

EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y SU RELACIÓN CON LA NATURALEZA Y LAS FUNCIONES DEL CARGO*

Luis Antonio Velasco San Pedro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMPARADO
2. LA INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DE LA NATURALEZA Y LAS FUNCIONES DEL CARGO
 - 2.1. Relación con el principio de responsabilidad solidaria y los deberes de los administradores
 - 2.2. Ámbito de aplicación
 - 2.3. Situaciones en las que puede operar
 - 2.3.1. Diferentes clases de consejeros y de cargos en el consejo
 - 2.3.2. Estructuración del consejo de administración en comisiones
 - 2.3.3. La delegación de facultades

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMPARADO

La *responsabilidad de los administradores* por los daños que pueda producir su actuación a la sociedad (objeto de la llamada *acción social de responsabilidad*), es sin ninguna duda una de las cuestiones centrales que plantea el *buen gobierno* de las sociedades de capital en cuanto *cláusula de cierre* del control de su desempeño por parte de los propietarios de la empresa (los socios o accionistas)¹. En su día fue objeto de cierta

* Trabajo destinado al *Libro en homenaje al Prof. Quijano*.

¹ En el marco de la *teoría contractual de la empresa* este control se plantea como el resultado de la *especialización de funciones* en la empresa, y resulta afectado por los *costes de agencia* y los problemas que plantea la *acción colectiva*, lógicamente con diferenciaciones según se trate de sociedades abiertas o cerradas: ARRUÑADA, Benito (1998), *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, pp. 316 y ss. y 397 y ss.

En nuestra literatura jurídica, plantea acertadamente la relación entre buen gobierno y sistema de responsabilidad de los administradores, PAZ ARES, Cándido (2003), “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *InDret*, Working Paper nº 162, Barcelona, pp. 3 y s. (https://indret.com/wp-content/uploads/2007/05/162_es.pdf, consulta 21 de abril de 2022).

Otras formas de responsabilidad civil de los administradores, como la relativa a la *acción individual*, la *responsabilidad por deudas sociales* por no promover la disolución de la sociedad (particularmente por *pérdidas cualificadas*), o la *responsabilidad concursal*, aun sin desconocer su contribución al control de los administradores, tienen más bien una función de tutela de terceros, particularmente de los acreedores sociales.

atención en la Ley de sociedades anónimas (LSA) de 1951², que trató de remediar la parquedad con la que (no) se contemplaba en los dos Códigos de comercio que la precedieron, que básicamente se remitían a la *responsabilidad de los mandatarios*³, y pese a partir sus redactores de la idea grandilocuente de que “la pureza administrativa (...) es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas” (?)⁴.

Posteriormente, también formó parte del temario de la *gran reforma* de nuestro Derecho de sociedades de 1989⁵, cuya finalidad era incorporar el *acervo comunitario* en materia de sociedades y aunque este asunto no había sido armonizado en la Comunidad Europea –sigue sin serlo en la actual Unión Europea– a la espera de una nunca aprobada Quinta Directiva sobre estructura orgánica de las sociedades anónimas⁶.

Las ulteriores reformas emprendidas en nuestra legislación, en el marco del proceso sobre *mejora del gobierno corporativo* de las sociedades que se inició en los años 90 del pasado siglo, y como era lógico por lo que acabamos de decir, no han dejado tampoco de incidir sobre esta cuestión, de forma que el sistema de responsabilidad de los

² En los entonces artículos 79 a 81.

³ En el Código de comercio de 1829 indirectamente, ya que su artículo 265.3 les daba el calificativo de “mandatarios o administradores amovibles”, y el 277 señalaba que los administradores no eran “responsables personalmente sino del buen desempeño de las funciones que (...) estén a su cargo”. En el de 1885, directamente, pues su artículo 156 señalaba que “[l]os Administradores de las Compañías Anónimas son sus mandatarios, y, mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal o solidaria por las operaciones sociales (...)”.

Con todo en ambos códigos se contenía una regulación de la *responsabilidad de los socios*, en el artículo 320 del de 1829, aparentemente para todas las sociedades mercantiles, y en el artículo 144 del de 1885, en relación con las sociedades colectivas (aplicable por el 149 también a las comanditarias), por los daños que causasen a los intereses de la compañía por dolo (en el de 1829) o malicia (en el de 1885), abuso de facultades o negligencia grave; fórmula que volverá a recogerse, ya en referencia a los administradores de la sociedad anónima, en el artículo 79 LSA de 1951.

⁴ Ap. III de la exposición de motivos de la LSA de 1951.

⁵ Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, y R. D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA de 1989).

⁶ Véanse las referencias a la propuesta de esta directiva en estos temas en QUIJANO, Jesús (1985), *La responsabilidad civil de los administradores en la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, pp. 102 y ss.

administradores se ha modificado en las reformas de 2003⁷ y, más recientemente, de 2014⁸ y 2021⁹.

Todas estas actuaciones del legislador español, aunque obedecen a dinámicas internas de maduración de ideas sobre cuál debe ser el diseño más apropiado para un buen *sistema de responsabilidad de los administradores* –las contribuciones doctrinales han sido muy numerosas¹⁰, y la jurisprudencia, muy escasa antes de la gran reforma de 1989¹¹, es ahora algo más abundante¹²–, se sitúan claramente dentro de los movimientos paralelos del Derecho societario comparado más caracterizado. Hasta la gran reforma de 1989 –esta incluida–, el modelo de referencia fue principalmente el del Derecho alemán¹³, en el que *grosso modo* se inspiró la introducción en el nuestro de una *cláusula general* para medir la responsabilidad de los administradores que, superando el tradicional parámetro del *buen padre de familia* (artículo 1104.2 del Código civil), señalaba que los administradores debían desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal” (artículo 79 LSA de 1951)¹⁴. Pero a partir del proceso de mejora del *gobierno corporativo*, de claro sesgo angloamericano, el modelo se trastocó por el casuismo de los *deberes fiduciarios de los administradores* (*fiduciary*

⁷ Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el R.D. Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁸ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁹ Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

¹⁰ Tanto que su mera cita excedería de los límites razonables de este trabajo, aunque en él se hará referencia a alguna de las más relevantes.

¹¹ Lo señalaba en su día QUIJANO (1985), pp. 143.

¹² La más significativa puede consultarse en la obra VALPUESTA, Eduardo (2022), *Comentarios a la Ley de sociedades de capital*, 4ª ed., Las Rozas, Bosch, sub. arts. 236 a 241 bis, pp. 601 y ss. En relación con la responsabilidad derivada de la infracción del deber de lealtad, PAZ ARES, Cándido (2016), “Anatomía del deber de lealtad”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 450, señala la escasa litigiosidad que ha originado en nuestro derecho, aunque cite diversos casos.

