Están obligados los administradores a implementar un sistema de control de riesgos

Lorena R. Schneider

1. Introducción

En el marco de los deberes que pesan sobre los administradores, se observa que lo que diferencia la figura del "*buen hombre de negocios"* del *standard* utilizado en el ámbito civilista del "*buen padre de familia"*, es "*el riesgo agravado",* que se encuentra ínsito únicamente el mercado comercial. Pues bien, ni el riesgo –mucho menos el riesgo calificado como agravado-, han sido regulados en la ley societaria, como si lo han sido en materia de Derecho de seguros, por ejemplo.

Según el Diccionario de la Real Academia Española[1] "*el riesgo es la contingencia o proximidad de un daño*". El nivel de riesgo lo deciden los administradores de modo que, no puede declararse la responsabilidad de los administradores porque aceptaran (siguiendo un procedimiento adecuado y con la información pertinente), celebrar un contrato de crédito que de ir mal las cosas pusiera en peligro la continuidad de la empresa o por entrar en relaciones con el proveedor o un cliente en una situación de solvencia difícil. Normalmente, sin embargo, estas actuaciones serán negligentes por dos razones: o bien demostrando que los administradores eran conscientes de los riesgos que asumían la decisión carecía de cualquier razonabilidad o, bien, la decisión sólo se adoptó porque los administradores no llevaron a cabo un juicio cuidadosamente informado al tomar tal decisión o, en fin, porque no está cubierta por el objeto social[2].

---

[1] RAE, http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI.

[2] ALFARO, J, *"Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial",* en "Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)", Jesús Alfaro (Dir), ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015, p. 334.

Existen muchas definiciones de gestión de riesgos y riesgos. La definición establecida en la Guía ISO 73[3] es que el riesgo es el "*efecto de la incertidumbre en los objetivos*". Para ayudar con la aplicación de esta definición la Guía 73 también establece que un efecto puede ser positivo, negativo o una desviación de lo esperado y ese riesgo a menudo se describe por un evento, un cambio en las circunstancias o una consecuencia.

En consecuencia, brevemente podría concluirse que el riesgo es la posibilidad de desviación negativa de un determinado resultado no esperado[4]. Por demás, se considera que el riesgo de que la compañía sufra daños por la actuación más o menos osada del administrador es un precio que los accionistas están dispuestos a pagar a cambio de retener las ganancias derivadas de esa asunción de riesgo por parte del administrador. De ahí que el administrador deba responder, no por los *resultados* (ese es el riesgo asumido por los accionistas), sino por la forma o el procedimiento en que se tomaron las decisiones dañosas[5]. La obligación del administrador hacia la sociedad es de *medios* y no de *resultados*.

2. La gestión del riesgo empresarial. (*Enterprise Risk Management*):

La administración del riesgo empresarial (*Enterprise Risk Management*), ha surgido como una nueva tendencia de los negocios. Se trata de una propuesta disciplinada y estructurada que alinea la estrategia, los procesos de las personas, la tecnología y el conocimiento, con el propósito de evaluar, controlar y administrar las incertidumbres que la empresa enfrenta a medida que crea valor. La gestión de riesgos es un proceso respaldado por un conjunto de principios. Además de ello, necesita ser respaldado por una estructura que sea apropiada para la organización y su entorno o contexto externo. Una iniciativa de gestión de riesgos exitosa debe ser proporcional al nivel de riesgo en la organización (en relación con el tamaño, la naturaleza complejidad de la organización), alineada con otras actividades corporativas, comprehensiva en su alcance, integrada en actividades de rutina y dinámica, por ser receptivo a las circunstancias cambiantes. El impacto o los beneficios asociados con a ello, determina operaciones más eficientes, tácticas efectivas y una estrategia eficaz[6].

---

3 https://www.iso31000.com.mx/2013/11/11/iso-gu%C3%ADa-73/ y ISO 31000:2009.

