

## INTRODUCCIÓN

Las sociedades de capital constituyen un complejo entramado de relaciones dentro de una complicada estructura. Sus relaciones con los terceros dan lugar a problemas de representación y las internas a un sinnúmero de dificultades, principalmente de distribución de funciones y poderes entre sus órganos y los componentes de estos. Bajo su manto late un microestado, en el que coexisten una asamblea soberana, la junta general; un gobierno que rige sus destinos, los administradores; y unas normas que regulan su funcionamiento, los estatutos sociales.

La sociedad de capital es una institución en constante evolución, que se ha ido adaptando a lo largo de su historia a las cambiantes condiciones económicas y sociales de cada momento, mostrando un gran dinamismo y capacidad de permanente transformación y adaptación a la realidad.

Dentro de este cambiante y complejo panorama, presenta especial interés lo relativo a la estructura orgánica de este tipo de sociedades, es decir, al modelo de organización elegido por el legislador. Se trata del reparto del poder en su seno, de las competencias que corresponden a cada órgano y de las relaciones entre los mismos, lo cual afecta principalmente a la junta general de socios y los administradores, en la lucha de los últimos por sacudirse el yugo de la primera.

En el reparto de las funciones y el poder entre los distintos órganos en el seno de la sociedad de capital y sus consecuencias es donde se producen mayores y más frecuentes transformaciones a lo largo de su historia. Señaló URÍA<sup>1</sup> como, Las primitivas sociedades anónimas se regían y gobernaban exclusivamente por unos directores, dotados de amplísimos poderes, nombrados en un principio por los reyes y más tarde por los grandes accionistas cuando éstos comienzan a participar en el poder social, constituyéndose en una especie de Consejo, que vigilaba la gestión administrativa, para terminar rescatando gradualmente del poder real la facultad de elegir y nombrar a las personas directamente encargadas de la administración de la sociedad. Iniciada así la influencia de los socios en la gestión de la compañía, la evolución se cierra extendiendo a todos los accionistas reunidos en asamblea la facultad de nombrar a los administradores, aprobar las cuentas, repartir las utilidades y acordar lo que estimen conveniente a los intereses sociales, con lo cual pasan los administradores a ser un órgano dependiente de la asamblea.

Como afirmó el maestro GARRIGUES<sup>2</sup> en el Derecho de sociedades mercantiles, el subsuelo económico está más cerca de la superficie que en ningún otro sector jurídico y conforme a la doctrina económica clásica, en palabras de GALBRAITH<sup>3</sup>, todo el poder disponible pertenece, natural e inevitablemente, al capital, su ejercicio es prerrogativa de la propiedad.

Siguiendo esta línea de pensamiento, las distintas legislaciones a partir del siglo XIX regulan la junta general como órgano de expresión de la voluntad social, sometiéndola al principio democrático de mayoría de capitales, otorgando a los socios, un gran poder sobre la marcha de los negocios sociales.

Se considera a la junta como el órgano soberano, queriendo con ello resaltar que la ley le confiere la potestad de resolver los más importantes asuntos, pero aunque la competencia del denominado órgano soberano es realmente muy amplia, aquélla debe quedar encuadrada por las funciones que le han sido asignadas y, además, por el sometimiento al marco legal y al estatutario, así como por la salvaguardia de los intereses esenciales de los socios, el respeto de los derechos de terceras personas y la defensa del interés de la propia sociedad <sup>4</sup>.

Pero, como tantas veces, la práctica vino a demostrar el divorcio existente entre la teoría y la realidad. El poder de los grandes accionistas y el abandono de los pequeños, los cuales no suelen acudir a las juntas, delegando en los bancos en que tienen depositadas sus acciones su derecho de voto, desentendiéndose de la marcha de la sociedad, barrió el sueño democrático, imponiendo la oligarquía de los grandes accionistas<sup>5</sup>.

Hace ya tiempo la mayoría de los accionistas han sido excluidos del poder de decisión en las grandes sociedades, siendo éste asumido por los managers, los administradores profesionales, a los que el GALBRAITH<sup>6</sup> denominó tecnoestructura. Como señalaron BERLE y MEANS<sup>7</sup> ya en 1932, el control de las principales sociedades en los EEUU se basa en algo diferente de la propiedad, ostentando el control los directivos en la mayoría de los casos.

