

CORPORATE GOVERNANCE Y RESPONSABILIDAD DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Manuel M^a Sánchez Alvarez
Magistrado

Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universidad de Alicante

I. Introducción.

En este trabajo nos proponemos estudiar la repercusión que ejerce sobre el régimen legal de la responsabilidad de los consejeros el Código de Buena Conducta (en adelante: el Código) elaborado por la Comisión Especial para el estudio del Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (en adelante: la Comisión), creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 28-2-1997 y constituida por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24-3-1997. Por razones de espacio, nos hemos visto obligados a abreviar la exposición, omitiendo la explicación y el desarrollo en detalle de alguno de los razonamientos que, por ello, tienen, en algunos casos, un carácter excesivamente sumario que, esperamos, nos disculpe el lector.

Los destinatarios finales del informe son las sociedades que cotizan en bolsa, de las que se espera que asuman sus propuestas. En éste sentido puede decirse que la Comisión ha partido de un criterio tipológico, un tanto discutible ¹, que se apoya en dos premisas. La primera, la constituye la tesis que avanzaron Berle y Means ² en los años treinta de que el gobierno de las sociedades abiertas plantea problemas específicos por la potencial dispersión de su accionariado. En particular, parece que la autonomía de los administradores crece de forma ineluctable, en proporción directa a la pérdida sustancial de eficacia de los instrumentos internos de control. En sus manifestaciones más patológicas este fenómeno es conocido como el llamado << *síndrome de John Wayne* >>, con el que se pretende describir la actitud de aquellos administradores que consideran que no deben dar ninguna

¹ Como se señala en el texto, el criterio rector en este punto es indudablemente tipológico, al partir de la consideración de que las sociedades abiertas presentan problemas específicos. Entendemos que el planteamiento es discutible, desde el momento en que los problemas que han originado todo el movimiento de reforma se dan en las grandes sociedades, incluso en las cerradas. Al mismo tiempo cabe señalar que, por los datos de los que se disponen, parece ser que la dispersión accionarial de las sociedades que cotizan en los mercados españoles es notablemente inferior a lo que, en principio, se suponía. Sobre las cuestiones tipológicas, *vid.*, por todos, los trabajos de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., << El problema tipológico: la consagración del sistema dualista sociedad anónima-sociedad de responsabilidad limitada >>, *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, 1994, pág. 35 y ss. y << La sociedad de responsabilidad limitada en el sistema español de sociedades de capital >>, en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Madrid, 1996, pág. 10 y ss.

² BERLE/MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New-York, 1993. Esta tesis, que puede considerarse como clásica, se remonta, por lo que conocemos, a las consideraciones de A. SMITH sobre la sociedad anónima, en la *Riqueza de las naciones* II, pág. 773 y, con posterioridad, a BRANDEIS, L (*Others People's Money*) que, como es sabido, inspiró la reforma de los mercados de valores que se acometió en USA los años 30. En una línea semejante, DEMSETZ, H, en un trabajo un tanto crítico sobre los presupuestos ideológicos de la tesis de BEARLE/MEANS, << Control de la empresa, riqueza y desarrollo económico >>, en *La economía de la empresa*, Madrid, 1997, pág. 70, ha afirmado que una condición reconocida para el arraigo de una dirección ineficaz (en opinión del accionista) es la existencia de una difusa estructura de propiedad (en

explicación de su gestión a los socios, de los que se espera que no causen problemas³. Por otro lado -y esto ha resultado finalmente decisivo-, los inversores institucionales⁴ han sufrido en sus propias carnes los límites de la conocida tesis de Manne⁵ de que la existencia de un mercado de administradores, manifestado en las OPAS y en otras formas de toma de control societario⁶, bastaría para disciplinar la actuación de aquellos en punto a lograr la maximización de la riqueza que administran. La concatenación de estas dos premisas, puesta de relieve por las resonantes crisis de los últimos años (Metallgesellschaft, IBH, Schneier, Banesto, etc...) ha llevado a la conclusión, a los inversores institucionales sobre todo, de que los mecanismos tradicionales de control, tanto los legales -societarios y de supervisión- como los fácticos -el control de los administradores por el mercado⁷-, no son capaces de cumplir de forma satisfactoria la función de disciplinar *ex ante* la actuación de los administradores, por lo que se considera necesario adoptar un conjunto de medidas orientadas a asegurar el correcto funcionamiento de las sociedades⁸. Desde el momento en que éste movimiento se ha extendido a la mayoría de los países desarrollados, puede afirmarse que la *corporate governance* constituye una respuesta, desde el derecho de sociedades⁹, a la globalización de

la sociedad).

³ The Economist, 24-12-1994. GÓMEZ DE MENDOZA, M, << Funcionamiento y control en las grandes sociedades >>, *Revista de Derecho de Sociedades* 2, pág. 446

⁴ Sobre el papel de los inversores institucionales, como impulsores de todo éste movimiento, *vid*, por todos, BIANCO/CASAVOLA, << Corporate governance in Italia: alcuni fatti e problemi aperti >>, *Rivista delle società*, 1996, pág. 426 y ss.

⁵ MANNE, H, << Mergers and the Market for Corporation Control >>, *Journal of Political Economy* 73, 1965, pág. 110 y ss. Esta tesis ha sido defendida, entre nosotros, por ARRUNADA, B, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pág. 26 y por GARCÍA DE ENTERRÍA, J, << El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinar de las OPAS >>, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil* 47, 1992, pág. 665 y ss.

⁶ Sobre ello, *vid*. JENSEN, M, << Propietarios y gerentes frente al cash-flow libre: la experiencia americana >>, AA.VV. *Gobierno de la empresa*, Madrid, 1996, pág. 139 y ss.

⁷ Como había advertido COFFEE en << Regulating the Market for Corporate Control: A critical Assessment of the Tender Offer's Role in Corporate Governance >>, *Colum. L. Rev.*84, 1984, pág. 1145 y ss.

⁸ Sobre ésta función de control del sistema de responsabilidad, *vid* las observaciones de QUIJANO, J, *La responsabilidad de los administradores*, Valladolid, 1985, pág. 156.