4 FERRUZ AGUDO, L, "*Dirección financiera del riesgo de interés*", ed. Pirámide, Madrid, 2015, p. 19.

5 ALFARO, J., "*Artículo 226…*", cit., p. 329.

6 AIRMIC, "*A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requirements of ISO 31000*", p. 2, en https://web.archive.org/web/20100705072108/http://

A partir de la década del 70', el riesgo financiero se convirtió en una importante fuente de incertidumbre para las empresas y, poco después, se desarrollaron herramientas para manejar el riesgo financiero. Estas nuevas herramientas permitieron administrar los riesgos financieros de manera similar a las formas en que los riesgos puros se habían administrado durante décadas. En 1972, los principales países desarrollados pusieron fin al acuerdo de Bretton Woods, que había mantenido las tasas de cambio estables durante tres décadas. El resultado de terminar el acuerdo de Bretton Woods fue introducir inestabilidad en los tipos de cambio. Como las tasas de cambio de divisas variaron, los balances y los resultados operativos de las empresas que participan en el comercio internacional comenzaron a fluctuar. Esta inestabilidad afectó el rendimiento de muchas empresas[7]. También durante la década de 1970, los precios del petróleo comenzaron a subir a medida que la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) desarrolló acuerdos para reducir la producción y aumentar los precios. Más adelante en la misma década, un cambio de política por parte de la Reserva Federal de los EE. UU. Para enfocarse en combatir la inflación (como resultado de los aumentos del precio del petróleo) en lugar de estabilizar las tasas de interés llevó a un aumento rápido y una mayor volatilidad de las tasas de interés en los Estados Unidos. Y tuvo un efecto indirecto en otras naciones también. Por lo tanto, la volatilidad en los tipos de cambio, los precios y las tasas de interés hicieron que el riesgo financiero se convirtiera en una preocupación importante para las instituciones[8].

La gestión del riesgo empresarial es, en esencia, el último nombre para un riesgo general enfoque de gestión de riesgos comerciales. Los precursores de este término incluyen la gestión de riesgos societarios, la gestión de riesgos comerciales, la gestión integral de riesgos, la gestión estratégica de riesgos y la gestión integrada de riesgos. Aunque cada uno de estos términos tiene un enfoque ligeramente diferente en parte fomentado por los elementos de riesgo que fueron de interés primario para las organizaciones cuando surgió cada término por primera vez, los conceptos generales son bastante similares. De acuerdo con *Casualty Actuarial Society* (CAS), las gestiones de riesgo de la empresa se definen como: "*El proceso mediante el cual las organizaciones de todas las industrias evalúan, controlan, explotan, financian y supervisan los riesgos de*

---

www.theirm.org/documents/SARM_FINAL.pdf, (traducido por la autora del presente trabajo).

7 D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", Forthcoming in the Journal of Risk Management of Korea Volume 12, Number 1, University of Illinois at Urbana-Champaign, Champaign, USA, 30/05/2001, p. 7, (traducido por la autora del presente trabajo), p. 5.

8 D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", cit., p. 8.

todas las fuentes con el fin de aumentar el valor de la organización a corto y largo plazo para sus grupos de interés"[9].

Desde este punto de vista, la *gestión de riesgos* consiste en la determinación de los riesgos que afectan a una organización, la asignación de la relevancia a cada uno de ellos y la estimación de la probabilidad de su suceso para diseñar un plan de control y acción, en base a los datos obtenidos. Se trata de aquellas actividades coordinadas para *dirigir* y *controlar* una organización con respecto al riesgo, con el fin de aplicar, de modo sistemático, las políticas, los procedimientos y las prácticas de gestión a las actividades de *evaluación*[10] de riesgos, *tratamiento* de riesgos, *aceptación* de riesgos y, *comunicación* de riesgos[11].

