



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE
ABOGADO

LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y SU RESPONSABILIDAD DERIVADA

Por:

Noelia Iglesias López

Director:

Javier Megías López

Tribunal evaluador:

Departamento Derecho Mercantil, Financiero y Tributario

José Carlos Vázquez González

Mónica Fuentes Naharro

Cristina Paredes Serrano

Calificación obtenida: 9

Convocatoria: Febrero 2021

El objetivo principal de este trabajo es conocer los fundamentos y el desarrollo de la función de supervisión del órgano de administración. Tras la reforma del 2010 del Código Penal comenzó a surgir un torrente doctrinal en torno al nuevo modelo de autorresponsabilidad y su conexión con el deber de cumplimiento normativo de los administradores societarios. Para resolver las principales cuestiones, resulta fundamental conocer los principios y evolución del buen gobierno corporativo en los que se fundamenta la función de supervisión y el cumplimiento normativo. Los deberes impuestos a los administradores societarios por la Ley de Sociedades de Capital, y su desarrollo con motivo de la positivización de los principios de buen gobierno corporativo, son tomados por el Código Penal como mecanismo de detección de los delitos societarios. Extremo que cualifica el deber de diligencia del administrador en relación al cumplimiento de la legalidad en la práctica societaria. Si antes la responsabilidad derivada de este deber fiduciario quedaba relegada al orden societario, ahora su repercusión va más allá, pudiendo ocasionar la materialización de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para evitar la derivación de responsabilidad y adoptar un correcto modelo de cumplimiento resulta imprescindible conocer las bases de la función de supervisión y los instrumentos que aporta el derecho societario para su eficaz observancia alejándonos de la hipertrofia del *compliance* y persiguiendo su verdadero objetivo: que la cultura de cumplimiento cale en la estructura y funcionamiento de la praxis societaria.

Palabras clave: función de supervisión, deber de diligencia, cumplimiento normativo, deberes de los administradores, códigos de buen gobierno, gobierno corporativo, *compliance*, responsabilidad penal de la persona jurídica, responsabilidad objetiva de administradores, culpa in vigilando.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. LA FUNCIÓN SUPERVISORA A TRAVÉS DE LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO	4
2.1 Remisión a la función de supervisión en el Derecho europeo.....	4
2.2 La positivización de la función de supervisión en España	11
3. CARACTERIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN	17
3.1 La gestión delegada como causa de la función de supervisión	17
3.2 En qué consiste la función de supervisión.....	22
3.3 Estructura y composición del Consejo de administración.....	27
3.4 La función de supervisión como facultad indelegable	32
4. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA IN VIGILANDO: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	35
4.1 Responsabilidad societaria: la omisión de la supervisión como ilícito culpable.....	35
4.2 <i>Compliance</i> y responsabilidad penal de las personas jurídicas	43
5. CONCLUSIONES	46
6. CITAS Y BIBLIOGRAFÍA.....	49



1. INTRODUCCIÓN

La Ley 31/2014 ha introducido un importante cambio en la LSC en todo lo relativo a los deberes de los administradores. La reforma ha pretendido una delimitación normativa de los principales aspectos del gobierno corporativo. Ese objetivo se ha materializado a través de una profunda revisión de los deberes inherentes al cargo de administrador y su responsabilidad derivada.

Para entender dicha reforma, el presente trabajo hace un breve recorrido por los principales códigos auto normativos en materia de gobierno corporativo a nivel europeo para acabar haciendo mención a los principios finalmente incorporados a la legislación española a través de la Ley 31/2014. Los principios de gobierno corporativo pretenden ser una adecuada garantía de la protección de los intereses del Derecho societario, de ahí la importancia de su inclusión en la nueva Ley de Sociedades de Capital. Poco a poco se está produciendo un movimiento legislativo a favor de un mejor gobierno societario. Una tendencia que ahora también alcanza el Derecho Penal a través del denominado “cumplimiento normativo” directamente relacionado con la función de supervisión del órgano de administración.

Y es que, para garantizar un sistema de gobierno más eficaz y acorde con la legislación y con el interés societario, la función de supervisión del órgano de administración resulta primordial. Tradicionalmente, el administrador societario siempre ha tenido encomendado el deber de hacer cumplir con la legalidad. Como parte de una administración diligente, el control de la gestión societaria cobra especial protagonismo en el marco de los deberes de los administradores y su responsabilidad derivada. El presente trabajo trata de dar contenido a dicha función tan esencial para el desempeño del cargo de administrador a través del análisis de su origen, naturaleza, aspectos e implicaciones principales para terminar haciendo referencia a la responsabilidad derivada de la inobservancia de la función supervisora.

El objetivo de este trabajo es conocer la delimitación y el alcance, cada vez mayor, de la función de supervisión, que, a su vez, se proyecta sobre el resto de los deberes de los administradores y sobre su régimen de responsabilidad. Una aproximación a un debate y reflexión que, si bien lleva muchos años presente en el ámbito del buen gobierno corporativo, se encuentra en plena evolución normativa.



2. LA FUNCIÓN SUPERVISORA A TRAVÉS DE LOS CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO

2.1 Remisión a la función de supervisión en el Derecho europeo

La Reforma de 31/2014, de 3 de diciembre de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo supuso un cambio en los deberes de los administradores de las sociedades de capital. Con el objetivo de mejorar el gobierno corporativo¹, se introdujeron en la nueva Ley normas que modificaron el marco de actuación del órgano de administración reforzando, especialmente, los deberes de diligencia y lealtad, y extendiendo o, si se quiere, clarificando, su régimen de responsabilidad².

No obstante, esta reforma no hubiera sido posible sin el desarrollo normativo y legislativo previo, tanto internacional como comunitario. Esta concienciación sobre la importancia de la transparencia y la responsabilidad en el ámbito empresarial empezó a fraguarse a raíz de la crisis financiera de los años 90. Casos como los de Maxwell o el BCCI concienciarían a gobiernos, inversores y sociedad sobre la importancia de contar con canales de información y mecanismos que reflejaran una imagen fiel de la empresa y controlasen los posibles riesgos, tanto de cara a los agentes internos como externos para poder recuperar así la confianza de los mercados. Empezaron a popularizarse términos como “*corporate government*”, rentabilidad reputacional o gobierno ético.

Las primeras referencias a la cuestión del buen gobierno empresarial fueron fruto de la experiencia y la praxis. Un caldo de cultivo protagonizado por una crisis empresarial, y, en definitiva, contra la ya tradicional utilización de la empresa como autor mediato del

¹ En aras de entender la finalidad de la reforma, especialmente desarrollada en los apartados V y VI del Preámbulo de la Ley, conviene hacer referencia a la siguiente definición de gobierno corporativo incluida en los Principios de gobierno corporativo de la OCDE de 2004: "El gobierno corporativo constituye un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento, así como para fomentar la confianza de los inversores. El gobierno corporativo abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. El gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento."

² La evolución del régimen de responsabilidad de los administradores no se ha dado exclusivamente con razón a la mejora del gobierno corporativo sino, que tuvo un importante desarrollo previo, en el marco de la responsabilidad concursal de administradores.



fraude, que necesitaba de soluciones innovadoras y revolucionarias para poder revertirse. Fue en 1992 cuando, en Reino Unido, la Comisión sobre Aspectos Financieros de Gobierno Corporativo elaboró el Informe Cadbury, precursor de los códigos de buen gobierno que conocemos hoy en día, así como del principio rector que rige en todos ellos: “cumple o explica”. El Informe destaca los aspectos principales para el correcto ejercicio del gobierno corporativo, destacando, entre otros, el deber de control, deber fundamental que más tarde recogerían el resto de Códigos de gobierno. El desarrollo de este código se extendió rápidamente en el mercado anglosajón convirtiéndose en prerrogativa necesaria para que las sociedades cotizadas pudieran abrirse camino de forma competente en un nuevo panorama dirigido por la liberalización de los mercados, la globalización y las nuevas modalidades de fusiones y adquisiciones. El Informe incluyó normas básicas para la gestión, deberes, composición y responsabilidad del órgano de administración, incidiendo, especialmente, en la conexión necesaria para la buena marcha de la sociedad entre accionistas, administradores, auditores y *stakeholders*. La gestión eficiente y transparente eran clave para la inversión. Este cometido se encomendaba de forma directa a los administradores de la sociedad, mediante un deber de supervisión expreso. Como efecto secundario, los nuevos objetivos de buen gobierno acentuaron más las diferencias entre las políticas de actuación adoptadas por los administradores de la empresa y las más afines a los intereses contractualistas de los accionistas. Aumentaba así la tradicional disyuntiva del derecho de sociedades: la brecha entre la gestión y la propiedad de las compañías. La divergencia entre la propiedad de la sociedad y el control gestor crea un potencial conflicto de intereses entre accionistas y administradores³. Los primeros perseguirán optimizar su inversión mientras que, los segundos, tomarán decisiones con el objetivo de potenciar los intereses de la sociedad y/o minimizar los riesgos en los que pueda incurrir.

Como apuntábamos, el Derecho anglosajón fue pionero en desarrollar exhaustivamente las nuevas tendencias en materia de buen gobierno corporativo⁴

³ Vid. MEGÍAS LÓPEZ, J. (2017) “La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa” En RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y ESTEBAN VELASCO, G. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* Navarra: Aranzadi, 2017 Vol. II, págs. 555-590

⁴ Estados Unidos ya tenía cierto recorrido en las funciones atribuidas al Consejo sobre la supervisión de la gestión



señalando la importancia de la independencia del órgano de administración entre otras cuestiones clave. Una posición precursora que continúa, aún hoy, a través de comisiones periódicas, reformas legislativas y grupos de trabajo permanentes sobre *corporate governance*.

En España, en el año 1998, el Informe Olivencia, a propuesta del Consejo de Ministros, comenzó a desarrollar en nuestro país las normas de buen gobierno corporativo. Las recomendaciones del Código Olivencia fueron orientadas a la transformación del tradicional modelo monista gerencial a un nuevo modelo monista de supervisión basado en los principios del gobierno corporativo. En definitiva, lo que el propio Código calificaba como “orientación de la política de la compañía y control de las instancias de gestión”. Concretamente, en lo que respecta a la función supervisora del órgano de administración, en su Recomendaciones 2 y 3 señalaba la importancia del consejero independiente en la composición del Consejo de administración para contribuir al mejor desempeño de sus deberes y funciones. Olivencia ya otorgaba a la función de supervisión un carácter básico dentro de los deberes del órgano de administración que, más tarde, pasaría a formar parte del texto legislativo a través del artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital. El sistema anglosajón y el Informe Olivencia fueron coincidentes al atribuir la función de supervisión al órgano de administración y, de forma singular, a los consejeros independientes.

Poniendo el foco sobre otros ordenamientos de derecho continental, en Alemania, también se adoptaron políticas de desarrollo de buen gobierno corporativo. No obstante, la condición dual del sistema alemán ha permitido, históricamente, una mejor asunción de las normas de gestión societaria y, en general, una función de supervisión más eficaz⁵. El Consejo de Vigilancia, órgano encargado de supervisar la administración societaria, se vio reforzado por el Código de Buen Gobierno Alemán del año 2000 introduciendo comisiones de supervisión dependientes del mismo. Este modelo favorece la independencia y solidifica la función de supervisión, simplificando la atribución de responsabilidad de forma más clara que en el ordenamiento español —como se analizará

⁵ Ya en los años 70 países como Estados Unidos adoptaron de forma decidida el *monitoring model* adaptando la especialización del Consejo de Administración a la función de supervisión.



más adelante⁶. Por un lado, la competencia de implementar el buen gobierno corporativo efectivo en la sociedad se encuentra focalizada y, por otro, consecuentemente, la imputación de responsabilidad por el no cumplimiento de la función de control queda claramente atribuida al órgano supervisor. Sin embargo, el panorama societario español está protagonizado por un sistema de administración monista, lo que ha despertado críticas entre autorizada doctrina sobre la procedibilidad de adoptar un sistema de gestión y supervisión diferenciados, separando ambos órganos en cuanto a funciones y responsabilidades⁷. Esto no quita que, efectivamente, puedan introducirse mecanismos novedosos y eficaces de supervisión en el sistema monista, tal y como se ha hecho de forma ejemplar en ordenamientos como el italiano, el holandés o el francés⁸. Tanto así, que, a propósito de las diferencias entre ambos sistemas de organización, la Comisión de Expertos de 2013 afirma la ausencia de evidencias estadísticas en las que se ponga de manifiesto que el sistema monista sea menos eficaz en materia de gestión y, especialmente de supervisión, que el sistema dualista⁹. Sin perjuicio de otras posturas doctrinales que abogan por la conveniencia de, al menos la posibilidad, de poder optar por el sistema dualista como opción para la estructura del órgano de administración de las sociedades de capital¹⁰.

⁶ Como es sabido, nuestra ley también prevé la adopción del sistema dual de administración mediante opción estatutaria, sin embargo, se prevé únicamente como opción para la sociedad anónima europea (Sección 2ª del Capítulo IV arts. 476 y ss. LSC).

⁷ ESTEBAN VELASCO, G: (2006) “La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado”, En: *Derecho de sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)* Navarra: Aranzadi, p.760

⁸ También se prevé el sistema dualístico en el *Codice Civile italiano* Libro V, Título V, Capítulo 5 donde, en base al artículo 2409-octies, se puede fijar en estatutos la existencia de un Consejo de gestión y otro de vigilancia. Sin embargo, en su sistema monista, el órgano de administración ya tiene atribuida una función de vigilancia reforzada competencia de los consejeros no delegados a través de instrumentos como el del Colegio Sindical.

⁹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO: (2013) “Estudio sobre propuestas de modificaciones normativa”, Madrid: CNMV.

¹⁰ ALONSO UREBA, A.: (2015) “El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015” en *Revista de Derecho de Sociedades n° 45*, pág. 23-146: “La respuesta normativa se ha producido en las recientes reformas europeas en dos niveles distintos y complementarios. De un lado, a través de la progresiva generalización del sistema o modelo dual que, según ordenamientos, o se impone o se contempla al menos como opción estatutaria, partiéndose al respecto de que la garantía de una supervisión permanente y profesional de la dirección solo es posible desde una instancia societaria especializada en dicha función. Y de otro, a través de lo que se ha denominado el monismo revisado o renovado que ha sido la opción española en 2014. Ambas vías tienen además un efecto de complementariedad, toda vez que al permitirse al menos la libre opción de las sociedades a través de sus estatutos por uno u otro sistema, se introduce un factor comparativo en cuanto a transparencia, eficiencia,



Volviendo al análisis de la evolución de las normas de buen gobierno en el Derecho comparado, nos encontramos con el caso del sistema francés. Se trata de un modelo intermedio entre el monista y el dualista. Tras la reforma de 2001 con el *Code de Gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*¹¹, los Principios de Gobierno Corporativo de 2003 introdujeron la recomendación de asignar cuatro tipos de funciones al órgano de administración, destacando, para el objeto del presente trabajo, la atribución de la función de control de la estrategia empresarial de forma que se garantizara su independencia. Un instrumento fundamental para que la función de supervisión cobrara sentido completo, como ya venían apuntando las recomendaciones contenidas en el Informe Cadbury y Olivencia, entre otros.

