

## LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Manuel BROSETA PONT

Doctor Laverde,  
doctor Sotomonte,  
ilustres señoras y señores:

Es para mí gran satisfacción personal volver a encontrarlos esta tarde, para hablar de un tema clásico, por un lado y, me atrevería a decir, de renovada actualidad en estos momentos, no sólo en Bogotá por la celebración de este III Simposio sobre problemas de sociedades, sino también porque en los ordenamientos de sociedades más modernos se están replanteando algunas cuestiones en materia de régimen jurídico de los administradores y, por supuesto, también en punto al régimen jurídico de su responsabilidad.

Basta pensar o recordar, por ejemplo, que desde hace cinco años está en discusión la Quinta Directiva de la Comunidad Europea, sobre estructura y función de los órganos de las sociedades mercantiles, especialmente de la sociedad anónima, sin que hasta el momento los distintos países o sus representaciones que integran la Comisión Redactora se hayan logrado poner de acuerdo en algunos puntos concretos, como es la representación de los obreros y trabajadores en los Consejos, sean de vigilancia o, de Administración; tampoco se han puesto de acuerdo en la necesidad o en el carácter imperativo de la constitución de estos órganos denominados dualistas como veremos después y tampoco están íntegramente de acuerdo sobre el régimen a introducir, en punto a la responsabilidad de los administradores.

### I

Pues bien. Yo quisiera, lo más rápidamente posible, iniciar la exposición del tema sobre la responsabilidad de los administradores, pero quisiera hacerlo planteando directamente, antes de entrar en el tema, varias cuestiones previas, sin las cuales no es posible comprender lo que está ocurriendo en estos momentos en los países que están refor-

mando su legislación, y en otros que sin estar reformándola probablemente deberían abordar la reforma del régimen jurídico de la responsabilidad de sus administradores. ¿Por qué? Porque el régimen jurídico y la estructura de la administración de las sociedades, especialmente de las anónimas, se caracteriza por varias notas fundamentales.

En primer lugar, porque todos los sistemas están, más o menos, basados sobre dos sistemas cardinales: el "anglo-francés" que, como ustedes saben, tenía la forma clásica de un consejo de administración o de un *board of directors*; y, a su vez, de ese consejo de administración o ese *board of directors* se desgajaba una dirección general y, por tanto, unos administradores —vamos a llamarle delegados del Consejo— a los efectos de realizar la administración y representación, día a día, de la sociedad.

Pero no es menos cierto —y verán ustedes por qué tiene importancia el recordarlo— que existe un segundo sistema, que es el sistema que frecuentemente se denomina "germano-italiano", el cual se caracteriza, fundamentalmente, en el germánico, que es el que está prevaleciendo en todas las legislaciones europeas, por constar de dos órganos, de un consejo de vigilancia o *Aufsichtsrat* y de un directorio o *Vorstand*, de tal manera que entre los dos se reparten las tareas de vigilancia y de administración. El directorio o dirección, que puede ser unipersonal o pluripersonal, introduce un sistema dualista al lado del consejo de vigilancia. De esta concepción participa en una escasa medida, pero importante, el sistema italiano, en el que si bien existe un *Consiglio d'amministrazione* y órganos delegados del mismo, existe también un órgano de vigilancia, que es el denominado *Collegio sindacale*.

Si éstos son los dos pilares básicos de la forma de organizar la administración de una sociedad anónima —no me voy a detener en el sistema colombiano—, lo cierto es que desde alrededor de los años treinta se está produciendo un proceso de acercamiento de los dos sistemas que se manifiesta, por ejemplo, en lo siguiente: En Francia, en primer lugar, una ley que se estuvo aplicando desde 1940 duplicó los órganos de administración, porque, si bien mantuvo el *conseille d'administration* como órgano fundamental, introdujo sin embargo, la figura del *président directeur général*, el presidente director general, porque necesitaba institucionalizar, establecer y recoger dentro de la ley lo que, en la realidad, se producía: el consejo de administración, por sí mismo, por sí solo, ni administraba ni representaba, sino que

quien lo hacía era un delegado de ese consejo que era, precisamente, el presidente director general. Por tanto, la ley recogió esa dicotomía y la plasmó en forma imperativa en la ley de 1940. ¿Qué significa ese avance en Francia? Sencillamente el reconocimiento de una realidad que está siendo universal y que después veremos cómo culmina: el consejo de administración, aún en los países como es el caso de España que lo mantienen como forma de organización de los administradores, la más utilizada y la más frecuente y la más importante *de facto*, este órgano de administración se convierte en un órgano que vigila a los comités ejecutivos, a los delegados o consejeros delegados, a los directores generales, a los gerentes, etcétera.