Bob Hedges, ampliamente aclamado como el padre de la gestión de riesgos, enumeró los siguientes pasos para el proceso de gestión de riesgos: 1) identificación de las exposiciones perdidas 2) medición de las exposiciones perdidas 3) evaluación de los diferentes métodos para manejar el riesgo, asunción de riesgos, transferencia de riesgos Reducción de riesgos 4) selección un método 5) resultados de monitoreo Inicialmente, el proceso de gestión de riesgos se centró en lo que se ha denominado "riesgos puros". Los riesgos puros son aquellos en los que hay una pérdida o ninguna pérdida. O sucede algo malo, o no sucede. Los estados de posibles resultados en una situación de riesgo puro no permiten ningún resultado más favorable que la posición actual[12].

Los riesgos a los que está sometida la actividad mercantil han experimentado una profunda transformación que algunos autores la explican por los siguientes factores: i) se incrementa notablemente la posibilidad del contagio de los riesgos entre las organizaciones. Tal circunstancia se debe a la globalización de la economía, a los cambios en los sistemas organizativos y al uso frecuente de la externalización; ii) aunque se han perfeccionado los sistemas de información, el nivel de incertidumbre ha crecido porque el riesgo procede de fuentes remotas y desestructuradas; iii) generalmente la exposición a los riesgos no tiene efectos inmediatos, sino que éstos suelen aparecer después de periodos latentes relati-

---

9 D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", cit., p. 2.

10 *Evaluar el riesgo*: proceso que consiste en comparar el riesgo para determinar su importancia; *tratamiento de riesgos*: proceso de selección y puesta en marcha de medidas de aplicación para modificar el riesgo; *aceptación del riesgo*: proceso de aceptar el riesgo, entendido ello, con un criterio básico de terminología y, *comicación de riesgos*: intercambio o puesta en común de información acerca del riesgo, entre el interesado en encargado de la toma de decisiones y otros interesados. Fuente: https://mybmt.org/wp-content/uploads/2017/10/Cap-1-8-2-a-6-Guia_ISO-IEC-73.pdf.

11 Fuente: https://www.iso31000.com.mx/2013/11/11/iso-gu%C3%ADa-73/.

12 D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", cit., p. 5

vamente prolongados; iv) las acciones preventivas son más eficaces y eficientes para las correcciones de los daños, cuando estos comienzan a manifestarse; v) es necesario integrar diferentes formas de riesgos, la correcta identificación de los mismos, se está convirtiendo en un elemento crucial[13].

Es probable que los administradores y otros gerentes que determinan la estrategia general de gestión de riesgos de la empresa reciban diferentes tipos de información sobre el riesgo financiero y sobre el riesgo de riesgo. Los riesgos son diferentes, la terminología es diferente y las medidas de riesgo son diferentes. Esto dificulta la tarea de coordinar la exposición general al riesgo de la empresa. Además de desear un enfoque común para los peligros y riesgos financieros, estos tomadores de decisiones también han previsto incorporar otras formas de riesgo, incluidos los estratégicos y operativos, en el mismo enfoque. Es esta visión la que ha llevado a la creación de la gestión del riesgo empresarial. Otros factores que conducen a la gestión del riesgo empresarial. Varios otros factores también han contribuido al desarrollo de la gestión del riesgo empresarial. Los recientes avances en el poder de cómputo proporcionan las poderosas herramientas de modelado necesarias para realizar análisis de riesgo sofisticados para riesgos de riesgo, como catástrofes, para riesgos financieros, como movimientos de tasas de interés y para otros riesgos. Además, la disponibilidad de bases de datos extensas de información financiera y de otra índole, permite a los usuarios examinar información histórica para determinar tendencias, correlaciones y otras relaciones entre variables que son esenciales para la gestión del riesgo empresarial[14].

Para gestionar adecuadamente el riesgo, debe tenerse en cuenta, tanto el tamaño de los riesgos relevantes, como la naturaleza de dichos riesgos. El proceso de gestión se puede establecer en: a) definición de los orígenes del riesgo, b) medida de la incertidumbre; c) cobertura de los riesgos; d) optimización de los riesgos (mitigación). Un aspecto importante que conviene destacar aquí es que a través de la gestión del riesgo se crea valor para el accionista. Es conocido que en mercados de capitales imperfectos las coberturas añaden valor.