No obstante, la naturaleza autorregulatoria de los códigos de buen gobierno parecía insuficiente para paliar los riesgos derivados de su incumplimiento. Por ello, los diferentes sistemas normativos comenzaron a positivizar algunas de las recomendaciones para así intentar alcanzar la empresa perseguida: la adopción eficaz por las sociedades de capital de las normas de buen gobierno corporativo. En el Derecho inglés, la *Companies Act* de 2006 reguló los deberes de los administradores desde una perspectiva de órgano de administración flexible y adaptable a los distintos tipos de sociedades. Una sustanciación que empezó a extenderse, no sólo en el derecho anglosajón, sino también en el derecho continental. En Francia, la reforma del Código de Comercio acometió una modificación del modelo monista manteniendo facultades indelegables en el Consejo mientras que mantenía como núcleo esencial de sus funciones el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la estrategia de gestión decidida por el Consejo pero ejecutada por la línea directiva, que no necesariamente tiene que reunir la condición de administrador¹².

costes y adecuación a las exigencias de la propia realidad empresarial, lo que servirá de base para la revisión de los sistemas, siendo además la opción entre uno u otro sistema un elemento de valoración por los inversores/mercados, todo lo cual ha hurtado la reforma española al ni siquiera contemplar el sistema dual como una opción a disposición de las sociedades vía estatutos sociales”.

¹¹ Cabe mencionar la Ley francesa de 15 de mayo de 2001 sobre las nuevas regulaciones en la cual se introducía un modelo de consejo de administración revestido de las más amplias facultades y poderes de gestión.

¹² “La doctrina francesa interpreta que el consejo tiene «un poder general de vigilancia» y, además, un «poder de intervención concreto y selectivo» que implica el poder de avocación general y el de reclamar su decisión para asuntos concretos” COURET, A.(2005), “El tercer sistema en el Derecho francés después de la reforma de 2001”, En *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, AAVV, RdS, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pág. 124.



En 2002, Alemania promulgó leyes de transparencia y publicidad con el objeto de impulsar el buen gobierno corporativo. Posteriormente, en 2005, incluyó reformas legislativas sobre la integridad de empresa. Italia, introdujo en el año 2003 en su Código Civil normas para la tutela del gobierno corporativo, definiendo de forma más concreta la función de supervisión del órgano de administración, y en 2005 añadió sucesivas modificaciones con la misma finalidad en el *Testo Unico della Finanza Decreto Legislativo 58/98*¹³. Se introduce la posibilidad de que las sociedades puedan optar por un modelo dualista dividido en un consejo de vigilancia y otro de gestión¹⁴. En Francia, se comenzaron a desarrollar leyes y ordenanzas y se incluyeron variaciones en el Código de Comercio. En España el proceso se inició con diversas leyes orientadas, fundamentalmente, a la regulación del Mercado de Valores, las sociedades europeas (con vistas a trasponer lo dispuesto por las Directivas) y otras reformas de carácter generalmente provisional y compartimentado, sin ahondar en profundas modificaciones de las leyes societarias¹⁵.

En el año 2003, volviendo a la normativa interna, el Informe Aldama, a pesar de que no introdujo grandes cambios en cuanto a la función de supervisión, empezaba ya a abogar por un modelo imperativo de aplicabilidad *erga omnes* de las recomendaciones al observar las carencias aplicativas del resto de los códigos —fruto de su naturaleza potestativa. El Informe Aldama remarcaba la responsabilidad de los administradores a la hora de elaborar el Informe Anual de Gobierno Corporativo y su deber de primar la supervivencia de la sociedad a largo plazo. Entre otros mecanismos, subrayó, en su Punto

“Esta revisión sustantiva del modelo monista en la reforma francesa de 2001, explica la cercanía y sintonía de las recomendaciones de buen gobierno francesas con el referido modelo legal, lo que, como hemos expuesto, no sucede con el UK Corporate Governance Guide inglés y el Codice di Autodisciplina italiano respecto de modelo monista legal en uno y otro ordenamiento” (ni tampoco en el español) ALONSO UREBA, A: (2015) ob. Cit.10, págs. 23-146.

¹³ En el artículo 2409-octiesdecies b) del Código Civil italiano se remarca la obligación del órgano de administración de valorar la dimensión y adecuación de la estructura de la sociedad que gestionen en base al alcance, naturaleza y dimensión de la empresa siguiendo con las exigencias que estos factores le dicten.

¹⁴ Más allá del colegio sindical (art. 2.403 *Codice Civile*) característico de su estructura societaria tradicional, órgano de administración que ya venía siendo distinto e independiente al órgano de administración que, con la reforma, se convertirá en régimen general subsidiario cuando no se opte por alguno de los otros dos modelos de administración (monista con comité interno de control o dualista). Órgano que, con la reforma, también se ve reforzado al ampliarse su actuación a la supervisión, no solo de los administradores, sino también de los directivos (art. 2403-bis *Codice Civile*).

¹⁵ Cabe mencionar la introducción en 2003 del deber legal de “informarse diligentemente de la marcha de la sociedad”.



3, la importancia de la composición del Consejo por un número significativo de Consejeros externos, como ya recomendaba el Informe Olivencia, conectando esta Recomendación con la estructura accionarial y de capital de la sociedad.

Del creciente desarrollo normativo de la Unión Europea en la disciplina del gobierno corporativo destaca singularmente la Recomendación 2005/162 CE de 15 de febrero de 2005 por tratar la cuestión de la función de supervisión del órgano de administración. Esta recomendación introdujo como medida de intervención en el marco de la supervisión la necesaria expresión de la oposición del administrador que considere que alguna decisión del Consejo puede perjudicar a la empresa. Una recomendación que se incluiría en la Recomendación 33 del CUBG subrayando la importancia de que los consejeros dejen constancia de las propuestas que consideren improcedentes explicando sus observaciones.

Sucesivamente a las recomendaciones comunitarias, los países miembros empezaron a dar cobertura legislativa a lo que, hasta ahora, habían sido recomendaciones generalmente potestativas, (a excepción de algunos casos referidos fundamentalmente a sociedades cotizadas, como se ha apuntado en el caso español con la Ley 26/2003, de 17 de julio, de reforma de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas para reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas).

En España, en el año 2006, se creó un Grupo de Trabajo Especial para armonizar las normas de buen gobierno corporativo y adaptarlas, principalmente, a las Recomendaciones comunitarias 2004/913/CE, 2005/162/CE y 2009/385/CE. Como resultado, el Código Unificado de Buen Gobierno siguió prestando especial atención a la composición del Consejo de administración, recomendando que, al menos un tercio de los consejeros fueran independientes, entre otras previsiones para la mejora del gobierno corporativo. Máxima que también fueron recopilando otros Códigos europeos como el *Code de Gouvernement d'entreprise des sociétés cotées* en el año 2008 o el *Deutscher Corporate Governance Codex* en 2009. El CUBG de 2006 profundizó en el marco de desarrollo de la función de supervisión desarrollando diferentes aspectos de su composición y atribuyendo directamente al órgano de administración las funciones de control y gestión del riesgo de la sociedad. En su Recomendación 8 el CUBG señaló como función principal del órgano de administración la de supervisar y controlar el



cumplimiento de los objetivos marcados y el respeto del interés social por parte de la Dirección de la compañía¹⁶.

En 2013 se creó una Comisión de Expertos con el objetivo de actualizar los principios corporativos contenidos en el CUBG de 2006 e impulsar propuestas normativas que garantizaran su aplicación. Finalmente, en 2015 la Comisión de Expertos publicó la nueva versión del Código de Buen Gobierno recogiendo los principios generales contenidos en el derecho positivo. En los últimos años no se habían producido cambios significativos en el ámbito del gobierno corporativo hasta la reforma del pasado mes de junio. Una revisión parcial del Código de Buen Gobierno de 2015 cuyas líneas principales se centran en el fomento de la paridad de género en los órganos de administración y la clarificación de algunas cuestiones relativas a la remuneración de consejeros.

2.2 La positivización de la función de supervisión en España

El vigente Código de Buen Gobierno, estructura la función de supervisión en tres ejes fundamentales: “orientar e impulsar la política de la compañía (responsabilidad estratégica), controlar las instancias de gestión (responsabilidad de vigilancia) y servir de enlace con los accionistas (responsabilidad de comunicación)”¹⁷. No obstante, más allá de la *soft law*, España también comenzó a manifestar una tendencia positivista en favor de ciertas recomendaciones de gobierno corporativo. La Ley Financiera de 2002, a pesar de su remisión parcial a la función de supervisión (esencialmente auditoría de cuentas e información de resultados), adopta por primera vez en un texto legal el modelo de consejo monista supervisor —tomando como referencia el Informe Aldama. Seguidamente, la Ley 26/2003 de reforma de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas para reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas incorporó buena parte de las recomendaciones contenidas en los Códigos, especialmente en lo relativo a los mecanismos de información hacia los mercados sobre las normas de autogobierno adoptadas por la sociedad. La LMV reforzó la transparencia imponiendo al órgano de administración medidas como la creación de un comité de supervisión

¹⁶ MATEU DE ROS CEREZO, R.: (2017) *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Navarra: Aranzadi. p.273

¹⁷ Las nuevas tendencias comunitarias sobre gobierno corporativo parecen ir orientadas a la implicación de la Junta en la sociedad. Se pretende reforzar la vinculación de los accionistas con la sociedad a la que pertenecen. Una conexión que busca fomentar la transparencia y la responsabilidad social corporativa en el conjunto de la sociedad.



compuesto por consejeros no ejecutivos y la publicación de un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Esta Ley hizo hincapié en el deber de información de las sociedades cotizadas a través del mecanismo de información de un espacio electrónico informativo obligatorio para las sociedades cotizadas. También hacía referencia a los deberes generales de diligencia y lealtad que, más tarde, desarrollaría la Reforma de la Ley de Sociedades de Capital.

“En este panorama, se precisa el establecimiento de técnicas que permitan alcanzar un adecuado equilibrio en la organización de la administración y dirección de estas sociedades y la garantía de los intereses sociales de sus integrantes, cuyo reflejo directo se halla —entre otros aspectos— en los principios y recomendaciones de buen gobierno corporativo”¹⁸. Dentro de la preocupación por mejorar el gobierno corporativo de las sociedades, las funciones y deberes del órgano de administrador han cobrado un papel fundamental, siendo la función de supervisión el instrumento por excelencia para su aplicación efectiva. Tanto la *soft law* como la *hard law* han ido desarrollando diversos mecanismos para la consecución de este objetivo, siendo la función de supervisión garante de todos ellos.

En el año 2010 se dispuso el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) aunque aún con carencias aplicativas derivadas de la anterior Ley de Sociedades Anónimas que impedían una adecuada delimitación competencial y funcional del órgano de administración de las sociedades de capital y presentaba algunos problemas en la adopción de las normas de gobierno corporativo¹⁹. Llegaría entonces la Reforma de 2014 para tratar de paliar dichos problemas en la práctica societaria. “Esencialmente lo que hace la Ley 31/2014 es trasladar a la norma con carácter imperativo el núcleo de recomendaciones y definiciones del CUBG de 2006 relativas a las competencias del consejo (recomendación 8) y a su estructuración y funcionamiento sobre la base de una concreta tipología de consejeros y la configuración de comisiones internas con ámbitos

¹⁸ VÁZQUEZ RUANO, T. (2018). *Principios de corporate governance: la personificación de la función supervisora de la administración societaria*. Madrid, Dykinson. 2018 pág.43.

¹⁹ El Estudio de la comisión de expertos de 14 de octubre de 2013 merece especial mención por ser prerrogativa necesaria para el ulterior desarrollo de la LSC. Además la comisión nace con un doble objetivo: por un lado, la revisión del CUBG de 2006 y por otro, la propuesta de reforma de la LSC de 2010, de ahí la adecuación que presenta la Reforma de 2014 en lo relativo a las normas de gobierno corporativo.



funcionales de supervisión especializado por materias (recomendaciones 44 y ss. en relación a las llamadas comisiones de supervisión y control, y definiciones del CUBG) (...). Se pretende así en Derecho español establecer el encaje entre el modelo legal y el de autogobierno en relación a la configuración competencial del consejo, de modo que el predominio de la autorregulación frente a la regulación imperativa o dispositiva se invierte con la reforma de 2014 al trasladarse a la LSC el modelo de consejo del CUBG de 2006²⁰. Por primera vez se incluyó en la legislación societaria una enumeración de materias, competencias y facultades indelegables del consejo de administración. La reforma de la ley societaria consolidó algunas de las recomendaciones principales en materia de gobierno corporativo. Esta Ley —siguiendo la tendencia que se advertía, no solo en los sucesivos códigos de buen gobierno, sino también en el Derecho positivo a través de leyes como la Ley 26/2003, de 17 de julio, de reforma de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de Sociedades Anónimas para reforzar la transparencia de las sociedades anónimas— cotizadas abrió paso a una reforma del Derecho societario. La nueva LSC supuso una revolución en materia de Derecho corporativo y, especialmente, en los deberes de diligencia y lealtad de los administradores de las sociedades de capital, así como de su régimen de responsabilidad²¹.

El artículo 127.2 de la Ley de Sociedades Anónimas ya incorporaba el deber de informarse diligentemente de la marcha de la sociedad. Sin embargo, la nueva LSC, además de profundizar en el deber de diligencia, introdujo la necesidad de que el órgano encargado de gestionar y administrar la sociedad fuese el órgano de administración quien, a su vez, debería ejercer la función de supervisión. Para ello, fue clave la protección del buen gobierno corporativo a través de figuras como el consejero independiente, las comisiones de auditoría, las facultades indelegables, las políticas de retribución de administradores, la abstención en votaciones conflictuadas, el régimen de responsabilidad

²⁰ ALONSO UREBA, A.: (2015), ob. Cit 10 págs. 23- 146.