Pero posteriormente, y es muy sintomático que fuera en Francia como el país más representativo del sistema latino donde se produjo el fenómeno de acercamiento entre los dos sistemas, en la ley francesa de sociedades de 1966 el legislador introdujo con carácter general para todas las sociedades la posibilidad de optar entre dos formas de organización de la administración: entre el antiguo sistema de *conseill d'administration* con *President directeur general*, que es el modelo clásico, o el sistema del "consejo de vigilancia" y del "directorio" que es, en definitiva, una copia del sistema germánico. Por tanto, el sistema francés que, con el inglés o el anglosajón, constituía uno de los pilares básicos del sistema tradicional se pasa al sistema germánico, en parte, y en esta realidad las mayores sociedades anónimas francesas ya tienen su "consejo de vigilancia", y su "directorio". Se está produciendo, en definitiva, un fenómeno de aproximación entre las legislaciones, fenómeno que se está produciendo, también, en los trabajos preparatorios para la redacción de la Quinta Directiva de la Comunidad Económica Europea, donde en este momento se está optando por establecer, para las sociedades anónimas que coticen sus acciones en bolsa, la necesidad de introducir este sistema dualista, de "consejo de vigilancia y de directorio". De tal manera que aquél es designado por la asamblea o por la junta general y el "directorio" por el "consejo de vigilancia", que tendría como misión fundamental la de vigilar, la de controlar, la de exigir responsabilidades, datos e información constantemente a los verdaderos administradores sociales que son los miembros del "directorio".

## II

Por tanto, y ésta es la conclusión de la primera idea que quería exponerles a ustedes, se está produciendo un acercamiento, que no sólo

es *de jure* (como por ejemplo, en el caso del Anteproyecto de la Ley de Sociedades Mercantiles Español; en el de la legislación francesa; o en el de la Quinta Directiva, en formación y en preparación), sino cada vez más, una aproximación *de facto* entre el sistema de vigilancia y de dirección, en virtud del cual, los consejos de administración, es decir, los órganos clásicos —que en derecho colombiano ustedes llaman la junta directiva— se están convirtiendo *de facto*, casi exclusivamente en órganos que vigilan a la dirección, a los consejeros delegados y a los comités ejecutivos. En definitiva, este acercamiento, que es *de jure* y es *de facto*, ha producido lo que un jurista alemán ha denominado la sustitución del *dyrectorial system* por el *Aufshtrats system*, es decir, la sustitución del sistema de los directores y de los gestores directos, por el sistema de los gestores vigilantes de aquellos que, desde un órgano, que se afirma forma parte de la estructura de la organización de los administradores se dedica, fundamentalmente o casi exclusivamente, a vigilar a quienes realmente administran, que son los ejecutivos, los managers, los consejeros delegados, los comités ejecutivos o los directores.

El segundo fenómeno que quería resaltar es el del progresivo fortalecimiento de los órganos de administración *stricto sensu*. Es este un fenómeno universal en el mundo de las sociedades anónimas, al que se refirieron, como ustedes saben, a partir de los años treinta, Berle and Means, cuando hablaron de la *manager's revolution* y es un fenómeno, por ejemplo, al que se ha referido Galbraith hace unos años cuando habla de la tecnoestructura de las grandes sociedades mercantiles, y al que se están refiriendo todos los estudiosos de esta materia. ¿Por qué quiero recordarlo? y ¿cómo se describe, rápidamente, el fenómeno? Por una razón. Porque si es cierto, y cierto es, que se está produciendo un fortalecimiento del poder de quienes administran las sociedades, una prepotencia del órgano Ejecutivo del órgano de administración y de representación, tendremos que concluir que habrá de reforzar el régimen de la responsabilidad jurídica de aquel órgano por detentar unos poderes *de facto* y *de jure* que están siendo exorbitantes, que están sobrepasando la barrera de lo que podían imaginar los legisladores clásicos, los legisladores decimonónicos, como competencias y facultades y como poderes de administración reales de estos administradores.

