



FACULTAD DE DERECHO

**LA REGLA DEL JUICIO EMPRESARIAL: ÁMBITO DE
APLICACIÓN Y ALCANCE PRÁCTICO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Ana Gallego Rodríguez
E5, Derecho y Relaciones Internacionales
Derecho Mercantil
Tutora: Mónica Martín de Vidales Godino

Madrid
Abril 2019

RESUMEN

El comienzo de actividades económicas implica la asunción de riesgos: son ellas el más vivo ejemplo de que el fracaso es, en muchas ocasiones, su más visible consecuencia. En el marco legal de las sociedades mercantiles, especialmente en aquel que resulta de aplicación a las sociedades cotizadas (Lázaro, Martínez-Moya y Monzón, 2015) ha existido desde la aparición de regulación en torno al proceso de mejora del gobierno corporativo, una cierta intranquilidad por parte del legislador, en lo que a la diligencia requerida a los administradores en el ejercicio de su cargo se refiere. En este sentido, en la configuración anterior, la responsabilidad de los administradores se exigía sin una justificación precisa de las piezas que la constituían, pues la jurisprudencia consideraba que se trataba de una responsabilidad con vocación indemnizatoria (Pérez, 2015) sin mayor precisión al respecto. En consecuencia, a un nivel práctico, ello se traducía en la obtención de resultados insatisfactorios: o bien, en absoluciones en ciertos supuestos en los que existía una responsabilidad evidente, o bien en condenas, en aquellos otros, en los que cabían defensas lógicas y suficientes que el regulador, por su parte, no había tenido en cuenta.

Es por ello y entonces, cuando se introduce una de las grandes novedades en nuestra Ley de Sociedades de Capital, acaecida a través de la integración en su artículo 226, mediante la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre para la mejora del gobierno corporativo, de la práctica jurisprudencial estadounidense denominada, originalmente, la *business judgment rule*.

A través del estudio de sus elementos y alcance práctico, el objetivo del presente trabajo es doble: de un lado, analizar si la incorporación a nuestro ordenamiento del principio norteamericano de la *business judgment rule* ha sido apropiada y efectiva; de otro, señalar aquellos aspectos, que pueden ser objeto de mejora para conseguir una mejor implementación de la regla.

Palabras clave: regla del juicio empresarial, estándar de diligencia, deber de diligencia, puerto seguro, y decisiones estratégicas y de negocio.

ABSTRACT

The beginning of economic activities implies the assumption of risks: they are the most vivid example of the fact that failure is, on many occasions, its most visible consequence. In the legal framework of corporate companies, especially in that which applies to listed companies, there has been a certain uneasiness on the part of the legislator since the appearance of regulations on the process of improving corporate governance, with regard to the diligence required of directors in the exercise of their office. In this sense, in the previous configuration, the liability of the directors was demanded without a precise justification of the pieces that constituted it, since the jurisprudence considered that it was a liability with indemnifying vocation, without greater precision in this respect. Consequently, on a practical level, this turned into unsatisfactory results: either absolutions in certain cases in which there was obvious liability, or convictions, in others, in which there was a logical and sufficient defences that the regulator, for its part, had not taken into account.

It is for this reason and then, when one of the great novelties was introduced in our Corporation Law, occurred through the integration in its article 226, through the reform operated by Law 31/2014, of December 3, for the improvement of corporate governance, of the American jurisprudential practice originally known as the *business judgment rule*.

Through the study of its elements and practical scope, the objective of this work is twofold: on the one hand, to analyze whether the incorporation of the North American principle of *business judgment rule* has been appropriate and effective; on the other hand, to point out those aspects that can be improved in order to achieve a better implementation of the rule.

Key words: *business judgment rule, standard of care, duty of care, safe harbor, and strategic and business decisions.*

ABREVIATURAS

- ALI: American Law Institute
- BJR: Business judgment rule
- CNMV: Comisión Nacional de Mercado de Valores
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LSA: Ley de Sociedades Anónimas
- LSC: Ley de Sociedades de Capital
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TR: Texto Refundido

ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN

2. LA REGLA DEL JUICIO EMPRESARIAL: CONCEPTUALIZACIÓN, ORIGEN, E INCORPORACIÓN A OTROS ORDENAMIENTOS

2.1 Conceptualización

2.2 Origen anglosajón de la regla del juicio empresarial

2.2.2 Consolidación de la doctrina y diversificación de posturas

2.2.2.1 Postura del Tribunal de Delaware

2.2.2.2 Postura como criterio de abstención

2.3 Alcance sustantivo de la regla

2.4 Incorporación de la regla a los ordenamientos continentales

2.4.1 La regla del juicio empresarial en Alemania

2.4.1.1 Adopción de la postura del “puerto seguro” tras la reforma

2.4.1.2 Carga de la prueba y estándar de diligencia en el sistema alemán

2.4.2 La regla del juicio empresarial en Italia

2.4.2.1 Régimen legal tras la reforma de 2003

2.4.2.2 Alcance práctico de la regla en ausencia de positivización

3.4.2.3 La razonabilidad de las decisiones como elemento constitutivo de la regla

2.4.3 Diversidad de perspectivas y alcances de la regla en el escenario internacional

3. EVOLUCIÓN DEL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA Y DE LA REGLA DEL JUICIO EMPRESARIAL EN ESPAÑA: SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA DE 2014

3.1 Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como punto de partida

3.2 Ley de Sociedades Anónimas de 1989

3.3 Influencia de los movimientos de mejora del gobierno corporativo

3.4 Conclusión al proceso de positivización en España

3.5 Aproximación al estándar de diligencia actual tras la reforma

3.5.1 Alcance del deber de diligencia

3.6 Aplicación jurisprudencial anterior a la inclusión legislativa de la regla del juicio empresarial

3.6.1 Reconocimiento previo al proceso de mejora del gobierno corporativo

3.6.2 *Evolución posterior e identificación de las notas definitivas*

4. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE DESDE LA REFORMA 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE

4.1 Consideraciones generales

4.2 La razonabilidad como criterio de valoración judicial

4.3 Presupuestos para la aplicación de la regla del juicio empresarial

4.3.1 Requisitos procedimentales u objetivos

4.3.1.1 Procedimiento adecuado en la toma de decisión

4.3.1.2 Información suficiente y asesoramiento externo

4.3.2 Requisitos subjetivos

4.3.2.1 Ausencia de interés personal en el asunto objeto de la decisión

4.3.2.2 Buena fe

4.4 Notas sobre la postura del “puerto seguro” y carga probatoria en España

4.5 La regla del juicio empresarial: acciones judiciales en las que resulta de aplicación

4.5.1 Diferenciación de acciones

4.5.2.1 Justificación de la aplicación de la regla en las acciones individuales de responsabilidad

4.5.2.2 Dificultades prácticas para su aplicación

5. EL DEBER DE DILIGENCIA EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

5.1 Decisiones circunscritas al ámbito del objeto social

5.2 Ámbitos de la gestión ordinaria y extraordinaria

5.2.1 Gestión ordinaria

5.2.2 Gestión extraordinaria

5.3 La protección a la discrecionalidad empresarial del artículo 160 f) LSC

5.3.1 De los activos esenciales en el marco de las “decisiones estratégicas y de negocio”

5.3.2 La interpretación del carácter esencial de los activos

5.4. Cautelas a considerar en las decisiones estratégicas

6. CONCLUSIONES

7. LISTA DE REFERENCIAS

8. DOCUMENTACIÓN ANEXA: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA UTILIZADA

1. INTRODUCCIÓN

La regla del juicio empresarial, de origen norteamericano, fue incorporada al ordenamiento jurídico español bajo la denominada protección de la discrecionalidad empresarial, a través de la Ley 31/2014 de 3 de diciembre.

En este trabajo nos centramos en la elaboración de un análisis de su inclusión en el cuerpo legal, así como de su plasmación práctica en los tribunales y vida societaria.

Se trata de un tema de gran importancia para el Derecho Mercantil, dado que su reconocimiento y tratamiento oficiales constituyen parte de los frutos obtenidos de un extenso período de trabajo, en el marco del proceso de mejora del gobierno corporativo. Adicionalmente, señalaremos posibles aspectos a mejorar, además de las particularidades de la aplicación de la regla del juicio empresarial en España, mediante su diferenciación de los planteamientos equivalentes adoptados por otros Estados.

En lo referente al objeto del trabajo, y al orden de su exposición, trataremos de analizar, fundamentalmente, cuatro cuestiones: el origen anglosajón y jurisprudencial de la regla del juicio empresarial, la evolución del estándar de diligencia en España antes de la reforma en conexión con la paralela evolución de la regla, el régimen legal vigente desde la reforma legislativa, que incorpora oficialmente los presupuestos para su aplicación, y el análisis e interpretación de las decisiones que han de encuadrarse en el ámbito de su protección. Finalmente, expondremos las conclusiones

Finalmente, a raíz de lo indagado, expondremos brevemente las conclusiones sobre el tema, mostrando los aspectos, que consideramos podrían mejorarse para un mejor desempeño e integración de la regla en nuestro ordenamiento.

2. LA REGLA DEL JUICIO EMPRESARIAL: CONCEPTUALIZACIÓN, ORIGEN, E INCORPORACIÓN A OTROS ORDENAMIENTOS

2.1 Conceptualización

La regla del juicio empresarial es una norma de base jurisprudencial, que conlleva el reconocimiento de los postulados de un principio de origen anglosajón, conocido como *business judgment rule*, que ha ido, por un lado, gestándose en el contexto del Derecho de Reino Unido y de Estados Unidos, y por otro, abriendo debate a nivel

jurisprudencial y doctrinal en cuanto a su alcance sustantivo y procesal (Ruano, 2015). Este principio, además de asentar el estándar de diligencia del “ordenado empresario”, contempla la creación de un espacio de inmunidad, en el que los administradores de una sociedad puedan operar y tomar las decisiones de negocio, con la consiguiente asunción de los riesgos, que, razonablemente, son inherentes a la actividad que desarrollan (Guerra, 2018). Para la consecución de esta finalidad, ante la concurrencia de unos presupuestos concretos, la regla garantiza que los jueces no revisarán las decisiones empresariales, desde la óptica de sus competencias técnicas, o adecuación al modelo de conducta o estándar de diligencia, legalmente establecido (Paz-Ares, 2003).

2.2 Origen anglosajón de la regla del juicio empresarial

Uno de los primeros litigios en el que podemos encontrar la aplicación embrionaria de la regla, es el caso *Charitable Corp vs Sutton* del año 1742, en Inglaterra. En él, se explicó que los gestores podían incurrir en responsabilidad por las acciones u omisiones, que conllevaran el incumplimiento o cumplimiento defectuoso (Ruano, 2015) del ejercicio de sus funciones, y que derivaran en resultados negativos para la sociedad. Además, el Tribunal enunció, al mismo tiempo, la dificultad inherente de valorar lo que pudieron o no vaticinar los administradores al tiempo de sus actuaciones. Más clara es la resolución del Tribunal Supremo de Pensilvania en el caso de *Percy v. Millaudon* en 1829, en la que se concluyó que el administrador no podía amparar el incumplimiento de sus deberes y obligaciones en su desconocimiento o inexperiencia, dado que las decisiones tomadas en el ejercicio de su cargo, debían traer consigo los conocimientos debidos respecto de la sociedad que administrara, *judgment*, así como en los conflictos que en ella se plantearan, *business* (Estepa, 2015). Sensu contrario, si en la toma de una decisión, a posteriori perjudicial para la empresa, intervino la aplicación prudente de esos conocimientos, no podrá originarse la responsabilidad. En particular, el Tribunal estipuló que:

Ante la concurrencia de dificultades que ofrecen una única solución posible, la adopción de una decisión de la que sobrevengan pérdidas no podrá determinar la responsabilidad del administrador si dicho error fue tal que cualquier hombre prudente hubiera incurrido en él. [...] El examen de responsabilidad, por tanto, se debe fundamentar no en la sabiduría de los administradores, sino en la tenencia de un conocimiento ordinario y la demostración de que el

error del administrador fue tan grave que un hombre con sentido común y atención ordinaria no habría caído en él. (Guerrero Trevijano, 2014, p. 46).

De este modo, las primeras características de lo que sería la *business judgment rule*, comenzaron a coger forma: por primera vez, se reconocen los riesgos inherentes a la actividad económica, que pueden desembocar en consecuencias negativas, debido a una decisión empresarial.

2.2.1 Consolidación de la doctrina y diversificación de posturas

Posteriormente, esta norma quedaría consolidada con el caso *Aronson v. Lewis (1984)*, en los Tribunales de Delaware en Estados Unidos, donde se llevó a cabo la formulación de la *Business Judgment Rule*, al establecer que se trataba de:

una presunción de que en la toma de decisiones empresariales los administradores de una sociedad actuaron de manera informada, de buena fe, y bajo el sincero convencimiento de que la acción era en el mejor interés de la sociedad (Guerrero Trevijano, 2014, p. 47).

Es decir, la decisión de los administradores operaría como una presunción *iuris tantum*, que debía ser respetada por los órganos jurisdiccionales, a no ser que la actuación negligente llegara, efectivamente, a demostrarse; de ello se dedujo, que la carga de la prueba para demostrar que existió actuación negligente (en aquel momento, únicamente la negligencia grave derivaba en responsabilidad) recaería entonces sobre el demandante.

No queda claro, sin embargo, en virtud de lo expuesto por el Tribunal, la buena fe exigida a los administradores en la toma de sus decisiones. ¿En qué se diferencia la buena fe, de la creencia honesta de que la acción llevada a cabo fue en el mejor interés de la sociedad? (Hansen, 1993)

Parece, que, en este caso, la Sala realiza una distinción entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. En otras palabras, queda claro que la honesta creencia o convencimiento, se circunscribe al ámbito subjetivo de la buena fe en el contexto societario; por tanto, la buena fe, propiamente dicha, que menciona el Tribunal en primer lugar, ha de hacer alusión al ámbito objetivo de la misma. De lo contrario, nos encontraríamos ante una redundancia en la resolución.

Ahora bien, para el Tribunal, el término buena fe, ¿qué significado adicional abarcaba?

2.2.1.1 Postura del Tribunal de Delaware

La postura defendida por el Tribunal de Delaware, con base en lo expuesto, fue la de entender implícitamente, que la actuación de los administradores había sido diligente: en el momento de tomar una decisión, se presuponía que ellos lo hacían mediante información suficiente, de buena fe y creyendo que tal decisión era apropiada para las resultas de la actividad económica de la sociedad.

