



Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores

Autor/a

María José Verdú Cañete

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil (Acreditada a Titular de Universidad). Universidad de Murcia.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 24

Páginas 102-108

revistalexmercatoria.umh.es

I. CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE DILIGENCIA

En la última reforma de la LSC se tipifican los deberes legales de los administradores de sociedades de capital (diligencia y lealtad) de forma más precisa. Las cláusulas generales que, hasta ese momento, delimitaban estos deberes han sido concretadas, incorporando resultados de trabajos previos (fundamentalmente, los Códigos de buen gobierno, y el Informe técnico sobre la reforma del gobierno corporativo).

En relación al deber general de diligencia, se delimita, por un lado, el patrón de con-

ducta propio del ordenado empresario (art. 225 LSC) y, por otro lado, se establece una “zona de inmunidad” en la que las decisiones de los administradores, a pesar de sus eventuales resultados negativos para la sociedad, en ningún caso serán cuestionadas o analizadas desde el prisma de la infracción del deber diligencia. Se incorpora así en nuestro Ordenamiento la *business judgment rule*, propia de la jurisprudencia norteamericana.

En nuestro sistema, la doctrina ha aludido tradicionalmente al carácter abierto e indeterminado del deber de diligencia, de forma que, su contenido es difícil de concretar a priori, pues está ligado a las circunstancias que

concurran en cada caso concreto, dependiendo en gran medida de la dimensión de la empresa, del tipo de actividad, del tipo de negocio, etc. Ello determina la dificultad de tipificar un modelo de conducta concreto y, como consecuencia, los supuestos en que se produce una infracción del mismo.

Ello no obsta, sin embargo, para el establecimiento de unas pautas que definan el modelo de conducta de un administrador diligente. Así lo ha pretendido el legislador en el art. 225 LSC, del que puede deducirse que un administrador diligente es aquel que ejerce el cargo de forma activa en atención a las funciones asumidas según la estructura del órgano y actúa, en todo caso, con una adecuada planificación e información.

1. Cumplimiento de la Ley y los Estatutos

El incumplimiento de deberes legales o estatutarios concretamente determinados supone la omisión de la mínima diligencia exigible a un ordenado empresario [En un sentido similar, aunque desde el punto de vista de la LSA 1951, vid. las referencias doctrinales que realiza QUIJANO GONZÁLEZ, J., La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima, Valladolid (Universidad de Valladolid. Secretariado de publicaciones/Caja de ahorros y monte de piedad de Salamanca), 1985, pg. 227. También considera PAZ-ARES que cuando los administradores infringen deberes específicamente establecidos por la ley y por los estatutos (por ejemplo, convocar la junta, formular cuentas,...) no hay razón alguna para exonerarles de responsabilidad, puesto que en estos casos "la actividad de los administradores no está sujeta a riesgos de error y sobrecumplimiento relevantes, que cabalmente es lo que justifica la indulgencia". Cfr. PAZ-ARES, C., La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *RdS*, 2003, 1, núm. 20, pgs. 67-109,

pg. 87.] y, en ningún caso, puede justificarse alegando el desconocimiento de los mismos, pues si bien el ejercicio del cargo no requiere ningún conocimiento previo específico (salvo en sociedades del sector financiero), como ha señalado un sector doctrinal [Vid. LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid (Civitas), 1996, pg. 56], una vez aceptado el cargo, los administradores deben adquirir los conocimientos mínimos necesarios para poder desarrollar su función con diligencia o, dicho de otro modo, el cargo de administrador debe ejercerse con competencia profesional.

El cumplimiento habitual de las normas (leyes, estatutos, reglamentos internos, acuerdos sociales, cada uno en su grado jerárquico, su niveles de obligatoriedad, su contexto y relación con las relaciones contractuales entre la sociedad y terceros) ha sido considerado como indicio de que el administrador cuya actuación se está valorando actúa normalmente con el cuidado y respecto de las normas imperativas que tendría un ordenado empresario y representante leal [Vid. PÉREZ CARRILLO, E. F., "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, 2000, núm. 14, pgs. 275-353, pg. 289].