²¹ A pesar de la incorporación de la nueva LSC de gran parte de las normas de gobierno corporativo, de la incipiente tendencia al refuerzo de poder de la Junta General y de la reforma en materia de deberes y régimen de responsabilidad de los administradores, bien es cierto que, en cuanto al ámbito competencial y funcional de del órgano de administración, no introdujo cambios significativos limitándose a aludir a la “gestión y representación en los términos establecidos en la ley”, como ámbito competencial del consejo, reproduciendo en esencia en el art. 249 el antiguo art. 141 TRLSA/1989.



social, el deber de información o la inclusión del consejero coordinador independiente cuando concurra en una misma persona la condición de Presidente del Consejo y Consejero Ejecutivo, entre otras²². Se ampliaron las competencias de la Junta General (en adelante JG) (activos esenciales art. 160 LSC, facultades de intervención gestora art. 161 LSC, política de remuneración de Consejeros y transparencia²³ en políticas de retribución en cotizadas arts. 511 bis LSC, 529 novodecies, retribución de administradores art. 217 LSC), se redujo, en ciertos escenarios, el porcentaje mínimo para el ejercicio de los derechos de minorías, se limita el mínimo de capital exigible en estatutos para la asistencia a la JG (art. 521 bis LSC), se establece la obligatoriedad de la votación separada de asuntos esenciales en la JG (art. 197 bis LSC), se introducen medidas tendentes a evitar y resolver los conflictos de interés, se fijan mayorías para la adopción de acuerdos ordinarios y mayorías reforzadas para los acuerdos especiales (arts. 201 y 194 LSC), se potencia el derecho de información de los accionistas (arts. 197 y 520 LSC), se incluye, para cotizadas, la obligación de auditar cuentas (art 539.4 LSC) además de otras medidas para la protección del interés social (arts. 204, 205, 251 y 495 LSC).

Todas estas novedades, encauzadas a contribuir a la transparencia de la sociedad, favorecieron, a su vez, un cierto control sobre la gestión y fueron acompañadas de medidas orientadas, directamente, a cualificar la función de supervisión y su desempeño por el órgano de administración²⁴.

Las funciones del administrador y su régimen de responsabilidad se articulan alrededor de dos pilares fundamentales: los deberes de diligencia y lealtad, siendo el primero de ellos el que conecta directamente con la función de supervisión del administrador por ser precisamente la falta de observancia de esa diligencia la que genera eventual responsabilidad. Con la modificación de la LSC se concretó, a través de los artículos 225 y 226, el deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar

²² Vid. CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO, L.: (2012) “Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro verde de la UE sobre Gobierno Corporativo” en *Documentos de Trabajo del Departamento Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid* EPrints Complutense.

²³ También en materia de transparencia otra medida cuya competencia se atribuye a la JG Informe Anual de Retribuciones de los consejeros artículo 541 LSC, aunque solo prevé su votación con carácter consultivo).

²⁴ Se introdujeron otras medias relativas a la mejora del buen gobierno corporativo, pero no orientadas directa o exclusivamente a la transparencia, independencia o función de supervisión del órgano sino a otras cuestiones como la paridad en los órganos de administración que salen de la esfera del objeto de este trabajo.



las decisiones de gestión (entre ellas, claro está, la de adoptar, no adoptar, y hacer un seguimiento adecuado a la política de gestión de riesgos). Con ello, se extiende, además, el régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y se facilita la interposición de la acción social de responsabilidad (arts. 236, 239 y 241 bis). La conjugación de estas dos máximas, permitirán, como se analizará en próximos capítulos, la atribución de responsabilidad al órgano de administración, o a quien actúe como tal, por no supervisar diligentemente el cumplimiento normativo (en el sentido amplio de la función: informarse, reaccionar y controlar en línea con lo dispuesto en el artículo 225 LSC).

Una de las medidas más novedosas de la LSC es la introducción en el cuerpo normativo de un listado de facultades indelegables, tanto para sociedades no cotizadas (art. 249 bis) como para cotizadas (art. 529 ter). Se incrementan así las competencias exclusivas del órgano de administración, no solo aumentando su control sobre materias esenciales de la gestión, sino ampliando su esfera de supervisión y, por consiguiente, su régimen de responsabilidad derivada. Se establece un mínimo de cuatro reuniones anuales, una por trimestre, para todas las sociedades (art. 245.3) con vistas a favorecer la transparencia y el derecho de información. En las sociedades cotizadas, los consejeros tienen la obligación de asistir a las sesiones (art. 529 quáter) volviendo a incidir sobre el deber de información. Se introduce la obligatoriedad de la figura del consejero coordinador especialmente facultado cuando el cargo de Presidente de la sociedad recaiga en un consejero ejecutivo (art. 529 septies), una medida tendente a favorecer la supervisión de las funciones delegadas y la independencia del Consejo. Al igual que las comisiones de retribución, con marcado carácter supervisor frente a funciones delegadas potencialmente conflictivas. Una supervisión que, como veremos más adelante, se cualifica necesariamente con la delegación²⁵. Las propuestas de nombramiento o reelección de los miembros del consejo de administración, si se trata de consejeros independientes, corresponde a la comisión de nombramientos y retribuciones, en los demás casos, al propio Consejo y, en el caso de consejeros no independientes, la propuesta de nombramiento o reelección también deberá ir precedida de informe de la comisión de nombramientos y retribuciones (art. 529 decies. De 4 a 7). Se incluye también una

²⁵ Vid. "3.1 La gestión delegada como causa de la función de supervisión"



referencia en el artículo 540 en la LSC al contenido necesario del Informe Anual de gobierno corporativo.

Se observa, así, como se produce una verdadera metamorfosis del Derecho de Sociedades en lo relativo al buen gobierno corporativo. Desde un punto inicial en los años 90, impulsado por los mercados, hasta una exhaustiva positivización de medidas legislativas concretas pasando por un amplio desarrollo e investigación de la gran mayoría de ordenamientos de nuestro entorno. Todo ello con un claro objetivo: construir un órgano de administración cuya función principal sea la de supervisar la gestión ordinaria de la sociedad. La reforma del Código Penal de 2015 sería el acicate que terminaría de impulsar la función de control del órgano de administración. La redacción del artículo 31 bis conectó directamente el deber de diligencia y supervisión de los administradores con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La gestión y supervisión del riesgo de la sociedad dejaba de ser una cuestión meramente societaria. El fundamento volvía a ser el mismo que inspiró a los Código de Buen Gobierno: la transparencia y responsabilidad en la gestión persiguiendo el cumplimiento normativo de las sociedades de capital.

Como contrapartida cabría resaltar que, si bien la introducción de dichas medidas contribuye a la observancia de las normas de gobierno corporativo, la reforma de la ley societaria no apostó por un cambio estructural que garantizase una supervisión plenamente independiente ya que no se introdujo ningún órgano societario distinto al de administración para la supervisión de la gestión societaria, como sí ocurre en otros sistemas. Nuestro Derecho interno se fundamenta en un régimen de responsabilidad homogéneo y, sin perjuicio de los avances en el marco de obligaciones de los administradores y las diferenciaciones entre categorías de Consejeros en base a sus funciones, sigue existiendo un único sistema de administración monista en donde se encomienda a los deberes y funciones del órgano administración la función de dirigir y a la vez supervisar la buena marcha y cumplimiento normativo de la sociedad. Una tipología de administración societaria que claramente contrasta con el tan heterogéneo panorama societario español. Un modelo poco flexible, teniendo en cuenta su necesidad de adaptación tanto para sociedades familiares como para cotizadas, sociedades con estructuras organizativas tan diversas en la praxis.



3. CARACTERIZACIÓN DE LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN

La función de supervisión, como hemos visto, tuvo un remarcado protagonismo en la evolución de los Códigos de Buen Gobierno. No obstante, la vigilancia no solo está prevista para el cumplimiento de las normas de buen gobierno sino, de forma conjunta, para la consecución del interés social. Tanto así, que la importancia de la función de supervisión no surge exclusivamente del mandato bien legal, bien de los Códigos, sino que es un deber inherente al cargo y, por tanto, exigible de forma autónoma como deber del administrador en el desempeño de su cargo.

La importancia de la función de supervisión en el Derecho societario se ha visto reforzada en la última década. Y es que, más allá de la función de control, dentro del marco de la administración diligente del artículo 225 LSC, la supervisión ha pasado a ser presupuesto necesario para la exención, o en su caso atenuación, tanto de la responsabilidad de la persona jurídica como del administrador a través del artículo 31 bis del Código Penal cualificándose de especial forma la supervisión del cumplimiento normativo.

3.1 La gestión delegada como causa de la función de supervisión

El artículo 249 permite la delegación de facultades en el ámbito de la administración societaria²⁶. Con la delegación de funciones es aras de una mejor operatividad societaria es cuando comienza a plantearse la importancia de la función supervisora. Surgen así dos tipos de administradores: los ejecutivos o, los que se ocupan de la gestión cotidiana de la sociedad y los no ejecutivos, administradores que formalmente pertenecen al órgano de administración pero que no llevan a cabo la ejecución de las funciones propias del negocio²⁷. A raíz de la extensión de esta estructura de delegación se ha ido haciendo una distinción entre ambos tipos de administradores. Mientras que la función de los primeros es, como su terminología indica, ejecutiva e impulsa la marcha de la sociedad, la función de los segundos se caracteriza por un marcado componente supervisor.

²⁶ El funcionamiento del órgano de administración a través de comisiones delegadas no solo se permite, sino que se impone para sociedades cotizadas en lo relativo a auditoría y nombramientos y retribuciones (arts. 529 terdecies, quaterdecies y quindecies LSC).

²⁷ Las diferentes categorías de consejeros se encuentran definidas expresamente en la ley — de nuevo para las sociedades cotizadas— en el art. 529 duodecies LSC.



Esta distinción de funciones — la cuál suele producirse normalmente en sociedades medianas y grandes—, también puede percibirse en el texto del artículo 225 LSC²⁸. Con la evolución sobre la delimitación del deber de diligencia de los administradores, el citado precepto incorporó criterios de valoración característicos de la gestión de medianas y grandes sociedades que distinguiese entre la diligencia esperada para ambos tipos de administradores.

A través de la fórmula de la delegación de facultades se pretende facilitar la gestión y representación de la sociedad potenciando la eficiencia en la gestión. Un objetivo que se observa claramente en la exposición de motivos del vigente Código de buen gobierno: “la importancia y variedad de las funciones de supervisión y control que corresponden al consejo de administración aconsejan que, con independencia de que le corresponda las facultades últimas de decisión, este cuente con órganos de apoyo, con informes y estudios y preparación de asuntos» (apartado III.3.4), lo que servirá para la «mejora del control» de las empresas a la vez que «asegura una adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades» (apartado I.1)”²⁹. La doctrina también incide en la maximización de la eficiencia en la gestión social a través de la delegación de facultades. Se aboga por que el Consejo de administración mantenga la supervisión de la gestión social, mientras que las funciones ejecutivas se desempeñen por los consejeros delegados o por las comisiones ejecutivas, que las desarrollan de manera más eficaz como si de un sistema dualista se tratase³⁰.

La delegación permanente de facultades podrá acordarse de modo unipersonal, en cuyo caso la designación recaerá sobre uno o varios consejeros delegados, o bien de modo pluripersonal, mediante la creación de comisiones ejecutivas: en ambos casos conlleva que un trasvase de facultades en la esfera de determinadas decisiones, con la relevancia que ello comportará en cuanto a derivación de responsabilidad tanto para el órgano

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015) “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, pág. 898.

²⁹ ALONSO, UREBA, A.: (2019) “Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada” en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55, pág. 56.

³⁰ LEÓN SANZ, F.(2015) “Delegación de facultades del Consejo de Administración”, En: *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, pág. 499



delegante como para los delegados³¹. La delegación de funciones cualifica el deber de control de los administradores. El deber se refuerza con la delegación ya que, de un lado, el deber es inherente a su cargo, y, por otro, anejo a la ejecución de su competencia por un tercero, lo que implica la supervisión del correcto ejercicio de la delegación por el consejero ejecutivo —como en cualquier contrato de mandato— e, incluso, la separación del criterio de las comisiones si el Pleno del órgano de administración así lo considerara³². Así lo establece autorizada doctrina mercantilista, cuando afirma la relevancia que comporta la delegación de facultades del Consejo de administración a favor de los consejeros ejecutivos: “Con todo, el consejo actuará siempre como supervisor de la gestión que desarrollan los delegados, por lo que se opta por un sistema de organización que se aproxima a los sistemas dualistas, en los que existe un órgano con funciones de supervisión (órgano de vigilancia) y un órgano de gestión y representación de la sociedad (órgano de dirección)³³”. “No es que a esos consejeros se les den funciones individuales, sino que su adscripción dentro del consejo les obliga a participar ocasionalmente en aspectos de la gestión, a la vez que deben actuar de manera permanente en la supervisión de los consejeros ejecutivos³⁴”.

Teniendo clara la cualificación de la función de supervisión que se produce sobre los consejeros no ejecutivos con la delegación de funciones, conviene clarificar que la supervisión del órgano de administración está supeditada a los límites del organigrama de la empresa. No se puede pretender que cada uno de los miembros del órgano de administración alcancen un control total sobre cada una de las delegaciones efectuadas³⁵.

³¹ Sobre la creación y composición de las comisiones ejecutivas, ya el art. 15.1 del Reglamento tipo de la CNMV definía las comisiones delegadas como “un consejo reducido que debe reproducir «razonablemente» la misma composición del consejo en cuanto a la distribución de sus miembros entre consejeros ejecutivos, dominicales e independientes que tendrá delegadas de manera permanente todas las facultades delegables”.

³² En algunos casos la ley establece para sociedades cotizadas que el Consejo tome determinadas decisiones “a propuesta de las comisiones” en cuyo caso, si quiere separarse de la posición del Informe de la comisión ad hoc tendrá que solicitar una nueva propuesta.

³³ GUERRERO TREVIJANO, C.: (2014) *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Thomson Reuters Civitas, pág. 187.

³⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J: (2015), ob. Cit. 28, pág. 900.