¿Por qué se produce este predominio? Por muchas razones, a las que no me voy a referir más que por mención directa, sin pararme a describirlas, porque son suficientemente conocidas por todos. Por un lado,

por el absentismo de los socios, fenómeno por el cual en las grandes sociedades e incluso en las medianas sociedades anónimas, los socios han debilitado su *affectio societatis* y no acuden a las asambleas o juntas generales, lo cual produce el efecto de que resulta más fácil a los administradores controlar las juntas generales. En segundo lugar, por la tecnificación o profesionalización de los managers, de los directivos o de los administradores, porque es cada vez más complejo y más difícil gobernar, administrar y representar a las sociedades, lo cual refuerza a quienes, como es el caso de los administradores, poseen los conocimientos para administrar. En tercer lugar, porque como ha sido demostrado por la doctrina, especialmente por la norteamericana y por la germánica, al pasarse de la concepción de las sociedades anónimas aisladas a la concepción de los grupos dominantes en la estructura económica de los países, es evidente que esos grupos consolidan lazos y conexiones de administradores que se reproducen o que se perpetúan en varias sociedades del mismo grupo y, en consecuencia, ello fortalece el poder de decisión de tales administradores. La proliferación de los grupos de sociedades, en definitiva, es un medio más y muy importante que demuestra el predominio, la gran influencia, el gran poder, de los órganos de administración de las sociedades, e incluso de las personas que los integran.

Ha habido también, y sólo quiero recordarlo, un fenómeno incluso ideológico o político-social, que ha influido en este proceso de fortalecimiento y de predominio de los administradores. Supongo que ustedes recuerdan que alrededor de los años treinta se consagró en Alemania la tesis que después se catalizó en la Ley de Sociedades Anónimas de 1937, de la llamada teoría de la *Unternehmen an sich* de la "empresa en sí misma", en el sentido de que las sociedades tienen intereses propios que pasan por encima de los intereses de sus accionistas. Y esta concepción estaba íntimamente ligada con la ideología nacional socialista en Alemania, y se catalizó en la teoría del llamado *führer-prinzip*, del *führer* o del líder, que es el administrador o el máximo dirigente de la sociedad y que en la ley de 1937, y después también en la ley de 1965, tienden a fortalecer la posición de los administradores. Todo ello, además, coincide con un último dato: el de la reducción de las facultades de la junta general, que después analizaremos en líneas muy esquemáticamente expuestas.

Estas causas o estas circunstancias y algunas otras en las que no podemos detenernos, han producido un predominio de los administradores que es, por supuesto, especialmente fáctico además de jurídico.

En ocasiones es también un predominio *de jure* de los administradores, no sólo sobre los accionistas individualmente considerados, sino sobre el otro órgano de la sociedad que, teóricamente, es el órgano soberano de ella: sobre la junta o asamblea general. De tal modo y manera que en las grandes sociedades anónimas la concentración de capital, el absentismo de los socios o accionistas y la tecnificación, la complejidad de la vida de los negocios, ha determinado que las juntas generales, si el mundo económico no reacciona, se van a convertir en un mero coro de las palabras, de los actos, de los gestos y, por supuesto, de las decisiones de los que podemos denominar los managers, los administradores o los ejecutivos.

Todo ello ha producido un fenómeno parecido al ocurrido en el seno de algunos Estados democráticos: que han debilitado su parlamentarismo o su concepción parlamentaria del Estado, sustituyéndola por un presidencialismo, por una prepotencia, por un predominio del órgano ejecutivo, de tal manera que hoy en día de algún modo se puede afirmar que, excepción hecha de una tímida reacción, los accionistas y las juntas generales son meros súbditos de los administradores. La coligación, el hecho de que los administradores son designados por los grupos de control, en muchas ocasiones están, efectivamente, determinando la intensidad y la importancia de este fenómeno.

Evidentemente, con estas palabras no quiero decir que en todas las sociedades se produzca este fenómeno. Este no se produce en muchas de ellas, en las que el régimen de funcionamiento, al que compararon con los Estados democráticos de régimen parlamentario decimonónicos, subsiste y son aún los accionistas reunidos en asamblea o en junta general los que predeterminan la voluntad y convierten a los administradores en meros ejecutores de esta voluntad. Pero si eso es cierto —porque aún quedan evidentemente— no es menos cierto, sin embargo, que las grandes tendencias, que se apuntan por la realidad presente en las medias y en las grandes sociedades anónimas, en el mundo de estos tiempos sociales es, por el contrario, aquel al que acabo de referirme.

### III

Y tanto es así que recientemente se ha hablado de un tímido fortalecimiento o de un intento de fortalecer, como lo denomina la doctrina francesa, los derechos individuales de los accionistas, porque precisamente los accionistas corrían el riesgo de verse sometidos sin posibi-

lidad de reacción eficaz, cómoda, rápida y fácil al poder de los administradores.