2. Planificación y estudio de las operaciones empresariales

En general, se infringe el deber de diligencia cuando se realiza una administración imprudente, es decir, cuando se abordan operaciones comerciales sin una adecuada planificación y estudio, de forma que resulta imposible valorar adecuadamente las distintas posibilidades empresariales de obtener mayores beneficios con el menor riesgo posible [Vid. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Navarra (Aranzadi), 2004, pg. 113].

En este punto, es preciso distinguir las operaciones simplemente "arriesgadas" de las operaciones "temerarias" o imprudentes [En relación a esta cuestión, *vid.* JUSTE MENCÍA, J./IGARTUA ARREGUI, F., "Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia), *RdS*, 2005-1, núm. 24, pgs. 75-89, especialmente, pgs. 84-85]. La asunción de riesgo es un elemento inherente a las decisiones empresariales que se caracterizan por la aleatoriedad de su resultado próspero o adverso. Por otra parte, el desempeño del cargo en interés de la sociedad (identificado con el interés común de todos los socios) exige que los administradores tomen decisiones arriesgadas pues, normalmente, se cumple la máxima de "a mayor riesgo, mayor beneficio económico". Y, del mismo modo que los resultados positivos de la operación revierten directamente al patrimonio de los socios, son éstos, y no los administradores, quienes deben asumir los eventuales resultados negativos. Los administradores únicamente responden de la forma en que se realizan las operaciones, pero no del resultado de la misma. Sólo cuando se trata de operaciones temerarias o imprudentes, esto es, desprovistas de una planificación y análisis adecuado, entramos en la órbita de la infracción del deber general de diligencia.

3. Administración informada

La adecuada planificación de los negocios es una actividad consustancial a una diligente administración, siendo exigible la participación en la misma a todos los miembros del órgano, especialmente, cuando adoptan la forma de Consejo con delegación de facultades. Esta participación en el planteamiento y ejecución de los negocios sólo puede lograrse recabando suficiente información, tanto en relación a las operaciones empresariales concretas que se pretenden acometer (debiendo acudir, en su caso, al asesoramiento de expertos, informes técnicos, estudios de mercado, pro-

nósticos de venta,..) [*Vid.* FLEISCHER H., "La business judgment rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, nº 246, 2002, pgs. 1727-1753, especialmente, pg. 1742.] que permitan valorar la conveniencia de abordar una determinada operación, como en relación a las circunstancias de la propia empresa, que inciden directamente en la valoración sobre la procedencia, o no, de una determinada operación, pues, como señala un sector doctrinal, "sólo sabiendo lo que ocurre dentro de la empresa puede uno implicarse en ella con eficiencia, formar criterios con fundamento y adoptar decisiones responsablemente" [Cfr. MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información de los Consejeros en la Sociedad Anónima*, Navarra (Aranzadi), 1999, pgs. 22.]. En este sentido, la Ley 26/2003 de Transparencia de las sociedades cotizadas, incluyó en la redacción del antiguo art. 127 LSA una referencia expresa al deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad, como manifestación del deber de diligencia de los administradores de sociedades anónimas y, por remisión, de sociedades de responsabilidad limitada [La "marcha general de la empresa" es una expresión amplia y ambigua que puede identificarse con todos los aspectos relacionados con las cuentas generales, los planes de gestión, las previsiones así como aquellos hechos significativos o que puedan tener una notable influencia sobre la posición o los resultados de la sociedad. *Vid.* MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información...*, cit., pg. 60. En el mismo sentido, SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del Consejo de administración*, Madrid (Civitas), 1995, pgs. 351 y 352].

El deber de informarse justifica, a su vez, un derecho de información [En relación al deber de informarse como manifestación del deber de diligencia, *vid.* LLEBOT MAJO, J. O., *Los deberes de los administradores...*, cit., pgs.