¹³ Aunque también se detectan influencias de otras legislaciones continentales, como el *Codice civile* italiano de 1942, cuyo artículo 2392 siguió incluso influyendo en la gran reforma de 1989, cuando se especificó que la responsabilidad de los administradores componentes del órgano (pluripersonal) de administración era de carácter solidario y se establecieron causas individuales de exoneración (nuevo artículo 133.2 TRLSA de 1989).

¹⁴ Inicialmente el § 241 del *Handelgesetzbuch* de 1897 hablaba de “*ordentliche Geschäftsmann*” (ordenado hombre de negocios), que en los ulteriores §§ 84. 1 de la *Aktiengesetz* de 1937 y 93.1 de la *Aktiengesetz* de 1965, se sustituyó por la fórmula de “*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*” (ordenado y concienzudo director del negocio).

duties of directors) característico de aquel sistema y que, sin sustituir totalmente la cláusula general, que se sigue manteniendo en parte, la ha completado por una formulación de *deberes legales* concretos de los administradores [artículos 225 a 232 de la Ley de sociedades de capital (LSC)] cuyo incumplimiento generaría responsabilidad por parte de los administradores¹⁵ y, finalmente, la ha matizado con la introducción de la *regla de protección de la discrecionalidad empresarial (business judgment rule)* (artículo 226 LSC)¹⁶. En todo caso, un proceso paralelo se ha seguido en otros ordenamientos continentales, comenzando por el propio alemán.

Descendiendo a planteamientos de fondo, se observa en esta evolución del sistema de responsabilidad su *progresivo endurecimiento* hasta, al menos, la reforma de 2014. En la gran reforma de 1989 se suprimió, por una parte, la *franquicia de responsabilidad por culpa leve*, al sustituirse como presupuesto de la responsabilidad la “malicia, [el] abuso de facultades o [la] negligencia grave” (viejo artículo 79.1 LSA de 1951), por los “actos contrarios a la Ley o los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que [los administradores] deben desempeñar su cargo” (artículo 133.1 TRLSA de 1989). Por otra, se introdujo la regla de la *responsabilidad solidaria* de todos los miembros del órgano de administración, con *causas individuales* de exoneración (artículo 133.2 TRLSA de 1989)¹⁷. La de 2003 concretó los *deberes legales* de los administradores y su infracción como supuesto de responsabilidad de los administradores, encontrándose entre estos el de *diligencia* (nuevos artículos 127.1 y 133.1 TRLSA), y añadió a mayores la responsabilidad de los *administradores de hecho* (nuevo artículo 133.2 TRLSA).

La reforma de 2014, aunque *refuerza* el alcance de los deberes de los administradores, con una formulación más completa en relación con el *deber de lealtad*

¹⁵ La adopción de la doctrina de los *deberes fiduciarios* formaba ya parte del temario del *Informe Olivencia* de 1998, primer informe sobre gobierno corporativo en España, con el carácter de recomendaciones, y comenzó a positivarse legalmente en la reforma de 2003, resultado a su vez del *Informe Aldama*, habiéndose modificado en 2014 y, más recientemente, en 2021. En el *Informe Olivencia*, ap. II, 8.1., se señalaba lo siguiente:

“La legislación sustantiva establece que el consejero ha de desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. El carácter altamente abstracto o genérico de esta norma de conducta hace recomendable, en nuestra opinión, que las reglas de funcionamiento interno de la compañía recojan con detalle las principales obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y de lealtad, con el fin de estimular que los consejeros tomen conciencia de los compromisos que contraen al asumir el cargo y de facilitar la valoración de su actuación.”

¹⁶ Artículo introducido en la reforma de 2014.

¹⁷ Estos aspectos de la LSA de 1951 que fueron reformados había sido ya criticados por parte de algunos autores: QUIJANO (1985), pp. 143 y s.

y sanciones incrementadas por su incumplimiento (además de responsabilidad, acción de enriquecimiento), complementada por la prohibición general, con excepciones, de la dispensa de dicho deber (artículo 230 LSC)¹⁸, introduce dos elementos que no dejan de representar una cierta *matización* o *moderación* de la responsabilidad de los administradores, respecto a la situación precedente¹⁹.

La primera matización, como ya se ha adelantado, se refiere a la incorporación a nuestro Derecho positivo de la *regla de protección de la discrecionalidad empresarial*, inspirándose en la *business judgment rule* originada en el jurisprudencia angloamericana y con perfiles no plenamente definidos²⁰, pero que trata de evitar un juicio de oportunidad sobre las decisiones de los administradores, llegando “a un cierto equilibrio entre la necesidad de preservar la discrecionalidad de las decisiones de los administradores y la necesidad de controlar, de alguna manera, la actuación de estos”²¹. En este sentido, el actual artículo 266.1 LSC señala que “[e]n el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”²².

¹⁸ Se refiere a este aspecto de la reforma de 2014, resaltando la importancia que tiene el *deber de lealtad* para evitar lo que llama «apropiación indebida civil» consistente “en la extracción de eso que los economistas denominan «beneficios privados» del control”, PAZ ARES (2016), pp. 425 y ss.

¹⁹ La inspiración de la reforma en este punto se debe claramente al Prof. Paz Ares que, no solo participó en la Comisión de Expertos que preparó la reforma, sino que años antes había hecho propuestas semejantes en PAZ ARES (2003), incluida la de una nueva redacción de los artículos en las pp. 55 y ss., aunque la que acogió esta Comisión sea textualmente diferente.

Considera también que la reforma de 2014 altera la política anterior de endurecimiento de la responsabilidad de los administradores, MORENO, Pedro (2019), “La protección de la discrecionalidad empresarial”, en FRAGO, Juan Antonio (dir.), *Actualidad Compliance 2019*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 31.

²⁰ En nuestra doctrina estudian con cierto detalle esta regla, HERNANDO, Luis (2009), *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del-buen-juicio empresarial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 106 y ss.; GUERRERO, Cristina (2014), *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Cizur Menor, Civitas, pp. 44 y ss.

²¹ GUERRERO (2014), p. 39.

²² La conveniencia de utilizar criterios semejantes para valorar el deber de diligencia de los administradores, ya había sido anticipado doctrinalmente, entre otros, por ESTEBAN, Gaudencio (1995), “Responsabilidad Civil de los administradores”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, IV, p. 5913; LLEBOT, Josep Oriol (1996), *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, pp. 73 y ss.; PAZ ARES (2003), pp. 31 y ss.; HERNANDO (2009), pp. 134 y ss. y, ya en vísperas de la reforma de 2014, por GUERRERO (2014), pp. 237 y ss. Personalmente mantuve la utilidad de sus criterios para medir la responsabilidad de los administradores en relación con su deber de informarse adecuadamente, aunque advirtiendo de las dificultades de su traslación al Derecho español, en VELASCO, Luis Antonio (1999), “La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y los Consejeros”, en

Un camino semejante se ha seguido en algunos Derechos, como el alemán y el portugués, que han llevado, respectivamente, una regla análoga al § 93.1 de la *Aktiengesetz* y al artículo 72.2 del *Código das sociedades comerciais*. En otros ordenamientos, aunque de momento no se ha modificado la legislación en este punto, se ha acabado aplicando criterios semejantes por la jurisprudencia²³.