Tan fuerte es este fenómeno que ya ha provocado una tímida reacción y, por ejemplo, nos encontramos con que en las directivas de la Comunidad Económica Europea, en materia de sociedades anónimas, se han reforzado en alguna medida algunos derechos de los accionistas y se han establecido algunas garantías, fundamentalmente indirectas, en favor de los accionistas, y dentro de ellos en favor de los minoritarios, es decir, de aquellos que no forman parte del grupo de control dominante que existe normalmente en todas las grandes sociedades y en los grupos de sociedades. El accionista pasivo, no del grupo de dominio, ha visto fortalecidos sus derechos, por ejemplo, mediante el régimen de garantías que en su favor establece el régimen contable de los grupos; mediante las medidas que fortalecen su derecho de información; mediante la exigencia de la revisión contable de la sociedad, en una manera tan imperativa y minuciosa, tanto en favor de terceros como de los accionistas minoritarios, que se está introduciendo en las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades anónimas y limitadas; y también, a través de las llamadas acciones sin voto que, como ustedes saben, están proliferando en todo el esquema societario europeo.

La conclusión, por tanto, de este segundo fenómeno, yo creo que es muy sencilla y es la siguiente: Uno de los medios de proteger a los accionistas frente al incremento de poder y a la prepotencia de los administradores, consiste fundamentalmente en el robustecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores de la sociedad.

#### IV

El tercer fenómeno al que me quiero referir, antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores, es el fenómeno de la denominada progresiva delegación de las facultades de los órganos de administración de las sociedades anónimas, al que me he referido antes y que de alguna manera se concreta en las afirmaciones siguientes:

Todas las legislaciones contienen los mecanismos legales necesarios para hacer posible la desconcentración de la administración y de la representación del órgano máximo, que es el consejo de administración o la junta directiva, en el esquema clásico, o del consejo de vigilancia en el esquema moderno. Esta desconcentración se produce hacia los gerentes, los directores generales, los consejeros delegados o las co-

misiones ejecutivas. Y ello se apoya, por un lado, en la complejidad de la gestión que hace que resulte imposible que los órganos colegiados, que son los consejos de administración, puedan gobernar con la rapidez que exige la coyuntura en el mundo de los negocios de las grandes sociedades y que exige, en consecuencia, que ese poder de decisión y sus correspondientes facultades de administración y gestión pasen a otras manos que son las de personas individuales altamente profesionalizadas.

Esta desconcentración o delegación de los órganos de administración en directores, gerentes, en consejeros delegados o en comisiones ejecutivas, se manifiesta no sólo en las sociedades con órganos de administración del antiguo sistema clásico, que denominábamos anglofrancés, representado por el consejo de administración, sino que se está manifestando ya incluso en el caso de aquellos sistemas como el alemán que poseen el sistema dualista: el *Aufsichtsrat* o "consejo de vigilancia" y el *Vorstand* o "directorio". Y así en Alemania, por ejemplo, como ahora está ocurriendo también en Francia, en las sociedades con "consejos de vigilancia" y "directorio", se ha previsto expresamente la posibilidad de nombrar comisiones o de delegar facultades en el seno del órgano de vigilancia, en uno o varios de sus propios miembros, con lo cual, la delegación de facultades está presente. Asimismo, se ha previsto también expresamente la posibilidad de que la ley prevea para el "directorio" (es decir, para el órgano de administración típico, el que realmente gestiona, representa y administra) de repartir las facultades de administración que la ley le atribuye entre los miembros individuales de ese "directorio". ¿Qué significa ello, en consecuencia? Que en el último esquema en el tiempo aparecido, en el aparentemente más moderno que es el de la dualidad entre el "consejo de vigilancia" y la "dirección", este fenómeno clásico de delegación de facultades también se está produciendo, lo cual, en definitiva, no es más que una repercusión y una consecuencia del fenómeno cada día de mayor complejidad de la administración de las grandes sociedades.

Este fenómeno menos presente en las pequeñas sociedades anónimas y muy frecuente en las medianas y especialmente en las grandes sociedades anónimas, puede sintetizarse en la forma siguiente: el órgano de administración, dentro de una gran libertad decide *qué* se delega; *cómo* se delega; en *quién* se delega. Y todo ello, naturalmente, según las circunstancias y las exigencias que concurren en cada una de las sociedades.