62 – 66; BONELLI, F., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano (Giuffrè), 1985, pgs. 212 – 221. Por lo que respecta al derecho de información en el ámbito interno del órgano de administración, vid. GARCÍA VILLAVERDE, R., “Derecho a la información del socio y del administrador. (Sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del Consejo de administración)”, *CDC*, 1991, pgs. 7- 30; VALENZUELA GARACH, F., *La información en la sociedad anónima y el mercado de valores*, Madrid (Civitas), 1993, especialmente, pgs. 169 – 170; LLINÁS ALVAREZ, L.M., “¿Hacia un reconocimiento de un derecho de información de los administradores”, *RdS*, 1999, núm. 11, pgs. 374 – 383. En relación a la configuración legal del deber de información, vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas*, Navarra (Aranzadi), 2004, pgs. 136 – 143; DIAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, cit., pgs. 122-130.] sin limitaciones en el ámbito interno del órgano de administración, posibilitando ese seguimiento continuo de la marcha de la sociedad a aquellos administradores que no participan directamente en la gestión social o que han delegado sus propias funciones. Si el órgano de administración hubiera encomendado a un apoderado, general o singular, la realización de algunas o todas las funciones, este derecho de información encuentra su fundamento en las reglas generales del mandato, particularmente, en la obligación de rendir cuentas (art. 1720 CC).

Este deber/derecho de los administradores de informarse y participar en la gestión social se incluía entre las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldama. También el Código Unificado de Buen Gobierno se refiere a esta cuestión señalando que “disponer de una información completa y veraz sobre la situación de la empresa y su entorno es esencial para que el consejero pueda cumplir con efica-

cia su función de supervisión y desempeñar las demás responsabilidades que la encomiendan las Leyes. Por ello, las sociedades deberán articular los cauces o mecanismos necesarios para el ejercicio efectivo de este derecho, e incluso arbitrar, cuando excepcionalmente sea menester por la trascendencia o carácter controvertido de la decisión a adoptar, los medios para que los consejeros puedan obtener el asesoramiento externo preciso” [Vid. *Código Unificado de Buen Gobierno*, ap. II, pg. 22, recomendaciones 23, 24 y 25.].

Finalmente, el legislador alude expresamente al derecho/deber de información en el art. 225.3 LC, eludiendo cualquier referencia a la “marcha de la empresa”. El administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones [Si el órgano de administración adopta la forma de Consejo con delegación de facultades, los consejeros no ejecutivos deben informarse y controlar la gestión realizada por los consejeros delegados o la comisión ejecutiva. No obstante, se plantea la cuestión de si éstos últimos tienen obligación de proporcionar información periódica al Consejo sobre el desarrollo de las funciones delegadas y los hechos o circunstancias relevantes para la marcha de la sociedad. Esta cuestión, sobre la que existen opiniones doctrinales discrepantes, no ha sido resuelta expresamente por el legislador. Vid., por ejemplo, RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid (Montecorvo), 1971, pgs. 333 y 334; IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid (Tecnos), 1971, pg. 363; MUÑOZ PAREDES, J.M., *La información...*, cit., pg. 71-84; SALELLES CLIMENT, *El funcionamiento...*, cit., pgs. 356-358.]