La gestión del riesgo debería formar parte de los planes estratégicos de inversión y gestión de activos de cualquier empresa. Para ello los sistemas de información, la identificación de los factores de riesgo y las políticas para mitigarlos, incrementan las oportunidades de supervivencia de las empresas. A tal fin, se ha propuesto un modelo de clasificación de riesgos basado en los acuerdos

---

13 ALEJOS GARMENDIA, B., "*Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*", ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 182.

14 D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", cit., p. 18.

de Basilea para entidades de crédito, pero adaptado a las características de las organizaciones: a) riesgo de mercado, b) riesgo de crédito, c) riesgo operativo y d) riesgo competitivo[15]. A ellos pueden añadirse: e) riesgos legales, f) riesgos fiscales, g) riesgo de inflación, h) riesgo de liquidez y, hasta riesgos de contingencias laborales, entre otros.

En particular, el riesgo en la gestión, o empresarial, se diferencia del "riesgo operacional", entendido por el Comité de Basilea[16] -para las entidades bancarias-, como "*el riesgo en la pérdida resultante de una falta de adecuación o un fallo de los procesos, el personal y los sistemas internos o bien de acontecimientos externos"*. En este contexto, es importante resaltar, además, el trabajo realizado por aquél Comité (Basilea II), denominado "*Sound Practices fo the Management and Supervision of Operational Risk*"[17] –del que el Banco Central de la República Argentina es miembro-, que en su Principio 6 establece: "*La alta dirección debería garantizar la identificación y evaluación del riesgo operacional inherente a todos los productos, actividades, procesos y sistemas para asegurar que los riesgos e incentivos inherentes sean bien entendidos. La identificación y evaluación del riesgo son fundamentales características mentales de un efectivo sistema de gestión de riesgo operacional…"*.

En consecuencia -cabe anticiparlo-, es manifiesto que, si los administradores quedan expuestos a un riesgo que ellos no pueden controlar, elevarán sus demandas retributivas. El coste, al final, lo soportará la sociedad. Pero el coste no radica sólo en la escalada de la retribución; en muchas ocasiones, estará también en la imposibilidad de reclutar a administradores con talento debido precisamente a las dificultades de estructurar una retribución adecuada. La literatura económica ha puesto de relieve los obstáculos que existen para compensar a los directivos por riesgos de responsabilidad asociados a su trabajo a causa de la enorme dificultad de vigilar y evaluar su desempeño. Bajo la óptica de la gestión del riesgo el problema es aún mayor dadas las diferentes actitudes frente al riesgo de accionistas y administradores. En términos generales, los administradores sufren más aversión al riesgo que los accionistas puesto que buena parte de su capital humano es específico a la empresa (es decir, no puede ser empleado o reutilizado en otra ocupación alternativa) y, consiguientemente, no puede ser diversificado. Esto no sucede -o no sucede tanto- con los accionistas y, mucho menos, con los accionistas de las sociedades cotizadas que pueden diversificar

---

15 ALEJOS GARMENDIA, B., "*Los deberes…",* cit., p. 185.

16 Comité de Basilea, fuente: https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary_es.pdf.

17 Basel Committee on Banking Supervision, "*Sound Practices fo the Management and Supervision of Operational Risk*", fuente: http://www.bis.org/publ/bcbs195.htm, Issued for comment by 25 February 2011 (traducido por la autora del presente trabajo).

sus carteras de inversión hasta llegar a ser neutrales al riesgo. En esta situación resulta altamente ineficiente cargar sobre las espaldas de los administradores un riesgo que pueden manejar mejor los accionistas. Desde el punto de vista de los costes del "sobrecumplimiento", las diferencias entre la negligencia y la deslealtad resultan asimismo críticas[18].