## V

Este fenómeno de delegación y de desconcentración se produce siempre en favor de miembros del propio órgano. En el derecho anglosajón es el caso de los llamados *Inside Director*, de los directores o delegados ejecutivos que son, a su vez, miembros del *Board of directors*, es decir, del consejo de administración. Además de ello, y ésta sería la segunda constatación, estas delegaciones sólo poseen en las leyes, en ocasiones, unos límites generales que debe respetar el órgano de administración que delega, y que son fundamentalmente tres y cuya simple enumeración o enunciación demuestra hasta qué punto está siendo enormemente importante este fenómeno de delegación. Límite primero: no se puede delegar por parte del órgano de administración la elaboración de la alta política económica o de los negocios de las sociedades. Ello es indelegable. Ha de ser el consejo el que, o bien la elabora, o bien si no la elabora por sí mismo, al menos aprueba o someta a discusión en su seno el plan de la política general de la sociedad que le someten los *managers* o los delegados. Pero su aprobación, en definitiva, su conformación es indelegable y corresponde al órgano de administración. No se delega, por ejemplo, la supremacía del órgano de administración y, por ello, éste cuando delega en otros se reserva para sí la facultad de convocar la junta general de la sociedad y, además, el órgano delegante debe reservarse la facultad de control e inspección de las facultades delegadas para comprobar si son debida o indebidamente utilizadas. Y no se puede delegar, en último lugar, la rendición de cuentas de los administradores, o sea, del órgano de administración a la asamblea o junta general que anualmente debe aprobarlas. Con estas limitaciones que, como ven ustedes son mínimas, aunque importantes, la experiencia demuestra que todo lo demás —salvo pequeñas variaciones propias del intento de encontrar una síntesis entre los sistemas dominantes del mundo jurídico— es delegable por los órganos de administración o de vigilancia y, repito, normalmente a favor de delegados que son miembros del propio órgano delegante.

## VI

Estas tres constataciones, que me han parecido fundamentales; nos ponen de manifiesto la enorme importancia que tiene en el mundo de las sociedades y, especialmente de las sociedades anónimas, por

ser el arquetipo del sistema neoliberal o neocapitalista que vivimos, el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores.

¿Por qué? Por razones muy simples. Porque a mayor poder, debe corresponder mayor control, y una mayor responsabilidad. Así debe ser en las leyes. Y, en segundo lugar, porque a mayor poder, corresponde una mayor capacidad de gestionar bien, pero corresponde también una mayor posibilidad de causar daño, de administrar mal, de cometer errores que causen perjuicio no sólo a la sociedad, sino también a sus accionistas, a los terceros acreedores o, incluso, a los terceros no acreedores que ninguna relación contractual tienen con la gran sociedad de la que el administrador es manager, delegado, directivo, ejecutivo o gerente.

Todo ello nos permite entrar en la cuestión de las líneas generales de lo que forma hoy, como llamarían los anglosajones, el *background* de la estructura básica del régimen de responsabilidad de los administradores. Recordemos que de la actuación de estos dependen el éxito y los resultados de la sociedad; el bien directo e indirecto para los accionistas; y la tutela de los acreedores. Recordemos que el régimen de la responsabilidad inherente al ejercicio de esos poderes se debe complicar, y *de facto* se complica, no sólo por el reciente robustecimiento de la facultad de los administradores, sino por la delegación de facultades.

Si ello es así, ¿cuál es el régimen jurídico concreto que sobre la responsabilidad de los administradores encontramos en las leyes? Yo quisiera resaltar, como arquetipos, cinco presencias en el derecho comparado.

La primera, la contenida en el Código Civil italiano, porque es el primero en el tiempo, de 1942, que es aquella que introdujo ciertas innovaciones. En el derecho italiano se viene a decir que los administradores responden del cumplimiento de aquellos deberes que les impone la ley y el acto constitutivo, deberes que deberán desempeñar con la diligencia de un mandatario. Esta expresión es modernamente criticable y criticada en Italia, porque nada más aparecen la expresión en el Código italiano de 1942 decía Brunetti que era inconveniente la mención y la remisión al régimen de facultades y competencias del mandatario y al régimen de deberes y obligaciones de éste, porque la gran sociedad anónima requiere que quien la dirija lo haga de acuerdo con la diligencia que exige no la pura relación de mandante-mandatario, que es propia de los cánones de una economía rural y de tiempo lento, sino por el contrario como dice Brunetti que la realice

quien o a quien se le pueda exigir la diligencia propia de la coyuntura del mundo de los negocios. No es lo mismo poder exigir, de acuerdo con el nivel de diligencia del mandatario la diligencia propia del buen padre de familia, que exigir la diligencia —como decía Brunetti— de un comerciante experto o de un empresario diligente. O como veremos que establece la ley alemana con la diligencia propia de un *Geschäftsleiter*, o sea, de un dirigente de los negocios.