4. Conducta activa

El cumplimiento del deber de informarse, como presupuesto de una administración diligente, prudente o adecuadamente planificada, implica una conducta activa en la gestión de la sociedad. En este sentido, son ilustrativas las recomendaciones del Informe Aldama que calificaba como "esencial el abandono de concepciones pasivas del cargo de administrador, incompatibles con las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad". Cuando el órgano de administración está formado por varios sujetos, especialmente, cuando adopta la forma de Consejo con delegación de facultades, todos deben participar en la gestión de la sociedad, bien directamente adoptando y ejecutando decisiones empresariales o bien de forma indirecta controlando y supervisando la actividad de aquellos a quienes se encomienda la ejecución. De una u otra forma, dicha participación en la gestión social exige un seguimiento continuo de las cuestiones que plantea la administración, informándose y expresando su opinión en defensa del interés social. De esta participación activa derivan al menos las siguientes obligaciones: instar la convocatoria de reuniones con los demás miembros del órgano cuando lo estime pertinente; solicitar la inclusión en el orden del día de los extremos que considere que deben tratarse; preparar suficientemente las reuniones; asistir de forma regular a las mismas expresando opiniones y recabando las de los demás miembros del órgano, valorando las alternativas más favorables para el interés social [Vid. Informe Aldama, ap. 2.4, pg. 26 y Código Unificado de Buen Gobierno (ap. II, recomendaciones 19 y 20, pg. 16 y ap. II, recomendación 26, pg. 23].

III. LA REGLA DE JUICIO EMPRESARIAL

1. Finalidad

Según establece el art. 226 LSC, "en 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". Se introduce así, en nuestro Ordenamiento, la denominada "regla de juicio empresarial" (*Business Judgment Rule*), considerada como una "herramienta necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos [Vid. Informe técnico sobre la reforma del gobierno corporativo].

La finalidad principal de la "business judgment rule", es evitar que las decisiones técnico-empresariales sean revisadas por los jueces en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia. Se trata de evitar que las decisiones empresariales sean cuestionadas a posteriori, esto es, en el momento en que se constatan los resultados desfavorables de la operación, eludiendo así el riesgo de que la falta de preparación técnica de los jueces determine la identificación automática de un mal resultado con la infracción del deber de diligencia.

Los jueces no suelen estar preparados para enjuiciar si las operaciones empresariales que han resultado desfavorables han sido correctamente valoradas por los administradores desde un punto de vista técnico [Entre otros, señala FLEISCHER, H., en "La business judgment rule...", *cit.*, pg. 1732, que "los jueces no son gestores; no disponen, por regla general, del saber necesario, teórico y práctico, en materia de gestión empresarial". También PAZARES, C., en "La responsabilidad de los administradores..." *cit.*, pg. 87, apunta que "los jueces están poco preparados para revisar la actividad desarrollada por los administradores en

el ámbito empresarial o de negocio y, en todo caso, no parece sensato sustituir las decisiones gerenciales por decisiones judiciales"]. La escasa preparación de los jueces para enjuiciar y valorar la corrección técnica de determinadas operaciones empresariales deriva en una tendencia a concluir que "el origen de los daños que han aparecido *ex post* está en decisiones negligentes adoptadas *ex ante* [Cfr. PAZ-ARES, C., "La responsabilidad de los administradores...", *cit.*, pg. 87.]. De esta forma, el juicio sobre la infracción del deber de diligencia suele centrarse en el nivel de riesgo asumido por la sociedad a causa de la decisión empresarial de los administradores y se asocian automáticamente los malos resultados económicos de una determinada operación empresarial a conductas contrarias al deber de diligencia, "transformando en culpabilidad o negligencia lo que sólo fue infortunio [Vid. la referencia a CONTHE que realiza PAZ-ARES, C., en "La responsabilidad...", *cit.*, pg. 71].

Sin embargo, esta tendencia es incompatible con la propia configuración de la actividad de administración de la empresa, que exige la asunción de riesgos con el fin de obtener el máximo beneficio, en interés común de todos los socios [Vid. DIAZ MORENO, A., "La *business judgment rule* en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital", <http://www.gomezacebo-pombo.com>, pgs 1-7, pg. 2.].

Conviene recordar que los administradores no están obligados a lograr el éxito económico de la empresa, sino a adoptar todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante hubiera adoptado en el planteamiento y ejecución de sus negocios.