En curioso, no obstante, que en este punto de la reforma de 2014 haya un cierto retorno a la *negligencia grave* como única causa de responsabilidad culposa de los administradores, que se suprimió en la reforma de 1989 y aun siendo bastante razonable, como lo reflejan estas palabras que utilizó el Prof. Garrigues, presidente de la comisión que redactó el Anteproyecto de 1947 que sirvió de base a la LSA de 1951, para justificar el mantenimiento de esta *franquicia tradicional* del Derecho español, que se remontaba a los Códigos decimonónicos²⁴, también en la sociedad anónima:

“Los redactores de la ley se hicieron cargo de la dificultad de determinar cuándo una operación dañosa se debe al simple error de apreciación no culpable y cuándo este error es debido a una falta de atención o de vigilancia del administrador. Aun poniendo el mismo cuidado y la misma atención en un asunto, puede ocurrir que los resultados sean unas veces favorables y otros adversos. Por esta razón la ley ha querido conceder una especie de franquicia a los administradores pasando por alto la culpa leve para fijarse solo en la culpa lata. Sería difícil que alguien aceptase el cargo de administrador si tuviese que responder de las faltas leves de diligencia. La ley ha querido, en una palabra, poner freno a las interminables discusiones, desencadenadas a veces con propósitos inconfesables, que pusieran en tela de juicio todos los actos de gestión de los administradores”²⁵.

ESTEBAN, Gaudencio (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid, pp. 344 y s.

Por otro lado, como señala JUSTE, Javier (2021), en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO, Ignacio (dirs.), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, IV, sub. art. 225, p. 3097, en España “es mayoritaria la corriente jurisprudencial reacia a sustituir la voluntad de los socios, con pronunciamientos que anticipan la aplicación de la regla de la discrecionalidad”.

²³ Este ha sido el caso de Suiza [véase HOFFMANN NOWOTNY, Urs H. (2019), “Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Zur gerichtlichen Prüfungsbefugnis im Anwendungsbereich der Business Judgment Rule (Zurückhaltungsregel)”, en *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/SZW*, nº 5, pp. 454 y ss.] o Italia [véase PISCITELLO, Paolo (2012), “La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule”, en *Riv. Soc.*, anno 57, fascículo 6, pp. 1170 y ss.].

²⁴ Véase lo señalado anteriormente en la nota 3.

²⁵ GARRIGUES, Joaquín (1976), en GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed. revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel, Imprenta Aguirre, Madrid, II, sub art. 79, p. 164 (la primera edición de esta obra es de 1952).

Planteamiento que, en todo caso, compartirá medio siglo después el Prof. Paz Ares cuando de manera persuasiva mantuvo que, en un adecuado sistema de responsabilidad de los administradores, el *deber de diligencia* debería ser tratado con cierta indulgencia para no coartar indebidamente la actuación de los administradores, mientras que, por el contrario, se debería ser estrictamente rigurosos con el *deber de lealtad*²⁶.

Por mi parte, estoy también de acuerdo con estos planteamientos, aunque no hay que ser ingenuos sobreponderando las consecuencias que tendrá la rigorización societaria del *deber de lealtad*. Es verdad, que su actual configuración, más estricta y atenta a los grupos de casos, contribuirá en mayor medida a desactivar *mecanismos sofisticados* de aprovechamiento indebido de beneficios derivados del control de la sociedad por los administradores o personas vinculadas, cuya ilicitud no es patente por sí misma si no se ilumina en toda su amplitud el artificio ideado al efecto. Por otro lado, la nueva regulación supera las insuficiencias que tiene la responsabilidad como sistema para compensar debidamente a la sociedad (y sus socios) ante estos incumplimientos, al reconocer también una acción de enriquecimiento injusto²⁷. Pero en otros muchos casos, sobre todo en sociedades pequeñas y medianas con escenarios menos sofisticados, la deslealtad cuando aparece, habitualmente es más *grosera* (caja B, apropiación de activos sociales, sobornos, comisiones, etc.), aunque por ello también más *oculta*. Y en estas situaciones, como enseña la experiencia, el Derecho de sociedades, como Derecho privado que es, al igual que los tribunales del orden civil²⁸ que actúan bajo el principio de *justicia rogada* y sin posibilidad de investigaciones inquisitoriales y extraordinarias más allá de las pruebas que puedan plantear las partes, son instrumentos bastante limitados. Por ello la práctica

²⁶ PAZ ARES (2003), p. 5, quien también señala que este planteamiento conectaría con la vieja norma en la que solo se exigía responsabilidad en los casos de negligencia grave (p. 30). A este planteamiento se adhiere expresamente ALFARO, Jesús (2015), en JUSTE, Javier (coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, sub art. 225, pp. 317 y ss.

La Comisión de Expertos que preparó la reforma, apuntará como justificación que “[s]e trata de una exigencia necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos” [COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO (2014), *Estudio sobre propuestas de modificación normativa*, Madrid, p. 38 (https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/CEGC_EstModif_20131014.pdf., consulta 22 de abril de 2022)].

²⁷ A este respecto me remito a las reflexiones de PAZ ARES (2016), *passim*, inspirador de la reforma en este punto. En relación con la insuficiencia de la indemnización y el recurso al enriquecimiento injusto que ahora recoge la ley como forma de superarla, véase las pp. 454 y ss.

²⁸ La competencia para dirimir las cuestiones de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital, corresponde a los juzgados de lo mercantil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 ter de la Ley orgánica del poder judicial.

forense, ante los casos más graves, se inclina por la *vía penal*, contado, además, como hay en la actualidad, con un *delito de administración desleal*, en cuyos perfiles encajan claramente los incumplimientos del deber de lealtad, solo atenuados por el *principio de intervención mínima* característico del Derecho penal²⁹. Una razón semejante es la que en su día llevó a que en el artículo 1902 del Código civil, no se contemplase *expressis verbis* como presupuesto de la *responsabilidad civil extracontractual*, las actuaciones dolosas – solo las culposas o negligentes –, pensando que en estos casos se estaría cometiendo un delito y la cuestión se resolvería con la responsabilidad civil derivada de su comisión³⁰.

Siguiendo con la reforma de 2014, el segundo elemento de moderación de la responsabilidad de los administradores que introdujo está relacionado con la *solidaridad* de esa responsabilidad, en caso de que se trate de un órgano de administración pluripersonal. A este respecto, la nueva redacción del artículo 225.1 LSC señaló que “[l]os administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, *teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*” (cursiva añadida)³¹.