En el derecho italiano responden solidariamente los administradores, tanto los miembros del órgano como sus delegados, frente a la sociedad del incumplimiento de tales deberes. Y responden solidariamente los miembros del consejo de administración, a menos que la responsabilidad provenga del ejercicio de atribuciones o facultades que, siendo originariamente propias del consejo, hayan sido delegadas en los comités ejecutivos, en los consejeros delegados, en gerentes o directores generales. En este caso, si quien administra y quien ejerce las facultades son los delegados, éstos son quienes deben soportar con todo el rigor de la ley las consecuencias del incumplimiento del deber de diligencia, y reparar los daños y perjuicios causados, a menos —y aquí vuelve a dar un paso atrás el derecho italiano— que aquellos administradores que han delegado sus facultades no hayan mantenido el control y la vigilancia debidas sobre el grado de diligencia con el que los delegados han estado ejercitando su función.

Algo parecido ocurre en el derecho suizo, en el que los miembros del consejo de administración (dice el artículo 732-II.3º del DR) deben administrar y gestionar leal y diligentemente los intereses de la sociedad, y soportan, además, el deber impuesto por la ley de vigilar a las personas encargadas de la administración, es decir, a los delegados quienes han sido beneficiarios de la delegación, de vigilarles y de controlarles porque de lo contrario también incurren en responsabilidad quienes han delegado las funciones.

En el derecho francés se establece una lista de causas o de supuestos de responsabilidad y se invoca, también, que el consejo o los administradores, en general, responden como mandatarios —expresión o concepto éste que también ha sido criticado por la doctrina— asumiendo también el deber de control o de vigilancia sobre los gerentes o sus delegados.

El derecho alemán, además de establecer una lista de supuestos de responsabilidad, introduce una cláusula general en virtud de la cual se dice que los administradores sean los miembros del “consejo de vigilancia”, o sean los miembros de la “dirección” o del “directorio”

deben desplegar en el ejercicio de sus funciones o facultades la diligencia de un dirigente del mundo de los negocios (no la diligencia del *pater familias* ni de un simple representante legal), la diligencia específica de quien se dedica a los negocios. ¿Por qué? Porque en el mundo de los negocios y no en el mundo de la familia ni de las relaciones individuales es donde rigen los principios, por ejemplo, del pronto aprovechamiento de la coyuntura, de la pronta conclusión de los negocios, de la pronta adopción de decisiones en la venta y en la compra aprovechándose de las diferencias de los precios de la inversión realizada con criterios de rentabilidad, amortización y de productividad. Y todos estos criterios de diligencia, que son los que componen el concepto del *Geschäftsleiter* deben exigirse a los administradores, tanto si éstos son los miembros del "consejo de vigilancia" como del "directorio" y, especialmente, si de éstos se trata, porque los primeros, los miembros de aquel órgano lo que deben hacer, realmente, es vigilar el cumplimiento de las facultades de los miembros del segundo.

Esto es lo que ocurre en el derecho español. Siendo curioso que si en él se siguió de una manera minuciosa el sistema italiano que distingue entre los administradores miembros del consejo de administración, su diligencia y su responsabilidad, de la de sus delegados, sin embargo no cayó el derecho español en la trampa de exigir a los administradores que cumplieran su cargo con la diligencia del mandatario, sino que por el contrario el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas nos viene a decir, siguiendo en esto al sistema alemán, que los administradores "desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal". Añade el mencionado precepto que los administradores responderán por los daños que provoquen por malicia, por abuso de facultades o por culpa grave. Para delimitar la diligencia que integra esa culpa, esa malicia, o el abuso de facultades con que deben desempeñar su actividad negocial, es por remisión a esas fórmulas nuevas de un ordenado comerciante y de un representante legal porque en los administradores hay una función de gestión y otra de administración. El derecho español utiliza, pues, el modelo de una cláusula general (la del ordenado comerciante o del representante legal) para medir la diligencia que deben desplegar los administradores de la sociedad anónima.

En cuanto al derecho colombiano no me voy a inmiscuir en él porque es objeto de otra ponencia. Tan sólo recordar, para que no parezca desatención, que su artículo 200 del Código de Comercio viene a establecer que los administradores responderán de los daños por dolo

o culpa causados a la sociedad, a los accionistas o a los acreedores, con lo que al no exigir la concurrencia de culpa grave consagra una solución superior a la del derecho español.

## VII

Expuestas estas ideas y estos antecedentes quisiera reflexionar unos minutos sobre cuáles son los requisitos generales de la responsabilidad de los administradores, partiendo para ello de una síntesis de los distintos ordenamientos o sistemas analizados.