3. Perfil de riesgo de la entidad. Formas de gestionar los riesgos:

El objetivo principal en un modelo de riesgo debe ser llegar a conocer el *perfil de riesgo de la entidad*. Éste es el primer paso para poder gestionar su exposición al riesgo. Pero ¿qué quiere decir conocer el perfil del riesgo? Parece una pregunta simple: se considerará uno o varios indicadores de exposición y así se medirá el perfil de riesgo, de una manera más o menos sofisticada, en función del método seleccionado. Pero esta pregunta esconde un concepto que debe remarcarse: el conocimiento que es una mezcla de experiencias, valores, información y "saber hacer". El conocimiento se deriva de la información mediante: comparación, consecuencias, conexiones, etc. Así, pues, para conocer el verdadero perfil de riesgo de la entidad se debe gestionar, aparte de la infinidad de datos e información, las comparaciones, consecuencias y conexiones que puedan darse entre ellos[19]. Se trata de una tarea muy compleja.

Mucha gente cree que el objetivo de la gestión de riesgos es eliminar la existencia de éstos y, comportarse de la forma más prudente posible. Ello no es así: el objetivo de la gestión de riesgos es lograr el mejor equilibrio entre la *oportunidad* y el *riesgo*. Algunas veces alcanzar este equilibrio implicará exponerse a nuevos riesgos, con el fin de aprovechar las ventajas que ofrecen oportunidades interesantes[20].

Las empresas por el mero hecho de sus actividades están sujetas a continuos riesgos, ya que pueden realizar acciones equivocadas, pueden realizar acciones en forma incorrecta, etc. Adem*á*s, es posible que ocurran circunstancias externas que incidan de manera más o menos directa en su gestión. Estos elementos, aunque externos y, por tanto, no manejables por la dirección de la empresa, deben

---

18 PAZ-ARES, C., "*Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Madrid, 2007, p. 208

19 GIMENO COMA, X, "*Integración de los métodos cualitativo y cuantitativo*", en "La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación", Fernández- Laviada, Ana (editora), ed. Ediciones 2010, S.L., Madrid, 2007, p. 287.

20 BORGE, D., "*El pequeño gran libro del riesgo. Claves para comprender la inversión en bolsa*", ed. Paidós Plural, Barcelona, 2001, p. 73.

ser previstos con debida antelación, con la finalidad de concertar acciones que permitan evitar, en lo posible, los efectos negativos que dichas circunstancias pudieran conllevar[21].

El objetivo de la gestión de riesgos no es, naturalmente, eliminar los riesgos porque eso sería tanto como decir que la compañía debe cesar en su actividad. Toda actividad empresarial comporta riesgos y la calidad de la gestión de los riesgos de una empresa debe juzgarse atendiendo a si sus gestores entienden y controlan los riesgos a los que está sometida. Existen cuatro formas de gestionar los riesgos: (i) no desarrollar la actividad arriesgada; (ii) transferir el riesgo a un tercero (asegurándolo); (iii) diversificar de manera que el riesgo genere no sólo pérdidas sino ganancias; (iv) reducirlo tomando medidas de prevención y aceptarlo como inevitable apartando medios financieros –ahorro-, para el momento en el que se produzca[22].

Las sociedades cotizadas de capital disperso no son aversas al riesgo porque los accionistas están diversificados y, por lo tanto, son neutrales. Pero los administradores –cuyo capital humano está concentrado en su trabajo-, sí son aversos. Pero *hay razones de eficiencia para que también las sociedades de capital disperso implanten sistemas de gestión del riesgo* que cubran los riesgos a los que están sometidas en el desarrollo de su actividad: reducen los costes de agencia con administradores aversos al riesgo incrementando la capacidad de la empresa para aprovechar oportunidades de inversión arriesgadas pero de valor positivo; reducen el descuento que aplican los financiadores externos (los obligacionistas que exigirán un menor tipo de interés si el nivel de riesgo de la compañía –y, por tanto, de la quiebra-, se reduce); reducen el riesgo de quiebra y los costes de disrupción asociados a la quiebra; reducen la vigilancia por parte del regulador y reducen impuestos. En definitiva, como objeto de inversión una empresa menos arriesgada es una empresa con costes de capital más bajo[23].