El substrato ideológico del Código no es fácil de identificar. A primera vista parece que responde al paradigma contractualista ya que parte de que el objetivo último de la compañía es la creación de valor para el accionista, al que identifica expresamente con el interés social. Sin embargo, con el aparente fin de dar respuesta a la críticas que se han dirigido contra este planteamiento, el Reglamento Tipo del Consejo de Administración ajustado al Código de Buen Gobierno, elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, Reglamento Tipo y CNMV) ha matizado este planteamiento ya que si, por un lado, mantiene esa concepción, al afirmar (art. 6.3.a) que el Consejo adoptará las medidas necesarias para asegurar que la dirección de la empresa persigue la creación de valor para los accionistas y propugnar la reducción al máximo las reservas voluntarias (art. 6.2.c), por otro parece introducir ciertas dosis de institucionalismo, al sostener (art. 6.1) que el criterio que ha de presidir en todo momento la actuación del Consejo de Administración es la maximización del valor de la empresa que, como es notorio, no es lo mismo que la maximización del valor del accionista o defender (art. 7) que la maximización del valor de la empresa en interés de los accionistas necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho, cumpliendo de buena fe los contratos explícitos e implícitos concertados con los trabajadores, proveedores, financiadores y clientes y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente imponga una responsable conducción de los negocios. En honor a la verdad debe decirse que esta doble alma está presente en la totalidad del movimiento, como lo indica el debate desarrollado en USA con motivo de la aparición de los *Principles* de la ALI; una síntesis del mismo puede verse en GHEZI, F, << I "doveri fiduciari" degli amministratori nei "Principles of Corporate Governance" >>, *Rivista delle società*, 1996, pág. 470 y ss.

Un juicio escéptico sobre la eficacia de éste movimiento, *vid* BISSARA, PH, << Les véritables enjeux du débat sur "le gouvernement de l'entreprise">>, *Revue des Sociétés*, 1998, pág. 5 y ss.

⁹ Mantiene una opinión diferente COSTI, R, << Il governo delle società >> quote: tra ordinamento dei mercati

la economía mundial, cuya finalidad primordial es asentar unos criterios *standard* que sean conocidos y aceptados por los operadores institucionales, con lo que se pretende facilitar, al reducir la incertidumbre, el flujo de inversiones a lo largo de todo el mundo ¹⁰.

A la vista de la importancia del problema, hubiera sido de esperar que la Comisión hubiese propuesto acometer un ambicioso plan que abarcara, incluso, las necesarias reformas legislativas. No ha sido así. Quizás por el deseo de dar una respuesta rápida al encargo que se le hizo, aquella se ha limitado a proponer la adopción de un conjunto de medidas, de distinta índole e importancia, orientadas a mejorar el funcionamiento técnico de los órganos de la sociedad, en particular del Consejo, respetando el *estatu quo* legal existente. Tal vez por ello, el trabajo de campo se ha reducido, en lo esencial, a elaborar un cuestionario dirigido a recabar la opinión de diversos expertos y de la práctica totalidad de los Consejos de administración de las grandes sociedades y a encargar a una Consultora un estudio cuantitativo de la composición del accionariado de las sociedades que cotizan en el mercado continuo, así como la de sus Consejos y del funcionamiento de estos. Al respecto, resulta llamativa la ausencia de un estudio cualitativo de la actuación de los órganos de administración de las sociedades que permitiera conocer mejor el funcionamiento de los Consejos de administración de las sociedades españolas, señalando los problemas más importantes y evaluando la eficacia de los mecanismos internos y externos de control. La conjunción de estas circunstancias se ha reflejado, no podía ser de otra forma, en el resultado final ya que no resulta excesivo afirmar que el principal valor del Informe es que constituye una síntesis y profundización de algunos aspectos que ya han sido tratados por otros informes similares, tanto españoles (Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de Administración del Círculo de Empresarios, de 1996, que puede considerarse su antecedente directo), como, sobre todo, extranjeros (Cadbury, Informe de la ALI, Greembury, Hampel I y II, Informe de la Comisión Disiano Preite, etc...) ¹¹). Estas limitaciones se manifiestan, sobre todo, en la ausencia —ciertamente llamativa— de un tratamiento sistemático de los problemas que plantea la *governance* de los grupos de sociedades ¹².

e diritto delle società >>, *Dir. Comm. Intern.*, 1998, pág. 65 y ss.

¹⁰ NAVARRO RUBIO, J. M., << Gobierno de la empresa: visión internacional >>, *Dirección, progreso* 159, 1998, pág. 40 y ss.

En éste sentido, VISENTINI, G., << Osservazioni sulla recente disciplina delle società azionarie e del mercato mobiliare >>, *Riv. soc.* 1998, pág. 188 y ss ha puesto de manifiesto, analizando el TU italiano que las finalidad de las medidas que se proponen es proteger el inversor institucional y, en menor medida, al pequeño inversor.

¹¹ Como virtud del Código se puede señalar el meritorio esfuerzo en concretar el contenido de los deberes de diligencia y de lealtad, señalando pautas que han sido recogidas y formalizadas, sobre todo, en el art. 30 del Reglamento Tipo. Como defecto, quizás los más llamativos son, proponer un tratamiento del conflicto de intereses entre administrador y sociedad más suave que el del art. 132.2 LSA, que ni siquiera se cita y no abordar el problema de los derivados, que, sin embargo, si contempla, el Reglamento Tipo (sobre éstos, V. RANDOW, PH., << Derivate und Corporate Governance >>, *ZGR* 1996, pág. 594 y ss.

¹² En efecto, el Código formula algunas consideraciones que solo pueden calificarse como genéricas y, sin referencia expresa a los grupos, a la hora de abordar los conflictos de intereses, las oportunidades de negocios o los deberes fiduciarios de los accionistas significativos. En el Reglamento se encuentran algunas referencias aisladas, que distan de constituir un *corpus* sistemático, como las atinentes al deber de lealtad (art. 32 del Reglamento Tipo), a las operaciones indirectas (art. 37) y a las transacciones con accionistas significativos (art. 39), pero sin embargo, se desconoce el significado que tienen, en el ámbito de los grupos, las oportunidades de negocios, que parecen considerarse como algo simplemente personal. En ésta

Junto a ello cabe decir que el Código se aparta, sin una justificación lo suficientemente clara, del criterio seguido por alguno de los países de nuestro entorno y que, como nosotros, se encuentran en la actualidad en un proceso de confluencia hacia una moneda única (Alemania e Italia).

II. El Código.

Como es lógico, por la finalidad de éste trabajo, nos limitaremos a señalar aquellos aspectos del Código que tienen relación directa con la cuestión que nos ocupa. El Código parte de la constatación del hecho de que, en la práctica, la gestión de la sociedad está en manos de lo que se denomina equipo de dirección. A partir de esta premisa distingue entre ese equipo -que se nutriría de parte de los consejeros y de altos directivos no consejeros- y el Consejo de administración. Así las cosas, el Código considera que la función primordial del Consejo no sería tanto dirigir la sociedad como supervisar y controlar la actividad del mencionado equipo de dirección¹³. Con ello se da carta de naturaleza a la existencia de dos clases de consejeros: los ejecutivos -que son los que se integran en el equipo de dirección- y los externos, dentro de los cuales se puede distinguir, a su vez, entre consejeros independientes y dominicales.

