura de los gastos de defensa demanda resuelta favorablemente aprobación por la Junta General
 - Delaware General Corporation Act (1986)

11



CORPORATE INDEMNIFICATION

1. *Mandatory indemnification:*

- Alcance: gastos de defensa jurídica
- Requisito: resolución judicial favorable
- Obligación estatutaria y normativa

12



CORPORATE INDEMNIFICATION

2. *Permissive indemnification:*

- Objeto ilimitado
- Obligación contractual
- Requisito: inexistencia de dolo
- Acción social vs. Acción de terceros

13



CORPORATE INDEMNIFICATION

- ❖ Acción de terceros:
 - exigencia de mínima Buena Fe
 - cobertura ilimitada (incluidas sanciones)
 - resoluciones desfavorables

- ❖ Acción social o *derivative suit*:
 - a) sin resarcimiento, salvo equidad
 - b) únicamente gastos de defensa

14



CORPORATE INDEMNIFICATION

- ✓ La Ley regula un procedimiento mínimo para determinar si el resarcimiento de gastos es merecido

- Límites: protección de los inversores, de los consumidores, y del público general
- Formalización: las *Indemnity letters*
- No se exige “transparencia” al respecto

15



CORPORATE INDEMNIFICATION

- ❖ Los Acuerdos Indemnizatorios en España:
 - Licitud: la obligación de reembolso

- ✓ Fundamento legal:
 - gestión de negocio ajeno
 - retribución vs. gastos
 - no infracción de deberes

16



CORPORATE INDEMNIFICATION

- Extensión convencional de la obligación de resarcimiento:
 - El Régimen de responsabilidad: imperativo
 - ✓ Pacto oponible al socio firmante
 - ✓ La responsabilidad persiste; sólo se limitan las consecuencias patrimoniales
 - El perjudicado no debe soportar el coste RC

17



CORPORATE INDEMNIFICATION

- Extensión convencional de la obligación de resarcimiento:
 - ✓ Inoperativa en responsabilidad interna
 - ✓ Validez frente a reclamaciones de terceros
 - Sin embargo, puede desvirtuarse si la infracción legitimara una reclamación interna y ésta se hiciera efectiva
 - Intervención del Grupo: obligación de la matriz

18



CORPORATE INDEMNIFICATION

- ❖ Situaciones internacionales:
 - Naturaleza jurídica
 - Sumisión de foro y elección de ley aplicable

- ❖ Operatividad en Derecho comparado:
 - **Bélgica** → sólo frente a reclamaciones de terceros
 - **Alemania** → sólo SL (no responsabilidad interna)
 - **Italia** → Discusión. Admisión en culpa leve.
 - **UK** → Rechazo, salvo ratificación por Junta

19



MECANISMOS DE PREVENCIÓN

1. Técnicas de derivación de la responsabilidad
2. Establecimiento de estándares de conducta diligente
3. Implementación de estructuras de distribución de competencias

20



TÉCNICAS DE DERIVACIÓN

1. Derivación “ad intra”:

- Traslado de la responsabilidad al cuerpo directivo de la empresa
- Escaso reconocimiento jurisdiccional
- Nuevas tendencias tras la Sarbanes-Oxley Act (“visado” por el Director Financiero)

21



TÉCNICAS DE DERIVACIÓN

2. Derivación “ad extra”:

- Intervención de profesionales externos
- Independencia en el control de legalidad
- Posibilidad de repetición: RC contractual
- ✓ Ej: auditores, peritos, letrado asesor

22



TÉCNICAS DE DERIVACIÓN

El Letrado Asesor: (Ley 39/1975)

- Obligatorio: capital social > 300.000 €
cifra de negocio > 600.000 €
número de trabajadores > 50 pers.
- Condición de abogado; Asesora sobre la legalidad de los acuerdos y deliberaciones del órgano de administración
- “El incumplimiento (...) será objeto de expresa valoración en todo proceso de responsabilidad derivada de acuerdos o decisiones del órgano de administración” (art. 1.4)*

23



ESTÁNDARES DE CONDUCTA

✓ preparación y publicación de pautas de conducta y procedimientos operativos que permitan romper la tendencia hacia una responsabilidad objetiva:

- ❖ Códigos de conducta empresarial
- ❖ Reglamentos internos del Consejo

24



DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

- Limitaciones a los Consejeros Delegados
- Supervisión de las Comisiones Ejecutivas:
 - Recomendaciones de los Informes de transparencia
 - La Ley 26/2003, de 17 de julio
- Control piramidal del personal laboral:
 - Escaso reconocimiento jurisdiccional



Pere M. Pons
p.pons@mullerat.com