¿Cuál es el cánón del que se desprenda el grado de diligencia de la conducta de los administradores? Yo creo que se puede definir, a la vista de lo estudiado, según tres grandes principios. Es el primero el que contiene una afirmación categórica: el administrador debe desempeñar su cargo. Una de las primeras causas de responsabilidad del administrador es, precisamente, el no desempeñar su cargo, el adoptar una actitud pasiva u omisa, sin tomar las decisiones que día a día suponen un reto en el mundo de los negocios para la compañía, para la sociedad que administra. Pero no sólo deben desempeñar su cargo, realizar actos, acciones, actividades, sino que deben hacerlo, en unos casos, con la diligencia del mandatario que es, aún cuando individual, una diligencia severa o la diligencia del ordenado comerciante y del representante legal, o con la diligencia del mandatario y del *Geschäftsleiter*.

El segundo principio es aquel del que se concluye que si ello no obstante con su conducta se produce un daño, que en el mundo de los negocios es normalmente equiparable a una disminución patrimonial que le sea imputable, le habrá de ser imputable para que de ella responda si la ha provocado faltando a su deber de diligencia, incurriendo en dolo o en culpa o, como dice el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas españolas, en malicia, en abuso de facultades o en culpa grave. Esta posición del derecho español constituye para nosotros un problema, porque en él con excesiva generosidad decidió el legislador en favor de los administradores, que éstos tan sólo responderían por los daños producidos por *culpa grave*, malicia o abuso de facultades. Culpa grave que como saben se equipara al dolo. ¿Por qué esta generosa disposición tolerante con los administradores y, además, con los consejeros delegados o los miembros de los comités ejecutivos? Sin que se les pueda exigir responsabilidad por los daños producidos por culpa leve, ni a los consejeros ni a los consejeros delegados, quienes por su profesionalidad y por su especialización en el ámbito de los

negocios y en el objeto que constituye el centro de actividad de la sociedad, deben poseer conocimientos especiales y, en consecuencia, una especial diligencia, razón por la que debería exigírseles la responsabilidad por los daños y perjuicios que causen por culpa leve y no sólo por culpa grave. Sencillamente porque en el derecho español (que es quizá el único tan generoso de todos los que hemos visto y está la cuestión en trance de reforma, en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, que está ya redactada por la Comisión General de Codificación) como dice el profesor Garrigues, se quiso ser benévolo con los administradores y no se quiso, en definitiva, por decirlo claramente, en un momento concreto de la vida económica española complicar en exceso la diligencia exigible a los administradores de las sociedades anónimas.

El tercer principio que nos ocupa es que para que exista responsabilidad y en concreto se les pueda exigir a los administradores, debe existir en todos los ordenamientos una relación de causalidad entre el daño y el acto culposo o doloso que lo origina. Esto es lo que se debe probar por el que invoca y solicita la responsabilidad de los administradores, cualquiera que sea el grado de diligencia que el correspondiente ordenamiento exija para ellos. Sin olvidar algo que ha sido señalado reiteradamente por las más depuradas doctrinas jurídicas y es que la del administrador no es una responsabilidad de resultados, sino una responsabilidad de medios. Al administrador no se le puede exigir que gane dinero la sociedad o directamente que produzca resultados positivos. Lo que se le puede exigir es que adopte las decisiones, realice las conductas, estipule los contratos y, en definitiva, defina su política de actuación o cumpla la definida por su consejo u órgano delegante, de modo y manera que produzca óptimos, buenos o positivos resultados. Por tanto, no se les puede demandar por el simple hecho de que la sociedad no haya obtenido beneficios, sino por no haber hecho en la gestión y en la representación de la sociedad lo que diligentemente debieron hacer para que los beneficios se produjeran.

## VIII

¿Qué es lo que ocurre cuando, como hemos estado viendo reiteradamente, se produce en el seno de la sociedad una situación de delegación de facultades? Cuando se produce el supuesto típico, en el que existiendo un consejo de administración —o junta directiva en el derecho colombiano—, se produce una delegación bien por designación de la asamblea o junta general, bien por designación de la propia junta

directiva o del consejo directivo, cuando lo permiten la ley y los estatutos.