Como es de ver, este esquema se caracteriza sobre todo por la rigurosa separación que se establece entre consejeros ejecutivos, esto es: el presidente, los consejeros delegados y los que participan en la gestión de la compañía, y los consejeros externos, esto es: los consejeros dominicales y los independientes, de forma tal que mientras que los primeros dirigen la sociedad, los segundos supervisan su gestión.

Resulta obligado señalar, sin embargo, que tal separación no es absoluta o incondicional ya que, en aras de asegurar la efectividad de la función general de supervisión que se atribuye al Consejo y, probablemente, obligados por la necesidad de respetar el sistema monista que consagra el esquema legal, el Código recomienda que el Consejo retenga el ejercicio efectivo de ciertas competencias que se consideran indelegables, por estar reservadas legal o institucionalmente al conocimiento directo del Consejo o por ser necesarias para un responsable ejercicio de la función general de supervisión (art. 5.3 del Reglamento Tipo de la CNMV). Entre las primeras se encuentran, desde luego, rendir cuentas y presentar balances ante la Junta General y las facultades que ésta conceda al Consejo (art. 141 LSA). Entre las segundas se pueden citar aprobar las estrategias generales de la

misma línea, se desconoce la administración desempeñada por una persona jurídica. Sobre éstas cuestiones, SÁNCHEZ ALVAREZ, M, << Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores >>, *Revista de Derecho Mercantil* 227, 1998, pág. 117 y ss.. Esta ausencia resulta llamativa cuando se compara el Código con otros trabajos similares como los *Principles of Corporate Governance* de la ALI o el *Rapporto sulla società aperta* de la Associazione Disiano Preite. Al respecto cabe recordar que las sociedades más importantes forman parte de un grupo. Por éste motivo se ha dicho, con razón de que los grupos constituyen el modelo de la *Corporate Governance* (*vid* los trabajos de EISEMBERG, M.A, << The governance of corporate groups >> y de JAEGER, P, G, << Le società del gruppo tra unificazione e autonomia >>, en AA. VV, *I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, vol. 2, Milano, 1996).

¹³ Esta idea se recoge, con particular claridad, en el art. 5.2 del Reglamento Tipo de la CNMV, al disponer que la política del Consejo es delegar la gestión ordinaria de la compañía en los órganos ejecutivos y en

sociedad y la de identificar los principales riesgos de la misma, cuya caracterización es difícil, aunque parecen incardinarse, más bien, dentro del ámbito de la gestión, antes que en el de la supervisión .

Para acometer éste programa de profesionalización del funcionamiento del Consejo, se proponen distintas medidas, entre las que destacan las de reducir el número de los consejeros, que se propone limitar a un máximo de quince, y organizar el Consejo en distintas comisiones. Según esto, junto a la tradicional Comisión Ejecutiva, que vedría investida de lo que el Reglamento Tipo denomina facultades decisorias generales (sic), con lo que parece referirse a dirigir la gestión de la sociedad, y que estaría formada por los administradores ejecutivos, se crearían nuevas Comisiones Delegadas de Control que, por su función, deberían integrarse por los consejeros externos. Estas comisiones serían: de auditoría, cuya función es evaluar la información contable; de nombramientos, que cuida del proceso de selección de consejeros y altos directivos; de retribuciones, que determina y revisa la política de retribuciones; y de cumplimiento, cuya función es evaluar el sistema de gobierno ¹⁴ .

III. El Reglamento.

La Comisión no se ha pronunciado de forma expresa sobre la vía que considera más adecuada para plasmar las recomendaciones del Código. En todo caso, ha descartado la reforma legislativa, criterio adoptado en Italia y Alemania ¹⁵ , en beneficio del llamado modelo anglosajón de asunción voluntaria del Código por parte de los agentes económicos. En consecuencia, la Comisión considera que los operadores son libres de asumir el Código, en todo o en parte, e incluso pueden adoptar otras medidas, distintas de las que se proponen. Al respecto, la Comisión considera que el *mercado* castigará a aquellas sociedades que no adopten el Código y premiará a quienes lo hagan ¹⁶ . Dicho esto, acontecimientos posteriores, en particular el intento de la CNMV de imponer, de forma más o menos velada, la adopción de su Reglamento Tipo –apurando en exceso quizás sus facultades *persuasivas*–, autorizan a pensar que esa voluntariedad encierre tal vez un ardid dialéctico, dictado por exigencias tácticas y que lo que se pretende realmente es imponer ese Código como *paradigma* de lo que nuestra autoridades consideran como lo políticamente correcto en el buen gobierno de las sociedades, por lo que llegaría a ser el módulo establecido para juzgar la corrección de los distintos Reglamentos..

Si así fuera, y existen indicios apuntan en este sentido, se trataría de un hecho sumamente criticable ya que se ha hurtado al Parlamento sus competencias sobre una cuestión que es, sobre todo, política ¹⁷ , de forma tal que el debate público se

el equipo de dirección y concentrar su actividad en la función general de supervisión.

¹⁴ El reglamento Tipo ha propuesto (arts. 14, 16 y 17), quizás con mejor criterio, reducir esas comisiones a dos: la Comisión de auditoría y cumplimiento y la Comisión de nombramientos y retribuciones.

¹⁵ Sobre ésta, *vid* HOMMELHOFF/MATTHEUS, << Corporate governance nach dem KonTraG >>, *Die Aktiengesellschaft* 6, 1998, pág. 249 y ss.

¹⁶ Con ello parece seguir el criterio de EASTEROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge-London, 1991, pág. 113.

ha visto sustituido por una especie de despotismo ilustrado que pretende reformar desde arriba el gobierno de las sociedades, con lo que el debate en curso debiera calificarse de pseudodebate, desde el momento en que al celebrarse *a posteriori* terminaría por ceñirse de forma inevitable a la aceptación o rechazo académico de un producto acabado, elaborado por una Comisión que no es oficial ni tampoco puede considerarse como privada *stricto sensu*, como las anglosajonas, modelo que dice seguirse. En éste sentido no podemos dejar de señalar que estas circunstancias han terminado por provocar un cierto rechazo hacia el Código por parte de algunas sociedades, que se ha manifestado de diversas maneras, como la adopción de Reglamentos que no se ajustan exactamente a las Recomendaciones del Código.