En este caso se ha tratado, con toda evidencia, de explicitar posibles *cortes de responsabilidad*, que alivien el automatismo de la regla de solidaridad que sigue estableciendo el artículo 237 LSC, que cobra, además, una nueva dimensión en relación con la diferenciación de consejeros y la estructuración del consejo de administración y su especialización, en las sociedades cotizadas, en la supervisión de los *ejecutivos*; aspectos

²⁹ Actualmente regulado en el artículo 252 del Código penal, que ha extendido el anterior tipo societario a todos los supuestos de gestión de fondos ajenos, de forma que se aplica a “los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado”.

Tengo, por ello, mis dudas de que sea útil seguir desarrollando doctrinalmente este aspecto de la “responsabilidad por daños” de los administradores desde la legislación y literatura societaria, siendo quizás más útil afinar el actual tipo penal como mecanismo de prevención general de este tipo de conductas. En una línea semejante, en relación con este último aspecto, ZÚÑIGA, Laura (2021), *Corrupción corporativa: el precio de la deslealtad. ¿Está justificado un delito de administración desleal societario?*, Madrid, Dykinson, pp. 241 y ss.

³⁰ Véase en este sentido REGLERO, Luis Fernando (2014), “Los sistemas de responsabilidad civil”, en REGLERO, Luis Fernando y BUSTO, José Manuel (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, I, p. 296.

³¹ A este artículo la reforma de 2021 ha añadido *in fine* la frase “y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”, que confirma la progresiva deriva de las últimas reformas legislativas en España hacia las posiciones *institucionalistas* evocando, en este caso, nada menos que la célebre tesis de la “*Unternehmen an sich*” de Rathenau, paradigma máximo del institucionalismo societario.

que, asimismo, han venido siendo característicos del proceso de *mejora del gobierno corporativo*, con independencia de que se trate en este caso de una norma general aplicable a todas las sociedades de capital, y no solo a las cotizadas³². La Comisión de Expertos que preparó la reforma la justificó indicando lo siguiente:

“En este terreno (...) estima necesario completar la regulación del actual artículo 225 de la LSC al objeto de ofrecer una disciplina más adecuada del deber general de diligencia, con la incorporación de la necesidad de aplicarlo de manera diferenciada en atención a las funciones encomendadas a cada administrador (puede no ser lo mismo, a este respecto y en relación con determinadas decisiones, un consejero ejecutivo que un consejero externo) y considerando, de alguna manera, la división y especialización del trabajo en el seno del órgano (por ejemplo, el cometido específico de los miembros de distintas comisiones), todo ello de acuerdo con la directrices doctrinales más recientes y atendibles”³³

Por mi parte, también estoy de acuerdo con la matización que ha introducido la reforma de 2014, reconduciendo el cumplimiento del deber de diligencia a la naturaleza y las funciones atribuidas a cada administrador. No solo porque sea una consecuencia lógica de la *especialización de funciones* en el sistema de administración de la sociedad, allí donde la haya, naturalmente; sino porque es coherente con un sistema de responsabilidad por actos propios³⁴ y exquisitamente culpabilístico como es el de la responsabilidad de los administradores en nuestro Derecho³⁵, y que, evidentemente, debe matizar la aplicación de la regla de la solidaridad en función de las atribuciones de los administradores en el caso concreto y la diligencia empleada para su ejercicio.

De nuevo es curioso constatar cómo esta matización de la solidaridad equivale a un cierto retorno a la situación de nuestro Derecho anterior a la gran reforma de 1989,

³² En este sentido, PAZ ARES (2003), pp. 35 y s., ya había mantenido que la división del trabajo donde organizativamente esté justificado, debería operar como “cortafuegos de responsabilidad”.

³³ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO (2014), pp. 37 y s.

³⁴ Destaca oportunamente esta característica ALFARO (2015), p. 322.

³⁵ La omisión de este carácter en relación con los actos contrarios a la ley y los estatutos, había originado un cierto debate respecto al juego de la culpabilidad en estos casos, habiendo autores que mantenían que eran supuestos de *responsabilidad objetiva*, como POLO, Eduardo (1992), *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas, sub art. 133, pp.289 y ss.; mientras que otros consideraban que la responsabilidad en todos los casos era culpabilística, como ESTEBAN (1995), p. 5913. La cuestión se ha clarificado, asimismo en la reforma de 2014, que reconduce todos los supuestos de responsabilidad a la culpabilidad, si bien en los dos casos mencionados contemplando una *responsabilidad agravada*, con inversión de la carga de la prueba: nuevo artículo 236.1 LSC.

donde ante la falta de una declaración expresa de la solidaridad por parte de la ley, cabía entender –aunque el tema fuera doctrinalmente polémico³⁶– que se trataba de una responsabilidad mancomunada pero en la que “en la distribución total del daño entre los administradores responsables puede tenerse en cuenta el grado de culpa de cada uno de modo que el reparto sea proporcional a la intensidad de la concurrencia en la causación del daño”³⁷.

Reglas con finalidades en parte semejantes de establecer cortes de responsabilidad, dentro de la inicial solidaridad, al igual que sucedía con la de la discrecionalidad empresarial, las podemos encontrar en otras legislaciones del Derecho comparado. De entrada, debe resaltarse que los *distintos escalones de responsabilidad* son característicos de los sistemas de *administración dualista*, como ha sido tradicionalmente el alemán³⁸, donde la administración de las sociedades anónimas se ha venido estructurando en dos órganos con competencias distintas –Directorio (*Vorstand*) y Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*)– y actuaciones, si bien conectadas, independientes entre sí³⁹. Dentro de cada órgano la regla es la solidaridad en la responsabilidad, pero cada miembro puede exonerarse probando que ha actuado con la diligencia exigida (§§ 93.2 y 116 de la *Aktiengesetz*). En el Derecho francés, el artículo L. 225-251 del *Code de commerce* establece la responsabilidad individual o solidaria, según los casos, de los administradores y el director general, pero en caso de que una pluralidad de ellos haya cooperado en los mismos hechos, el tribunal determinará la contribución de cada cual en la reparación del daño. Una regla análoga recoge el artículo 759 del *Code des obligations* suizo. En el Derecho italiano, el artículo 2392.1 del *Codice civile*, por su parte, establece ahora que los administradores deben cumplir sus deberes legales o estatutarios “con la diligencia requerida por la naturaleza del encargo y sus específicas competencias”, con una fórmula que recuerda mucho a la que se ha incluido en la reforma de 2014 en nuestra LSC, manteniéndose, no obstante, la responsabilidad solidaria de los administradores, a

³⁶ Véanse las detalladas referencias al debate de QUIJANO (1985), pp. 258 y ss.

³⁷ QUIJANO (1985), p. 264.

³⁸ Aunque en estos momentos como opción se contemple este modelo en otros Derechos como el francés, italiano o portugués, o, necesariamente, en relación con la sociedad anónima europea por así preverlo su normativa.