Para poner de manifiesto la indefensión en que se encuentran los accionistas frente a los administradores en las grandes compañías, este autor relata un supuesto de corrupción ocurrido en la STANDARD OIL COMPANY de Indiana, consistente en que su Presidente Rober W. STEWART adquiría crudo en Méjico a través de una compañía de su propiedad denominada TRADING COMPANY, revendiéndolo luego a la STANDARD OIL más caro, con lo que obtenía un lucro ilícito, con el consiguiente daño para la Sociedad que presidía. Rockefeller, que era el principal accionista de la STANDARD OIL, reaccionó con severidad frente a la deshonesta actuación del Presidente de la Sociedad, logrando, no sin grandes dificultades, echar a Stewart de ésta, teniendo para ello que emplear todo su prestigio financiero y gran cantidad de dinero. Todo el mundo se dio cuenta con sorpresa de que, sin la ayuda del escándalo y de sus grandes riquezas, el accionista ROCKEFELLER habría tenido muy pocas posibilidades de vencer.

Este fenómeno fue observado también por los autores socialistas americanos entre los cuales presenta gran interés la obra de BARAN y SWEEZY<sup>8</sup>, que ha sido la principal fuente de inspiración de los restantes autores de este grupo en esta materia, para los cuales, en la gran corporación o corporación gigante, como la denominan, el control descansa en la dirección, o sea, el Consejo directivo más los principales funcionarios ejecutivos. A su juicio<sup>9</sup>, las inferencias de esta doctrina de empresa espiritual tienen un gran alcance. La verdad es que, de aceptar esto, todo el cuerpo de la teoría económica tradicional debe abandonarse y la justificación del orden social existente al que se han rendido honores durante tanto tiempo, con base en su eficacia económica, justicia, etc., simplemente caer por tierra.

En la actualidad, el director de la corporación es el empresario moderno que contrasta con el antiguo modelo de empresario, al que denominan magnate industrial, considerando que hay muchas formas de describir el contraste entre magnate y empresario moderno. El primero fue el padre de la corporación gigante, el segundo, el hijo. El magnate se mantuvo fuera y por encima, dominando la empresa. La lealtad de uno fue hacia sí mismo y su familia (la cual en su forma burguesa es esencialmente una extensión de sí misma); la lealtad del otro es por la organización a la que pertenece y a través de la cual se expresa. Para uno la corporación fue únicamente un medio de enriquecimiento, para el otro el bien de la empresa se ha convertido en ambos fines, económico y ético. Uno robó a la empresa, el otro roba para ésta<sup>10</sup>.

Esta pérdida del poder de los accionistas fue ya señalada en nuestro país en 1933 por GARRIGUES<sup>11</sup> y esta separación entre propiedad y control no ha hecho más que incrementarse desde entonces.

La separación entre la propiedad y el control en las grandes sociedades abiertas, principalmente las cotizadas, genera el problema que supone el conflicto inherente a toda gestión de intereses ajenos, es decir, la existencia de divergencia de intereses entre unos y otros. Como señaló RUBIO<sup>12</sup>, son indudables, como la historia de los últimos cien años se ha encargado de demostrar, los peligros de este tipo social, derivados principalmente de la disociación entre capital –propiedad en sentido económico– y control.

Desde Adam SMITH hasta Milton FRIEDMAN se ha sostenido que las empresas deben concentrarse en la maximización de la riqueza para sus accionistas. Los deberes de los administradores sociales constituyen una herramienta para lograr ese propósito<sup>13</sup>.

Estos problemas derivados de la separación entre propiedad y control en las grandes sociedades abiertas es el punto de partida del debate sobre el gobierno societario. Como señaló el Informe OLIVENCIA, en el punto I.2, en las causas de esa corriente reformista se halla una de fondo, que puede considerarse constante en la naturaleza de las sociedades que apelan a los mercados de capitales: la separación entre propiedad y gestión.

Con la expresión gobierno corporativo, traducción literal de la inglesa corporate governance, se hace referencia a las cuestiones relacionadas con la estructura de poder en las sociedades de capital, y su control, principalmente en relación con el funcionamiento de los Consejos de administración o board of directors de las grandes corporaciones.