En esta tesitura, la Comisión entiende que los operadores pueden optar por incorporar las recomendaciones del Código a los Estatutos de la sociedad o al Reglamento interno del Consejo, modificando el preexistente o dotarse de un Reglamento *ex novo*, allí donde este no existiese con anterioridad. A tal fin, los operadores tienen a su disposición el Reglamento-tipo de la CNMV cuya finalidad es, según señala su art. 1, determinar los principios de actuación del Consejo de administración, las reglas básicas de su organización y funcionamiento y las normas de conducta de sus miembros. Esta es la vía que han seguido las grandes empresas privatizadas, como Telefónica S.A. y Repsol S.A., que se adelantaron a las conclusiones de la Comisión, o Tabacalera S.A.

En principio, cualquiera de éstas opciones parece aceptable. Sin embargo, una consideración más atenta de la cuestión induce a pensar que la vía del Reglamento de régimen interior aprobado por el Consejo, que es la que propone la CNMV (art. 3.4 del Reglamento Tipo), presenta ciertas desventajas frente a la opción de incorporar el Código a los estatutos de la sociedad y ello es así porque si la finalidad del Código y la del propio movimiento de la *corporate governance* es, ante todo, política, en el sentido de que pretende ser una respuesta a la crisis de legitimidad del ejercicio del poder societario por parte de los administradores y de las mayorías, antes que una mejora la técnica de gestión de la sociedad.

No se nos oculta que la vía que se ha impuesto es la contraria a la que propugnamos pues los operadores han optado, en la práctica totalidad, por la opción reglamentaria. A pesar de ello creemos que existen suficientes razones para pensar que, en ausencia de una respuesta legal, estas cuestiones debieran afrontarse en sede estatutaria, desde el momento en que se trata de problemas que afectan a toda la sociedad y no sólo al órgano de administración. En tal sentido, cabe señalar que las recomendaciones del Código de Buena Conducta, al inspirarse en los principios de cuenta y razón -que incluye los de transparencia y responsabilidad del Consejo- y de eficacia, no pretenden provocar una mera descentralización del Consejo, orientada a optimizar su funcionamiento -para lo que, desde luego, bastaría con acometer una simple reforma del Reglamento- sino provocar una revolu-

¹⁷ Ni el Gobierno, ni la CNMV, ni la propia Comisión parecen haber reparado de las peculiaridades de nuestro sistema constitucional, en particular, y de nuestro sistema legal, en general, de forma tal que lo que puede ser admisible en USA o en Gran Bretaña no lo es a éste lado del Canal de la Mancha. Ello explica que en Italia no haya faltado quien, como VISENTINI (*Argomenti di diritto commerciale*, Milano, 1997, pág. 455), haya sostenido la inconstitucionalidad de la delegación al Gobierno. Piénsese al respecto en el supuesto, no improbable de que la CNMV pretenda imponer a un operador concreto

ción dirigida a democratizar la sociedad al tiempo, que se mejora y hace más efectivo el funcionamiento del Consejo y, por ende, de toda la sociedad, como lo indican las recomendaciones referidas a las relaciones entre el Consejo de Administración y los Accionistas, en las que se engloban cuestiones tales como la delegación de voto para la Junta, el robustecimiento del derecho de información de los accionistas o las políticas de comunicación con los inversores institucionales ¹⁸. Siendo así las cosas, parece que los Estatutos constituyen, como se ha dicho, la sede adecuada para precisar las respectivas competencias y las normas de funcionamiento de cada Comisión y del pleno del Consejo, ya que con ello se asegura que la división de trabajo acordada no se vea alterada o afectada, de manera unilateral y a espaldas de los accionistas, por la mayoría accidental del Consejo, actuando por propia iniciativa o a instancias o de algún inversor institucional, cosa que podría suceder si las propuestas se introdujesen en el Reglamento que, como es sabido, puede modificarse en cualquier momento por simple acuerdo de la mayoría del Consejo ¹⁹.

En efecto, si las medidas se introducen por la modificación de los Estatutos, podrá sostenerse que la Junta General ha configurado de una manera determinada la estructura y las reglas de funcionamiento del órgano de administración, con lo que esa decisión puede considerarse en cierto modo irrevocable o, al menos, inatacable por parte del Consejo ya que para alterarlas deberían modificarse los Estatutos. Por el contrario, si la decisión la adopta el Consejo, estaremos ante una simple delegación del ejercicio de funciones que podrá revocarse en cualquier momento, por la simple modificación del Reglamento.

Por último, parece evidente que la vía estatutaria garantiza de forma más adecuada una mayor participación y transparencia, tanto en la aprobación del Código como en su eventual modificación, al tiempo que garantiza un mínimo de publicidad del hecho ya que, como mínimo, se asegura la publicidad legal derivada de su inscripción en el Registro Mercantil ²⁰.

Las propuestas del Código se pueden clasificar, según su naturaleza y finalidad, en conductuales y organizativas. Las primeras, pretenden imponer una determinada pauta en la conducta de los administradores, mientras que las segundas, pretenden modificar la organización de la sociedad. Dentro de estas podemos distinguir entre propuestas puramente técnicas y propuestas con finalidad y fundamento político-jurídico que atienden a aspectos competenciales y funcionales.

dicho Código o que pretenda sancionarle sobre la base del mismo. Creemos que ello va contra el principio de legalidad, al menos como se entiende entre nosotros.

¹⁸ Sobre la distinción entre descentralización, entendida como mera distribución interna de tareas, y la delegación de facultades, *vid* ESTEBAN VELASCO, G, << Consejo de Administración >>, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 1475.

¹⁹ En éste sentido, con referencia a la delegación de facultades por creación de una Comisión Ejecutiva, ESTEBAN VELASCO, G, *op cit*, pág. 1475. Esta idea de la irrevocabilidad de la delegación viene expresada, con particularidad claridad, en el art. 15.4 del Reglamento Tipo, en el que se alude al carácter permanente de la delegación de facultades del Consejo a favor de la Comisión Ejecutiva. Sin embargo, el propio Reglamento prevé (art. 3.4) su modificación por acuerdo adoptado por la mayoría de dos tercios de los consejeros presentes en la reunión del Consejo, bastando la concurrencia de la mitad de sus miembros, para su válida constitución (art. 19.1). Esta previsión provoca, por otra parte, un problema de coordinación con el art. 141.3 LSA pues éste exige el acuerdo favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo, con lo que parece referirse a la totalidad de sus miembros y no solo a los que están presentes en la reunión.