³⁹ Hace un excelente análisis de este sistema en la literatura española ESTEBAN, Gaudencio (1982), *El poder de decisión en la sociedad anónima. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas, pp. 210 y ss.

menos de que se trate de atribuciones propias de la comisión ejecutiva o de funciones atribuidas en concreto a uno o a más administradores.

Pretendo, a continuación, centrarme en este interesante aspecto de la reforma de 2014, ya que ha sido menos estudiado que otros temas, como la protección de la discrecionalidad empresarial. Para ello haré una primera aproximación a las principales cuestiones que, a mi juicio, plantean los cortes de responsabilidad en relación con la naturaleza y las funciones del cargo.

2. LA INCIDENCIA EN LA RESPONSABILIDAD DE LA NATURALEZA Y LAS FUNCIONES DEL CARGO

2.1. Relación con el principio de responsabilidad solidaria y los deberes de los administradores

La función de la norma que estamos comentando, como acabo de advertir, debe comprenderse en conexión con la aplicación del principio de solidaridad de la responsabilidad de los administradores. La distinción en el cumplimiento del deber de diligencia en atención a la naturaleza y funciones del cargo de cada administrador, que establece el artículo 225.1 LSC, limita el alcance de este principio de solidaridad, al introducir como parámetro para valorar la responsabilidad de los administradores en el caso concreto, la posición que cada cual ocupa en el sistema de gobierno del que se haya dotado la sociedad, haciendo relevante la *especialización de funciones* que pueda resultar del mismo⁴⁰.

A este respecto, debe considerarse como una excepción al principio de solidaridad, y cohonestarse con lo que se establece en el artículo 237 LSC, cuyo tenor se sigue manteniendo después de la reforma, y que viene a establecer como criterio general de exceptuación de la solidaridad, la *no participación de un administrador en la adopción del acuerdo dañoso*, por no haber intervenido en su aprobación y ejecución, desconocer su existencia o, conociéndola, hacer todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, oponerse expresamente a dicho acuerdo. En este sentido, sería un nuevo supuesto de *no participación en la adopción del acuerdo*, derivado objetivamente de la *especialización de funciones* entre los administradores, de manera que no responderían del acuerdo

⁴⁰ Véase en este sentido lo que indicaba PAZ ARES (2003), pp. 35 y s.

dañoso aquellos administradores que, por las características de su cargo, no estaban llamados a hacerlo.

En este contexto, considero que la regla no tendría aplicación en aquellos casos en que, pese a la diversidad de roles de los administradores, todos ellos intervienen o deberían haber intervenido *pari passu* en la adopción del acuerdo (por ser competencia, por ejemplo, del consejo de administración en pleno). Dicho de otra manera, no se aplicaría en aquellos acuerdos dañosos en que no juega la diferente naturaleza o funciones de los administradores, porque o bien no hay ninguna diferenciación o porque, de haberla, en ese concreto acuerdo era irrelevante, pues todos tenían o debían tener el mismo papel, sin perjuicio, naturalmente, de que puedan seguir jugando las otras causas de exoneración individual del artículo 237 LSC.

Por otro lado, la regla que se establece en el citado artículo 225.1 LSC adaptando la diligencia de los administradores a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas a cada uno de ellos, afecta no solo al deber de diligencia *stricto sensu*, sino en general al cumplimiento de todos los deberes de los administradores dado el tenor literal de la norma. Con todo, debe tenerse en cuenta que el ámbito natural de aplicación de esta regla, en cuanto excepción al principio de solidaridad, será el deber de diligencia, porque los demás deberes de los administradores impuestos por la ley son principalmente *deberes individuales* que deben cumplirse personalmente por todos y cada uno de los administradores. Así sucede con el *deber de información*, ya que el artículo 225.3 LSC impone a los administradores el deber de “exigir (...) la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”. Y también con el *deber de lealtad*, donde los artículos 228 y 229 LSC, imponen deberes de conducta personal a los administradores como individuos: guardar secreto, abstenerse de participar en decisiones en las que tenga conflicto de interés, realizar transacciones con la sociedad, utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición, etc. Debido a ello su incumplimiento será en muchos casos únicamente achacable al infractor (que no se informó debidamente, que utilizó oportunidades de negocio de la sociedad, que no se abstuvo en un acuerdo cuando debió hacerlo, etc.) y, por tanto, generador solo de *responsabilidad puramente personal*⁴¹. En este sentido es muy expresivo el artículo 227.2 LSC, que señala que “[l]a infracción

⁴¹ Un apunte en este mismo sentido en relación con el deber de fidelidad o lealtad hace QUIJANO, Jesús (1999), “Responsabilidad de los consejeros”, en ESTEBAN, Gaudencio (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid, p. 568.

del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”. Por esta razón el incumplimiento de estos últimos deberes (información, lealtad) raramente afectará al consejo de administración como colegio, que es la única situación en la que debe entrar en juego la regla de la solidaridad.

2.2. **Ámbito de aplicación**

A la vista de las consideraciones que acabo de hacer, y de lo que dice el propio artículo 225.1 LSC, parece claro que la excepción a la responsabilidad solidaria que allí se establece exige que haya, por un lado, una pluralidad de administradores –obviamente carecería de sentido en un *órgano unipersonal*– y, por otro, una diferenciación de cargos y/o funciones, que supongan una *especialización* en las tareas atribuidas al órgano de administración.

Conjuntando ambos aspectos, creo que el ámbito natural de aplicación de la modulación de la responsabilidad es el *consejo de administración*, donde es posible esa diferenciación de cargos y/o funciones partiendo de diferentes tipos de consejeros, de su estructuración en comisiones y de la posibilidad de delegar funciones, pero siempre que esas estructuras se hayan formalizado jurídicamente, como resulta incluso obligado en las sociedades cotizadas. En este sentido, la *especialización informal* que a veces se produce en la praxis de muchas sociedades, sobre todo de tamaño pequeño o mediano –“yo me ocupo de tales cuestiones y tú de estas otras”⁴², así como el nombramiento formal de personas que no intervienen de facto en la administración⁴³, considero que no sería relevante a estos efectos⁴⁴.

⁴² Un apunte sobre la estructura informal del órgano, no carente de relevancia a otros efectos, en SALELLES, José Ramón (1995), *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, Civitas, p. 36 y s.

⁴³ Máxime cuando en ciertos casos puede tratarse más bien de *testaferros*, y sin perjuicio de que ello pueda arrastrar, cuando los haya, a los *administradores de hecho* que puedan ocultarse tras los *administradores aparentes*.

⁴⁴ En el mismo sentido se manifestaba en su día, cuando aconsejaba la introducción de esta regla, PAZ ARES (2003), p. 36, que apostillaba lo siguiente:

“La matización que sugerimos se justifica porque ayuda a rebajar la incertidumbre, facilita el proceso de toma de decisiones y, en última instancia, favorece el desarrollo de organizaciones más eficientes. No obstante, ha de adoptarse con cautela al objeto de evitar el riesgo de desintegración del Consejo y el peligro de que se utilice como treta o escaramuza para ponerse al abrigo de responsabilidades pasando la «patata caliente» al prójimo. El principio de responsabilidad solidaria tiene que aplicarse a rajatabla cuando los criterios de división del trabajo no estén adecuadamente formalizados o no obedezcan a razones fundadas y plausibles desde el punto de vista organizativo”.