³⁵ Es así como, a pesar de la indelegabilidad de la función de supervisión, comienza a plantearse la posibilidad de delimitar un ámbito propio de responsabilidad a las comisiones. Si bien es cierto que el órgano de administración, en su deber supervisor, tiene la tarea de subsanar los defectos o irregularidades



La solución a esta situación es denominada por la doctrina como “escalonamiento en el control”. “La competencia para disponer un sistema global de control interno sobre la gestión está escalonada, en atención a la competencia para llevar a cabo dicho control; en otras palabras, la definición del sistema de control sobre cada nivel de gestión debe ser competencia del titular de la función de control respectiva. De modo que, mientras que el CdA es la instancia competente para establecer y supervisar el sistema de control intra-órgano y hasta el nivel directivo superior fuera del Consejo, los consejeros ejecutivos detentan la competencia para disponer el sistema de control de las instancias directivas inferiores. En el primer caso estamos en una rama propia del *corporate governance* (societario) en sentido estricto; en el segundo nos introducimos en las ramas de la organización y control propias de la disciplina de la administración de empresas³⁶”. El sistema de escalonamiento es un sistema de control interno no solo operativo y asumible, sino también clarificador a efectos de atribución de responsabilidad. No obstante, en la jerarquía necesaria que implica la gestión de una sociedad, se delega intrínsecamente parte del control que, de facto, es consecutivo a la realización de una acción en primera persona. Se debe jugar con estas dos premisas para no caer en el utópico e inoperativo control total y completo de la sociedad ni, tampoco, por el contrario, vaciar de contenido el deber de supervisión amparándose en la delegación de funciones cayendo en la nociva figura del “consejero durmiente”.

La función del consejero no ejecutivo se trata, no de fiscalizar la tarea de la comisión delegada obstaculizando su funcionamiento, sino de supervisar que su gestión y procedimientos se hacen de forma adecuada³⁷. Esto es, que cumple con las normas y procesos necesarios para un desempeño diligente de su actividad.

A pesar de la máxima general que rige la supervisión en la delegación: vigilancia de la ejecución sin obstaculizar su desempeño, puede darse la circunstancia en la que el

provenientes de las comisiones delegadas, pueden producirse situaciones en las cuales, en el marco del desarrollo funcional de la comisión se produzcan supuestos negligentes en la gestión delegada que generen responsabilidad.

³⁶ MEGÍAS LOPEZ, J: (2012) *El Consejero independiente. Estatuto y funciones*, Madrid: Wolters Kluwer España, pág. 474.

³⁷ Recordemos que, tradicionalmente, las anteriores leyes societarias de Derecho interno los administradores no solo tenían la función de vigilar, sino que dirigían de forma directa incluso en las funciones delegadas, manteniendo en todo momento las facultades delegadas como propias tratándose, en realidad, de una subordinación de funciones en lugar de una delegación propiamente dicha.



administrador vigilante deje de un lado la supervisión sintética para pasar a la intervención. La supervisión, si bien se intenta evitar y prevenir a través de medidas de control iniciales, constituye la tercera fase de la función y, por tanto, se convierte en necesaria cuando, fruto de la información recabada, se observa que la actuación delegada se separa del interés social o de los límites de cumplimiento. Ciertamente es que la intervención está relegada a situaciones eventuales y que, lo ideal, es que no se tenga que llegar a un escenario de intervención. Sin embargo, ni la operatividad en la delegación ni la *business judgement rule* podrían justificar una ausencia de intervención del consejero supervisor frente a una situación contraria a los intereses societarios³⁸. Con la debida precaución en la intervención, el administrador debe actuar ante situaciones que lo requieran como parte del ejercicio de una función de vigilancia diligente. Sobre la naturaleza de la intervención, la doctrina mercantilista señala: “El modo más lógico de proveer este tipo de obligaciones consistiría en exigir una valoración expresa sobre la información facilitada por los ejecutivos en el marco del sistema de remisión de informes en torno a los diferentes asuntos de la gestión delegada, y en los momentos precisos en que aquella se suministra; una información que, de conformidad con su finalidad de control, debiera ser puesta a disposición de los consejeros ejecutivos como destinatarios. Así, atendiendo al contenido, modo y tiempo de suministro de los informes, sería coherente una valoración periódica o puntual por escrito sobre las operaciones relevantes, las situaciones o circunstancias de especial importancia, y los cambios en las estructuras societarias notificados por los ejecutivos”³⁹.

Así, concluimos que la delegación de funciones —necesaria en la práctica societaria— no traslada —ni si quiera atenúa— el deber de control del administrador delegante, sino que, en realidad, cualifica ese deber imponiendo unos estándares de diligencia más exigentes para los consejeros no ejecutivos. La supervisión deberá ser ejercida obteniendo toda la información posible de la actividad delegada, reuniendo la capacidad para analizarla e interviniendo en aquellos casos en los que la actividad delegada se separe del interés social y/o del cumplimiento normativo.

³⁸ DI NANNI, C.: (1999) *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli: Jovene Editore, pág. 215.

³⁹ MEGÍAS LOPEZ, J. (2012) ob. Cit 36, pág. 540.



3.2 En qué consiste la función de supervisión

A pesar de su importancia, no son numerosas las referencias de nuestra legislación a la función de supervisión. Quizá se deba a que se trata de una función indefinible debido a su extensión y flexibilidad, siempre condicionada a otros elementos y, por tanto, no delimitable. No obstante, la función de supervisión se encuentra directamente conectada al deber de diligencia de los administradores. El deber general de diligencia, a pesar de su también inasumible definición, sí que se configura de forma expresa en el artículo 225 de la LSC. En su objetivo por incorporar las normas de buen gobierno a la legislación positiva, el artículo 225.2 LSC (529 ter para cotizadas) recoge la delimitación general de la función supervisora como competencia esencial del órgano de administración (Recomendación 8 del CUBG que pasaría también a recogerse en el CBG de 2015 en su Principio 9)⁴⁰. “Se consolida el modelo de administración que preconizaba el Informe Olivencia al referirse al consejo «como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los intereses de quienes aportan los recursos y soportan el riesgo empresarial», calificando esta función como «la más genuina del consejo de las sociedades cotizadas»⁴¹.

La diligencia se sitúa como uno de los pilares básicos de los deberes de los administradores incluyendo varias previsiones para su correcto desempeño. Por un lado, la LSC marca una pauta de conducta a través del concepto de “ordenado empresario”. Por otro, impone una serie de obligaciones que el órgano de administrador ha de seguir para cumplir con el deber general de diligencia. Ya se entienda el calificativo “general” en sentido definitorio como pauta básica del propio deber o se entienda en sentido subjetivo —como un deber aplicable a todos los administradores— lo que es cierto es que cualquier administrador de cualquier tipo de sociedad de capital debe actuar con diligencia. Para ejercer efectivamente el cargo de forma diligente es necesario, como

⁴⁰ Decía la exposición de motivos de la Recomendación 8 del CUBG —que pasaría a positivizarse a través del artículo 225.2 LSC— “prevenir que, por una excesiva delegación, el consejo no cumpla su función más esencial e irrenunciable, a saber, la denominada función general de supervisión (...) de modo que la dirección cumpla los objetivos marcados y respete el objeto e interés social de la compañía”.

⁴¹ ALONSO UREBA, A.: “El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015” en “Revista de Derecho de Sociedades” nº 45, 2015, pág. 23-146. ¿Unidad orgánica y dualidad de funciones?



mínimo, respetar los criterios señalados en el artículo 225 LSC y, como garante de dicho cumplimiento, se sitúa la función supervisión y control.

Recordemos que los códigos auto normativos ya situaban la función de supervisión como garante del cumplimiento de las normas de buen gobierno corporativo y que, además, en la práctica societaria —especialmente entre las sociedades cotizadas— ya se venía imponiendo la tendencia de un Consejo profesionalizado centrado en la supervisión y en la profesionalización en la gestión como respuesta a unos mercados que exigían órganos de administración capaces de controlar la gestión y dirección de la sociedad.

Para Borgioli, la vigilancia es una actividad de control que se descompone en tres fases: la primera consiste en lo que el autor denomina como una operación cognoscitiva íntimamente relacionada con el deber de información del administrador; la segunda tiene un carácter valorativo en cuanto a la gestión; una tercera fase, por último, abarca el proceso de reacción del administrador frente a una supervisión desfavorable⁴², un modelo que, a grandes rasgos, adopta también el actual Código de Buen Gobierno. Esta pauta también se recoge en la LSC para el deber de diligencia cuando en el artículo 225.3 dice “el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones”, recogiendo la fase cognoscitiva y también en el 225.2 LSC: “los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad” abarcando la fase reactiva.

El deber de información, como apuntábamos, se encuentra estrechamente ligado a la función de supervisión. Tanto así, que resulta imprescindible para desempeñar la vigilancia de forma diligente y es por ello que se configura como la primera de sus fases. El órgano de administración tiene, no solo el deber de recabar información, sino, también, el derecho de recibirla. Siguiendo esta prerrogativa, se ha venido estudiado como un deber-derecho de los administradores para el desempeño diligente de sus funciones.

Obtener información, analizarla y reaccionar ante ella constituye el esquema básico de la actuación diligente del órgano de administración —tal y como señala el artículo 225 LSC. No obstante, el desarrollo de esta función, tan importante para el buen gobierno

⁴² BORGIOLO, A: (1982) *L'administrazione delegata* Bassano del Grappa: Nardini, pág. 104.



corporativo, ha venido presentando diversas dificultades estructurales. Los consejeros no ejecutivos, como trataremos más adelante, tienen un papel reforzado en la tarea de velar por el correcto funcionamiento de la sociedad. Sin embargo, a su vez, carecen del conocimiento interno del desarrollo en el día a día de la compañía. No tienen un control y acceso directo a la gestión cotidiana por lo que, consiguientemente, su acceso a la información también se encuentra limitado. Es por ello que, el artículo 225.3 LSC, no solo regula el deber de información de los administradores, sino que también lo configura como un derecho.

Los Códigos de Buen Gobierno han situado al Presidente del Consejo como responsable último de que los Consejeros no ejecutivos reciban una información adecuada, periódica y ajustada al deber de supervisión. A pesar de esta recomendación, el deber-derecho de información no se ha protocolizado en el ordenamiento interno como sí que ha ocurrido en países de nuestro entorno como Alemania o Italia. Bien es cierto que la introducción del deber de información por la Ley de Transparencia y su inclusión en la LSC a través del artículo 225.3 han supuesto importantes avances. Sin embargo, quedan lagunas por cubrir para que su desempeño sea más efectivo y poder garantizar su correcto funcionamiento. Es necesario llenar de contenido el deber general de información y su instrumentación: quiénes son los responsables directos y concretos de suministrarla y recabarla, cómo debe adquirirse, cuáles son sus elementos necesarios... Y es que, la asimetría informativa genera la hipertrofia de todo el proceso supervisor. Por ello es tan necesaria una regulación concreta que huya de expresiones generales o demasiado subjetivas. Aunque se ha pasado del “deber general de la marcha de la sociedad” a una fórmula algo más específica: “información adecuada y necesaria que sirva para el cumplimiento de sus deberes” lo cierto es que aún no se alcanza la concreción precisa. No es lo mismo la información que pueda o deba tener un consejero no ejecutivo sobre una facultad indelegable, que debería ser completa e ininterrumpida, que la información sobre una delegación ejecutiva.

Más allá de la actitud activa del administrador en el proceso de obtención de información, se prevén diversos mecanismos que pretenden facilitar o impulsar dicha labor. La emisión de informes a la Junta General (art. 253 LSC), la asistencia obligatoria a las juntas, la necesidad de dejar constancia sobre decisiones controvertidas del Consejo



que presenten reservas u oposición para algún administrador, las políticas de retribución y renovación en base a niveles de supervisión alcanzados, la solicitud directa de información al Presidente del Consejo o la separación de ésta figura del cargo de consejero ejecutivo son instrumentos previstos, primeramente por las normas de buen gobierno y —en su mayoría— incorporados a la legislación vigente, que pretenden proveer a los administradores de herramientas útiles para el ejercicio del deber-derecho de información⁴³. El problema principal de algunos de estos mecanismos es su carácter “activo”. Es decir, en algunos de los casos, es el administrador quien tiene que ejercer una supervisión de carácter reactivo para activar estos mecanismos, solicitarlos para que éstos se sucedan. Ciertamente, esta actitud proactiva se encuentra dentro de su deber de diligencia. Sin embargo, puede llegar a generar desconfianza o malestar en determinadas instancias que deriven en una destitución del administrador supervisor diligente. No obstante, si el administrador supervisor no fuera insistente y resolutivo en su labor, probablemente, no estaría siendo diligente en el ejercicio de la función de control. El malestar que pueda generar para con determinados miembros bien del Consejo, bien del órgano directivo, bien de la JG puede llegar a ser un indicativo de eficiencia. Siempre que no se interfiera en la operatividad de la sociedad, el administrador supervisor está no solo en su derecho, sino en su deber de informarse todo lo posible de la gestión de la sociedad. Obstaculizar conductas irregulares mediante la solicitud de información puede llegar a ser el primer paso para su detección.

El artículo 225 LSC señala que la diligencia del órgano de administración debe ser adecuada. Y es que, de la propia aceptación del cargo, se debería entender el consiguiente comportamiento diligente. El empleo de la dedicación necesaria se presume de un cargo societario como el de administrador. Sin perjuicio de este presupuesto, parece necesario que, para cumplir de forma diligente con el cargo de administrador, en determinadas

⁴³ ALONSO UREBA, A.: (2015) ob, cit 10 pág. 23-146. “En realidad, el debate abierto en Europa sobre la conveniencia o no de una separación entre la presidencia del consejo y el cargo de primer ejecutivo, debería reconducirse proponiendo vía recomendación al menos la necesaria y expresa opción estatutaria entre esos dos submodelos monistas, como sucede en el derecho francés, para establecer en el caso de acumulación de ambos cargos los necesarios contrapesos legales que garanticen la autonomía y eficiencia del consejo en el ejercicio de sus funciones de control, lo que exige ir más allá de la regulación del llamado «consejero coordinador independiente»”:



sociedades, se necesitará, bien una determinada cualificación, bien servirse del asesoramiento externo adecuado⁴⁴. No solo de cara a ejercer el derecho-deber de información sino, también, para poder completar el proceso supervisor analizando y reaccionando frente a la información recibida. De poca utilidad será el comportamiento activo de un administrador poco cualificado para entender los mecanismos de determinación de las decisiones societarias. Y es que, el deber de información no consiste simplemente en obtener información, sino en situar dicha información como núcleo de la función supervisora. Para ello, ante la emisión de un informe, se debe tener la capacidad de analizar y atender las exigencias derivadas de dicho análisis, si fuera necesario, apoyándose en el asesoramiento de expertos externos. No solo tiene que ser efectiva la recepción de información, sino todo el proceso, de ahí la relevancia de instaurar unas bases que rijan su funcionamiento. De hecho, la recepción de información no acompañada de una eventual intervención necesaria deviene inútil. El comportamiento del administrador tras recibir la información ha de ser primeramente analítico y, a continuación, bien reactivo bien preventivo. Y es que, el deber de información se enmarca dentro de la función de control, pero el control no necesariamente tiene que activarse cuando la marcha de la sociedad no sea la adecuada, sino que debe constituirse como mecanismo anterior que evite la situación de una intervención reactiva.