²⁰ A lo dicho cabe añadir que los Estatutos parecen ser la sede más adecuada para regular algunas materias, como lo referido al nombramiento, duración del cargo y la reelección y cese de los consejeros (arts 20, 21,

Siendo así, parece que, en todo caso, estas últimas deberían introducirse en los Estatutos de la sociedad, pudiendo dejarse para el Reglamento la introducción de las puramente técnicas y de las propuestas competenciales.

En el plano organizativo la medida más destacable es que en el seno del Consejo se introduce, de forma irreversible y con todas sus consecuencias, la semilla de una verdadera división del trabajo, desde el momento en que las Comisiones que se constituyen se ven investidas, con carácter exclusivo y excluyente, del desempeño de un conjunto de competencias concretas que se sustraen a la competencia de aquel que, en cuanto que órgano de administración de la sociedad, solo retiene el ejercicio de las que, por serle propias y esenciales, son irrenunciables *ministerio legis*. Con ello se sustituye el modelo de administrador *universal*, del que se presume que participa en todos los aspectos de la gestión de la actividad social, por el de administrador especializado, que cumple la función que le ha sido atribuida de manera específica.

Esta división de trabajo que se ve inevitable en las grandes sociedades abiertas, parece impensable en sociedades pequeñas y cerradas. Con ello vemos que se confirma una vez más la conocida tesis de que la división de trabajo viene condicionada por el tamaño del mercado que en éste caso viene dado por el tamaño y complejidad de la organización societaria.

Se trata de una división de trabajo funcional y no orgánica, ya que el sistema monista se respeta, al menos nominalmente. No obstante ello, resulta evidente que las tendencias hacia el dualismo se ven reforzadas, aunque esa división de trabajo no haya terminado por cristalizar en la existencia de dos órganos distintos, de gestión y de vigilancia, a semejanza de lo que sucede en derecho alemán con el *Aufsichtsrat* y el *Vorstand*²¹. Con ello se produce, dicho sea de paso, un cierto avance, un tanto inesperado, en la creación de las condiciones que permitan la definitiva aprobación de la V Directiva CEE en materia de sociedades, sin que ello suponga tener que importar necesariamente el sistema alemán.

III. El problema y su tratamiento.

Por su carácter voluntario, las propuestas del Código constituyen un conjunto de medidas de naturaleza contractual que se introducen en los Estatutos al amparo de la libertad de adaptación del esquema legal o de la facultad que concede el art. 10 LSA de establecer en los estatutos los pactos y condiciones que se consideren, respetando el vigente régimen legal de las sociedades anónimas. En el primer caso, bastará con acordar la modificación de los correspondientes artículos de los Estatutos, mientras que en el segundo, la Junta podrá acordar la aprobación de un Reglamento que viene a incorporarse a la escritura de constitución de la sociedad²².

22, 23 y 24); los conflictos de intereses entre administrador y sociedad (arts. 25 y 33) o los supuestos de incapacidad para ser administrador (art. 21.2).

²¹ En éste sentido, ESTEBAN VELASCO, G, *op cit*, pag. 1475, entiende que la delegación de facultades produce una asimilación funcional al sistema germánico. Al respecto cabe señalar que con ello no estamos propugnando la adopción de este sistema sino que nos limitamos a señalar la existencia de ese punto de encuentro entre el sistema monista y el dualista y ello es así porque, como ha mostrado la reciente experiencia, el *Aufsichtsrat* se ha mostrado incapaz, en algunos casos muy conocidos, de cumplir su específica función de vigilancia, por lo que la doctrina ha hablado de crisis de la figura (*vid* DREHER, M, << Die Organisation des Aufsichtsrats >>, en FEDDERSEN/HOMMELHOFF/SCHNEIDER (Hrsg.), *Corporate*

En particular, el Código debe respetar todo lo referente a la responsabilidad de los administradores que, por ser *ius cogens*, solo puede modificarse por vía legislativa. Quizás por ello, la Comisión entiende que la implantación del Código no afecta al régimen de responsabilidad de los administradores, ya que el Consejo sigue siendo un órgano único.

Esta afirmación resulta llamativa si se recuerda que el movimiento de la *corporate governance* aparece, entre otros motivos, como una respuesta a la grave y generalizada crisis del instituto de la responsabilidad de los administradores²³ que, situado ante los casos más graves o escandalosos ha sido incapaz de cumplir con su función disuasoria en punto a disciplinar *ex ante* la actuación de los administradores. Por ese motivo, aceptando el carácter de *ius cogens* de dicho régimen, creemos que la implantación del Código conlleva, a corto plazo, una cierta modulación en los criterios que orientan la aplicación de dicho régimen y, a largo plazo, la necesidad de reconsiderar alguno de sus aspectos²⁴.

El sistema de responsabilidad civil de los administradores se apoya, entre otros, en el presupuesto de la colegialidad, según el cual se presume que el órgano de administración actúa como un colegio formado por la totalidad de sus miembros, que participan en pie de igualdad y con plenas facultades de intervención en la gestión de la sociedad, al margen de cual sea su posición funcional dentro de el mismo. Su corolario lógico es la responsabilidad solidaria de sus miembros (art. 133.2 LSA). De la colegialidad se deriva la presunción de culpa ya que los administradores responderán por los actos y decisiones adoptados en el desarrollo de la actividad gestora. Precisamente por ello, en principio responden por igual el consejero pasivo y el Presidente del Consejo o el Consejero Delegado.. Ahora bien como la responsabilidad es individual y no colectiva, cada administrador puede eximirse de dicha presunción de responsabilidad probando su ajeneidad al acto o acuerdo dañoso. En esto consiste la inversión de la carga de la prueba que prevé el art. 133 LSA.

Los presupuestos fácticos de este régimen de responsabilidad se ven modulados cuando se ha constituido una Comisión Ejecutiva, en cuyo caso, parece entenderse que se constituyen dos colegios: el formado por la Comisión Ejecutiva y el integrado por el Consejo en pleno. Según la opinión mayoritaria, los miembros del Consejo que no forman parte de la Comisión respondería, por los actos y decisiones de ésta, por culpa *in vigilando*, aunque no ha faltado quien ha mostrado sus dudas al respecto, al entender que en nuestro derecho no pesa tal obligación de forma específica sobre los miembros del Consejo²⁵. Por lo que se refiere

Governance, Köln, 1996, pág. 33 y ss.).

²² Cualquiera de estas opciones parece admisible, en principio (SÁNCHEZ ALVAREZ, M. *La fundación de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, pág. 3 y 167 y ss.). Sin embargo, DUQUE DOMÍNGUEZ, << Escritura, Estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas >>, AA.VV. *Derecho de sociedades anónimas I*, La Fundación, Madrid, 1991 parece inclinarse por la vía del Reglamento separado de los Estatutos.