No veo, en cambio, que pueda aplicarse a otras estructuras pluripersonales, como varios administradores solidarios o conjuntos, porque en dichas estructuras el cargo y funciones de todos los administradores son *coincidentes*, salvo en el caso de administradores conjuntos de una sociedad limitada con más de dos administradores donde se atribuya el poder de representación al menos a dos de ellos [como permite el artículo 233.2, c) LSC], en relación con los que no tengan atribuido tal poder⁴⁵, y sin perjuicio de que operen las excepciones a la solidaridad que resultan del artículo 237 LSC.

2.3. Situaciones en las que puede operar

2.3.1. Diferentes clases de consejeros y cargos en el consejo

Un primer caso de posible aplicación de la ruptura de la solidaridad, sugerida además tanto por el inspirador de la reforma, el Prof. Paz Ares, como por la Comisión de Expertos que la preparó, es la diferente tipología de consejeros que puede haber en una sociedad. Esta diferenciación tipológica, además, es obligada en las sociedades cotizadas donde el artículo 529 *duodecies* LSC establece tres clases de consejeros: ejecutivos, dominicales e independientes (estos dos últimos unidos por la característica común de no ser ejecutivos), relevantes para la estructuración del consejo de administración en las diferentes comisiones que deben constituirse⁴⁶.

En este punto, parece claro que la solidaridad no puede jugar en relación con las *facultades individuales* de carácter directivo que se hayan concedido a los *ejecutivos*, en conexión con una delegación de funciones o un contrato de alta dirección⁴⁷, de manera que en principio habría que desvincular al resto de los consejeros (incluso a los demás ejecutivos) por los actos dañosos que un consejero ejecutivo hayan podido realizar ejerciendo dichas funciones directivas, salvedad hecha de la responsabilidad en que puedan incurrir como miembros del consejo de administración en relación con la

⁴⁵ Así lo entiende correctamente LLEBOT, Josep Oriol (2016), “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 333 y s.

⁴⁶ Considera también esta diferenciación como supuesto de aplicación del artículo 225.1 LSC, LLEBOT (2016), p. 334.

⁴⁷ El citado artículo 529 *duodecies*.1 LSC señala, a estos efectos, la indiferencia ante “el vínculo jurídico” que mantengan con la sociedad.

delegación de facultades, a la que me referiré más adelante, y que también serían aplicables en relación con los altos directivos, ya que plantean una situación análoga⁴⁸.

No me parece, en cambio, que pueda irse más allá en este supuesto entendiendo, como en su momento propuso el Prof. Paz Ares, “que la responsabilidad de cada cual ha de enjuiciarse atendiendo a su actuación individual cuando se le hubieran asignado funciones en forma personal (imagínese, por ejemplo, el caso de un consejero independiente que ha sido reclutado en función de su especial capacitación contable)”⁴⁹, si hubiera en relación con dicha actuación acuerdos del consejo de administración, pues los diversos consejeros tienen en este caso exactamente las mismas funciones: contribuir en la deliberación y ulterior votación, a la conformación de los correspondientes acuerdos; sin olvidar que aceptar aquel planteamiento podría conducir a una *dilución de responsabilidades*, en contra de lo que la ley quiere, que es que el consejo de administración conserve un núcleo de facultades que le permitan ejercer plenamente sus funciones en relación con el gobierno de la sociedad y la supervisión de los ejecutivos y altos directivos de la compañía⁵⁰.

Cuestión distinta es que, aplicada la regla de la solidaridad, en el regreso interno entre consejeros se pueda tener en cuenta aquellas características especiales de los consejeros, que fueron determinantes para su nombramiento, como por ejemplo su preparación jurídica, técnica, económica o contable, de manera que haya generado confianza en los demás consejeros que carecen de ella o no la tienen tan cualificada.

A lo dicho sobre la diferenciación de consejeros, debe añadirse la existencia de distintos *cargos* en el consejo de administración (o, en su caso, en las comisiones), que tienen su reflejo en la ley y/o en las recomendaciones de buen gobierno, como son los de

⁴⁸ Así lo considera también ALFARO (2015), p. 323.

⁴⁹ PAZ ARES (2003), p. 36.

⁵⁰ En relación a esta cuestión me remito a las consideraciones que efectué en VELASCO, Luis Antonio (2017) “Las facultades del consejo de administración legalmente indelegables tras la reforma de la Ley 31/2014”, en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 215 y ss.

presidente⁵¹, vicepresidente, consejero coordinador⁵², secretario o vicesecretario⁵³. En la medida en que tales cargos, por disponerlo la ley o resultar del seguimiento de las recomendaciones de buen gobierno, tienen encomendadas determinadas funciones corporativas, de las que carecen los demás consejeros (o miembros de la comisión) – convocar el consejo (o la comisión), velar por que los consejeros reciban con carácter previo la información suficiente, coordinar consejeros no ejecutivos, etc.–, es claro que tienen deberes específicos cuyo incumplimiento puede determinar su responsabilidad individual⁵⁴.

Con todo, debe tenerse en cuenta que todos los incumplimientos de deberes individuales de los administradores (incluyendo también aquí los de los consejeros ejecutivos), pudieran acabar generando la responsabilidad de todo el órgano (el consejo o la comisión correspondiente), si el mismo no actuase en la dirección adecuada para hacer frente a los mismos, o evitar su reiteración en el futuro; por ejemplo, cesando al incumplidor o instando la exigencia de responsabilidad individual. Sería un supuesto de responsabilidad por tolerancia, que cabría referir al clásico criterio de la *culpa in vigilando*.

2.3.2. Estructuración del consejo de administración en comisiones

Asimismo, es un caso de aplicación de la ruptura de la solidaridad, la estructuración del consejo de administración en distintas comisiones⁵⁵. No obstante, considero que aquí deben diferenciarse dos situaciones. Si se trata de comisiones exigidas legalmente y con competencias propias establecidas por la ley –esto es, no delegadas–, como sucede actualmente con las que se obliga constituir a las sociedades cotizadas⁵⁶,

⁵¹ Se refieren al presidente del consejo de administración los artículos 246 y 529 *sexies* LSC, este último en relación con las sociedades cotizadas.

⁵² Este cargo se contempla en sociedades cotizadas para aquellos casos en que el presidente del consejo tenga funciones ejecutivas: artículo 529 *septies* LSC.

⁵³ La figura del secretario del consejo de administración, en relación con las sociedades cotizadas, se contempla en el artículo 529 *octies* LSC.

⁵⁴ En similar sentido, GUERRERO (2014), pp. 220 y ss.