2. Requisitos

La doctrina de la *business judgment rule* pretende salvaguardar la discrecionalidad

técnica de los administradores. Ahora bien, la aplicación de dicha doctrina se supedita a varios requisitos que coinciden, básicamente, con los exigidos en la versión norteamericana : a) que la decisión empresarial se haya tomado con la suficiente información, siguiendo los procedimientos formalmente establecidos; b) que el administrador actúe en defensa del interés social, esto es, que no tenga interés personal en cualquier consecuencia directa o colateral de la decisión; c) y que se trate de decisiones objetivamente razonables y adecuadas para la satisfacción del interés social [Vid. FLEISCHER, H., "La *business judgment rule*...", *cit.*, pg. 1734; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores...* *cit.*, pg. 80; PAZ-ARES, C. "La responsabilidad...", *cit.*, pg. 89.]. Quedan, por tanto, fuera de la "zona de inmunidad" todos los casos en que se produce a) un comportamiento contrario a la Ley o los Estatutos; b) una conducta desleal o con mala fe; c) ausencia de planificación, estudio, información y procedimientos de decisión adecuados. De hecho, se excluyen expresamente los supuestos en que se trate de decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230 LSC.

3. Problemática

La protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores parece configurarse en atención al sistema de "no revisión" o de "abstención" [Vid. GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Civitas, 2014, pg. 244]. Si concurren los presupuestos establecidos en la norma (buena fe, ausencia de interés personal, procedimiento de decisión adecuado e información suficiente), se presume el cumplimiento del deber de diligencia y, por tanto, los tribuna-

les se abstendrán de enjuiciar o revisar la conducta.

La configuración de la regla plantea, sin embargo, serios problemas de interpretación que pueden conllevar una total impunidad de los administradores en casos de mala gestión. Por un lado, la referencia a la “buena fe” y el “interés personal” del art. 226 LC implica una conexión o confusión de los deberes de diligencia y lealtad. Si lo que se pretende es delimitar el deber de diligente administración para establecer los supuestos en los que no se entiende infringido, no se comprende la alusión a conceptos propios de la configuración del deber de lealtad, cuyo significado es claramente distinto. Por otro lado, el precepto incorpora conceptos jurídicos indeterminados. Sólo resulta de aplicación en el ámbito de las “decisiones estratégicas y de negocio”, pero no queda claro a qué se refiere el legislador con esta expresión (por ejemplo, si se incluyen o no las conductas pasivas del administrador; si se limita a decisiones de gestión ordinaria o también resulta aplicable a decisiones que tienen que ver con la organización y funcionamiento de la sociedad) [Vid. GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia...*, cit., pgs. 249-260. En similar sentido, vid. EMBID IRUJO, J. M., AA VV (Coord.), “La protección de la discrecionalidad empresarial: art. 226”, en AA VV (coord. HERNANDO CEBRIÁ), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pgs. 105-133, pg. 115.] También alude la norma a la necesidad de que la decisión se adopte con información “suficiente” y con arreglo a un procedimiento de decisión “adecuado”. La amplitud e indeterminación de los conceptos empleados no pueden suponer, en la práctica, una vía de escape para administradores negligentes. Para evitar estos resultados se ha apuntado, acertadamente a nuestro entender,

alguna solución de *lege ferenda* relativa a la inversión de la carga de prueba.

El sujeto perjudicado por la conducta del administrador, en aplicación de las normas generales sobre la carga de la prueba, deberá acreditar la ilicitud de la conducta del órgano, cuestión extremadamente compleja cuando se trata de constatar la ausencia de un procedimiento de decisión adecuado, o la existencia de información suficiente del órgano de administración. Parece más lógico y apropiado que la carga de prueba recaiga sobre los propios administradores, es decir, que sean los miembros del órgano los que deban acreditar dichas circunstancias. Los miembros del órgano están en mejores condiciones de demostrar que una concreta decisión cumple con la previsiones establecidas en el art. 226 LSC, en cuyo caso, se entenderá cumplido el deber de diligencia al margen del resultado adverso que dicha decisión ha podido conllevar.