²³ VISENTINI, G, *op cit*, pág. 455 y HOPT, K.J, << Le gouvernement des entreprises et le responsabilité des dirigeants de la société par actions >>, *Revue Pratique des Sociétés*, 1997, pág. 315 y ss.

²⁴ En éste sentido, GARRIGUES/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, << El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico >>, AA.VV., *Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*, Madrid, 1997, pág. , 257.

²⁵ Por todos, para la LSA 1951, GIRÓN TENA, J, *Derecho de Sociedades Anónimas*, 1952, pág., 368 y GARRIGUES/OLIVENCIA, en GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas II*, 3ª

a la culpa *in eligendo* por el nombramiento de los cargos delegados, la doctrina se ha dividido entre los que sostienen su existencia y los que la niegan ²⁶.

Desde el momento en que la división funcional respeta, al menos formalmente, el sistema monista, resulta obligado distinguir entre la titularidad de la competencia, que viene atribuida al Consejo en si, y su ejercicio que en unos casos se atribuye al Consejo, como titular de la competencia, y en otros a las distintas Comisiones, en este caso por delegación, creemos que irrevocable. En particular, el Consejo, en cuanto que órgano, detendrá el ejercicio de aquellas competencias que le vengan atribuidas, como propias e indelegables, en la Ley (art. 124 del Reglamento del Registro Mercantil) y en los Estatutos de la sociedad, desde luego, y, a modo de cláusula de cierre o residual, de aquellas competencias que siendo propias del órgano de administración su ejercicio no haya sido atribuido de manera específica o concreta a cualquiera de dichas comisiones. Estas comisiones detendrán el ejercicio, de forma compartida con otras comisiones o con el Consejo en pleno, de las competencias que le atribuyan los Estatutos o que aquel le delegue. De esta manera, parece que dentro del Consejo se podrá distinguir la existencia de distintos colegios. Uno está formado por la totalidad de sus miembros; los restantes estarán integrados por los miembros de cada una de las Comisiones.

Visto así, se puede afirmar que, en cierto modo, el Código generaliza y potencia el modelo de organización del Consejo con delegación de funciones característico de la existencia de una Comisión Ejecutiva. De esta manera, el Consejo estructurado en distintas Comisiones pasa a ser el modelo ordinario, *estándar*, de organización de los Consejos de las sociedades abiertas y, por extensión, de las grandes sociedades ya que puede ser asumido por las Cajas de Ahorro, por ejemplo. Con ello resulta que el papel del Consejo en pleno se debilita un tanto, ya que las Comisiones asumen el ejercicio de unas competencias que nominalmente son de aquel. Es cierto que esas comisiones, sobre todo las de Auditoría y Cumplimiento y la de Nombramientos y Retribuciones, *nominatim*, tienen carácter informativo, consultivo y de simple propuesta (art. 14 del Reglamento Tipo) ²⁷, tal vez porque se pretende respetar el sistema monista, pero también lo es que si esas Comisiones llegan a funcionar de manera efectiva -lo que está por ver- terminarán desbordando, por la propia inercia de las cosas, ese presunto carácter, para asumir

edic., Madrid, 1976, pág. 161 y 172 y para la LSA 1989, con dudas, POLO, E, << Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima >>, en URÍA/OLIVENCIA/MENÉNDEZ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1992, pág. 293 y SÁNCHEZ CALERO, F, *Administradores*, Madrid, 1995, pág. 275.

²⁶ A favor de la responsabilidad, GARRIGUES/OLIVENCIA, *op cit*, pág. 161. En contra, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de administración*, Madrid, 1971, pág. 394 y ss. y POLO, E, *op ult. cit.* pág. 292, quien entiende que sólo se responde cuando el nombramiento se produce por cooptación, con lo que, en buena lógica, añadimos nosotros, esa responsabilidad cesaría cuando se produce la reelección, pero no cuando lo ratifica la Junta, según dispone el art. 133.3 LSA, lo que resulta un tanto extraño.

²⁷ Basta la simple lectura de las facultades que le atribuye el Reglamento Tipo, para constatar que sus competencias son algo más que áulicas. Así, por ejemplo, el art. 16 atribuye a la Comisión de Auditoría y Cumplimiento, entre otras, la revisión de las cuentas de la sociedad, evaluar los resultados de cada auditoría, comprobar la adecuación de los sistemas internos de control y revisar la designación y sustitución de sus responsables, evaluar la eficiencia y cumplimiento de las reglas y procedimientos de gobierno de la sociedad. En ésta misma línea, el art. 17 atribuye a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, entre otras responsabilidades, la de proponer el nombramiento de consejeros, a elegir por cooptación o directamente por la Junta General, proponer los miembros que formarán parte de cada una de las Comisiones, velar por la transparen-

de facto un carácter decisivo en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen, con lo que el Consejo quedará reducido, en estos casos, a cumplir una función de supervisión y de evaluación del funcionamiento de aquellas²⁸.

Si así fuese, tal vez debiéramos aceptar que la efectiva implantación del Código implica una cierta matización del carácter colegiado *tout court* del Consejo que, como hemos visto, constituye uno de los presupuestos fácticos del régimen de la responsabilidad de los administradores. En efecto, en el principio colegial va implícito considerar que todos los administradores cumplen, al mismo tiempo y en distinta medida, funciones ejecutivas y supervisoras. Por el contrario, con la implantación del Código se introducen elementos funcionales que matizan el criterio tradicional de responsabilidad por *status*²⁹.

Desde esta manera vemos que, en adelante, cada administrador cumplirá una doble función. La primera, específica, viene establecida en los Estatutos, en función del lugar que ocupe cada uno en la organización del Consejo. Esta función se desarrolla, a su vez, en dos planos. Por un lado, habrá administradores que desempeñen funciones ejecutivas, en un caso y supervisoras, en otros. Por otro lado, cada consejero en cuanto tal debe cumplir la función de supervisar el funcionamiento del Consejo y de las distintas comisiones, en los términos que determinan los Estatutos. La segunda función es la genérica legal de administrar la sociedad, entendiéndose por ello gestionar la actividad social y ejercer la representación de la sociedad.