⁵⁵ Asimismo, considera también esta circunstancia como supuesto de aplicación del artículo 225.1 LSC, LLEBOT (2016), p. 334.

⁵⁶ El artículo 529 *terdecies* LSC obliga a que estas sociedades constituyan una comisión de auditoría y una o dos comisiones de nombramientos y retribuciones.

creo que, en relación con estas *competencias propias*, no jugaría la responsabilidad de los demás miembros del consejo de administración que no formen parte de dichas comisiones. La aplicabilidad a estas comisiones de los criterios relativos a la responsabilidad del consejo en caso de delegación de facultades, que antes de la reforma de 2014 era dudosa⁵⁷, creo que ahora debe descartarse, no solo porque es la orientación que claramente trasluce el repetido artículo 225.1 LSC, que quiere hacer relevante la *especialización de tareas*, sino también porque en estos casos no estamos en presencia de una delegación de facultades propiamente dicha, pues las facultades que ejercen las comisiones resultan de la ley. A mayor abundamiento, no se ve de qué manera podrían funcionar aquí los tradicionales criterios culpabilísticos de extensión de la responsabilidad en la delegación de facultades al consejo de administración –que veremos seguidamente–, ya que la elección de los miembros de cada comisión está fuertemente condicionada por la propia LSC, que indica la tipología de los consejeros que deben formar parte de las mismas, y en su actuación no puede injerirse el consejo impartiendo instrucciones o controlando su funcionamiento⁵⁸.

No obstante, debe exceptuarse de este planteamiento aquellos casos –que son además los más numerosos a la luz de lo que disponen los artículos 529 *quaterdecies* y 529 *quindecies* LSC– donde esas competencias son únicamente de propuesta o informe al consejo de administración, donde la decisión final es del mismo consejo (y eventualmente de la junta, a través de este, aunque los acuerdos de la junta no exoneran a los administradores, como puntualiza el artículo 236 LSC), por lo que, si fundamentándose en una propuesta o un informe de una comisión se acabase adoptando un acuerdo dañoso por el consejo de administración, operaría la solidaridad, con las únicas excepciones de exoneración individual que contempla el artículo 237 LSC, sin perjuicio del retorno interno contra los miembros de la comisión que ejercieron indebidamente sus funciones de propuesta o informe.

⁵⁷ Yo mismo manifesté mis dudas en VELASCO, Luis Antonio (2006), “El Comité de Auditoría”, en AA. VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, II, pp. 1121 y ss.

⁵⁸ Hacía unas consideraciones semejantes, en relación con la comisión de auditoría exigida legalmente a las sociedades cotizadas, SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2003), “Líneas generales del régimen del comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, en *RDBB*, nº 89, p. 217.

Por el contrario, en el caso de comisiones o comités no impuestos legalmente, habría que aplicar los criterios de la delegación de facultades a los que me refiero a continuación⁵⁹.

2.3.3. La delegación de facultades

En la *delegación de facultades*, como es el caso del *consejero delegado* y la *comisión ejecutiva* y de otras eventuales comisiones o comités no impuestos legalmente que pueda constituir voluntariamente el consejo de administración, el planteamiento tradicional de nuestra doctrina había venido siendo que la responsabilidad por una actuación dañosa de los cargos delegados solo podría *trasladarse verticalmente* hacia el consejo delegante, en la medida en que este no hubiera actuado con la debida diligencia en relación con el nombramiento o la supervisión de dichos cargos delegados, incurriendo en algún tipo de culpa: *culpa in eligendo*, *culpa in vigilando* o *culpa in instruendo*⁶⁰.

En mi opinión, esta doctrina tradicional debe seguir manteniéndose después de la reforma de 2014 que introdujo el artículo 225.1 LSC, pues es el propio consejo de administración el que decide si efectúa o no la delegación, su ámbito –dentro de los límites con que ello se permite en la ley– y quien elige a los cargos delegados⁶¹. Esto, por otro lado, es la única solución coherente con la *función de supervisión* de los ejecutivos que se asigna por la ley al consejo de administración⁶², además de manera imperativa obligando a que retenga las facultades necesarias para que pueda desempeñar esta función, y que es uno de los *Leitmotive* fundamentales de la reforma de 2014.

⁵⁹ En su momento, cuando estas comisiones no se imponían por la legislación vigente, pero se recomendaban por las prácticas de buen gobierno corporativo, el *Informe Olivencia*, ap. II, 3.6, consideró que se podían establecer voluntariamente por las sociedades en el marco de lo previsto para la delegación de facultades, como comisiones delegadas de control.

⁶⁰ Estos criterios culpabilísticos han venido siendo admitidos tradicionalmente por la doctrina española, en el caso de delegación de facultades: RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (1971), *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, Montecorvo, pp. 388 y ss.; IGLESIAS, Juan Luis (1971), *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid, pp. 353 y ss. y QUIJANO (1985), pp. 297 y ss. También parecía compartirlos, dentro de sus justos términos, PAZ ARES (2003), pp. 35 y s., nota 93.

⁶¹ Vienen a mantener el mismo planteamiento, ALFARO (2015), p. 323; QUIJANO, Jesús (2016), “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, p. 610.

⁶² Destaca este importante matiz de la función del consejo de administración en relación con los delegados, PAZ ARES (2003), pp. 35 y s., nota 93.

En este contexto, la *falta de diligencia* del consejo de administración en relación con la actuación de los cargos delegados, relevante para la responsabilidad de sus miembros, debe circunscribirse estrictamente a su indebida supervisión —es decir, a que el consejo no eligió o no controló adecuadamente la actuación de los cargos delegados—, sin que se extienda a la actuación dañosa que los delegados hayan podido realizar por un mal desempeño de sus facultades. El deber de los cargos delegados es gestionar diligentemente y con lealtad sus facultades delegadas, y la del consejo de administración supervisar su actuación⁶³.

Por otro lado, la falta de diligencia del consejo de administración en el nombramiento y la supervisión de los cargos delegados, deberá ser alegada y probada por quien pretenda responsabilizar al consejo de administración por ello⁶⁴. Para entender esto cabe argüir no solo el artículo 225.1 LSC, que estamos comentando aquí, sino el nuevo artículo 236.1, 2º LSC, introducido también por la reforma de 2014, que circunscribe la presunción de culpabilidad a los actos que infrinjan la ley o los estatutos. Por consiguiente, no puede sostenerse que aquí haya una inversión de la carga de la prueba, de manera que sean los miembros del consejo de administración los que deban probar que supervisaron con diligencia, para quedar exonerados de responsabilidad, como se llegó a estimar antes de la reforma, a mi modo de ver, de manera desproporcionada, por una parte de la doctrina⁶⁵. Lo cual supone, en definitiva, que no hay aquí una extensión automática y vertical de la solidaridad, sino que por el contrario la misma no opera en estos casos, salvo que los daños puedan imputarse al propio consejo de administración delegante por no haber ejercido debidamente sus funciones de supervisión en relación con los cargos delegados⁶⁶.