La cuestión debe resolverse, pues, atendiendo a las circunstancias de la sociedad de que se trate. Según su envergadura, el sector en el que se desarrolle su actividad, etc., el deber de diligencia de los administradores les obligará –o no-, a poner en marcha un sistema de control de riesgos. En caso afirmativo, la falta de implementación de mecanismos de control del riesgo no permite al administrador descargar su responsabilidad sobre la sociedad. Al contrario, será un indicio de que ha existido, no sólo negligencia sino, probablemente, deslealtad por parte de los administradores. Por el contrario, habrá que considerar protegido al

---

21 FERRUZ AGUDO, L., "*Dirección financiera…*", cit., p. 20.

22 ALFARO, J., "*Artículo 226…*", cit., p. 352.

23 ALFARO, J., "*Artículo 226…*", cit., p. 353.

administrador que toma decisiones arriesgadas en el marco en el que el riesgo está sometido a control y debidamente gestionado. Por tanto, no cabe exigir con carácter general un sistema de gestión de riesgos, más la ausencia de un sistema de control interno puede considerarse negligente, *per se*, en función de la complejidad y envergadura de la empresa[24].

4. ¿Tienen los administradores la *obligación de implementar un sistema de control del riesgo*?

En el derecho alemán, el §91.2 (AktG)[25] obliga a todas las sociedades anónimas a establecer un sistema que permita reconocer tempranamente los riesgos que pongan en peligro la continuidad de la empresa social (alerta temprana), pero la doctrina entiende que tal obligación no debe entenderse como un deber de establecer un sistema de control de riesgos con carácter general. Obliga a menos: a identificar los riesgos "vitales" y establecer mecanismos que permitan advertir que tales riesgos están creciendo en proximidad y envergadura y que pueden tomarse las medidas para conjurarlos, pero no a establecer un sistema general de control y gestión de riesgos.

En la administración y supervisión de los asuntos societarios los directores deben tomar decisiones y también apoyarse en subordinados. El deber de cuidado exige que los directores tomen decisiones de negocio informadas, pero reconoce que los directores deben tomar decisiones constantemente y, por ello, no pueden tomarse demasiado tiempo en cada una. Por ende, los directores no están obligados a revisar toda la información existente cuando toman las decisiones—sólo aquella información que resulte material para la decisión a tomar. No obstante, al evaluar la información proporcionada por la administración, se espera que los directores revisen la información de manera crítica y no la acepten ciegamente[26].

Muchas veces se dificultará hacerlo o deberá delegar dicha tarea en tanto, se halle muy distante del lugar en que dicha resolución haya de adoptarse o, por estar atendiendo diversas otras cuestiones que requieran su atención más inme-

---

24 ALFARO, J., "*Artículo 226…*", cit., p. 357.

25 El § 91.2 (AktG), establece: Organización de la contabilidad. "*El Consejo de Administración debe tomar las medidas adecuadas, en particular establecer un sistema de supervisión para que los desarrollos que ponen en peligro la continuidad de la compañía puedan ser reconocidos tempranamente*", fuente https://www.juraforum.de/gesetze/aktg/91-organisation-buchfuehrung (traducido por la autora del presente trabajo).

26 Ley General de Corporaciones de Delaware, disponible en https://corplaw.delaware.gov/esp/delaware_way/.

diata. En tal sentido y, teniendo en cuenta que los administradores no podrán atender personalmente cada asunto que se presente, es que surge la necesidad de ponderar que su función ha de limitarse a la de *supervisar conveniente y adecuadamente los riesgos empresariales* de su gestión.