Así parece clara la existencia de un específico deber de vigilancia que pesa sobre todos los administradores, en distinto grado y con diferente objeto y que nace directamente de los Estatutos, por lo que no es necesario deducirlo del mandato abstracto del art. 127 LSA. Ese deber pesa, con particular intensidad, sobre los miembros de las distintas Comisiones supervisoras, respecto a la actividad de la Comisión Ejecutiva, y, en distinto plano, sobre la totalidad de los miembros del Consejo respecto al funcionamiento de las diversas comisiones delegadas y sobre la actividad de los altos directivos no consejeros³⁰. En éste sentido señalar, a título de ejemplo, que los miembros de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones parecen responder por culpa *in eligendo* por los nombramientos de administradores que propongan (art. 17.2. b) y c) del Reglamento Tipo)³¹ ya que esa propuesta goza a su favor de una presunción de corrección, desde el momento en que el Consejo debe motivar las razones de su rechazo (art. 20.2.II del Reglamento Tipo). De igual forma, parece que los miembros de la Comisión de Auditoría y

cia de las retribuciones o, en fin, informar sobre las transacciones que impliquen o puedan implicar conflictos de intereses entre los consejeros y la sociedad.

²⁸ La Comisión Ejecutiva tiene, en todo caso, carácter ejecutivo (art. 15.6.III del Reglamento Tipo), de forma tal que los acuerdos adoptados por la misma serán válidos y vinculantes, sin necesidad de ratificación posterior por el pleno del Consejo.

²⁹ Esta consecuencia de la delegación fue advertida implícitamente por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, *Consejeros Delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración*, Madrid, 1971, pág. 403 que la consideraba como no deseable. Sobre éste criterio, que de forma lenta se va abriendo paso en la doctrina europea, a la hora de abordar la responsabilidad de los administradores de los grupos, *vid*, por todos, SÁNCHEZ ALVAREZ, M, *Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores*, *op cit*, pág. 134, con referencia al derecho español, y HOPT, K, J, << Legal Issues and Questions of Policy in the Comparative Regulation of Groups >>, en AA. VV., *I Gruppi di società*, *op. cit*, pág. 60 y 61 e *ibi* más indicaciones.

³⁰ *Vid* las consideraciones que formula al respecto, contrastando las distintas posiciones de la doctrina norteamericana y española, LLEBOT MAJÓ, J, O, *op ult. cit.*, pág. 72.

Cumplimiento debieran responder, por culpa *in vigilando*, en unos casos, y por culpa *in eligendo*, en otros, por la una deficiente revisión de las cuentas de la sociedad o una incompetente propuesta de nombramiento de auditores o de los responsables de los sistemas internos de control.

Aunque es dudoso, no debe descartarse de plano que la vía elegida para aplicar el Código pueda ejercer finalmente cierta influencia sobre la responsabilidad de los administradores ya que parece que si se opta por la reforma de los estatutos, se produce una cierta atenuación en la responsabilidad de los administradores delegantes, desde el momento en que aquella es consentida (*rectius*: aprobada) por la Junta³² y conocida por los terceros, por su inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, siguiendo a la doctrina mayoritaria debe entenderse que ésta interpretación no puede prosperar, al menos hasta que la división funcional de trabajo no cristalice la sustitución del sistema monista por el dualista, ya que, en las actuales circunstancias, ello iría muy probablemente en contra de la prohibición de exonerar o atenuar el régimen de responsabilidad³³. En todo caso, el consejero debiera responder no tanto por su *status* como, supuesto éste, por la función que desempeñe en el seno del Consejo, lo que se determina, a su vez, por el lugar que ocupan en su organigrama. Al mismo tiempo, cabe recordar, por último, que las líneas y presupuestos del régimen de responsabilidad no puede ser alterado por la voluntad de los particulares.

En todo caso, la distinta función de los administradores no disminuye, altera o modula –para aliviarla– ni un ápice su obligación de desempeñar en todo caso su cargo con diligencia y lealtad, conforme dispone el art. 127.1 LSA³⁴. Por el con-

³¹ Piénsese, por ejemplo, en que se propone nombrar administrador a quien incurre en algunas de las circunstancias contempladas en el art. 21.2 del Reglamento Tipo.

³² En éste sentido parece pronunciarse ALONSO UREBA, A, << Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima >>, *Revista de Derecho Mercantil*, 1990, pág. 668, al sostener que la delegación de facultades introduce distintas posiciones orgánicas de los administradores que se concretarán en distintas modulaciones del deber genérico de diligencia y, por tanto, en diversos títulos de responsabilidad –*in vigilando*, *in instruendo*, *in eligendo*, *in comittendo* o *in omittendo*. El defecto de éste planteamiento es que pretende importar, sin reparar en las diferencias, el sistema de responsabilidad que rige para el *Vorstand* y el *Aufsichtsrat* (párrafos 93 y 116 AktG, respectivamente); sobre la responsabilidad de los miembros de ambos, MERTENS, H-J, << Comentario al párrafo 93 >>, en *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª edic, Köln, 1992, pág. 283 y ss. y HÜFFER, U, *AktG*, München, 1993, pág. 496 y ss. La actual doctrina alemana se muestra muy crítica respecto a la eficacia de éste sistema, al que considera ineficaz (*vid* MERTENS, H-J, << Organhaftung >>, en FEDDERSEN/HOMMELHOFF/SCHNEIDER, *op cit*, pág. 157).

Esta cuestión es objeto de debate en la doctrina italiana. A favor de la atenuación se pronuncia BONELLI, F, *op cit*, pág. 118, nota 18, mientras que ABADESSA, P, *La gestiones dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, pág. 10ª y ss., se pronuncia en contra.

³³ QUIJANO, J, *op cit*, pág. 265. En éste sentido, ESTEBAN VELASCO, G, *El Poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, 1982, pág. 379 ya advirtió que una separación de hecho de las funciones de gestión y de vigilancia no ofrece las mismas garantías que una separación de derecho. Como se ve, la línea que se traza en el texto es similar a la que resulta en el derecho francés donde existen sociedades con un único órgano de administración y otras que están dotadas de un *Directorie* y de un *Conseil de surveillance*, en cuyo caso, el régimen de responsabilidad se ve coloreado por la división de funciones entre ambos (COZIAN/VIANDER, *Droit des sociétés*, 9ª edic, Paris, 1996, pág. 296).

Al respecto, GIRÓN TENA, J, << La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español >>, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pág. 448, sostuvo que la delegación debía proyectarse sobre la presunción de responsabilidad.