El debate sobre el control de la administración de las sociedades cotizadas toma como punto de partida los informes sobre esta materia elaborados en los EEUU, Model Business Corporation Act, Corporate Director's Guidebook y, más recientemente, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, de la American Law Institute y en Gran Bretaña los Informes CADBURY, GREENBURY y HAMPEL.

La creciente preocupación por el gobierno corporativo puede atribuirse principalmente a la influencia angloamericana y al fracaso de las legislaciones, que no pudieron impedir los grandes escándalos financieros como los de ENRON, WORLDCOM y TYCO en los Estados Unidos, AHOLD en Holanda, ADECCO en Suiza, PARMALAT en Italia o el BANESTO, en nuestro país, poniendo de manifiesto importantes fallos en los sistemas de control y originando graves consecuencias económicas.

La actualidad e importancia del debate sobre el gobierno corporativo no ofrece duda, como ponen de manifiesto los numerosos estudios doctrinales, así como los informes, tanto públicos<sup>14</sup>, como privados, y modificaciones legislativas sobre esta materia<sup>15</sup>, tanto en los EEUU, como en Europa. En el debate no solo participan los expertos en Derecho de sociedades y Economía, sino que también lo hacen los empresarios<sup>16</sup> y sus asociaciones<sup>17</sup> y hasta los medios de comunicación, que en sus páginas de economía se ocupan frecuentemente de cuestiones relacionadas con el mismo, poniendo de manifiesto el interés general que despierta.

El movimiento en torno al gobierno corporativo parte de la necesidad de lograr la mayor eficacia y corrección posibles en la gestión de las grandes sociedades de capital tanto desde la perspectiva de la protección del mercado, como de la propia sociedad y sus accionistas, entre otros motivos, porque cuanto mayor es la protección y seguridad que la legislación ofrece a los inversores, mayor será el número de estos que acudan a los mercados y la dimensión de los mismos<sup>18</sup>.

Cualquier sistema de gobierno corporativa está compuesto por un conjunto heterogéneo de instrumentos de salvaguardia y supervisión cuya finalidad es alinear los incentivos de los insiders y los intereses de los outsiders<sup>19</sup>.

Dentro de éstos reviste gran importancia la implantación de un eficiente sistema de responsabilidad de los administradores,

Para lograrlo, en unos casos, siguiendo el modelo anglosajón, se pretende la introducción de reformas, pero no por la vía de la modificación legislativa, sino de la autorregulación, el denominado soft law. Se propone que sean los propios Consejos de administración los que asuman el compromiso de modificar sus prácticas, en la línea de las recomendaciones de los Códigos de buen gobierno. En este sentido pueden señalarse, entre otros, además de los ya señalados en EEUU y Gran Bretaña, en Francia el Informe VIENOT y en España los Informes del Círculo de Empresarios de 1995 y 1996, el Informe OLIVENCIA, el Reglamento tipo del consejo de la CNMV y el Informe ALDAMA, si bien este último con matices.

En otros supuestos, se ha seguido el modelo tradicional europeo, introduciendo reformas legislativas, al que suele denominarse hard law, como en Italia con el Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge de 6 de febrero de 1996, aprobado por el Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998 y en Alemania con la Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich de 27 de abril de 1998.

Decidir que resulta mejor, la autorregulación o el establecimiento de normas legales, no constituye una cuestión simple. La conveniencia de utilizar una u otra vía dependerá de las circunstancias concretas de cada ordenamiento y de su sistema económico. En tal sentido se ha señalado como los distintos sistemas de financiación, el papel desempeñado por los mercados de valores y las distintas estructuras accionariales resultantes de los mismos generan, con carácter general, diferentes modos de afrontar los problemas derivados del gobierno societario. El estudio del sistema de corporate governance propio de un país y de una época determinada se haya estrechamente ligado a otra disciplina como es la denominada corporate finance, que hasta hace no mucho tiempo era abordada de forma separada<sup>20</sup>.

Siguiendo uno u otro de los modelos señalados, se ha pretendido ofrecer soluciones a los problemas derivados de la separación existente entre propiedad y gestión en las compañías abiertas, que lleva inherente el riesgo de conflicto de intereses entre los accionistas y los administradores sociales. En este proceso de reforma de la administración de las sociedades de capital la determinación de las obligaciones y de la diligencia y lealtad exigibles a los administradores, así como de la responsabilidad que les incumbe por el incumplimiento de aquellas constituye una cuestión primordial.