El deber de intervención es inherente al deber de diligencia y, por tanto, es obligación ineludible de los administradores. Sin embargo, ya en 2006, cuando la Recomendación 33 del CUBG hablaba de la intervención en el marco de la supervisión, relegaba la actuación interventora a situaciones excepcionales en las que fuera necesaria para la protección del interés social⁴⁵. Tanto las situaciones derivadas de la gestión delegada, como decisiones cuya competencia corresponde a la Junta General como las situaciones originadas en la actividad del Consejo de administración pueden dar lugar a la intervención del consejero supervisor como respuesta a la tercera fase del deber de control de la sociedad⁴⁶. Los mecanismos de intervención del órgano de administración son muy

⁴⁴ Por ejemplo, la Ley del Mercado de Valores prevé como requisito para formar parte del órgano de administración contar con la adecuada experiencia, conocimientos y cualificación. (art. 184, art 184 bis, 185 bis, art. 45.1 b), art 155 e)) e incluso también para los órganos de administración de los proveedores de servicios de suministro de datos (art. 197).

⁴⁵ DI NANNI, C.: (1999) ob. Cit 38, pág. 211

⁴⁶ Sobre la intervención Vid. “3.1 La gestión delegada como causa de la función de supervisión”



variados. Pueden ir desde la solicitud de remisión de un informe hasta la dimisión razonada en base a la oposición de una decisión contraria al interés social. Sin embargo, sin perjuicio de la previsión legal de algunos de ellos, muchos de los instrumentos de supervisión reactiva permanecen en el ámbito del gobierno corporativo.

3.3 Estructura y composición del Consejo de administración

Las normas sobre la mejora del gobierno corporativo han venido persiguiendo el objetivo de supervisar el gobierno y la gestión de la sociedad. Para ello, se han establecido una serie de reglas en la composición y funcionamiento del órgano de administración. De esta manera se ha intentado solventar la dicotomía característica del Derecho societario entre propiedad y control intentando fomentar la presencia de consejeros independientes en la composición del Consejo así como de comisiones especializadas que faciliten la transparencia y la circulación de información entre el Consejo y los Consejeros delegados, la desvinculación de la dirección en la gestión y el beneficio del interés general, entre otros muchos beneficios para la gestión social. A pesar de esta composición ideal del Consejo, más allá de los deberes generales de diligencia y lealtad, la ley no establece unos parámetros concretos determinantes o exigibles para la formación de este —a excepción de para las sociedades cotizadas⁴⁷. La sociedad puede estar administrada por diversos tipos de órganos de administración sin que necesariamente se cumpla el principio de independencia.

En la apreciación de la diligencia exigible ha de tenerse en cuenta esta estructura, pues determina significativamente el modo en que han de ejercerse los deberes propios del cargo. Es diferente la capacidad de actuación de un administrador solidario que la de un miembro de un consejo de administración. Tampoco a todos los miembros del consejo de administración puede exigírseles la misma conducta. La complejidad propia de un Consejo de administración hace que deba tenerse en cuenta la posición que corresponde

⁴⁷ Obligatoriedad de consejeros externos para comisiones como la de Auditoría o la de Nombramientos y Retribuciones. Asimismo, se prevén figuras como la del Consejero Independiente Coordinador para velar por la independencia cuando la Presidencia la ocupa un Consejero Ejecutivo. El Código de Buen Gobierno en sus Recomendaciones 15 y 16 de punto III 3.3.2 establece un número de cinco a quince miembros para que la composición del Consejo resulte equilibrada siendo la mayoría de ellos dominicales o independientes.



a cada miembro. Las propias características del órgano de administración requieren que se dividan sus funciones como ya apuntaba el Código Olivencia.

Es habitual que en el Consejo se especialicen y deleguen las funciones. La diligencia exigible a un consejero ejecutivo no puede ser la misma que la exigible a un consejero no ejecutivo, o la exigible al Presidente del Consejo y a un vocal. No suele haber el mismo nivel de exigencia en las funciones desempeñadas por los consejeros en las sociedades cotizadas que en las sociedades no cotizadas —a pesar de que, como es sabido, los principios de buen gobierno predicen su extensión a todas las sociedades de capital en general. Los consejos de administración de las sociedades cotizadas responden al mandato legal, reglamentario y estatutario de controlar y supervisar la gestión realizada por los órganos ejecutivos y por el equipo de dirección de la sociedad. En cambio, en las sociedades no cotizadas los consejos de administración, además de tener funciones más próximas a la gestión ordinaria de la sociedad, responden ante el deber general de diligencia.

La norma societaria establece, en algunos casos la obligatoriedad (art. 529 *terdecies* LSC) y en otros la posibilidad, de que el órgano de administración se organice en una serie de comisiones. Lo que es cierto es que, dentro del margen de discrecionalidad que la LSC deja al órgano de administración para que estructure su composición, se exige la constitución de una Comisión de Auditoría y otra Comisión de Nombramientos y Retribuciones (o, en su caso, una misma Comisión para ambas). Dichas Comisiones han de estar compuestas por consejeros independientes. Sin embargo, estas comisiones no pueden ser las únicas encargadas de desempeñar la función supervisora. Las Comisiones, incluidas las *ex lege*, están formadas por consejeros ejecutivos y, tal y como hemos visto, la función de supervisión es una función indelegable que se atribuye al órgano de administración y, en ningún caso a un órgano delegado por más que el fundamento último de la delegación esté basado en la supervisión. Esta estructura de funcionamiento del consejo con sus comisiones contribuye a preservar la autonomía del consejo frente a la posible influencia de los directivos a los que se debe supervisar y controlar, instaurando un doble filtro sobre las decisiones del Consejo. El texto legal, a través de la creación de



comisiones quiere busca facilitar el flujo de información⁴⁸ y la especialización para la toma de decisiones del Consejo. Con ello, se mejora y unifica la información que recibe el Consejo de administración, de este modo, la constitución de comisiones delegadas cobra total sentido para el mejor funcionamiento de la función de supervisión.

“En definitiva, puede concluirse que es el Consejo de Administración en las sociedades cotizadas el que efectivamente supervisa la gestión de la entidad y que la presencia mayoritaria de consejeros independientes resulta una medida imprescindible para el correcto desempeño de esa labor. La creación en su seno de comisiones especializadas, como las impuestas *ex lege*, no puede considerarse un mecanismo que vacía de competencias y funciones al órgano de administración, antes bien la colaboración de los consejeros independientes asegura el mejor desempeño de las facultades del Consejo en beneficio del interés social”⁴⁹. Con esta estructura del Consejo no se pretende que comisiones y Consejo de administración actúen de forma separada sino que se ejerza la función de supervisión de forma completa y, en todo caso, integrada en el órgano de administración de la sociedad⁵⁰.

⁴⁸ De este modo las comisiones deberán informar a los consejeros sobre los medios que le han llevado a las conclusiones en cuestión poniendo a su disposición la documentación utilizada y, en su caso, las irregularidades detectadas para que los propios consejeros puedan valorarla adecuadamente. Los consejeros ejecutivos deben colaborar activamente en que el trasvase de información se produzca de forma diligente.

⁴⁹ VÁZQUEZ RUANO, T.: (2018) ob. Cit.18, p.186.

⁵⁰ Cabe recordar que la constitución de comisiones no se limita a su aprobación, formación y composición, sino que una delegación diligente incluye el control, no sólo de la ejecución de la función en sí (el fondo o materia de la delegación) sino también la forma en la que se desempeña (funcionamiento o régimen interno de la comisión). En este sentido, ALONSO UREBA. A: (2015) ob. Cit 10, pág. 23-146 subraya que para una supervisión diligente: “Dentro también de estas competencias de supervisión o control de la dirección se sitúan las relativas a la determinación de la estructura, funcionamiento y retribución de la alta dirección, entendiéndose como tal a los directivos que tengan dependencia directa del consejo, de alguno de sus miembros, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados [art. 249 bis g) y h) LSC]. En la medida que corresponde al pleno del consejo «el nombramiento y destitución» tanto de los consejeros delegados (consejero primer ejecutivo) como del resto de directivos integrantes de la alta dirección, así como «el establecimiento de las condiciones de sus contratos» incluyendo «su retribución», a través de dichas facultades el consejo deberá establecer las reglas o principios sobre composición y funcionamiento de la alta dirección (incluido el consejero primer ejecutivo), de modo que no puede limitarse a regular los aspectos retributivos sino que en cuanto «condiciones básicas», deberá fijar también el marco de relaciones entre los altos directivos y su dependencia respecto del primer ejecutivo, sus áreas de responsabilidad, obligaciones de información, comparecencias en el consejo o sus comisiones, la integración en su caso en el comité de dirección o instancia interna equivalente(...)”.



Por último, en cuanto a la estructura del órgano de administración, cabe resaltar que la administración diligente no se atribuye únicamente al desempeño individual del cargo y a la supervisión de las comisiones delegadas sino, también, a la forma en la que se gestiona la sociedad internamente⁵¹. Es decir, el órgano de administración, a pesar del estatus individual que a veces se le da en el estudio del Derecho de Sociedades, es un órgano que forma parte de la sociedad en su conjunto, que debe estar plenamente integrado en la compañía y en su funcionamiento. Los administradores son los encargados de dirigir la gestión de la sociedad lo más cerca posible del interés social y, para ello es necesario hacer un seguimiento de la configuración y desempeño que siguen las distintas instancias de la sociedad en el ejercicio de su actividad. El control o seguimiento continuo de las delimitaciones legales y estatutarias —no solo con respecto al fondo sino, reiteramos, también respecto a la forma— es lo que determina una función de supervisión diligente. Y, no solo basándonos en base a la diligencia inherente al cargo, sino, también, a consecuencia de la responsabilidad general y solidaria prevista por el artículo 236 LSC.

En este contexto, nos planteamos qué relación existe entre la función supervisora del órgano de administración y la responsabilidad derivada de la actividad de dirección. Las comisiones, como hemos visto, disponen de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones sin perjuicio del control ejercido por el órgano delegante. Esta estructura de funcionamiento del consejo comporta beneficios bidireccionales ya que no solo protege la eficacia de la función supervisora sino que, también contribuye a preservar la independencia en las decisiones del Consejo respecto de la influencia de la línea directiva. A propósito de esta bidireccional cabe plantearse si, a pesar de la obligada función de supervisión completa y continua del consejo podría darse el escenario en el cuál a tenor de la responsabilidad solidaria impuesta por el artículo 237 LSC pudiera trasladarse algún tipo de responsabilidad sobre la comisión delegada supervisada. Fruto de la regla de responsabilidad solidaria y de su ineludible imputación colectiva ¿se podría responsabilizar a una comisión por una decisión del Consejo tomada en base a sus propuestas, informes o análisis? o, por el contrario, ¿la función de supervisión debería cubrir las deficiencias o ineficiencias que las comisiones pudieran trasladar al consejo

⁵¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: (1999), “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, en ESTEBAN VELASCO, G. *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, p. 55



para la toma de decisiones? Pues bien, del estudio de las implicaciones y naturaleza de la función de supervisión se desprende que, de su correcto ejercicio, tiene que derivar una total implicación, información y continuidad en la actividad supervisora de las comisiones⁵². Es por ello, que no cabe la exoneración del consejo en base a la responsabilidad de la comisión delegada, fundamentalmente, porque no es el objetivo perseguido por el ordenamiento legal cuando prevé esta estructura para el consejo de administración. Si bien el modelo legal quiere preservar la autonomía e independencia de las comisiones, tal y como veíamos en el punto primero del presente apartado, dispone la función supervisora para que dicha autonomía no pueda perjudicar los intereses societarios situando al órgano de administración como responsable de ello. Los consejeros supervisores deben situarse en unas condiciones de información e implicación equivalente a las que han llevado a la comisión a trasladar la propuesta, informe o posición que lleve al pleno a tomar su decisión. En definitiva, la actuación de las comisiones, si bien contribuye al funcionamiento societario, especializando y focalizando los diferentes ámbitos de gestión no asume la responsabilidad del órgano de administración⁵³. En caso contrario, se quebrantarían los principios de homogeneidad y solidaridad en la responsabilidad del órgano de administración societario.

Así, para mantener la gestión de la sociedad en línea con el interés societario y no incurrir en supuestos de responsabilidad es clave la organización del Consejo de Administración, no solo en cuanto a la constitución de comisiones independientes que tratábamos más arriba, sino en cuanto a la organización y seguimiento de estas y la estructura del órgano de administración en su conjunto⁵⁴. No es lo mismo que el Consejo

⁵² Para ello no bastará con simplemente trasladar los acuerdos y poner a disposición del pleno las actas de las sesiones de las comisiones, sino que tanto la comisión como, especialmente el Presidente de la misma, deberá informar en las sesiones del Consejo sobre trabajos realizados, documentación e información utilizada, comparencias, informes externos, irregularidades o insuficiencias detectadas,..., de modo que el pleno del consejo pueda tomar conocimiento de los elementos de decisión manejados por la comisión para que los mismos puedan ser a su vez valorados por el propio consejo, a quien corresponderá la decisión en última instancia y, en su caso, la eventual responsabilidad derivada de dicha decisión.

⁵³ Todo ello sin perjuicio de que, una concreta actuación negligente de la comisión bajo unas circunstancias concretas, pueda derivar en el juicio razonable de que el Consejo no pudo advertir una negligencia de la comisión. Supuesto residual en el cual se podría justificar la exoneración de la responsabilidad solidaria del órgano de administración cuando de la actuación culposa y antijurídica se derive directamente el daño.