⁶³ Como señala PAZ ARES (2003), p. 35, nota 93 “[p]ara enjuiciar al órgano delegado, habrá que examinar si cumple diligentemente con su deber de gestionar; para enjuiciar al órgano delegante, habrá que ver si cumple con diligencia sus deberes de supervisión”.

En sentido similar se manifiesta también GUERRERO (2014), pp. 214 y ss.

⁶⁴ Inicialmente la legitimación para ejercitar la acción social es de la propia sociedad mediante acuerdo de la junta, aunque subsidiariamente estarían legitimados los socios e, incluso, los acreedores sociales, en los términos previstos por los artículos 238 a 240 LSC.

⁶⁵ Mantenían la inversión de la carga de la prueba en relación con la diligencia del consejo de administración respecto a los cargos delegados, ALONSO UREBA, Alberto (1990), “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, en *RDM* nº 198, p. 718 y QUIJANO (1999), p. 578. En contra se manifestó contundentemente PAZ ARES (2003), p. 35, nota 91.

⁶⁶ En similar sentido, después de la reforma de 2014, parece pronunciarse QUIJANO (2016), pp. 609, al señalar que ahora cabe entender que “la solidaridad, al menos inicialmente, solo alcance a los consejeros que ejercen cargo de la misma naturaleza y con funciones asimilables, sin perjuicio de que la solidaridad renazca para todos por igual cuando se pruebe el incumplimiento de sus respectivas funciones y de manera

Cuestión distinta es que, en el marco de las reglas generales sobre prueba, esta falta de diligencia del consejo de administración se pueda probar mediante *indicios* y sin perjuicio de las posibles contrapruebas que asimismo se puedan aportar por los miembros del consejo de administración. En este sentido, por ejemplo, serían indicios sólidos de esta falta de diligencia el incumplimiento de las *reglas de buen gobierno corporativo*, actualmente consagradas en la propia ley respecto a las sociedades cotizadas, en relación con el proceso de nombramiento y selección de los cargos delegados (*culpa in eligendo*), así como de escrutinio y evaluación de su desempeño (*culpa in vigilando*). Si los actos de los cargos delegados que generan daño suponen además una ilegalidad, un indicio sería también la inexistencia o insuficiencia de sistemas internos de *corporate compliance* en la sociedad concernida, que permitieran su detección⁶⁷.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFARO, Jesús (2015), en JUSTE, Javier (coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, sub art. 225, pp. 313 y ss.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y LLEDÓ, Ignacio (2019), “Los deberes de los administradores en relación con el cumplimiento normativo o compliance”, en MARTÍNEZ ECHEBARRÍA, Alfonso (dir), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Cizur Menor, Aranzadi, pp.123 y ss.
- ALONSO UREBA, Alberto (1990), “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, en *RDM* nº 198, pp. 639 y ss.
- ARRUÑADA, Benito (1998), *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons
- ESTEBAN, Gaudencio (1982), *El poder de decisión en la sociedad anónima. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas
- ESTEBAN, Gaudencio (1995), “Responsabilidad Civil de los administradores”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, IV, pp. 5912 y ss.
- GARRIGUES, Joaquín (1976), en GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3ª ed. revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel, Imprenta Aguirre, Madrid, II, sub art. 79

que la exoneración individual o, en su caso, el derecho de repetición se acomoden al ámbito particular en que opera la solidaridad”.

⁶⁷ Véase ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y LLEDÓ, Ignacio (2019), “Los deberes de los administradores en relación con el cumplimiento normativo o compliance”, en MARTÍNEZ ECHEBARRÍA, Alfonso (dir), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Cizur Menor, Aranzadi, pp.123 y ss.

- GUERRERO, Cristina (2014), *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Cizur Menor, Civitas
- HERNANDO, Luis (2009), *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del-buen-juicio empresarial*, Madrid, Marcial Pons
- HOFFMANN NOWOTNY, Urs H. (2019), “Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Zur gerichtlichen Prüfungsbefugnis im Anwendungsbereich der Business Judgment Rule (Zurückhaltungsregel)”, en *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/SZW*, nº 5, pp. 454 y ss.
- IGLESIAS, Juan Luis (1971), *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Tecnos, Madrid
- JUSTE, Javier (2021), en GARCÍA-CRUCES, José Antonio y SANCHO, Ignacio (dirs.), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, IV, sub. art. 225
- LLEBOT, Josep Oriol (1996), *Los deberes de los administradores en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid
- LLEBOT, Josep Oriol (2016), “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 317 y ss.
- MORENO, Pedro (2019), “La protección de la discrecionalidad empresarial”, en FRAGO, Juan Antonio (dir.), *Actualidad Compliance 2019*, Cizur Menor, Aranzadi
- PAZ ARES, Cándido (2003), “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, en *InDret*, Working Paper nº 162, Barcelona
- PAZ ARES, Cándido (2016), “Anatomía del deber de lealtad”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 425 y ss.
- PISCITELLO, Paolo (2012), “La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule”, en *Riv. Soc.*, anno 57, fascículo 6, pp. 1167 y ss.
- POLO, Eduardo (1992), *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, Civitas
- QUIJANO, Jesús (1985), *La responsabilidad civil de los administradores en la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, Universidad de Valladolid
- QUIJANO, Jesús (1999), “Responsabilidad de los consejeros”, en ESTEBAN, Gaudencio (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid, pp. 537 y ss.
- QUIJANO, Jesús (2016), “Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC)”, en AA. VV., *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 591 y ss.

- REGLERO, Luis Fernando (2014), "Los sistemas de responsabilidad civil", en REGLERO, Luis Fernando y BUSTO, José Manuel (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, I, pp. 265 y ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (1971), *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, Montecorvo
- SALELLES, José Ramón (1995), *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, Civitas
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (2003), "Líneas generales del régimen del comité de auditoría de las sociedades cotizadas", en *RDBB*, nº 89, pp. 191 y ss.
- VALPUESTA, Eduardo (2022), *Comentarios a la Ley de sociedades de capital*, 4ª ed., Las Rozas, Bosch
- VELASCO, Luis Antonio (1999), "La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y los Consejeros", en ESTEBAN, Gaudencio (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons/Colección Garrigues & Andersen, Madrid, pp.305 y ss.
- VELASCO, Luis Antonio (2006), "El Comité de Auditoría", en AA. VV., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, II, pp. 1087 y ss.
- VELASCO, Luis Antonio (2017) "Las facultades del consejo de administración legalmente indelegables tras la reforma de la Ley 31/2014", en *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor, Aranzadi, II, pp. 213 y ss.
- ZÚÑIGA, Laura (2021), *Corrupción corporativa: el precio de la deslealtad. ¿Está justificado un delito de administración desleal societario?*, Madrid, Dykinson