Entendiéndolo así, sobre la base del Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, se dictó la 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 Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas (en adelante Ley de transparencia), que se ocupó, entre otras cuestiones, de la definición y el régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses y de su régimen de responsabilidad, introduciendo importantes modificaciones en diversos preceptos de la LSA y añadiendo un nuevo capítulo a la LMV que se ocupa de las sociedades cotizadas.

El TRLSC dedica a los deberes de los administradores el cap. III, compuesto por los arts. 225 a 232, ambos inclusive, del título VI, que ha sido reformado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y la 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 Real Decreto 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.

El estudio de las obligaciones propias de los administradores y la lealtad y diligencia exigibles en su cumplimiento se ha realizado tradicionalmente dentro de los trabajos referidos a la responsabilidad de estos<sup>21</sup>, si bien se ha producido estudios, cada día más frecuentes, dedicados exclusivamente a aquellas<sup>22</sup>. En cualquier caso, la novedad que representa el establecimiento legislativo de deberes concretos de estos que lleva a cabo la LMLSA supone una novedad cualitativa de tal magnitud que exige su detenido análisis.

La problemática de la responsabilidad de los administradores ha sido tratada por nuestra doctrina, que le han dedicado gran atención durante la vigencia de la Ley de 1951<sup>23</sup> y después de la reforma de 1989<sup>24</sup>. Asimismo, principalmente después de la LRyA, nuestros tribunales han tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre esta materia como puede comprobarse en los repertorios jurisprudenciales.

El interés de ambas cuestiones, las obligaciones de los administradores y su responsabilidad por el daño causado a la sociedad, a los socios o a los terceros por consecuencia del incumplimiento de aquellas, no es sólo doctrinal, sino fundamentalmente práctico, como pone de manifiesto el más somero examen de nuestros repertorios jurisprudenciales en los que pueden encontrarse importante y creciente número de sentencias sobre esta materia.

Teniendo en consideración lo expuesto, los distintos autores participantes pretenden en este trabajo analizar las obligaciones impuestas a los administradores de las sociedades de capital y la diligencia exigible en su cumplimiento,

para examinar a continuación la responsabilidad tanto social como individual por el daño originado a la sociedad, a los socios y a los terceros.

Asimismo, no se olvida la responsabilidad solidaria por las deudas sociales que se impone a los de los administradores en el art. 367 del TRLSC por incumplir la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando corresponde o no instar el concurso de esta, si procediere, que tan importante se ha mostrado en su aplicación práctica.

Se ha introducido un capítulo destinado al análisis de la responsabilidad de los administradores en el supuesto de concurso de la sociedad, regulada por el TRLC en sus arts. 132 y 133 y 456. El último de los preceptos citados establece que el juez del concurso podrá condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o, de hecho, de la persona jurídica a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

Por último, además de la civil, se aborda también por destacados especialistas el estudio de la responsabilidad tributaria, laboral y penal en que pueden incurrir los administradores de las sociedades de capital en el desempeño de su labor, con lo que se completa el estudio de la práctica totalidad de las responsabilidades en que pueden incurrir los administradores sociales.