⁵⁴ MATEU DE ROS CERREZO, R. (2017) ob. Cit 16, pág.273. Una estructura que debe ser redimensionada cuando el control de la sociedad así lo exija. Para ello, el CUBG en su recomendación 45 proponía la supervisión de los códigos internos de conducta y de las reglas de gobierno corporativo adoptadas por el Consejo por comisiones auxiliares.



de Administración se componga por un elevado porcentaje de consejeros independientes, a que la mayoría de consejeros sean dominicales. Tampoco tiene el mismo sistema de gestión un Consejo con una estructura y funcionamientos complejos y que siga las normas de gobierno corporativo que un Consejo desestructurado de difícil seguimiento. Otro de los mecanismos de supervisión que caracteriza a algunos sistemas de supervisión monistas, como venimos subrayando, la separación del cargo de Presidente del Consejo y Consejero Ejecutivo. Un instrumento que persigue la constitución de sistemas de supervisión monistas más eficaces delimitando claramente el ámbito funcional de cada uno de estos cargos tratando de asegurar la autonomía e independencia del Presidente del Consejo con respecto a la línea ejecutiva de la sociedad. Un control eficaz parte de una estructura y gestión idóneas para la sociedad en cuestión. De este modo tanto el control como los canales de información, como los miembros del órgano de administración facilitarán el ejercicio diligente de la función de supervisión.

3.4 La función de supervisión como facultad indelegable

La función supervisora se personifica en el órgano de administración, esta afirmación ya la recogía el CUBG en su Recomendación 8 cuando definía la función supervisora como “esencial e irrenunciable” apostando por un Consejo centrado en la supervisión⁵⁵. Sin duda, es una pieza clave del buen gobierno corporativo y, es por ello, que la LSC la sitúa como función indelegable en su artículo 249 bis (529 ter para cotizadas). La supervisión del efectivo funcionamiento, bien de las comisiones delegadas bien de los consejeros ejecutivos, es una función impedida expresamente por la LSC. Como hemos visto, se trata de una función específica del órgano de administración, y debe ser desempeñada como tal. La responsabilidad de adoptar y ejecutar con eficacia la función de supervisión es exclusiva del órgano de administración. Por este motivo, los consejeros no ejecutivos deben estar al tanto de la evolución en la gestión de la sociedad que administran independientemente de la estructura que tome el órgano.

⁵⁵ Recomendación 8 CUBG: “Que el consejo asuma, como núcleo de su misión, aprobar la estrategia de la compañía y la organización precisa para su puesta en práctica, así como supervisar y controlar que la Dirección cumple los objetivos marcados y respeta el objeto e interés social de la compañía”. Y en particular 8 a) vii el Consejo en Pleno se reserve la competencia de aprobar la política de control y gestión de riesgos, así como el seguimiento periódico de los sistemas de información y control”.



Entre las funciones cuya delegación impide el artículo 249 bis se encuentra, como apuntábamos, el deber de control. No obstante, el deber de supervisión se relaciona directamente con el artículo 31 bis 2, 2º del Código Penal. A través del órgano de cumplimiento normativo se establece una comisión con poderes autónomos de control ¿es acaso esto una delegación encubierta de la función de control? El sistema de prevención penal ha dispuesto el plan de cumplimiento normativo como un mecanismo de vigilancia y control para prevenir delitos en el marco de actuación de la sociedad. Si bien es cierto que el artículo 31 bis 3 del Código Penal atribuye expresamente al órgano de administración la función específica de adoptar y ejecutar con eficacia el plan de cumplimiento normativo en organizaciones pequeñas no ocurre lo mismo con lo dispuesto en el artículo 31 bis 2, 2º. Puede llegar a resultar contradictorio que el plan de cumplimiento normativo deba ser encargado a una comisión de cumplimiento para que éste pueda funcionar como eximente a la hora de individualizar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Encomendar la supervisión a un órgano con poderes autónomos no parece, de primeras, compatible con el carácter indelegable de la función de control prevista por el artículo 249 bis LSC. A pesar de que la creación de un órgano o comité delegado con funciones de control solo está prevista para medianas y grandes organizaciones ha abierto un gran debate entre la doctrina mercantilista y penalista. Visto por algunos como una fiscalización de la actividad empresarial a favor del interés público como respuesta al fracaso del control externo, volcando la responsabilidad preventiva de delitos sobre la organización interna de la sociedad. Más allá de los argumentos teleológicos que rodean al *compliance*, volviendo al análisis del carácter indelegable de la función de supervisión, nos encontramos con que es el órgano de administración el que, en definitiva, tiene que impulsar la constitución de la comisión de cumplimiento normativo y revestirla de un margen de actuación suficiente para que pueda llevar a cabo una vigilancia idónea. ¿Estamos entonces ante una supervisión de la gestión delegada? Como hemos visto, la supervisión de la gestión delegada es una cualificación de la función de control que debe alejarse, como en cualquier situación de delegación, de una actitud desentendida para definirse por una supervisión constante, informada y completa. En el caso de la comisión de cumplimiento normativo, no podríamos afirmar que se trata de una supervisión en la delegación ya que la función de supervisión no es delegable, sino



que se trata de una “atribución funcional basada en la especialización”⁵⁶. El Informe Olivencia, en su apartado 3.6 preveía que, excepcionalmente, podrían atribuirse facultades de decisión a las “Comisiones delegadas de control”. Una recomendación que no fue introducida ni en los posteriores códigos auto normativos, ni en la legislación interna⁵⁷. Las atribuciones a las comisiones de control o cumplimiento se basan en un principio de especialización y doble control, pero no tienen facultades decisorias o vinculantes que se inmiscuyan en la facultad indelegable del órgano de administración. Más bien, analizan determinados asuntos y decisiones de la sociedad facilitando la observancia de la función de control por parte del órgano de administración, pero, en ningún caso, atenuándola o condicionándola.

La constitución de una comisión de cumplimiento normativo no libera al órgano de administración de la función de supervisión. Con la aceptación del cargo, el administrador asume unos determinados deberes para con la sociedad de los cuales no puede desentenderse. El Código Penal con la creación de un órgano de vigilancia y control no busca la delegación de la función de supervisión sino su cualificación especialmente para prevenir delitos en el seno de la organización, un reforzamiento que pretende cerrar el círculo de vigilancia de la sociedad.

Como hemos visto, la LSC presta especial atención a las funciones indelegables del órgano de administración. Analizando el fundamento de esta previsión legal nos encontramos con el régimen de responsabilidad de administradores. A la hora de probar una correcta diligencia en el desempeño de su cargo, sería complicado justificar el correcto ejercicio de ciertas obligaciones del cargo si estas estuviesen delegadas. De ahí la trascendencia de la ejecución de dichas funciones por el órgano de administración. El órgano de administración es responsable frente a un incumplimiento total o parcial de sus deberes. En caso de insolvencia, crisis o comisión de un delito la responsabilidad se va a dirigir frente a los administradores. Las funciones indelegables remarcan la importancia de los deberes legales de los administradores y, en nuestro caso en concreto, del deber de control que tienen atribuido, así como las consecuencias de un cumplimiento negligente.

⁵⁶ MEGÍAS LOPEZ, J.: (2012) ob. Cit.36, pág. 733 y ss.

⁵⁷ ESTEBAN VELASCO, G.: (2001) *El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española*, pág.42



4. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA IN VIGILANDO: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA RESPONSABILIDAD PENAL

Como hemos visto, la estructura de supervisión societaria va cobrando forma paulatinamente. Desde unos inicios basados en políticas de buen gobierno corporativo, pasando por las exigencias de los mercados y el valor reputacional, hasta llegar a la obligatoriedad impuesta por la Reforma de 2014 de la Ley de Sociedades de Capital. Junto con la envergadura que la nueva LSC otorgó a los sistemas de supervisión, la Reforma del Código Penal del año 2015 introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica acabando con el tradicional principio "*societas delinquere non potest*" adoptando un modelo de autorresponsabilidad. El artículo 225 de la LSC —que venimos tomando como referencia para el deber de supervisión—, se complementó con la disposición del nuevo artículo 31 bis del Código Penal. Los deberes impuestos por la LSC para el órgano de administración son tomados como referencia por el Código Penal para, por un lado, evitar la comisión de delitos societarios, y, con ello, evaluar la diligencia de los administradores en la supervisión del cumplimiento normativo por parte de la sociedad administrada. Esta nueva configuración replantea los presupuestos del régimen de responsabilidad de administradores en las sociedades de capital. El objetivo de este Capítulo es analizar cómo conecta el deber general de diligencia del órgano de administración ex artículo 225 LSC con el marco penal de diligencia de los artículos 31 bis 2, 4 y 5 del C.P.

4.1 Responsabilidad societaria: la omisión de la supervisión como ilícito culpable

El artículo 31 bis del C.P ha sido el acicate que ha dado paso a un torrente doctrinal —y pretendidamente concienciado— sobre la implantación efectiva de las normas de buen gobierno corporativo y los mecanismos de supervisión adecuados. En su grado de idoneidad reside la posible exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica. La diligencia y concienciación empleadas en el diseño e implantación de un plan de cumplimiento normativo y una supervisión eficaz por parte del órgano de administración



determinarán que la persona jurídica pueda ampararse en su valor a la hora de eximirse de responsabilidad derivada del incumplimiento normativo.⁵⁸

La diligencia empleada por el órgano de administración en la adopción del plan de cumplimiento normativo y su supervisión son la base de la exoneración de la responsabilidad de la persona jurídica. A partir de aquí, las distintas sociedades emplean medios y recursos para demostrar que, ante la comisión de un delito, el autor mediato del mismo tuvo que eludir fraudulentamente los mecanismos de control y supervisión implantados por la sociedad para su detección. La diligencia del administrador en la observancia del riesgo de incumplimiento deja de ser una cuestión recomendable para pasar a ser una de las principales prioridades de las sociedades de capital. Si antes el fomento de la función supervisora venía impulsado, bien por la responsabilidad social corporativa, bien por la rentabilidad reputacional/exigencia de los mercados,⁵⁹ ahora el Estado impone a las sociedades españolas la implantación de mecanismos de cumplimiento normativo y la correcta supervisión de su cumplimiento.

Bien es cierto que la supervisión como instrumento para la detección de ilícitos tenía cierto recorrido en el seno de las sociedades de capital, fundamentalmente en el ámbito de los delitos económicos. No obstante, la nueva normativa penal expone a las sociedades

⁵⁸ En este sentido el artículo 31bis 2 del Código Penal dispone: La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad criminal si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. b) Que se haya confiado la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. c) Que los autores individuales que cometan el delito hayan eludido fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y d) Que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

Prueba de la importancia que cobra la construcción del sistema de *compliance* y la supervisión de su efectividad para la prevención de delitos tanto ad intra como ad extra es la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de febrero nº 35/2020, recurso 2062/2018 que, entre otras, subraya el alcance del *compliance program* como mecanismo para reducir el riesgo delictivo en la sociedad y, como medio para atenuar o, en su caso, exonerar a la persona jurídica de la responsabilidad penal derivada del delito.

⁵⁹ En este sentido, sobre la rentabilidad de la filantropía para el aumento de valor de la sociedad ALFARO ÁGUILA-REAL, J. "Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa" en Almacén del Derecho, 1 de abril de 2016, consultada en fecha 24 de agosto de 2020 disponible en <https://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa>



de capital a una responsabilidad mayor que demanda una redimensión de la función supervisora, no solo en relación con las personas físicas que potencialmente puedan cometer delitos sino, especialmente, respecto de la propia sociedad, cualificando la función supervisora atribuida al órgano de administración. Un modelo autorregulatorio calificado por parte de la doctrina como privatizador del del Derecho Penal⁶⁰. “El modelo actual traslada, por tanto, a las organizaciones parte del coste que supone la vigilancia del cumplimiento de la legalidad lo que implica un cambio notable en la relación tradicional existente entre las autoridades reguladoras y las sociedades mercantiles”⁶¹.

Dejando al margen discusiones doctrinales ajenas al objeto de este trabajo, lo cierto es que, con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se ha cualificado el deber de supervisión del órgano de administración, si bien no en cuanto a su naturaleza, ciertamente, con respecto a su efectiva implantación. Si, como venimos analizando, consideramos que dentro del deber de diligencia del órgano de administración se comprende la medida de adoptar mecanismos de cumplimiento normativo, tendremos que preguntarnos si de la inobservancia de este deber puede derivar responsabilidad sobre el órgano de administración. El órgano de administración deberá ser especialmente diligente en la supervisión del cumplimiento normativo de la sociedad. De esta manera, el desarrollo de los programas de *compliance* se nutre directamente del gobierno corporativo, el cual contaba ya con un largo recorrido en lo que ahora se sitúa también como objetivo del ordenamiento penal: el fomento de una verdadera ética empresarial entre las sociedades de capital.

Pero ¿acaso la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha abierto el régimen de responsabilidad de administradores por la no observancia de la función de supervisión? En absoluto, como es sabido, la responsabilidad por culpa *in vigilando* ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina civil y mercantil. Y es que la responsabilidad solidaria del órgano de administración *ex art. 237 LSC* no excluye la

⁶⁰ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012) “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* con BAJO FERNÁNDEZ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B, CIZUR MENOR, pág. 112: “Precisamente, por esta incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos creados por la sociedad post-industrial moderna, es que resulta necesario alentar la autorregulación empresarial para manejar adecuadamente dichos riesgos”.

⁶¹ GIMENO BEVIÁ, V (2019) “Los programas de «compliance» como manifestación del deber de diligencia de los administradores” En *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55.



responsabilidad por omisión. La extensión de la solidaridad de la responsabilidad de administradores implica que, frente a un comportamiento antijurídico (i) que produzca un daño directo, (ii) relacionado por un nexo causal⁶² y (iii) que dicho acto sea culpable, se genera responsabilidad solidaria del órgano de administración societario⁶³. Dicha responsabilidad será bien social (si el daño directo se ha generado a la sociedad) bien individual frente a un socio o tercero (si el daño directo se ha generado a un tercero teniendo que ser este cuantificable). La responsabilidad por daños ha sido ampliamente abordada por nuestra doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, una responsabilidad por daños que, por un lado, se fundamente, en lugar de en una acción ilícita, en una omisión ilícita y que, además de poder probar su nexo causal, no revista de causa de exoneración es, indudablemente, difícil de probar⁶⁴. Es por ello que, históricamente, los supuestos de responsabilidad de administradores por daños se han basado en la comisión de conductas ilícitas por parte del órgano de administración y no en la omisión del deber de supervisión. Sin embargo, con la nueva variable introducida por la reforma del Código Penal sobre la persona jurídica como sujeto penal imputable, la observancia de la función de supervisión no solo afecta a la posible responsabilidad del órgano de administración, sino que, ahora, afecta directamente, también, a la sociedad. Esta prerrogativa cambia las reglas del juego ya que, si bien hasta el momento no se han dado supuestos de responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados por la falta de supervisión del órgano de administración, la posible condena penal de la sociedad sí que plantea un escenario en el que será plausible

⁶² El nexo causal conecta el elemento objetivo (el daño emergente de la acción u omisión) y el subjetivo (la culpa) para poder cerrar el régimen de responsabilidad. Sentencias como la STS 368/2007 de la Sala Segunda de 9 de mayo clarifican el concepto de causalidad subrayando que existe relación de causalidad cuando en la generación de un riesgo no permitido se sitúa como objetivamente imputable al autor de la materialización de dicho riesgo. Parece razonable imputar al órgano cuya función indelegable es la supervisión de la sociedad, la falta de supervisión del cumplimiento de la legalidad en dicha sociedad.

⁶³ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J. (2017), *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Madrid: Wolters Kluwer España, pág. 930: “El administrador no puede alegar ignorancia de la ley ni tan si quiera de lo dispuesto en los estatutos legales y estatutarios está inmersa en el deber de diligencia tantas veces aludido. No puede en modo alguno admitirse como excusa de una defectuosa gestión el desconocimiento de la fuente de sus obligaciones, en la medida en que dicho desconocimiento comportaría en sí mismo, en abstracto, un reproche de culpabilidad, no exigible particularmente en tanto no acarree resultado negativo susceptible de evaluación (...) concurriendo cualquier clase de culpa, desde la culpa más liviana al dolo directo, como forma más rigurosa de la culpabilidad, conformarán los supuestos de responsabilidad sobre los cuáles podrán exigirse al administrador la reparación del daño ocasionado”

⁶⁴ Entendiéndose por causa de exoneración que el órgano de administración hiciera todo lo posible para evitar el daño o se opusiera a él. En cuyo caso el daño no podría reputarse como culpable por haber observado el órgano de administración de forma diligente su deber de supervisión. Un mecanismo exoneratorio que recupera el Código Penal para la exoneración, en iguales términos, de la persona jurídica.



la exigencia de responsabilidad al órgano de administración por incumplimiento de la función de supervisión. La responsabilidad civil por omisión parece ahora más probable⁶⁵. A pesar de que estos supuestos no se han dado en nuestra jurisprudencia, la sentencia nº1774 del Tribunal de Milán el 13 de febrero de 2008 (Sección VIII de lo Civil) condena al administrador de una sociedad por su inactividad en su función supervisora. La sociedad, tras verse perjudicada por la condena derivada de la falta de una estructura adecuada de cumplimiento normativo, repite los daños patrimoniales sufridos en sede penal contra su administrador societario. El Tribunal italiano aprecia, por un lado la conducta antijurídica por no haber ejercido diligentemente las funciones del cargo, por otro el daño directo y cuantificable sobre la sociedad derivado de la sanción económica de la condena penal y, por último, la relación de causalidad entre la falta de supervisión del administrador y el daño ocasionado por la condena penal a la sociedad.

[...] la sociedad actora fue sometida a una investigación al no disponer, en el mencionado período de tiempo, de un adecuado modelo organizativo y de gestión de acuerdo con el D.Lgs. núm. 231/2001 y que debido a ello, tras conmutación de la pena, se concluyó en la imposición de una sanción de 64.000,00 euros. (...) en lo referente a la falta de adopción de un adecuado modelo organizativo, por un lado, el daño aparece como indiscutible atendiendo al pago de la sanción pactada y, por el otro, resulta igualmente indiscutible el concurso de responsabilidad del demandado que, como Consejero Delegado y Presidente del Consejo de Administración, tenía el deber de activar este órgano que, en cambio, permaneció inoperante; (...) Por todo lo anterior, El Tribunal, pronunciándose sobre la demanda, rechazando cualquier otra petición o excepción; Acoge parcialmente la demanda presentada por la actora y, por efecto de la misma, condena genéricamente a la demandada a indemnizar a la actora en atención de los daños sufridos por esta última de acuerdo con la falta de adopción de un modelo organizativo adecuado [...]

Como vemos, para apreciar la responsabilidad penal de la persona jurídica, tras la comisión del ilícito, se ha de valorar, precisamente, la concurrencia de culpa en la omisión de la función supervisora. Si en el marco de individualización de la responsabilidad penal se aprecian los requisitos que establece el Código Penal en sus artículos 31 bis y siguientes y, por tanto, no se exime de responsabilidad penal a la persona jurídica por una deficiente

⁶⁵ Hasta el punto de que los seguros de responsabilidad de administradores comienzan a incluir la obligatoriedad de adoptar un plan de cumplimiento normativo para cubrir la posible responsabilidad civil (siempre y cuando no medie dolo o culpa debido a la imposibilidad de asegurar este tipo de conductas, en cuyo caso la aseguradora tendría acción de repetición sobre el asegurado por los importes pagados a la víctima en concepto de indemnización por el daño causado. En este sentido STS 4372/2015 de 15 de octubre).



supervisión del cumplimiento normativo, se habrá generado responsabilidad civil bajo los mismos presupuestos de un negligente cumplimiento de la función de supervisión del órgano de administración. Si bien la conducta antijurídica que generó la responsabilidad penal fue la comisión del ilícito, el presupuesto que imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica fue la no observancia por parte del órgano de administración de sus deberes de vigilancia. Una responsabilidad solidaria *ex art. 237 LSC* de todo el órgano de administración —pese a la cualificación de la función de supervisión de los consejeros no delegados⁶⁶. “Con abstracción de la cuota de responsabilidad exigible potencialmente a cada copartícipe de la determinación tomada, las decisiones que resultan de la actuación colegiada son imputables al Colegio como instancia unitaria y no a cada uno de sus miembros; ni si quiera al grupo mayoritario que en la concreta ocasión contribuyó de forma más decisiva a la formación del acuerdo”⁶⁷

“Pues bien, si la persona jurídica ha sido condenada en base a la inexistencia o la ineficacia de un modelo de prevención de delitos entendemos que en ambos supuestos cabría accionar contra el administrador, bien mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte de la sociedad (arts. 236 y 238 LSC), bien a través de la acción individual por parte de socios y terceros (arts. 236 y 241 LSC)”⁶⁸. Acciones que, como hemos expuesto, habrán de cumplir con los requisitos generales propios de este tipo de acciones de responsabilidad de administradores. Si bien con especial atención a los presupuestos que ocasionaron la condena penal de la persona jurídica y la no apreciación de atenuación o exención de la responsabilidad penal de la sociedad.

Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal que, en relación con el concreto hecho delictivo, pudiera tener el administrador como autor mediato o copartícipe en la materialización del ilícito penal. De lo que se trata aquí es de analizar la responsabilidad del órgano de administración, no en el marco del delito concreto, ni tan si quiera en el sentido de ser representante de la sociedad, sino, realmente, por omisión o negligencia en el ejercicio de sus deberes. En otras palabras, si de la inobservancia del

⁶⁶ Vid. “3.1 La gestión delegada como causa de la función de supervisión”

⁶⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J.: (1985) *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Universidad de Valladolid, Caja de Ahorros y Montepiedad de Salamanca, pág. 212.

⁶⁸ RUÍZ DE LARA, M. (2018) *Compliance Penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores* Ed. Wolters Kluwer, 2018, págs. 147 y ss.



deber de supervisión se deriva una condena penal a la persona jurídica, ¿podrían socios, terceros o incluso la propia sociedad ejercitar acciones frente al órgano de administración? En efecto, el administrador tiene el deber de garantizar el correcto cumplimiento normativo, cuya omisión, a su vez, es presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad a la persona jurídica en base a lo dispuesto por el artículo 31 bis del C.P. Si bien se trataría, en tanto, no de una responsabilidad penal sino de una responsabilidad civil consideramos que, efectivamente, podría darse la responsabilidad del órgano de administración por la condena penal a la sociedad⁶⁹.

“Por tanto, una mala supervisión del órgano de administración podría considerarse un fallo organizativo, un fallo del modelo, y eventualmente acarrear responsabilidad para el administrador por ejercicio insuficiente de su deber de diligencia ex art LSC en relación con el deber de ejecutar con eficacia el modelo de prevención de delitos”⁷⁰.

No obstante, pese a que la responsabilidad del órgano de administración deriva de su deber general de diligencia y, como decimos, no resulta imputable al órgano de administración el delito cometido por la persona jurídica pese a la inobservancia del deber de supervisión por parte del órgano de administración⁷¹.

⁶⁹ Siempre que no sea el administrador quien comete el delito (ya sea por comisión o por omisión), en cuyo caso sí se podría hablar de una responsabilidad penal en régimen de coautoría con la sociedad.

⁷⁰ FORTUNY CENDRA, M.: (2018) *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*, Madrid: Escoda p. 155.

⁷¹ A modo complementario, conviene recordar que, a pesar de actualmente, a nuestro juicio, se trataría *a priori* de una responsabilidad civil, el proyecto de reforma de 2015 del C.P. no solo introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica que venimos analizando sino también otras previsiones normativas para los supuestos de inobservancia de mecanismos de supervisión eficaces en el seno de la sociedad. En dicha línea argumentativa y persiguiendo ese objetivo, el proyecto de Código Penal en su reforma de 2015 pretendía incluir en su artículo 286 seis penas de hasta un año de prisión para los administradores societarios que omitieran “*la adopción de medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada si se hubiera empleado la diligencia debida*”. Ambos preceptos (el 31 bis introduciendo la responsabilidad penal de la persona jurídica y el 286 seis que finalmente no vio la luz), demandan que, dentro del deber de diligencia del administrador, éste adopte los mecanismos necesarios para que no se derive responsabilidad sobre la persona jurídica y que ello se produzca mediante el establecimiento de mecanismos antes de la comisión del eventual hecho delictivo.

Desde nuestro punto de vista, tampoco podrían apreciarse las notas del tipo penal de administración desleal ex art. 252 del C.P. por la no observancia del deber de supervisión. Además de no concurrir los requisitos del tipo delictivo, la condena al órgano de administración por administración desleal por la “simple” condena a la persona jurídica por la comisión de un delito supondría situar a la sociedad a su vez como autora y como víctima del delito. Mientras que el delito de administración desleal es un delito doloso, la no observancia del deber de supervisión suele ser una conducta negligente o de culpa *in vigilando*. El



Existe un riesgo penal para la sociedad. Un riesgo introducido por la reforma del Código Penal al situar a la persona jurídica como sujeto imputable. Los procesos llevados a cabo en la gestión de la sociedad pueden ser claves para que ese riesgo llegue a materializarse. Un control que debe llevar a cabo el órgano de administración de la sociedad. Y no sólo por el deber general de diligencia o el resto de los deberes fiduciarios para con la sociedad sino por la imposición, primero por la LSC y luego por el CP, de la función indelegable de supervisión. Solo el órgano de administración está legitimado para la implementación de un modelo de cumplimiento normativo que, a su vez, resulta requisito indispensable, para la posible exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica. Y es que, si el órgano de administración no ejerce de forma adecuada la función de supervisión, no solo está incumpliendo con sus deberes, sino que está exponiendo a la sociedad a la derivación de responsabilidad penal. Este argumento constituye el fundamento para ejercitar esas posibles acciones sobre el órgano de administración. Bien dolosa o culposamente, dependiendo del grado de inobservancia en su deber de supervisión, el órgano de administración habría incumplido su deber general de diligencia *ex art. 225 LSC*, con la consiguiente infracción del deber de cumplimiento normativo impuesto por el art. 31 bis del C.P. En el supuesto de apreciarse responsabilidad sobre el órgano de administración por la inobservancia de la función supervisora éste debería indemnizar bien a la sociedad (en caso de acción social) bien a un tercero o socio (en caso de acción individual) por los daños y perjuicios derivados de la inexistencia o falta de diligencia en la aplicación del *compliance*.

Por otro lado, para concluir, analizando una última casuística y, teniendo en cuenta que la responsabilidad sobre el órgano de administración no deriva del concreto ilícito atribuido a la persona jurídica o de la comisión del ilícito en el seno de la organización, sino que deriva del incumplimiento de los deberes del administrador, debemos entender que dicho incumplimiento podría generar responsabilidad sobre el órgano de administración, aunque no exista un delito concreto imputable a la persona jurídica. Como hemos visto en el Capítulo Segundo a través del estudio de la evolución del gobierno corporativo, la adopción de estas normas supone un importante activo reputacional para

daño que se produzca a la sociedad derivado de la condena penal puede ser resarcido en sede civil sin estar, repetimos, a nuestro juicio, el delito de administración desleal previsto para el supuesto de inobservancia de la función supervisora.



la sociedad administrada. La pérdida de oportunidades de negocio, grupos de interés, proveedores, adjudicaciones o licitaciones públicas o clientes derivada de la no adopción de un *compliance program* por el órgano de administración podría, también, generar responsabilidad sobre el órgano de administración.

4.2 *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*

Tal y como hemos expuesto, las sociedades de capital pueden ser sujeto de responsabilidad penal de delitos cometidos en el seno de su organización salvo que hayan puesto en marcha un plan de cumplimiento normativo que cumpla con lo dispuesto en el Código Penal y, consiguientemente, cumplan con los estándares de diligencia establecidos en el art. 225 de la LSC⁷². El Código Penal traslada al administrador a través de sus artículos 31 bis 2,4 y 5 el deber de cumplimiento normativo, más que trasladar, diríamos que refuerza el deber general de diligencia y la función de supervisión impuestas por la LSC y las normas de gobierno corporativo. La evaluación de la eficacia del modelo de cumplimiento y, por tanto, el estándar de diligencia del administrador en el cumplimiento de sus deberes, se sitúan en el momento anterior a la comisión del ilícito. Se realiza un análisis retrospectivo de la eficacia de las medidas de supervisión implantadas por el órgano de administración.

Mientras que la observancia de la función de supervisora quedaba relegada al plano del gobierno corporativo, hoy en día las empresas, cada vez más, invierten en la adopción de sistemas de *compliance* que eviten los riesgos de la comisión de conductas antijurídicas y, especialmente, frenen la derivación de responsabilidad penal sobre la persona jurídica.

La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado caracterizó algunos de los aspectos esenciales que permiten instaurar en las sociedades un sistema de cumplimiento normativo idóneo para prevenir la comisión de ilícitos y, por tanto, que pueda ser apreciado como presupuesto exonerador de la responsabilidad penal de la persona

⁷² Conviene en este punto recordar que los delitos por los que pueden responder las personas jurídicas son *numerus clausus*. Podemos destacar entre ellos los delitos de Estafas, Insolvencias punibles, Daños informáticos; Delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores; Blanqueo de capitales; Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social; Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; Falsedad de medios de pago; Cohecho; Tráfico de influencias, entre otros



jurídica⁷³. La supervisión ejercitada mediante el plan de cumplimiento normativo debe ser acorde con lo que ya venían disponiendo las normas de buen gobierno corporativo: una supervisión informada, adaptada e idónea para con la sociedad administrada. Existe la necesidad de identificar y gestionar los riesgos estableciendo medidas para prevenirlos y neutralizarlos siendo una de las más características la existencia de un canal de denuncias o *whistleblowing*. También se prevé la obligación de adoptar un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento del *compliance*.

Otra previsión normativa que podría ayudarnos a interpretar la idoneidad de la función supervisora es la *business judgement rule* o regla de discrecional empresarial. Si bien *a priori* no viene siendo de aplicación para analizar la idoneidad de los planes de cumplimiento normativo por su todavía temprana incorporación, la *business judgement rule* cuenta con un largo recorrido en lo que al gobierno corporativo respecta. Así, sus características y aplicación podrían llegar a ser trasladadas al juicio de idoneidad de un correcto modelo de supervisión en sede penal. Sin perjuicio de lo dispuesto por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y las distintas normas ISO y UNE que periódicamente actualizan las normas de aplicación a la estructura, medios y desarrollo de los planes de cumplimiento normativo.

Con el desarrollo de los planes de cumplimiento normativo se han configurado distintas formas de desempeñar las funciones que conllevan el establecimiento de los sistemas de dicho cumplimiento. En este punto, cabe recordar que, ni la creación, ni la

⁷³ Sera el juzgador el encargado de determinar, como en cualquier supuesto agravante o atenuante, la apreciación de dicha circunstancia tras haberse dado en fase de instrucción los presupuestos necesarios para la apreciación del delito (recordemos, entre aquellos imputables a las personas jurídicas).

La Circular FGE 1/2016, págs. 52 y 53 Cuarta, con respecto a la idoneidad del programa de cumplimiento normativo, subraya que “Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa. Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.” Presunción *iuris tantum* remarcable a la hora de considerar la idoneidad del programa y la posible atenuación de responsabilidad de la persona jurídica.



externalización del cumplimiento normativo liberan al órgano de administración de su deber de supervisión y del régimen de responsabilidad solidaria derivado (*ex art.327 LSC*) ni de su función indelegable de supervisión (249 bis). De acuerdo con ello, los administradores son responsables de la supervisión del cumplimiento normativo de la sociedad no siendo delegables las facultades asociadas a la función de supervisión aun cuando dicha supervisión se configure a través de órganos de cumplimiento o *compliance officers*. Si bien, como hemos analizado en el anterior apartado, la responsabilidad del órgano de administración quedará limitada al ámbito civil ya que la responsabilidad penal de la sociedad no puede ser trasladada al órgano de administración ya que entonces se condenaría penalmente al órgano de administración por la autoría de un delito que no cometió desdibujando los principios de la teoría del delito y la naturaleza de otros delitos societarios previstos en el ordenamiento penal.

Volviendo en concreto al sistema de cumplimiento normativo y, dejando de lado la naturaleza y características de la posible responsabilidad del administrador, ya tratadas en el apartado anterior, nos centramos ahora en el análisis del *compliance* como instrumento para la evidenciar la correcta observancia del deber de supervisión del órgano de administración. Es decir, tras haber concluido que la derivación de responsabilidad sobre el órgano de administración es plausible, ¿cómo opera el *compliance* ante el riesgo de imputación del administrador por omisión de sus deberes de supervisión? El programa de cumplimiento normativo no solo atenúa el riesgo de responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que, también, constituye una prueba en el marco de responsabilidad del órgano de administración sobre el ejercicio diligente de sus funciones.

La inexistencia de un sistema de cumplimiento normativo conllevaría consecuencias tanto para la persona jurídica, por la imposibilidad de atenuar o exonerar su responsabilidad, como para el órgano de administración, por la eventual responsabilidad a la que tendría que hacer frente por infracción de sus deberes. La inexistencia de un modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos generaría la condena de la persona jurídica y, los daños y perjuicios derivados de esa condena podrían repetirse sobre el órgano de administración por ser responsable del defecto organizativo que, si bien no generó el ilícito, pudo contribuir a su



materialización y, en todo caso, permitió la individualización de responsabilidad penal sobre la persona jurídica.

En el caso de que la responsabilidad penal de la persona jurídica se viera atenuada por la existencia de un programa de cumplimiento normativo ¿podría derivarse responsabilidad sobre el órgano de administración por los daños derivados de la condena penal? Pues bien, en estos supuestos, el órgano de administración ejerció la función supervisora si bien no con la eficacia o idoneidad suficientes para poder apreciar la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica. ¿Podría entonces decirse que ha infringido sus deberes para con la sociedad? La existencia de un modelo de cumplimiento normativo y la atenuación de responsabilidad penal de la persona jurídica ex art. 31 bis 2 C.P. acreditarían cierto grado de diligencia por parte del órgano de administración en el ejercicio de sus funciones de vigilancia. La línea de defensa del órgano de administración con respecto a una eventual acción de responsabilidad por los daños y perjuicios de la condena penal se vería favorecida por la existencia del modelo de cumplimiento y el reconocimiento de dicho extremo en la sentencia penal condenatoria de la cual se pretende repetir responsabilidad.

5. CONCLUSIONES

A pesar de que la legislación societaria partió de unas consideraciones legales sobre las funciones y deberes de los administradores, básicas y generales desacordes con la praxis mercantil y, especialmente, con la adopción de las normas de gobierno corporativo, éstas cada vez resultan más precisas y orientadas a la supervisión y buen gobierno corporativo. Dicha precisión, además de mejorar la práctica societaria, concreta las pautas para la individualización de la responsabilidad de administradores. El deber de informarse, adoptar y ejecutar las medidas necesarias para una gestión diligente que prevengan el incumplimiento normativo es clave, no solo para la adecuada marcha de la sociedad, sino, a su vez, para evitar una eventual derivación de responsabilidad —ya sea social, concursal, civil o penal— sobre la sociedad y sobre el órgano de administración.

Además, el desarrollo legislativo en materia de supervisión favorece la aplicación legislativa en tanto que delimita —en interés de administradores, socios y sociedad— el contenido exigible y esperable del cargo de administrador. Por otro lado, contribuye a la



seguridad jurídica tanto de administradores, como de la sociedad, como de terceros, que se ve favorecida por la determinación normativa de un —hasta el momento genérico— deber de diligencia los administradores. Una vez aceptado el cargo de administrador, se deben adoptar las medidas de vigilancia y control idóneas para cumplir con el cargo de forma diligente. Si se produce un daño a la sociedad por la inobservancia de dicha función de control, las consecuencias recaerán directamente, no solo sobre la sociedad, sino, también, sobre el órgano de administración.

No obstante, sin perjuicio de los avances logrados, resulta necesario continuar introduciendo, criterios de modulación — en línea con el artículo 225 LSC — que sigan intentando determinar el contenido del indeterminable deber de diligencia. Más aún cuando sus implicaciones alcanzan la responsabilidad penal de la persona jurídica. Cada vez más, resulta imprescindible la meticulosa observancia de la función supervisora, ya no solo para cumplir con las normas de gobierno corporativo, sino, también, para poder comprender el marco de individualización de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El reforzamiento de los deberes fiduciarios de los administradores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control y responsabilidad, constituyen el actual desafío en el que se encuentra el Derecho societario. La reforma legislativa 2014 ha positivizado el desarrollo que los códigos de buen gobierno venían proponiendo —pero, aún, con carencias aplicativas. Por un lado, persiste la inseguridad jurídica para los administradores derivada de la insuficiente delimitación legal de sus deberes y régimen de responsabilidad, la cual se ve notablemente acentuada con la introducción de una responsabilidad penal de la persona jurídica que, lejos de resolver inconcreciones, las acentúa, atribuyendo al órgano de administración la tarea de instaurar un sistema de cumplimiento normativo que cumpla con unos estándares indefinidos. De igual modo, la reforma de 2014 debería haber dado un paso más y, no solo en lo relativo a la delimitación los deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores, sino, principalmente, en la adecuación flexible de las normas de gobierno corporativo al ecléctico panorama societario español. De un lado, la normativa se expone como novedosa y adaptada, pero, en realidad, se observan imprecisiones heredadas de la antigua legislación societaria difíciles de casar con el principal objetivo del gobierno corporativo: un órgano de



administración centrado en la supervisión. La configuración monista como única opción para la estructura de administración societaria, limita la priorización del órgano de administración en favor de la función supervisora. A pesar de su teórico papel protagonista en la toma de decisiones, la supervisión y la transparencia se ven diluidas a medida que se avanza en el organigrama societario, sin que la normativa haya previsto directrices para solventarlo. El sistema cuenta con un evidente riesgo de hipertrofia de los mecanismos de supervisión: el supervisado/delegado puede convertirse en supervisor y el que debería ser supervisado puede escapar al sistema de control únicamente previsto para las instancias superiores. Extremo que cobra importancia también en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El órgano de administración deberá instrumentar mecanismos adecuados para la supervisión del modelo de cumplimiento normativo. Una deficiente supervisión por parte del órgano de administración podría generar responsabilidad sobre el órgano por el ejercicio insuficiente del deber de diligencia *ex art. 225*, en relación con su deber de supervisión sobre el órgano delegado en la ejecución eficaz del modelo de cumplimiento normativo.

En conclusión, entendemos que, dentro del deber de diligencia del administrador previsto en el artículo 225 LSC, se encuentra el deber de supervisión. La adopción y ejecución de mecanismos de supervisión previos a la comisión del delito tendentes al control de la actividad de la persona jurídica para prevenir o dificultar la comisión de ilícitos forma parte de esa función supervisora. Si bien el Derecho societario español requiere de un sistema de supervisión más desarrollado y adaptado a la praxis y configuración de las distintas tipologías de sociedades. La consecución de este objetivo pasa por la adaptación y redimensión del órgano de administración a la realidad y estructura de cada sociedad a través de una normativa flexible y congruente con la evolución del gobierno corporativo. Cuanto mayor sea el desarrollo de la función supervisora más eficaz será la aplicación de las normas de buen gobierno, la garantía para tráfico mercantil, la prevención de ilícitos, el cumplimiento normativo, la seguridad jurídica para el órgano de administración y, en definitiva, la consecución del objetivo común perseguido: la buena *praxis* societaria.



6. CITAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa”, <https://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa>, de fecha 1 de abril de 2016, consultada en fecha 24 de agosto de 2020.
- ALONSO UREBA, A. (2015): “El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015” en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45, pág. 23-146.
 - (2019) “Las comisiones especializadas de supervisión y control en el modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada” en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55.
- BORGIOLI. A. (1982): *L’administrazione delegata*, Bassano del Grappa: Nardini, pág. 103 y ss.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2012): “Presidente ejecutivo y Gobierno Corporativo de las sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro verde de la UE sobre Gobierno Corporativo” en *Documentos de Trabajo del Departamento Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid* Madrid: EPrints Complutense.
- COURET, A. (2005): “El tercer sistema en el Derecho francés después de la reforma de 2001”, *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, AAVV, RdS, Navarra: Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pág. 124.
- DI NANNI, C. (1999): *La vigilanza degli amministratori sulla gestione nella società per azioni*, Napoli: Jovene Editore, pág. 211 y ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012): “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Tratado de responsabilidad penal de las personas*



jurídicas con BAJO FERNÁNDEZ, M. y FEJOO SÁNCHEZ, B, CIZUR MENOR, pág. 112.

- ESTEBAN VELASCO, G. (2006): “La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado”, En: *Derecho de sociedades Anónimas Cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, Navarra: Aranzadi, pág. 760.
 - (2001) “El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española”, En *Cuadernos de Comercio y Derecho*, núm. 35 Madrid: Fundación Notariado, pág.43.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1999): “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido”, En ESTEBAN VELASCO, G. *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, pág. 55.
- FORTUNY CENDRA, M. (2018): *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*, Madrid:Escoda, pág. 142-169.
- GIMENO BEVIÁ, V. (2019): “Los programas de «compliance» como manifestación del deber de diligencia de los administradores”, En: *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 55.
- GUERRERO TREVIJANO, C. (2014): *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Navarra: Thomson Reuters Civitas, pág. 187.
- LEÓN SANZ, F. (2015) “Delegación de facultades del Consejo de Administración”, En: *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Navarra: Thomson Reuters Civitas, pág. 499



- MATEU DE ROS CERESO, R. (2017): *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Navarra: Aranzadi. pág.273.
- MEGÍAS LOPEZ, J. (2012): *El Consejero independiente. Estatuto y funciones*, Madrid: Wolters Kluwer España.
 - (2017) “La creación de valor tolerante: un modelo de compatibilidad jurídica entre interés y responsabilidad social corporativa” En RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y ESTEBAN VELASCO, G. *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital* Vol. II, Navarra: Aranzadi, págs. 555-590.
- MINISTRY OF JUSTICE UK (2010): “Consultation on guidance about commercial organisations preventing bribery (section 9 of the Bribery Act 2010)” Consultation Paper CP11/10.
- POSADA TAMAYO, J.A. (2008): “Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho de la estructura societaria”, En “*El análisis económico del Derecho. Una aproximación desde el derecho societario comparado*” UCM y Centro Universitario de Villanueva, España, pág.14.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2015): “Los presupuestos de la responsabilidad en el nuevo modelo del consejo de administración”, En *Revista de Derecho Mercantil* núm. 246, pág. 149 y ss.
 - (1985) *La responsabilidad civil de los administradores de la Sociedad Anónima*, Universidad de Valladolid, Caja de Ahorros y Montepiedad de Salamanca, pág. 212.
- RUÍZ DE LARA, M. (2018): *Compliance Penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores* Madrid: Wolters Kluwer, págs. 147 y ss
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015): “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad” En: *Estudios sobre el futuro Código*



Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid pág. 894-917.

- SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, M.J (2017): *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Madrid: Wolters Kluwer España, pág. 900 y ss.
- TAPIA HERMIDA, A. (1995): “La alta dirección empresarial (administradores y altos cargos)”, en “*Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*”, tomo III, Valencia, pág. 3.754.
- VÁZQUEZ RUANO, T. (2018): *Principios de corporate governance: la personificación de la función supervisora de la administración societaria*. Madrid, Dykinson, pág.43.