³⁴ En este sentido, correctamente, LLEBOT MAJÓ, J, O, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, pág. 87 y ss. En sentido contrario, aparentemente, ESTEBAN VELASCO, G, *op cit*, pág. 1475, quien afirma que la delegación altera parcialmente la obligación de administrar de forma que se intensifica para unos administradores y se atenúa para otros y PAZ-ARES, C << El perfil de los consejeros independientes >>, *Dirección, progreso*, 159, pág. 88, al sintetizar lo que, a su juicio, constitu-

trario, esos deberes se ven reforzados, desde el momento en que queda despejada cualquier duda respecto al papel que se espera que cumpla cada administrador. Estos es lógico si se recuerda que una de las finalidades del movimiento del gobierno corporativo es la profesionalización de los administradores y, en éste sentido, debe esperarse de ellos la diligencia profesional *estándar*, la del ordenado comerciante y, como mínimo, el grado de lealtad exigible al que administra patrimonios ajenos. Lo que sucede es que el art. 127 LSA no es más que un módulo que permite enjuiciar la conducta de cada administrador que debe aplicarse teniendo en cuenta las competencias específicas de cada uno de ellos, según se fijen en el Reglamento y en la Ley. Dicho en otros términos: cada consejero debe mostrar el máximo de lealtad y de diligencia, unos en gestionar la sociedad, otros en vigilar a los anteriores. En éste sentido y solo en éste quizás pudiera entenderse que estos Reglamentos acotan un ámbito subjetivo de responsabilidad en las materias que son objeto de su tratamiento, a condición de que se establezca de manera clara y precisa las respectivas competencias de las comisiones delegadas y de los administradores³⁵.

Este acotamiento del ámbito de responsabilidad solo opera, lógicamente, cuando se trata de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, en la que creemos que deben incluirse las empresas participadas, filiales y vinculadas, y frente a sus socios, pero no parece que afecte a su responsabilidad frente a terceros que pueden ignorarla e invocar a su favor, con éxito, el sistema legal, aunque, en éste caso, le quedará al Consejero la posibilidad de utilizar el Reglamento como instrumento probatorio en punto a demostrar su ajeneidad respecto al acto o acuerdo dañoso.

En el primer caso, cuando se trata de la acción social de responsabilidad o de la individual ejercitada por socios, los consejeros ejecutivos responderán por los daños que causen a la sociedad, a sus socios o a los terceros por los acuerdos que adopten y de los actos que ejecuten en el curso de la gestión del objeto social, mientras que los consejeros que ejercen funciones de supervisión responderán por los daños que causen por incorrecto o deficiente cumplimiento de su específica función de vigilancia de los administradores ejecutivos, altos directivos y empleados de la sociedad sujetos a su supervisión o por los daños que causen por el deficiente funcionamiento de las comisiones de las que forman parte. Así mismo, todos los consejeros responderán por los daños que produzcan por el incumplimiento de sus específicas obligaciones como miembros del Consejo, en particular las que se consideran indelegables según el Reglamento y la de supervisión del funcionamiento de las distintas comisiones delegadas del Consejo.

En éste sentido, podría decirse, utilizando terminología traída del derecho procesal, que la aprobación del Reglamento preconstituye una suerte de prueba de determinación, para unos administradores, y de exoneración, para otros, de su responsabilidad. En éste sentido pensar en la legitimación procesal pasiva de una comisión, cuando la reclamación se dedujese de responsabilidad se dedujese por hechos que, a tenor de los Estatutos, son claramente de su competencia.

yen las líneas maestras de la experiencia jurisprudencial norteamericana, entiende que los consejeros independientes están sometidos a un estándar de cuidado menor que los consejeros ejecutivos.

³⁵ SÁNCHEZ ALVAREZ, M, *Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores*, op cit, pág. 148 y BONELLI, F, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 118, nota 18,

La adopción de estas pautas hermeneúicas respetan, a nuestro juicio, los pilares y configuración del actual régimen legal de responsabilidad civil de los administradores que queda intocado ya que la división de trabajo permite a los socios y, correlativamente, a los administradores, precisar con rapidez y concreción la responsabilidad y ajeneidad de cada uno por los daños causados a la sociedad o a sus socios. En efecto, el título de la responsabilidad no se ve afectado ya que el administrador responde por el incumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias (art. 133.1 LSA). Para responder sigue siendo suficiente la mera culpa o negligencia en el desempeño de la función y subsiste la presunción *iuris tantum* de responsabilidad de los miembros de cada colegio, de la que podrán eximirse el administrador que pruebe no haber participado en la adopción del acuerdo o en su ejecución, conforme dispone el art. 133.2 LSA ya que en este caso le bastará con probar que no forma parte del colegio que ha adoptado el acuerdo. No creemos, sin embargo que quede exento de responsabilidad el administrador que no participa, sin causa justificada, en la reunión del colegio del que forma parte, habida cuenta de que la adopción del Código implica la exigencia del más alto grado de profesionalidad por parte de los administradores, al margen de la función que desempeñen. Lógicamente, dentro de cada colegio, sigue operando el régimen de responsabilidad solidaria de sus miembros.

Por último, y con el fin de superar las dificultades que se advierten en la actualidad, provocadas por la existencia de un verdadero vacío legal, parece conveniente reformar la LSA, a fin de someter a los altos directivos de la sociedad que participan directa y conjuntamente con los administradores ejecutivos en la gestión de la sociedad, al régimen legal de responsabilidad civil de los administradores.

Por las necesidad de respetar el espacio concedido para esta comunicación, queda para otra ocasión el estudio de la proyección de ésta materia sobre la responsabilidad penal de los administradores por delitos socio-económicos, en particular los societarios, fiscales y concursales. Sobre los primeros hemos hecho una primera aproximación en otros trabajos en los que nos hemos detenido en particular, en la manera en la que influye el tratamiento del uso de los activos sociales (art. 34 del Reglamento Tipo) en la interpretación del art. 295 del Código Penal, en el que se sanciona la infidelidad en la gestión de la sociedad y el abuso de los bienes sociales ³⁶.

IV. Conclusión.

La adopción de las recomendaciones del Código de Buena Conducta por la mayoría de las sociedades cotizadas en bolsa impone reconsiderar los criterios de aplicación del régimen de responsabilidad de manera tal que respetando sus actuales presupuestos de presunción de culpabilidad y de responsabilidad solidaria, aquellos debieran adecuarse a la nueva estructura del órgano de administración y a las distintas funciones, ejecutiva y supervisora, que cumple cada administrador.

donde sostiene que cuando se trata de una verdadera delegación, se produce una cierta atenuación de la responsabilidad de los administradores delegantes.

³⁶ Sobre éstas cuestiones nos permitimos remitir a las consideraciones que efectuamos en nuestros trabajos *Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores, op cit*, pág. 148 y *Los delitos societarios*, Pamplona, 1996, pág. 177 y ss.

Al mismo tiempo, quizás pudiera extenderse el régimen de responsabilidad de los administradores, acometiendo las reformas legales necesarias, a los altos directivos de la sociedad que forman parte del equipo de dirección, a la vista de que desarrollan funciones de gestión.