Cuando existe esa delegación o esa desconcentración de funciones en la administración, se plantea un problema eterno en todas las legislaciones en las que este supuesto se ha producido. ¿Quién responde de los actos del consejo de administración y de los actos de los delegados? Hay que aplicar, naturalmente, el criterio de la culpa. Responde aquel que produjo el daño, porque incurrió en culpa o en dolo. Sin culpa no hay ni debe haber responsabilidad, porque en ningún ordenamiento —que yo conozca— ha penetrado aún el principio de la denominada responsabilidad objetiva. Siempre es, y parece que ésta continuará siendo, una responsabilidad subjetiva o por culpa. Por tanto, en principio responderán los administradores y todos los miembros de la junta directiva o del consejo de administración, cual órgano colegiado que es, a menos que hubieren votado en contra del acuerdo o estuviesen justificadamente ausentes de la sesión en la que éste adoptó el acuerdo patrimonialmente lesivo. Todos ellos, responderán, cualquiera que fuere y hubiere sido su grado de participación, porque, bien por dolo o bien por culpa, permitieron o hicieron posible la adopción del acuerdo lesivo.

Mas ¿qué es lo que ocurre cuando el acto, el acuerdo o la decisión lesiva es directamente producida por los administradores delegados? La cuestión es clara. Los delegados responderán de sus propios actos, porque son ellos quienes han incurrido en culpa o, en su caso, en dolo o en malicia o en abuso de facultades. Mas esa responsabilidad ¿se traslada a los administradores, a los miembros del consejo de administración, de cuyo seno se cooptó y nombró ese delegado, aun cuando directamente en el seno de ese consejo de administración no se haya producido la comisión de ese acto generador de responsabilidad? La respuesta parece que debe ser negativa. No deben responder los administradores que no han intervenido directamente en el acto lesivo, a menos que hayan incurrido en *culpa in vigilando* sobre la conducta de los administradores delegados, o *in omittendo* si, por ejemplo, según el acuerdo de delegación, debiendo dar instrucciones al delegado para que ejerciera sus facultades no lo hicieron y permitieron así que el delegado obrara a su libre y absoluto albedrío. Incurriendo, en este caso, unos, en responsabilidad por culpa el delegado; y, otros, los delegantes, en responsabilidad *in omittendo* o *in vigilando*.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de los administradores-delegados ¿les exime de responsabilidad alegar que se han limitado a

cumplir las instrucciones recibidas? De ninguna manera. La respuesta es generalmente unánimemente negativa ante este supuesto en las legislaciones, en la doctrina y en la jurisprudencia consultada. ¿Por qué..? Puede pensarse que porque el administrador (y el delegado lo es, si bien tiene un cierto deber de obediencia ante el órgano que le designó) tiene por encima de esa obediencia que cuidar y desplegar la máxima diligencia para tutelar el interés de la sociedad. Si ese delegado, o ese gerente o director general, percibe que del acatamiento y cumplimiento de las directrices o decisiones que le han sido transmitidas por el órgano de administración puede producirse un daño a la sociedad, a los accionistas o a terceros acreedores, su obligación como diligente administrador es acudir al órgano de administración que elaboró esas instrucciones, máxime si es miembro del mismo como generalmente ocurre, y alegar que no deben ejecutarse tales directrices o decisiones por ser lesivas para la sociedad, para los accionistas o para los terceros.

¿Cómo responden los administradores? Y aquí surge una gran polémica entre los sistemas. Conocen ustedes la cuestión, porque se plantea también en el derecho colombiano. ¿Responden todos los administradores en forma solidaria o en forma mancomunada? ¿A quién corresponde la prueba del nexo que obliga a reparar el daño causado? La respuesta a estas cuestiones es simple. En cuanto a la segunda, es necesario decir que corresponde la prueba a quien demanda. Pero la unanimidad en la respuesta a la primera cuestión ya no se produce en los ordenamientos legales del derecho comparado. Hemos visto, por ejemplo, que en el derecho italiano, en el francés y en el suizo, la responsabilidad es solidaria. Mas entre los ordenamientos consultados, por ejemplo en el español y en el colombiano, la mayor parte de la doctrina se inclina por afirmar que esa responsabilidad no puede ser solidaria sino mancomunada o a prorrata del daño causado entre los miembros que han incurrido en la correspondiente responsabilidad, sin duda porque en ninguno de los dos se establece de modo específico la responsabilidad solidaria de los administradores, y porque en ellos y en su defecto no rige el principio de presunción de solidaridad, sino el de la responsabilidad mancomunada.

En tal complejo y complicado tema, no se les escapa a ustedes que hay bastantes cuestiones puntuales o concretas, que podía continuar exponiendo ante ustedes. Mas como quizá por una deformación profesional el profesor es un ser que monopoliza y abusa de la palabra, no



quisiera, perdónenme ustedes, castigarles más y no quisiera incurrir en mayor responsabilidad, al menos, por el abuso y la prepotencia, no que yo tengo sino que esta tribuna atribuye al que está en uso de la palabra.

Muchas gracias a todos.