- 
1. *URIA, Rodrigo, GARRIGUES/URIA, Comentario a la Ley de sociedades anónimas, tomo I y II, Madrid, 1976, pág. 551.*
  2. *GARRIGUES, Joaquín, Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas, reedición del trabajo publicado en 1933, realizada dentro del libro, Hacia un nuevo Derecho Mercantil, Escritos, Lecciones y Conferencias, Editorial Tecnos, Madrid 1971.*
  3. *GALBRAITH, J. K., El nuevo Estado industrial, (traducida al castellano por Sacristán, M.) Ariel Economía, Barcelona, 1984, pág. 91.*
  4. *ARANA GONDRA, F. Javier, Manual de organización jurídica de la sociedad anónima, Editorial Index, Madrid-Barcelona, 1978, pág. 22.*
  5. *Esta realidad ha sido ampliamente debatida en nuestra doctrina pudiendo citarse: GARRIGUES, Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas, ob. cit.; MENÉNDEZ, Aurelio, Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima, Madrid 1982; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, El poder de decisión en las sociedades anónimas, Derecho y reforma del Derecho español, editorial Civitas, Madrid 1982.*
  6. *El nuevo estado industrial, ob. cit., Cap. III, págs. 105 y sigs.*
  7. *BERLE, Adolf y MEANS, Gardiner, The modern corporation and private property.*
  8. *BARÁN, Paul y SWEEZY, Paul, El capital monopolista, Ensayo sobre el orden económico y social de Estados Unidos, Siglo XXI Editores, 19 Edición, México 1986, traducción de Arminda Chaves de Yáñez, pág. 18.*
  9. *BARÁN Y SWEEZY, El capital monopolista, ob. cit., pág. 23.*
  10. *BARAN Y SWEEZY, El capital monopolista, ob. cit., pág. 30.*
  11. *Nuevos hechos, nuevo derecho de Sociedades Anónimas, ob. cit., págs. 40 y 41.*
  12. *RUBIO, Jesús, Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, págs. 25 y sigs.*
  13. *CARTES MONTORY, Armando, La responsabilidad social de la empresa: una visión comparatista, Revista de Derecho Criminología y Ciencias Penales, núm. 2, 2020, pág. 69.*
  14. *En nuestro país la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de administración de las sociedades: El gobierno de las sociedades cotizadas, presidida por el profesor OLIVENCIA; el Reglamento Tipo del Consejo de administración ajustado al Código de buen gobierno, de la CNMV; y el Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, presidida por ALDAMA. Tiene también un gran interés el reciente Informe Winter de la UE.*
  15. *En los últimos tiempos en nuestro país puede citarse la Ley 44/2002, de 22 de diciembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la 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 Real Decreto Legislativo 11564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de la sociedades anónimas cotizadas y la Propuesta de Código de sociedades mercantiles.*
  16. *Diversas empresas, entre las que se encuentran algunas tan importantes como Telefónica, Repsol o BBV, se han adelantado en esta materia, autorregulándose mediante el establecimiento de Reglamentos del Consejo de administración.*

17. Ver las propuestas del *Círculo de Empresarios* denominadas *Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de administración*, de 1995 y *Una propuesta de normas de mejor funcionamiento de los Consejos de administración*, de 1996.

18. GUERRA MARTIN, Guillermo, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses, su influencia en el movimiento de reforma de Derecho europeo*, RdS, monografía núm. 20, Pamplona, 2003, pág. 130.

19. PAZ-ARES, Cándido, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Centro de estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pág. 11.

20. GUERRA MARTIN, *El gobierno de las sociedades cotizadas Estadounidenses, su influencia en el movimiento de reforma del Derecho Europeo*, ob. cit., pág. 119 y sig.

21. En este sentido, entre otros, DIAZ ECHEGARAY, José Luís, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

22. LLEBOT MAJO, José Oriol, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, editorial Civitas, Madrid, 1996.

23. Entre otros, se han ocupado de esta cuestión: FAIREH GUILLÉN, Víctor, *La responsabilidad civil de los órganos de administración de las sociedades anónimas*, en RDP, 1955, págs. 869 y sigs.; GIRON TENA, José, *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho Español*, ADC, abril-junio, 1959, págs. 419-450; PUIG BRUTAU, José, *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, RDP, 1961, págs. 361 y sigs.; SUÁREZ-LLANOS GOMEZ, Luís, *Responsabilidad de los administradores de Sociedad Anónima (Disciplina de la acción social)*, ADC, octubre-diciembre, 1962, págs. 921 y sigs.; CERRO, Eduardo, *Ejercicio por los accionistas de la acción de responsabilidad de los administradores de las anónimas*, RDP, 1970, vol. 54, núm. 7, págs. 629 y ss.; QUIRALTE ROMERO, Francisco, *Las responsabilidades del Consejo de Administración*, Madrid 1973; GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, en RJC, 1981, vol. 80, núm. 3, págs. 585 a 627; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, *La responsabilidad civil de los Administradores de la sociedad anónima*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985.

24. Son numerosísimos los estudios publicados sobre la responsabilidad de los administradores después de la reforma de 1989, por lo que no se relacionan aquí ya que su enumeración resultaría interminable, pero la mayoría de ellos serán citados a lo largo de este trabajo.