Nuestra ley societaria -insisto-, no ha puesto la mirada aun sobre la teoría del riesgo. Sin embargo, esta obligación de implementar un sistema de control de riesgos encuentra cobijo dentro del plexo de deberes que pesan sobre los administradores -concretamente en el deber de diligencia derivado del art. 59, LGS-, que comprende no solo un deber de vigilancia (*duty to monitor*) y un deber de investigación e información (*duty of inquire*).

Por tanto, la obligación derivada del deber de diligencia de establecer tal sistema ha de justificarse de acuerdo con los principios generales, lo que obliga a atender a las circunstancias de la empresa concreta y comprobar que, tras un análisis coste-beneficio, un administrador diligente (que velara por el negocio como si fuera propio), lo habría establecido[27]. La detección y medición de la exposición al riesgo se realiza a través de un análisis exhaustivo de las actividades que lo componen y la identifican, de los factores de riesgo en cada una de ellas. Por tanto, las evaluaciones cualitativas de riesgo se perfilan como la mejor herramienta para la medición de la exposición a este tipo de riesgos[28].

Ello significa que dentro del deber de diligente administración se encuentra el deber de identificar los riesgos significativos y establecer mecanismos para su adecuado control.

5. Notas finales:

Así las cosas, podría decirse que las funciones del administrador se resumen en las siguientes: *administrar* -y dentro de ella: *planificar, organizar, supervisar, controlar* y, así*, orientar* la gestión empresarial y la marcha de los negocios.

Ha quedado demostrado, entonces, -al menos con grado suficiente de certeza-, que en el marco del desempeño del cargo de los administradores sociales pueden adoptarse "malas decisiones" -equivocadas o desacertadas-, precisamente, a causa de *falta de previsibilidad no imputable* o por *errores humanos* y que esa alta dirección está expuesta al acontecimiento de riesgos de variada naturaleza, esperados o no, que pueden, eventualmente, ocasionar cuantiosas pérdidas a

---

27 ALFARO, J., "*Artículo 226…*", cit., p. 355.

28 ARCENEGUI R, J., - OBRERO CASTILLA, V., "*El riesgo operacional en el gobierno corporativo*", en "La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación", Fernández- Laviada, Ana (editora), ed. Ediciones 2010, S.L., Madrid, 2007, p. 154.

la sociedad. Frente a ello es imprescindible hacer ver que "*las malas decisiones empresarias no son prueba de mala fe"*.

En estos casos la responsabilidad habrá de recaer sobre la sociedad, sencillamente, porque sería injusto culpar al administrador por situaciones que hagan de error humano o que escapen de las posibilidades humanas de haberlo conocido de antemano, pero, asimismo, porque ha llegado a considerarse que el riesgo de que la compañía sufra daños por la actuación más o menos osada del administrador es un precio que los accionistas están dispuestos a pagar a cambio de retener las ganancias derivadas de esa asunción de riesgo por parte del administrador.

Aquel *riesgo agravado* que diferencia al "*buen hombre de negocios"* del "*buen padre de familia"*, supone, precisamente, actuar bajo los estándares establecidos por los arts. 59 y 274, de la LGS, es decir atendiendo a los deberes de lealtad y diligencia. En tal sentido, si el administrador adoptó una decisión que luego resultó dañosa, pero lo hizo con diligencia; con buena fe y sin interés personal, llevando a cabo un cuidadoso juicio informado y, con arreglo a los procedimientos predispuestos por la ley, podrá presumirse que su decisión ha sido discrecional y, por tanto, diligente. De ahí que el administrador deba responder no por los resultados (ese es el riesgo asumido por los accionistas), sino por la forma o el procedimiento en que se tomaron las decisiones dañosas. Ello se ve, además, fortalecido por el art. 1763, del CCC, que a diferencia del viejo art. 43, del CCiv. de Vélez, al establecer la responsabilidad de la persona jurídica hace ver que ella es quien responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Pese a ello, la cuestión no resulta tan simple. El órgano de administración no podrá ampararse sin más-, y pretender que cualquier decisión pueda ser tenida como errada, equivoca o desacertada, bajo el pretexto del error humano o la imprevisibilidad que presentan determinados riesgos y, así, eludir la responsabilidad que le quepa. De resultar ello posible estaríamos en un ámbito de inmunidad o dispensa y, por tanto, confusión y absoluta inseguridad jurídica que conduciría, no solo a alivianar nuestro sistema de responsabilidad social sino que, además, daría lugar a conflictos de intereses y a los problemas típicos entre agencia y propiedad. Por tanto, el administrador social para proteger la discrecionalidad en sus decisiones no solo deberá demostrar haber actuado con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento; deberá también, demostrar que no ha causado un daño a la sociedad o a terceros vinculados a ella.