Dicho de otra manera, el Tribunal estableció un régimen de responsabilidad equiparable, hasta cierto punto, a la presunción de inocencia, en relación al cumplimiento de los deberes y diligencia administrador.

Así, se configuraba la que sería a posteriori, la postura mayoritaria en relación a la regla del juicio empresarial, iniciada y sostenida por el Tribunal de Delaware, y recogida en la Model Business Corporation Act, del Colegio de Abogados de Estados Unidos.

Debido a esta presunción, considera la doctrina que esta postura de la regla del juicio empresarial, crea un “colchón” o espacio de inmunidad para los administradores. Acogiéndose a esta visión, el administrador que cumpla con los requisitos establecidos y tome una decisión que se entienda razonada para conseguir las mejores resultas a favor de la sociedad, no incurrirá en responsabilidad. Lo que es más, debido a que esta postura dificulta, en gran medida, la demostración de una posible infracción del administrador, podría pensarse, que determinadas decisiones empresariales pueden llegar a tener la apariencia y presunción de diligentes, sin serlo en la realidad, debido a la infracción de alguno de los requisitos para aplicación de la regla. (Roncero Sánchez, 2015).

De esta forma, llegó a configurarse la que sería la postura mayoritaria de la *business judgment rule*: aquella que entiende la regla como un especial estándar de revisión de la conducta de los administradores, que opera como un criterio, en función del cual se determina si el administrador cumple o no con el deber de diligencia.

2.2.2.2 Postura como criterio de abstención

Como hemos mencionado, la postura sostenida por el Tribunal de Delaware es la mayoritaria, pero no la única. En este sentido, la vertiente jurisprudencial y doctrinal que entiende la *business judgment rule* como criterio de abstención, o de no revisión de las actuaciones de los administradores, considera que los tribunales no podrán juzgar a

los gestores si no se rompe la presunción *iuris tantum* de actuación diligente que les ampara (Guerrero Trevijano, 2014).

Precisamente, es esta postura que permite la creación de un “puerto seguro” (Guerrero Trevijano, 2014), en el cual se obliga a que sean los demandantes los que rompan la presunción de la conducta diligente de los administradores, antes de realizar un juicio o valoración de las decisiones empresariales, en torno al cumplimiento del deber de diligencia en el momento de su adopción. De acuerdo con esta perspectiva, la intervención de los órganos jurisdiccionales, no debería operar por defecto, sino excepcionalmente (Bainbridge, 2003).

En esta vertiente, para que los administradores puedan quedar amparados bajo la presunción de actuación diligente y, en definitiva, la regla del juicio empresarial, deben ser ellos los que prueben, previamente, que concurren las condiciones para su aplicación. Supone, en contraposición a lo que ocurre con la postura del Tribunal de Delaware, que se invierta la carga de la prueba: ya no es obligación de la parte actora, sino de la demandada.

En caso de tomar en consideración y de aplicar esta postura, la inversión de la carga de la prueba, no llevaría consigo, que la parte actora pudiera exigir responsabilidad a los administradores por vía judicial en cualquier momento y bajo cualquier tipo de circunstancia. Para evitar el arbitrio, se configura un mecanismo por el cual el demandante, debe presentar ante el juez indicios que recaben información sobre la posible actuación negligente del administrador: es entonces, si el juez los estima suficientes, cuando podría iniciarse un proceso judicial. No debemos olvidar, la diferencia entre los conceptos de prueba e indicio, ni subsumir una categoría dentro de la otra; la presentación de indicios por la parte demandante, únicamente permite imaginar la existencia de una situación determinada, pero no implica que se demuestre con ellos, la infracción del deber diligente del administrador, puesto que los indicios, no son pruebas, ni actúan como tales.

Como consecuencia lógica a esta situación procesal, que se deriva de la consideración de la regla del juicio empresarial como puerto seguro, es natural el deseo de los administradores de recabar cuanta información y documentación dispongan respecto de la toma decisoria, con el objetivo de probar y quedar protegidos bajo el paraguas de la

business judgment rule.

Esta sería la alternativa seguida por los Principios del Gobierno Corporativo (*Principles of Corporate Governance*) del *American Law Institute* (en adelante, ALI) en lo concerniente a la regla del juicio empresarial, que, adicionalmente, ha servido de modelo para la interpretación regla por parte de una gran parte de los tribunales de los estados pertenecientes a la Unión Europea.

Así las cosas, en ellos se estableció que:

El administrador que realizara un juicio empresarial de buena fe, cumpliría con el deber de diligencia si:

1. No tiene conflictos de interés, respecto del objeto del juicio empresarial
2. Está informado sobre la materia objeto del juicio empresarial, en la medida en que el administrador.... crea razonablemente que es apropiado bajo las circunstancias; y
3. Cree racionalmente que el juicio empresarial es en el mejor interés de la sociedad (Balotti y Hanks, 1993).

A diferencia de la versión seguida en el Estado de Delaware, en el que la regla del juicio empresarial actúa como una presunción, en la versión de ALI, existe un puerto seguro, cuya satisfacción es una defensa completa ante un supuesto incumplimiento de las normas de conducta.

Pese a lo expuesto, la creación del mencionado puerto seguro, no ha de traducirse en un régimen de impunidad que opere por defecto en las actuaciones negligentes de los administradores (Paz-Ares, 2003). Para evitar este escenario, resulta necesario que se acote y se separe del ámbito de decisiones que no son “merecedoras” de una protección adicional. Es decir, el puerto seguro sólo ha de tener cabida en un determinado tipo de decisiones discrecionales, en particular, aquellas en las que la exigencia de responsabilidad puede suponer unos costes más elevados para la sociedad: las de carácter técnico-empresarial y las que atañen a la organización y al negocio de la compañía (Serrano, 2014). Precisamente por ser decisiones, cuya valoración en términos de negligencia es más incierta, debido, en gran medida, a la complejidad técnica que se encuadra en el marco de la discrecionalidad de los administradores a tal efecto, se suele argumentar el principio de confianza en este tipo de toma de decisiones.

2.3 Alcance sustantivo de la regla

En relación a lo anteriormente expuesto, hemos de añadir, que no resultaría del todo correcto afirmar, que la regla del juicio empresarial es, en sí misma, únicamente una presunción. En su aspecto sustantivo, la norma prohíbe que un tribunal sustituya su juicio por el de los administradores o gestores, ya sea, bien para exigir una determinada responsabilidad, o bien, para invalidar una transacción que hayan aprobado (Balotti y Hanks, 1993). Este aspecto sustantivo es el núcleo de la regla del juicio empresarial; se alza como el aspecto de procedimiento de la regla, que contiene la presunción de que al llegar a una decisión, los administradores actuaron sobre una base informada, de buena fe y en la creencia honesta de que la acción tomada era en el mejor interés de la compañía.

2.4 Incorporación de la regla a los ordenamientos continentales

2.4.1 La regla del juicio empresarial en Alemania

El estudio de la incorporación legislativa de la regla del juicio empresarial en Alemania, resulta de gran utilidad, debido a la influencia que ejerce su Derecho en la legislación española, si bien es cierto, que como ocurrió en España, la *business judgment rule* se vino aplicando por los tribunales germanos con anterioridad a su incorporación en el cuerpo legal.

Del mismo modo, también se muestra interesante el estudio de la diligencia debida de los administradores, así como la protección a su discrecionalidad empresarial, dado que la filosofía organizativa del ordenamiento jurídico alemán se caracteriza por su dualidad, configurada por el Órgano de Dirección, encargado de la administración de la sociedad, y el Consejo de Vigilancia, que controla la gestión del Órgano de Dirección. Así, cuando hablemos de la diligencia y a la responsabilidad exigible a los administradores, *strictu sensu*, nos estaremos refiriendo a los componentes del Órgano de Dirección en un sistema caracterizado por la cogestión.

2.4.1.1 Adopción de la postura del puerto seguro tras la reforma

A este respecto, la postura por la que finalmente opta el legislador alemán a la hora de positivizar en 2005 la regla del juicio empresarial, de igual manera que el español, es la de puerto seguro, a través *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes* (Guerrero Trevijano, 2014, p. 68) y como respuesta a las exigencias de cierta parte de la doctrina.

De esta forma, el artículo 93 del mencionado precepto pasó a tener una nueva redacción. Anteriormente, la disposición general no distinguía entre las decisiones empresariales y otras acciones del Órgano de Dirección, quedando abierta a la interpretación y configuración completa por los tribunales competentes. Sin embargo, tras su reforma, ya no sólo iba a indicar que el deber de cuidado y diligencia del Órgano de Dirección debía consistir en una actuación escrupulosa y ordenada (Guerrero Trevijano, 2014), sino que, adicionalmente, se sumó al mencionado precepto, que no tendría la consideración de infracción o incumplimiento del deber de diligencia la actuación de un miembro del Órgano que tome una decisión empresarial sustentada por la información apropiada, que razonablemente, pueda sostener que procedió en beneficio de la sociedad.

La regla del juicio empresarial en la legislación alemana adopta la postura de puerto seguro, en sintonía con el posicionamiento de la ALI, de forma que si los miembros del Órgano de Dirección consiguen demostrar que, efectivamente, se dan los presupuestos de la regla, los tribunales no entrarán a juzgar las decisiones.

Especialmente interesante, y en consonancia de nuevo con los Principios de la ALI, resulta el razonamiento de diferentes sectores de la doctrina alemana, al resaltar la importancia de la “creencia razonable” de los administradores. En vez de desarrollar un precepto objetivo de la diligencia debida, en los casos de decisiones empresariales, esta debe ser determinada, hasta cierto punto, de forma subjetiva. De este modo, los tribunales tienen que respetar este margen de maniobra en la medida en que sea razonable.

2.4.1.2 Carga de la prueba y estándar de diligencia en el sistema alemán

Como podemos observar, la versión de la regla del juicio empresarial es, en esencia, una trasposición de la postura e, incluso, también en términos lingüísticos, de la

proporcionada por la ALI en los Principios del Gobierno Corporativo, quizá, únicamente, con la matización en torno a la interpretación judicial y alcance de la inversión de la carga de la prueba.

En este sentido, y acogándose a la versión del “puerto seguro” de la regla, de acuerdo con el derecho alemán, sobre el administrador recae la carga de la prueba: es decir, tiene que exonerarse a sí mismo, demostrando que la decisión impugnada se tomó dentro del ámbito de aplicación de la norma del criterio de la discrecionalidad empresarial.

En cuanto al deber de diligencia, las pocas sentencias judiciales que se han publicado hasta la fecha, ponen de manifiesto un enfoque bastante estricto de la responsabilidad de los administradores de las sociedades. Tanto es así, que en una resolución, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) llegó a exigir al administrador que explorara todas las fuentes de información disponibles, a pesar de que el lenguaje del precepto legal, sólo exige y hace referencia al concepto de “información adecuada” (Wagner, 2015).

Adicionalmente, la formulación de Alemania incluye un elemento extra, en virtud del cual los administradores no deben asumir riesgos excesivos en la toma decisoria. Por esta razón, un administrador y su decisión no estarán protegidos por la regla del juicio empresarial si la capacidad de asumir riesgos empresariales conscientes, por parte del Órgano de Dirección ha sido sobrecargada, resultando irresponsable (Yaru, 2016).

Con todo ello, pese a las altas exigencias a nivel judicial que, de cierto modo, suponen una limitación al acogimiento por parte de los administradores al “puerto seguro” que brinda la regla del juicio empresarial, en el ordenamiento jurídico alemán, aunque el deber de diligencia, en comparación con países como Inglaterra y Francia, es relativamente alto, no existe una cultura de litigación en este ámbito.

2.4.2 La regla del juicio empresarial en Italia

2.4.2.1 Régimen legal tras la reforma de 2003

La regla del juicio empresarial, encuentra su equivalente en el plano práctico en el territorio italiano, mediante la doctrina de la incuestionabilidad de las decisiones de gestión: *insidicabilità delle scelte gestionale* (Guerrero Trevijano, 2014).

Con base en la legislación italiana, el ordenamiento prevé un modelo de conducta o estándar de diligencia de carácter general, que ha de ser concretado por los tribunales atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un mínimo legalmente fijado: las actividades de los administradores han de estar guiadas por el interés de la sociedad (es decir, sin mediar conflictos de interés) y ajustarse a las exigencias en materia de diligencia recogidas en el nuevo artículo 2392 del Código Civil Italiano. De esta forma, hemos de apuntar, que en el 2003, la normativa italiana se sometió una reforma, en la cual, si bien el régimen correspondiente a la responsabilidad y deberes de los administradores se vio afectado, la regla del juicio empresarial propiamente dicha, no fue positivizada (Guerrero Trevijano, 2014).

La reforma sustituía el estándar de diligencia que se venía aplicando: la diligencia exigida para un administrador era la misma que la exigida para el mandatario. Por lo tanto, según las disposiciones que rigen el contrato de mandato, la diligencia que el administrador debía utilizar era la correspondiente al que el “ buen padre de familia” debería utilizar en circunstancias similares. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia señalaron que, dada la naturaleza de la relación entre la sociedad y los administradores y las concretas habilidades necesarias que deben tener para servir como tales, la diligencia que el administrador debe utilizar es la misma diligencia que un profesional debe utilizar para realizar sus tareas (Hassan, 2013). En consecuencia, el nivel de diligencia exigido al administrador era superior al exigido al "mandatario". La reforma de 2003 codificó dicha teoría y ahora el artículo 2392 El Código Civil italiano no se refiere a la diligencia del "mandatario", sino a la diligencia del "hombre profesional".

2.4.2.2 Alcance práctico de la regla en ausencia de positivización

Como adelantábamos, la regla del juicio empresarial, no existe como tal, pero las pautas y métodos de revisión sobre las decisiones que emplean los juzgados son muy similares a los seguidos por la regla; son precisamente ellos, los que permiten descifrar el contenido real de la diligencia debida de los administradores.

La base de la doctrina de la incuestionabilidad es la razonabilidad en las actuaciones y decisiones. Desde este punto de vista, los jueces valorarán si existió o no incumplimiento de los deberes exigibles y si, en caso afirmativo, esa infracción es

imputable al administrador. Sin embargo, el juez no se posicionará sobre el fondo del asunto emitiendo juicios de valor al respecto.

Dicho de otro modo, los tribunales deben encargarse de estudiar y analizar el procedimiento de la toma de decisión, pero, en ningún caso, revisarán el contenido de la misma ni las decisiones de gestión de los administradores.

2.4.2.3 La razonabilidad de las decisiones como elemento constitutivo de la regla

Como hemos expuesto, la base y elemento fundamental de la doctrina en el sistema italiano es la razonabilidad de las decisiones, que opera al mismo tiempo como límite infranqueable: es decir, la diligencia que se infrinja por culpa de una decisión irrazonable (Guerrero Trevijano, 2014), quedarán excluidas del sistema de exoneración.

La actuación de los Tribunales italianos tiene, hasta cierto punto y en aplicación de esta doctrina, un alcance limitado: sólo analizan el procedimiento decisorio, atendiendo a las circunstancias que concurrían en el momento en el que la decisión se tomó. En consecuencia, parece lógico pensar, que una decisión irrazonable, no cumple con un procedimiento de toma de decisiones prudente o con información adecuada y suficiente. Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia italiana, el reconocimiento y el análisis crítico de todos los aspectos económicos, financieros y jurídicos involucrados en el negocio debería haber dado el primer y esencial apoyo a la decisión (Hassan, 2013). Esto quiere decir, que, en la práctica, a los administradores se les exige cumplir con el deber de diligencia, entendido como todo ese proceso de estudio y análisis, durante el procedimiento de toma de decisiones, que a posteriori, será valorado por los tribunales.

Por tanto, a través de este mecanismo se entenderá, que de entre todas las opciones posibles, la tomada por el administrador debía ser razonable, pero no debe valorarse en función de lo que, posteriormente, hubiera sido la opción más beneficiosa para la sociedad (Guerrero Trevijano, 2014).

2.4.3 Diversidad de perspectivas y alcances de la regla en el escenario internacional

A la luz de las interpretaciones enunciadas, es evidente, que, pese a tener un origen común, la regla del juicio empresarial no abarca unanimidad de posturas en los ordenamientos jurídicos que directa o indirectamente la recogen.

De igual forma, dentro de una misma concepción como es la del puerto seguro, o *safe harbor*, cada jurisdicción aplica sus matices, en gran parte de las ocasiones de base jurisprudencial, derivando en distintas interpretaciones y resultados para una misma regla. Como consecuencia, el escenario internacional (o, al menos, una representación muy reduccionista de él) quedaría dividido en:

	EEUU	Reino Unido	España	Italia	Alemania	Australia ¹
Presupuestos aplicación regla del juicio empresarial	Principios ALI: De buena fe (ámbito objetivo y subjetivo) Información adecuada *Puerto seguro.	Buena fe: promoviendo el interés social y de sus miembros Deber de cuidado (subjetivo y objetivo) ²	Información suficiente. Buena fe. Interés social. Siguiendo el procedimiento adecuado *Puerto seguro.	Diligencia “profesional”. Decisión razonable. Interés social. *Doctrina de la incuestionabilidad de las decisiones de gestión: regla “a la italiana”.	Información apropiada Buena fe (Creencia razonable) -Interés social	Diligencia persona razonable Buena fe: propósito apropiado Información suficiente Creencia razonable: interés social *Puerto seguro
Grado del deber de diligencia exigido	Bajo	Medio	Alto	Bajo	Muy Alto	Muy Alto

3. EVOLUCIÓN DEL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA Y DE LA REGLA DEL JUICIO EMPRESARIAL EN ESPAÑA: SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA DE 2014

3.1 Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como punto de partida

El estándar de diligencia exigible a los administradores, no ha gozado siempre de una interpretación y consideración unánime por parte de la doctrina y jurisprudencia.

De este modo, la regla del juicio empresarial ha evolucionado en España, conforme lo hacía también el estándar de diligencia o modelo de conducta del ordenado empresario. De acuerdo con esto, podemos encontrar la primera referencia a la diligencia requerida en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951,

¹ (Laguado, 2006)

² (Siems y Cabrelli, 2018)

en virtud del cual se enunciaban, si bien en un plano muy genérico, los criterios que debían guiar la actuación responsable de los administradores, de quienes se esperaba desempeñaran sus tareas,

con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades y negligencia grave.³

Como se observa, en esta Ley, el mecanismo para alcanzar un espacio de seguridad en la actuación de los administradores, consistía en la reducción del estándar de la diligencia debida, dado que los gestores sólo debían responder en caso de incurrir en culpa grave, dejando fuera los casos en los que interviniera culpa leve u ordinaria (Paz-Ares, 2003), contrariando la técnica seguida y estipulada en relación al cumplimiento de las obligaciones del Código Civil.

El trasfondo asentaba sus bases en dos motivos fundamentales: de un lado, la dificultad existente de esclarecer si una actuación dañosa procede de una negligencia o al riesgo intrínseco empresarial; de otro, se entendía, que el objetivo del legislador al posicionarse en ese sentido, era evitar que la tarea de gestión de los administradores quedara sujeta constantemente a revisión (Cañizares, 1987).

En vista de lo anterior, la inclusión del modelo de conducta del administrador, se configuraba como un principio general, cuya correcta aplicación tenía que ser concretada y apreciada por los tribunales en cada caso.

Sin embargo, pese a que la Ley de 1951 no llegara a establecer de forma clara y precisa un conjunto de deberes propios del administrador, sí que supuso un cambio de la concepción del administrador en sí misma, dado que, hasta ese momento, había imperado la consideración y equiparación del mismo a la figura del mandatario, como ocurría también en el sistema italiano, en relación a la diligencia exigible: el modelo de conducta de un administrador en el ejercicio de su cargo debía reforzarse, y no podía ser equivalente al del mandatario y comisionista, quienes habían y han de cumplir en la actualidad sus funciones con el estándar de diligencia del buen padre de familia (Guerrero Trevijano, 2014): es decir, aquella referida a la diligencia ordinaria, que se entiende lógica por una persona corriente con capacidad de obrar.

³ Vid. Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, 1951. (BOE, 18 de julio de 1951).

3.2 Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Posteriormente, aunque ya se hubieran sentado las bases y establecido un punto de partida para un ulterior desarrollo legislativo en relación al deber de diligencia, con la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, no se produjeron avances notables en la construcción de un sistema de deberes del administrador que fuera apropiado. Si bien es cierto, que se introdujeron algunos cambios en comparación con la redacción anterior (separación formal entre los deberes del administrador y la responsabilidad que se derivaba del incumplimiento; el cambio en la formulación de la, a partir de ese momento, diligencia de un ordenado empresario, ya no comerciante), la nueva legislación concentró mayormente sus esfuerzos en enunciar conductas o pautas preventivas con el fin de evitar el nacimiento de la responsabilidad.

En lo concerniente al grado, al adjetivo “ordenado”, podría haberle seguido el “responsable”. De este modo, hubiésemos seguido la línea establecida por la Cámara de Comercio Internacional en el Model Commercial Agency Contract de 1991, de “diligence of a responsible businessman”, o de la “ordinarily prudent person” que ejerce el cargo “in a manner he reasonably believes to be in the best interest of the corporation” de la Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) del Colegio de Abogados de Estados Unidos de 1984 (Martínez-Echevarría, 2015).

3.3 Influencia de los movimientos de mejora del gobierno corporativo

En este orden de ideas, la construcción de un auténtico régimen de deberes y responsabilidad, vino de la mano del impulso adquirido por los movimientos de buen gobierno, que pretendían, de un lado mejorar la regulación existente en el contexto del gobierno corporativo, y de otro, reivindicar un aumento de control, transparencia y seguridad de la administración societaria.

De nuevo, esta corriente tuvo su origen en la década de los 90 en EEUU, teniendo su primera expresión en nuestro territorio a través de el Informe Olivencia de 1998, como reacción al requerimiento de agilidad, responsabilidad y transparencia en el cuerpo gestor las sociedades, especialmente de las cotizadas, para intentar incrementar la credibilidad y mejorar la actuación en relación a la defensa de los intereses de todos los accionistas (Guerrero Trevijano, 2014).

En este sentido, se estableció que la principal función del Consejo de Administración, debía ser:

la supervisión y control de la compañía, para alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial (Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, 1998),

distinguiendo, de esta forma, tres deberes de los administradores: orientación de la política de la sociedad, control de la gestión, y actuación como medio de enlace con los accionistas (Chivite y Rodríguez, 2008).

En otras palabras, mediante el movimiento del gobierno corporativo, se procuró mitigar los conflictos y problemas existentes, en torno al control del gran dominio y poder, que se concentraban en las manos de los administradores, como producto del enorme desarreglo y discordancia en la relación entre poderes, deberes y régimen de responsabilidad, en el gobierno de las sociedades, como consecuencia de la división de la propiedad (socios) y gestión (administradores) (Guerrero Trevijano, 2014).

La misma línea se siguió en el Informe Aldama de 2003, elaborado por la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas.

Precisamente, fue este Informe, el que introdujo en España la expresión de “gobierno corporativo”⁴ y el que focalizaba, aún más, sus esfuerzos en la creación de un apropiado régimen de funcionamiento y articulación de los órganos de administración con particular interés, en la diligencia, y en una sucesión de requerimientos en lo que a la profesionalidad, eficacia y responsabilidad se refería: todas ellas orientadas a conseguir la implicación activa de los administradores en la gestión de la sociedad⁵.

3.4 Conclusión al proceso de positivización en España

En suma, ambos precedentes desembocaron en un intenso proceso de normativización, cuyo punto de partida fue la promulgación de la ley 26/2003 de 17 de julio, también

⁴ (Olivencia, 2011)

⁵ (Guerrero Trevijano, 2014)

conocida como la Ley de Transparencia que vino a reformar la LSA/1989 y la Ley del Mercado de Valores, estableciendo un estatuto de deberes de los administradores.

De este modo, el legislador, entendiendo que era necesario enmarcar una serie de cambios como consecuencia de la crisis económica sufrida (Martínez-Echevarría, 2015), incluyó en el mencionado estatuto, y por tanto, también en nuestro Derecho positivo, algunas de las recomendaciones y proposiciones enunciadas por el Informe Aldama. Finalmente, de mayor profundidad y alcance fueron los cambios estipulados por la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, constituida el 31 de mayo de 2013. A partir de las proposiciones sugeridas por esta Comisión, el 14 de octubre de 2013, se elaboró una ristra de revisiones legislativas (Martínez-Echevarría, 2015) cristalizadas, primeramente en el Anteproyecto de Ley de modificación de la ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo de diciembre de 2013; más tarde, en la Ley 31/2014 de 3 de diciembre y, por último, en la aprobación en febrero de 2015 por la CNMV, del *nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, cuyo grado de cumplimiento en las empresas españolas para el ejercicio del año 2015, fue, de acuerdo con la CNMV, del 82% (Deloitte, 2016).

De esta forma, se introdujo en el cuerpo legal español, dos de los aspectos más importantes comprendidos en el proceso la mejora del gobierno corporativo:

- i. de un lado, el referido al establecimiento de un correcto estándar de diligencia y apropiado régimen de responsabilidad de los administradores;
- ii. de otro, la regla del juicio empresarial, bajo la denominación en la reformada LSC, de la protección de la discrecionalidad empresarial, ahora consagrada en el nuevo artículo 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.

3.5 Aproximación al estándar de diligencia actual tras la reforma

En la actualidad, el estándar de diligencia requerido a los administradores en el ejercicio de sus funciones es el del ordenado empresario de acuerdo con el artículo 225 LSC: de

esta definición se deriva, precisamente, que el administrador tenga una consideración a efectos legales equiparable a la del deudor cualificado (Ramos, 2006), cuya función fundamental y básica es la de administrar la sociedad (Guerrero Trevijano, 2014).

En virtud de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia en Zaragoza, podría afirmarse que: “[...] esta expresión de ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión "buen padre de familia" del art. 1104, párrafo 2 del Código Civil.”⁶

3.5.1 Alcance del deber de diligencia

El contenido del deber de diligencia sigue estando sujeto a la interpretación y especificación por los tribunales en cada caso, a título particular, si bien ha ido concretándose en forma de configuración de deberes y de regímenes de responsabilidad; ello se deriva, de que el status de los administradores no es coincidente en todos los supuestos, como tampoco lo son las funciones asignadas a cada uno de ellos (CMS y Suárez de Lezo, 2015). La razón subyacente a la inexactitud del concepto, se encuentra en las características variables del cargo de administrador: las tareas y conductas en el ejercicio de sus funciones, que, por otro lado, cambian de un caso a otro, no pueden desglosarse en una lista única y hermética; de nada serviría si con ello, se dejaran multitud de casos concretos fuera de su espectro.

Ahora bien, ¿cómo se materializa este contenido? Nos encontramos, nuevamente, ante una imprecisión conceptual, si bien es cierto que, si acudimos al artículo 209 LSC, podemos extraer, que las competencias del administrador en la sociedad son aquellas relativas a su gestión y representación. En líneas generales, el modelo de conducta (sobre el cual pivotará la aplicación de la regla del juicio empresarial), tanto en su vertiente jurisprudencial como doctrinal, se concreta en tres aspectos fundamentales:

- i. un deber de custodia y vigilancia de la gestión y marcha general de la sociedad;
- ii. un deber general de investigación, que se precisa mediante el deber de constatar la fidelidad, veracidad y suficiencia de la información;

⁶ Vid. STSJ Aragón de 5 de diciembre 2290/2005

- iii. y, por último, un deber de información previa a la adopción de las decisiones englobadas en su ámbito de actuación.

En virtud de lo anterior, puede concluirse, que la reforma de la LSC ha robustecido el estándar del deber de diligencia de los administradores: de un lado, por la elevación de las exigencias requeridas en su contenido con la nueva tipificación y, de otro, por su alcance, ahora más extenso (CMS y Suárez de Lezo, 2016).

Así las cosas, en un plano práctico, y aunque al administrador no se le exija que sea siempre un experto en la materia, sí es cierto, que el cumplimiento del modelo de conducta se valorará y verificará en función de la profesionalidad del acto, con base en las cualidades técnicas y la pericia (Ramos, 2006), que deberían guiar la actividad empresarial, con el objetivo de cumplir con el estándar de diligencia del ordenado empresario. En este aspecto, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones; ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de octubre de 2011, en la que el Tribunal recordó, de nuevo en términos genéricos, que la responsabilidad por la toma de decisiones, que un ordenado empresario no hubiera tomado es perfectamente exigible a los administradores⁷.

Por otro lado, es importante desligar el estándar de conducta medio requerido a los administradores, de lo que se puede entender sería un modelo de conducta mediocre; de igual manera, la diligencia exigible a un ordenado empresario, caracterizada por el empleo preciso de sus conocimientos profesionales y técnicos, tampoco es, ni puede ser, equivalente a la diligencia de un hombre cuidadoso (Ramos, 2006). Asimismo, debemos entender en estos términos, que la diligencia media de un empresario determinado será aquella observada en la plaza en la que opere; en otras palabras, el modelo de conducta del administrador dependerá también de las actividades que se desarrollen dentro de los límites definidos por el objeto social de cada entidad. Por tanto, en lo que se refiere al grado de diligencia observado y exigido, es lógico que este varíe en función del sector en el que la actividad se incardine, por ejemplo: el sector de los seguros, en este aspecto, no guarda relación alguna con el de la banca, la inversión o el transporte. En consecuencia, la diligencia ha de adaptarse al momento y al lugar (entendido como el espacio en el que opera en el tráfico) concretos, dado que el modelo de conducta estándar requerido, una vez materializado, no es equivalente en actividades de distinta

⁷ Vid. SAP Madrid de 28 de octubre 316/2011

naturaleza, ni en las distintas etapas por las que puedan atravesar las sociedades, atendiendo a sus circunstancias particulares.

3.6 Aplicación jurisprudencial anterior a la inclusión legislativa de la regla del juicio empresarial

El proceso de normativización, concluyó, como apuntamos, con la Ley 31/2014 de 3 de diciembre por la que, oficialmente, se incorpora a nuestro ordenamiento la regla del juicio empresarial. Ahora bien, ¿significa esto que, hasta la inclusión legislativa, no se aplicaba con anterioridad por nuestros tribunales?

Como hemos intentado esclarecer a lo largo del estudio, no podemos analizar la *business judgment rule* sin analizar también coetáneamente, las diferentes etapas de evolución y cambio de la diligencia debida.

A pesar de que los cambios oficiales a nivel legislativo no fueron, como exponemos, tan determinantes como los ulteriores con la reforma, ya había comenzado en esta en años anteriores a la reforma a gestarse, sobre todo a nivel jurisprudencial, la regla del juicio empresarial.

3.6.1 Reconocimiento previo al proceso de mejora del gobierno corporativo

En un principio, aunque la aplicación de esta protección a los administradores no fuera identificada como la regla del juicio empresarial propiamente, es cierto podemos encontrar algunos ejemplos tempranos de sentencias del S. XX, que en España, consideramos pueden haber constituido parte del precedente previo a su incorporación al texto legal.

En este sentido, creemos, que la introducción de la regla del juicio empresarial, tiene una base asentada en una práctica jurisprudencial anterior y no únicamente en lo acaecido: de una parte, en el proceso de mejora del gobierno corporativo; de otra, en la retórica recurrente referida a la consideración de la regla, únicamente, como una importación de un descubrimiento anglosajón (Paz-Ares, 2003) adaptado a nuestra práctica jurídica.

Una clara manifestación de ello, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de enero de 1997, en la que el Tribunal reconoció que:

Un cierto status privilegiado en lo que concierne al régimen de responsabilidad imputable por su actuación orgánica al frente de la sociedad, de modo que no se llegue a poner en peligro la integridad de su patrimonio personal. De no compartirse esta opinión, agrega la Sala, estaríamos convirtiendo la actividad de los administradores en una profesión de alto riesgo [...]. El daño puede ser atribuible a una gran diversidad de factores, la mayoría de los cuales no deberían imputarse directamente a la gestión de los administradores por ser ellos -sobre todo cuando son partícipes- los primeros interesados en el éxito económico. Ha de tenerse en cuenta que, en casi todas las ocasiones, las decisiones que la sociedad requiere supone la asunción de riesgos que son, precisamente, los que justifican los beneficio⁸.

3.6.2 Evolución posterior e identificación de las notas definitorias

Más adelante, el tratamiento de un espacio protegido para los administradores, alcanzaría un reconocimiento más evidente y asentado en nuestra jurisprudencia; quizá, también, en aras de cumplir con el paralelo proceso de mejora del gobierno corporativo de nuestro país. Muestra de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 2007. En esta resolución, que desestima el recurso de apelación de la parte actora, aclara el Tribunal, que no cualquier acción u omisión de los administradores que genere un daño a la sociedad, socios o terceros es susceptible de derivar en responsabilidad.

Así, de entre otros supuestos, si los actos hubieren sido realizados mediando incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de sus tareas (entre los que se encuentra el deber de diligencia de un ordenado empresario), sí nacería la responsabilidad. Tras esta aclaración descarta el Tribunal, después de analizar las actuaciones de los gestores demandados, que existiera negligencia en el ejercicio de sus cargos: habían solicitado la redacción de diferentes informes para informarse adecuadamente, no habían dado de lado sus obligaciones de gestión en ningún momento y habían sometido, como corresponde, las decisiones más relevantes a la aprobación de la Junta General. Así las cosas, como señala la Sala:

Es evidente que la decisión empresarial adoptada es discutible, como toda decisión de esta naturaleza, puesto que la administración y dirección de empresas no es una ciencia exacta, y más aún cuando, pasado cierto tiempo, es posible ahora conocer las consecuencias de la decisión empresarial adoptada por el órgano de administración, mientras que en el momento en que los administradores adoptaron el acuerdo esto no era posible, teniendo además los administradores un margen de tiempo limitado para adoptar la decisión empresarial⁹.

⁸ Vid. SAP de Córdoba 1997

⁹ Vid. SAP Madrid de 13 de septiembre 168/2007

En esta misma línea, se fue posicionando nuestra jurisprudencia con el paso del tiempo. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de enero de 2008. Según el Tribunal, es necesario aplicar la regla del juicio empresarial en determinados casos, cuyo objetivo, esclarece, no es otro que eludir que las decisiones empresariales tomadas por el administrador, sean, en esencia, reemplazadas en el proceso de evaluación del incumplimiento del deber de diligencia. Ello se desprende, de que la actividad gestora de una determinada sociedad queda supeditada a un riesgo empresarial, que a un nivel práctico se traduce en que el ejercicio de esa particular actividad, puede traer consigo un menoscabo del patrimonio social. Por este motivo, se puede concluir, que tanto una actuación negligente, como una actuación diligente, pueden resultar en un detrimento del patrimonio social. Ahora bien, lo que diferencia una situación de la otra, es la procedencia, o no, de responsabilidad exigible por incumplimiento del deber de diligencia.

A raíz de lo anterior, se enfatiza en que la obligación de los administradores, en este sentido, no es una obligación de resultado, dado que estos sólo pueden ejercer sus funciones buscando los intereses de la sociedad, pero no pueden garantizar el éxito de la sociedad que gestionan en el desarrollo de una actividad económica. Por tanto, el estándar de diligencia, gira en torno a la adopción de una decisión que se presente como apropiada y conveniente en ese preciso momento, aunque existan otras posibles.

Como puntualiza el Tribunal en la citada resolución, es necesario que exista un espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones; es decir, un margen de actuación, que impida que estas decisiones sean sometidas a un juicio *ex post* por parte del orden jurisdiccional:

[...] Cuando estemos ante una actuación de los administradores (no omisión), y que esta vele por el interés social, de forma que, cumplidos estos requisitos la infracción del deber de diligencia solo se produce se el acto o decisión resulta irracional, percibiéndose una deficiencia de juicio, caracterizado por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas.¹⁰

Otra, si bien breve, referencia directa a la regla del juicio empresarial en nuestra jurisprudencia antes de la reforma, es la Sentencia de 23 de abril de 2008, en la que la Audiencia Provincial de las Palmas considera, que no se reúnen los requisitos necesarios para estimar procedente la acción individual de responsabilidad por daños;

¹⁰ *Vid.* SAP Pontevedra de 24 enero 50/2008

en este caso, los administradores no podían incurrir en una responsabilidad apoyada simplemente en un rendimiento y una marcha incorrecta de la sociedad, que desemboca en una falta de prosperidad.

En este sentido, explica la Sala dos aspectos fundamentales:

- i. El primero de ellos, está relacionado con la consideración y tratamiento monista o unitario de la responsabilidad de los administradores, durante mucho tiempo anclado en nuestra práctica jurídica.

Con anterioridad a la mencionada sentencia, algunos autores apuntaban, en relación a la reforma acaecida en 1989, a la necesidad de diversificación en torno a esta cuestión: de un lado, debido a que en un plano práctico, la apreciación unitaria llevaba consigo tanto excesos como defectos a la hora de determinar la posible responsabilidad de los administradores de una sociedad; de otro, porque parecía ilógico que el régimen de responsabilidad estipulado, fuera indiferente a la naturaleza de los deberes infringidos en cada caso.

- ii. El segundo, relacionado con la aplicación al caso de la regla del juicio empresarial, en esta resolución referida directamente como *business judgement rule*. En este aspecto, la Sala, de forma explícita, expone que:

No se contrae tampoco esa responsabilidad personal cuando en el ámbito del poder discrecional de decisión que corresponde a su juicio empresarial ("Business Judgment Rule"), se decide una determinada política de cumplimiento en función de los intereses de la sociedad en las circunstancias del caso, que podrá dar lugar, en su caso, a responsabilidad contractual de la sociedad respecto al acreedor, pero no a la acción del art. 135 LSA¹¹.

4. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE DESDE LA REFORMA 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE

4.1 Consideraciones generales

Como hemos comprobado a lo largo del análisis, la regla del juicio empresarial actúa, en la mayoría de los casos, como un escudo que ofrece inmunidad con la capacidad de acotar la responsabilidad exigida a los administradores, ante una infracción del deber de

¹¹ Vid. SAP Las Palmas de 23 de abril 197/2008

diligencia, cumplidos determinados presupuestos. Esta protección a la discrecionalidad puede considerarse como una matización necesaria en nuestro ordenamiento al estándar de diligencia del ordenado empresario que regula el artículo 225 LSC.

Se considera, entonces, que, ante la concurrencia simultánea de unos requisitos concretos que estudiaremos más adelante (buena fe, ausencia de interés personal, información suficiente, procedimiento apropiado), el deber de diligencia se entenderá cumplido en el marco de las decisiones estratégicas y de negocio. Con ello, se consigue un triple resultado: proteger las decisiones de los administradores; se evita que exista un sesgo retrospectivo por parte de los tribunales; y se permite, que existan decisiones relativas al negocio que puedan ser erróneas e, incluso fallidas, sin que se deba castigar a los responsables por ello (Molina, 2019).

Así, las funciones y el cargo de administrador, como señalamos en el apartado anterior, se configuran, en todo momento, como obligaciones de medios y no de resultados (Martínez-Echevarría, 2015): las actividades empresariales se enmarcan en un contexto carente de certeza, característico de este tipo de actividades, que, consecuentemente, están dotadas de un necesario ingrediente discrecional. Consecuentemente, no tendría sentido culpabilizarles por los éxitos o fracasos societarios. Así lo explica en 2016 el Tribunal en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia:

No se puede imputar al demandado, negligencia por imprevisión de un hecho que ahora conocemos [...] respecto del que no existían referencias previas (más allá de las indicadas para 2007), que tuvo acogida entre los usuarios y respecto del cual con anterioridad a su puesta en funcionamiento se hicieron los oportunos estudios de mercado. La asunción acumulativa de la deuda social por los administradores establecida en la Ley no puede llevarse hasta el extremo de hacerles responder también de los malos resultados de la empresa después de adoptarse los acuerdos precisos.¹²

En consonancia con esta línea argumentativa, también hay que destacar, que las decisiones empresariales no deben ser reemplazadas por juicios de valor en los tribunales. De este modo lo puntualiza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante en el año 2010:

Cuando el juez se enfrenta a este tipo de alegaciones debe ser cuidadoso, pues ello no le debe conducir a interferir en la adopción de las particulares decisiones estratégicas del empresario. El juez no es un órgano fiscalizador "del desacierto económico" de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar

¹² Vid. SAP Valencia de 16 de febrero 150/2016

conveniente para la sociedad [...] Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión, y no puede exigirse una prueba que justifique la adopción de dicha decisión empresarial, que supone un ámbito de libertad de la sociedad en el que el juez no puede entrar¹³.

4.2 La razonabilidad como criterio de valoración judicial

Como mencionábamos ocurría en el ordenamiento jurídico italiano, de igual manera en nuestro territorio, la actuación de los órganos jurisdiccionales queda circunscrita únicamente al estudio de la razonabilidad o, irrazonabilidad de la decisión del administrador (Martínez-Echevarría, 2015). En consecuencia, tendría la consideración de actuación negligente aquella decisión que fuera irrazonable: Es el dilema entre *accountancy*, o responsabilidad, y *authority*, o discrecionalidad (Serrano, 2014).

En este ámbito en particular, es necesario dilucidar qué se entiende por razonable. Es evidente, que la protección que otorga la regla del juicio empresarial, no abarca, legítima ni subsana las decisiones, que manifiestamente se muestran como irracionales. Sin embargo, ello no comporta que la decisión se estime ilícita, con base en un criterio material, pues, en realidad, la irracionalidad de la decisión es reflejo de que su adopción no ha obedecido a un procedimiento adecuado y, muy en especial, de que de forma subyacente, ha existido un conflicto de interés (Alfaro Águila-Real, 2013).

Desde otra perspectiva, también la jurisprudencia, desvela parte del contenido que abarca la razonabilidad. En relación a esta cuestión, hacemos alusión a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid; en el caso que estudia, ante una posible exoneración de responsabilidad por aplicación de la regla del juicio empresarial, la Sala realiza una matización en cuanto a lo comprendido en el ámbito discrecional del administrador, aclarando que, de situarse la decisión fuera de ese ámbito de actuación discrecional, la decisión se estimaría irrazonable:

Pues bien, yerra el recurrente al pretender incluir en dicho ámbito lo que constituye una obligación legal, ajena, por tanto, a cualquier tipo de discrecionalidad. No puede identificarse con una decisión " estratégica o de negocio, lo que constituye una obligación del administrador a la que la Ley impone graves consecuencias en caso de su incumplimiento. ¹⁴

¹³ Vid. SAP Madrid de 24 de septiembre 226/2009

¹⁴ Vid. SAP Valladolid de 10 de julio 262/2017

4.3 Presupuestos para la aplicación de la regla del juicio empresarial

Si tomamos como referencia el artículo 226 LSC, encontraremos plasmados, directa o indirectamente, los requisitos o condiciones necesarias en las conductas de los administradores.

Los presupuestos que expondremos, conforman, en realidad, las premisas objetivas y subjetivas en la toma de decisión del administrador. Algunas puntualizaciones previas, en relación con los requisitos:

- i. Los administradores deben obrar en el ejercicio de su cargo, conforme a las exigencias de la buena fe, priorizando siempre el interés de la sociedad.
- ii. Precisamente, como consecuencia de las exigencias de la buena fe, no quedan afectas o englobadas dentro de la cobertura ofrecida por la regla del juicio empresarial, aquellas decisiones que atañen a otros administradores de forma personal, ni a personas vinculadas, en particular, las decisiones cuyo objeto sea librar o excusar a otros administradores del deber de lealtad o permitirles llevar a cabo actuaciones afectas a este deber (CMS y Suárez de Lezo, 2015).
- iii. En lo concerniente a la información, considera el legislador, esta ha de resultar “suficiente”. Ello quiere decir que debe concurrir siempre y que, además, debe ser comprobada y verificada, incluyéndose, dentro de este ámbito, un asesoramiento apropiado sobre la decisión que se vaya a tomar. Como podemos observar, el término “suficiente” no expresa cantidad calidad determinada, por lo que su contenido, precisión y adecuación tendrán que ser concretados por los tribunales (Martínez-Echevarría, 2015).

4.3.1 Requisitos procedimentales u objetivos

4.3.1.1 Procedimiento adecuado en la toma de decisión

El procedimiento que rija la toma de la decisión empresarial, tiene que haberse establecido de forma apropiada y con las garantías necesarias.

Uno de los primeros objetivos que se persigue a través de la reforma del artículo 226, es que tanto la toma de la decisión empresarial como su puesta en práctica, se realice en el escenario de un procedimiento orgánico correcto (CMS y Suárez de Lezo, 2015) y

apropiado a singularidades, no sólo de la decisión, sino también del tipo social de la empresa: ello, sería una demostración de que la decisión sigue un proceso de forma regular y organizada. La consecuencia lógica que de ello se deriva, es que los administradores tendrán que respetar los protocolos y el resto de procedimientos formales que se hayan estipulado a nivel legal o estatutario, para la correcta constitución de la voluntad del órgano (Serrano, 2014): sensu contrario, no podrá aplicarse la presunción de actuación diligente.

En este sentido, este deber lleva consigo, que, precisamente, los procedimientos que figuran en los estatutos o en los reglamentos internos relativos al funcionamiento de la sociedad, constituyan también, actuaciones de obligado cumplimiento.

Parece lógico que el legislador aluda a la relevancia de estos procedimientos, en tanto a que afectan y se refieren, hasta cierto punto, a las estructuras de organización de la sociedad, que se componen de la creación de canales de comunicación, y que se ocupan de instaurar procedimientos de información y control (Cebriá, 2016).

A modo ilustrativo, un ejemplo de seguimiento de un procedimiento de toma de decisión adecuado, sería la creación de comisiones a nivel interno (CMS y Suárez de Lezo, 2015), dentro del Consejo de Administración de la sociedad; con este método se conseguiría reclutar determinados perfiles de profesionales y experiencia en el ámbito en cuestión, por parte de sus integrantes que, de primeras, resultaría más apto y útil en cuanto a las exigencias técnicas necesarias para determinadas decisiones y proyectos empresariales. Ahora bien, ello no implica que se produzca una traslación de la responsabilidad por las actuaciones de gestión a quienes no la tienen atribuida, pero sí implica la previsión de mecanismos en el seno del órgano que posibiliten identificar y controlar anomalías y riesgos.

4.3.1.2 Información suficiente y asesoramiento externo

El segundo requisito procedimental previsto en la norma que se suma a la diligencia del ordenado empresario para que la regla del juicio empresarial sea de aplicación, es que la decisión se adopte con información y asesoramiento suficiente, en sentido amplio.

En primer lugar, en lo que concierne a la información, como ya adelantábamos, no se especifica la cantidad de información. Esto se debe, en parte, a que la exigencia no debe ser tal, que obligue a que la información sea íntegra y completa de un modo categórico,

puesto que siempre va a existir la posibilidad de que haya más información disponible (CMS y Suárez de Lezo, 2015). Se encuadra dentro del cometido del administrador identificar y calcular esa cantidad, así como valorar: de un lado, los costes que supone la obtención de la información y, de otro, los posibles beneficios que ella puede reportar. De esta manera el legislador no configura un contenido obligacional (Guerrero Trevijano, 2014) en lo relativo a la información apropiada, sino, más bien remarca la relevancia de la prudencia necesaria en el momento de recopilar la información para la evaluación de los proyectos.

La principal razón para esta configuración legal, es que el legislador ha entendido que lo fundamental es estar en posesión, y tomar en consideración aquellas informaciones que razonablemente podían obtenerse por los administradores: así, se dota a las decisiones de una coherencia y justificación razonada.

En segundo lugar, el asesoramiento que aplica para el procedimiento adecuado, también ha de servirnos para la búsqueda y recopilación de la información suficiente. El cargo de administrador debe entenderse de forma activa y no pasiva: no debería considerarse suficiente, que los administradores recopilaran información únicamente a nivel interno en el seno de la sociedad, sino que también se entiende, deben hacerlo en el exterior, puesto que en un gran número de ocasiones, la fuente externa proporciona una visión mucho más imparcial y crítica (CMS y Suárez de Lezo, 2015). Así ocurrió en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que la Sala desestimó la acción social de responsabilidad ejercida contra los administradores de una sociedad, al entender, entre otras cosas, que los administradores actuaron de forma apropiada cuando solicitaron informes de tasación de firmas expertas y externas antes de llevar a cabo la inversión, debido a que excedía de la incumbencia de los administradores el conocimiento de los particulares mecanismos de tasación que se requerían en el supuesto planteado.¹⁵

En este sentido, no debería bastar con que los administradores recabaran la información necesaria internamente en la propia compañía, sino que deberían también recopilar y solicitar información externa, en muchos casos, con un mayor valor objetivo y crítico que la producida de manera interna. De igual manera, tampoco cumpliría el administrador con el deber de informarse suficientemente, si adopta la actitud pasiva de

¹⁵ Vid. SAP Madrid de 18 de noviembre 397/2016

limitarse a recibir información (Guerrero Trevijano, 2014). A pesar de ello, lo que no persigue la norma, como adelantábamos antes, es exonerar la responsabilidad de los administradores con esa información de expertos externos.

En otras palabras, el asesoramiento de expertos profesionales, no debería ofrecer cobertura alguna cuando el administrador considera con autonomía de criterio que la decisión que se va a adoptar es irregular, ilegal o, simplemente, incorrecta, ni si tiene razones para desconfiar del asesoramiento o de la independencia de quienes lo emiten, ni si los términos del dictamen permiten abrigar dudas razonables. La información recopilada debe ser fundamentalmente imparcial.

4.3.2 Requisitos subjetivos

4.3.2.1 Ausencia de interés personal en el asunto objeto de la decisión

Los administradores, siempre que actúen en el ejercicio de sus funciones, han de tomar las decisiones sin que concurran intereses personales de los miembros del órgano gestor: es lo que se conoce como actuar en el mejor interés de la sociedad (CMS y Suárez de Lezo, 2015).

Este presupuesto opera como una condición necesaria, pues no se considerará que la decisión se ha adoptado conforme al estándar de diligencia si hay intereses personales del administrador que hayan influido en su adopción.

El origen del requisito es el siguiente que analizaremos posteriormente: la buena fe. Así, ha de entenderse que el administrador no va a actuar de buena fe, si no mira por el interés de la sociedad. De igual forma, tampoco podrá velar por ese interés si no realiza un juicio o valoración independiente sobre lo que resulta más apropiado y beneficioso para la sociedad (Alfaro Águila-Real, 2018). Por lo tanto, en principio, es mandato de la buena fe la actuación fundada en el juicio propio.

Por otro lado, el interés social implica, al mismo tiempo, un deber procesal. En definitiva, si el administrador adopta una decisión en un marco sospechoso, sin acatar las normas procesales que le otorgan el puerto seguro, no estará obrando en el mejor interés de la sociedad y, por tanto, tampoco conforme a la buena fe. Este es, como señalamos, el segundo presupuesto necesario para la regla del juicio empresarial.

4.3.2.2 Buena fe

Como percibimos, esta parte de la norma opera como “cajón desastre”, o como cierre del régimen establecido, pues la falta o inacción del deber de buena fe, implicará la exigencia de responsabilidad de los administradores (CMS y Suárez de Lezo, 2015). En el contexto de toma decisoria, se entenderá cumplida, cuando el administrador haya considerado que la decisión adoptada era realmente la que más convenía a la sociedad y lo haya hecho de manera independiente o, como mínimo, con la creencia de que su juicio era, efectivamente, independiente (Alfaro Águila-Real, 2018).

Desde un punto de vista práctico, la buena fe en este contexto, implica dos deberes sustantivos para el administrador. El primero de ellos es la información “suficiente” (en su faceta más objetiva y procedimental), que ha de procurar el juicio independiente y fundado. El segundo, atañe ya no sólo al juicio, sino a la motivación que soporte la decisión, que también ha de ser suficiente (Cebriá, 2016).

Aún así, pese a la incidencia y relevancia enunciadas respecto del requisito de la buena fe, lo expresado no debe dar lugar a confusiones que se originen en una interpretación errónea de este deber. Es decir, la buena fe es condición necesaria, pero no suficiente para exonerar la ausencia de los anteriores presupuestos para que la decisión del administrador quede sujeta a la regla del juicio empresarial y, por tanto, al espacio discrecional.

4.4 Notas sobre la postura del puerto seguro y carga probatoria en España

Uno de los objetivos de la reforma que introduce en nuestro cuerpo legal la regla del juicio empresarial, es que las consecuencias o frutos de las decisiones, no predominen sobre el proceso anterior y presente en su adopción. Lo más común, ya no sólo en un marco societario, es que no haya una única manera de solventar un problema: cada decisión, implica una acción y un resultado, que puede traducirse en un daño patrimonial en el contexto de una sociedad. El riesgo y la probabilidad de que el evento dañoso se produzca no son ciertos. Por este motivo, los administradores pueden actuar y maniobrar con la discrecionalidad que les protege, puesto que, normalmente, hay siempre más de una posibilidad, que atendiendo al momento y circunstancias concretas, resulte razonable. De este modo, la regla del juicio empresarial se articula en nuestro

ordenamiento como un puerto seguro: un sistema en el que la carga de la prueba se reparte, pero que, no impide la eventualidad de que una revisión sobre la adecuación a la diligencia exigible tenga lugar (CMS y Suárez de Lezo, 2015).

Por otro lado, pese a que la postura escogida del legislador español con el artículo 226 LSC sea, como decimos, la del puerto seguro, resulta curioso, que no se haya incluido ninguna alusión directa a la carga de la prueba; en contraposición, por ejemplo, con el modelo alemán, en el que podemos comprobar como en su ley correspondiente, se establece que la carga de la prueba recaerá sobre los administradores si existieran dudas respecto de la actuación diligente propia de su cargo (Mendivil, 2015).

Así, en el cuerpo legal español, debido a que el artículo 226 LSC no establece una norma expresa en cuanto a la carga de la prueba, tenemos que remitirnos a las pautas generales respecto de esta cuestión, expuestas en el artículo 217 LEC (Molina, 2019): la parte actora deberá evidenciar la concurrencia de los componentes constitutivos de la responsabilidad, entre los que se encuentran el comportamiento culposo, el daño causado, y el nexo de causalidad entre ambos. Precisamente, en esta línea se ha pronunciado nuestra jurisprudencia en lo concerniente a la carga probatoria: tanto la SAP de las Palmas de 2008, como la SAP de Valencia de 2014 siguen el mismo criterio en relación a este punto.

De esta forma, en la primera de ellas explica el Tribunal ha de exigirse al demandante:

[...] además de la prueba del daño, la prueba tanto de la conducta del administrador, ilegal o carente de la diligencia de un ordenado empresario, como la del nexo causal entre conducta y daño (SS.TS. de 12 y 24 de diciembre de 2002 y 4 de marzo de 2003), sin que en este ámbito resulte aplicable la inversión de la carga de la prueba en contra del administrador demandado, y sin que tampoco el incumplimiento de una obligación social sea demostrativo por sí mismo de la culpa del administrador, ni determinante sin más de su responsabilidad¹⁶.

En la segunda, de igual modo, la Sala establece que

[...] habrá de comprobarse, en este caso, si el acto del administrador es negligente -no simplemente erróneo- al no revestir la decisión los requisitos mínimos de razonabilidad o proporcionalidad, o si la actuación resulta desleal para la sociedad. Ello no altera la carga de la prueba, y es la demandante la que ha de acreditar la negligencia o deslealtad del administrador, el daño y el nexo causal entre ambas¹⁷.

¹⁶ Vid. SAP Las Palmas de 23 de abril 197/2008

¹⁷ Vid. SAP Valencia de 7 de octubre 273/2014

En este sentido, puede el demandante, en muchos casos, enfrentarse a grandes dificultades probatorias de los requisitos que determinan la responsabilidad de los administradores, especialmente, en lo concerniente a las pruebas concomitantes a la existencia o no de buena fe, para lo que puede resultar necesario la solicitud de la información pertinente al órgano de administración. A la vista de lo anterior, se considera, pues, necesario, que la parte actora efectúe el mayor empeño probatorio posible. Por ejemplo, en el caso de encontrarnos ante la acción de responsabilidad que, en su caso, corresponda, la parte actora tendría que probar aquellas actuaciones que hubiesen sido contrarias a las exigencias de la buena fe; es decir, que habría que probar en sentido negativo (CMS y Suárez de Lezo, 2015).

Ahora bien, es necesario apuntar a la matización existente en relación a esta cuestión, dado que los tribunales podrán aplicar lo dispuesto en el artículo 217.7 LEC, esto es, la estimación o rechazo de la exigencia de responsabilidad, con base en la observación, en su caso, de la vulneración de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria (Molina, 2019).

Este último aspecto, posibilita la instauración en nuestro sistema, de la inversión de la carga de la prueba (y, por tanto, la consideración de la regla del juicio empresarial como “puerto seguro), como ocurre en el derecho alemán. De acuerdo con esto, hemos de realizar, sin embargo, una matización: como han reiterado nuestros tribunales en diversas ocasiones, la imposibilidad probatoria no traslada de forma automática la carga de la prueba a la parte demandante. Tal observación fue la realizada por el TS en una de sus sentencias en el año 2004¹⁸ y, posteriormente, en otra del año 2010:

La mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues para ello se requiere sea factible para la parte a la que ha de perjudicar el principio de facilidad probatoria¹⁹.

Por tanto, deducimos que se trata de una circunstancia que requiere una acreditación suficiente.

¹⁸ Vid. STS de 8 de octubre 949/2004

¹⁹ STS de 9 de marzo 133/2010

4.5 La regla del juicio empresarial: acciones judiciales en las que resulta de aplicación

4.5.1 Diferenciación de acciones

Una vez analizada la regla del juicio empresarial, conviene identificar a qué tipo de acciones de exigencia de responsabilidad es de aplicación. Consideramos su estudio resulta de especial interés, puesto que hasta su positivización, los tribunales en nuestro país, aplicaron la regla sólo en casos muy puntuales y, exclusivamente, en aquellos supuestos en los que se fallaba a favor o en contra respecto de la procedencia la acción social de responsabilidad, quedando excluidas, de este ámbito, las acciones individuales de responsabilidad (Molina, 2019).

Las diferencia entre una y otra es, a nivel teórico, bastante sencilla: de un lado, la acción social, regula la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al patrimonio de la sociedad, cuya legitimación activa corresponde a la propia sociedad, así como a los socios y acreedores de la misma (Rojo y Beltrán, 2016); de otro, la acción individual de responsabilidad, que regula la responsabilidad por los daños que, esta vez, se producen directamente en el patrimonio de los socios o terceros. En consecuencia, el criterio para diferenciar una acción de otra, reside en la titularidad del patrimonio concreto dañado.

De esta forma, si bien es cierto que su distinción es relevante, la confusión de acciones no tiene por qué resultar siempre en la desestimación de la demanda, si de la misma puede extraerse el fundamento verdadero que se pide, constituyendo este una acción u otra.

4.5.2.1 Justificación de la aplicación de la regla en las acciones individuales de responsabilidad

En principio, con base en las razones que expondremos a continuación, la aplicación de la regla del juicio empresarial no se circunscribe únicamente al ámbito de las acciones sociales de responsabilidad, pese a que, como veremos, su apreciación práctica sea bastante más compleja. Así, en lo concerniente a las razones que justifican la inclusión de la regla en este clase de acciones, podemos identificar cinco razones fundamentales:

- i. La primera de ellas con base en el principio de legalidad: si no está prohibido de forma expresa en el precepto legal, entendemos que está permitido.
- ii. La segunda de ellas, se basa en que la reforma 31/2014 de 3 de diciembre de la LSC, no alteró el contenido del intacto artículo 241 LSC; referente a la acción individual y de contenido incierto, los tribunales han de precisarlo y concretar los requisitos que han de concurrir para su ejercicio. Por ello, si atendemos a la jurisprudencia mayoritaria, encontramos numerosos ejemplos de sentencias, en las que se cita expresamente, que uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción individual es que la conducta contra la que se ejercita la acción *[...] no se ajuste al estándar de diligencia exigible a un ordenado empresario y representante leal.*²⁰

Por tanto, si la infracción del deber de diligencia se contempla como un posible supuesto de nacimiento de responsabilidad a través de la acción individual, además de constituir el espectro o ámbito de actuación de la regla del juicio empresarial, ¿por qué razón no podría operar la regla en el marco de la acción individual de responsabilidad?

- iii. La tercera, encuentra su base como hemos comentado a lo largo de nuestro análisis, el deber de diligencia opera como una obligación de medios, cuyo incumplimiento puede derivar en la exigencia de responsabilidad por parte de la sociedad, pero también por parte de los otros sujetos legitimados.
- iv. La cuarta, encuentra su origen en el análisis del contenido de los preceptos de la Ley 31/2014, en relación a la diligencia debida. De esta manera, podemos comprobar, que el incumplimiento del deber de diligencia puede ocasionar daños en sentido amplio: daños que desemboquen en el éxito de acciones individuales, así como daños, que supongan el auge de acciones sociales de responsabilidad, sin que, por ello, la diligencia se entienda con un doble alcance diferenciado (Consumo y Empresa, 2018); no existe, pues, un contenido separado del deber, que regule la diligencia cambiante del administrador, en conexión con las posibles acciones que puedan ejercitarse en función del vínculo. La realidad se basa, por el contrario, en la existencia de unidad de vínculo entre la diligencia y el daño ocasionado, en el que la consideración del daño (directo o reflejo), es determinante, solo a efectos de escoger la acción que

²⁰ Vid. STS de 18 de abril 253/2016

ha de ejercitarse. Por tanto, la responsabilidad de los administradores, para cuya exigencia se entienden legitimados tanto la sociedad, los acreedores y los socios, es aquella que nace por el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios del puesto del administrador, dentro del cual se encuentra el deber de diligencia con la excepción o matización de la discrecionalidad empresarial.

De este modo, como explica el Tribunal Supremo en una Sentencia del 2017, la acción individual se refiere, entre otros supuestos, también a la infracción del estándar del deber de diligencia de un ordenado empresario²¹: otra vez, una alusión a la concepción legal monista de la diligencia y, por tanto, una aceptación tácita de la matización (que es la protección a la discrecionalidad empresarial) a su contenido.

- v. Por último, la quinta razón podemos encontrarla, atendiendo a la lógica y motivos para la positivización y aplicación de la regla del juicio empresarial. Una de ellas, presente en todas las jurisdicciones donde se encuentra regulada, era no convertir el cargo de administrador en una profesión de alto riesgo. En otras palabras, si uno de los motivos, por los que se introdujo en nuestro ordenamiento el espacio de inmunidad de los administradores, fue precisamente no desincentivar o limitar lo que se espera en este ámbito empresarial de decisión (innovación y riesgos), ¿por qué debería el legislador o la jurisprudencia deslindar, entonces, este objetivo en el caso de la acción individual? Entendemos que, siguiendo un criterio finalista, el sentido la norma, en este caso la regla del juicio empresarial, podría verse truncado si, pese a su tipificación, existiera el riesgo de que el administrador pudiera enfrentarse a la responsabilidad por los daños ocasionados a terceros, como resultado de la toma de las decisiones que le es propia, protegida por la discrecionalidad empresarial.

4.5.2.2 Dificultades prácticas para su aplicación

En función de lo anterior, precisamente por no ser sustitutivos (la regla y la acción individual), es posible que el problema no resida en el cuestionamiento de que la regla pueda y, de hecho, deba ser de aplicación para las dos categorías de acciones de responsabilidad; quizá la controversia, y motivo por el cual resulta más difícil su

²¹ Vid. STS de 5 de mayo 274/2017

estimación a un nivel práctico sea la coincidencia de los ámbitos de acciones. Con ello, nos referimos a que pueden plantearse diversos escenarios complejos:

- i. Si el supuesto de hecho conlleva, que un socio ejerza la acción individual de responsabilidad, se corre el riesgo, de que el ámbito que comprende la acción, pueda solaparse con el ámbito que comprende la acción social: concurrirían, al mismo tiempo, la pretensión de reparar el patrimonio del socio, entendido como daño directo, así como la de reparar el patrimonio social.
- ii. Si el supuesto de hecho implica, que un acreedor es el que ejerce la acción individual, la gravedad del contratiempo puede atenuarse con facilidad, dado que puede realizarse un examen del daño para comprobar si este encaja más en la categoría del interés directamente lesionado (acción directa) o, por el contrario, se acoge a la categoría de un daño que afecta al patrimonio social (acción social); es decir, verificar si el daño causado al socio, es un daño reflejo del daño causado a la sociedad y, por tanto, indirecto (Consumo y Empresa, 2018). En estos casos, lo más sencillo y común es considerar el daño afecto al patrimonio social; ejemplo de esta consideración generalizada sería la Sentencia del 2 de marzo de 2017 donde el Tribunal Supremo esclarece que:

[...] para que el administrador responda frente al socio o frente al acreedor que ejercita una acción individual de responsabilidad del art. 135 TRLSA, es necesario que el patrimonio receptor del daño directo sea el de quien ejercita la acción. Y no es directo, sino indirecto, el daño sufrido por el patrimonio de la sociedad que repercute en los socios o acreedores”.²²

De igual forma, explica el Tribunal en otra de sus Sentencias en el 2003, que para que la acción individual sea exitosa, no sólo es necesario que se demuestre la lesión directa de los intereses por la actuación de los administradores, sino que también ha de concurrir un nexo causal entre los actos de los administradores y el evento dañoso²³.

²² Vid. STS de 2 de marzo 150/2017

²³ Vid. STS de 20 de noviembre 1124/2003

5. EL DEBER DE DILIGENCIA EN LAS DECISIONES EMPRESARIALES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS

Especialmente interesante resulta la diferenciación de las decisiones, medidas y operaciones ordinarias, de aquellas otras de carácter extraordinario en el ámbito de la gestión societaria, así como la afectación, en su caso, de la protección conferida por la regla del juicio empresarial. En relación a esta cuestión, la protección a la discrecionalidad empresarial enunciada en el artículo 226 LSC, aplica a un tipo específico de decisiones: las estratégicas y de negocio, dejando fuera aquellas que no se encuentren dentro del ámbito del objeto social, y aquellas que distan de ser discrecionales, porque su adopción corresponda únicamente al cumplimiento de obligaciones legales o de origen estatutario (Molina, 2019). En consecuencia, en principio, la regla del juicio empresarial no actuará como espacio de inmunidad en las decisiones restantes en las que no concurren los requisitos enunciados (Estepa, 2015).

La dificultad, pues, será, ya no sólo constatar que convergen los requisitos en la adopción de decisiones por parte de los administradores para su acogimiento al régimen legal de protección de la discrecionalidad empresarial, sino que también, y, en primer lugar, delimitar qué decisiones se enmarcan dentro de cada género.

5.1 Decisiones circunscritas al ámbito del objeto social

El primer apunte en relación a las decisiones adoptadas por los administradores, es que todas ellas han de circunscribirse a las actividades que la sociedad realiza para alcanzar el desarrollo de sus objetivos y funcionamiento, con base en el contrato de sociedad (Peña, 2009); es decir, deben formar parte del objeto social.

Esta puntualización, aparentemente obvia, es necesaria tomarla en consideración, dado que la diligencia de los administradores, y los deberes en los que esta se materializa, también se determinan conforme al objeto y actividad social. De este modo, por ejemplo, el deber de información de los gestores queda supeditado, a que siempre guarde relación con el cumplimiento de sus responsabilidades y obligaciones, que a su vez, van a enlazarse con el desarrollo del objeto social; ello quiere decir, sensu contrario, que la recopilación de información que no se conecte con el cumplimiento de esas obligaciones, no sólo no gozará de amparo y cobertura legal, sino que puede

incluso transformarse en un ejercicio desleal del deber y derecho de información (Sánchez-Calero, 2015).

5.2 Ámbitos de la gestión ordinaria y extraordinaria

5.2.1 *Gestión ordinaria*

Si la actividad se realiza en el marco del objeto social, debemos efectuar la segunda distinción: esta es, entre aquellas actividades que pertenecen al giro ordinario de la empresa, de las que no.

En este sentido, el giro o tráfico ordinario, estaría compuesto por las operaciones llevadas a cabo habitualmente, en el día a día de la sociedad, cuya necesidad de ejecución rápida y eficaz, exige que su realización sea competencia de los administradores: si la Junta de socios participara en esta gestión, la vida social se paralizaría (Guerrero Trevijano, 2014). Este abanico de actividades constituyen un concepto más reducido que el objeto social, pues alude al cometido usual de la sociedad.

5.2.2 *Gestión extraordinaria*

La realización de otras actividades y la toma de otro tipo de decisiones requieren la actuación conjunta de los dos órganos societarios. Son aquellas, que perteneciendo al ámbito de la gestión de la compañía, tienen carácter extraordinario por acarrear un particular impacto o conllevar la asunción de un riesgo elevado para su existencia y que, como consecuencia, pueden comportar la afectación a la estructura u organización de la sociedad (Guerrero Trevijano, 2014), o resultados de carácter económicos o jurídicos singularmente notables. Por este motivo, se autoriza y, en ocasiones, se exige la participación de la Junta en estas actividades de gestión extraordinaria.

Por consiguiente, si, por ejemplo, una sociedad dedicada a la producción y distribución de productos de belleza, adquiere de manera puntual un inmueble por un importe muy elevado con el propósito de establecer una nueva fábrica para la obtención de mayores rendimientos, aunque dicha operación se inserte sin mayor dificultad en el ámbito del objeto social, en principio, se enmarcaría dentro del contexto de actividades

extraordinarias, no ordinarias. Como de forma acertada explica la jurisprudencia alemana, y, a su vez ratifican algunos autores:

Hay decisiones tan fundamentales que aunque estén formalmente cubiertas por el poder de representación de los administradores, por sus funciones de gestión de la empresa social y por los estatutos, afectan de forma tan profunda a los derechos de participación de los socios y a sus intereses patrimoniales incorporados en sus acciones que los administradores no pueden suponer razonablemente que pueden tomarlas por su cuenta sin hacer participar en ella a la Junta General. Alfaro Águila-Real (2015)

Llevado este razonamiento lógico al terreno español, también podemos encontrar jurisprudencia que avala la necesaria intervención de la Junta fuera de los supuestos, que no se encuadren estrictamente en las modificaciones estructurales o estatutarias, en las que ha de intervenir la Junta por imperativo legal. Un claro ejemplo, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2008: resuelve el Tribunal ante una demanda realizada por una sociedad (entre cuyo objeto social se encontraba el sector del transporte) de la nulidad de una escritura pública otorgada por los consejeros de la misma, por dejar a la sociedad sin actividad. Así, el TS considera que:

[...] Estimamos que excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario. El que el objeto social fuera más amplio no es argumento que lo justifique [...] ²⁴

De acuerdo con esto, parece lógico, que las decisiones extraordinarias deban tener, en gran número de supuestos, la consideración de estratégicas simultáneamente. Si bien es cierto, que el legislador ha sido poco preciso en cuanto a la delimitación de contenido, y que no parece exista unanimidad en cuanto a la interpretación en la vertiente práctica, entendemos que el concepto de decisiones “estratégicas y de negocio”, dada la clasificación expuesta, (adaptada, en su caso, a las circunstancias particulares de cada sociedad) podría subsumirse, en la mayoría de los casos, en la categoría de actividades de gestión extraordinaria, si entendemos que una decisión estratégica lleva aparejada normalmente que:

- a. Involucre una cuantía trascendente de recursos de la sociedad; normalmente es aquella referida a operaciones de inversión y desinversión (Molina, 2019).
- b. No sea una decisión perteneciente al tráfico ordinario de las actividades sociales.

²⁴ Vid. STS de 17 de abril 285/2008

- c. Tenga la facultad de determinar el devenir de la empresa en el tráfico mercantil en un período prolongado en el tiempo (Estepa, 2015) o la situación presente con resultados en el futuro.

Como podemos observar, las decisiones estratégicas pueden englobar un gran número de supuestos; las fusiones, accesos a mercados de capitales o la reinversión de las actividades que va a desarrollar la sociedad, son ejemplos que entrarían dentro de esta clase de decisiones. Al mismo tiempo, aun pudiendo ser de distinta naturaleza, todas ellas poseen un rasgo común definitorio, que no es otro que lograr un mejor posicionamiento de la sociedad en términos de competitividad, y, en definitiva, conseguir una mayor rentabilidad. Asimismo, suelen ser decisiones con una clara proyección a futuro, que suelen implicar cambios fundamentales, riesgos y grandes inversiones que, necesariamente, han de encuadrarse en la gestión extraordinaria de la empresa.

En este orden de ideas, un caso evidente de decisión estratégica y gestión extraordinaria, sería la salida a bolsa de Aena, S.M.E., S.A. en el 2015; a través de esta operación, la empresa conseguiría abrirse las puertas a la financiación continua, además de asegurarse un aumento de su perceptibilidad en el mercado y un impulso, de este modo, del reconocimiento y la imagen de su marca.

5.3 La protección a la discrecionalidad empresarial del artículo 160 f) LSC

5.3.1 De los Activos esenciales en el marco de las “decisiones estratégicas y de negocio”

En vista de las observaciones anteriores, y habiendo concluido que las notas características de las decisiones de gestión extraordinaria coinciden con aquellas referidas a las decisiones “estratégicas y de negocio” (en consecuencia amparadas por la protección a la discrecionalidad empresarial), a continuación, hemos de hacer referencia, y analizar brevemente, el alcance de la protección a las actividades englobadas en el artículo 160 f) LSC.

Este precepto legal establece una regla imperativa sobre determinadas competencias exclusivas de la junta general (García-Villarrubia, 2017). De esta forma, el apartado f) del artículo 160 LSC, nos informa de que:

La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

La primera característica que podemos extraer de la redacción del precepto, es el indudable carácter estratégico de las operaciones relativas a los activos esenciales, que se configuran como aquellos cuya ausencia determinaría la imposibilidad de la sociedad, de desarrollar las actividades que conforman su objeto social (Alfaro Águila-Real, 2015).

De este planteamiento se deduce, por tanto, que la actuación de los administradores en relación a la enajenación o aportación de activos esenciales, quedaría sujeta a la aplicación de la regla del juicio empresarial cuando concurren los requisitos, con anterioridad expuestos, para su uso; en consecuencia, no será exigible la responsabilidad a los administradores por la venta o adquisición del activo esencial que, a la postre, derive en un perjuicio al interés social.

5.3.2 La interpretación del carácter esencial de los activos

Con todo, no queda claro, sin embargo, si la solución sería la misma en el caso de la decisión del órgano gestor de presentar o no a la Junta la realización de la operación. A la vista de lo anterior, parece que la valoración sobre la existencia o no de responsabilidad deberá hacerse conforme al artículo 225 LSC y el estándar de diligencia en él sostenido. Es decir, habrá que verificar si el activo era, efectivamente, esencial, y por tanto, su enajenación debía contar con la pre-aprobación de la Junta.

El artículo mencionado obliga a los administradores a cumplir con las leyes y los estatutos diligentemente. Por tanto, en caso de apreciarse el activo de la operación como esencial, debe someterse a la aprobación de la Junta; en caso contrario, los administradores incurrirían en una conducta negligente, evidentemente no amparada por la regla del juicio empresarial. En consecuencia, en el examen de la decisión tomada por los administradores, deberían comprobarse dos elementos fundamentales:

- i. de un lado, deberían los jueces verificar, que los administradores consideraban de forma objetiva que no se trataba de un activo esencial y descartar, de este modo, que conocían subjetivamente el carácter del activo (Alfaro Águila-Real, 2015);

- ii. de otro, deberían constatar que la actuación se realizó de buena fe, y mediante un asesoramiento previo adecuado a las circunstancias.

En este sentido, dada la imprecisión del concepto que ofrece el legislador respecto de la esencialidad de los activos enajenados o aportados, su valoración (la que corresponde que hagan los administradores antes de llevar a cabo la operación), debería hacerse, según la Resolución de la DGRN de 11 de junio de 2015, descartando, las interpretaciones del precepto, que resulten contrarias, tanto con su *ratio legis*, como con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico, añadiendo, además, que “una interpretación que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general” conllevaría que “se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general.”²⁵

Así, con base en la citada Resolución del DGRN, podemos extraer dos consideraciones importantes: la primera, es que se da a entender tácitamente, que, salvo en los casos notorios y en los que opere la presunción de esencialidad en las operaciones que impliquen el 25% de los activos, hay margen discrecional de los administradores en su interpretación del carácter de los activos en otros supuestos; la segunda, que el estándar de diligencia en la tarea interpretativa, para que el resultado de la misma esté en consonancia con el espíritu de la ley en el que ha de fundarse, implica el necesario ejercicio del deber de adoptar las medidas precisas. Dicho de otra manera, es necesario, que inquieran e investiguen, así como que exijan la información adecuada, para garantizar el cumplimiento normativo (Rojo y Beltrán, 2016).

5.4 Cautelas a considerar en las decisiones estratégicas

Más allá de los requisitos generales para la aplicación de la regla del juicio empresarial, en el contexto de las “decisiones estratégicas y de negocio”, es necesario tener en cuenta algunas precauciones, que atañen al cumplimiento diligente de las funciones de los administradores en el tipo específico de las decisiones estratégicas, dadas las repercusiones que ellas pueden tener sobre la sociedad en su conjunto.

En primer lugar, debemos tomar en consideración, que la regla del juicio empresarial no

²⁵ Resolución de la DGRN, de 11 de junio, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcantarilla a inscribir una escritura de dación en pago de deudas. (BOE, 10 de agosto de 2015).

despliega sus efectos ante la inacción u omisión de los administradores. El motivo lo encontramos en el artículo 225.2 LSC, en virtud del cual se desprende el, ya mencionado, deber de adoptar las medidas precisas. Este deber, se configura como parte integrante de la prestación requerida por el deber general de diligencia, de tal manera que el administrador no puede ser considerado como un observador de lo que sucede en la sociedad, sino como un gestor de la misma que, en lugar de abstenerse, actúe tomando las medidas precisas en el momento adecuado.

Por ello, la regla del juicio empresarial sólo es aplicable al campo de actuación de los administradores, no al campo relativo a sus omisiones. Así lo recuerda el Tribunal de la, ya citada, SAP de Pontevedra de 2008:

[...] Debe mantenerse un espacio de discrecionalidad en las decisiones empresariales que impide su estricto enjuiciamiento con una examen ex post por parte de los Tribunales, siempre y cuando estemos ante una actuación de los administradores (no omisión)²⁶.

En segundo lugar, hemos de hacer referencia a la interpretación casuística en cuanto a la asunción y gestión de riesgos de los administradores, que, a la luz de nuestra jurisprudencia, ha de realizarse no sólo conforme al análisis estricto del estándar medio de diligencia, sino también atendiendo a la circunstancias de la sociedad en un momento determinado, y a otros factores como las circunstancias del mercado.

En relación a este aspecto, conviene señalar, que, encontrándose la sociedad en una situación de estabilidad, los riesgos asumidos en la toma decisoria podrían englobarse, principalmente, en tres:

- i. riesgo operacional (intrínseco a la propia operación, que puede ser mayor o menor, según cada caso) (Recamán, 2018);
- ii. riesgo por la pérdida o no rentabilización de la inversión realizada (aquel que atañe al socio, en caso de que la decisión del administrador objeto de la inversión no sea exitosa);
- iii. riesgo de demanda por conducta negligente que ha de asumir el administrador (que, en ocasiones será el mecanismo usado por los socios para compensar los menoscabos de la inversión realizada con resultados fallidos) (Recamán, 2018).

²⁶ Vid. SAP Pontevedra de 24 de enero 50/2008

Sin embargo, encontrándose la sociedad en una situación de crisis empresarial o próxima a la insolvencia, los riesgos cambian, y, de este modo, debería modularse la diligencia requerida en su caso.

Es decir, en la situación de crisis, el socio, propietario de la inversión realizada, estará más dispuesto a la asunción de riesgos, incluso excesivos, ante la existencia de alguna posibilidad de poder recuperar parte de la inversión. Así, en atención a la clasificación anterior, en estas situaciones, la supervisión que debería ejercer el riesgo de la pérdida de la inversión (socios) sobre el riesgo operacional (administradores) disminuye considerablemente ante la evidencia del efectivo quebranto patrimonial (Recamán, 2018).

En consecuencia, el interés de los socios, plasmado en la predisposición al riesgo, puede desembocar en la adopción de decisiones con grandes expectativas de fracaso o con aumento excesivo de endeudamiento, afectando, directamente, a la propia supervivencia de la sociedad. No pueden los administradores, por tanto, sustituir el interés de la sociedad (que ha de velar por la viabilidad presente y futura de la empresa), por el interés de los socios (que, a veces, vela únicamente por la rentabilización propia de sus inversiones), en la adopción de sus decisiones.

En este orden de ideas, hemos de resaltar la gestión de riesgos de los administradores no es cuestión baladí, dada su elevada incidencia en una vertiente práctica. Entre otras, podemos encontrar las siguientes consideraciones que de ella se derivan y que han de tenerse en cuenta:

- i. La relación existente entre el artículo 236.2 (no exoneración de responsabilidad por los acuerdos autorizados por la junta general) y 161 (relativo al carácter vinculante de las instrucciones de la junta general en asuntos de gestión) LSC.

Si bien es cierto, que la intervención de la junta en determinados asuntos no puede, simplemente, eludirse por los administradores, estos han de realizar un juicio propio e independiente, para obrar en el mejor interés de la sociedad y, consecuentemente, de buena fe. Es decir, por muy alta que sea la predisposición por parte de los socios a asumir riesgos excesivos (que se plasmen a través de instrucciones de la junta), los gestores deberían: o bien

cesar en el cargo para evitar su responsabilidad personal, o bien, alejarse de esas actuaciones si quieren cumplir con el estándar medio de diligencia.

De lo contrario, estas actuaciones no quedarían amparadas por la regla del juicio empresarial, al no cumplirse los presupuestos necesarios para su aplicación: si no hay juicio independiente, no se considerará la buena fe de las actuaciones.

- ii. La falta de prudencia y, por tanto, existencia de negligencia observada por los tribunales, vendrá, en la práctica, determinada, en parte, por la evaluación de los riesgos asumidos por los administradores. Ello conlleva, que, como se especifica en la SAP Valencia de 2016, se necesite realizar una distinción de los distintos riesgos existentes en el momento de la adopción de la decisión:

[...] No puede fundarse la responsabilidad en situaciones de un error razonable o en las consecuencias de un mal resultado económico, pues una cosa es el riesgo de la empresa sometida a las reglas del mercado, y otra muy diferente el riesgo causado por una gestión negligente.²⁷

Esta última cuestión será relevante a la hora de determinar la concurrencia de dolo o culpa grave, especialmente, en lo relativo a las actuaciones de los administradores, cuando la sociedad atraviesa una crisis empresarial o una situación próxima a la insolvencia.

Ahora bien, en relación a lo anterior, en el caso de asunción de riesgos, a priori, no tan diligentes, es cierto que, pese al endurecimiento del estándar de diligencia debido acaecido con la reforma de 2014, la tendencia jurisprudencial actual ha intentado flexibilizar los requisitos necesarios para el cumplimiento de ese modelo de conducta impreciso y legalmente exigido, en lo que atañe a los riesgos de las decisiones empresariales, atendiendo a criterios circunstanciales como los riesgos externos y poco predecibles, o la diligencia observada, que no establecida legalmente, en el entorno empresarial. Ejemplo de la mencionada flexibilización, es la SAP de Barcelona de 6 de Marzo de 2014, en la que el Tribunal se pronuncia en lo referido a las actuaciones (que en primera instancia habían sido tachadas de negligentes por haber incurrido en riesgos excesivos) de los administradores de la sociedad objeto del litigio, de la siguiente

²⁷ Vid. SAP Valencia de 16 de febrero 150/2016

forma:

Aunque no le falta algo de razón a cuando consideran que el endeudamiento es excesivo en relación con los recursos propios de los que disponía la concursada y que ello es reprochable, no podemos ignorar la realidad en la que actúan las empresas de nuestro país al enjuiciar si el empresario ha incurrido en dolo o culpa grave. Para que exista dolo o culpa grave a los efectos establecidos en el artículo 164.1 LC no podemos limitarnos a atender a los estándares medios de diligencia de un ordenado empresario, sino que los actos del empresario han de revelar un desprecio hacia los más elementales deberes de cuidado. Solo así se puede calificar la negligencia como grave.²⁸

6. CONCLUSIONES

Tras la elaboración del presente estudio, las conclusiones obtenidas son las siguientes:

PRIMERA. Hemos podido observar que la *business judgment rule* encuentra sus raíces en la doctrina jurisprudencial norteamericana, donde surge, al mismo tiempo, la división de posturas en cuanto a su aplicación y alcance. Destacan dos perspectivas fundamentalmente: la mayoritaria en EEUU, conocida como el estándar de revisión, y la adoptada por la ALI, y posteriormente incorporada a gran parte de los estados continentales, conocida como estándar de abstención o no revisión.

SEGUNDA. Como se ha visto, la regla del juicio empresarial aparece como posible solución y respuesta a la imprecisión del estándar de diligencia requerido a los administradores, que había traído consigo, numerosos problemas en la vertiente práctica del asunto. En este aspecto en particular, hemos advertido, que, pese a la incorporación de la regla en gran parte el escenario internacional, e, independientemente de la postura elegida, cada territorio se reserva características propias para su aplicación, dando lugar a distintos resultados para la aplicación de una misma regla. Así, encontramos estados donde la regla se ha incorporado de forma implícita (Inglaterra), y otros, donde su aplicación y tipificación es clara (EEUU). Es la muestra más evidente, de que el principio ha de adaptarse a las distintas realidades jurídicas existentes. De este argumento derivan muchas de las críticas realizadas a la inclusión de la regla del juicio en nuestro ordenamiento, o, más bien, a la forma o modelo que hemos decidido adoptar. Quizá, por ello, deberían, aunque sea, analizarse las condiciones de base de la realidad económica y jurídica en España para dar respuesta a determinadas preguntas que,

²⁸ Vid. SAP Barcelona de 6 de marzo 72/2014

consideramos, no se han llegado a contestar; por ejemplo, ¿resultaba realmente injustificada o perjudicial la aversión al riesgo de los administradores (cuya reducción constituye uno de los fundamentos para la implantación de la protección a la discrecionalidad empresarial) en nuestro territorio? ¿Qué debemos entender por la actuación de los administradores sin intereses personales en el asunto? Esta última cuestión entendemos, se refiere, a una actuación orientada siempre al interés social, pero, en ese caso ¿se refería el legislador al interés social del modelo contractualista o al del institucionalista? (Gurrea-Martínez, 2015)

TERCERA. En España, la regla del juicio empresarial, entendida como la doctrina de la abstención, se incorporó a nuestro Derecho de forma oficial con la Ley 31/2014 de 3 de diciembre, a través de su inclusión en el artículo 226 LSC, si bien es cierto, que la jurisprudencia la venía aplicando con anterioridad en nuestro territorio. Sin embargo, como hemos comprobado, siguen existiendo múltiples conflictos originados en la imprecisión de los preceptos legales, que alcanzan también al ámbito jurisprudencial, y que, hasta cierto punto, no permiten el establecimiento de un sistema de diligencia y responsabilidades de los administradores, que se adecúe a las circunstancias de cada caso. Como consecuencia, el cargo que ostentan, está rodeado de un cierto grado de incertidumbre. Ejemplo de ello, es el silencio del legislador en cuanto a la carga probatoria correspondiente en la aplicación de la regla. En este sentido, consideramos, sería conveniente la inclusión en el cuerpo legal de una cláusula o precepto similar al presente en la legislación alemana, que, al igual que la española, ha adoptado la misma postura de la regla como doctrina de no revisión y puerto seguro.

CUARTA. La inclusión de la regla del juicio empresarial no ha quedado libre de debate. Además de la crítica, ya mencionada, cuya consideración creemos puede enriquecer la correcta aplicación de la regla, hay sectores doctrinales que entienden su incorporación legislativa era innecesaria e, incluso entorpecedora. El fundamento lo encuentran, en que la regla ya estaba siendo aplicada por nuestra jurisprudencia, y que su tipificación, ha generado mayores dudas e inseguridad jurídica. Sin embargo, según se ha advertido, la regla del juicio empresarial plantea más ventajas que inconvenientes, al tipificar oficialmente, la puesta en equilibrio de deberes, derechos e intereses de los sujetos afectados por las actividades empresariales. Asimismo, en lo concerniente a la gestión de riesgos, se ha convertido en un mecanismo de defensa útil para muchos casos; especialmente, para aquellos, en los que los administradores llegan a convertirse en

“chivos expiatorios” de los socios que, ante la pérdida de sus inversiones por una decisión empresarial fallida, intentar compensar, a toda costa, esta situación, a través de las acciones sociales de responsabilidad.

LISTA DE REFERENCIAS

Alfaro Águila-Real, J. (2013). Blesa y al business judgment rule. A propósito de un post de Conthe. Almacén de Derecho. Obtenida el 21/02/2019 de <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2013/05/blesa-y-la-business-judgment-rule.html>

Alfaro Águila-Real, J. (2018). El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad. Almacén de Derecho. Obtenida el 21/02/2019 de <https://almacenederecho.org/deber-actuacion-independiente-los-administradores-mejor-interes-la-sociedad/>

Bainbridge, S. (2003). The business Judgement Rule as Abstention Doctrine. SSRN. Obtenida el 17/02/2019 de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429260

Balotti, R. y Hanks, J. (1993). Rejudging the Business Judgement Rule. The Business Lawyer, 48 (1339). Obtenida el 17/02/2019 de https://www.jstor.org/stable/40687428?seq=1#page_scan_tab_contents

Cañizares, F. (1987). LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS. Gerencia de Riesgos y Seguros, (4), 61-76. Obtenida el 21/02/2019 de <https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/publicaciones/verNumero.cmd?anyo=1987&idPublicacion=272>

Cebriá, L.H. (2016). La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones. BOE. Obtenida el 27/02/2019 de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-40138501426_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_buena_fe_en_el_marco_de_los_deberes_de_los_administradores_de_las_sociedades_de_capital:_viejos_hechos,_nuevas_implicaciones

Chivite, S., Rodríguez, C. (2008). Análisis de los diez años de gobierno corporativo en España y cumplimiento del Código Unificado o Código Conthe. Dialnet. Obtenida el 10/02/2019 de http://adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2008/BUSINESS_ADMINISTRATION_AND_STRATEGY//115-124.pdf

CMS, A., Suárez de Lezo (2015). Comentario Práctico a la Nueva Normativa de Gobierno Corporativo. Ley 31/2014, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital. Madrid: Dykinson, S.L.

Consumo y Empresa. (2018): La protección de la discrecionalidad empresarial, ¿es aplicable en las relaciones con terceros y puede alegarse ante una acción individual de responsabilidad ex art. 241 LSC?. Revista Consumo y Empresa, (8). Obtenida el 25/03/2019 de <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/Consumo+y+empresa+business+judgment+rule/WW/vid/746128065>

Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, (1998). Obtenida el 11/02/2019 de <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf>

Deloitte (2016). El gobierno corporativo en España. Obtenida el 16/02/2019 de <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/governance-risk-and-compliance/articles/el-gobierno-corporativo-en-espana.html>

Estepa, F. (2015). Protección de la discrecionalidad empresarial (business judgement rule) y responsabilidad concursal. Obtenida el 17/02/2019 de <http://circulomercantil.blogspot.com/2015/01/proteccion-de-la-discrecionalidad.html>

García-Villarubia, M. (2017). La infracción del art.160.f LSC: la falta de acuerdo de la junta en la enajenación de un activo esencial. El Derecho. Revista de Derecho Mercantil, (56). Obtenida el 12/04/2019 de

<https://www.uria.com/es/abogados/mgv?iniciales=mgv&seccion=publicaciones&id=5418&pub=Publicacion>

Guerra, A. (2018). La “business judgement rule”, un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas. Garrigues. Obtenida el 17/02/2019 de https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-business-judgement-rule-un-balon-de-oxigeno-para-el-riesgo-en-las-decisiones-estrategicas

Guerrero Trevijano, C. (2014). El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la *business judgement rule* al ordenamiento español. Pamplona: Aranzadi, SA.

Gurrea-Martínez, A. (2015). La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español (The doubtful economic desirability of the business judgment rule in Spain). SSRN. Obtenida el 23/03/2019 de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545

Hansen, C. (1993). The Duty of Care, the Business Judgement Rule, and The American Law Institute Corporate Governance Project. HeinOnline. Obtenida el 17/02/2019 de <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/busl48&div=78&id=&page=>

Hassan, I. (2013). THE BUSINESS JUDGMENT RULE: a safe harbor for the directors against the liabilities in the U.S. System, but in Italy?. BusinessJus. Obtenida el 11/02/2019 de <https://www.businessjus.com/wp-content/uploads/2014/05/THE-BUSINESS-JUDGMENT-RULE-a-safe-harbor-for-the-directors-against-the-liabilities-in-the-U.S.-System-but-in-Italy.pdf>

Laguado, C. (2006). FACTORS GOVERNING THE APPLICATION OF THE BUSINESS JUDGMENT RULE: AN EMPIRICAL STUDY OF THE US, UK, AUSTRALIA AND THE EU, (111), 115-166. Vniversitas. Obtenida el 11/02/2019 de <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.542.5943&rep=rep1&type=pdf>

Martínez-Echevarría, A. (2015). Gobierno Corporativo. La estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores. Pamplona: Aranzadi, SA.

Mendivil, H. (2015). Carga de la prueba en el nuevo artículo 226 LSC (business judgment rule). Almacén de Derecho. Obtenida el 10/03/2019 de <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2015/01/carga-de-la-prueba-en-el-nuevo-articulo.html>

Molina, M. (2019). La protección de la discrecionalidad empresarial como excepción de la responsabilidad de los administradores sociales en el derecho español. (Business Judgment Rule). Revista Consumo y Empresa, (9), 21-42. Obtenida el 22/02/2019 de <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/Consumo+y+empresa+business+judgment+rule/WW/vid/756319925>

Lázaro, J., Martínez-Moya, M., Monzón, N. (2015). Comentario de la Reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014). Revista de derecho de sociedades, (45), 538-538. Obtenida el 16/02/2019 de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/418254>

Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo, 30-34. InDret. Obtenida el 17/02/2019 de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf

Peña, L. (2009). De las sociedades comerciales. Ecoe Ediciones. Obtenida el 24/04/2019 de https://books.google.es/books/about/De_las_sociedades_comerciales.html?id=DK9JDwAAQBAJ&redir_esc=y

Pérez, J. (2015). El administrador societario: una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre. El Derecho. Obtenida el 20/02/2019 de <https://elderecho.com/el-administrador-societario-una->

profesion-de-riesgo-la-responsabilidad-del-administrador-tras-la-ley-312014-de-3-de-diciembre

Ramos, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario. BOE. Obtenida el 17/02/2019 de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10019500225_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_est%Elndar_mercantil_de_diligencia:_el_ordenado_empresaio

Recamán, E. (2018). La business judgment rule en la crisis. Una propuesta interpretativa. Revista de Derecho de Sociedades, (54). Obtenida el 13/04/2019 de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=I29c755c0ec6d11e888c4010000000000&srguid=i0ad6adc60000016a069dace695649c6e&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

Rojo, A., Beltrán, E. (2016). La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Roncero Sánchez, A. (2015). Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia, 383-423. Dialnet. Obtenida el 17/02/2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5519546>

Ruano, T. (2015). La incidencia de los deberes de los administradores y auditores en la manipulación de las cuentas anuales: posición de garante y responsabilidad penal. Obtenida el 17/02/2019 de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/672090/ruano_mochales_teresa.pdf?sequence=1

Sánchez-Calero, J. (2015). La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. Universidad Carlos III de Madrid. Obtenida el 22/03/2019 de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21008#preview>

Serrano, M. (2014). La incorporación de la Business Judgement Rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital. LA LEY mercantil, (6). Obtenida el 16/02/2019 de http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LONb3bo2du9d7B_8Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz59_kddT_ev3yq8_e3X6k2ev3xz_wnxSVW8DsL-_gvt_AM-ES9hvAAAAWKE

Siems, M., Cabrelli, D. (2018). Comparative Company Law: A Case-Based Approach. Bloomsbury.

Wagner, G. (2015). Officers' and Directors' Liability Under German Law- A Potemkin Village. *Theoretical Inquires in Law*, 16. Obtenida el 16/02/2019 de <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/viewFile/1157/1187>

Yaru, C. (2016). The business of judging directors' business judgments in singapore courts. *Singapore Academy of Law Journal*. Obtenida el 16/02/2019 de <http://efirst.info-labtest.com/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal/e-First/ctl/eFirstPDFPage/mid/519/ArticleId/1079/Citation/eFirstP>

DOCUMENTACIÓN ANEXA:

LEGISLACIÓN UTILIZADA

Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, 1951. (BOE, 18 de julio de 1951).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE, 8 de enero 2000).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (BOE, 3 de julio de 2010).

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Tribunales Superiores de Justicia

-STSJ Aragón 2290/2005 (5.12.2005) Contencioso: Responsabilidad subsidiaria. Alcance. Sanciones. Responsabilidad administradores.

Audiencias Provinciales

-SAP Madrid 168/2007 (13.9.2007) Civil: Sociedad. Administradores. Acción de Responsabilidad Civil. Acción empresarial discutible. Obligación de administrar es obligación de resultados.

-SAP Madrid 397/2016 (18.11.2016) Apelación: Acciones sociales de responsabilidad contra administradores responsables. Sociedades de capital. Contrato de compraventa.

-SAP Pontevedra 50/2008 (24.1.2008) Civil: Perjuicio al patrimonio social. Acción social de responsabilidad contra los administradores sociedad. Sociedades anónimas.

-SAP Las Palmas 197/2008 (23.4.2008): Cartas de despido. Acción de responsabilidad individual de los administradores. Daño patrimonio social. Insolvencia sociedad.

-SAP Valencia 150/2016 (16.2.2016) Civil: Sociedad. Acción social de responsabilidad. Valoración prueba.

- SAP Madrid 226/2009 (24.9.2009): Impugnación acuerdo aprobación cuentas anuales. Imagen fiel sociedad. Decisiones empresariales. Juez no es órgano fiscalizador del desacierto económico.

-SAP Valladolid 262/2017 (10.7.2017) Civil: Concurso de acreedores por administradores. Acción de responsabilidad por déficit concursal.

-SAP Barcelona 72/2014 (6.3.2014) Civil: Resolución recurso interés casacional. Contratos de ejecución obra. Reclamación cuantía.

Tribunal Supremo

-STS 949/2004 (8.10.2004) Civil: Falta de prueba. No existen presunciones que acrediten los datos fácticos de las causas de nulidad alegadas.

-STS 133/2010 (9.3.2010) Civil: Prueba. La imposibilidad probatoria no desplaza la carga de la prueba. Necesario perjudicar el principio de facilidad probatoria. Circunstancia no acreditada.

-STS 253/2016 (18.4.2016) Civil: Acumulación acciones. Responsabilidad administrador de la sociedad. No puede acudir a la acción individual por cualquier incumplimiento. Necesidad daño directo, no indirecto.

-STS 274/2017 (5.5.2017) Civil: Daño extracontractual. Acción de responsabilidad por deudas. Necesario nexo causal entre conducta negligente y daño.

-STS 150/2017 (2.3.2017) Civil: Sociedades. Acción de responsabilidad individual. Impago de deudas no tiene que entenderse como daño directo a acreedores

-STS 1124/2003 (20.11.2003) Civil: Sociedades. Responsabilidad administrador. Acción individual. Ha de existir relación causa efecto actuación y daño.

-STS 285/2008 (17.4.2008) Civil: Administración. Mala fe en la transmisión no está demostrada. Presunción a favor de la buena fe no ha sido rebatida.

Otros

-Resolución de la DGRN, de 11 de junio, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcantarilla a inscribir una escritura de dación en pago de deudas. (BOE, 10 de agosto de 2015).