En consecuencia y, para así concluir, cabe hacer notar que en virtud del deber de diligente administración que pesa sobre el administrador social la obligación de implementar un adecuado sistema de identificación y control de riesgos. Sin embargo, debe resaltarse, la necesidad de contar con una verdadera teoría

de riesgos en materia societaria, teniendo especialmente en cuenta que el riesgo es una parte consustancial de la actividad mercantil y, por tanto, *no puede ser eliminado, pero si gestionado, anticipado y minimizado*.

Fuentes bibliográficas

AktG - Ley de Sociedades alemana fuente https://www.juraforum.de/gesetze/aktg/91-organisation-buchfuehrung (traducido por la autora del presente trabajo).

ALEJOS GARMENDIA, BEATRIZ, "*Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*", ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

ALFARO, JESÚS, "*Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*", en "Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)", Jesús Alfaro (Dir), ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015.

AIRMIC, "*A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requirements of ISO 31000*", p. 2, en https://web.archive.org/web/20100705072108/http://www.theirm.org/documents/SARM_FINAL.pdf, (traducido por la autora del presente trabajo).

ARCENEGUI RODRIGO, JOSE A., - OBRERO CASTILLA, VICENTE, "*El riesgo operacional en el gobierno corporativo*", en "La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación", Fernández- Laviada, Ana (editora), ed. Ediciones 2010, S.L., Madrid, 2007.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, "*Sound Practices of the Management and Supervision of Operational Risk*", fuente: http://www.bis.org/publ/bcbs195.htm, Issued for comment by 25 February 2011 (traducido por la autora del presente trabajo).

BORGE, DAN, "*El pequeño gran libro del riesgo. Claves para comprender la inversión en bolsa*", ed. Paidós Plural, Barcelona, 2001.

COMITÉ DE BASILEA: fuente: https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary_es.pdf.

D'ARCY, S., "*Enterprise Risk Management*", Forthcoming in the Journal of Risk Management of Korea Volume 12, Number 1, University of Illinois at Urbana-Champaign, Champaign, USA, 30/05/2001, p. 7, (traducido por la autora del presente trabajo).

FERRUZ AGUDO, LUIS, "*Dirección financiera del riesgo de interés*", ed. Pirámide, Madrid, 2015.

GIMENO COMA, XAVIER "*Integración de los métodos cualitativo y cuantitativo*", en "La gestión del riesgo operacional. De la teoría a su aplicación", Fernández- Laviada, Ana (editora), ed. Ediciones 2010, S.L., Madrid, 2007.

GUIAS ISO, fuente: https://mybmt.org/wp-content/uploads/2017/10/Cap-1-8-2-a-6-Guia_ISO-IEC-73.pdf. y https://www.iso31000.com.mx/2013/11/11/iso-gu%C3%ADa-73/.

Ley General de Corporaciones de Delaware, disponible en https://corplaw.delaware.gov/esp/delaware_way/.

PAZ-ARES, CÁNDIDO, "*Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Madrid, 2007.

Real Academia Española: fuente http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI.