

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**

NICOLÁS JOSÉ GARCÍA PINEDA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Dirección del Doctorado
en Derecho Tributario y Derecho Mercantil

de la
Escuela de Estudios de Postgrado

de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MSc. NICOLÁS JOSÉ GARCÍA PINEDA

TUTOR

DR. ERNESTO EDUARDO MARTORELL

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL

Guatemala, septiembre de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: M.A. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Msc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Msc. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL ANTE EL QUE SE DEFENDERÁ
LA TESIS DOCTORAL**

Presidente: Dr. Luis Fernando Cerdón Morales
Secretaria: Dra. Ingrid Johana Romero Escribá
Vocal: Dra. María Eugenia Villaseñor Velarde

Razón: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis Sustentada”.
(Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSTGRADOS INTERNACIONALES

Escuela de Estudios de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Do. Nicolás José García Pineda
Doctorado en Derecho Tributario y Derecho
Mercantil

Referencia: Proyecto Tesis Doctoral y Nombramiento de Tutor. Tema: "**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**"

Guatemala, diez de agosto de dos mil catorce-----
Visto el petitorio instado por el Doctorando **Nicolás José García Pineda**, en relación al proyecto de tesis doctoral y designación de tutor, el Comité Académico en uso de las atribuciones contenidas en el Manual Específico para la Elaboración de Tesis Doctoral del Programa de Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil. **ACUERDA: I) Autorizar el proyecto de tesis** doctoral intitulado: "**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**". Propuesto por el Doctorando: **Nicolás José García Pineda**, debiendo tenerse en cuenta los plazos establecidos para su tramitación y lectura de las disposiciones vigentes y las normas reglamentarias. **II) Nombra como tutor de tesis a: Dr. Ernesto Eduardo Martorell (Argentina)**, con quien deberá avocarse inmediatamente para dar inicio al desarrollo de su investigación doctoral; **III) Se ordena la inscripción del tema** propuesto para el desarrollo de la tesis doctoral en el libro respectivo; **IV. Notifíquese.**



POR EL COMITÉ ACADÉMICO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSTGRADOS INTERNACIONALES

Escuela de Estudios de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

REF. NOMBRAMIENTO DE TUTOR DE TESIS DOCTORAL

Guatemala, 01 de septiembre de 2014.

Doctor

Ernesto Eduardo Martorell

TUTOR

Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de **Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil**, lo **NOMBRA TUTOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

Nicolás José García Pineda. Carne: 201390394

Cuyo punto de tesis doctoral es:

“DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS”

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente comunicación, me suscribo como su atento servidor.

“DID Y ENSEÑAD A TODOS”

POR COMITÉ ACADÉMICO

Coordinación Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil





UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL

REF: DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS
DOCTORAL EN DOCTORADO EN
DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO
MERCANTIL

Buenos Aires, 24 de Agosto de 2016

Doctor
César Landelino Franco López
Coordinador
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **TUTOR DE TESIS DOCTORAL**, que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación Doctoral, en el que se dispuso nombrarme como Tutor de Tesis Doctoral del doctorando:

NICOLÁS JOSÉ GARCÍA PINEDA

Al respecto vengo a presentar el siguiente:

DICTAMEN:

1. DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN EN CONCRETO Y SU IMPORTANCIA:

**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**

Como se sabe, la Sociedad Anónima moderna –desde la Tesis de Berle en mas- ha sido considerada el motor de la vida mercantil moderna, a lo que se suma, a partir fundamentalmente del desarrollo informático, el reconocimiento de las mismas como factor principal del desarrollo de la llamada “Cultura Tecnológica”.

Por otra parte, habiendo considerado en el año 1967 Jean Jaques Servant Schreiber -en “El Desafío Americano”- que, siendo los E.E.U.U. la primera potencia mundial, y la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas la segunda, correspondiendo el tercer puesto al capital norteamericano en el mundo a través de sus sociedades, la tesis del doctorando NICOLÁS JOSÉ GARCÍA PINEDA nos coloca frente a un análisis actualizado, profundo y novedoso que nos enfrenta a la realidad normativa actual del Instituto de la Sociedad Anónima Moderna protagonista indiscutido del comercio y la industria en la República de Honduras.



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL**

**REF: DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS
DOCTORAL EN DOCTORADO EN
DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO
MERCANTIL**

2. DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA PARA EL DESARROLLO DE LA TESIS:

La Tesis Doctoral del Abogado Garcia Pineda se divide en tres partes, integrada cada una de ellas por cuatro capítulos.

En la primera parte se introducen las nociones generales de administración, desarrollándose las nociones de Órgano, naturaleza jurídica de la relación entre el administrador societario y el ente que dirige, los deberes y facultades de aquel y la representación social.

En la segunda parte se analizan las obligaciones de los administradores desde la perspectiva de lo puntual, con referencia específica al Derecho Comparado y a la Normativa hondureña, para abundar luego –esta vez en forma expresa- en los deberes de lealtad y diligencia privilegiados por prácticamente todos los ordenamientos del mundo como puntales básicos y/o “ideas-fuerza” en torno a las cuales debe girar el compromiso de administrar patrimonios corporativos con ajuste a derecho.

Para concluir, el abogado Garcia Pineda encara en la tercera parte de su significativo trabajo el régimen de responsabilidad civil de los administradores, su sistemática en el derecho extranjero y hondureño y las notas caracterizantes del mismo. Y, como no podía ser menos se aborda la llamada acción social de responsabilidad, concluyendo su “travelling” con lo que denomina “acción extra social de responsabilidad”.

Termina su trabajo de tesis con propuestas “de lege ferenda” que, según lo estimo, guardan relación con las conclusiones obtenidas por el doctorando después del exhaustivo trabajo de estudio y elaboración efectuado.

3. DE LO RELACIONADO AL INTERES QUE GENERA EL TRABAJO DE TESIS EN LOS AMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL

**REF: DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS
DOCTORAL EN DOCTORADO EN
DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO
MERCANTIL**

Como se sabe, si hay un mundo dinámico es el del Derecho de los Negocios, dentro del cual el instituto de las sociedades en general y de la SA en particular ocupan un rol de privilegio.

En ese sentido, lo cambiante del fenómeno que, en el caso de la República de Honduras se ve reflejado en la significativa reforma legislativa de su Código de Comercio (que, partiendo de la base del ya célebre Código de 1950 y de las enseñanzas de Joaquín Rodríguez Rodríguez y del maestro Laureano Gutiérrez Falla ha tomado lo mejor de lo que había para incorporar "los nuevos vientos"), justifica sobradamente el interés que, siempre a mi juicio y dejando a salvo mejor opinión, habrá de despertar esta Tesis Doctoral.

Es que, sin caer en ninguna hipérbole, la juzgo profunda y novedosa y de lectura afable lo cual, teniendo en cuenta el hermetismo y la rigidez de lo normado, no deja de ser un elogio tanto para el trabajo como para su autor.

4. DEL ANALISIS Y RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA QUE SE INVESTIGA CON EL DESARROLLO DE LA TESIS DOCTORAL

En consonancia con lo precedentemente expuesto, y visto el rezago en que se encuentran nuestros derechos hispanoamericanos si se los compara, por ejemplo, con el del Reino de España, reitero que todo avance científico en la materia no debe ser sino bien visto.

En tal sentido, creo que el hecho de que el Dr. García Pineda se plantee interrogantes y en ningún caso "escabulla" su opinión implica la existencia de un valor agregado que condice con la intención de vuestra Casa de Altos Estudios, de que no solo las Tesis que se presenten para su defensa impliquen desarrollo investigativo e innovación sino que, además, sus autores busquen y aporten soluciones de alta alcurnia jurídica para la problemática objeto de sus estudios.

5. DE LA CONTRIBUCIÓN SOCIAL QUE SIGNIFICA EL TRABAJO DE TESIS DOCTORAL PRESENTADO POR EL SUSTENTANTE EN EL ENTORNO DEL TEMA Y LAS INSTITUCIONES ABORDADAS CON EL MISMO:

Para concluir, entiendo que la Tesis Doctoral cuya tutoría asumiera implica una contribución para el desarrollo y jerarquización del Derecho Hondureño. Y, además, para el avance de las instituciones mercantiles hispano americanas, en lo fundamental, el de la moderna Sociedad Anónima de la República de



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL

REF: DICTAMEN DE TUTOR DE TESIS
DOCTORAL EN DOCTORADO EN
DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO
MERCANTIL

Honduras desde el vector de su nuevo Código de Comercio del año 2014 y del análisis comparativo de la Doctrina Comparada mas calificada que exhiben nuestra realidad empresaria

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis doctoral presentado por el postulante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante y propio del cuarto nivel de educación superior, por lo cual estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

“ ID Y ENSEÑAD A TODOS ”

NOMBRES Y APELLIDOS DEL TUTOR:

ERNESTO EDUARDO MARTORELL

(F) 

ERNESTO EDUARDO MARTORELL
ABOGADO
CPACF T°11 F°761 - CASI T°X F°387
CUI. 20-10390642/4



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSTGRADOS INTERNACIONALES

Escuela de Estudios de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

REF. **NOMBRAMIENTO DE REVISOR DE TESIS DOCTORAL**

Guatemala, 24 de agosto de 2016

Doctor

César Landelino Franco López

NOMBRAMIENTO REVISOR

Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

De manera atenta me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que esta Coordinación, en uso de las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral dentro del Programa de **Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil**, lo **NOMBRA REVISOR DE TESIS DOCTORAL**, del doctorando:

Nicolás José García Pineda. Carne: 201390394

Cuyo punto de tesis doctoral es:

“DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS”

Para los efectos del desarrollo del proceso de revisión, el interesado deberá contactarse con usted por la vía del correo electrónico o bien mediante el programa de citas presenciales el cual deberá ser autorizado por su persona.

En representación de nuestra casa de estudios y de nuestro programa de doctorado en particular, agradezco a usted la gentileza de su esfuerzo en cooperar con este proceso cuyo propósito va dirigido a fortalecer la formación profesional y la investigación, para obtener que los profesionales que lo cursan, puedan encarar los retos y desafíos que supone la realidad en que vivimos.

Agradeciendo la atención que se sirva prestar a la presente comunicación, me suscribo como su atento servidor.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

POR COMITÉ ACADÉMICO

Coordinación Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil



Guatemala, 16 de septiembre de 2016.

Señor
Coordinador
Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **REVISOR DE TESIS DOCTORAL**, que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación Doctoral, en el que se dispuso nombrarme como Revisor de Tesis Doctoral del doctorando: **NICOLÁS JOSÉ GARCÍA PINEDA**.

Al respecto he procedido a Revisar el trabajo de Tesis Doctoral intitulado: “**DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS**”, y concluido el proceso de revisión en relación vengo a presentar el siguiente:

DICTAMEN:

Del área de investigación optada por el postulante en el tema de investigación

El área de investigación abordada es la del derecho mercantil societario y los deberes y responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas en Honduras.

De la metodología utilizada para el desarrollo de la investigación doctoral

El postulante integró las fuentes primarias y secundarias de la investigación y dentro de la metodología utilizó métodos idóneos para el desarrollo de la investigación.

La instrumentalización metodológica fue la que permitió al postulante obtener los resultados y conclusiones expuestos en el contenido de la tesis doctoral.

De la observancia de los requisitos impuestos por el Manual específico para la elaboración de la tesis doctoral y el instructivo para la elaboración y desarrollo de la tesis doctoral

Luego del examen producto de esta revisión y del cotejo con el contenido del Manual y el Instructivo para la elaboración y desarrollo de la Tesis Doctoral dentro del programa de Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil, se establece que la postulante cumplió a cabalidad con todos y cada uno de los requisitos impuestos por estas disposiciones para la elaboración y desarrollo de su trabajo de Tesis Doctoral.

Del probable alcance de la investigación realizada

Se advierte que el alcance de la investigación es analizar los deberes de los administradores de las sociedades anónimas en Honduras, para determinar el alcance de la responsabilidad civil de éstos en la ejecución de sus deberes.

De la incidencia social que se estima pueda tener la investigación doctoral

Tomando en consideración que la incidencia social que pueda tener la investigación que se hace dentro de los estudios doctorales depende de la profundidad de la investigación sobre el tema y la problemática propuesta para la investigación por parte del postulante, se aprecia que la incidencia de la investigación es determinar el alcance de la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima en Honduras, derivado de que la legislación mercantil en aquella nación, no se encuentra regulado con la amplitud que debiera y que garantice la posibilidad de deducir la responsabilidad que éstos pudieran tener en la ejecución del cargo.

Concluido el proceso de Revisión de la Tesis Doctoral y habiendo establecido que la investigación responde a las exigencias de la investigación doctoral y al nivel de excelencia que se requiere en los estudios de Doctorado, me permito opinar que el trabajo presentado debe ser discutido en acto público de defensa de tesis doctoral, previa orden de su impresión, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ
REVISOR



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

POSTGRADOS INTERNACIONALES

Escuela de Estudios de Postgrados
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

REF. RESOLUCIÓN COORDINACIÓN DEL DOCTORADO ORDENANDO IMPRESIÓN DE TESIS DOCTORAL DEL DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL

COORDINACIÓN PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO MERCANTIL. Guatemala, veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis. Se tiene a la vista para resolver la solicitud de orden de impresión de tesis doctoral, presentada por el doctorando:

Nicolás José García Pineda Carné: 201390394

Y

CONSIDERANDO: Que el trabajo de tesis doctoral intitulado:

“DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS”

Ha cumplido con los requisitos establecidos en el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral y en el Instructivo para la Elaboración de la Tesis Doctoral, además de presentar los dictámenes suscritos por el Tutor y el Revisor de la tesis doctoral;

CONSIDERANDO: Que es competencia de la coordinación del Doctorado, pronunciarse en relación a la solicitud, sobre la **ORDEN DE IMPRESIÓN DE LA TESIS DOCTORAL**, es procedente resolver conforme la ley;

POR TANTO: La coordinación del Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil, con base en las facultades que le confiere el Manual Específico para la Elaboración de la Tesis Doctoral,

RESUELVE: I) Ordenar la impresión de la Tesis Doctoral intitulada:

“DEBERES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN HONDURAS”

II) El Interesado deberá cumplir con la impresión del número de ejemplares que exige la normativa correspondiente y entregarlo a la coordinación, previo a solicitar se le señale día y hora para el acto de defensa de tesis doctoral; **III)** Notifíquese.

Dr. César Landelino Franco López
Coordinador



DEDICATORIA

A NICOLÁS: Padre, amigo y maestro, mi fuente de inspiración para iniciar el camino como aprendiz de jurista.

A MERCEDES: Madre, amiga y consejera, mi ejemplo de inconmensurables virtudes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

1. De los administradores y del consejo de administración	1
1.1. LA ADMINISTRACIÓN COMO ÓRGANO SOCIAL	1
1.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	3
1.3. CAPACIDAD Y FORMA DE DESEMPEÑAR EL CARGO	5

CAPÍTULO II

2. Naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad	13
2.1. TEORÍAS DESARROLLADAS	13
2.1.1. Teoría contractual.....	13
2.1.2. Teoría orgánica.....	15
2.1.3. Otras teorías.....	16
2.2. ANÁLISIS EN EL DERECHO HONDUREÑO	18

CAPÍTULO III

3. La administración de la sociedad anónima	25
3.1. EL DEBER DE ADMINISTRAR Y EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN	25
3.2. LA ADMINISTRACIÓN Y LA ASAMBLEA GENERAL	29
3.2.1. El poder en la sociedad anónima.....	29
3.2.2. Tendencias legislativas	32
3.2.3. Situación del derecho hondureño	35
3.3. LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONSEJO DE VIGILANCIA.....	40

CAPÍTULO IV

4. La representación de la sociedad anónima	45
4.1. TEORÍAS SOBRE LAS RELACIONES DE LA SOCIEDAD EN LA ESFERA EXTERNA	45
4.1.1. Teoría de la representación.....	46
4.1.2. Teoría del órgano	47
4.1.3. Teoría intermedia	48
4.1.4. Análisis a la luz del Código de Comercio	48
4.2. LA REPRESENTACIÓN Y EL USO DE LA FIRMA SOCIAL	50
4.3. LOS ACTOS ULTRA VIRES	57

CAPÍTULO V

5. Introducción a los deberes generales de los administradores.....	65
5.1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	65
5.2. LOS DEBERES GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO.....	66
5.3. LOS DEBERES GENERALES EN EL DERECHO HONDUREÑO.....	69

5.3.1. Exposición del tema previo a la reforma legislativa	70
5.3.2. Planteamiento general del tema en el marco de la reforma legislativa	73

CAPÍTULO VI

6. El deber de diligencia	77
6.1. EL NIVEL DE DILIGENCIA EXIGIDO Y LA NATURALEZA DEL CARGO	77
6.2. CONTENIDO DEL DEBER DE DILIGENCIA	83
6.2.1. Deber de informarse	84
6.2.2. Deber de adoptar decisiones y medidas	86
6.3. PROTECCIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES	88
6.3.1. Los sistemas de protección en el derecho comparado	89
6.3.2. El sistema de protección en el derecho hondureño	93

CAPÍTULO VII

7. El deber de lealtad	99
7.1. NOCIONES GENERALES.....	99
7.2. EL DEBER DE LEALTAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	102
7.3. CONTENIDO DEL DEBER DE LEALTAD EN EL DERECHO HONDUREÑO	111
7.3.1. Actuar en el mejor interés de la sociedad	112
7.3.2. Hacer prevalecer los intereses de la sociedad y de los accionistas.....	118
7.3.3. Evitar los conflictos de intereses.....	120
7.3.4. Abstenerse de hacer uso abusivo del cargo	128
7.3.5. No revelar secretos o información confidencial	130
7.3.6. Revelar la situación de conflicto.....	133

CAPÍTULO VIII

8. Los deberes particulares	139
8.1. PRELIMINAR	139
8.2. DEBERES FRENTE A LA SOCIEDAD	139
8.3. DEBERES FRENTE A LOS ACCIONISTAS.....	145
8.4. DEBERES FRENTE A TERCEROS.....	148

CAPÍTULO IX

9. Introducción al régimen de responsabilidad civil de los administradores	153
9.1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	153
9.2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	154
9.2.1. El régimen de responsabilidad en el derecho comparado.....	154
9.2.2. Evolución en el derecho hondureño	160
9.3. IMPORTANCIA Y JUSTIFICACIÓN: LA FUNCIÓN EN EL SISTEMA	162
9.4. NOTAS CARACTERIZADORAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	167
9.4.1. Carácter legal.....	167
9.3.2. Carácter personal.....	169
9.3.3. Naturaleza jurídica	170

CAPÍTULO X

10. Aplicación del régimen de responsabilidad.....	173
10.1. PRESUPUESTOS.....	173
10.1.1. Conducta antijurídica.....	174
10.1.2. Factor de atribución legal de responsabilidad.....	175
10.1.3. El daño.....	178
10.1.4. Relación de causalidad.....	181
10.2. ÁMBITO SUBJETIVO: LOS SUJETOS RESPONSABLES.....	182
10.2.1. El administrador único y el consejo de administración.....	182
10.2.2. Los administradores delegados.....	189
10.2.3. El administrador de hecho y el administrador oculto.....	191
10.2.4. El liquidador.....	198

CAPÍTULO XI

11. La acción social de responsabilidad.....	201
11.1. NOCIONES GENERALES.....	201
11.2. LEGITIMACIÓN.....	202
11.2.1. Legitimación ordinaria.....	204
11.2.2. Legitimación extraordinaria.....	206
11.3. SUPUESTOS EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	215
11.3.1. Aprobación del balance.....	216
11.3.2. Cumplimiento de los acuerdos de la asamblea general.....	217
11.3.3. Aprobación de la gestión, renuncia y transacción.....	220
11.3.4. Prescripción.....	222

CAPÍTULO XII

12. La acción extrasocial de responsabilidad.....	227
12.1. NOCIONES GENERALES.....	227
12.2. LEGITIMACIÓN.....	228
12.3. MODOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	229
12.3.1. Regla general.....	231
12.3.2. Supuestos particulares.....	234
12.4. PRESCRIPCIÓN.....	244
CONCLUSIONES.....	249
RECOMENDACIONES.....	255
BIBLIOGRAFÍA.....	259
Textos legislativos.....	291
Jurisprudencia.....	295

INTRODUCCIÓN

El binomio tradicional poder-capital ha sufrido importantes cambios en el derecho de sociedades, marcándose una tendencia unívoca desde hace ya varias décadas. El desarrollo de la sociedad anónima se encuentra condicionado por el fenómeno denominado “concentración interior”; esto es, que la decisión sobre los destinos de la sociedad se concentra en pocas manos, haciendo imposible la realización de un efectivo control¹. Entonces, el sistema se inclina por otorgar mayores poderes a los administradores, limitar la competencia de la asamblea general, y desplazarse hacia mecanismos legales de protección de los inversores², imponiendo a los administradores una serie de deberes y un régimen de responsabilidad con mayor rigor³.

En cuanto a la actividad mercantil, el poder otorgado al órgano de administración, corazón del gobierno corporativo⁴, coadyuva en el ámbito de la comercialización, producto de la necesidad de adoptar medidas y decisiones complejas de manera rápida dentro del cambiante y dinámico escenario comercial. Todo ello lleva a la consideración del cargo de administrador con un mayor grado de profesionalización.

Honduras, en el ámbito comercial posee una necesidad latente, nos referimos al restablecimiento del sistema económico, asunto que motiva la realización del presente trabajo. El presente estudio se centra en la sociedad anónima como un instrumento que, históricamente, ha permitido la concentración económica a nivel nacional y que constituye la principal protagonista en la economía moderna⁵, al subsumirse en el esquema de la responsabilidad limitada con respecto a los socios, teniendo la ventaja de

¹ REICH, Norbert. **Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana.** Pág. 275.

² DU PLESSIS, Jean y LUTTERMAN, Claus. «**Corporate governance in the EU, the OECD principles of corporate governance and corporate governance on selected other jurisdictions**», en **German corporate governance in international and european context.** Pág. 216.

³ PAZ-ARES, Cándido. **Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo.** Pág. 13.

⁴ EMBID IRUJO, José Miguel. «**La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Pág. 44.

⁵ GARRETA SUCH, José María. **La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades.** Pág. 28.

atraer masivamente el capital a las actividades productivas, generando un progreso técnico⁶.

La sociedad anónima hondureña se ha mantenida adormecida ante las transformaciones que ha sufrido el derecho de sociedades, no resultándole aplicable aquella frase que expresa: “la historia de la sociedad anónima es la historia de sus reformas”⁷. Las escasas, por no decir inexistentes reformas del Código de Comercio en lo que concierne al derecho de sociedades, solo reflejan el predominio del modelo de autorregulación societaria, que permite un amplio despliegue de la autonomía de la voluntad, en un momento considerado como el método para lograr la eficacia productiva⁸. Pero el movimiento de reforma ha confirmado que el modelo seguido no ha producido los provechos esperados, encontrándose en franca derrota, ante el actual movimiento que predica la expansión del denominado “Gobierno Corporativo” (*Corporate Governance*).

Desde la promulgación del Código de Comercio de 1950, el sistema limitó en gran medida la evolución del cargo de administrador societario hacia un grado de especialización y profesionalidad adecuado para el ámbito empresarial. En este contexto, el 5 de junio de 2014, fue publicada en el Diario oficial “La Gaceta”, la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas (Decreto No. 284-2013), a través de la que se reformó el Código de Comercio, y particularmente diversas disposiciones relativas a los deberes y responsabilidad de los administradores.

La reforma al régimen societario de 2014, se configura con acentuada aproximación a la regulación contenida en ordenamientos avanzadas, lo que justifica la aplicación de doctrina y jurisprudencia extranjera relevante que permita desarrollar un estudio conforme a los parámetros del actual movimiento de reforma, como herramienta auxiliar. Especial atención merece el tratamiento del tema por la doctrina nacional a lo largo del

⁶ RUIZ PERIS, Juan Ignacio. «**La responsabilidad de la dominante**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles**. Pág. 224; ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. **El poder de decisión en las sociedades anónimas**. Pág. 61; y DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. **Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital**. Pág. 21.

⁷ WIETHÖLTER, Rudolf. **Interessen und organisation der aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen recht**. Pág. 35.

⁸ EMBID IRUJO, José Miguel. «**La mejora del gobierno corporativo**». **Op. Cit.** Pág. 43.

trabajo, que, aunque escasa, innegablemente arroja luz sobre una disciplina no caracterizada por su sencillez. El presente estudio, a través del análisis exegético, pretende dilucidar el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores, tras la discusión del estado de la cuestión desde una perspectiva crítica.

El trabajo puede dividirse en tres partes, cada una integrada por cuatro capítulos. La primera parte, introduce las nociones generales del órgano de administración, poniéndolo en perspectiva en la organización societaria. El primer capítulo, desarrolla ideas elementales del órgano de administración; el segundo capítulo, estudia la naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad; en el tercer capítulo, se aborda la administración como deber y facultad, sin prescindir de su relación con los demás órganos de la estructura de la sociedad anónima; el cuarto capítulo, trata sobre la representación, dilucidando algunos de los problemas que entraña.

La segunda parte, descende a los deberes de los administradores. En el quinto capítulo, se hace una introducción a los deberes generales de los administradores en el contexto del actual movimiento de reforma, exponiendo los rasgos característicos de la regulación en ordenamientos extranjeros; el sexto capítulo, trata exclusivamente sobre el deber de diligencia; en el séptimo capítulo, se estudia el deber de lealtad, en el que la reforma ha puesto acentuada importancia; en el octavo capítulo, se analizan los deberes particulares contenidos en el Código de Comercio, atendiendo a una clasificación frente a quien resultan exigibles: la sociedad, los accionistas y los terceros en general.

Finalmente, la tercera parte, aborda el régimen de responsabilidad civil de los administradores. En el noveno capítulo, se introduce al sistema de responsabilidad, explicando sus antecedentes y evolución legislativa, tanto en el derecho comparado como en el derecho hondureño, planteando su importancia y justificación, discutiendo las notas caracterizadoras del sistema; en el décimo capítulo se explica la aplicación del régimen de responsabilidad, desarrollando los presupuestos para la procedencia de responsabilidad y el ámbito subjetivo de aplicación del sistema; el onceavo capítulo se centra en la acción social de responsabilidad; y el doceavo capítulo, trata sobre la acción extrasocial.

El Código de Comercio constituye el texto normativo central sobre el que se desarrolla el trabajo. Se advierte que la discusión del tema se aborda desde una perspectiva general, aplicable a la sociedad anónima genérica comprendida en la ley comercial, sin perjuicio de las especialidades propias del régimen de deberes y responsabilidad impuesto en otros cuerpos legales, por ejemplo, el de las sociedades anónimas que integran el sistema financiero nacional, cuyas reglas particulares contenidas en la Ley del Sistema Financiero, merecen un enfoque especial, cuestión excluida del objeto de análisis.

El estudio de los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad constituye una disciplina intrínsecamente conectada. Su escaso desarrollo en el derecho hondureño no supone que la temática revista poca importancia o innecesario tratamiento, sino la poca comprensión de las consecuencias que conlleva en el mercado y en general, en la economía nacional. Con el presente estudio se pretende reflejar su trascendencia, exponiendo la situación actual de los deberes de los administradores, así como del régimen de responsabilidad impuesto, frente a las necesidades del comercio actual.

El régimen de responsabilidad constituye una pieza decisiva del control de la gestión, que lejos de permanecer invariable, se debe adaptar a las nuevas condiciones en que se ejerce el poder de decisión en las sociedades anónimas. Con la nueva Ley, se procura modernizar el derecho de sociedades; se trata de un fenómeno observado en otras latitudes, que no obedece a un asunto circunstancial o meramente casual, sino que surge como respuesta, en primer término, a una crisis o inestabilidad económica generalizada, y en segundo, a la necesidad de que la sociedad anónima se adapte a las exigencias de la competencia comercial.

Sirva esta introducción para dejar sentado, desde este momento, que la reforma al Código de Comercio merece una crítica favorable, al pretender dotar de eficacia la responsabilidad contra los administradores, lo que abundará en una mejor tutela del tráfico comercial.

CAPÍTULO I

1. De los administradores y del consejo de administración

1.1. La administración como órgano social

El Código de Comercio hondureño de 1950 (Decreto No. 73), vértice normativo del derecho de sociedades vigente, destina una sección entera a la administración y representación de la sociedad anónima. El maestro GUTIÉRREZ FALLA sostiene que los fundamentos de la denominada teoría orgánica constituyen una piedra angular del derecho societario hondureño⁹. Por su parte, el Código de Comercio no hace alusión a los administradores como integrantes de un órgano de forma expresa, ni se refiere explícitamente al órgano de administración. Sin embargo, es posible mantener la consideración de la administración como órgano social en base a las siguientes premisas:

a) El carácter de pertenencia e interdependencia que tiene la administración frente a la sociedad por la gestión y representación que ostenta (Artículos 23, 208 y 209 del Código de Comercio), lo que conlleva la inadmisibilidad de una sociedad sin administración, obligándola a actuar como una unidad, es decir, como parte integrante, insustituible e inescindible de la misma.

b) Si bien el Código de Comercio denomina órgano de forma expresa únicamente a la asamblea general (Artículos 165 y 198), de su dicción se infiere la existencia de otros órganos sociales, al aludir a “otro órgano”, y a los “órganos sociales”, entendiéndose como el reconocimiento que hace sobre la existencia de más de un órgano social. Siendo que la administración es fundamental dentro de la estructura societaria para su funcionamiento, la referencia a otros órganos a lo interno de la sociedad anónima forzosamente debe comprender a la administración como uno de ellos.

⁹ GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil. De los órganos de la sociedad anónima.** T. II. Pág. 15.

c) La concepción orgánica de la administración reconocida taxativamente en la Exposición de Motivos del Código de Comercio (Libro I, Título II, Capítulo V, Sección Sexta), al referirse al “conjunto orgánico” de preceptos que rigen la administración de la sociedad anónima.

La teoría orgánica adoptada por el Código de Comercio, abordada con más detalle en el capítulo siguiente, asienta las bases de la sociedad anónima hondureña, considerándose la administración como un órgano social esencial, dotado de deberes, atribuciones y facultades. Debe advertirse que, sobre la tesis mantenida por algunos autores, que personifica al órgano de administración, identificándolo con la persona¹⁰, la doctrina prevaleciente se inclina por la despersonalización del órgano, esto es, que el órgano es formado por personas, no identificando las personas con el órgano¹¹.

La doctrina dominante mantiene que el órgano de administración se integra con dos elementos. El primero de ellos es el elemento objetivo, el jurídico, que es el conjunto de facultades, funciones y atribuciones que el ordenamiento y los estatutos atribuyen; se trata de la esfera de competencia del órgano. El segundo es el elemento subjetivo, que es la persona o personas que lo integran y ejercen dichas facultades, funciones y atribuciones¹².

Cualquiera que sea el criterio adoptado para explicar la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, lo cierto es que su funcionamiento requiere indefectiblemente la actividad de los administradores. Planteado lo anterior, es menester desarrollar el concepto y las características del órgano de administración de la sociedad anónima, permitiendo adquirir un panorama general, a grandes rasgos, sobre las facultades y atribuciones de los administradores.

¹⁰ BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de sociedades**. T. I. Pág. 332.

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario**. Pág. 66; y GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 17 y ss.

¹² ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico. Formas jurídicas de la organización de la empresa**. Pág. 8; y BARRERA GRAF, Jorge. **La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades**. Págs. 179 y 180.

1.2. Concepto y características

El Artículo 201 del Código de Comercio prescribe: “Los estatutos fijarán un administrador o un consejo de administración”. El administrador único o el consejo de administración, se constituyen como los encargados de la gestión de los negocios y la representación de la sociedad¹³ (Artículos 23, 208 y 209 del Código de Comercio). En este mismo sentido, MOSSA sostiene que los poderes de dirección y representación de la sociedad anónima, son confiados a los administradores, quienes conforman el órgano de administración y traducen en actos los planes de la asamblea general¹⁴.

La fijación de los estatutos constituye la etapa inicial en el nacimiento de la sociedad anónima¹⁵, y a éstos le competen definir si la administración será unipersonal (administrador único), o colegiada (consejo de administración). Es importante distinguir entre la determinación de la forma que adoptará la administración (unipersonal o colegiada), cuestión que le corresponde a los estatutos; y el nombramiento de las personas titulares de la administración, labor que le incumbe a los fundadores, asamblea general constitutiva, o asamblea ordinaria¹⁶ (Artículos 14 numeral X, 106 numeral IV y 168 numeral II Código de Comercio).

En palabras de BRUNETTI, “el consejo de administración es un órgano colegial, necesario y permanente, cuyos miembros, socios o no, son periódicamente nombrados por la asamblea ordinaria de la sociedad y cuya función es realizar todos los actos de administración, ordinaria y extraordinaria, representando a la sociedad ante terceros, y asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada por las infracciones a los deberes que les imponen la ley y el acto constitutivo”¹⁷.

VILLEGAS indica que los caracteres distintivos del órgano de administración son los siguientes: a) es un órgano colegiado; b) es un órgano necesario; c) es un órgano permanente; d) sus miembros pueden o no ser socios; e) es cada vez más, un órgano

¹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Tratado de sociedades mercantiles**. Pág. 551.

¹⁴ MOSSA, Lorenzo. **Diritto commerciale**. Vol. I. Pág. 200.

¹⁵ GIERKE, Julius von. **Handelsrecht und Schifffahrtsrecht**. Pág. 270.

¹⁶ GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. T. I. Pág. 424.

¹⁷ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 454 y 455.

profesional; f) sus miembros son periódicamente nombrados; y g) tiene duración limitada en el cargo¹⁸. En lo que respecta a la consideración de órgano, la cuestión es tratada con mayor detalle en el apartado subsiguiente.

De los conceptos y características ofrecidas por la doctrina, a la luz del derecho positivo, es posible establecer las siguientes características del órgano de administración:

a) Es un órgano unipersonal o colegiado. Siguiendo lo dispuesto en el Artículo 201 del Código de Comercio, la administración puede integrarse por un administrador único o por un consejo de administración. Sobre la estructura o modo en que se constituye el órgano de administración, los estatutos tienen carácter decisivo.

b) Es un órgano necesario. No solo constituye una parte integrante, sino que es indispensable para el funcionamiento de la sociedad, por cuanto su actuación en la esfera externa depende enteramente del mismo. En relación, FRÈ sostiene que la falta de administrador imposibilita a la sociedad para desarrollar su objeto social y realizar su finalidad¹⁹.

c) Es un órgano permanente. Por la función que realiza, la realidad impone su actuar continuo, a diferencia de la asamblea general, que se reúne de manera intermitente, al menos una vez al año (Artículo 168 del Código de Comercio), y sujeto a convocatorias mediante avisos (Artículo 173 del Código de Comercio).

d) Sus miembros pueden o no ser socios. De conformidad con el Artículo 202 del Código de Comercio, el nombramiento de administrador o de consejero, no impone como requisito la titularidad o tenencia de acciones de la sociedad. Por ello, es importante desvincular la figura del administrador, de la condición de accionista.

e) Sus integrantes ejercen el cargo de manera temporal. La temporalidad es un aspecto enunciado en el Artículo 202 del Código de Comercio. Por su parte, el Artículo 212 del mismo cuerpo legal, establece que el cargo de administrador dura un año, salvo reelección o disposición de los estatutos, que pueden fijar un plazo de dos años. Al no

¹⁸ VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Sociedades comerciales**. T. II. Págs. 404 y 405.

¹⁹ FRÈ, Giancarlo. **L'organo amministrativo nelle società anonime**. Pág. 81.

encontrarse legalmente limitada de algún modo, la reelección es indefinida, es decir, los integrantes del órgano pueden ser reelectos las veces que sean, atendiendo únicamente a la voluntad de la asamblea general. No obstante, el nombramiento de los administradores es periódico, por lo que aquellos que sean reelectos, deben ser ratificados en el cargo, lo que equivaldría a un nuevo nombramiento, salvo que, concluido el plazo, no se hubiere hecho nuevo nombramiento, caso en el que deberán continuar en funciones hasta que tomen posesión los nuevos administradores (Artículo 213 del Código de Comercio).

f) El cargo que ejercen sus miembros es esencialmente revocable. El Artículo 168 numeral II del Código de Comercio prescribe que el nombramiento y revocación del cargo de administrador corresponde a la asamblea ordinaria. Por su parte, el Artículo 202 del Código de Comercio señala que el cargo de administrador se ejerce revocablemente. La legislación no comprende presupuestos concretos que deslegitimen la separación de los administradores por parte de la asamblea general, en consecuencia, afirmamos que es facultad de ésta separarlos *ad nutum*, sin que le preceda necesariamente una causa.

Cabe anotar que, en lo sucesivo, nos referiremos al término “administrador” como equivalente a “director”, “administrador único”, “consejero”, o “miembro del consejo de administración”, con la finalidad de evitar aliteraciones innecesarias, considerando que todos ellos son, en el fondo, administradores.

1.3. Capacidad y forma de desempeñar el cargo

Atendiendo al Artículo 203 del Código de Comercio, para desempeñar el cargo de administrador se precisa tener la capacidad necesaria para el ejercicio del comercio, y no estar comprendido entre las prohibiciones e incompatibilidades prescritas en el mismo texto normativo. En este sentido, el Artículo 6 del Código de Comercio indica que tienen capacidad para el ejercicio del comercio: a) las personas que tienen capacidad de ejercicio conforme al Código Civil, es decir, toda persona, excepto los incapaces absolutos (dementes, impúberes y sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito) y relativos (menores adultos, los que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo por sentencia ejecutoriada), estos últimos, salvo bajo ciertas circunstancias

determinadas por la ley (Artículo 1555 del Código Civil); b) los mayores de 18 años, emancipados y habilitados; y c) los mayores de 18 años no emancipados, que hayan sido autorizados por quienes ostenten la patria potestad o tutela.

Por otro lado, el Artículo 9 del Código de Comercio comprende dentro de las prohibiciones e incompatibilidades para ser comerciantes y para tener un cargo en sociedades mercantiles, los siguientes supuestos: a) los privados de este derecho por sentencia judicial, estos son los condenados a la pena de inhabilitación absoluta o especial (Artículos 38, 48, 49, 50, 58, 62 y 63 del Código Penal) ; b) los declarados en quiebra mientras no sean rehabilitados (Artículo 1413 del Código de Comercio); y c) los que lo tengan prohibido por alguna disposición legal, estos son los administradores a los que se les exija judicialmente responsabilidad, mientras no se haya declarado infundada la acción (Artículo 214 del Código de Comercio) y los corredores (Artículo 830 del Código de Comercio).

Es preciso hacer notar que las prohibiciones e incompatibilidades presuponen tener capacidad²⁰, pero tanto estas como las incapacidades suponen una restricción para ejercer el cargo de administrador. Por otro lado, debe apreciarse la distinción entre la capacidad para realizar actos de comercio y el hecho de ser comerciante. En este sentido, con meridiana claridad, VIVANTE expresa que el administrador no ejerce el comercio, y por tanto, no deviene comerciante²¹.

En lo que respecta a la forma de desempeñar el cargo de administrador, el Artículo 204 del Código de Comercio dispone que debe realizarse de manera personal, y que no puede ejercerse por medio de representante. En relación, el asunto que ha despertado mayor discusión, gravita en torno a la posibilidad de que una persona jurídica pueda ejercer el cargo de administrador. Sobre este aspecto, que encierra tanto el tema de capacidad como el de la forma de ejercer el cargo, la doctrina se encuentra bastante dividida. Por un lado, un importante sector se pronuncia de manera negativa²²,

²⁰ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 479.

²¹ VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale.** Vol. II. Pág. 531.

²² BONELLI, Franco. **Gli amministratori di società per azioni.** Pág. 72; GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale.** Vol. III. Págs. 248 y ss.; FRÈ, Giancarlo. «**Società per azioni**» en **Commentario del Codice Civile de Scialoja y Branca.** Pág. 444; FERRI, Giuseppe. «**Le società**» en **Trattato di diritto civile**

sosteniendo que el cargo de administrador resulta incompatible para una persona jurídica; *a contrario sensu*, un sector no menos significativo se decanta por una tesis afirmativa²³, indicando que no hay argumentos para limitar la capacidad de una persona jurídica como administrador.

El asunto fue inicialmente discutido en Francia, frente a un caso de una sociedad anónima cuyos únicos accionistas eran sociedades, cuando el derecho societario francés se encontraba bajo el imperio de la Ley Sobre Sociedades de 1867, que en su Artículo 22, obligaba a que los administradores fueran seleccionados entre los accionistas. Producto de los muchos casos en que sociedades mercantiles controlaban a sus subsidiarias o afiliadas, la legislación francesa introdujo la tesis asertiva²⁴. Superado el conflicto, en la actualidad el *Code de Commerce* expresamente establece que una persona moral puede ser nombrada administrador. (Artículo L 225-20).

En el derecho comparado no se ha impuesto una tendencia legislativa uniforme. Así, el derecho español, siguiendo al francés, consiente que una persona jurídica pueda ostentar el cargo de administrador (Artículos 212 y 212 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital). En sentido opuesto, en el derecho alemán, explícitamente se indica que solo personas naturales pueden ser administradores (§§ 76 y 100 de la *Aktiengesetz*). En el derecho italiano, el *Codice Civile* guarda silencio en torno al tema, cuestión que sigue generando debate a nivel doctrinal.

En el derecho hondureño, el asunto tampoco es resuelto directamente por la legislación. GUTIÉRREZ FALLA se inclina por la tesis afirmativa, con base en el principio de capacidad jurídica de una persona moral para realizar todas las actuaciones de una persona física, salvo aquellas limitadas por su naturaleza incorpórea, y aquellas prohibidas

a cura di Vassalli. Vol. X. T. III. Pág. 452; MINERVINI, Gustavo. **Gli amministratori di società per azioni.** Págs. 88 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Págs. 554 y 574; MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil.** Pág. 398; y MARADIAGA, Jorge Roberto. **Tratado de sociedades mercantiles.** Pág. 369.

²³ FERRARA, Francesco. **Le persone giuridiche.** Pág. 229; GRECO, Paolo. **Le società nel sistema legislativo italiano.** Págs. 281 y ss.; LIBONATI, Berardino. **Holding e investment trust.** Págs. 171 y ss.; CANDIAN, Aurelio. «Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta», en **Rivista di diritto privato.** Pág. 324.; RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 514; y GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 369 y ss.

²⁴ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 362 y ss.

taxativamente por la ley. El jurista sustenta su apreciación en las preposiciones siguientes: a) capacidad de la persona jurídica para administrar bienes, exponiendo como ejemplo el fideicomiso, en el que solo una persona jurídica (institución bancaria) puede administrar los bienes fideicomitidos (Artículos 46 numeral 10 y 52 de la Ley del Sistema Financiero, y 1033, 1035 y 1040 del Código de Comercio); b) capacidad de la persona jurídica para actuar como síndico de la quiebra, considerando la prohibición para delegar su cargo (Artículo 1355 del Código de Comercio), aspecto que posee idéntico fundamento a la prohibición del administrador para actuar por medio de representante (Artículo 204 del Código de Comercio); y c) obligación del desempeño “personal” del comisionista (Artículo 807 del Código de Comercio), quien puede ser una persona jurídica (Artículos 2 y 3 de la Ley de Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras), lo que denota que una persona jurídica puede actuar “personalmente”. En sentido opuesto, MARADIAGA sostiene que el administrador debe actuar por sí, de un modo directo, suprimiendo la posibilidad de recurrir a un representante; por lo tanto, resulta inadmisibles que el cargo pueda ser ocupado por una persona jurídica²⁵.

Siguiendo a MARADIAGA, somos del criterio que el Código de Comercio adopta la tesis negativa, vedando la posibilidad de que una persona jurídica ejerza el cargo de administrador de una sociedad anónima. Si bien es cierto, por mandato constitucional se permite todo aquello que no se encuentre legalmente prohibido (Artículo 70 de la Constitución de la República), a nuestro juicio, del Artículo 204 del Código de Comercio se extrae la limitación de la persona jurídica para ostentar el cargo de administrador.

Para desarrollar el argumento, estimamos conveniente abordar en la discusión los planteamientos del maestro GUTIÉRREZ FALLA. En este sentido, aceptamos la capacidad de la persona jurídica para administrar bienes. También admitimos que el cargo podría ser desempeñado personalmente por una persona jurídica, por cuanto el órgano de administración que encarna el administrador, atribuye sus actuaciones a la sociedad misma. No obstante, los juicios expuestos por el jurista hondureño no superan la

²⁵ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 369.

prohibición de actuar por medio de representante, comprendida ex Artículo 204 del Código de Comercio.

El hecho de que una persona jurídica pueda actuar como síndico de la quiebra, considerando la prohibición para delegar el cargo (Artículo 1355 del Código de Comercio), no conduce necesariamente a que podría ser administrador societario. Esto, en primer término, porque la naturaleza jurídica del síndico, si bien es similar, no es idéntica a la del administrador, por cuanto aquel tiene el carácter de auxiliar de la administración de justicia (Artículo 1354 del Código de Comercio).

En segundo término, la figura del síndico parte del hecho que, por disposición legal, su nombramiento puede recaer sobre una persona jurídica (Artículo 1343 del Código de Comercio). En cambio, a la figura del administrador no le precede una disposición que autorice su integración por una persona jurídica, o una situación prenormativa que obligue tal circunstancia. Es decir, no existe una norma que, tácita o expresamente, consienta el nombramiento de una persona jurídica para el cargo de administrador, o un caso en el que necesariamente, por concretarse en la realidad, el cargo deba ser ejercido por una persona jurídica. La prohibición de delegar entonces, nace bajo el supuesto en el que el síndico puede ser una persona jurídica, y se extiende a restringir que ésta delegue su cargo; a diferencia de la prohibición del administrador, que no parte de esa posibilidad.

En tercer lugar, negamos que las prohibiciones comprendidas en los Artículos 204 y 1355 del Código de Comercio sean equiparables o posean idéntico fundamento. Mientras que la prohibición del administrador se refiere a la posibilidad de actuar por medio de representante, la del síndico va orientada a prohibir que la persona (física o jurídica) sobre la que recae el nombramiento, delegue su función.

El administrador, como integrante del órgano de administración, en el desempeño de su cargo carece de individualidad jurídica propia y distinta de la persona de la cual es órgano. Es un todo inescindible, y los actos realizados por el órgano son tenidos como realizados por la sociedad²⁶. Sin embargo, la relación orgánica que existe entre una

²⁶ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 208.

sociedad y el administrador, no excluye la existencia de una relación representativa entre la primera y el segundo²⁷, y es que en el caso de las personas jurídicas, hay una evidente imposibilidad de actuar de otro modo que por medio de personas físicas²⁸.

La relación orgánica entre el administrador y la sociedad no se opone a la representación que detenta el administrador. El razonamiento esbozado es convalidado por el Artículo 209 del Código de Comercio, que prescribe que la representación judicial y extrajudicial de la sociedad anónima, corresponde al administrador o al consejo de administración. De la disposición en cuestión se infiere que la sociedad necesariamente actúa por medio de representante. No negamos el carácter orgánico conforme al que actúa el órgano de administración, pero tampoco puede soslayarse la letra del Artículo 209 del Código de Comercio, en lo que respecta a la representación, a través de la cual actúa la sociedad; se trata de una “representación orgánica”, cuestión discutida con mayor profundidad posteriormente, al tratarse el tema de la representación de la sociedad. En este orden de ideas, considerando que el carácter orgánico no excluye la representación, afirmamos que la sociedad indefectiblemente actúa a través de representante, quedando comprendida dentro de la prohibición ex Artículo 204 del Código de Comercio, debiendo concluirse que una persona jurídica no puede ejercer el cargo de administrador.

Sin perjuicio del razonamiento planteado, no estimamos que la prohibición de ejercer el cargo de administrador por una persona jurídica se encuentre investida de un fundamento válido, o que obedezca a una circunstancia particular que regule positivamente a los operadores económicos o al tráfico mercantil en general. No encontramos razón para evitar que una persona jurídica, que es capaz de ejercer actos de administración, se encuentre limitada para ostentar el cargo de administrador, más aún cuando la realidad del tráfico comercial contemporáneo ha adoptado modalidades contractuales que precisamente tienen por objeto la administración de otras sociedades, verbigracia, el contrato de “*management*”²⁹. A nuestro juicio, la cuestión debe constituir

²⁷ ANGELICI, Cario. «**Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 C.C.**», en **Rivista di diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni**. Vol. I. Pág. 104.

²⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. **Teoría de los contratos**. T. V. Pág. 546.

²⁹ MARTORELL, Ernesto Eduardo. **Tratado de los contratos de empresa**. T. III. Págs. 416 y ss.

un elemento *de lege ferenda*, por cuanto la limitación carece de un propósito claramente definido.

CAPÍTULO II

2. Naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad

2.1. Teorías desarrolladas

La atribución de personalidad a las sociedades mercantiles, producto del desenvolvimiento de la personalidad de los individuos en relación al derecho de asociación³⁰ (Artículo 78 de la Constitución de la República), implica la posibilidad de que la sociedad pueda actuar con “individualidad” en las relaciones externas e internas³¹. La sociedad mercantil, no es la suma de sus socios, sino que se encuentra por encima de ellos, rebasando su personalidad física³². Entonces, la sociedad, como persona jurídica, se relaciona en la esfera externa en el tráfico comercial con terceros, y en la interna, con los órganos sociales.

La naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad define la posición de ambos, aportando claridad sobre la normativa que delimita los deberes y el régimen de responsabilidad al que están sometidos los administradores. Determinar la naturaleza jurídica de la relación resulta trascendental, no solo para definir su posición dentro del ámbito societario, sino también para integrar el régimen o estatuto jurídico del administrador en el marco de la organización societaria. El tema ha sido objeto de un amplio debate en la doctrina, sin que se acogiera una postura pacífica entre los tratadistas. Previo a la adopción de una posición concreta del tema en el derecho hondureño, conviene hacer referencia a las principales teorías que la doctrina científica ha desarrollado.

2.1.1. Teoría contractual

En un inicio, surgieron las denominadas teorías clásicas. La primera de ellas, de origen francés, fue la teoría contractual. Como su nombre sugiere, ésta teoría establece que la

³⁰ MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. T. II. Pág. 157.

³¹ VILLEGAS. **Op. Cit.** T. I. Pág. 143.

³² GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 347.

imbricación entre el administrador y la sociedad tiene carácter contractual. Surge así una primera postura que caracteriza la relación en cuestión como un contrato de mandato, considerando a los administradores como gestores de intereses ajenos, limitados a ejercer su cargo de acuerdo a las facultades concedidas³³.

Esta posición se impuso en el ámbito legislativo, que expresamente situaba al administrador como un mandatario frente a la sociedad, iniciando en el derecho francés (Artículo 31 del *Code de Commerce* de 1807), seguido por el español (Artículo 265 numeral 3 Código de Comercio de 1829), el alemán (Artículo 241 del *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* de 1861), y posteriormente por el italiano (Artículo 121 del *Codice di Commercio* de 1882). Por su parte, el derecho hondureño se adhirió a la misma figura (Artículos 1849 del Código Civil de 1906, y 338 del Código de Comercio de 1940). Otras posturas relevantes fueron la de ASCARELLI, quien cataloga la relación como un contrato de arrendamiento de servicios³⁴; así como la de MINERVINI, quien sostiene que entre la administración y la sociedad subyace un contrato de administración³⁵.

La teoría contractual, fue compartida por un importante sector de la doctrina³⁶, y negada por otro no menos significativo³⁷. Lo cierto es que la postura que caracteriza la relación entre administrador y sociedad como un contrato de mandato, que marcó *ab initio* la tendencia legislativa, fue superada debido a diversas críticas que provocaron su abandono. Entre ellas se encontraban: a) el administrador es necesario dentro de la sociedad, resultando inadmisibles la posibilidad de que ésta desarrollara su actividad económica sin administrador, siendo inconcebible la idea de un mandato necesario³⁸; b) la designación entraña una investidura en el derecho privado³⁹, no pudiéndose calificar

³³ VIVANTE, Cesare. «**La rappresentanza della società per azioni**», en *Rivista di diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni*. Vol. XXX. T. II. Pág. 283.

³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Appunti di diritto commerciale: società e associazioni commerciali**. Pág. 150.

³⁵ MINERVINI. **Gli amministratori**. *Op. Cit.* Pág. 216.

³⁶ VIVANTE. «**La rappresentanza**». *Op. Cit.* Pág. 283.; ASCARELLI. *Op. Cit.* Pág. 150; MINERVINI. **Gli amministratori**. *Op. Cit.* Pág. 216; y GRECO. *Op. Cit.* Pág. 291.

³⁷ CANDIAN, Aurelio. «**L'azione civile di responsabilità contra gli amministratori di società anonime**», en *Rivista di diritto processuale civile*. Vol. X. Pág. 138; FRÈ. **L'organo amministrativo**. *Op. Cit.* Pág. 28, y «**Società per azioni**». *Op. Cit.* Págs. 332 y ss.; BRUNETTI. *Op. Cit.* T. II. Págs. 452 y ss.; y GARRIGUES, Joaquín. **Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas**. T. II. Pág. 19.

³⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Op. Cit.* Pág. 63; y DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el derecho privado**. Pág. 72.

³⁹ GIRÓN TENA, José. **Derecho de sociedades anónimas**. Pág. 267.

como mandato por cuanto al cargo no puede renunciarse *ad libitum*, aunque exista justa causa⁴⁰; c) en caso que el mandatario se extralimitara, sus acciones serían ineficaces ante terceros, cuestión que no podría concurrir ya que los actos realizados por los administradores se consideran realizados por la propia sociedad; d) el representante solo responde por su actuación ante su mandante, por lo que resultaría inadmisibles la reclamación de responsabilidad por terceros contra el administrador directamente⁴¹; e) puede existir un mandato sin facultades de representación, lo que no podría acontecer en caso de considerarse a la sociedad como mandante, por cuanto el administrador, por ministerio de ley, representa a aquella frente a terceros; y f) materialmente no concurren dos personas para la creación de un contrato, por cuanto el administrador es quien representa la sociedad, y no se explicaría quien la representaría para otorgar el mandato a aquel⁴².

2.1.2. Teoría orgánica

La segunda teoría clásica, fue denominada orgánica, originaria del derecho alemán, y desarrollada en gran medida por el derecho italiano. Esta teoría, con su raíz en el derecho público⁴³, considera a la sociedad y a sus órganos como una unidad necesaria; en consecuencia, el administrador es concebido como una parte indivisible de la sociedad, excluyendo cualquier vínculo entre ellos⁴⁴. La teoría orgánica, compartida por un parte de la doctrina⁴⁵, y negado por otro no menos ilustre⁴⁶, procura explicar la formación de la

⁴⁰ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 452 y ss.

⁴¹ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 63.

⁴² MANTILLA MOLINA. **Op. Cit.** Pág. 403.

⁴³ SANTI ROMANO. **Corso di diritto amministrativo. Principi generali.** Págs. 100 y ss.

⁴⁴ SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. «La relación administrador-sociedad», en **Revista de derecho privado.** N° 18. Págs. 128 y 129.

⁴⁵ FRÈ, Giancarlo. «Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società», en **Rivista del diritto commerciale.** Vol. II. Pág. 407; MESSINEO. **Op. Cit.** T. II. Págs. 410 y ss.; MOSSA. **Diritto.** **Op. Cit.** Pág. 200; BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 449 y ss.; IGLESIAS PRADA, Juan Luis. **Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima.** Pág. 104.; GIRÓN TENA. **Op. Cit.** Pág. 339; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Pág. 125, y **Tratado. Op. Cit.** Págs. 551 y ss.; y POLO, Eduardo. «Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en **Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.** T. VI. Pág. 52.

⁴⁶ FERRARA, Francesco. «Teoria delle persone giuridiche», en **Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza a cura di Fiore e continuato da Brugi.** Págs. 623 y ss.; MINERVINI, Gustavo. «Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale», en **Problemi attuali dell'impresa in crisi.** Pág. 66.; y VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones.** T. I. Pág. 248.

voluntad del ente y la intervención directa de éste en los actos realizados por los titulares del órgano⁴⁷.

La crítica contra esta teoría consistió principalmente en que no explicaba de forma suficiente el nexo jurídico, ya que el administrador persona física no pierde su personalidad jurídica al formar parte del órgano de administración, considerándose inadmisibles el supuesto de un todo indivisible cuando un órgano está compuesto por otra persona⁴⁸. La concepción orgánica pura, despersonaliza al administrador que integra el órgano de administración, argumento que es insostenible considerar que éste responde igualmente ante la sociedad; pues supondría responsabilizar a la sociedad frente a sí misma.

La teoría orgánica cobró especial relevancia, más que para explicar la relación entre el administrador y la sociedad, para explicar la naturaleza de la administración dentro de la sociedad, en el sentido que la tendencia legislativa se orientó por considerar la administración como un órgano social. En el derecho comparado, gran parte de los ordenamientos expresamente se refieren al “órgano de administración” de la sociedad anónima; verbigracia, entre otras disposiciones, en el derecho francés, los Artículos L 210-8, L 225-92 y L 235-14 del *Code de Commerce*; en el italiano, los Artículos 2379, 2381 y 2391 *bis* del *Codice Civile*; y en el español, los Artículos 209, 237 y 283 de la Ley de Sociedades de Capital. En el derecho hondureño, igual conclusión dimana, con fundamento en las premisas ya expuestas en el capítulo que antecede, y concretamente de los Artículos 23 y 208 del Código de Comercio.

2.1.3. Otras teorías

Las teorías clásicas dieron paso al desarrollo de posturas que se inclinan a favor de la vigencia de la teoría orgánica, pero diferenciando entre el órgano de administración y los titulares del mismo, es decir, que coexiste simultáneamente junto con la relación orgánica, una relación jurídica entre el administrador como titular del órgano de

⁴⁷ BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Págs. 179 y 180; y GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 15 y 16.

⁴⁸ SABOGAL BERNAL. **Op. Cit.** Págs. 128 y 129.

administración y la sociedad⁴⁹. Esta corriente a su vez se divide en aquellos que consideran que la relación consiste en un contrato típico o atípico⁵⁰, y aquellos que consideran que la relación ostenta naturaleza *sui generis*, con matices del contrato de mandato, arrendamiento de servicios, e incluso de trabajo⁵¹.

Bajo estas posturas modernas, SÁNCHEZ CALERO admite la posible existencia de un contrato complementario, pero subrayando que el nombramiento y aceptación del cargo no constituyen un contrato *per se*, sino actos corporativos, puramente societarios, concibiéndolos como medios para alcanzar la titularidad del órgano de administración, y no como una manifestación de voluntad que ocasione una relación contractual. El autor no niega la validez de un contrato que complemente la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, exponiendo como ejemplo el caso del derecho alemán, que distingue con meridiana claridad entre el nombramiento orgánico del director (miembro del *Vorstand*), que es un acto corporativo o societario, y el contrato de empleo (*Anstellungsvertrag*), que regula los derechos y obligaciones del administrador frente a la sociedad y que adquiere la forma de un contrato de prestación de servicios, no de trabajo, ni de mandato⁵² (§ 84 de la *Aktiengesetz*).

POLO, sin negar la concepción de la administración societaria como órgano, indica que resulta problemático calificar la relación dentro de un modelo de contrato típico o atípico, considerando el calificativo de “contrato de administración” (siguiendo a MINERVINI) como la figura más adecuada en esta clasificación, lo que conduce a una indeterminación de la disciplina aplicable, ante la ausencia de una disposición legal que lo regule expresamente⁵³.

El desarrollo teórico en torno al tema llevó a la postura que afirma que la relación entre el administrador y la sociedad es “fiduciaria”, considerando el contrato como incompleto

⁴⁹ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 70 y 71.

⁵⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. **Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración: la delegación en el órgano administrativo de la sociedad anónima.** Pág. 426; y RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús. **Curso de derecho de sociedades anónimas.** Pág. 236.

⁵¹ MARTÍNEZ SANZ, Fernando. «**De los administradores**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas.** Vol. II. Págs. 1289 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. **La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital: delimitación y concurrencia.** Págs. 52 y ss.

⁵² SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Los administradores en las sociedades de capital.** Págs. 100 y ss.

⁵³ POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Págs. 48 y ss.

en virtud que las partes no pueden establecer de manera exhaustiva los respectivos derechos y obligaciones, por lo que la legislación cubre estas lagunas señalando deberes generales y específicos⁵⁴. La relación fiduciaria, *ab origine*, tienen su base en el *Common Law*, desde hace más de tres siglos. Tras una importante evolución en la casuística jurisprudencial, se determinó que tiene como elemento común la confianza que un sujeto deposita en otro, cuando de esa confianza emana una posición de influencia y dominio. Ello responde a que el administrador, como el *agent* y el *trustee* (figuras que también proceden del derecho anglosajón), se encuentra enfrascado en una relación de confianza que le comporta el cumplimiento de un deber genérico de fidelidad llamado *fiduciary duty*. En el *Common Law*, el que cumple este deber es llamado *fiduciary*⁵⁵.

Esta posición fiduciaria de los administradores no ha tenido una aceptación pacífica en la doctrina, así, SÁNCHEZ CALERO argumenta que la falta de precisión sobre el alcance del concepto ha estado presente inclusive en la jurisprudencia norteamericana, además que el carácter de confianza entre el administrador y la sociedad ya se expresa en la disciplina de los deberes de los administradores, bajo las implicaciones del deber de fidelidad o lealtad, catalogando la posición fiduciaria como un calificativo equívoco e innecesario⁵⁶.

2.2. Análisis en el derecho hondureño

Como se ha reseñado, en un inicio la legislación hondureña instituyó al administrador como mandatario frente a la sociedad (Artículos 1849 del Código Civil, y 338 del Código de Comercio de 1940). La postura fue superada y sustituida por la concepción de la administración como órgano social en el Código de Comercio, abandonando así la concepción del mandato.

La noción de la administración como órgano social, no debe confundirse con la personalidad que ostenta el administrador. La naturaleza del órgano es la de un

⁵⁴ LLEBOT MAJÓ, Josep Oriol. «**Los deberes y responsabilidades de los administradores**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Pág. 28.

⁵⁵ SABOGAL BERNAL. **Op. Cit.** Págs. 133 y ss.

⁵⁶ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Pág. 174.

instrumento jurídico que precisa el concurso de una persona física no para su existencia, sino para materializar su función⁵⁷. El Código de Comercio distingue con precisión al administrador concebido individualmente ante la sociedad (Artículos 14 numerales IX y X, 23, 31, 36, 37, 106 numeral IV, 130 numeral VII, 131, 138, 152, 154, 159 numeral VI, 168, 174, 175, 176, 184, 195 y 201 al 230, entre otros). El órgano de administración, entonces, no es la persona a través de la cual actúa la sociedad, sino una parte integrante y esencial de la organización societaria que se sirve de una o más personas físicas para realizar sus funciones⁵⁸.

Asentada la teoría orgánica en el derecho societario hondureño, es relevante cuestionar si junto a ella coexiste una relación de naturaleza contractual, *sui generis*, o fiduciaria en cuanto al administrador se refiere, o si en cambio la concepción del administrador como órgano de la sociedad contiene la suficiente capacidad explicativa respecto al nexo jurídico.

En lo que a la naturaleza contractual se refiere, con independencia de encuadrar la relación dentro del contrato de mandato, de trabajo o de administración en sentido estricto, el asunto adquiere trascendencia esencialmente por la posible aplicación analógica de normas que servirían para integrar el régimen legal de los administradores, con fundamento en el Artículo 715 del Código de Comercio, disposición que autoriza la *analogia legis* como técnica de integración. Así, en caso de inclinarse por la postura contractual, sería posible integrar el estatuto de los administradores con disposiciones de otros contratos con los que guarde relación, como el mandato, considerando que el mandatario y el administrador comparten caracteres esenciales y funciones similares (Artículos 1888 y 1892 del Código Civil, y 23, 208 y 209 del Código de Comercio), sin que necesariamente deba calificarse como tal⁵⁹.

⁵⁷ IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 107.

⁵⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 17 y 18.

⁵⁹ ASCARELLI. **Op. Cit.** Pág. 150.

Sobre la posible concurrencia de naturaleza contractual, siguiendo a MESSINEO⁶⁰, BRUNETTI⁶¹, FERRARA y CORSI⁶², el jurista hondureño GUTIÉRREZ FALLA afirma que la relación que existe entre el administrador y la sociedad no puede tipificarse como un contrato, sino como una investidura en el sentido técnico de la palabra. Ello en primer lugar, en base a que el órgano de administración actúa como sociedad, no constando dos voluntades como en el mandato, sino una sola, que es la de la sociedad. En segundo lugar, a que el acto de elección de miembros del órgano de administración es suficientemente completo para investir del cargo al miembro designado, lo que se traduce en que la aceptación del cargo no es un elemento requerido para perfeccionar el nombramiento, sino exclusivamente para darle eficacia.

El jurista hondureño confirma lo anterior, al referir el hecho que ningún precepto del Código de Comercio menciona la necesidad de aceptación del cargo. El Artículo 207 del Código de Comercio determina que los miembros del órgano de administración no podrán tomar posesión de su cargo si no han prestado las garantías debidas, acto que debe considerarse como la realización de un presupuesto que condiciona la eficacia, pero no la perfección de la designación, ya que la investidura es anterior a éste. Tan es así, que la propia disposición regula el caso en que los administradores ejerzan su cargo sin haber prestado las garantías. El autor considera que los actos realizados frente a terceros tienen plena validez, pues ha ejercido el cargo en su carácter de administrador de hecho⁶³.

En la tarea de dilucidar el asunto, es conveniente acudir al derecho comparado, en el que se aprecia una tendencia a considerar la designación y la aceptación como actos que integran la eficacia del nombramiento. Así, en el derecho italiano, el *Codice Civile* contempla la aceptación del cargo por parte de los administradores (Artículo 2380). En otro sentido, en el derecho alemán, la *Aktiengesetz* prevé únicamente el nombramiento de los administradores sin alusión a su aceptación, no obstante, como hemos anotado, contempla el contrato de empleo (*Anstellungsvertrag*), que regula los derechos y

⁶⁰ MESSINEO. **Op. Cit.** T. III. Pág. 137.

⁶¹ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 455.

⁶² FERRARA, Francesco (h) y CORSI, Francesco. **Gli imprenditori e le società.** Pág. 195.

⁶³ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 345 y ss., y 360.

obligaciones del administrador frente a la sociedad (§ 84), en el que la aceptación, se manifiesta por el consentimiento del administrador al suscribir tal contrato. En el derecho francés, el *Code de Commerce* comprende la aceptación de los administradores (Artículo L 225-7) y en caso que los estatutos así lo establezcan, el administrador se ve obligado a ser propietario de un número de acciones de la sociedad, mismas que quedan afectadas, constituyéndose de esta forma una garantía a favor de la sociedad (Artículo L 225-25). En el derecho español, de conformidad con la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de los administradores es realizado por la junta constituyente o la junta general (Artículos 47 numeral 1 literal e) y 160 literal b), y es eficaz desde su aceptación (Artículo 214). Asimismo se establece la obligación de prestar una garantía, legitimando a la junta general para fijarla o para relevar al administrador de su pago en caso de silencio de los estatutos.

Retornando al derecho hondureño, coincidimos con el maestro hondureño en cuanto a que la relación no ostenta carácter contractual, fundamentalmente debido a que el tratamiento que el Código de Comercio concede al administrador, es el de “cargo” (Artículos 202, 203, 204, 207, 212, 213 y 215), lo que denota que se trata de una investidura en el sentido técnico de la palabra. Asimismo, aceptamos que la prestación de caución sea un requisito para el perfeccionamiento del nombramiento.

Sin embargo, discrepamos con el jurista hondureño en relación a que la prestación de garantía condiciona la toma de posesión del cargo. *A priori*, lo expuesto se presenta en antinomia con el inicio del Artículo 207 del Código de Comercio, que reza: “El administrador y los consejeros no podrán tomar posesión de su cargo si no han prestado la garantía a que se refiere el Artículo 205.” No obstante, el argumento se fundamenta en la misma norma *in fine*, que dispone: “Los infractores responderán ilimitada y solidariamente con la sociedad de las operaciones que hubieren realizado.” La disposición, al comprender un supuesto de hecho en el que el administrador puede realizar operaciones, investido como tal, sea de hecho, o de derecho, presupone la eficacia del nombramiento, pese a que no se haya prestado a garantía.

Convalida lo anterior el hecho que el propio Artículo 207 del Código de Comercio, vuelve responsable a la sociedad, junto con el administrador, de las operaciones que éste

hubiese realizado, lo que evidencia que dichas operaciones realizadas por el administrador sin prestar la garantía, son válidas y atribuidas a la sociedad, como consecuencia necesaria de la toma de posesión del cargo, ya que de otro modo no se explicaría la razón por la cual una operación puede ser imputable a la sociedad si no fue realizada por su administrador. La prestación de la garantía no impone una condición suspensiva⁶⁴, sino que perfecciona el nombramiento, excluyendo al administrador de la responsabilidad que recae de forma ilimitada y solidaria junto con la sociedad de las operaciones que hubieren realizado.

Es primordial entonces cuestionar si la sola designación por parte de la asamblea general (Artículos 106 numeral IV y 168 numeral II del Código de Comercio) es suficiente para la eficacia del nombramiento. Ante ello, concluimos en forma negativa. Es la designación, junto con la toma de posesión del cargo que se manifiesta a través de la aceptación lo que determina la eficacia del nombramiento. Esto, debido a que no existe obligación legal de ejercer la administración ante el nombramiento de la asamblea general, *ergo*, se precisa de la aceptación para la toma de posesión del cargo. Ciertamente, sería un desacierto considerar la investidura de administrador societario con la misma connotación que la que entraña la designación de un cargo en el que exista una obligación legal de desempeñarlo; por ejemplo, cargos de elección popular (Artículo 40 numeral 3 de la Constitución de la República), o de síndico (Artículo 1351 del Código de Comercio).

De este modo, la eficacia del nombramiento se difiere al momento en que se toma posesión del cargo, que a su vez se manifiesta con la aceptación del mismo, resultando intrascendente la prestación de la garantía a estos efectos. El hecho que el ordenamiento no se refiera expresamente a la aceptación, no significa que implícitamente no pueda deducirse de las normas relacionadas. Una interpretación contraria, negaría la existencia de figuras extrapositivas; verbigracia: el enriquecimiento injusto.

La aceptación puede realizarse de dos formas, expresa o tácitamente. De forma expresa se configura al contar con la aceptación del designado directamente en la asamblea

⁶⁴ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 460.

general o en algún momento posterior. Tácitamente puede realizarse en primer término, por la prestación de la garantía; y en segundo, por el primer acto de gestión a lo interno de la sociedad (por ejemplo, la asistencia a una sesión del consejo de administración) o por el primer acto de representación que realice el administrador en nombre de la sociedad (verbigracia, suscripción de un contrato en nombre de la sociedad).

Dicho esto, considerando que el nombramiento cuenta con una aceptación por parte del administrador, y por ello implica un engarce de voluntades que hace surgir una relación jurídico societaria⁶⁵, debe cuestionarse la razón por la cual la relación no puede calificarse como contractual. La respuesta descansa en el problema de la representación. En principio, la teoría orgánica niega una relación contractual subyacente, ya que la sociedad se encuentra integrada por órganos, y estos individualmente considerados no bastan para formar la voluntad de la persona jurídica y materializarla frente a terceros.

Es así, que la asamblea general, aun siendo el órgano supremo de la sociedad (Artículo 165 del Código de Comercio), no cuenta con facultades para representarla. Siendo que dicho órgano es el que nombra al administrador, no se explicaría la manera en que pueda contratar con aquel, si no puede materializar su voluntad externamente. La relación contractual presupone la capacidad de las partes contratantes (Artículo 1555 del Código Civil), sin embargo, en el presente caso, la asamblea general individualmente considerada, no cuenta con la representación de la sociedad, y consecuentemente carece de capacidad para contratar en su nombre.

La asamblea general, como órgano, es incapaz de hecho y de derecho⁶⁶ para celebrar un negocio jurídico en nombre de la sociedad. Es precisamente el órgano de administración el que representa la sociedad, y por tanto, la relación tendría que materializarse y exteriorizarse a través del mismo, no obstante, la potestad del nombramiento de los administradores no recae en dicho órgano. Bajo el razonamiento esbozado se descarta la relación contractual, sea de mandato, arrendamiento de servicios o de trabajo, debido a que el órgano que realiza el nombramiento, carece de

⁶⁵ IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 107; y RUBIO GARCÍA-MINA. **Op. Cit.** Pág. 236.

⁶⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto. **Derecho de obligaciones civiles y comerciales.** Pág. 50.

capacidad para contratar con el administrador designado, y como corolario, se veda la posible aplicación analógica de otras normas relativas a los contratos, que servirían para integrar el régimen legal de los administradores.

Descartada la naturaleza contractual de la relación, ha de discutirse si coexiste una relación subyacente, sea fiduciaria o no, o si en cambio el administrador se limita a ser considerado un órgano de la sociedad. A nuestro criterio, además de la relación orgánica subsiste una relación *sui generis* o de su propio género y especie, debido a que, como se ha señalado, la legislación también sitúa al administrador frente a la sociedad.

En vía ejemplificativa, el Código de Comercio comprende la acción de responsabilidad de la sociedad contra el administrador (Artículo 227). Si la relación fuese exclusivamente orgánica, considerando únicamente al administrador como una parte integrante de la sociedad, resultaría inconcebible la posibilidad de que la sociedad demandara a su propio órgano, lo que equivaldría a demandarse a sí misma. En este caso, el problema de la representación es superado por la el propio ordenamiento, que expresamente prevé una excepción a la regla general, admitiendo que persona distinta a los integrantes del órgano de administración represente a la sociedad ante el órgano jurisdiccional. La posición orgánica del administrador comporta que la relación tenga singularidad propia.

Sobre la postura que caracteriza la relación como fiduciaria, si bien la confianza innegablemente es un componente de la relación, ésta se ve condicionada por preceptos legales que exceden la simple confianza como principal nota caracterizadora, pues lo administradores se encuentran sometidos a disposiciones legales y estatutarias que regulan sus deberes y el régimen de responsabilidad. Por otro lado, la postura no reviste la suficiencia explicativa para reconocer el carácter fiduciario como pilar fundamental de la relación. Entonces, el punto de partida interpretativo debe buscarse en la propia normativa societaria, y a partir de sus elementos propios, debe construirse el régimen legal que rige la relación entre el administrador y la sociedad.

CAPÍTULO III

3. La administración de la sociedad anónima

3.1. El deber de administrar y el órgano de administración

El Artículo 208 del Código de Comercio reza: “La Administración de la sociedad corresponderá al administrador único o al consejo de administración”. Indudablemente éste constituye el deber primigenio de los administradores. La infracción del mismo comporta un incumplimiento a la obligación de desempeñar el cargo. Dilucidar el contenido del deber de administrar no es tarea sencilla. La legislación no ofrece un concepto expreso; pese a ello, en la *praxis*, los administradores suelen conocer el alcance de sus obligaciones sin mayores dificultades⁶⁷.

En palabras de FIGA FAURA, administración es “la actividad que permitiendo la conservación de lo administrado, persigue la obtención de su máximo rendimiento económico”⁶⁸. CABANELLAS, en el ámbito del derecho privado, le define como “la gestión de intereses privados, incluidos los actos y servicios que esa tarea lleva consigo”⁶⁹. Para OSSORIO, administración es el “ordenamiento económico de los medios de que se dispone y uso conveniente de ellos para proveer a las propias necesidades”⁷⁰. Según expresa CRUZ LÓPEZ, del Artículo 466 del Código Civil se deduce que “acto de administración es el que tiene por objeto la conservación, reparación y cultivo de los bienes”; por tanto, “administrar es, pues, adoptar las medidas de carácter material o jurídico tendientes a conservar los bienes, a incrementarlos y obtener las ventajas que pueden procurar”⁷¹.

Un concepto desde una perspectiva societaria, define la administración como el conjunto de actos de naturaleza variada que se realizan sobre el patrimonio social y que tiene

⁶⁷ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 79.

⁶⁸ LEFEBVRE, Francis. **Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo.** Pág. 14.

⁶⁹ CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** T. I. Pág. 167.

⁷⁰ OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 62.

⁷¹ CRUZ LÓPEZ, Reinaldo. **Contratos en particular y cuasicontratos.** Pág. 129.

como finalidad la consecución del objeto social y el fin social⁷². Otro concepto define la administración de la sociedad, como aquella función de ciertos órganos especializados de una sociedad civil o comercial, consistente en el gobierno y dirección de los bienes y negocios de la misma, en materias que no supongan alteración de la estructura jurídica o empresarial de ésta⁷³.

La doctrina brinda variados conceptos de administración, pero su espíritu descansa en la gestión de los bienes y negocios. Al respecto, existen dos enfoques, que, aunque no son antepuestas entre sí, poseen alcances distintos. Un sector sostiene que la noción de administración debe ser considerada bajo un concepto unitario, compuesta por la administración en sentido estricto, también llamada gestión, que corresponde a la esfera interna, y la representación que corresponde a la esfera externa⁷⁴. Apegado al referido concepto, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 988/2005, de 16 de febrero, expresamente manifiesta que el deber de administrar se compone por una faceta de gestión y una de representación.

Otro sector limita el concepto de administración a la gestión de los intereses o bienes⁷⁵, excluyendo del mismo a la representación como parte esencialmente integrante. Sobre el particular, RICHARD y MUIÑO indican que, si bien la doctrina mantiene que la representación constituye una facultad natural de todo administrador, para actuar en nombre de la sociedad vinculándola con terceros, la administración y representación tienen conceptos distintos. Administración se refiere a la gestión interna de los negocios sociales; representación es la facultad de actuar frente a terceros en nombre de la sociedad a fin de que ésta adquiera derechos y contraiga obligaciones⁷⁶.

⁷² RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Pág. 76; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. **La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.** Pág. 153; y SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores.** **Op. Cit.** Pág. 46.

⁷³ OSSORIO. **Op. Cit.** Pág. 62; y CABANELLAS. **Op. Cit.** T. I. Pág. 168.

⁷⁴ DE LA CÁMARA, Manuel. **Estudios de derecho mercantil.** T. I. Pág. 228; GARRIGUES. **Comentario.** **Op. Cit.** Pág. 28; y GALLEGOS SÁNCHEZ, Esperanza. **Los directores generales de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.** Págs. 175 y ss.

⁷⁵ GAY DE MONTELLA, Rafael. **Tratado de sociedades anónimas.** Pág. 339; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado.** **Op. Cit.** Pág. 551; VILLEGAS. **Op. Cit.** T. I. Pág. 447; y LÓPEZ DE ZAVALÍA. **Op. Cit.** T. V. Págs. 546 y ss.

⁷⁶ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 223.

Compartimos que la administración encarna actos de gestión de muy variada índole. En tal sentido, el Artículo 23 del Código de Comercio otorga al órgano de administración la facultad de realizar todas las operaciones inherentes a su finalidad. Empero, resulta cuestionable que el concepto encierre la representación como una expresión del mismo. Atendiendo al Código de Comercio, se aprecia con precisión la segregación que el legislador realiza en lo que concierne a la administración y representación de la sociedad, regulándolos, en términos generales, en los Artículos 208 y 209 respectivamente. La administración entonces, se identifica con las actividades internas de la sociedad, e implica toda labor directa o indirecta, orientada a conservar lo administrado mediante su uso adecuado, y a producir un rendimiento económico, conforme al objeto y fin social. La representación, no integra directamente el concepto de administración, al identificarse con las actividades externas de la sociedad. Cuestión distinta es que el órgano de administración ostente de manera implícita la facultad de representación. Los términos “administración” y “gestión”, resultan entonces equivalentes; indistintos con respecto al ámbito societario, diferenciándose de la representación.

En cuanto a las características del deber de administración, se ha indicado que éste es limitado, elástico, manifestado en la esfera de actuación interna⁷⁷, dinámico, funcional, delimitado por el marco que supone el objeto social fijado en los estatutos y encauzado al logro del interés social⁷⁸. Ciertamente la complejidad y amplitud que atañe la administración en el tráfico comercial, más aún en el mundo globalizado, la transforma en una tarea polifacética.

Tradicionalmente la administración se divide atendiendo a un criterio material y funcional. Materialmente se divide en ordinaria, constituida por las actividades que normalmente efectúa la sociedad; y extraordinaria, conformada por aquellos actos que por su importancia o finalidad, comprenden actos excepcionales, desde el punto de vista de la actividad corriente de la sociedad⁷⁹. Funcionalmente la gestión se divide en alta gestión y gestión diaria. La primera categoría se integra por la fijación de los principios y directrices generales de la política empresarial, la planificación y organización, y por la

⁷⁷ POLO. «Los administradores y el consejo de administración». **Op. Cit.** Pág. 44.

⁷⁸ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 80 y 81; y GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. **Op. Cit.** Pág. 180.

⁷⁹ OSSORIO. **Op. Cit.** Pág. 62; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 225.

actividad de controlar, vigilar y fiscalizar el funcionamiento de la sociedad. La segunda es integrada por la fase ejecutiva o directiva⁸⁰.

Dicho esto, siguiendo lo dispuesto en los Artículos 23 y 208 del Código de Comercio, corresponde al órgano de administración el deber de administrar la sociedad. Desde una perspectiva pura, en relación a los actos de administración (excluyendo la representación, que será estudiada separadamente *a posteriori*), los administradores, *ope legis*, se encuentran legitimados para realizar todas las operaciones inherentes a la finalidad social, ello integra la competencia del órgano de administración. Lo anterior pone de relieve la importancia de definir la llamada “finalidad social” en el contexto del Código de Comercio.

En aplicación de las pautas hermenéuticas dictadas por el Artículo 19 del Código Civil, apoyándonos en el contexto de la ley para ilustrar el sentido de la denominada “finalidad social” (método de interpretación lógica), en base a su uso y aplicación en el Código de Comercio (Artículos 14 numeral IV, 16, 50, 148, 193, 255, 257, 317 y 437), entendemos que se refiere a la naturaleza o actividad que la sociedad realiza. A nuestro criterio, la denominación “finalidad de la sociedad” o “finalidad social”, utilizado por el Código de Comercio, resulta inadecuada, anacrónica, en desuso por la legislación societaria comparada, crítica que realizamos en razón de la posible confusión que puede surgir al contrastarla con la finalidad o fin de la sociedad mercantil⁸¹ como tal, que no es otro que el lucro⁸². Ante la falta de adecuación terminológica, parece más apropiado emplear en cambio “giro” u “objeto” social, para referirse a la actividad que la sociedad realiza, términos también recogidos por el Código de Comercio (Artículos 356, 363, 380 numeral I, 391, 392, 432, 441, 445, 446, 447, 653, 702, 771, 1323 literal c y 1598).

⁸⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. **Op. Cit.** Págs. 179 y ss.; y GALBRAITH, John, **El nuevo estado industrial.** Págs. 50 y ss.

⁸¹ RAPPAPORT, Alfred. **La creación de valor para el accionista: una guía para inversores y directivos.** Págs. 19 y ss.

⁸² ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. «**Comentario artículo 133 LSA**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas.** Vol. II. Pág. 612; GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Derecho mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas.** T. II. Pág. 42; y MEDINA VERGARA, Jairo. **Derecho comercial.** Pág. 134.

De lo anterior, podemos concluir que la administración de la sociedad anónima recae sobre el órgano de administración, encarnado por los administradores, quienes pueden realizar todas las actividades tendentes al desarrollo del giro social, encaminadas a la consecución del fin social. Corresponde al órgano de administración la organización y explotación de los elementos de la empresa, tanto personales, como reales; le compete el aviamiento⁸³, como cualidad o atributo de la empresa resultante de la habilidad de los administradores para seleccionar, coordinar y utilizar en grado óptimo los factores de producción⁸⁴.

La administración o gestión, envuelve de manera omnicomprensiva tareas de distinto índole, que directa o indirectamente, pueden ser realizadas por otros órganos sociales. Asentado lo anterior, la tarea de dilucidar el contenido del deber de administración deviene incompleto si no es aborda su relación con los demás órganos societarios, lo que permitirá componer el concepto con una perspectiva integral.

3.2. La administración y la asamblea general

La administración es vinculada al poder, por cuanto el deber de administrar presupone la facultad de disponer sobre recursos de la sociedad, para el mejor aprovechamiento de los mismos. En el desarrollo del tema, es trascendental determinar la posición de la asamblea general dentro de la sociedad anónima, frente al órgano de administración. Esto permite una mejor comprensión del alcance de la asamblea general en asuntos de administración. Para ello, estimamos conveniente discutir los antecedentes y evolución del poder dentro de la sociedad anónima, las tendencias legislativas modernas en esta materia, y finalmente analizar el estado de la cuestión en el derecho hondureño.

3.2.1. El poder en la sociedad anónima

El legislador del siglo XIX tenía la idea de concentrar el poder supremo de la sociedad en la asamblea general. La justificación de este argumento residía en el derecho de

⁸³ BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Págs. 150 y 151.

⁸⁴ GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil.** T. I. Págs. 76 y ss.; y **Derecho mercantil. La empresa.** T. I. Págs. 51 y ss.

propiedad que confieren las acciones⁸⁵. Esta filosofía societaria se basa en el binomio poder-riesgo; la asamblea general se constituye como el órgano supremo de la sociedad⁸⁶, porque el riesgo recae sobre los accionistas que lo conforman⁸⁷. Bajo esta tesitura, VIVANTE afirma que el consejo de administración de la sociedad anónima, deriva sus poderes de la asamblea general, que es dueña de su reelección y de su revocación; puede restringir o suspender el ejercicio de sus poderes, por ejemplo, votando en contra de la conclusión de un negocio⁸⁸.

Implantada esta postura, el derecho societario acogió la consideración de la asamblea general como órgano supremo de la sociedad anónima, lo que constituyó el denominado principio de soberanía de la asamblea. Pero la realidad en el plano económico, comercial y societario comenzó a cambiar. Iniciando en las primeras décadas del siglo XX, de manera gradual en Estados Unidos de América, y luego en varios países de Europa, la sociedad anónima fue agrandándose, y con ello, sus acciones fueron dispersándose⁸⁹. Como fue expuesto en los estudios ampliamente citados de BERLE y MEANS, a mayor crecimiento de la sociedad, mayor era la tendencia a la dispersión de las acciones, disminuyendo el interés de un sector de los accionistas con respecto a la marcha de la sociedad, ya que estos buscaban un rendimiento en función de las fluctuaciones del precio de las acciones en el mercado⁹⁰. A este fenómeno se le llamó el absentismo de los accionistas⁹¹.

La tendencia de la propiedad es a dispararse, mientras que el poder a concentrarse, lo que resulta en un sistema corporativo con mayor estabilidad⁹², y conlleva a la llamada disociación entre propiedad y poder⁹³. En Estado Unidos de América, y posteriormente en algunos países de Europa, frente al funcionamiento de la asamblea general, que

⁸⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Págs. 59 y ss.

⁸⁶ GIERKE. **Op. Cit.** Pág. 308.

⁸⁷ GALGANO, Francesco. «**El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas**», en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima**. Pág. 73.

⁸⁸ VIVANTE. **Trattato. Op. Cit.** Pág. 284.

⁸⁹ GARRIDO, José María. **La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales**. Págs. 39 y ss.

⁹⁰ BERLE, Adolf y MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. Págs. 47 y ss.

⁹¹ GARRIGUES, Joaquín. **Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas**. Págs. 82 y ss.; y ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión. Op. Cit.** Pág. 267.

⁹² BERLE y MEANS. **Op. Cit.** Págs. 3 y ss.

⁹³ GALBRAITH. **Op. Cit.** Págs. 75 y ss.

requiere la mayoría para la toma de decisiones, y el absentismo de los accionistas, se llegó al control minoritario, es decir, el control de los socios que no representan cuantitativamente gran parte del capital social, pero que se encontraban presentes en las convocatorias⁹⁴. De esta forma, el absentismo y la complejidad y urgencia de adoptar decisiones en el cambiante escenario económico, hicieron que el poder fuese desplazado al órgano de administración⁹⁵, fortaleciéndose los poderes de los administradores. A esto se sumó las acciones privilegiadas y de voto múltiple, la dificultad de distinción entre los grupos de accionistas, y el ejercicio del derecho de voto por los bancos, lo que generó finalmente el abandono del principio de soberanía de la asamblea⁹⁶.

Como respuesta al fenómeno descrito, surge en Alemania la teoría denominada *Unternehmen an sich* (la empresa en sí), atribuida a HAUSSMANN⁹⁷, elaborado en base a la doctrina expuesta por RATHENAU⁹⁸. La teoría en esencia pregona que la sociedad anónima no debe actuar para conseguir el interés egoísta de los socios, sino para realizar un interés que trasciende a estos, este es el de la “empresa en sí”. Este interés se presenta como propio de la colectividad nacional e incluso de la humanidad. Según la teoría, la eficiencia productiva de la sociedad constituye un interés propio de la totalidad nacional, e incluso de la misma humanidad, ya que la prosperidad colectiva y el mismo desarrollo económico dependen de su eficiencia productiva⁹⁹.

La aplicación de la teoría tuvo como consecuencia la separación del poder de los accionistas en relación al rumbo de la sociedad, que es puesto en manos de los administradores. En la doctrina económica, disciplina con la que el derecho societario mantiene un profundo vínculo, la justificación de la disociación entre propiedad y poder se reafirma a través de un análisis económico del proceso de “creación de valor” dentro de la sociedad; por ello, los administradores deben orientar su gestión al interés de la

⁹⁴ GALGANO. «El desplazamiento del poder». **Op. Cit.** Págs. 73 y ss.; y RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Págs. 59 y ss.

⁹⁵ SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, Federico. **El gobierno de las sociedades cotizadas.** Pág. 103.

⁹⁶ ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión.** **Op. Cit.** Págs. 141 y 142.

⁹⁷ HAUSSMANN, Frederick. **Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht.** Págs. 9 y ss.

⁹⁸ RATHENAU, Walther. **Die neue Wirtschaft.** Págs. 121 y ss.

⁹⁹ GALGANO, Francesco. **Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, estado y clases sociales.** Págs. 122 y 123.

entidad en sí misma¹⁰⁰. La elaboración doctrinal de la teoría *Unternehmen an sich*, más que abogar por un cambio, buscó justificar y legitimar el fortalecimiento de los poderes de los administradores que se estaba suscitando¹⁰¹.

Con el paso del tiempo, la concepción pura de la teoría mencionada cayó en desprestigio, por su utilización bajo el régimen nazi, como argumento para fundamentar el *Führerprinzip*, que atribuía a los administradores poderes casi absolutos. No obstante, la misma fue actualizada tras la caída del régimen, resaltando la importancia de la empresa en la sociedad moderna y la coexistencia en ella de intereses diferentes a los de los socios, pero también integrables en las relaciones sociales¹⁰². Esto condujo a las reformas legislativas que desplazaron el poder de la sociedad anónima hacia el órgano de administración, como una expresión del capitalismo¹⁰³.

3.2.2. Tendencias legislativas

En un primer momento, siguiendo la teoría *Unternehmen an sich*, se adoptó un nuevo modelo que establecía cambios significativos en la sociedad anónima. Este sistema paradigmático fue implementado en el orden legislativo, en el sistema de derecho civil, originalmente en el derecho alemán, con la entrada en vigencia de la *Aktiengesetz* de 1937. Los cambios contenidos en la reforma societaria fueron confirmados por la *Aktiengesetz* vigente de 1965 que, *mutatis mutandis*, bajo un esquema reformulado de la teoría, limitó las facultades de la *Hauptversammlung* (asamblea general) de forma expresa, disponiendo que éste órgano se encargara de nombrar al *Aufsichtsrat* (consejo de supervisión), y éste a su vez nombrara al *Vorstand* (órgano de administración), de conformidad con los §§ 30, 84 y 119. Por su parte el § 76 del mismo cuerpo legal, otorga la dirección de la sociedad al *Vorstand*, bajo su entera responsabilidad. La limitación de la competencia de la *Hauptversammlung* se extendió al punto que, inclusive la

¹⁰⁰ AGLIETTA, Michel y REBÉRIOUX, Antoine. **Corporate governance adrift. A critique of shareholder value.** Págs. 45 y ss.

¹⁰¹ ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión.** Op. Cit. Pág. 130.

¹⁰² SENENT VIDAL, José María. «El concepto de “interés social” en la fundamentación jurídica de la impugnación de los acuerdos en la cooperativa», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de derecho mercantil.** Pág. 599.

¹⁰³ COSSU, Monica. **Società aperte e interesse sociale.** Págs. 10 y 11.

aprobación del balance resultó ser una facultad sustraída, salvo que el *Vorstand* o el *Aufsichtsrat* resuelvan someterlo a su aprobación (§ 172 de la *Aktiengesetz*).

Inspirado en la legislación alemana, en el derecho italiano, los Artículos 2364 y 2365 del *Codice Civile* vigente de 1942, otorgan una competencia especial a la *assemblea* (asamblea general), sin incluir dentro de ella la gestión. Asimismo, el Artículo 2380 *bis* del mismo texto normativo, indica que la gestión de la sociedad recae exclusivamente sobre los *amministratori* (administradores), quienes pueden llevar a cabo todas las operaciones necesarias para ello.

En igual sentido, en el derecho francés, la Ley Sobre Sociedades Comerciales de 1966, en su Artículo 98, otorgó al órgano de administración los más amplios poderes, legitimándolo para actuar en nombre de la sociedad, en cualquier circunstancia. Actualmente, ello es reafirmado por los Artículos L 225-51-1, L 225-56 y L 225-58 del *Code de Commerce*, disposiciones que otorgan al *président du conseil d'administration* (presidente del consejo de administración), al *directeur général* (director general), y en su caso al *directoire* (directorio), las más amplias facultades para actuar en toda circunstancia por cuenta de la sociedad, dentro de los límites del objeto social. La jurisprudencia por su parte, confirmó los límites de la competencia de la *assemblée générale* (asamblea general) en la sentencia recaída en el caso *Motte*, dictada por la (Corte de Casación), Cass. civ., de 4 junio de 1946, J.C.P., 1947, II, 3518.

En el derecho español, el asunto competencial no se definió de forma clara en la Ley Sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951, ni en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, al no establecerse los límites de los poderes de la junta general (asamblea general en el derecho hondureño). Una parte de la doctrina planteó que, frente a la representación que es competencia exclusiva del órgano de administración, la gestión se atribuye de manera compartida a la administración y a la junta general¹⁰⁴. Otro sector defendió que el órgano de administración se caracteriza porque en él se forman y se ejecutan las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales, *ergo*, la competencia de los administradores es general, de carácter

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Págs. 76 y ss.

autónoma, siendo la administración una tarea únicamente de estos, mientras que la de los demás órganos de la sociedad, y en concreto de la junta general, es específica¹⁰⁵.

La doctrina dominante, en el derecho español, se inclinó por la sustracción de la facultad de gestión (en el sentido estricto) de la junta general. Sin perjuicio de ello, se indicó que la junta general, podía establecer determinadas orientaciones o directrices a los administradores referentes a la gestión social, que no resultaban vinculantes formalmente, pero que gozaban de gran autoridad dado el poder para separarlos del cargo¹⁰⁶.

Fue con la vigencia de la Ley de Sociedades de Capital de 2010, que en su Artículo 160, reguló expresamente los asuntos que comprendían la competencia de la junta general. Adicionalmente, en su Artículo 209, asentó la competencia del órgano de administración, al que confió la gestión y representación de la sociedad, en armonía con la tendencia legislativa anteriormente aludida. Resulta relevante mencionar la reciente Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que en su Artículo 161, autoriza a la junta general para impartir instrucciones al órgano de administración de la sociedad anónima, o someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, apreciándose que la reforma se orientó en dirección contraria¹⁰⁷ en relación al texto original de la Ley de Sociedades de Capital y a los ordenamientos referidos, que sustrajeron de la asamblea general los asuntos de gestión.

En síntesis, la corriente legislativa en Europa, iniciando con la *Aktiengesetz* alemana de 1937, abandonó el principio decimonónico de soberanía de la asamblea, pasando de tener una competencia ilimitada a especial, sobre aspectos específicos, sin comprender la gestión dentro de su esfera de atribuciones, otorgándole una competencia general a

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. **Derecho de sociedades**. Vol. I. Pág. 686.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores**. Op. Cit. Págs. 46 y ss.; y DE LA CÁMARA, Manuel. «**La competencia de la junta general de accionistas**», en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima**. Pág. 150.

¹⁰⁷ HERNANDO CEBRIÁ, Luis. «**Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Pág. 158.

la administración. De esta forma, la dirección de la empresa queda confiada a un órgano de administración, lo más independiente posible de los socios¹⁰⁸.

Las consecuencias de esta tendencia legislativa se resume en la pérdida del poder de los accionistas o socios, el elevado poder de los administradores¹⁰⁹, y se basa en una autonomía de estos con relación a los primeros, garantizando en mayor medida el éxito de la sociedad, buscando de esta forma el equilibrio en las relaciones entre clases sociales, el freno del capital de mando y la represión de abusos sobre los pequeños accionistas¹¹⁰.

3.2.3. Situación del derecho hondureño

Como hemos indicado, corresponde a los administradores el deber de administrar. Por su parte, la práctica societaria revela una activa injerencia de la asamblea general en asuntos de gestión dentro de la sociedad anónima. Como expresión indemne del principio de soberanía de la asamblea, el Artículo 165 del Código de Comercio dispone: “La asamblea general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos es el órgano supremo de la sociedad y expresa la voluntad colectiva en las materias de su competencia. Las facultades que la ley o los estatutos no atribuyen a otro órgano de la sociedad serán de la competencia de la asamblea, que la tendrá exclusiva para los asuntos mencionados en los Artículos 168 y 169”.

En principio, la norma invocada excluye la administración de la competencia de la asamblea general, por cuanto dicha facultad se encuentra atribuida al órgano de administración (Artículos 23 y 208 del Código de Comercio). La letra del Artículo 165 del Código de Comercio condujo a GUTIÉRREZ FALLA a sostener el carácter autónomo de la facultad de administración por parte de los administradores, y la no sumisión de éstos frente a la asamblea general¹¹¹. No obstante, en sentido contrario a este criterio, una interpretación sistemática de la disposición pone de manifiesto que la asamblea general

¹⁰⁸ GALGANO. «El desplazamiento del poder». *Op. Cit.* Págs. 66 y ss.

¹⁰⁹ GALBRAITH. *Op. Cit.* Pág. 89.

¹¹⁰ GALGANO. *Las instituciones de la economía capitalista. Op. Cit.* Pág. 140.

¹¹¹ GUTIÉRREZ FALLA. *Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.* T. II. Págs. 327 y 328.

puede participar activamente en asuntos de gestión, al punto que dicha tarea, dependiendo del grado de injerencia, puede considerarse como una facultad de competencia compartida en la sociedad anónima. Por ello se afirma que la competencia general y residual de la asamblea general, no permite una completa separación de poderes entre los distintos órganos¹¹².

Iniciando la exposición del análisis hermenéutico, desde un punto de vista formal, el Artículo 23 del Código de Comercio otorga a los administradores la facultad de realizar todas las operaciones inherentes al giro social. No obstante, *in fine*, la norma dispone que ésta facultad se ejerce salvo disposición legal o estatutaria. Ello se traduce en el poder de la asamblea general para limitar las facultades de los administradores a través del control de los estatutos (Artículo 169 numeral I del Código de Comercio). Asimismo, es importante advertir que el Artículo 168 del Código de Comercio integra una *numerus apertus* de funciones, que constituyen competencia exclusiva de la asamblea general, más no confina su competencia única y exclusivamente a estos asuntos. De este modo, la asamblea general tiene la libertad de someter a su autorización la adopción de decisiones o acuerdos sobre asuntos de administración, impartir instrucciones de carácter vinculante¹¹³, e inclusive atribuirse directamente actos de administración, siempre que no impliquen representación ante terceros.

Aunado a esto, la escritura constitutiva debe contener la manera conforme a la cual debe administrarse la sociedad, y las facultades de los administradores (Artículo 14 numeral IX del Código de Comercio), debiendo inscribirse las mismas en el Registro Público de Comercio (Artículo 394 numeral II literal a del Código de Comercio). De lo expuesto se colige que la competencia de la que gozan los administradores es limitada, contando solo con aquellas facultades otorgadas por la asamblea de accionistas a través de los estatutos, e inscritas en el Registro Público de Comercio, lo que restringe su esfera de actuación y abre el umbral para una intervención directa sobre asuntos de gestión por parte de la asamblea general.

¹¹² GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. **Impugnación de decisiones societarias**. Pág. 46.

¹¹³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 470.

Sistematizando lo expresado, considerando las disposiciones citadas *ut supra*, afirmamos que la asamblea general ejerce amplios poderes sobre asuntos de administración, derivado jurídicamente de dos fuentes. La primera de ellas, se deduce de los Artículos 165 y 168 del Código de Comercio, que califica la asamblea general como el órgano supremo, con facultades exclusivas, más no limitadas. Naturalmente, dicha supremacía no puede interpretarse en sentido distinto al de la hegemonía y dominio que ejerce sobre los demás órganos sociales, incluyendo al de administración. La segunda fuente dimana de los Artículos 14 numeral IX, 23, 169 numeral I, y 394 numeral II literal a del Código de Comercio, que en síntesis, limitan las facultades de los administradores a aquellas comprendidas en los estatutos, e inscritas en el Registro Público de Comercio.

Aunque corresponde a los administradores la gestión de la sociedad (Artículo 23 y 208 del Código de Comercio), la asamblea general configura el contenido y el alcance del deber de administrar atribuido al órgano de administración, al mantener, *ope legis*, la potestad para regular sus facultades, potestad que integra su competencia por mor de los Artículos 14 numeral IX, 23, 169 numeral I, y 394 numeral II literal a del Código de Comercio. Puede concluirse entonces, que la administración también integra la competencia de la asamblea general, concibiéndose como una facultad de competencia compartida, sin perjuicio de aquellos actos de administración, *stricto sensu*, que se consideran de administración extraordinaria, por estar fuera del giro de la sociedad según el acto constitutivo, que le son arrogados a la asamblea general¹¹⁴, o aquellos que le son igualmente atribuidos por ley a dicho órgano, como la autorización de transacciones entre partes vinculadas, o la fusión y transformación de la sociedad (Artículos 169 numeral III y 346 del Código de Comercio).

Adicionalmente, debe destacarse que incluso los accionistas individualmente considerados, se encuentran legitimados para ejercer actos de control y vigilancia¹¹⁵, mismos que informan el deber de administrar. Entre ellos, pueden mencionarse; el derecho de los socios para solicitar cualquier documento interno (salvo los que constituyan secreto corporativo), e información relacionada a los puntos a tratarse en la

¹¹⁴ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 331.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 609.

asamblea general, y el de denunciar los hechos que estime irregulares de la administración (Artículo 157, 190 y 234 del Código de Comercio); o el derecho de las minorías que representen al menos el veinticinco por ciento (25%) del capital social para convocar a la asamblea general, y nombrar un tercio del consejo de administración cuando lo integren tres o más administradores (Artículos 175 y 211 del Código de Comercio).

Innegablemente el derecho societario hondureño se encuentra inmerso en la filosofía del siglo XIX, consagrando el principio de soberanía de la asamblea. Sobre el particular, ESTEBAN VELASCO expone una serie de fenómenos que ponen de relieve la inadecuación de este esquema organizativo. En este sentido, señala la disociación de la función del aportante de capital con la del empresario, la modificación del contenido del derecho de propiedad individual al subordinarse su ejercicio a las exigencias de la actuación empresarial, la concentración de poder en manos de un reducido grupo de personas, mientras que la mayor parte del accionariado se mantiene alejado de la gestión y el control, resultando insuficiente para ordenar las relaciones de poder dentro de la sociedad anónima¹¹⁶.

Pero el abandono del principio de soberanía de la asamblea, mediante la limitación de sus facultades y el otorgamiento de amplios poderes al órgano de administración, tampoco ha resultado irreprochable. Dentro de las críticas, se ha señalado que una vez se le ha sustraído su poder al accionista, no resulta claro determinar a quién se ha trasladado el mismo, lo que genera poca confianza¹¹⁷. Asimismo, aún bajo el nuevo modelo societario, la autonomía del órgano de administración no es efectiva, sino únicamente funcional e instrumental respecto a los intereses de los miembros de la asamblea general. Así los administradores no reciben instrucciones directamente, pero obedecen las órdenes del grupo de mando, a quienes les deben su elección y la cuantía

¹¹⁶ ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión. Op. Cit.** Pág. 61.

¹¹⁷ MASON, Edward. «**The apologetics of managerialism**», en **Journal of business of the University of Chicago**. Vol. XXXI. N° 1. Págs. 1 y ss.

de su retribución. En este orden de ideas, las ordenes igualmente provienen de los accionistas de control, no de manera oficial, sino secreta o confidencialmente¹¹⁸.

Conscientes que en la práctica el nuevo modelo no soluciona totalmente todos los problemas de la relación entre poder y responsabilidad¹¹⁹, y admitiendo la improcedencia de mantener en Honduras la teoría *Unternehmen an sich* en sus postulados clásicos¹²⁰, no puede negarse la trascendencia e impacto positivo de la posición que ostenta el órgano de administración en el derecho de sociedades moderno, vislumbrado a través de un modelo más o menos uniforme, que revela una marcada tendencia.

Considerando lo anterior, el sistema hondureño actual se presenta como inadecuado para equilibrar el poder dentro de la sociedad anónima. El nuevo modelo incita en mayor medida la consecución de niveles óptimos de eficiencia de la sociedad, mediando entre los intereses de los accionistas, lo que se logra a través de la ubicación del órgano de administración fuera de las instrucciones de los grupos dominantes (al menos formalmente), equilibrando así los intereses de los accionistas, incluyendo los minoritarios¹²¹. La filosofía moderna se instituye bajo la premisa que los administradores independientes son más propensos a la innovación y garantizan mejor el éxito de la sociedad¹²². La independencia en la gestión que corresponde a los administradores, tiene su raíz en la superación de la consideración de la asamblea general como el órgano supremo y omnipotente¹²³.

El fortalecimiento de la posición del órgano de administración se aprecia como un rasgo positivo, dejando claro que esta nueva postura no va orientada a convertir la sociedad anónima en instituciones públicas, en el sentido que no importe para la sociedad un rendimiento económico, sino que armoniza los objetivos del bien individual y el bien

¹¹⁸ GALGANO. **Las instituciones de la economía capitalista. Op. Cit.** Págs. 125 y ss.

¹¹⁹ ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión. Op. Cit.** Pág. 130.

¹²⁰ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 209.

¹²¹ PARKINSON, John E. «**The contractual theory of the company and the protection of non-shareholder interest**», en **Corporate and commercial law: modern developments.** Pág. 121; y ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión. Op. Cit.** Pág. 164.

¹²² GALGANO. «**El desplazamiento del poder**». **Op. Cit.** Pág. 73.

¹²³ GARCÍA VIDAL, Ángel. **Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada.** Págs. 161 y ss.

común, con cierto predominio de este último¹²⁴. Para GALGANO, el nuevo modelo de sociedad capitalista “constituye la meta o la escala final de los países «menos avanzados»; los elementos de divergencia que estos presentan no son sino retrasos a corregir, o caprichosas reluctancias destinadas, fatalmente, a desaparecer a expensas de la tendencial uniformidad del modelo de sociedad occidental avanzada”¹²⁵.

Pese a que la teoría se elaboró sobre la gran sociedad anónima, su implementación también es aplicable a sociedades de menor envergadura, incluso, en pequeñas sociedades¹²⁶. El nuevo modelo societario, extraño aún en la legislación hondureña, armoniza en mejor medida las relaciones de poder dentro de la sociedad anónima, contando con un órgano de administración independiente, indiferente a la inclinación empresarial demasiado cautelosa que podrían poseer los accionistas mayoritarios, al tener mayor capital invertido, protegiendo tanto a los accionistas de control, como a los minoritarios, frente a los que los administradores responden igualmente por su gestión. Para su adopción, *de lege ferenda*, se precisa fundamentalmente el abandono del principio de soberanía de la asamblea mediante la limitación de facultades de la asamblea general, y el otorgamiento de una competencia general a los administradores.

3.3. La administración y el consejo de vigilancia

A lo largo de la historia, a medida que el tamaño de las sociedades se amplía, su estructura se transforma¹²⁷. Como hemos distinguido, la administración o gestión, comprende también la vigilancia de los actos administrativos. Algunos ordenamientos han optado por separar la vigilancia o supervisión de la administración. Para el desarrollo del tema, conviene referirnos a los distintos sistemas de administración. Esquemáticamente pueden distinguirse dos sistemas legislativos de administración, el sistema francés tradicional, y el germánico¹²⁸.

¹²⁴ ESTEBAN VELASCO. **El poder de decisión. Op. Cit.** Págs. 164 y 165.

¹²⁵ GALGANO. **Las instituciones de la economía capitalista. Op. Cit.** Pág. 7.

¹²⁶ GARRIGUES. **Nuevos hechos. Op. Cit.** Págs. 36 y ss.

¹²⁷ GALBRAITH. **Op. Cit.** Págs. 91 y ss.; GALBRAITH, John y SALINGER, Nicole. **Introducción a la economía.** Págs. 61 y ss.; y AGLIETTA y REBÉRIOUX. **Op. Cit.** Págs. 45 y ss.

¹²⁸ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 474.

El primero de ellos, el sistema francés tradicional, o monista, establece un órgano unitario de administración. En Francia, la Ley Sobre Sociedades de 1867, instituyó en los Artículos 32, 33 y 34, la figura de los *commissaires* (comisarios), cuya función se contrae a hacerse proporcionar de un sumario balance de situación, sin opción a comprobar el mismo. El verdadero órgano de vigilancia no eran los *commissaires*, sino el *conseil d'administration* (consejo de administración)¹²⁹. El sistema se caracterizó por la falta de control, y por las limitaciones que los *commissaires* tenían con respecto a la vigilancia, quienes eran simples revisores de cuentas que funcionaban periódicamente, por lo que se afirma que la administración, que comprende también el control y vigilancia, era ejercida por un mismo órgano.

En la actualidad, en el derecho francés, el *Code de Commerce* permite adoptar dos modalidades. En primer lugar, la denominada estructura centralizada en la que el *conseil d'administration* asume poderes de orientación estratégica, vigilancia y control, mientras que la dirección y gestión propiamente dicha es encomendada al *président du conseil d'administration* (presidente del consejo de administración), o a un *directeur général* (director general), bajo su entera responsabilidad (Artículo L 225-51-1). En segundo término, el sistema descentralizado, en el que la sociedad es dirigida por el *directoire* (directorio) o un *directeur général unique* (director general único) bajo el control y supervisión del *conseil de surveillance* (consejo de supervisión), que cuenta con amplios poderes (Artículos L 225-57, 59, 64 y 68).

El derecho español acogió el sistema francés tradicional, o monista. No distingue la vigilancia y el control de la administración, estableciendo un órgano único de administración. Quizás la figura más próxima a un órgano de vigilancia, pero claramente sin contar con el mismo alcance, es la del auditor de cuentas, comprendido en el Artículo 203 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, y posteriormente en el Artículo 163 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin perjuicio de lo anterior, en el derecho español, con influencia en el Informe de la Comisión Especial para el Estudio de un Código de Ética de los Consejos de

¹²⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 612.

Administración de las Sociedades, de 26 de Febrero de 1998 (Informe Olivencia), y en el Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas, de 8 de Enero de 2003 (Informe Aldama), se han redefinido las funciones del consejo de administración, especialmente en las sociedades que cotizan en bolsa y las que adquieren una dimensión notable, siendo los altos ejecutivos los que dirigen la sociedad, mientras que el consejo de administración se configura como un instrumento de supervisión, que es concebido en un sentido amplio con competencia para orientar la política de la sociedad, controlar las instancias de gestión y servir de enlace con los accionistas¹³⁰.

El segundo sistema, denominado germánico, o dualista, separa las funciones administrativas y representativas encarnadas en el órgano de administración, de las funciones fiscalizadoras que corresponden al consejo de vigilancia. Su antecedente se remonta al *Handelsgesetzbuch* alemana de 1897, que creaba un consejo de vigilancia con amplísimas facultades, siendo su único límite la representación de la sociedad frente a terceros¹³¹.

Actualmente, en el derecho alemán, la *Aktiengesetz* otorga la función administrativa al *Vorstand* (consejo de administración), al que la ley le otorga un ámbito propio y autónomo de competencia, controlando todos los poderes de gestión (*Geschäftsführung*), y concede facultades de control y vigilancia al *Aufsichtsrat* (consejo de supervisión), entre las que pueden aludirse inspeccionar y examinar los libros y registros de la sociedad, los activos de la empresa, valores y mercancías, asignar expertos especiales para llevar a cabo dicha inspección, convocar a la *Hauptversammlung* (asamblea general), e incluso, nombrar los miembros del *Vorstand* (consejo de administración), entre otras (§§ 30, 84 y 111). Aunque el *Vorstand* no se encuentra subordinado formalmente al *Aufsichtsrat*¹³², éste último se encuentra provisto de instrumentos de intervención en la gestión, tanto

¹³⁰ OLCESE SANTONJA, Aldo. **Teoría y práctica del buen gobierno corporativo**. Págs. 127 y ss.; y GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. **Op. Cit.** Págs. 179 y ss.

¹³¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 612.

¹³² HOPT, Klaus J. «**The german two-tier board Aufsichtsrat: a german view on corporate governance**», en **Comparative corporate governance**. Págs. 8 y ss.; y DU PLESSIS, Jean, y SAENGER, Ingo. «**The general meeting and the management board as company organs**», en **German corporate governance in international and european context**. Págs. 12 y ss.

indirectos, como el nombramiento y revocación de los miembros del *Vorstand*, como directos, como proveer de un listado de operaciones que deberán sujetarse a su aprobación. Cabe agregar que el derecho alemán admite también el sistema monista al legalizar las sociedades anónimas europeas¹³³.

El derecho italiano se decantó por el sistema germánico. Los Artículos 183, 184 y 185 del *Codice di Commercio* de 1882, comprendían al *collegio sindacale* (síndicos o censores; en el derecho hondureño, comisarios o consejo de vigilancia), concebido como un órgano de control de la administración. Su posición fue reafirmada por el *Codice Civile*, que en su Artículo 2403, le atribuye el control de la administración de la sociedad, y la vigilancia sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo, debiendo asegurarse que la contabilidad, el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias se encuentren en regla. Para BRUNETTI, los síndicos ostentan una naturaleza y fines distintos a los demás órganos, por lo que no imagina entre ellos algún conflicto de atribuciones¹³⁴.

Después de este *excursus*, sin necesidad de un esmerado análisis es seguro afirmar que el ordenamiento jurídico hondureño adopta el sistema germánico o dualista, al establecer el Artículo 231 del Código de Comercio, que la vigilancia de la sociedad anónima corresponde a los comisarios, sin perjuicio de los actos de vigilancia y control que igualmente puede ejercer el órgano de administración sobre la actuación de los gerentes (Artículo 223 del Código de Comercio), la asamblea general, e incluso los socios individualmente considerados, como ya hemos expresado. El Artículo 233 del Código de Comercio, ofrece un listado ejemplificativo y no limitado, de facultades y obligaciones de los comisarios, de las que se deduce el deber de control y vigilancia que ejerce sobre el órgano de administración.

La vigilancia ejercida por los comisarios, lleva aneja el acatamiento de instrucciones por parte de los administradores, relativas a la provisión de información de todo tipo, orientada al desarrollar su labor vigilante, lo que le permite exigir cuanta información estime indispensable. En tal sentido, el órgano de administración tiene frente al de

¹³³ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. **Op. Cit.** Págs. 192 y ss.; OLCESE SANTONJA. **Op. Cit.** Págs. 96 y ss.; y GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Págs. 63 y ss.

¹³⁴ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 503.

vigilancia, un deber de cooperación y obediencia, en torno a la provisión de los informes y datos que los comisarios requieran para el cumplimiento de sus funciones.

De las disposiciones relativas a los comisarios, se aprecia que el órgano de administración no está sometido al de vigilancia durante el desarrollo de su facultad administrativa, pues se encuentra desprovisto de una facultad de censura sobre aquel. Los comisarios ejercen control *ex post facto*, dado que no pueden ejercer actos de control *a priori* sobre los administradores. Pese a que los comisarios constaten grave incumplimiento de los deberes de los administradores, corresponde únicamente a la asamblea general dictarles instrucciones, aplicar el régimen disciplinario, o en su caso removerlos de su cargo.

Material y funcionalmente, el órgano de vigilancia efectivamente realiza actos de administración, por cuanto ésta se compone de la facultad de vigilar y controlar, que corresponde a los actos de alta gestión dentro de la sociedad, atribuida a los comisarios. Esto deja columbrar que el legislador hondureño distingue entre gestión y control, concibiéndolas separadamente. Lo anterior, sin perjuicio de los actos de gestión que son atribuidos al órgano de vigilancia, tanto directos, como la convocatoria de la asamblea en caso de omisión de los administradores, o la designación con carácter provisional del administrador vacante (Artículos 174, 212 y 216 del Código de Comercio), como indirectos, como la asistencia a las asambleas de accionistas y a las sesiones del consejo de administración, ambas con voz pero sin voto (Artículo 210 y 233 numerales VII y VIII del Código de Comercio).

CAPÍTULO IV

4. La representación de la sociedad anónima

4.1. Teorías sobre las relaciones de la sociedad en la esfera externa

Anteriormente hemos distinguido entre la actuación interna (administración o gestión) y externa (representación) de la sociedad. A diferencia del deber de administrar, que por su complejidad y alcance también es ejercido por órganos distintos al de administración, aunque sobre éste recaiga como deber primigenio y fundamental, la representación constituye una facultad legal atribuida exclusivamente al órgano de administración. La sociedad anónima estará válidamente representada por el órgano de administración, prescindiendo absolutamente de la voluntad o participación de los socios¹³⁵ en el acto de que se trate. En estos términos se pronuncia el Artículo 209 del Código de Comercio, que atribuye la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al órgano de administración.

Las sociedades mercantiles son reconocidas como titulares de derechos y obligaciones, e integran la categoría de personas desde tiempos remotos¹³⁶. Como categoría de persona, precisa la imbricación con terceros para su desenvolvimiento. Varias proposiciones han procurado explicar la manera en que la sociedad se relaciona en la esfera externa. Entre ellas, adquieren un papel protagónico tres teorías, que ameritan un planteamiento general, al menos en breves líneas, para discutir la posición del Código de Comercio en este tema.

¹³⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. **Derecho civil**. Vol. XIII. Pág. 1043.

¹³⁶ MESSINEO. **Op. Cit.** T. II. Pág. 157; PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 1042; VILLEGAS. **Op. Cit.** T. I. Págs. 141 y ss.; COLOMBRES, Gervasio. **Curso de derecho societario**. Pág. 35; y STRATTA, Alicia Josefina. «**Sobre personalidad y responsabilidad**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil**. Págs. 613 y ss.

4.1.1. Teoría de la representación

La primera tesis que procura explicar la forma en que la sociedad se relaciona con terceros es la denominada teoría de la representación. Inspirada en la teoría de la ficción de SAVIGNY para explicar la naturaleza de las personas colectivas, la teoría de la representación, defendida por un ilustre sector de la doctrina¹³⁷, consiste en que el administrador actúa en nombre de la sociedad, produciendo respecto a ésta última iguales efectos que si hubiera contratado directamente; comporta exclusivamente el estudio del vínculo directo que surge entre representada y tercero, sin entrar al análisis de las relaciones generadas entre representante y representado¹³⁸.

El representante declara su voluntad en nombre de una persona ajena, en quien inciden los efectos de esa declaración¹³⁹. Atendiendo a esta teoría, el administrador ejecuta los actos en representación de la sociedad, y por tanto, los efectos de estos actos, es decir, los derechos y obligaciones que generan, radican en la sociedad y no en el administrador. En esencia, de conformidad con la teoría discutida, el administrador ostenta una representación legal de la sociedad, lo que plantea una clara distinción entre la personalidad jurídica del administrador y la sociedad.

En el ordenamiento jurídico hondureño, dos son las fuentes de la representación; la convención y la ley. En este sentido se pronuncia el Artículo 731 del Código de Comercio, que expresa: “El poder de representación deriva de la ley o de la voluntad del interesado”. La representación convencional o voluntaria, se refiere al mandato. Así lo expresa el Artículo 1888 del Código Civil, que dispone: “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. La representación legal es la que se ejerce por imperio de la ley, por ejemplo, la representación que ejerce el naviero sobre el buque (Artículo 746 del Código de Comercio de 1940, cuyas disposiciones del Libro III, sobre el comercio marítimo, continúan vigentes).

¹³⁷ FERRARA. «Teoría delle persone giuridiche». **Op. Cit.** Págs. 623 y ss.; MINERVINI. «Alcune riflessioni». **Op. Cit.** Pág. 66; y VON TUHR. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 248.

¹³⁸ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 208.

¹³⁹ MESSINEO. **Op. Cit.** T. II. Pág. 411.

En base a lo anterior, no es posible encajar en la relación del administrador la representación voluntaria, ya que la persona jurídica no puede actuar por si sola. La representación tiene carácter necesario. Por otra parte, tampoco puede afirmarse que se trata de una representación legal, ya que los socios disponen de un ámbito de autonomía, no fijado por la ley, quedando facultados realizar su nombramiento y cese, si se constituirá de manera unipersonal o colegiada¹⁴⁰. Lo cierto es que la figura de la representación, resulta insuficiente para explicar la organización y actuación de las sociedades mercantiles¹⁴¹.

4.1.2. Teoría del órgano

La segunda tesis, llamada teoría del órgano, propuesta por GIERKE y PREUSS, es originaria del derecho alemán, y sostenida igualmente por un notable sector doctrinal¹⁴². Esta teoría presupone que la actividad del órgano de la persona jurídica se desarrolla en la vida interna de la persona misma, y fuera de ella; se trata de una relación intrínseca de la persona jurídica¹⁴³. Los actos entonces, son considerados realizados por la sociedad misma.

El órgano constituye la persona que declara su voluntad frente a terceros. Lo que diferencia la teoría de la representación y la del órgano, es que en la primera, el acto jurídico realizado por el representante se imputa directamente a éste, y sólo sus efectos se atribuyen por el derecho al representado, en cambio, en la segunda, la actuación del órgano, el acto mismo y sus efectos, se le imputan directamente al ente, como hecho propio¹⁴⁴.

A manera de comentario, no ha de confundirse la teoría orgánica, relativa a la naturaleza jurídica de la relación entre el administrador y la sociedad, cuestión discutida en capítulos precedentes, con la teoría del órgano. La paridad discursiva descansa en que poseen la

¹⁴⁰ DÍEZ-PICAZO. **La representación**. Op. Cit. Pág. 72.

¹⁴¹ GIRÓN TENA. **Op. Cit.** Pág. 267.

¹⁴² FRÈ. «**Il rapporto fra l'organo amministrativo**». Op. Cit. Pág. 407; BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 449 y ss.; MESSINEO. **Op. Cit.** T. II. Págs. 410 y ss.; IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 104.; y GIRÓN TENA. **Op. Cit.** Pág. 339; POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». Op. Cit. Pág. 52.

¹⁴³ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 453.

¹⁴⁴ MINERVINI. **Gli amministratori**. Op. Cit. Pág. 2.

misma génesis, la consideración de la administración como órgano social, es decir, ambas teorías son desarrolladas partiendo de la noción de la administración como órgano. La teoría del órgano, que explica la relación de la sociedad con terceros, surge de la teoría orgánica, que considera la administración como un órgano social. La teoría del órgano, se trata pues, de una manifestación de la teoría orgánica.

4.1.3. Teoría intermedia

Una tercera tesis surge de los razonamientos expuestos en las dos teorías anteriores. Los que defienden una postura distinta, denominada teoría intermedia, expresan que la sociedad se relaciona externamente a través de la “representación orgánica”¹⁴⁵ que detentan los administradores. Esta tesis sostiene que, si bien las facultades de los administradores no derivan de un acto voluntario, sino legal, las relaciones con terceros exigen la presencia de un órgano con facultades representativas y de gestión.

Contrariamente a lo expuesto por la teoría de la representación y la del órgano, que pretenden diferenciar entre órgano y representación, de conformidad con la teoría *in comento*, el órgano es incapaz de exteriorizarse si no es por medio de personas físicas, y en virtud de la facultad de representación. Se trata del mismo fenómeno, pero visto desde distintos puntos de vista; el de organización e integración del ente, y el de representación o posibilidad de relacionarse con terceros. El órgano y sus funciones se explican por la institución jurídica de la representación; se trata de un órgano representativo, o una “representación orgánica”¹⁴⁶.

4.1.4. Análisis a la luz del Código de Comercio

La teoría de la representación y la del órgano abordan el asunto desde perspectivas distintas, pero a nuestro criterio, de forma no excluyente. Coincidimos con la tesis

¹⁴⁵ MOSSA, Lorenzo. «**La rappresentanza degli amministratori delle societa per azioni**», en **Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale**. Vol. VIII. Pág. 204.; ALESSI, Renato. «**Sul fondamento della responsabilita "diretta" delle persone giuridiche**», en **Studi in onore di Giovanni Pacchioni**. Pág. 390; BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 483; BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Pág. 164.; RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 209; MARTÍNEZ SANZ. «**De los administradores**». **Op. Cit.** Págs. 1289 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ. **Op. Cit.** Págs. 52 y ss.

¹⁴⁶ BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Pág. 170; y ANGELICI. **Op. Cit.** Pág. 104.

intermedia para explicar el modo en que la sociedad se relaciona en la esfera externa. No consideramos aceptable que la teoría de la representación sea excluida por la teoría del órgano, más bien, los actos de la sociedad en la esfera externa se explican conciliando ambas posturas. El razonamiento requiere aprehender ambas teorías, armonizando algunas de sus notas caracterizadoras.

Por un lado, la representación de la sociedad, o el hecho que ésta actúa a través de representante resulta innegable, atendiendo a lo dispuesto por el Artículo 209 del Código de Comercio, que establece que “la representación judicial y extrajudicial de la sociedad, corresponderá al administrador o al consejo de administración”, pues la persona jurídica requiere el concurso de una persona física para materializar sus actos. No puede, por ello, descartarse la personalidad del administrador, individualmente concebido, ni soslayarse la letra del Artículo 209 del Código de Comercio, que taxativamente se refiere a la representación de la sociedad. Por otra parte, se precisa acudir a la teoría del órgano para explicar el funcionamiento de la sociedad, interna y externamente, ya que la sociedad es una, siendo inadmisibles que la misma sufra un desdoblamiento en su naturaleza de persona jurídica. Es de este modo que la sociedad en la esfera externa se manifiesta a través de una “representación orgánica”, lo que implica comprender la administración como órgano social, sin menoscabo de la facultad representativa que despliega.

La representación orgánica de los administradores es de carácter legal, por cuanto es instituida por ley; no cabría indicar que el nombramiento de los administradores obedece a un acto voluntario de la sociedad, enmarcándola como una representación convencional derivado del hecho que corresponde a la asamblea general realizar tal nombramiento (Artículo 168 numeral II Código de Comercio), por cuanto aquella, pese a ser el órgano supremo, no se encuentra legitimada para representar a la sociedad, ni encarna la sociedad misma. En otras palabras, no es plausible considerar que la facultad representativa de los administradores se identifique con una representación convencional o voluntaria, en base a que el nombramiento de los administradores es realizado por la decisión de la asamblea general, ya que, aunque el nombramiento efectivamente obedezca a la voluntad del órgano supremo, éste carece de capacidad

para actuar en la esfera externa, por lo que esa expresión de la voluntad que conlleva el nombramiento, no es más que el procedimiento o el medio a través del cual se designa al que, *ope legis*, representa la sociedad.

Amén de esto, estimamos conveniente aclarar que no debe confundirse la representación orgánica como facultad de los administradores, con la representación atribuida a los consejeros delegados, gerentes, apoderados y factores (Artículos 209, 217, 218, 219, 220, 355 y 356 del Código de Comercio). Aunque éstos puedan contar con amplios poderes, la naturaleza de la representación es derivada, sea de la asamblea general, o del órgano de administración. En el caso de los consejeros delegados, gerentes, apoderados y factores, los órganos legitimados legalmente para nombrarlos conceden la facultad de representación, por tanto, nos encontramos ante una representación convencional o voluntaria.

4.2. La representación y el uso de la firma social

El Artículo 209 párrafo primero del Código de Comercio, prescribe: “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad, corresponderá al administrador o al consejo de administración, que actuará por medio de su presidente. El uso de la firma social corresponderá al administrador, al consejero o consejeros que se determinen y a falta de designación, al presidente del consejo”. Como bien informa RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, de la norma citada se colige que no todo administrador es representante¹⁴⁷.

El modo en el que la representación judicial y extrajudicial se ejerce, se encuentra subordinado a la forma de constitución del órgano de administración; esto es, si se unipersonal o colegiado. En el caso de que la sociedad cuente con un administrador único, el asunto es fácilmente resuelto, ya que todos los poderes de representación judicial y extrajudicial descienden sobre éste, quedando facultado para el uso de la firma social.

La cuestión adquiere cierta complejidad si el órgano lo constituye un consejo de administración. En el caso de ser colegiado, aunque el poder de representación

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 551.

descansa en el consejo de administración, integrado por todos sus miembros, en términos generales, incumbe a su presidente el ejercicio de dicha función¹⁴⁸, no obstante, conviene analizar los escenarios que plantean las actuaciones judiciales y extrajudiciales separadamente.

En el ámbito judicial, si se constituye un consejo de administración, resulta claro que la representación de la sociedad corresponde exclusivamente a su presidente. Así lo tiene declarado la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, AC-1240, de 14 de noviembre de 2005. La resolución fue pronunciada en ocasión de un recurso de amparo contra una sentencia interlocutoria dictada por la Corte de Apelaciones Seccional de Choluteca, que confirmó la resolución dictada por el Juzgado de Letras Primero Departamental de Choluteca, estimando la excepción de falta de personalidad o representación legal, al haberse incoado la acción contra el gerente regional de la sociedad anónima demandada. A pesar de que la Sala sobreseyó el recurso de amparo por falta de agotamiento de los recursos ordinarios, *obiter dictum*, se pronunció sobre la representación judicial de la sociedad, manifestando que la estimación de la excepción se encontraba apegada a derecho, al no haberse dirigido la acción contra el presidente del consejo de administración de la institución bancaria demandada.

Es valioso observar que la asamblea general y el órgano de administración están facultados para nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, teniendo estos las atribuciones que se les confieran, gozando de las más amplias facultades de representación y ejecución (Artículos 218, 219 y 220 del Código de Comercio). Sin embargo, de conformidad con la sentencia citada, la representación que ostentan los gerentes (y por analogía, los consejeros delegados, apoderados y factores) debe interpretarse bajo un criterio restrictivo, limitado al ámbito extrajudicial, resultando inadmisibles la postura que los gerentes puedan representar la sociedad en el ámbito judicial, sean estos nombrados con carácter general o especial, sin perjuicio de poder

¹⁴⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 318.

comparecer en su condición de gerentes, cuando sean llamados por el órgano jurisdiccional, o para celebrar, en sede judicial, actos que excedan la comparecencia.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido que la eficacia de la representación en el ámbito judicial, inicia con la inscripción en el Registro Público de Comercio. En este sentido se inclina la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, AC-1306, de fecha 30 de septiembre de 2005. En este caso, se demandó por la vía ejecutiva a una sociedad mercantil a través de quien constaba como representante legal en el Registro Público de Comercio. Con posterioridad a la fecha en la que fue requerido de pago, se personó en el proceso la sociedad a través de su representante procesal, solicitando que se decretase la nulidad absoluta de actuaciones, esgrimiendo que el auténtico representante legal de la sociedad demandada no es la persona a quien se ha requerido, sino su poderdante, y que el acta protocolizada e inscrita, donde consta la designación como presidente del consejo de administración del actual demandado, era nula y había sido objeto de impugnación. El Juzgado de primera instancia rechazó de plano el incidente de nulidad, decisión que fue confirmada por el *iudex ad quem*. Contra ésta resolución se interpuso recurso de amparo, expresando la Sala que la inscripción del acta protocolizada en el Registro Público de Comercio ha de tenerse por válida, entretanto no recaiga resolución judicial firme que establezca lo contrario, denegando la acción de amparo, reflejando que existe una presunción *iuris tantum* sobre lo que consta inscrito, mientras ésta no sea anulada (Artículos 394 y 408 del Código de Comercio), externándose la función de garantía de autenticidad del registro¹⁴⁹.

En el ámbito extrajudicial (así como en el judicial, para aquellos actos que excedan la simple comparecencia en el proceso, por ejemplo, la celebración de una transacción), la representación fundamental en las sociedades anónimas se contiene en el llamado “poder de firma”¹⁵⁰ o “firma social”, que es el instrumento que habilita la posibilidad para que alguien actúe produciendo, creando, o extinguiendo relaciones jurídicas cuyos efectos recaerán sobre la sociedad representada¹⁵¹. El uso de la firma social, es un

¹⁴⁹ MEDINA VERGARA. **Op. Cit.** Págs. 377 y ss.

¹⁵⁰ GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Págs. 358 y 359.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Curso. Op. Cit.** Pág. 129.

componente inherente de la facultad representativa, ya que a través de ella se declara la voluntad de la sociedad frente a terceros¹⁵².

Como hemos anotado, si la sociedad anónima funciona con un consejo de administración, éste, como órgano colegiado, es su representante; sin embargo, el uso de la firma social admite tres soluciones: a) todos los consejeros deben firmar conjuntamente; b) la firma social corresponde al designado o designados por los estatutos o por el consejo de administración; y c) la firma corresponde al presidente del consejo de administración¹⁵³.

En la determinación sobre la persona o personas a las que corresponde el uso de la firma social, convergen distintos escenarios, pudiendo ser designados: a) en la escritura constitutiva de la sociedad (Artículo 14 numeral X del Código de Comercio); b) por la asamblea general o por el consejo de administración (Artículos 106 numeral IV, 165, 168 y 209 del Código de Comercio); y c) de modo supletorio, si no existiera designación, corresponderá al presidente del consejo de administración (Artículo 209 del Código de Comercio). En los primeros dos casos, existe plena libertad respecto a la forma en la que será ejercida la firma social, sea de manera individual o colectiva, sin perjuicio de la delegación a un consejero delegado, comisiones, gerentes, apoderados y factores (Artículos 209, 217, 218, 219, 220 y 356 del Código de Comercio). Una situación especial es comprendida en el Artículo 470 del Código de Comercio, que autoriza a todos los administradores para suscribir títulos valores, con prescindencia del otorgamiento de la facultad del uso de la firma social, salvo prohibición estatutaria inscrita.

En principio, la determinación del administrador o administradores que llevarán la firma social, se refiere a señalar a quien corresponde la facultad de externar la voluntad social frente a terceros y de éstos ante la sociedad. Sobre esto, FRÈ indica que el administrador a quien corresponde la firma social, carece de capacidad para obligar a la sociedad, sino de conformidad con una decisión del consejo de administración¹⁵⁴. Consideramos que esto no es aplicable al derecho hondureño, salvo que medie mala fe del tercero, ya que,

¹⁵² GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 321 y 322.

¹⁵³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 552.

¹⁵⁴ FRÈ. **L'organo amministrativo. Op. Cit.** Pág. 571.

como señala el Artículo 210 del Código de Comercio, las irregularidades en el funcionamiento del órgano de administración no son oponibles a terceros de buena fe, *ergo*, los acuerdos del consejo de administración devienen irrelevantes a los efectos de las actuaciones del administrador que detenta la firma social.

Es preciso cuestionar si resulta procedente limitar las facultades de representación extrajudicial del presidente del consejo de administración, despojándole del uso de la firma social. Partiendo del Artículo 209 del Código de Comercio, el órgano de administración representa a la sociedad, y actúa por medio del presidente del consejo de administración. Pero la norma también comprende la opción de otorgársele el uso de la firma social a un administrador distinto. Por ello, es posible limitar su uso al presidente del consejo de administración, pese a que el órgano actúa por su medio.

La actuación insustituible del presidente del consejo de administración como representante de la sociedad, engloba únicamente la judicial, para aquellos actos que no excedan la simple comparecencia, no así la extrajudicial, en tanto el Código de Comercio le otorga el uso de la firma social en defecto que no se designe a otro administrador, facultad que a su vez puede ser objeto de delegación a persona ajena al órgano de administración (gerente, factor), al tenor del Artículo 220 del Código de Comercio. Por ello, es válida toda limitación de la firma social al presidente del consejo de administración, en el ámbito extrajudicial, y en el judicial en los casos que exceda la simple comparecencia.

En relación al tema, es pertinente analizar la eficacia de los actos celebrados por los administradores que no detentan la facultad del uso de la firma social, es decir, cuando éstos actúan fuera de los límites de las facultades concedidas. *Prima facie*, se advierte la inaplicación del Artículo 737 del Código de Comercio, que atribuye los efectos del acto directamente al falso representante o al representante que excedió sus facultades, al indicar la norma, *in fine*: “Quedan a salvo las disposiciones sobre representación por factores y por órganos de sociedades”.

De este modo entra en el análisis el Artículo 732 del mismo texto legal, que supedita los efectos del negocio jurídico entre el representado y el tercero, toda vez que el

representante haya actuado dentro de los límites de sus facultades. En apego al precepto, los negocios celebrados por el administrador desbordando las facultades concedidas carecen de efecto respecto a la sociedad. Sin embargo, la disposición deviene inaplicable al caso *sub examine*, ya que las reglas sobre la representación societaria ostentan naturaleza distinta a las reglas contenidas en los Artículos 731 y siguientes del Código de Comercio¹⁵⁵. Para confirmar esto, es admisible considerar la dicción del Artículo 356 del Código de Comercio, que imputa el acto celebrado por el factor a la sociedad, aun cuando haya excedido las instrucciones de su mandante, o haya obrado con abuso de confianza, siempre que tales actos se enmarquen en el objeto social, o aun siendo de naturaleza distinta, fueran consecuencia de las orden del mandante, o aprobados por éste de manera tácita o expresa.

Sin perjuicio de ello, no es de recibo integrar la última norma citada como elemento definidor de la problemática objeto de estudio. Por un lado, debido a que el estudio se centra sobre los efectos de los actos de los administradores fuera de las facultades otorgadas, es decir, en el marco de la representación orgánica, mientras que la representación de los factores es de naturaleza contractual (mandato), y por tanto declina la paridad de motivos, pues la diferencia en su naturaleza jurídica presupone la falta de identidad consustancial. Por otro, dado que la disposición regula un supuesto muy específico, mientras que la representación orgánica constituye el marco general de la representación societaria. Debe recordarse que está vedada la integración analógica de un caso específico a uno general (sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 5284/2012, de 20 de julio). Por ello, el basamento para la construcción jurídica debe buscarse en una norma con carácter general.

Empero, que difieran en su naturaleza no constituye un óbice infranqueable para aplicar disposiciones de las reglas generales de la representación (Artículos 731 y siguientes del Código de Comercio), a la representación orgánica, siempre que armonicen con su naturaleza jurídica en el marco societario. Entonces, resulta aplicable al caso de análisis el Artículo 736 del Código de Comercio, que reza: “Quien haya dado lugar con actos positivos o con omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que

¹⁵⁵ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 317 y ss.

alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación frente a terceros de buena fe. Esta se presume, salvo prueba en contrario”. La norma en relación, consagra la denominada teoría de la apariencia, que sostiene que la sociedad debe soportar las consecuencias del acto celebrado por el falso representante, preservando con ello el derecho de los terceros de buena fe¹⁵⁶.

En estos términos, consideramos de relevantes los razonamientos expuestos en las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 1909/1999, de 19 de marzo, siguiendo la sentencia No. 3994/1998, de 16 de junio, y específicamente la sentencia No. 2493/1991, de 15 de mayo, que señala: “Si bien es cierto que la figura del factor mercantil requiere en punto a su actuación correcta en el mundo comercial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturario otorgado por su principal, como así se viene a reconocer en los Artículos 281 a 284 del Código de Comercio y 1280 del Civil, así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la «apariencia jurídica» que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de la seguridad jurídica”.

La manifestación, en ocasiones engañosa de la realidad, conduce a la primacía de la apariencia, con el propósito de tutelar al tercero que se vincula con la actividad jurídica desplegada por la sociedad, salvaguardando su legítima expectativa sobre la validez del acto, vedando una ulterior posibilidad de invalidar el mismo¹⁵⁷. La doctrina informa que para el funcionamiento de la teoría de la apariencia en materia de representación, se requiere los siguientes presupuestos: a) una situación objetiva de apariencia de representación capaz de afectar a cualquiera; b) la creencia subjetiva del tercero sobre

¹⁵⁶ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 215; y ALLENDE, Lisandro A. «**Conveniencia de regular la actuación de los administradores de hecho en las sociedades comerciales**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil.** Pág. 696.

¹⁵⁷ MINERVINI. **Gli amministratori. Op. Cit.** Pág. 154.

la existencia de representación actuando con diligencia razonable; y c) la negligencia del falso representado en haber permitido que se creara la situación de apariencia¹⁵⁸.

Así, el Artículo 736 del Código de Comercio, consagra la teoría de la apariencia, asegurando los derechos de los terceros de buena fe, atribuyendo a la sociedad los actos celebrados por aquellos que no detentan la facultad del uso de la firma social, es decir, por los administradores actúan fuera de los límites de las facultades concedidas. Con ello, la eficacia de dichos actos, dependerán de la apariencia razonable del falso representante, atendiendo a los usos del comercio, y de la actitud convalidante o permisiva de la sociedad. En el caso concreto del administrador o del presidente del consejo de administración que no detenten la firma social, la apariencia representativa se acrecienta por el innegable vínculo con el órgano de administración, no obstante, los presupuestos de aplicación de la teoría, deben ser analizados en cada caso concreto.

4.3. Los actos *ultra vires*

Se entiende por actos *ultra vires*, aquellos no comprendidos dentro del giro u objeto social en la escritura constitutiva. El giro social constituye un límite infranqueable a la competencia del órgano de administración¹⁵⁹. La legislación hondureña no desarrolla con mayor detalle los elementos configuradores del giro social, limitándose a señalar que éste debe ser lícito (Artículo 16 del Código de Comercio), es decir, que no debe contravenir el derecho público hondureño (Artículo 1565 del Código Civil); la infracción de lo anterior acarrea la nulidad del contrato social.

Una práctica profundamente enraizada en el derecho hondureño, es la ampliación indeterminada del objeto social en la escritura de constitución, en la que, tras enunciar las actividades a las que se dedicará la sociedad, se adiciona al giro social “cualquier otra actividad de lícito comercio”¹⁶⁰. En sentido opuesto, la doctrina apunta que el objeto

¹⁵⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo Mario. «El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria», en *Revista Doctrina Societaria*. Nº 105. T. VIII. Pág. 202.

¹⁵⁹ GUTIÉRREZ FALLA. *Apuntes de derecho mercantil*. Op. Cit. T. II. Pág. 331.

¹⁶⁰ MARADIAGA. Op. Cit. Pág. 44.

social debe ser determinado y preciso¹⁶¹; la razón principal de ello descansa en la posibilidad de que el público inversor y los accionistas pueden conocer claramente las actividades a las que se dedica la sociedad, resultando inadmisibles cláusulas que autoricen a la sociedad a dedicarse a cualquier actividad económica¹⁶². El desiderátum definidor del objeto social, es que éste refleje el sector económico en el cual operará la sociedad, en algunas ocasiones mediante la especificación del producto o del objeto; verbigracia: inmobiliario, automóviles; y en otras mediante la naturaleza sectorial del servicio; por ejemplo: turismo, educación¹⁶³.

A nuestro criterio, esta ampliación indeterminada del objeto social es una práctica impropia, no solo por la desconfianza que puede inspirar a los inversores, sino por el mandato contenido en el Artículo 14 numeral IV del Código de Comercio, que exige la determinación del objeto social en el acto constitutivo. Si resultare procedente extender el giro social a “toda actividad de lícito comercio”, la descripción de éste en la escritura de constitución no tendría razón de ser. Acuerpa esta posición la aplicación analógica de los Artículos 1563 y 1564 del Código Civil, en relación con los Artículos 1 y 715 del Código de Comercio, ya que la sociedad nace por un contrato, en consecuencia, detenta naturaleza contractual¹⁶⁴, *ergo*, su objeto debe ser determinado. Entonces, corresponde en primer término al Registro Público de Comercio limitar la práctica mencionada, velando por la adecuada aplicación de las normas aludidas, obligando a la delimitación precisa del giro que desarrollará cada sociedad.

En lo que concierne a esta ampliación indeterminada del objeto social, es oportuno cuestionar si ello implica que todos los actos, con independencia de su naturaleza, quedarán comprendidos en el objeto social, al poder desarrollar “toda actividad de lícito comercio”, y por tanto, no cabría la existencia de actos *ultra vires*; o en cambio, el objeto

¹⁶¹ SÁNCHEZ RUS, Heliodoro. «Objeto social y poder de representación en la sociedad», en **Revista crítica de derecho inmobiliario**. Nº 628. Pág. 830.

¹⁶² PUELMA ACCORSI, Álvaro. **Sociedades**. T. II. Pág. 511.

¹⁶³ CABANAS TREJO, Rafael y BONARDELL LENZANO, Ricardo. «Síntesis de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre el objeto social», en **La Notaría. Revista de revistas**. Nº 2. Pág. 94.

¹⁶⁴ PARKINSON, John E. **Corporate power and responsibility: issues in the theory of company law**. Págs. 25 y ss.; NEIRA ARCHILA, Luis Carlos. **Apuntaciones generales al derecho de sociedades**. Págs. 27 y ss.; y GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 43 y ss.

social se limita a las actividades determinadas taxativamente en el acto constitutivo. El asunto es resuelto por los Artículos 11 y 1547 del Código Civil, que instituyen la ley como límite de la libertad de formas en la contratación. Al constar mandamiento legal sobre la determinación del objeto social, la ampliación indeterminada del mismo acarrea la nulidad de dicha extensión contenida en la cláusula, sin afectar la validez de la totalidad del contrato social, o de las actividades descritas puntualmente (Artículos 1586 y 1602 del Código Civil).

En todo caso, la limitación del objeto social y la ineficacia de la cláusula que amplía de manera indeterminada el mismo, no pueden ser alegadas por la sociedad para eludir el vínculo con el tercero, ya que es la propia sociedad la causante de la confusión. Lo anterior, atendiendo a la doctrina de los actos propios, conocida bajo la fórmula “*venire contra factum proprium non valet*”, que proclama el principio general del derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos realizados, prohibiendo que una persona, natural o jurídica, pueda ir contra su propia conducta mostrada con anterioridad para limitar los derechos o deberes de otra, lo que constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de un facultad, o de un potestad, como consecuencia del principio de buena fe¹⁶⁵ (Artículo 1546 del Código Civil).

Por otra parte, el asunto medular de los actos *ultra vires* estriba en su eficacia. Replanteando lo antedicho, es preciso analizar el alcance y efectos de los actos celebrados por los administradores, excediendo el objeto social, es decir, fuera de la competencia del órgano de administración. Sobre el particular, la doctrina plantea tres posiciones: a) el acto es nulo, en tanto excede la capacidad de la sociedad misma; b) el acto es ineficaz, debido a que excede las facultades de los administradores; y c) el acto es válido y eficaz, siendo los estatutos una norma interna de la sociedad, no oponible a terceros de buena fe¹⁶⁶. Las primera dos posturas, obedecen a la teoría o doctrina *ultra vires*, según la cual adolece de nulidad, o al menos de ineficacia, todo acto que exceda

¹⁶⁵ LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil. Parte general.** Pág. 163.

¹⁶⁶ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 333 y ss.; MINERVINI. **Gli amministratori. Op. Cit.** Pág. 2; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 207.

el objeto social. La tercera posición, adopta la denominada teoría de la apariencia, de la que se hizo cumplida referencia en el apartado anterior.

El primer antecedente sobre el tema se sitúa en el derecho inglés, con la sentencia recaída en el caso *Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd. v. Riche*, LR 7 HL 653, 1875, bajo la vigencia de la *Companies Act* de 1862, en la que el tribunal consideró que los actos sociales no autorizados, son nulos, por exceder la capacidad de la sociedad, adoptando la doctrina *ultra vires*. La jurisprudencia inglesa recondujo el criterio, acogiendo la teoría de la apariencia en la sentencia dictada en el caso *Rolled Steel Products (Holdings) Ltd. v. British Steel Corp.*, Ch 246, 1986. Fijado el precedente jurisprudencial, la teoría de la apariencia fue recogida en la *Companies Act* (2006).

El tratamiento de la eficacia de los actos *ultra vires* en el derecho comparado, no resulta tan variado. En el derecho italiano, el Artículo 2384 del *Codice Civile*, establece que las limitaciones de la facultad de representación no son vinculantes para terceros, aunque fueran debidamente registradas, a menos que haya evidencia de que estos han actuado intencionalmente contra la sociedad, esto es, a sabiendas de la limitación estatutaria sobre el objeto social. En el derecho alemán, el § 82 de la *Aktiengesetz*, dispone que la representación del *Vorstand* (órgano de administración) no puede ser restringida, de lo que se colige que el objeto social no constituye un límite a la capacidad jurídica de la sociedad. En el derecho francés, el Artículo L 225-56 del *Code de Commerce*, obliga a la sociedad, incluso por los actos no comprendidos en el objeto social, a menos que pueda acreditarse que el tercero sabía que el acto era *ultra vires*, o no podía ignorarlo dada las circunstancias, quedando excluido como prueba la inscripción en el registro. En el derecho español, el Artículo 234 numeral 2 de la Ley de Sociedades de Capital, indica que la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, incluso cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.

El carácter necesario y permanente de la representación legal del órgano de administración, impone que toda limitación estatutaria no tenga efectos respecto a

terceros, ni que anule el carácter representativo de los administradores¹⁶⁷. Se evidencia que la tendencia es la de asegurar a los terceros de buena fe, certeza en cuanto a su relación con la sociedad, permitiendo que los actos realizados sean imputables a la sociedad¹⁶⁸.

En el derecho hondureño, siguiendo la tesis de instrumentalidad del acto expuesta por CASELLI¹⁶⁹, la doctrina nacional ha planteado que aquellos actos no instrumentales respecto al giro social serían ineficaces, mientras que aquellos calificados como instrumentales o posiblemente instrumentales, vinculan a la sociedad frente a terceros¹⁷⁰, considerando que sobre los terceros pesa una presunción de conocimiento sobre el giro de la sociedad¹⁷¹ (Artículo 408 del Código de Comercio), al inscribirse la escritura de constitución en el Registro Público de Comercio. Así, la doctrina se decanta por la doctrina *ultra vires* atenuada, atendiendo a la naturaleza del acto de que se trate, esto es, si el mismo integra el objeto social, o al menos es posiblemente instrumental de aquel.

No compartimos el criterio de la doctrina nacional. A nuestro juicio, en el contexto discutido, las normas deben ser interpretadas en el sentido que mejor aseguren los derechos de los terceros de buena fe; en consecuencia, todos los actos celebrados por los administradores, excedan el objeto social o no, son igualmente atribuibles a la sociedad, indistintamente del carácter instrumental del acto, empleando la teoría de la apariencia, como una manifestación del principio de protección de terceros.

Fundamentamos la postura planteada en dos argumentos. En primer lugar, el Artículo 210 *in fine* del Código de Comercio, dispone que las irregularidades en el funcionamiento del órgano de administración no son oponibles a terceros de buena fe. La competencia del órgano no se agota con los actos internos de gestión, por cuanto es también función del órgano administrativo la representación frente a terceros. La responsabilidad de la sociedad frente a terceros recae de manera directa, condicionada a la buena fe. No basta con que el tercero haya podido consultar el Registro Público de Comercio, es además

¹⁶⁷ BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Pág. 149.

¹⁶⁸ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 210.

¹⁶⁹ CASELLI, Giovanni. **Oggetto sociale e atti ultra vires.** Pág. 103.

¹⁷⁰ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 334.

¹⁷¹ MARADIAGA. **Op. Cit.** Págs. 367 y 368.

necesario que se demuestre por la sociedad, que el tercero conocía la falta de conexión entre el concreto negocio y el objeto social¹⁷². Esta interpretación se apega más a la realidad del tráfico comercial actual, no siendo admisible partir del hecho que el tercero conoce el objeto social por el solo registro, ya que resulta impensable que cada comerciante revise en el Registro Público de Comercio el giro de todo aquel con el que pretende contratar, considerando el sinnúmero de operaciones celebradas día a día.

En segundo lugar, siguiendo la línea argumental de MANTILLA MOLINA¹⁷³, el Artículo 17 de Código de Comercio, otorga a la sociedad irregular personalidad jurídica, y les atribuye los actos celebrados por sus representantes, quienes responden solidariamente junto con la sociedad. Las sociedades irregulares pueden carecer inclusive de escritura constitutiva, y consecuentemente de objeto social determinado y registrado, no obstante, sus actos son válidos frente a terceros. Atendiendo a lo anterior, resultaría incongruente que la legislación atribuya a las sociedades irregulares que carezcan de un objeto social determinado los actos que celebren sus representantes, y que por otro lado, limite los efectos de los actos celebrados por sociedades legalmente constituidas, por el solo hecho de que dichos actos son *ultra vires*. Ello pondría de relieve una notable desproporción entre los casos expuestos, ya que se estaría sancionando con más gravedad los actos *ultra vires* celebrados por una sociedad debidamente constituida, que los actos celebrados por sociedades irregulares, en perjuicio de terceros de buena fe.

De los razonamientos planteados concluimos que la sociedad ostenta plena capacidad, y es responsable frente a terceros de buena fe por los actos *ultra vires* ejecutados por el órgano de administración, y de manera extensiva por todos los consejeros delegados, gerentes, apoderados y factores. La misma razón aplica a los actos celebrados por los administradores, excediendo sus facultades inscritas (Artículo 394 numeral II literal a del Código de Comercio). En todo caso, la buena fe del tercero tiene valor decisivo, no haciendo prueba la inscripción en el Registro Público de Comercio. En segundo término,

¹⁷² PÉREZ RAMOS, Carlos. «**La responsabilidad de los socios de una sociedad en formación por actos no incluidos en el objeto social**», en **Cuadernos de derecho y comercio**. N° 58. Pág. 311.

¹⁷³ MANTILLA MOLINA. **Op. Cit.** Págs. 195 y ss.

debe atenderse a la notoriedad del objeto social, lo que deberá ser apreciado de forma individualizada.

En síntesis, la regla general es que los actos *ultra vires* son igualmente atribuibles a la sociedad, y únicamente en caso de probarse la mala fe del tercero sobre el conocimiento del giro de la sociedad con la que contrata, será dicho acto ineficaz, para lo cual habrá de tomarse en consideración las condiciones del caso, y la prueba aportada en torno a la notoriedad del objeto social, y a los actos positivos que reflejen de manera inequívoca el conocimiento efectivo por parte del tercero.

CAPÍTULO V

5. Introducción a los deberes generales de los administradores

5.1. Delimitación del objeto de estudio

Con prescindencia de las actividades comprendidas en el objeto social, en palabras de BRUNETTI, la función del órgano administrativo comprende: a) la administración y representación; b) la ejecución de acuerdos de la asamblea general; y c) la ejecución de las actividades que reserva la ley¹⁷⁴. A lo anterior, se adicionan las obligaciones comprendidas en los estatutos sociales, sin embargo, en términos generales, lo anterior es susceptible de sintetizarse en el primer literal de lo manifestado por el maestro italiano, pues el resto constituye meras expresiones implícitas en la administración y representación en el marco societario.

En tal sentido, el objeto de estudio se limita a aquellos deberes comprendidos en sede comercial, quedando por fuera del análisis los deberes de índole laboral, tributario, administrativo, y en general, todos los que tengan por fuente una ajena al Código de Comercio.

Como hemos relacionado en líneas precedentes, la administración es el deber primigenio de los administradores, empero, su alcance indefinido requiere una regulación que limite y precise su comportamiento. Incuestionablemente la dicción del Artículo 23 del Código de Comercio, abriga un ilimitado número de atribuciones concedidas al órgano de administración, al aprobar la realización de “todas las operaciones inherentes a su finalidad”. Por ello, en el cumplimiento de sus funciones, el órgano de administración se encuentra sometido a un régimen de deberes generales que configuran su conducta. Se trata de principios rectores que integran y caracterizan la función administrativa, instituyendo un “estatuto de los administradores”. El reconocimiento de los deberes generales completa el desarrollo de su función típica, acotando el marco del régimen *sub examine*, al generar deberes implícitos que la legislación no ha previsto expresamente.

¹⁷⁴ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 473.

Sin perjuicio del ulterior desarrollo de cada uno de estos deberes generales, en este capítulo introductorio corresponde al menos enunciarlos, en primera instancia, en el derecho comparado, que de modo relativamente uniforme, ha definido con nitidez los parámetros y estándares exigibles a los administradores, en el marco de un movimiento de reforma del derecho de sociedades. Seguidamente se aborda el tema en el derecho hondureño, contrastando a grande rasgos su regulación con los ordenamientos anteriormente referidos.

5.2. Los deberes generales en el derecho comparado

En distintos ordenamientos, el tratamiento jurisprudencial y legislativo ha dado paso a una concreción cada vez más detallada y precisa de los elementos que constituyen los deberes generales. Es preciso aludir las notas fundamentales en los ordenamientos de más trascendente impacto a los efectos del derecho. Por el adelanto obtenido en la materia tratada y por situarse como los precursores del movimiento de reforma en el derecho de sociedades, resulta procedente referirnos inicialmente a la regulación en el *Common Law*, y posteriormente abordar el tema en algunos ordenamientos del sistema romano-germánico (sistema continental o *Civil Law*).

a) Derecho estadounidense. El asunto ha sido enteramente ordenado por la jurisprudencia. Iniciando con la sentencia proferida en el caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993), la doctrina interpretó en varios casos en la década de 1990, que la *Delaware Supreme Court* (Corte Suprema de Delaware) hacía referencia a una triada de *fiduciary duties*¹⁷⁵ (deberes fiduciarios) de los administradores: diligencia, lealtad y buena fe; cuya independencia y elementos fundamentales fueron siendo dibujados progresivamente¹⁷⁶. Sin embargo, la sentencia recaída en el caso *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006), estableció con diáfana claridad que el régimen de deberes de

¹⁷⁵ SCOTT, Austin W. «**The fiduciary principle**», en *California law review*. Vol. XXXVII. Págs. 539 y ss.; y DEMOTT, Deborah A. «**Beyond metaphor: an analysis of fiduciary obligation**», en *Duke law review*. Vol. XXXVII. Nº 5. Págs. 879 y ss.

¹⁷⁶ EISENBERG, Melvin Aron. «**The duty of good faith in corporate law**», en *Delaware journal of corporate law*. Vol. XXXI. Págs. 11 y ss.

los administradores lo componen la diligencia y lealtad; el deber de buena fe solo constituye parte del segundo.

b) Derecho inglés. La *Companies Act* (2006), establece una serie de deberes generales de los administradores (Artículos 171 al 177); entre estos: 1) actuar dentro de los límites de su competencia; 2) promover el éxito de la sociedad; 3) ejercer su criterio de manera independiente; 4) actuar con cuidado, pericia y diligencia razonable (*reasonable care, skill and diligence*); 5) evitar conflictos de intereses; 6) no aceptar beneficios de terceras personas; y 7) declarar o informar sobre el posible interés personal en determinados asuntos, transacciones o acuerdos de la sociedad.

c) Derecho italiano. El *Codice Civile* en su Artículo 2392, expresa que los administradores deberán ejercer su cargo atendiendo los deberes impuestos por la ley y los estatutos, exigiendo su cumplimiento con la diligencia requerida en atención a la naturaleza del cargo y su competencia específica (*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*). De la disposición citada se extrae el deber de diligencia. Asimismo, el Artículo 2391 del mismo texto normativo, regula lo referente a los conflictos de intereses, imponiendo a los administradores la obligación de informar a los demás administradores y al *collegio sindacale* (consejo de vigilancia), sobre las transacciones en los que pueda tener potencialmente un interés personal. En este sentido, la protección que se pretende brindar a la sociedad deriva en un deber de lealtad de los administradores¹⁷⁷.

d) Derecho alemán. El § 93 de la *Aktiengesetz*, impone a los miembros del *Vorstand* (consejo de administración), la diligencia de un prudente y consiente gestor empresarial (*Ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*), pese a que la doctrina alemana considera más adecuado la fórmula de gestor responsable, que el de prudente y consiente¹⁷⁸. Por su parte, el § 89 del mismo cuerpo legal, establece un sistema preventivo en base a autorizaciones de distintos órganos sociales, exigiendo a los

¹⁷⁷ BELLACOSA, Maurizio. **Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali**. Págs. 36 y ss.; y SALINAS, Francesco. «**Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi**», en **Giurisprudenza commerciale**. T. II. Pág. 246.

¹⁷⁸ DU PLESSIS y SAENGER. **Op. Cit.** Pág. 58.

miembros del *Vorstand* la comunicación sobre cualquier conflicto de intereses, la autorización para realizar la operación y la abstención del voto para esos casos, configurándose un deber de lealtad¹⁷⁹.

e) Derecho francés. El *Code de Commerce* en su Artículo L 225-35 desarrolla el deber de control y verificación que juzgue oportuno (*procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns*) para la buena marcha de la sociedad por parte del *conseil d'administration* (consejo de administración). El *président du conseil d'administration* (presidente del consejo de administración), o en su caso, el *directeur général* (director general), se obliga a remitir a cada miembro del *conseil*, los documentos necesarios para el cumplimiento de su misión. Por otro lado, los Artículos L 225-38 y L 225-40 del *Code de Commerce*, comprenden el deber de informar al *conseil d'administration*, cuando un administrador tenga conocimiento de un acuerdo en el que se encuentre directa o indirectamente interesado. En este caso, éste no podrá tomar parte en la votación tras solicitar la autorización. El *président du conseil d'administration* presentará a los *commissaires* (comisarios) todos los contratos autorizados y los someterá a la aprobación de la *assemblée générale* (asamblea general). Los *commissaires* presentarán sobre estos contratos un informe especial a la *assemblée générale*, la cual decidirá lo que estime conveniente a los intereses de la sociedad.

f) Derecho español. La Ley de Sociedades de Capital consagra expresamente el deber de diligencia en su Artículo 225, indicando que los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. Asimismo, dentro del deber de diligencia, la disposición impone a los administradores la dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad, incluyendo el manejo de información pertinente y necesaria para el cumplimiento de su cargo. El Artículo 227 del mismo ordenamiento, instituye el deber de lealtad, obligando al administrador a actuar como un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. El deber de

¹⁷⁹ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 153; y RIBAS FERRER, Vicenç. **El deber de lealtad del administrador de sociedades.** Págs. 564 y ss.

diligencia, es desarrollado *a posteriori* en los Artículos 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital, dotando de contenido al mismo e indicando supuestos de conflictos de intereses.

Tras el análisis de las notas esenciales de los ordenamientos referidos, se ponen de relieve dos deberes generales de los administradores, que representan una constante en el derecho comparado¹⁸⁰. Estos son, en primero lugar, el deber de diligencia, cuyo carácter es integrado de manera distinta por cada ordenamiento jurídico, pero en todos los casos, persigue un determinado nivel del cuidado debido. En segundo lugar se encuentra el deber de lealtad, que comprende actuar en el mejor interés de la sociedad, evitando, y en su caso informando, sobre los casos en los que surja un efectivo o potencial conflicto de intereses con la sociedad.

5.3. Los deberes generales en el derecho hondureño

Al igual que en el derecho comparado, los deberes generales también conforman el “estatuto de los administradores” en el derecho hondureño, como elementos delimitadores y caracterizadores de su conducta en el ejercicio del cargo. Como atributo fundamental de los deberes generales, se distingue el principio de buena fe, a través del cual aquéllos pueden ser objeto de reconstrucción donde la regulación legal no es suficientemente determinada¹⁸¹. Debe advertirse el reducido y lento progreso del tema en cuestión, principalmente por parte de la jurisprudencia, que de momento se conserva en silencio. Aunque escasa, la doctrina nacional ha recogido algunos pronunciamientos, penetrando la superficialidad expuesta en la ley.

Es de obligatoria referencia la reforma sustancial en sede legislativa, contenida en la novedosa Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas (Decreto No. 284-2013), que, entre otros asuntos de naturaleza societaria, reformó varias

¹⁸⁰ LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. «**Factors governing the application of the business judgment rule: an empirical study of the US, UK, Australia and the EU**», en *Vniversitas*. N° 111. Pág. 120.; y HERNANDO CEBRIÁ. «**Presupuestos del deber de lealtad**». *Op. Cit.* Pág. 142.

¹⁸¹ RIBAS FERRER, Vicenç. «**Artículo 225. Deber de diligente administración**», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. T. I. Pág. 1609.

disposiciones del Código de Comercio con directa incidencia en el tema tratado. Para abordar el asunto es oportuno referirnos al estado de la cuestión previo a la reforma, para luego formular un planteamiento general en el derecho vigente, sin perjuicio del posterior desarrollo de los deberes generales de forma individualizada.

5.3.1. Exposición del tema previo a la reforma legislativa

Desde la promulgación del Código de Comercio en 1950, y hasta la reforma de 2014, el ámbito del derecho societario ha contado con escasas modificaciones. Entre ellas, se registran las comprendidas en el Decreto Legislativo No. 5, de 29 de marzo de 1966, que estableció asuntos puntuales sobre las acciones de la sociedad anónima; la Ley de Cooperativas (1987), que integró la sociedad cooperativa dentro de la categoría de comerciante social; la Ley de Simplificación Administrativa (2002), que volvió más sencillo el procedimiento para la constitución de sociedades mercantiles y reguló el procedimiento de aumento y disminución de capital; la Ley de Propiedad (2004), que estableció normas respecto al registro, incluyendo lo relativo a sociedades mercantiles; la Ley Sobre Normas de Contabilidad y Auditoría (2004), que enmendó lo que concierne a la contabilidad y correspondencia mercantil; la Ley del Sistema Financiero (2004), que reglamentó la constitución y funcionamiento de las instituciones del sistema financiero; y la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia (2005), que trastocó los límites de la actividad mercantil.

Como puede apreciarse, ninguna producción legislativa abordó el tema de los deberes y el régimen de responsabilidad de los administradores, o en general el gobierno corporativo de las sociedades mercantiles. Entonces, la exposición del asunto, previo a la reforma de 2014, ha de ceñirse al contenido primitivo del Código de Comercio. Regulado de manera difusa, el referido texto normativo instituyó los deberes generales de diligencia y lealtad, mismos que recibieron un tratamiento reducido por la doctrina, e inexistente por la jurisprudencia. Es preciso explicar su regulación de manera particularizada, según se contenía en el Código de Comercio.

a) Deber de diligencia. El Artículo 222 del Código de Comercio prescribía: “El administrador o los consejeros desempeñarán su gestión con la diligencia que exige una

administración mercantil regular y prudente”. La disposición, hacía referencia al deber de cuidado que debía regir en la gestión del administrador, caracterizándola como “regular” y “prudente”.

La regularidad como elemento configurador del nivel de diligencia exigido, no incorporaba conocimientos, experiencia o aptitudes calificadas, ya que el propio elemento ilustraba su alcance y determinaba la normalidad que encuadra la habilidad y destreza del administrador como ordinaria o común. Las fronteras sobre las que este concepto navegaba, pertenecía a un campo amplio e indeterminado, lo que implicaba problemas hermenéuticos, particularmente en relación a su alcance y exigibilidad.

La prudencia en la actividad mercantil, depende de un *numerus apertus* de condiciones, entre ellas pueden mencionarse las circunstancias objetivas relacionadas con la sociedad (la magnitud de la empresa, el capital social, el objeto social, la situación económica de la sociedad al momento de realizar la operación, la situación económica del sector), las circunstancias objetivas de la operación (el grado de conocimiento e información que pueda tener el administrador sobre la materia objeto de la operación) y las circunstancias personales del administrador (la participación que posee en el capital social, capacidad, experiencia o pericia en relación con la actividad desarrollada)¹⁸². En la doctrina se ha sostenido que el concepto “prudente”, no resulta del todo adecuado en el ámbito de la dirección empresarial¹⁸³, pues no se identifica con la esmerada diligencia en negocios importantes¹⁸⁴.

Pese a la indeterminación de los conceptos, con aplicación analógica de los Artículos 1399 y 1400 del Código de Comercio, que regulan la quiebra fortuita y culpable, la doctrina nacional indicó que la infracción del deber de diligencia se configura al materializarse pérdidas económicas de la sociedad, por culpa o negligencia de los administradores, ya sea por actos u omisiones propias, o por incumplimiento en la vigilancia y control del personal subordinado, requiriendo el análisis de su gestión de

¹⁸² LEFEBVRE. **Op. Cit.** Pág. 16.

¹⁸³ PAZ-ARES. **Op. Cit.** Pág. 75.

¹⁸⁴ FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Pág. 410.

manera conjunta¹⁸⁵. La jurisprudencia, por su parte, omitió todo pronunciamiento que objetivara su contenido.

Debe anotarse que el nivel de diligencia comprendido ex Artículo 222 del Código de Comercio, previo a la reforma, tampoco admitía su equiparación al nivel de diligencia del *bonus paterfamilias* exigido en el mandato (Artículo 1898 del Código Civil). La diligencia del administrador societario corresponde con la culpa leve, tipificada en el Artículo 1362 del Código Civil, sustituyendo al modelo del “buen padre de familia”¹⁸⁶. El deber de diligencia de los administradores y del buen padre de familia se diferencia por la naturaleza de la función. El primero se encuentra sumergido dentro de la perspectiva empresarial, lo que innegablemente comporta asumir los riesgos inherentes a la actividad comercial y actuar con carácter inversor, maximizando el valor de la empresa¹⁸⁷; el segundo, en cambio, opera desde una perspectiva familiar, orientado a la conservación del patrimonio¹⁸⁸.

b) Deber de lealtad. Este deber se revelaba en los Artículos 154 y 210 del Código de Comercio¹⁸⁹, de los cuales, el primero aún se encuentra inalterado tras la reforma. En resumen, ambas disposiciones prohibían a los administradores votar en acuerdos que tuvieran conflicto de intereses con la sociedad. A ello, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ le denominó competencia ilícita, cuya base se fundamenta en la oposición de intereses, cuya más antigua formulación se encuentra en el principio que indica que nadie puede ser juez y parte¹⁹⁰. La infracción al deber de lealtad se manifiesta cuando el administrador utiliza los conocimientos e información provenientes de su función, procurando obtener una ventaja directa o indirecta, con el consiguiente perjuicio para la sociedad¹⁹¹.

¹⁸⁵ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 486 y 487.

¹⁸⁶ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 486; y MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 431.

¹⁸⁷ CLARK, Robert Charles. **Corporate law.** Págs. 17 y ss.; y ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. «**Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Pág. 197.

¹⁸⁸ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 106; PAZ-ARES. **Op. Cit.** Pág. 16; y POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Pág. 130.

¹⁸⁹ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 494.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 589.

¹⁹¹ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 399.

GUTIÉRREZ FALLA señala que, tres eran las prohibiciones enmarcadas en el deber de lealtad comprendido en los Artículos 154 y 210 del Código de Comercio¹⁹². En primer término, refiere a la prohibición de competir con la sociedad. Ello implica evitar que la sociedad administrada pueda competir con el negocio afín en el cual tiene interés; el uso personal, facilidades o fondos de la sociedad para beneficio propio; la divulgación de secretos comerciales; la desviación de negocios; y el recibo de comisiones por transacciones realizadas a nombre de la sociedad.

En segundo término, se encuentra la prohibición de usurpar oportunidades de la sociedad. Esto, veda la posibilidad de que el personal de la sociedad desvíe hacia ellos o hacía personas relacionadas con él, las oportunidades económicas de la sociedad. La única excepción a la regla la constituye el caso en que la sociedad renuncie a tal oportunidad y la operación sea autorizada por el órgano de administración.

En tercer lugar, se sitúa la limitación frente a posibles conflictos de intereses, configurándose cuando el administrador tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al social, situación que debía responder a un criterio objetivo y no subjetivo, pues debía prevalecer la apreciación del potencial daño a la sociedad, por encima de la intencionalidad del administrador en provocar un daño concreto.

5.3.2. Planteamiento general del tema en el marco de la reforma legislativa

El 5 de junio de 2014, fue publicada en el Diario oficial “La Gaceta”, la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas, misma que entró en vigencia a partir del día de su publicación (Artículo 39). Previo al análisis del tema en el contexto de la Ley mencionada, conviene distinguir brevemente otros asuntos relacionados que aborda, para una mejor comprensión del espíritu del *mens legislatoris* en el marco de su promulgación.

La Ley en sus primeras disposiciones implementa un nuevo régimen de constitución de sociedades mercantiles a través de formularios, aplicándose supletoriamente el Código

¹⁹² GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 497 y ss.

de Comercio y demás leyes relacionadas (Artículos 1 al 5). Entre sus principales novedades, puede mencionarse la autorización de sociedades mercantiles unipersonales (Artículo 5). Para las sociedades creadas al amparo de esta Ley, se incorporan nuevas reglas de reunión y convocatoria de las asambleas generales (Artículo 6), y se suprimen los controles administrativos respecto al libro de actas de las asambleas y reuniones del consejo de administración, autorizando a la sociedad para llevar su control, inclusive de manera electrónica, prescindiendo también de la autorización administrativa de los libros de contabilidad (Artículos 7 y 8). Asimismo, implementa un nuevo sistema de registro, que incluye la posibilidad de realizar la inscripción de comerciantes individuales o sociales a través de internet (Artículos 9, 10 y 11).

En su Artículo 13, la Ley reforma los Artículos 1782 y 1789 del Código Civil, ofreciendo un concepto de sociedad, y flexibilizando su constitución a través escritura pública o documento privado. Entre otros asuntos, la Ley dedica un apartado a la simplificación de la ejecución de hipotecas (Artículos 15 al 25), y otro a la reestructuración de la institucionalidad para la promoción de inversiones (Artículos 26 al 31), reformando la Ley para la Promoción y Protección de Inversiones y la Ley de Promoción de la Alianza Público-Privada. Asimismo, en su Artículo 37, deroga expresamente los Artículos 380, 381, 382 y 383 del Código de Comercio, que desarrollan las obligaciones de anunciar la calidad del nuevo comerciante.

Retornando al tema en desarrollo, el aspecto medular de la Ley se contiene en su Artículo 13, que reforma los Artículos 14, 15, 18, 157, 169, 189, 193, 210, 222, 224, 226 y 228 del Código de Comercio. Por ello, en lo sucesivo nos referiremos a las disposiciones reformadas del Código de Comercio, sin necesidad de citar la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas.

Puede apreciarse que dentro de las disposiciones reformadas del Código de Comercio, se encuentra la norma que comprendía el deber de diligencia (Artículo 222). El deber general en mención ahora es integrado por el Artículo 222 numerales I y VI. El deber de diligencia exigido viene precedido de la “prudencia” como elemento relacionado. De la dicción de la norma se infiere que el nivel de diligencia se encuentra ahora caracterizado

por el actuar de una persona en funciones y situaciones similares, concretando como objetivo la protección de los intereses de la sociedad y de los accionistas.

Quizás donde el legislador concentró principalmente sus esfuerzos, fue en sede del deber de lealtad, encontrando un notorio desarrollo en relación a su antigua regulación. Debe recordarse que el deber de lealtad ha sido calificado en la doctrina como el motor que permite la evolución constante en el gobierno corporativo¹⁹³. El Artículo 154 del Código de Comercio conserva su contenido inicial, por lo que la prohibición de los administradores para votar en las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a su responsabilidad se mantiene incólume. El Artículo 222 numerales I al V del Código de Comercio, conmina a los administradores a actuar en el mejor interés de la sociedad, hacer prevalecer los intereses de la sociedad y de los accionistas sobre los suyos, y evitar los conflictos de intereses. La redacción actual del Artículo 210 del Código de Comercio, no se limita al funcionamiento del consejo de administración, sino que nomina un repertorio de casos que se consideran transacciones entre partes vinculadas, obligando a someter la operación a la autorización del órgano de administración, o en su caso, al de la asamblea general.

Por encima de la crítica que pueda realizarse en torno a la técnica legislativa, inclinada a regular materias de naturaleza diversa careciendo de auténtica sistemática, de los asuntos abordados a grandes rasgos de la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas, se evidencian de forma patente los cambios sobre los deberes generales de los administradores. Ambos deberes, tienen la característica de indeterminación de la conducta debida ya que son propios de la naturaleza de la actividad de la administración y representación de la sociedad, por lo que establecer todas las conductas que exige el desarrollo de estas actividades resulta imposible¹⁹⁴. Cada uno de estos, pues, requiere un estudio individualizado, en el que se analice su contenido, sentido y alcance en el contexto del Código de Comercio. Sin perjuicio de ello, *a priori*

¹⁹³ CLARK. **Op. Cit.** Pág. 141.

¹⁹⁴ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 30 y ss., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. **Op. Cit.** Pág. 737.

puede afirmarse que la reforma significa una profunda transformación del derecho societario, cuyo impacto indudablemente repercute en los operadores económicos.

CAPÍTULO VI

6. El deber de diligencia

6.1. El nivel de diligencia exigido y la naturaleza del cargo

Seguido del exordio sobre los deberes generales, corresponde desarrollar inicialmente el deber de diligencia. Dilucidar el deber general de diligencia del administrador societario, requiere, *prima facie*, determinar con nitidez el canon exigido, atendiendo a la naturaleza del cargo. El modelo de diligencia del *bonus paterfamilias*, propio del mandato (Artículo 1898 del Código Civil), fue objeto de una extensión progresiva como modelo exigido, inclusive en los demás contratos de naturaleza civil¹⁹⁵. Al respecto, sobre el Código de Napoleón, DEMOLOMBE indica: “*L'article 1137, dans son premier alinéa, dit-il, exige dans tous les contrats, cette diligence in abstracto, avec laquelle un bon père veille sur sa propre chose: voilà la règle*”¹⁹⁶ (El Artículo 1137, en su primer párrafo, requiere en todos los contratos, la diligencia, *in abstracto*, con la que un buen padre guarda su propia cosa: esta es la regla).

Como hemos anotado en páginas anteriores, el grado de diligencia requerido a los administradores no se identifica con el del “buen padre de familia”, pues de la naturaleza del cargo dimana que la perspectiva comercial comporta asumir los riesgos inherentes a la actividad y actuar con carácter inversor, maximizando el valor de la empresa¹⁹⁷; frente a la del *bonus paterfamilias*, orientado a la conservación y custodia del patrimonio¹⁹⁸.

El Artículo 222 en su preámbulo y numeral VI del Código de Comercio, prescribe que los administradores durante el ejercicio de sus funciones deben “desempeñar su gestión con la prudencia y diligencia con la cual una persona con las mismas funciones, en una situación comparable, hubiera actuado para proteger los intereses de la sociedad y los

¹⁹⁵ SANTUCCI, Gianni. **Diligentia quam in suis**. Págs. 51 y ss.

¹⁹⁶ DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général**. Vol. XXIV. Pág. 385.

¹⁹⁷ CLARK. **Op. Cit.** Págs. 17 y ss.; y ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Pág. 197.

¹⁹⁸ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 106; PAZ-ARES. **Op. Cit.** Pág. 16; y POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Pág. 130.

accionistas”. El canon implantado gravita en torno a una persona con funciones idénticas y bajo una situación similar.

Atendiendo a la dicción del Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, los administradores deben desempeñar su gestión con “prudencia y diligencia”, lo que, *a priori*, podría distinguir la prudencia como una fuente independiente del deber de diligencia. La prudencia se define como la “virtud o cualidad que permite conocer lo bueno y lo malo, para seguirlo o evitarlo; cordura, sensatez, buen juicio”¹⁹⁹. En el plano societario, la prudencia implica la prohibición de embarcar la sociedad en operaciones descabelladas, arriesgando más de lo lógico tras el análisis de las circunstancias, presuponiendo una adecuada planificación y estudio²⁰⁰. Somos del criterio que la “prudencia” configura el deber general de diligencia y no constituye una fuente de deberes distinta. Lo anterior debido a que la diligencia se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y voluntarias, determinando con su infracción la calibración de la culpa, desde el rigor de la grave a la eventual exigencia de la levísima²⁰¹ (Artículo 1362 del Código Civil).

Desde una perspectiva sistemática, la diligencia guarda relación directa con el factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad dentro de la modalidad de la culpa²⁰², ya sea en sus versiones de negligencia, imprudencia o impericia²⁰³; en cambio la prudencia, tiene como función única la de adjetivar la conducta dentro del plano de la diligencia, cuya infracción se limita a la configuración de la imprudencia, que integra el contenido de la culpa. Dicho de otro modo, procede circunscribir la prudencia dentro del

¹⁹⁹ CABANELLAS. **Op. Cit.** T. VI. Pág. 497.

²⁰⁰ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 113.

²⁰¹ OSSORIO. **Op. Cit.** Pág. 330; y CABANELLAS. **Op. Cit.** T. III. Pág. 253.

²⁰² BARASSI, Lodovico. **La teoría generale delle obbligazioni**. Vol. III. Págs. 305 y ss.; PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 635; VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. T. I. Págs. 130 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. **Curso de derecho de obligaciones**. Vol. I. Págs. 254 y ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Págs. 351 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. **De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno**. Págs. 173 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil. Parte general**. T. II. Pág. 276; PIZARRA, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. **Instituciones de derecho privado: obligaciones**. T. II. Pág. 611 y ss.; y CRUZ LÓPEZ, Reinaldo. **Obligaciones y contratos en general**. Págs. 16 y ss.

²⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. Vol. II. Pág. 609; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 183; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil**. Pág. 339; y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y RUBIO, Gabriel A. «Presupuestos de la responsabilidad civil. Enfoque actualizado», en **Clases de derecho civil. Parte general**. Pág. 158.

deber de diligencia, ya que éste último sirve como criterio para graduar la culpa; mientras que la prudencia se limita a censurar la imprudencia, como uno de los elementos que compone la culpa.

Debe advertirse que la diligencia desempeña una doble función: a) como contenido de la conducta debida de los administradores, constituyendo fuente independiente de deberes (dimensión a la que se contrae el estudio en el presente capítulo); y b) como referencia instrumental para determinar el factor de atribución o criterio de imputación de responsabilidad, es decir, como modelo exigible en el cumplimiento de los demás deberes, con prescindencia de si proceden de la ley o los estatutos²⁰⁴. El nivel de diligencia exigible, bajo la segunda función, resulta aplicable para medir la intensidad debida en el cumplimiento de los demás deberes, lo que permite determinar la actuación culposa, cuestión que es tratada en capítulos posteriores.

Dicho esto, es procedente analizar el deber de diligencia como fuente independiente de deberes en el marco del derecho societario comparado, y concretamente respecto a aquellos ordenamientos que regulan de manera similar el deber en cuestión, con la finalidad de encontrar elementos que arrojen luz al tema tratado, localizando vectores objetivos aplicables al derecho hondureño.

Al igual que el actual movimiento de reforma del derecho de sociedades, la disposición encuentra su principal inspiración en el *Common Law*. En el derecho estadounidense, desde la sentencia dictada en el caso *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963), se estableció que el criterio para determinar el deber de debida diligencia de los administradores toma como parámetro la posible actuación de “una persona prudente en circunstancias similares”. Igual modelo se adoptó en el caso *Aronson v. Lewis*, 473 A 2d 805 (Del. 1984), sentencia que instituye el margen de protección de las decisiones empresariales, tema estudiado posteriormente. Este mismo razonamiento fue adoptado por la *Model Business Corporation Act* (§ 8.30), y los *Principles of Corporate*

²⁰⁴ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 186 y ss.; y GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel. «Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Pág. 339.

Governance and Structure: Analysis and Recommendations (§ 4.01), del *American Law Institute* (Instituto de Derecho Americano).

En el derecho inglés, el Artículo 174 de la *Companies Act* (2006), siguiendo lo establecido en la sentencia *Re D'Jan of London Ltd.*, 1 BCLC 561, 1994, impone a los administradores el deber de actuar con cuidado, habilidad y diligencia razonable (*reasonable care, skill and diligence*), lo que significa considerar: a) el conocimiento general, la habilidad y la experiencia que se pueda esperar razonablemente de una persona que lleva a cabo las funciones realizadas por el administrador; y b) los conocimientos generales, la habilidad y la experiencia que tiene el administrador.

Amén de lo anterior, debe notarse que el Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, evoca la posición del administrador, es decir, considera fundamental la naturaleza del cargo. Esto encuentra parangón en el Artículo 2392 del *Codice Civile*, que exige al administrador la diligencia requerida en atención a la “naturaleza del cargo y su competencia específica”. Por la similitud que los ordenamientos aludidos guardan con la redacción del Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, consideramos procedente la aplicación de doctrina y jurisprudencia extranjera relevante, como herramienta auxiliar para desarrollar el modelo de diligencia exigido en el derecho hondureño.

Así las cosas, el canon instituido por el Código de Comercio distingue dos elementos en lo que concierne al nivel de diligencia, erigiendo un sistema *in concreto*. El primero es el elemento objetivo, integrado por la prudencia de “una persona con las mismas funciones”. Esto no equivale al nivel de diligencia exigible a cualquier persona, sino a una que ostente un cargo idéntico o similar. A diferencia de otros profesionales, los administradores que actúan en calidad de tal, suelen ser generalistas²⁰⁵. Empero, ello no representa que no hay que tener especial conocimiento, competencia o habilidad.

En el derecho estadounidense, la sentencia recaída en el caso *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (N.J. 1981), señaló que un administrador debe adquirir al menos un conocimiento rudimentario del negocio de la sociedad, es decir, debe

²⁰⁵ EISENBERG, Melvin Aron. «**The duty of care of corporate directors and officers**», en **University of Pittsburgh law review**. Vol. LI. Pág. 951.

familiarizarse con los fundamentos del objeto social. Si se considera que el administrador no tiene la suficiente experiencia empresarial, éste deviene obligado a adquirir los conocimientos mediante la investigación, o abstenerse de actuar. Con todo, el desempeño del cargo exige cierto grado de profesionalización²⁰⁶, o al menos tecnificación, producto de la llamada *managerial revolution*²⁰⁷ (revolución gerencial), expresión introducida por BURNHAM en el contexto del desarrollo del capitalismo²⁰⁸.

El segundo elemento que aborda el modelo hondureño es el subjetivo, integrado por la “situación comparable”. Para ello, debe considerarse las circunstancias concretas del caso, la dimensión de la sociedad, su cotización en el mercado de valores²⁰⁹, las competencias ejecutivas atribuidas al administrador, la retribución por su función, su posición en el órgano administrativo, su particular conocimiento y experiencia en el sector de actividad de la sociedad²¹⁰, y todos aquellos aspectos que inciden directa o indirectamente en la situación.

Dicho esto, cabe traer al debate el contenido del Artículo 692 del Código de Comercio, que reza: “En el cumplimiento de obligaciones que representan el desarrollo de una actividad de empresa, se exigirá la diligencia de un comerciante en negocio propio”. En relación, es preciso cuestionar si el nivel de diligencia exigible al administrador es integrado conjuntamente por los Artículos 222 numeral VI y 692 del Código de Comercio, y por tanto convergen el estándar *in concreto* de “una persona con las mismas funciones,

²⁰⁶ DEMARCHI, Paolo Giovanni. **La responsabilità dell'organo di controllo interno**, en **La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili**. Págs. 97 y ss.; MATEU DE ROS CEREZO, Rafael. **La Ley de Transparencia de Sociedades Anónimas Cotizadas**. Pág. 142.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 108.; QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 197; PÉREZ CARRILLO, Elena Fátima. **La administración de la sociedad anónima. Obligaciones responsabilidad y aseguramiento**. Págs. 94 y ss.; VILLEGAS. **Op. Cit.** T. I. Pág. 413; BONELLI. **Op. Cit.** Págs. 177 y ss.; PRENTICE, Daniel D. «**Protecting minority shareholders interest: shareholders' interests: recent development with respect to Section 450-461 of the Companies Act of 1985**», en **Corporate and comercial law: modern developments**. Pag. 82; GAGLIARDO, Mariano. «**El perfil de un director de sociedad anónima**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de derecho mercantil**. Pág. 939; CONFORTI, Cesare. **La responsabilita' civile degli amministratori di societa' per azioni**. T. I. Págs. 7 y ss.; y VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Págs. 340 y ss.

²⁰⁷ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 37.

²⁰⁸ BURNHAM, James. **The managerial revolution. What is happening in the world**. Pág. 29.

²⁰⁹ MARTINO, Luigi; BOTTINI, Maria Carla y ROLFI, Valeria. **Gli organi di controllo societario**. Pág. 283.

²¹⁰ HERNANDO CEBRIÁ, Luis. «**El deber general de diligencia: artículo 225**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Pág. 69.

en una situación comparable”, y el estándar *in abstracto* del “comerciante en negocio propio”, o si, *a contrario sensu*, uno excluye o prevalece sobre el otro.

Nos decantamos por la segunda opción, debiendo aplicarse el primer modelo. Esta conclusión dimana del hecho que ambos cánones no resultan igualmente atribuibles a los administradores. Indiscutiblemente la diligencia exigida por el Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, que integra el modelo de “una persona con las mismas funciones, en una situación comparable”, es imputada explícitamente a los administradores por el preámbulo de la disposición, *ergo*, su aplicación resulta incuestionable.

Por su parte, el modelo de diligencia comprendido en el Artículo 692 del Código de Comercio, es exigible a todo aquel que realiza “el cumplimiento de obligaciones que representan el desarrollo de una actividad de empresa”. En relación, debe recordarse que la actividad empresarial es realizada por la sociedad misma²¹¹, y que el administrador no ejerce el comercio, y por tanto, no deviene comerciante²¹². La actividad comercial es imputada a la sociedad en su dimensión de persona jurídica.

En el terreno de la función de la diligencia para graduar la culpa, las disposiciones no atienden a un criterio indiferenciado. El Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, expone un canon de diligencia a los administradores, “para proteger los intereses de la sociedad y los accionistas”. Por otro lado, el Artículo 692 del Código de Comercio se reserva para el cumplimiento de obligaciones que representen el desarrollo de una actividad empresarial en general, por ello comprende un deber de diligencia exigible a la sociedad frente a terceros, limitado al cumplimiento de obligaciones que representan la actividad empresarial.

En todos los casos, la actuación del administrador no tiene lugar en interés propio, sino en el de la sociedad como persona jurídica²¹³. Por esto, en el cumplimiento de obligaciones que representan la actividad empresarial, la diligencia del administrador

²¹¹ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. I. Págs. 63 y ss.

²¹² VIVANTE. **Trattato. Op. Cit.** Pág. 531.

²¹³ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 196 y ss.; y PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima. Op. Cit.** Págs. 91 y ss.

conjuga la tipicidad del estatuto jurídico del empresario, con la posición del administrador²¹⁴. La capacidad exigida al empresario (sociedad), actuando como “comerciante en negocio propio” ex Artículo 692 del Código de Comercio, configura la diligencia debida del administrador²¹⁵ cuando se relacione con la esfera jurídica de terceros, toda vez que representa a la persona a quien le es exigible dicho grado de diligencia, como modelo para graduar el nivel de cuidado y calibrar el grado de culpa, no como fuente independiente de deberes.

En principio, se considera que el estándar del “comerciante en negocio propio”, implica mayor rigor al de la “persona con las mismas funciones”²¹⁶; sin embargo, en la evolución del deber de diligencia, la diferencia entre ambos modelos en el plano práctico resulta imperceptible²¹⁷.

6.2. Contenido del deber de diligencia

Como fuente independiente de deberes, la diligencia es manifestada desde una perspectiva relativa, debiendo ser adaptado a las circunstancias y las exigencias concretas de cada sociedad mercantil, dependiendo de la actividad desarrollada y las necesidades específicas²¹⁸. Su valor viene atado a un alto grado de subjetividad, *in absentia* de una *lex artis*²¹⁹, encontrándose en un campo abstracto²²⁰ e indeterminado²²¹, lo que importa una cuantificación compleja²²². En consecuencia, es menester apuntar algunos vectores objetivos que derivan del deber de diligencia. Instituido como fuente

²¹⁴ HERNANDO CEBRIÁ. «El deber general de diligencia». **Op Cit.** Págs. 64 y 65.

²¹⁵ LLEBOT MAJÓ, Josep Oriol. **Los deberes de los administradores de la sociedad anónima.** Pág. 52.

²¹⁶ MCMURRAY, Marcia M. «Special project note: an historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule», en **Vanderbilt law review.** Vol. XL. Págs. 605 y ss.

²¹⁷ DYSON, Richard B. «The director's liability for negligence», en **Indiana law journal.** Vol. XL. Págs. 341 y ss.

²¹⁸ GARRIGUES. **Comentario. Op. Cit.** Págs. 156 y ss.; y GUERRA MARTÍN, Guillermo. **El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo.** Pág. 425.

²¹⁹ LLEBOT MAJÓ. «Los deberes y responsabilidades». **Op. Cit.** Pág. 35; y VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Págs. 340 y ss.

²²⁰ RIBAS FERRER. «Artículo 225». **Op. Cit.** T. I. Pág. 1610.

²²¹ PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima. Op. Cit.** Págs. 89 y ss.

²²² HERNANDO CEBRIÁ, Luis. **El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen– juicio empresarial.** Págs. 58 y 59.

autónoma de deberes²²³, el deber general de diligencia conlleva la imposición de otros deberes dimanantes que lo integran y le dotan de contenido, mismos que merecen un tratamiento particular.

6.2.1. Deber de informarse

Del deber de diligencia procede el deber de informarse. Este deber parte del hecho que, no puede actuarse de manera diligente, si no se encuentra debidamente informado. Esto, también es constituido por otra faceta; el derecho de información, pues los administradores cuentan con el derecho de que los otros miembros del consejo de administración, demás órganos societarios, empleados y personas que actúan dentro de la sociedad, le informen cuanto aquel estime conveniente para el desempeño de su función²²⁴. Este deber debe pasar por el tamiz de la razonabilidad, ya que no puede justificarse la inactividad de los administradores por no contar con información intrascendente.

El deber de informarse a su vez supone ejercer actos de investigación y vigilancia dentro de la sociedad²²⁵. Los actos de investigación, significan indagar sobre las políticas y estrategias para maximizar los recursos de la sociedad, y la innovación dentro de la incesante evolución de la tecnología y mercados²²⁶. Los actos de vigilancia, conllevan la constante supervisión de otros órganos y personas que actúan dentro de la sociedad²²⁷. Asimismo, el deber de informarse conlleva estar enterado sobre el tiempo disponible para obtener la misma, los costes de obtenerla y demás aspectos importantes²²⁸.

Siguiendo la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 6380/2010, de 10 de noviembre, frente al deber de mantenerse informado sobre la

²²³ PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima. Op. Cit.** Págs. 85 y ss.

²²⁴ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 111 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. «Una misión difícil: evaluar la diligencia de los administradores», en **Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá**. Pág. 669.; MATEU DE ROS CEREZO. **Op. Cit.** Pág. 140; y VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «La información en el consejo de administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», en **El gobierno de las sociedades cotizadas**. Pág. 329.

²²⁵ LLEBOT MAJÓ. **Los deberes de los administradores. Op. Cit.** Págs. 66 y ss.

²²⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. «Una misión difícil». **Op. Cit.** Págs. 661 y ss.

²²⁷ HERNANDO CEBRIÁ. **El deber de diligente administración. Op. Cit.** Pág. 73.

²²⁸ LEFEBVRE. **Op. Cit.** Págs. 15 y ss.; RIBAS FERRER. «Artículo 225». **Op. Cit.** T. I. Págs. 1618 y ss.; y HERNANDO CEBRIÁ. **El deber de diligente administración. Op. Cit.** Pág. 45.

marcha de la sociedad, no cabe por parte del administrador alegar su inimputabilidad en virtud de su propia ignorancia. El criterio es reiterado en las sentencias No. 1851/2011, de 17 de marzo; 4871/2011, de 19 de mayo; 8017/2011, de 23 de noviembre y 1063/2012, de 7 de marzo.

Si bien los actos de investigación y vigilancia engloban actividades concretas en el funcionamiento de la sociedad, se precisa objetivar también el carácter de la información recabada. La información debe revestir principalmente dos características; ésta debe ser suficiente y adecuada. Aunque una propiedad complementa la otra, y normalmente la infracción al deber de información comporta la inobservancia de ambas características en la información obtenida, conviene desarrollar cada una de ellas separadamente.

a) Información suficiente. El deber de informarse no significa que el administrador cuente siempre con la información de toda la actividad de la empresa. Se precisa aquella necesaria para adoptar determinadas decisiones. Habrá de atender al previsible impacto de la decisión tomada, para determinar la cantidad de información que resulta suficiente. En el caso *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985), el consejo de administración basó una decisión tan trascendental como lo es una fusión de sociedades, en una presentación de 20 minutos preparada por el presidente y director ejecutivo, en la que recomendaban llevar a cabo la operación. Aunque, en principio, quienes informaron al consejo de administración fueron personas que manejan un alto grado de información relevante, y por tanto podría calificarse como adecuada, el tribunal señaló que la dependencia y confianza en la presentación por parte del consejo de administración no se encontraba justificada, dado que, una investigación razonable habría revelado los defectos de la propuesta presentada.

b) Información adecuada. El administrador requiere que la información resulte relevante y trascendente para la toma de decisiones. Este deber abarca dos elementos: 1) encontrarse alerta a potenciales y significativos problemas corporativos; y 2) examinar las decisiones sobre cuestiones de importancia corporativa²²⁹. El deber de estar

²²⁹ COHN, Stuart R. «**Demise of the director's duty of care: judicial avoidance of standards and sanctions through the business judgment rule**», en *Texas law review*. Vol. LXII. Págs. 591 y ss.; y MCMURRAY. **Op. Cit.** Págs. 605 y ss.

adecuadamente informado no significa recabar personalmente toda la información, pues admite hacerlo a través de empleados, siempre que la misma resulte razonablemente confiable²³⁰.

6.2.2. Deber de adoptar decisiones y medidas

La obtención de información resulta estéril si no se adoptan las decisiones y medidas correspondientes. Empero, sobre la importancia que puede derivar de los actos realizados, se antepone la manera en que se realizan²³¹. Se trata de la ejecución material, que se afina en la etapa final en el desarrollo del deber de diligencia. En sede del deber de adoptar las decisiones y medidas pertinentes, se integra como principio rector el contenido del Artículo 222 numeral I del Código de Comercio, que impone al administrador el deber de “ejercer sus funciones en el mejor interés de la sociedad”.

Dentro del deber de adoptar las decisiones y medidas pertinentes pueden distinguirse dos modalidades:

a) Ejecución material en el marco intrasocietario. El Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, prescribe un nivel de diligencia, dirigido a “proteger los intereses de la sociedad y los accionistas”. En términos generales, esto se traduce en el desarrollo de una conducta proactiva hacia el cumplimiento de las competencias atribuidas²³². Ello incluye preparar las reuniones del órgano, asistir a las mismas y participar activamente en las deliberaciones²³³. La inacción de los administradores en la adopción de acuerdos y decisiones necesarias para el desarrollo del objeto social, comporta un incumplimiento al deber de diligencia²³⁴. Ello tiende a evitar la presencia de administradores “nominales”,

²³⁰ TREBILCOCK, Michael J. «**The liability of company directors for negligence**», en **Modern law review**. Vol. XXXII. Pág. 499; y REDMOND, Paul. «**The reform of directors' duties**», en **University of New South Wales law journal**. Vol. XV. Pág. 100.

²³¹ RORDORF, Renato. «**La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)**», en **Le società**. N° 10. Págs. 1195 y ss.

²³² HERNANDO CEBRIÁ. «**El deber general de diligencia**». **Op. Cit.** Pág. 72.

²³³ FONT GALÁN, Juan Ignacio. «**El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales**», en **Revista de derecho de sociedades**. N° 25. Págs. 102 y ss.; y SÁNCHEZ CALERO, Fernando. «**Administradores: artículos 123 a 143**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**. T. IV. Pág. 108.

²³⁴ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. «**Una misión difícil**». **Op. Cit.** Pág. 664.

“figurantes”, o “durmientes”. De este modo, el administrador incumple el deber de diligencia, por no hacer lo que debió haber realizado, atendiendo a las circunstancias²³⁵.

Pese a las actuaciones ejecutadas bajo una base suficiente y adecuadamente informada, no puede trasladarse a los administradores el riesgo de las operaciones. El deber de diligencia no consiste en atribuirles los resultados perjudiciales a la sociedad, sino de establecer un marco de revisión de aquellas decisiones que carezcan de orientación al interés social (Artículo 222 numeral I del Código de Comercio), aunque hayan sido adoptadas conforme a los procedimientos informativos y con la suficiente dedicación²³⁶. Adoptando los pronunciamientos contenidos en la sentencia del caso *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000), la ejecución material exige la dedicación adecuada en la adopción de decisiones y medidas, fundamentadas por una explicación racional que justifique el carácter favorable para la sociedad.

El carácter proactivo del diligente administrador exige solicitar la revisión de medidas adoptadas, discrepar de aquellas decisiones que considere potencialmente lesivas a la sociedad, y votar en contra de su adopción²³⁷. En relación, puede citarse la sentencia recaída en el caso *Crédit Martiniquais*, dictada por la *Cour de Cassation* (Corte de Casación), Cass. com., de 30 de marzo de 2010, N° 08-17 841, en el que se atribuyó responsabilidad al administrador por falta de oposición al adoptar un acuerdo perjudicial a la sociedad.

b) Ejecución material en el marco extrasocietario. El nivel de diligencia exigible impone un determinado grado de cuidado y acción en el plano extrasocietario. En este sentido, el deber en cuestión gravita en torno al cumplimiento de las prestaciones asumidas en los contratos y demás obligaciones adquiridas con terceros. Habida cuenta que el administrador no actúa en nombre propio, sino como representante de la sociedad, la diligencia exigida ex Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio, de “una persona con las mismas funciones, en una situación comparable”, en el plano extrasocietario, se

²³⁵ HERNANDO CEBRIÁ. «El deber general de diligencia». Op. Cit. Págs. 81 y 82.

²³⁶ RILEY, Christopher A. «The company director's duty of care and skill: the case for an onerous but subjective standard», en *Modern law review*. Vol. LXII. N° 5. Pág. 710.

²³⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. «Una misión difícil». Op. Cit. Pág. 664.

extiende al nivel de diligencia exigible a la sociedad en el desarrollo de una actividad comercial, es decir, el del “comerciante en negocio propio” (Artículo 692 del Código de Comercio), sin que la falta de observancia por parte del administrador resulte reprochable directamente por terceros, sino únicamente por la sociedad. La diligencia *ex* Artículo 692 del Código de Comercio es, como hemos manifestado, exigible a la sociedad frente a terceros, toda vez que la sociedad misma es la que se constituye como comerciante.

En general, el deber conlleva una doble consecuencia. En primer término, los administradores deben controlar la ejecución material de los contratos concertados. En segundo lugar, deben denunciar los contratos cuando se produzcan incumplimientos, terminaciones, o variaciones en las circunstancias²³⁸. Lo anterior, orientado al mejor interés social (Artículo 222 numeral I del Código de Comercio), que como hemos indicado *supra*, rige con carácter general la etapa de ejecución material del deber de diligencia.

6.3. Protección de las decisiones empresariales

Sobre las consecuencias y posible revisión de las decisiones empresariales, opera la misma tendencia en el movimiento de reforma societaria; nos referimos a la aproximación de ciertas instituciones reguladas en derecho de sociedades estadounidense. En este sentido, la transformación en el derecho comparado se incardina a la adopción, sea a nivel legislativo o jurisprudencial, de la denominada *business judgment rule* (regla del juicio empresarial, regla de protección de las decisiones empresariales o protección de la discrecionalidad empresarial), o al menos de un sistema de protección análogo.

De este modo, es oportuno analizar los distintos sistemas de protección de las decisiones empresariales en el derecho comparado, para posteriormente dilucidar el asunto en el derecho hondureño, confrontando la normativa aplicable y las funciones del sistema de protección, en el marco de la reforma.

²³⁸ HERNANDO CEBRIÁ. «El deber general de diligencia». *Op. Cit.* Pág. 72.

6.3.1. Los sistemas de protección en el derecho comparado

Considerando que el movimiento de reforma en esta materia tiene como precursor el derecho anglosajón, es pertinente abordar el asunto inicialmente con la regulación en el *Common Law*, para después extender la discusión del asunto fuera de sus fronteras, en el derecho europeo-continental.

a) Derecho estadounidense. En el derecho estadounidense la *business judgment rule* consistente en vedar al órgano jurisdiccional la revisión de decisiones empresariales de los administradores, siempre que hayan observado determinados deberes. Su antecedente se sitúa en la sentencia proferida en el caso *Percy v. Millaudon*, 8. Mart. (n.s.) 68 (La. 1829), sin embargo, fue reconocida expresamente hasta la sentencia dictada en el caso *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 NW 668 (Mich. 1919). Inicialmente se evidencia un notable progreso jurisprudencial sobre la regla, entre las que pueden citarse las sentencias pronunciadas en los casos *Litwin v. Allen*, 25 N.Y.S.2d 667, 669 (N.Y. 1940) y *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d, 807 (N.Y. 1976).

Actualmente, pueden diferenciarse dos formulaciones generales de la *business judgment rule* en el derecho estadounidense²³⁹. En primer término, se encuentra la formulación de la *American Law Institute* (Instituto de Derecho Americano), contenida en el § 4.01 (c) de los *Principles of Corporate Governance and Structure: Analysis and Recommendations*, según el cual, el administrador cumple debidamente el deber de diligencia, siempre y cuando: a) no tenga interés en el acto objeto de examen; b) sea informado respecto al objeto del acto de que se trate, y crea razonablemente que es apropiado bajo las circunstancias del caso; y c) racionalmente crea que el acto se encuentra en armonía con los mejores intereses de la sociedad. En todo caso, la carga de la prueba sobre estos elementos, recae sobre el administrador²⁴⁰.

En segundo término se sitúa la formulación de la casuística jurisprudencial del Estado de Delaware, ampliamente difundida en varios Estados. Fue en la sentencia recaída en el caso *Aronson v. Lewis*, 473 A 2d 805 (Del. 1984), en el que se establecieron con más

²³⁹ LAGUADO GIRALDO. **Op. Cit.** Págs. 129 y ss.

²⁴⁰ BRANSON, Douglas M. «**The rule that isn't a rule - the business judgment rule**», en **Valparaiso University law review**. Vol. XXXVI. Pág. 634.

precisión los deberes generales de los administradores, cuya infracción concede la revisión de sus actuaciones en sede judicial, estos son: a) buena fe; b) diligencia debida, tomando como parámetro la posible actuación de una persona prudente en circunstancias similares; y c) actuar en el mejor interés de la sociedad. Según la sentencia citada, la carga de la prueba corresponde a la parte demandante, operando una presunción *iuris tantum* a favor del administrador, en torno al cumplimiento del deber de diligencia.

Al precedente mencionado, le siguieron otros casos significativos, entre los que pueden aludirse las sentencias dictadas en los casos *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985), *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (Del. 1988), *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. 1996), e *In re Walt Disney Derivative Litigation*, 907 A 2d 693 (Del. 2005). En el derecho estadounidense, el nivel de diligencia exigido a los administradores es relativamente bajo²⁴¹, pues presupone negligencia grave (*gross negligence*) para configurar su infracción, según informa la sentencia en el caso *Aronson v. Lewis*, 473 A 2d 805 (Del. 1984).

b) Derecho inglés. *Ab initio*, en el derecho inglés, la jurisprudencia se declaró incompetente para juzgar la conveniencia de las decisiones empresariales²⁴²; no obstante, el criterio fue reconducido²⁴³. En la sentencia dictada en el caso *Secretary of State for Trade and Industry v. Baker* (No. 5), 1 BCLC 523, 2000, se dispuso que los administradores deben ser juzgados por sus habilidades personales, atendiendo a los hechos en cada caso en particular, considerando su papel en la gestión de la sociedad. Pese a que no ha sido incorporada bajo la misma denominación, sus elementos, y la comprensión general del funcionamiento de la *business judgment rule*, han sido implícitamente reconocidos por los tribunales²⁴⁴. El deber de diligencia puede ser

²⁴¹ ARSALIDOU, Demetra. «Objectivity vs. flexibility in civil law jurisdictions and the possible introduction of the business judgment rule in english law», en *The Company Law*. Nº 24. Pág. 229.

²⁴² PRENTICE. *Op. Cit.* Pág. 81.

²⁴³ FERRAN, Eilis. *Company law and corporate finance*. Págs. 206 y ss.

²⁴⁴ LAGUADO GIRALDO. *Op. Cit.* Pág. 147.

revisado en sede judicial, si se refleja un incumplimiento al principio de buena fe, y cuando las decisiones sean antagónicas al interés social²⁴⁵.

c) Derecho italiano. Pese a que no se ha adoptado expresamente una figura de protección de las decisiones empresariales, la jurisprudencia ha atemperado su margen de discrecionalidad²⁴⁶. En relación, es destacable la sentencia dictada por la *Corte Suprema di Cassazione* (Corte Suprema de Casación) Cass. No. 3409, de 12 de febrero de 2013, en la que se reitera el criterio adoptado en las sentencias No. 3652, de 28 de abril de 1997 y No. 18231, de 12 de agosto de 2009, indicando que no puede imputarse responsabilidad al administrador por haber tomado decisiones inadecuadas en término económicos; los administradores no pueden ser considerados responsables de las decisiones empresariales que resultan mal en términos económicos, salvo que se acredite su actuación negligente, o la falta de controles en la fase de ejecución y decisión de las operaciones.

d) Derecho alemán. La *business judgment rule* tiene su antecedente en la sentencia dictada por la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Federal), BGHZ 135, 244 (ARAG / Garmenbeck), de 21 de abril de 1997, en la que expresó la importancia del margen de protección de las decisiones empresariales, cuando los administradores hayan actuado suficientemente informados y su adopción obedezca a los mejores intereses de la sociedad. Posteriormente, tras la reforma de 2005²⁴⁷, la *business judgment rule* fue incorporada en el § 93 numeral 1.2 de la *Aktiengesetz*, al prescribir que no se considerará que los administradores han violado el deber de diligencia, si al momento de tomar la decisión empresarial, tenían buenas razones para asumir que actuaban con una base adecuada de información para el beneficio de la sociedad²⁴⁸.

e) Derecho francés. No comprende la *business judgment rule* en todo su sentido. La jurisprudencia ha declarado su competencia para juzgar las decisiones empresariales; la

²⁴⁵ ARSALIDOU. **Op. Cit.** Pág. 231.

²⁴⁶ RORDORF, Renato. «**I gruppi nella recente riforma del diritto societario**», en **Le società**. N° 5. Págs. 538 y ss.; y SERAFINI, Stefania. **Responsabilità degli amministratori e interessi protetti**. Págs. 15 y ss.

²⁴⁷ SCHÄFER, Carsten. «**Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG**», en **ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. N° 26. Págs. 1253 y ss.

²⁴⁸ LUTTER, Marcus. «**Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung**», en **ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. N° 28. Págs. 841 y ss.

protección en este ámbito corresponde al sistema de verificación de culpa en las actuaciones de los administradores, bajo un principio de presunción *iuris tantum* de legalidad y buena fe de sus actuaciones²⁴⁹. La función de gestión de la sociedad no excluye el derecho a equivocarse, es decir, no se atiende al resultado, sino a la diligencia empleada, sin embargo no se desarrollan los lineamientos con la claridad que impone la *business judgment rule*, en relación a la actuación suficientemente informada de los administradores.

f) Derecho español. El antecedente próximo de la *business judgment rule*, se encuentra en la jurisprudencia menor. Inicia con la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid No. 11813/2007, de 13 de septiembre, en la que el tribunal expresó: “no se observa negligencia ni deslealtad alguna en la actuación de los administradores demandados. Los mismos adoptaron el acuerdo reputado por la recurrente como determinante de su responsabilidad habiéndose informado adecuadamente... La obligación de administrar que concierne a los administradores sociales es una obligación de medios, por lo que no puede determinarse su incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados”. Posteriormente, la *business judgment rule* fue reconocida de forma taxativa en la sentencias de las Audiencias Provinciales de Pontevedra No. 173/2008, de 24 de enero, y de Las Palmas de Gran Canaria No. 1263/2008, de 23 de abril.

En armonía con el desarrollo jurisprudencia, la regla fue admitida en el derecho español en el ámbito legislativo, mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que reformó el Artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital, bajo la denominación de “protección de la discrecionalidad empresarial”, indicando que “el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. La

²⁴⁹ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. **La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand.** Págs. 112 y ss.

reforma, se trata de un auténtico trasplante de la *business judgment rule* de origen estadounidense, en el derecho español²⁵⁰.

6.3.2. El sistema de protección en el derecho hondureño

Comentado brevemente el estado de la cuestión en el derecho comparado, en el derecho hondureño, del Código de Comercio se trasluce la ausencia de alguna medida expresa de protección de las decisiones empresariales. En este sentido, corresponde efectuar el cuestionamiento sobre la conveniencia de adoptar una zona de indemnidad para realizar las decisiones empresariales por parte de los administradores. Estamos conscientes de que no es plausible proporcionar soluciones universales que se adapten a todos los países, pues, pese a la posibilidad de trasplantar instituciones jurídicas extranjeras, cada sistema societario tiene su propia realidad económica.

En relación, en la doctrina se afirma que la adopción de la medida descansa principalmente en dos justificaciones²⁵¹. En primer lugar, se encuentra la dificultad de los jueces para revisar las decisiones empresariales. Esto obedece a su escaza pericia en este ámbito, y a la inexistencia de una *lex artis* que permita suplir esa impericia acudiendo a expertos. El riesgo inherente en las operaciones de gestión que realiza el órgano de administración, son principalmente de carácter económico, y aunque contengan consecuencias jurídicas, el análisis realizado es en función de los beneficios que la sociedad podría obtener²⁵².

El examen de las actuaciones, realizado *ex post facto*, puede llevar a los jueces a la confusión entre malos resultados económicos y la falta de diligencia. De esta forma se crea el denominado “sesgo de selección”, por el que puede asumirse que resultados negativos en el ámbito empresarial corresponden al actuar con falta de cuidado.

²⁵⁰ EMBID IRUJO, José Miguel. «La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Pág. 107.

²⁵¹ LAGUADO GIRALDO. **Op. Cit.** Págs. 121 y ss.

²⁵² EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel. **La estructura económica del derecho de las sociedades de capital**. Pág. 119; BAHAR, Rashid. **Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions. Une approche systématique**. Págs. 106 y ss.; BAINBRIDGE, Stephen M. «The business judgment rule as abstention doctrine», en **Vanderbilt law review**. Vol. LVII. Pág. 119.; PAZ-ARES. **Op. Cit.** Pág. 74; y LLEBOT MAJÓ. «Los deberes y responsabilidades». **Op. Cit.** Págs. 31 y 35.

Asimismo, se desarrolla el llamado “sesgo de retrospectiva”, que responde a que una vez producido el daño, se tiende a pensar que el mismo era previsible²⁵³.

En segundo término, se argumenta la falta de vectores objetivos para medir la conveniencia e idoneidad de las decisiones adoptadas²⁵⁴, y la calificación de culpa y su graduación en las acciones realizadas. En este sentido, la regla significa la imposición de un *test* que permite diferenciar entre resultados negativos y la infracción al deber de diligencia. Este examen cuenta con elementos objetivamente verificables, y de esta forma, la infracción se produce toda vez no puedan acreditarse o justificarse los requisitos exigidos.

Confrontadas las razones referidas, *vis à vis* con la realidad societaria nacional, nos decantamos por la adopción de un régimen de protección. Se conjetura lo anterior, ya que, si toda labor de gestión queda sometida a un riesgo, desde el campo pragmático, es razonable autorizar un margen de discrecionalidad que confiera la oportuna seguridad jurídica en la toma de decisiones, sin soslayar el deber de diligencia exigido y la posición del órgano de administración en la estructura societaria; por ello, doctrinalmente la formulación de la *business judgment rule* se vincula con la tradicional contraposición entre autoridad y responsabilidad (*authority v. accountability*)²⁵⁵. La discrecionalidad empresarial es una circunstancia inherente a la gestión desarrollada por los administradores, y por lo mismo se encuentra necesitada de protección²⁵⁶. Sea en el derecho anglosajón (*Common Law*), o en los sistemas de derecho civil (sistema continental o *Civil Law*), dentro del que se encuadra el derecho hondureño, en el órgano de administración se gestan las decisiones empresariales y se toman las acciones tendientes a explotar la empresa²⁵⁷, es decir, cuenta con el poder de decisión y acción.

Estimada la necesidad de la medida, ante la omisión legal, corresponde a la jurisprudencia nacional realizar la construcción jurídica de la protección de las decisiones

²⁵³ PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 14 y ss.; VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 341; y BONELLI. **Op. Cit.** Pág. 57.

²⁵⁴ GREENHOW, Annette. «**The statutory business judgment rule: putting the wind into directors' sails**», en **Bond University law review**. N° 11. Pág. 52.

²⁵⁵ HERNANDO CEBRIÁ. **El deber de diligente administración**. **Op. Cit.** Págs. 106 y ss.

²⁵⁶ EMBID IRUJO. «**La protección de la discrecionalidad empresarial**» **Op. Cit.** Pág. 107.

²⁵⁷ BARRERA GRAF. **Op. Cit.** Págs. 150 y 151.

empresariales. Siendo así, es apropiado realizar un aporte sobre los elementos a considerarse, confrontando la normativa societaria aplicable y los razonamientos vertidos sobre el nivel de diligencia exigido al administrador y el contenido del mismo.

En primer lugar, debe prescindirse del resultado, pues un mal desenlace no necesariamente obedece al actuar con negligencia, imprudencia o impericia²⁵⁸. En segundo lugar, debe acentuarse que, conforme al Artículo 222 numeral IV del Código de Comercio, la revisión del deber de diligencia debe realizarse por cada acto atribuido (derivado de la “situación comparable”), es decir, no es de recibo enjuiciar un conglomerado heterogéneo de actos, como si se tratase de un solo. En todo caso, la revisión debe atender a la posible independencia de los actos, habida cuenta de la finalidad de los mismos. Entonces, si una serie de actos se conducen a una misma finalidad, deberán ser sindicados en el marco del acto objeto de examen. Si los actos se subordinen a un propósito claramente distinto, deberán ser objeto de análisis separadamente. En tercer lugar, el acto debe responder al mejor interés de la sociedad (Artículo 222 numeral I del Código de Comercio), que no forzosamente coincide con el de los socios. Lo que concierne al interés de la sociedad, el asunto es tratado posteriormente, por la incidencia del tema en el capítulo próximo. En cuarto lugar, y relacionado con el elemento precedente, el acto debe ser adoptado con buena fe, esto es, el reflejando un comportamiento que sustente la plena convicción de que el mismo sería beneficioso para la sociedad. La buena fe, al integrar los principios generales del derecho²⁵⁹, no requiere consagración normativa expresa. En quinto lugar, el acto debe ser adoptado bajo una base de información suficiente y adecuada.

En lo que concierne a la carga de la prueba, conforme al Artículo 238 numerales 1 y 2 del Código Procesal Civil, en principio, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos constitutivos de su demanda, y al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o excluyan la eficacia jurídica de los hechos atribuidos. Sin embargo, el numeral 4 de la norma señalada, indica que, en la aplicación de lo dispuesto sobre la carga de la prueba,

²⁵⁸ LUTTER. **Op. Cit.** Págs. 842 y ss.

²⁵⁹ Díez-PICAZO, Luis. **Fundamentos de derecho civil patrimonial.** Vol. I. Págs. 276 y ss.

el juez o tribunal debe tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Observando esta última regla, en el plano práctico, es el administrador quien tiene mayor facilidad para acreditar si actuó en interés de la sociedad, de buena fe, y suficiente y adecuadamente informado, pues es quien ha desplegado las actuaciones preliminares para adoptar una decisión determinada, dicho de otro modo, para acreditar la falta de culpa.

En el caso de los accionistas y los terceros, normalmente podrán solo presumir la infracción al deber de diligencia. No resulta sencillo acreditar que el administrador no actuó en el mejor interés de la sociedad, con buena fe, o suficiente y adecuadamente informado, pues en el discurrir de las actividades del órgano de administración, no necesariamente los accionistas y terceros tienen acceso a la prueba, por ejemplo, sobre la información manejada por los administradores al momento de adoptar la decisión. Por lo razonado, resulta aceptable invertir la *onus proband*²⁶⁰, imponiendo al administrador la carga de probar que: a) actuó en el mejor interés de la sociedad, lo que puede ser demostrable atendiendo a la razonabilidad de la medida para favorecer a la sociedad, teniendo en cuenta una persona prudente en las mismas condiciones; b) de buena fe, lo que es comprobable si los actos positivos no abarcan una conducta que se conduzca en sentido adverso a la finalidad del acto de que se trate, o entorpezca su desarrollo; y c) encontrándose suficiente y adecuadamente informado, lo que puede acreditarse mediante la revisión de la información que tomó en consideración para adoptar el acto objeto de revisión.

Vinculado a lo referido, un asunto que merece un tratamiento singular es lo que concierne a la prueba de la buena fe, por el difundido y enraizado “principio de presunción de buena fe”, que de acuerdo con la doctrina nacional, rige todas las relaciones comprendidas en el derecho privado²⁶¹. Sobre esto, es imperioso realizar un pronunciamiento categórico: no existe un principio general de presunción de buena fe que de forma extensiva abarque la totalidad de las relaciones y disciplinas incluidas en el derecho privado. La buena fe

²⁶⁰ TORO PEÑA, Juan Antonio. **Código Procesal Civil brevemente comentado**. T. I. Pág. 200; MARCUS. **Op. Cit.** Pág. 846.

²⁶¹ CRUZ LÓPEZ, Reinaldo. **Los bienes**. Pág. 95.

no se presume, se prueba; cosa distinta es que el ordenamiento prevea una presunción de buena fe para casos concretos.

Para ilustrar lo expresado, inicialmente debe distinguirse la doble dimensión de la buena fe; la objetiva y la subjetiva. La buena fe objetiva es deber de comportamiento, e implica la efectiva realización de una conducta, sea que el sujeto del que se predica deba ejecutarla directamente (buena fe activa), o que tenga el derecho a esperar de un tercero un comportamiento conforme con los postulados del principio (buena fe pasiva). Por otra parte, la buena fe subjetiva es una creencia, que exige una conciencia recta, pero no exige una conducta determinada²⁶², por tanto pertenece a la íntima convicción. De lo anterior se colige que efectivamente la buena fe puede acreditarse, y que no corresponde únicamente con la interioridad del individuo. En este sentido apunta la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 717/1992, de 3 de febrero.

Por otra parte, el Artículo 477 del Código Procesal Civil, introduce las presunciones legales en el proceso judicial, estableciendo que, la persona favorecida por la presunción queda dispensada de la prueba respecto del hecho presunto, siempre que queden probados los indicios en que se basa. Se trata de una consecuencia jurídica que se obtiene de un hecho que se tiene por existente²⁶³. El ordenamiento jurídico hondureño alude diversas presunciones de buena y mala fe (Artículos 89, 148, 723, 724, 1332, 1335 y 1885 del Código Civil; y 429 y 736 del Código de Comercio), sin embargo, cada una de estas aplicaciones de presunción posee un ámbito específico y difieren tanto en su contenido como en su alcance.

Posiblemente la confusión generalizada sobre la presunción de buena fe en todos los ámbitos del derecho privado, tiene su génesis en el Artículo 724 del Código Civil, que

²⁶² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos», en *Revista de derecho privado*. N° 17. Pág. 62.; y DE LOS MOZOS, José Luis. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*. Págs. 39 y ss.

²⁶³ FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina. *Derecho procesal civil*. Pág. 153.; y Págs. 371 y ss.; CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. T. II. Págs. 246 y ss.; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Págs. 226 y ss.; DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. Págs. 313 y ss.; ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de derecho procesal civil*. Págs. 466 y ss.; y PALACIO, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. Págs. 506 y ss.

reza: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.- En todos los otros casos la mala fe deberá probarse”. Si se contempla la disposición de manera aislada, resulta razonable sostener que la norma instituye un principio general, no obstante, debe recordarse que la misma es relativa a la posesión (Libro II, Título VII, Capítulo I del Código Civil), lo que circunscribe su sentido y alcance.

Por la identidad de las disposiciones, pues son reproducidas *ad pedem litterae*, es aplicable lo expresado por NEME VILLARREAL, quien indica: “La regla que consagra la presunción de la buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil colombiano [Artículo 724 del Código Civil hondureño], si bien establece una regla general en materia posesoria, su valor no es absoluto frente a la totalidad del ordenamiento, como quiera que es una previsión con alcance restringido, en primer lugar a los eventos de posesión, título en el cual se encuentra ubicado y en segundo lugar a aquellos eventos en que se exija buena fe subjetiva, esto es, una convicción íntima de estar obrando conforme a derecho, sea que se trate de buena fe simple o cualificada”²⁶⁴. Sobre el mismo asunto, en igual sentido se pronuncia CHIOVENDA²⁶⁵.

Así las cosas, es seguro afirmar que la presunción de buena fe no constituye una regla general en el derecho hondureño, *ergo*, el administrador societario no se encuentra exento de probar la buena fe con la que adoptó o ejecutó una decisión determinada. Ello importa una exigencia de comportamiento efectivamente realizado, que conlleve una expresión de convicción o creencia, lo que debe ser valorado conforme a parámetros de racionalidad, considerando el concreto acto objeto de revisión.

²⁶⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «**La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio**», en *Revista de derecho privado*. N° 18. Pág. 73.

²⁶⁵ CHIOVENDA. **Op. Cit.** T. I. Pág. 312.

CAPÍTULO VII

7. El deber de lealtad

7.1. Nociones generales

Lealtad, *lato sensu*, se define como “fidelidad; cumplimiento con nobleza y sin reservas de una obligación o de un pacto; buena fe; honradez y rectitud en el proceder”²⁶⁶. De forma genérica, el deber de lealtad parte de algunas relaciones jurídicas de carácter privado, en las que se encuentra implícito la prohibición de actuar de manera interesada. La confianza depositada en las relaciones *intuitu personae*²⁶⁷, sea *ope legis* o voluntaria, desemboca en la obligación de actuar con fidelidad²⁶⁸. El contenido que regula la conducta de las partes en tal sentido, es ordenado unitariamente como figura autónoma por medio del deber de lealtad²⁶⁹.

La doctrina ha planteado el fundamento del deber de lealtad desde distintas sedes de relaciones²⁷⁰, entre las que destacan: a) la contractual, vinculada al principio de buena fe contractual²⁷¹ (Artículo 1546 del Código Civil); b) de confianza; c) de tracto sucesivo, en los que podría considerarse que la confianza configura parte de la propia causa del contrato²⁷²; y d) de gestión, que encierra, en general, a los que actúan en interés ajeno.

Respecto a los primeros tres fundamentos, el origen y sentido del deber de lealtad debe buscarse en otras causas, pues los referidos no lo abordan con la suficiente capacidad explicativa²⁷³. Es sobre las relaciones de gestión que resulta adecuado construir las premisas elementales del deber de lealtad, cuyo fundamento normativo reside, *ab*

²⁶⁶ CABANELLAS. **Op. Cit.** T. V. Pág. 99.

²⁶⁷ GARRIGUES, Joaquín. **Los negocios fiduciarios en el derecho.** Pág. 542.

²⁶⁸ Díez-PICAZO. **La representación. Op. Cit.** Pág. 100.

²⁶⁹ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 15.

²⁷⁰ HERNANDO CEBRIÁ. «Presupuestos del deber de lealtad». **Op. Cit.** Págs. 147 y ss.; y RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Págs. 16 y ss.

²⁷¹ BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones.** T. I. Pág.110.

²⁷² PEINADO GRACIA, Juan Ignacio. **El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía.** Pág. 29.

²⁷³ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Págs. 16 y ss.; y HERNANDO CEBRIÁ. «Presupuestos del deber de lealtad». **Op. Cit.** Pág. 157.

origine, en el principio de buena fe²⁷⁴. El deber de lealtad surge como una herramienta del ordenamiento encaminada a proteger al principal, en caso de producirse conflicto de intereses en las relaciones de gestión²⁷⁵, y tiene como justificación el poder discrecional y la autonomía que ostenta el gestor²⁷⁶. En esta categoría, se agrupa una serie de instituciones jurídicas; entre ellas, el mandato²⁷⁷ (Artículo 1888 Código Civil), la agencia²⁷⁸ (Artículo 372 del Código de Comercio), la comisión²⁷⁹ (Artículo 804 del Código de Comercio), el depósito²⁸⁰ (Artículos 1939 del Código Civil, y 842 del Código de Comercio) y la administración societaria, sobre la que trata el presente capítulo. En todo caso, debe tenerse presente que la dimensión del deber de lealtad carece de una exigencia monolítica, ya que su intensidad se modula en función de elementos de diversa índole²⁸¹.

Incardinando la discusión en el ámbito societario, para un sector de la doctrina, el deber de lealtad dimana del poder de representación de los administradores²⁸² (Artículo 208 del Código de Comercio). Si bien no negamos la trascendencia de este componente en el marco del deber *in comento*, pues se expresa en mayor medida en el ámbito de la representación²⁸³, nos adherimos al criterio que la lealtad no solo viene impuesta como consecuencia de la representación, sino que se instituye como un deber con carácter imperativo²⁸⁴, no disponible por las partes, en virtud de la relación gestora en la que se enmarcan el administrador y la sociedad²⁸⁵.

²⁷⁴ LLEBOT MAJÓ. **Los deberes de los administradores**. *Op. Cit.* Págs. 41 y ss.; FONT GALÁN. *Op. Cit.* Págs. 164 y ss.; y PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima**. *Op. Cit.* Págs. 89 y ss.

²⁷⁵ HOPT, Klaus J. «**Self-dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors' conflict of interest**», en **Corporate governance and directors' liabilities**. Pág. 312.

²⁷⁶ EISENBERG, Melvin Aron. «**The structure of corporation law**», en **Columbia law review**. Vol. LXXXIX. Pág. 1471.

²⁷⁷ GARRIGUES. **Los negocios fiduciarios**. *Op. Cit.* Pág. 97.

²⁷⁸ MERCADAL VIDAL, Francisco. **El contrato de agencia mercantil**. Págs. 412 y ss.

²⁷⁹ PEINADO GRACIA. *Op. Cit.* Pág. 29.

²⁸⁰ GARRIGUES. **Los negocios fiduciarios**. *Op. Cit.* Pág. 97

²⁸¹ SCHMIDT, Karsten. **Gesellschaftsrecht**. Págs. 587 y ss.

²⁸² POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». *Op. Cit.* Pág. 135; GARRIGUES. **Comentario**. *Op. Cit.* Págs. 159 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ. *Op. Cit.* Pág. 201; y GARRETA SUCH. *Op. Cit.* Pág. 106.

²⁸³ HERNANDO CEBRIÁ. «**Presupuestos del deber de lealtad**». *Op. Cit.* Pág. 142.

²⁸⁴ EISENBERG. «**The structure of corporation law**». *Op. Cit.* Págs. 1486 y ss.; y EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. «**Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Págs. 293 y ss.

²⁸⁵ DíEZ-PICAZO. **La representación**. *Op. Cit.* Pág. 99.

RIBAS FERRER define el deber de lealtad como “la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal, en caso de conflicto de intereses, subordinando los propios intereses en favor de los intereses del principal, salvo que, previo *disclosure* del gestor, el principal autorice su actuación interesada”²⁸⁶. El concepto reconoce en el interés social un principio rector absoluto e indisponible de la relación entre el administrador y la sociedad, como bien jurídico superior de la organización al que el administrador ha de dirigir su actuación²⁸⁷, instituyéndose como eje central sobre el que orbita el deber de lealtad, el tratamiento de los conflictos de intereses.

En el derecho hondureño, el deber de lealtad se consagra como un deber general, que junto con el de diligencia, constituye la piedra angular del régimen de deberes de los administradores. Desde una visión histórica, la regulación de las sociedades civiles, en desuso en la realidad societaria, aprueba la revocación del mandato, cuando el administrador “dejase de merecer la confianza” de los socios (Artículo 1849 del Código Civil). La evolución del derecho mercantil trajo consigo el progreso normativo, sin embargo, considerando la posición que ostenta en la dirección y organización, la confianza permanece intangible como un elemento clave en la relación entre el administrador y la sociedad, y como resultado, se procura la protección del principal en caso de conflicto de intereses.

Reconocida la relevancia del asunto, es indispensable dotar de sentido y alcance al deber de lealtad comprendido en la legislación societaria, sistematizando su contenido. El asunto ha sido abordado por el legislador nacional en el marco del movimiento de reforma del derecho societario, cuya justificación descansa en la necesidad de equiparar la normativa a los modernos modelos de gobierno corporativo. Consecuentemente, es conveniente analizar la regulación en el derecho comparado, y posteriormente desarrollar el tema en el derecho hondureño. Debe advertirse que el ordenamiento jurídico no integra expresamente el deber *sub examine*, pero el mismo se colige con

²⁸⁶ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad**. Op. Cit. Pág. 218.

²⁸⁷ HERNANDO CEBRIÁ. «Presupuestos del deber de lealtad». Op. Cit. Pág. 146; y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. «Una nota sobre la prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas», en *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil. Pág. 683.

claridad de la legislación mercantil, y con más sentido, de la reciente reforma en el ámbito comercial.

7.2. El deber de lealtad en el derecho comparado

Sobre el deber de lealtad, el derecho comparado no presenta un tratamiento uniforme, ni ofrece un conon único. Con la finalidad de regular los conflictos de intereses, atiende a una doble dimensión; principios generales y regulaciones por categorías conflictuales²⁸⁸. Siguiendo el orden seguido con anterioridad, considerando la condición precursora del derecho anglosajón en el desarrollo del gobierno corporativo, es pertinente iniciar con la regulación en el *Common Law*, y luego ampliar la discusión del tema a los ordenamientos europeo-continenciales estudiados.

a) Derecho estadounidense. En Estados Unidos de América, el deber de lealtad de los administradores tiene su génesis en el contexto de una *joint venture*, en la sentencia proferida en el caso *Meinhard v. Salmon*, 164 N.E. 545, 546 (N.Y. 1928). Concretamente en la esfera de los administradores, deriva de la doctrina de los *fiduciary duties*²⁸⁹ (deberes fiduciarios). La relación fiduciaria que da origen a estos deberes, surge de la consideración de la posición del administrador, quien ostenta amplios poderes para gestionar la dirección y organización de la sociedad²⁹⁰.

El deber de lealtad, constituye el núcleo de los deberes fiduciarios²⁹¹. La postura esencial en esta materia lo constituye la sentencia proferida en el caso *Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 285 A.2d 437 (Del. 1971), que indica que la prueba fundamental del cumplimiento del deber de lealtad, exige que el acto se adopte de buena fe, y en el mejor interés de la sociedad y de los accionistas. La doctrina expresa que, según se aprecia

²⁸⁸ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Págs. 261 y ss.

²⁸⁹ SCOTT. **Op. Cit.** Págs. 539 y ss.; DEMOTT. **Op. Cit.** Págs. 879 y ss.; LLEBOT MAJÓ. **Los deberes de los administradores. Op. Cit.** Págs. 101 y ss.; y GUERRA MARTÍN. **Op. Cit.** Págs. 415 y ss.

²⁹⁰ SHEPHERD, Jay C. **The law of fiduciaries.** Págs. 51 y ss.; y MITCHELL, Lawrence E. «**Fairness and trust in corporate law**» en **Duke law review.** Vol. XLIII. N° 3. Pág. 425.

²⁹¹ GARRIGUES. **Los negocios fiduciarios. Op. Cit.** Pág. 18; PEINADO GRACIA. **Op. Cit.** Pág. 29; y SHEPHERD. **Op. Cit.** Pág. 48.

de la jurisprudencia, la carga de la prueba es impuesta al demandante, quien deberá acreditar el incumplimiento al deber de lealtad²⁹².

La definición más ampliamente articulada del deber de lealtad puede encontrarse en la sentencia del caso *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939), que señala que los administradores y gerentes no están autorizados a utilizar su posición de confianza para favorecer sus intereses privados, por la relación fiduciaria que mantienen con la sociedad, lo que conlleva no solo proteger los intereses de la sociedad, sino abstenerse de realizar toda acción que podría parar en perjuicio de la misma, privarla de utilidades y ventajas, o ejercer adecuadamente su competencia comercial. La protección del interés social, o el actuar en “el mejor interés de la sociedad”, adquiere una dimensión abierta, que no se limita únicamente a evitar los conflictos de intereses, sino que abarca el adecuado ejercicio del comercio de la sociedad.

Por otra parte, los conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad no son desarrollados expresamente en una lista exhaustiva, ni cuenta con una articulación precisa que encierre la totalidad de la tipología conflictual. El deber de lealtad ha sido determinado a través de principios y reglas generales aplicables a las situaciones conflictuales²⁹³, entre los que se distinguen las prohibiciones de operaciones interesadas, los sobornos, las comisiones secretas, la autocontratación y oportunidades sociales²⁹⁴, sin que ello agote el universo de posibles infracciones. No obstante, las prohibiciones no tienen carácter absoluto, pues se comprende la figura del *disclosure* (revelación), en el que el administrador debe informar sobre la posición de conflicto, quedando la operación sujeta a autorización²⁹⁵.

Un tema que ha despertado especial interés es la prohibición de autocontratación. En un inicio, la jurisprudencia se decantó por declarar su nulidad, bajo un régimen de prohibición absoluta²⁹⁶. Posteriormente el criterio fue matizado, desarrollando el

²⁹² ARSHT, S. Samuel. «**The business judgment rule**», en *Hofstra law review*. Vol. VIII. Págs. 93 y ss.

²⁹³ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 291.

²⁹⁴ SHEPHERD. **Op. Cit.** Págs. 35 y ss.

²⁹⁵ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 293.

²⁹⁶ MARSH, Harold. «**Are directors trustees? Conflict of interest and corporate morality**», en *The business lawyer*. Vol. XXII. N° 1. Págs. 35 y ss.; y ROHRBACHER, Blake; ZEBERKIEWICZ, John Mark y UEBLER,

denominado *fairness test* (examen de justicia o de equidad), en el que se valoran los casos, teniendo en cuenta el resultado de la operación y su interés para la sociedad, bajo los parámetros de *fair dealing and fair price*²⁹⁷ (trato justo y precio justo). La revisión judicial varía atendiendo al hecho de si la operación fue aprobada por la *general meeting* (asamblea general), o se ha llevado a término la autorización. En caso que no exista aprobación, el estándar aplicable se vuelve más severo y exige que la operación sea de interés para la sociedad. Sin perjuicio de ello, la aprobación de los actos no suprime totalmente la posibilidad de que el mismo sea revisado en sede judicial, sino que disminuye su nivel de exigencia²⁹⁸.

b) Derecho inglés. Pese a su arcaica enunciación en el caso *Bray v. Ford*, A.C. 44, 1896, el deber de lealtad en su concepción moderna, tuvo su punto de partida en la sentencia recaída en el caso *Re Smith and Fawcett Ltd.*, Ch 304, 1942. La *Companies Act* (2006) diferencia dos pilares de regulación, en lo que concierne al deber de lealtad, considerado el deber fundamental de los *fiduciary duties*²⁹⁹ (deberes fiduciarios). En primer término, expresa un principio general de evitar los conflictos de intereses, sean estos directos, indirectos, actuales o eventuales, entre los que incluye las operaciones de explotación de propiedad, información y oportunidades, previendo la posible autorización por parte del órgano de administración (Artículo 175).

En segundo término, el cuerpo legal refiere a la contratación interesada, encerrando una exhaustiva tipología conflictual (Artículos 182 al 231), que comprende cuatro categorías: 1) los contratos de larga duración; 2) las operaciones sobre bienes no dinerarios; 3) las relaciones de carácter financiero entre la sociedad y el administrador (préstamos); y 4) indemnizaciones por cese en el cargo. Esta regulación se encuentra sujeta también al

Thomas A. «**Finding safe harbor: clarifying the limited application of section 144**», en *Delaware journal of corporate law*. Vol. XXXIII. Pág. 719.

²⁹⁷ EISENBERG, Melvin Aron. «**Self-interested transactions in corporate law**», en *Journal of corporation law*. Vol. XIII. Pág. 1001; DORÉ, Matthew G. «**Presumed innocent? Financial institutions, professional malpractice claims, and defenses based on management misconduct**», en *Columbia law review*. Vol. CXCVII. Pág. 127; ALFARO ÁGUILA-REAL. *Op. Cit.* Pág. 686; y MITCHELL. *Op. Cit.* Pág. 484.

²⁹⁸ RIBAS FERRER. *El deber de lealtad. Op. Cit.* Págs. 290 y ss.

²⁹⁹ LOWRY, John. «**The duty of company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure**», en *Cambridge law journal*. Vol. LXVIII (3). Pág. 607.

deber de declarar sobre las transacciones o acuerdos en los que tenga interés (Artículo 177).

Respecto a la contratación interesada, en un inicio regía una prohibición absoluta³⁰⁰. Actualmente el régimen ha sido flexibilizado, en parte por los beneficios que podría traer a la propia sociedad³⁰¹, al punto que se aprecia la particularidad, de que los estatutos sociales (*articles of incorporation*), comprendan la autorización, *a priori*, sobre determinadas operaciones enmarcadas en un conflicto de intereses (Artículo 180 numeral 4 literal b).

c) Derecho italiano. El deber de lealtad, al que la doctrina italiano igualmente ha considerado dimanante de la posición fiduciaria del administrador³⁰², previniendo y modulando los conflictos de intereses³⁰³, es regulado primordialmente por los Artículos 2390 y 2391 del *Codice Civile*. La primera disposición prescribe la prohibición de competencia. Según la norma, los administradores no pueden actuar en calidad de socios en sociedades de la competencia, o participar en un negocio, bajo cualquier título, por cuenta propia o de terceros, en los que entre en competencia con la sociedad que administra, salvo autorización expresa de la *assemblea generale* (asamblea general).

La segunda disposición guarda una regulación más extensa. En primer lugar, impone el deber a los administradores de informar a los demás administradores y al *collegio sindacale* (consejo de vigilancia) sobre cualquier interés directo o indirecto que podría tener en una operación determinada, especificando su naturaleza, términos, origen y alcance. La norma tiene como elemento subjetivo al órgano de administración, sea este unipersonal o colegiado, así como a los administradores delegados.

En segundo lugar, exige al órgano de administración la obligación de explicar los motivos de conveniencia de la operación para la sociedad. En caso de incumplimiento, si se

³⁰⁰ GOWER, Laurence Cecil B. **Gower's principles of modern company law**. Pág. 610.

³⁰¹ DAVIES, Paul L. **Introduction to company law**. Págs. 172 y ss.

³⁰² BELLACOSA. **Op. Cit.** Pág. 36.

³⁰³ BLANDINI, Antonio. «**Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni**», en *Rivista di diritto civile*. Vol. L. Nº 3. Pág. 405; CABRAS, Giovanni. **La responsabilità per l'amministrazione delle società di capital**. Pág. 15; y BIANCHI, Giorgio. **Gli amministratori di società di capitali**. Pág. 523.

adoptase el acuerdo con el voto decisivo del administrador interesado, y si el mismo resulta perjudicial para la sociedad, podrá ser objeto de impugnación por los demás administradores que no hayan adoptado el mismo o por el *collegio sindacale*, dentro de los 90 días siguientes a su adopción; en cualquier caso, quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe, derivados del acuerdo, volviendo responsable al administrador.

En tercer lugar, de forma amplia, la disposición mantiene que el administrador también será responsable de los daños ocasionados a la sociedad derivados de su propio beneficio, o del uso de datos, noticias u oportunidades comerciales de terceros, producto del ejercicio de su cargo, derivándose una prohibición de autocontratación, y de obtención de préstamos personales de la sociedad³⁰⁴.

Un aspecto que ha generado debate, es la armonización de la disposición antes comentada, con el Artículo 1394 del *Codice Civile*, que disciplina el conflicto de intereses en la representación, previendo la ineficacia del acto³⁰⁵. En relación, una postura mantiene que el Artículo 1394 del *Codice Civile*, resulta aplicable solo en el caso de que el órgano de administración sea integrado por un administrador único³⁰⁶. Por otra parte, erigiéndose como la posición dominante, se mantiene que un sistema excluye al otro, y en el caso examinado, el Artículo 2391 del *Codice Civile* es de aplicación³⁰⁷, por su especialidad en el marco societario.

d) Derecho alemán. La *Aktiengesetz* no comprende expresamente el deber de lealtad. Su formulación ha sido una construcción doctrinal³⁰⁸, partiendo del § 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, derivado del principio de buena fe³⁰⁹. El deber de lealtad se edifica sobre dos principios rectores; la subordinación de los intereses del administrador a los de la sociedad, y la prohibición de aprovecharse de la sociedad³¹⁰. En relación a los conflictos

³⁰⁴ CABRAS. **Op. Cit.** Pág. 15.

³⁰⁵ BONELLI. **Op. Cit.** Págs. 118 y ss.

³⁰⁶ FERRARA (h) y CORSI. **Op. Cit.** Pág. 569.

³⁰⁷ ANGELICI. **Op. Cit.** Págs. 125 y ss.

³⁰⁸ PLÜCK, Ralf y LATTWEIN, Alois. **Haftungsrisiken für Manager. Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände.** Págs. 40 y ss.; y KÜBLER, Friedrich. **Derecho de sociedades.** Pág. 318.

³⁰⁹ KÜBLER. **Op. Cit.** Pág. 318.

³¹⁰ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad.** **Op. Cit.** Págs. 278 y ss.

de intereses, el § 88 de la *Aktiengesetz* establece la prohibición de competencia, supeditando su ejecución a la autorización del *Aufsichtsrat*³¹¹ (consejo de supervisión). En caso de incumplimiento, la sociedad puede atribuir el acto directamente al administrador, volviéndolo responsable frente a terceros.

Por otro lado, el § 89 de la *Aktiengesetz* comprende el otorgamiento de créditos a favor de los administradores, quedando sometido el acto a la autorización de la *Aufsichtsrat* y a un régimen específico de condiciones. De manera peculiar, el § 114 de la *Aktiengesetz*, regula la contratación de la sociedad con miembros del *Aufsichtsrat*, no así con los miembros del *Vorstand* (consejo de administración), lo que evidencia, por una parte, el corto desarrollo legislativo en sede del deber de lealtad en el derecho alemán, y por otra, la posición privilegiada del *Aufsichtsrat* en la estructura de la sociedad.

e) Derecho francés. El *Code de Commerce* no comprende expresamente el deber de lealtad de los administradores, ni le ha otorgado un carácter general, pues regula distintos casos particulares. Sin embargo, la jurisprudencia se encargó de integrar la lealtad dentro del régimen general de deberes, iniciando con la sentencia dictada en el caso *Vilgrain*, por la *Cour de Cassation* (Corte de Casación), Cass. com., de 27 de febrero de 1996, N° 94-11.241, lo que provocó el reconocimiento expreso por parte de la doctrina³¹², como resultado de la adopción del deber de lealtad atribuido a los mandatarios³¹³.

El régimen específico impuesto por el *Code de Commerce*, puede sintetizarse en la autorización previa en caso de interés por parte del administrador, y en el deber de informar. En primer término, la normativa comercial contempla la autorización previa por parte del *conseil d'administration* (consejo de administración), en caso que el *directeur général* (director general), administrador o accionista que posea un derecho de voto superior al diez por ciento (10%), contrate por sí, o por medio de interpósita persona, con la sociedad, o en caso que dichas personas tengan un interés indirecto en la operación.

³¹¹ QUIJANO GONZÁLEZ. *Op. Cit.* Pág. 202.

³¹² LE NABASQUE, Hervé. «**Droit du contrat et droit des sociétés. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés**», en *Revue trimestrielle de droit commercial*. Pág. 283.

³¹³ PÉTEL, Philippe. *Les obligations du mandataire*. Págs. 172 y ss.

Asimismo, quedan sujetos a la misma autorización, los contratos celebrados con terceras sociedades, si el *directeur général* o administrador, fuera propietario, socio ilimitadamente responsable, gerente, administrador o, de modo general, dirigente de la tercera contratante (Artículo L 225-38).

En segundo término, se impone el deber de comunicación del interesado al *conseil d'administration* sobre el negocio jurídico en el que pueda tener interés, salvo que, debido a su objeto o a sus implicaciones financieras, éstos no fueran significativos para ninguna de las partes (Artículo L 225-39). Se prevé la abstención de ejercer el voto en la autorización (Artículo L 225-40).

El *président du conseil d'administration* (presidente del consejo de administración) presentará a los *commissaires* (comisarios), todos los contratos autorizados y los someterá a la aprobación de la *assemblée générale* (asamblea general). Los *commissaires* están obligados a presentar un informe sobre estos contratos a la *assemblée générale*, la cual decidirá basándose en él (Artículo L 225-40). Los contratos aprobados por la *assemblée générale*, así como los que ésta rechace, producirán sus efectos con relación a terceros, salvo cuando resulten anulados en caso de fraude. Incluso en ausencia de fraude, las consecuencias perjudiciales para la sociedad de los contratos no aprobados podrán ser consideradas responsabilidad del administrador o del *directeur général* interesado y, eventualmente, de los otros miembros del *conseil d'administration* (Artículo L 225-41). Sin perjuicio de la responsabilidad del interesado, los contratos citados concluidos sin autorización previa del *conseil d'administration* podrán ser anulados si hubiesen tenido consecuencias perjudiciales para la sociedad (Artículo L 225-42).

f) Derecho español. En España, el deber de lealtad o fidelidad³¹⁴, contemplado en los Artículos 227 al 232 de la Ley de Sociedades de Capital, opera bajo el modelo de conducta del fiel representante. En términos generales, el deber de lealtad impone al administrador la obligación de responder primariamente al interés social, con

³¹⁴ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Pág. 189.; y PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima. Op. Cit.** Págs. 89 y ss.

preeminencia sobre su interés personal³¹⁵. El deber de lealtad se encuentra ampliamente regulado, descansando sobre la base del “fiel representante”, la “buena fe”, y el “mejor interés de la sociedad”, como principios rectores³¹⁶.

Del deber de lealtad del administrador derivan otros deberes intrínsecos (Artículo 228). En primer término, expresados en su dimensión negativa, las prohibiciones de ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidos; guardar secreto sobre información de todo tipo, a la que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él; y participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. En segundo término, constituyendo su dimensión positiva, se imponen los deberes de desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros³¹⁷; y adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

De forma independiente, la Ley de Sociedades de Capital desarrolla el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses (Artículo 229), exigiendo al administrador la abstención de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia³¹⁸; utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir en la realización de operaciones privadas; hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados; aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad³¹⁹; obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, asociadas al desempeño de su cargo;

³¹⁵ GARRIGUES. **Comentario. Op. Cit.** Pág. 158; y SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Pág. 106.

³¹⁶ HERNANDO CEBRIÁ. «**Presupuestos del deber de lealtad**». **Op. Cit.** Pág. 153.

³¹⁷ ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 228 y ss.

³¹⁸ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 431.

³¹⁹ MIROSA MARTÍNEZ, Pedro. «**El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (sociedades cotizadas y no cotizadas)**», en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009**. T. II. Págs. 203 y ss.

desarrollar actividades, por cuenta propia o ajena, que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto con los intereses de la sociedad. Las previsiones anteriores se extienden a los casos en que el beneficiario sea una persona vinculada al administrador.

De otra parte, se impone el deber de comunicar a los demás administradores y al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto (Artículo 229 numeral 3). Aunado a lo anterior, se establece un régimen de dispensa de las prohibiciones (Artículo 230), dejando sin valor las disposiciones estatutarias que limiten o sean contrarias a las mismas. El régimen de dispensas supone la posibilidad de realizar las prohibiciones, supeditado a la autorización de la junta general cuando el acto tenga por objeto una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento (10%) de los activos sociales. En los demás casos, la autorización podrá ser otorgada por el órgano de administración, asegurando la inocuidad de la operación para el patrimonio social. La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa.

La Ley de Sociedades de Capital instituye una lista de personas que se consideran vinculadas al administrador (Artículo 231), es decir, comprende una serie de personas, que, bajo una presunción *iuris et de iure*, se encuentran ligadas al administrador, entre las que menciona el cónyuge o las personas con análoga relación de afectividad; ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge de éste, administrador; los cónyuges de los ascendientes, descendientes y de los hermanos del administrador; y las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, posea la mayoría de los derechos de voto, tenga facultad para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, pueda disponer de acuerdos celebrados con tercero, de la mayoría de los derechos de voto, o haya designado con sus votos, a la mayoría de los miembros del consejo de administración.

Respecto del administrador persona jurídica (Artículo 231 numeral 2), el ordenamiento establece que son personas vinculadas los socios que se encuentren en alguna situación descrita en el párrafo precedente; los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica; las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios; y las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores.

Finalmente, la Ley de Sociedades de Capital dispone sobre las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (Artículo 232), comprendiendo las acciones indemnizatorias por cualquier daño ocasionado al patrimonio social; las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores; y la devolución del enriquecimiento injusto que habría aprovechado el administrador (Artículo 227).

7.3. Contenido del deber de lealtad en el derecho hondureño

A pesar de la falta de declaración expresa, los Artículos 154, 222 numerales I al V, y 210 del Código de Comercio hondureño, instauran el deber general de lealtad de los administradores de sociedades anónimas. En sede del deber objeto de estudio, la reforma al régimen societario (2014), se configura con acentuada aproximación a la regulación contenida en los ordenamientos antes estudiados, lo que justifica la aplicación de doctrina extranjera relevante que permita desarrollar un estudio exegético conforme a los parámetros del actual movimiento de reforma, como herramienta auxiliar.

En el derecho hondureño, el contenido nuclear del deber de lealtad de los administradores se manifiesta predominantemente a través de dos postulados: a) actuar en el mejor interés de la sociedad, evitando los conflictos de intereses; y b) informar sobre la posición de conflicto de intereses en la que se encuentre. Al margen de constituir deberes dentro del deber general de lealtad, ambos postulados encierran otros deberes concretos que no se desvinculan de los enunciados. Ordenado y sintetizado el deber de lealtad a su expresión más elemental, es preciso desarrollar los deberes que comportan

el deber general de lealtad en el marco de la reforma, que sin lugar a dudas, plantea un funcionamiento desigual del órgano de administración, en relación al régimen anterior.

7.3.1. Actuar en el mejor interés de la sociedad

El Artículo 222 numeral I del Código de Comercio impone al administrador el deber de “ejercer sus funciones en el mejor interés de la sociedad”. Este deber, que también integra el deber general de diligencia, como hemos indicado en el capítulo precedente, se instituye como un postulado fundamental del deber de lealtad, en el que encuentra mayor protagonismo. Es por ello que se aborda el deber en cuestión en el presente capítulo.

Para dilucidar el deber enunciado, es menester esclarecer el sentido del denominado “interés de la sociedad” o “interés social”, pues sobre ello gravita su contenido medular. Al respecto, han surgido dos teorías:

a) Teoría institucionalista. Desarrollada como una manifestación de la teoría *Unternehmen an sich* (la empresa en sí), la teoría institucionalista mantiene que el interés social es propio de la colectividad³²⁰. En palabras de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, en las sentencias No. 4415/1986, de 5 de julio, y No. 1512/1991, de 19 de febrero, ésta postura “considera a la sociedad anónima como una «institución-corporación», en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios”.

La teoría plantea una diversidad de intereses que podrían ser satisfechos por la sociedad en su dimensión institucional³²¹. Uno de ellos, reclama la importancia social que posee la sociedad, e identifica su interés con el bien común³²², lo que ha sido reconocido en nuestro entorno bajo la denominación de “responsabilidad social empresarial”, pero que también encierra diversos intereses circundantes, como los de los trabajadores,

³²⁰ GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. «Sociedad y empresa», en **Revista de ciencias jurídicas**. Págs. 24 y ss.

³²¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», en **Revista de derecho mercantil**. Nº 246. Págs.1660 y ss.

³²² SCHMIDT. **Gesellschaftsrecht. Op. Cit.** Págs. 804 y ss.; HIERRO ANIBARRO, Santiago. **El origen de la sociedad anónima en España**. Págs. 200 y ss.; y DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 82 y 83.

acreedores y el comercio en general. Otro interés perseguido determina el interés social dentro de los términos de rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo, en relación con la continuidad y maximización del valor económico de la empresa³²³, orientado a la “creación del valor”. En palabras del maestro GARRIGUES, se trata de una “socialización de la sociedad anónima”³²⁴.

b) Teoría contractualista. Para esta postura, en su concepción pura, el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, bajo el argumento que son estos los que corren con el esfuerzo y riesgo inicial de constituir la sociedad, con un enfoque puesto en la protección legislativa de los derechos de los accionistas. En relación, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, en la sentencia No. 1686/2012, de 17 de enero, se refiere al interés social como la suma de los intereses particulares de sus socios, es decir no es el de los accionistas individualmente considerados sino el común a todos ellos, señalando que “dentro del respeto a la sociedad como institución, se permite la heterointegración del pacto societario”. En este mismo sentido apuntan las sentencias No. 825/1998, de 18 de septiembre; No. 193/2000, de 4 de marzo; No. 1086/2002, de 18 de noviembre; No. 186/2006, de 7 marzo; y No. 400/2007, de 12 de abril.

Inicialmente, se otorgó mayor reconocimiento a la teoría contractualista, constituyendo la postura tradicional, esencialmente por el desarrollo dirigido por la doctrina italiana³²⁵. Sin embargo, y pese a la resistencia legislativa en el derecho comparado para aportar un concepto de manera taxativa, en la actualidad, se ha puesto de relieve la importancia de considerar el interés social como un asunto que se extiende por encima de las fronteras del interés de los socios³²⁶, sobre todo en las llamadas sociedades abiertas, en

³²³ HERNANDO CEBRIÁ. «Presupuestos del deber de lealtad». **Op. Cit.** Pág. 174; y GARRIGUES. **Nuevos hechos. Op. Cit.** Págs. 28 y ss.

³²⁴ GARRIGUES, Joaquín. **Hacia un nuevo derecho mercantil.** Pág. 38.

³²⁵ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 206.

³²⁶ BOLDÓ RODA, Carmen. «Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículo 229 y 231», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Pág. 247.

las que se pretende la inversión de nuevo capital; ello, principalmente por la protección del funcionamiento del mercado, sin menoscabo del interés de los accionistas³²⁷.

Esbozado lo anterior, procede dilucidar el asunto en el derecho hondureño. Para aclarar el sentido del “interés social”, preliminarmente es imperioso traer al debate las disposiciones constitucionales relativas al sistema económico, como punto de partida hermenéutico, por su incidencia directa en la regulación de las relaciones comerciales. Advertimos que no es nuestro propósito internarnos en el debate del modelo político-económico adoptado por el Estado (liberal, neoliberal, etc.), empero, considerando que el desarrollo desigual de las naciones tiene como consecuencia la aparición de modelos diversos, lo que altera el contenido de las doctrinas económicas y las concepciones del desarrollo social³²⁸, tampoco pueden eludirse las normas constitucionales sobre las que se edifica el sistema económico en general.

La Constitución de la República reconoce la importancia de la coexistencia democrática y armónica de las formas de propiedad y de empresa (Artículos 330), la libertad de inversión, comercio, industria y empresa, cuyo ejercicio tiene como límite el interés de la sociedad en sentido amplio (Artículo 331). Asimismo, el texto constitucional señala que el ejercicio de las actividades económicas corresponde a los particulares, sin embargo, por razones de orden público e interés social, el Estado puede mantener el ejercicio sobre determinadas industrias, reservándose la facultad para dictar medidas y leyes para encausar, estimular, supervisar, orientar y suplir la iniciativa privada, con fundamento en una política económica racional y planificada (Artículo 332). Por otra parte, autoriza la intervención estatal en la economía, por razones de interés público y social, teniendo por límite los derechos y libertades reconocidas en la propia Constitución (Artículo 333).

Los lineamientos constitucionales citados revelan que la economía estatal es colectiva y mixta³²⁹, al conceder la participación del Estado como sujeto en el tráfico comercial, extendiendo sus poderes emanados del *ius imperium*, hasta el adecuado funcionamiento del mercado en favor del interés público. Salvo los casos en los que se requiera

³²⁷ COSSU. **Op Cit.** Págs. 305 y ss.; y PARKINSON. «**The contractual theory**». **Op. Cit.** Pág. 121.

³²⁸ KARATAIEV, Nikolai y RÍNDINA, M. **Historia de las doctrinas económicas**. T. I. Pág. 16.

³²⁹ SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho económico**. Pág. 77.

intervención estatal³³⁰, el principio general gravita sobre la libertad de empresa de los particulares. En este sentido, la Constitución de la República no impone a las actividades económicas ejercidas por los particulares una función directamente orientada al bien común o a los intereses superiores de la nación.

Descendiendo al examen de la legislación comercial, no puede soslayarse la causa fundamental por la cual los fundadores deciden constituir una sociedad anónima. El carácter mercantil de la sociedad inexorablemente contiene de manera intrínseca el lucro de los socios³³¹ como motivación creadora, lo que se encuentra en armonía con los principios constitucionales económicos antes aludidos. Lo anterior no debe confundirse con la “finalidad de la sociedad”³³², pues, como ya hemos indicado en capítulos precedentes, la sociedad mercantil no es la suma de sus socios, sino que se encuentra por encima de ellos, rebasando su personalidad física³³³.

Respecto al tema, GUTIÉRREZ FALLA entiende que el interés social no es un interés superior o diverso del de los socios, sino que está basado en la satisfacción de aquellos motivos egoístas de cada uno de los accionistas que tengan como resultado el logro del éxito en las operaciones sociales, o sea, no en el interés extrasocial de un socio o grupo de socios individualmente considerados, aun cuando sea el de la mayoría, sino el interés de los accionistas de la sociedad en lograr las ventajas que consideraban no podían obtener actuando en forma individual; eso es, el denominado “fin común” del contrato societario visto desde el ángulo visual de la sociedad. El maestro hondureño encuentra el fundamento legislativo de lo anterior en los Artículos 1782 y 1783 del Código Civil, que externan que el contrato societario se celebra para la utilidad de las partes, para repartir ganancias y pérdidas que resulten de la especulación; disposiciones aplicables por mor del Artículo 715 del Código de Comercio. Seguidamente el jurista indica que si bien el ordenamiento no contiene disposición que limite las facultades de los socios en lo que a la gestión social se refiere, salvo aquellas que regulan casos excepcionales (por ejemplo; la competencia desleal), no es menos cierto que los preceptos del orden público

³³⁰ BARRE, Raymond. **Economía política**. Pág. 118.

³³¹ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 42; y MEDINA VERGARA. **Op. Cit.** Pág. 134.

³³² RAPPAPORT. **Op. Cit.** Págs. 19 y ss.

³³³ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 347.

restringen dichas facultades a través de un principio general contenido en el Artículo 103 de la Constitución de la República³³⁴.

Coincidimos parcialmente con el maestro hondureño. La libertad de empresa, aunado al contrato societario como presupuesto de la personalidad jurídica de la sociedad³³⁵, sugiere la declinación de la teoría institucionalista. En tal virtud, debe concluirse que la legislación hondureña se adhiere a la teoría contractualista; no obstante, a nuestro criterio resulta impropio identificar totalmente el interés de la sociedad con la suma de los intereses de los socios, prescindiendo del posible interés que entraña la persona jurídica como tal. A nuestro juicio, el “interés de la sociedad” es constituido por la totalidad de los intereses de los socios, pero no desde una visión particular y egoísta de aquéllos, sino en términos de rentabilidad, sostenibilidad y maximización del valor económico de la empresa. Esto es, que el “interés social” no solo es la suma de los intereses de los socios, sino una yuxtaposición interrelacionada entre los intereses de los socios y el de la sociedad, orientada a maximizar el valor de la empresa, esto es, la consideración de los intereses de los socios como miembros de una colectividad.

Entra en el análisis el Artículo 103 Constitucional. La disposición establece que el Estado reconoce, fomenta y garantiza la existencia de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social. No obstante, el propio precepto garantiza la propiedad privada sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad o de interés público establezca la ley. Dicho de otro modo, para considerar que las actividades económicas realizadas por los particulares (relacionado con la empresa mercantil como bien mueble, y por tanto, sucesible de catalogarse como propiedad privada) ostentan una posición subordinada al bien común, el asunto debe ser comprendido expresamente en la ley, como ocurre, verbigracia, con los bienes expropiados con fines de reforma agraria (Artículo 349 de la Constitución de la República).

En sentido distinto a la opinión del maestro GUTIÉRREZ FALLA, efectivamente consta una norma que limita las facultades de los accionistas en lo que concierne a la gestión social,

³³⁴ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 210 y ss.

³³⁵ PARKINSON. **Corporate power and responsibility. Op. Cit.** Págs. 25 y ss.; NEIRA ARCHILA. **Op. Cit.** Págs. 27 y ss.; y GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 43 y ss.

al margen del Artículo 103 Constitucional, confirmando la aplicación de la norma. Aunque la sociedad sea titular de la empresa y se encuentre autorizada legalmente para explotarla en su propio beneficio, la legislación introduce la prohibición para que se utilice en detrimento de los intereses del bien común en el Artículo 193 numeral V del Código de Comercio, que instituye la nulidad de los acuerdos de la asamblea cuando violasen disposiciones dictadas exclusiva o principalmente para la protección de los acreedores de la sociedad, o en atención al interés público, dotando de contenido la disposición constitucional. Al comprender la nulidad de los acuerdos contrarios al interés público, se introduce una prohibición infranqueable en relación al interés de la colectividad.

Sin perjuicio de lo anterior, no consta disposición que apoye la interpretación del “interés social” dentro de la órbita del bien común más allá de la prohibición referida, *ergo*, no puede apreciarse su extensión por encima del interés de la sociedad como persona jurídica y de los socios. Lo que se extrae de los Artículo 103 de la Constitución de la República y Artículo 193 numeral V del Código de Comercio es la limitación de explotar la empresa mercantil vulnerando el bien común o los intereses superiores de la nación; esto constituye una dimensión negativa, en forma de prohibición. Sin embargo, la función social que desarrolla la empresa como forma de propiedad privada se limita, en su dimensión positiva, a constituir un elemento capital en el tráfico comercial, sin que la actividad empresarial responda a un interés que desborde su finalidad creadora.

Por tanto, el deber analizado se encontrará cumplido, si las acciones de los administradores son encauzadas hacia la protección y maximización del valor de la empresa, lo que se condice con el interés de todos los socios. Pese a no extenderse el interés social a otros intereses ajenos a la sociedad o a los socios, deviene importante aclarar que su cumplimiento, indirectamente protege la competencia y el adecuado funcionamiento del mercado³³⁶. En consecuencia, no es de recibo estimar la infracción al deber lealtad por conductas que afectan intereses ajenos a la sociedad o a los socios. De otra manera, se otorgaría legitimación a toda la colectividad para promover acciones contra los administradores por infracción al deber de lealtad. En caso de producirse daños a la colectividad por actos contrarios al bien común, el fundamento legal de la

³³⁶ CLARK. **Op. Cit.** Pág. 151.

responsabilidad descansa en los preceptos generales, dentro del derecho de daños, y no en la infracción al deber de lealtad de los administradores, que tiene aplicación exclusivamente frente a la sociedad y a los accionistas.

Una manifestación del deber de lealtad, es la de evitar los actos fraudulentos. Ello implica abstenerse de realizar actos tales como la sustracción de bienes de la sociedad, dar o recibir sobornos o incentivos para realizar actos contrarios a la ley. En general, se considera una infracción al deber de lealtad, embarcar a la sociedad en acciones ilegales, pese a que ello conlleve amplias ganancias para la misma³³⁷, pues, en el fondo, el administrador no actúa en el mejor interés de la sociedad, ya que las consecuencias resultan adversas. En este sentido se han orientado los fallos dictados en el derecho estadounidense, en los casos *Roth v. Robertson*, 118 N.Y.S. 351, 353 (N.Y. 1909), *Guttman v. Huang*, 823 A.2d 492, 506 (Del. 2003), y *Metro Commc'n. Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Techs. Inc.*, 854 A.2d 121, 163-64 & 131 (Del. 2004).

7.3.2. Hacer prevalecer los intereses de la sociedad y de los accionistas

El reconocimiento del “interés social” en los términos previstos, no es óbice para impedir deslindar los intereses de los socios con el de la sociedad³³⁸, que cuenta con personalidad propia³³⁹. Ello lo confirma la dicción del Artículo 222 numeral II del Código de Comercio, que impone a los administradores el deber de “hacer prevalecer los intereses de la sociedad y de los accionistas antes que los suyos”. En este sentido, es decisivo aceptar como premisa, que los intereses de la sociedad, como persona jurídica, y el de los socios, no necesariamente deben coincidir, ya que ambos se encuentran sujetos a las circunstancias y condiciones de corte subjetivo.

En principio, un interés del accionista antagónico al de la sociedad pareciera inasequible. Sin pretender ahondar en el tema, resulta de aplicación el deber de lealtad al socio³⁴⁰,

³³⁷ EISENBERG. «**The duty of good faith**». **Op. Cit.** Págs. 31 y ss.

³³⁸ SENENT VIDAL. **Op. Cit.** Pág. 600.

³³⁹ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. **Teoría general de las sociedades**. Pág. 36.

³⁴⁰ GIRÓN TENA. **Op. Cit.** Pág. 199; VICENT CHULIÁ, Francisco. **Compendio crítico de derecho mercantil**. T. I. Pág. 398; BETTI. **Op. Cit.** T. I. Pág.103.; GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 212 y ss.

con fundamento en el Artículo 151 del Código de Comercio, que expresa: “El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquella”. Sin embargo, la infracción de la norma por parte del socio, o el potencial conflicto de intereses entre el accionista y la sociedad, activa el deber de lealtad del administrador.

En este orden de ideas, es preciso anotar que el deber de hacer prevalecer el interés de la sociedad y el de los accionistas, por encima del interés del administrador, admite el interés social y el de los socios dibujados en un escenario diferenciado, pero no opuesto. Como indicamos anteriormente, el interés social es integrado por la suma de los intereses de los socios, en términos de rentabilidad, sostenibilidad y maximización del valor económico de la empresa, es decir, no solo como una simple suma, sino el interés de los socios como miembros de una colectividad. De este modo, el interés de los socios encuentra armonía con el interés social. La relación jurídica que el socio mantiene con la sociedad le hace parte de la misma, por tanto, el administrador no puede colocarse en una situación de conflicto cuando ello presuponga la lesión de un socio, haciendo igualmente aplicable el deber en estos casos³⁴¹.

Ante al conflicto entre el interés social y el de uno o varios accionistas, el administrador habrá de hacer prevalecer el primero. Esto, *in primis*, porque la ley impone un deber primario orientado exclusivamente a la sociedad (Artículo 222 numeral I del Código de Comercio); y en segundo lugar, porque la relación del administrador es con la sociedad, de tal suerte que el administrador representa a la sociedad como persona jurídica, no a los socios considerados individualmente (Artículo 209 del Código de Comercio).

Debe aclararse que el interés social no es aquel que resulta favorable a la mayoría o a grupos de control, pues siendo así se conculcan los intereses de las minorías³⁴²; éste se identifica con el interés de la totalidad de los accionistas, en los términos ya referidos. Podría ser objeto de revisión judicial, por ejemplo, la decisión mayoritaria de venderle el establecimiento de comercio de la sociedad a su socio administrador, en una sociedad de mayoría familiar, pese a que se haya revelado el conflicto, excluido el voto del

³⁴¹ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Págs. 456 y ss.

³⁴² RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 719.

administrador y autorizado la transacción por la asamblea general³⁴³, ya que, aunque existe anuencia de la mayoría, dicha transacción puede representar un perjuicio a la sociedad como persona jurídica y a los accionistas minoritarios. Cosa distinta es que éstos representen el capital social mínimo para ejercer la acción de responsabilidad (Artículo 228 del Código de Comercio).

Un caso que podría plantear identidad entre el interés social y el de los accionistas, es el de la sociedad unipersonal, autorizada por el Artículo 5 de la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas. Dado que no existen más accionistas que contrapongan su interés con el del socio único, éste coincide con el interés social, atendiendo igualmente a la maximización del valor de la empresa. Sin perjuicio de ello, la consideración del contrato societario en el caso citado, resulta ampliamente cuestionable³⁴⁴, pues no se sujeta a una convención entre partes (Artículo 1539 del Código Civil), sino que se configura como un acto unilateral, que la ley concede el efecto creador de una persona jurídica.

7.3.3. Evitar los conflictos de intereses

El Artículo 222 numeral III del Código de Comercio, obliga a los administradores a “evitar los conflictos de interés actuales y potenciales”. El deber referido presupone actuar en interés de la sociedad, subordinando el interés propio del administrador al de la sociedad³⁴⁵. El verbo rector “evitar”, tiene un carácter protector para que los administradores no utilicen el poder que tienen en beneficio propio³⁴⁶ y en perjuicio de la sociedad. Constituye la dimensión negativa o prohibitiva del deber de lealtad³⁴⁷.

La disposición *in comento* ostenta carácter preventivo, que se configura como un canon de prohibición relativa, por el que las situaciones de conflicto están sujetas a una regla

³⁴³ GIL ECHEVERRY. **Op. Cit.** Pág. 70.

³⁴⁴ COSSU. **Op. Cit.** Pág. 283.

³⁴⁵ GIRÓN TENA. **Op. Cit.** Pág. 376; IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 347; QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 201 y ss.; MARTÍNEZ SANZ. «**De los administradores**». **Op. Cit.** Pág. 669; POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Pág. 135. BOLDÓ RODA. **Op. Cit.** Págs. 244 y 245.

³⁴⁶ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 107.

³⁴⁷ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 227.

general de prohibición, precisando una autorización singular para no infringir la norma. El deber objeto de estudio constituye el corazón mismo del deber de lealtad, pues en él se materializa la finalidad del deber general estudiado: la protección del principal frente a la autoridad y poder del órgano de administración.

La disposición aludida *ut supra*, integra un sistema de *numerus apertus* de supuestos que componen la tipología conflictual. Al respecto, PAZ-ARES predica la utilidad de los supuestos concretos comprendidos en la ley. El autor manifiesta que conforme las normas de comportamiento se encuentren especificadas, se incrementa el nivel de observancia y verificabilidad de las conductas indebidas, facilitando el trabajo de todos, especialmente de los jueces, ofreciendo pautas para orientar la conducta de los administradores, suministrando amparo a éstos para resistir presiones indebidas, y contribuyendo a la creación de una cultura corporativa adecuada³⁴⁸.

A nuestro criterio, la indeterminación de los supuestos trae considerables ventajas para estimar la infracción al deber, al facultar al órgano jurisdiccional la realización de un análisis integral *in concreto*, permitiendo calificar con suficiente margen de discrecionalidad, sobre todo en los casos en los que la infracción no revista la suficiencia para trascender al plano de la responsabilidad. Así, la apreciación del conflicto depende en cada caso, de los hechos e intereses opuestos, bajo circunstancias concretas, sea que se trate de un conflicto actual o potencial.

Sin perjuicio de ello, en la discusión del tema se vuelve oportuno mencionar algunos tipos conflictuales de manera ilustrativa, lo que permite orientar con mayor claridad los casos más paradigmáticos, debiendo hacerse la observación que los casos anotados no agotan la totalidad de los tipos de conflictos que pueden presentarse. Por otra parte, habrá de tenerse presente que las prohibiciones o conductas inhibitorias que derivan del deber de evitar los conflictos de intereses, no necesariamente son absolutas, pues, dependiendo del caso, la legislación prevé la posible autorización, lo que es estudiado posteriormente. En este sentido, consideramos adecuado seguir los supuestos planteados por HOPT³⁴⁹,

³⁴⁸ PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 34 y ss.

³⁴⁹ HOPT, Klaus J. «**Conflict of interest, secrecy and insider information of directors. A comparative analysis**», en **European company and financial law review**. Vol. X. N° 2. Págs. 176 y ss.

que en gran medida coinciden con los casos recogidos por la legislación, doctrina³⁵⁰ y jurisprudencia de los ordenamientos antes estudiados.

a) Autocontratación. Hay autocontratación cuando se realiza una transacción entre la sociedad y su administrador. El administrador emite dos declaraciones de voluntad: una por cuenta de la sociedad, y otra por cuenta propia³⁵¹. La justificación de la prohibición se contrae a que el interés personal del administrador, al contratar con la sociedad, puede distorsionar su juicio en torno al interés social, al importar su interés personal en la relación, pese a que, no constituya, *per se*, un acto desleal³⁵². La prohibición de autocontratación, envuelve tanto la compra de bienes o servicios del administrador a la sociedad, y viceversa, cuando es la sociedad la que adquiere un bien o servicio del administrador³⁵³.

En lo que concierne al tema, parece razonable aplicar el denominado *fairness test* (examen de justicia o de equidad), originario del derecho estadounidense, en el que se valoran los casos, teniendo en cuenta el resultado de la operación y su interés para la sociedad, bajo los parámetros de *fair dealing and fair price*³⁵⁴ (trato justo y precio justo). Si el trato resulta beneficioso para la sociedad, no se aparecía infracción al deber de lealtad. En este sentido se ha decantado la doctrina, que propone la evaluación de cada caso, bajo el argumento que la transacción puede ser beneficiosa para la sociedad³⁵⁵.

b) Préstamos personales. Obedece a los créditos a favor del administrador, provenientes de la compañía. El caso objeto de estudio consiste en la adquisición de préstamos de la sociedad a favor del administrador a título personal. El acto cae dentro de las prácticas desleales, principalmente porque se utilizan bienes de la sociedad para fines impropios o distintos a su finalidad. En este sentido, es aceptada la incorporación de la teoría de la

³⁵⁰ CLARK. **Op. Cit.** Pág. 142.

³⁵¹ ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 684; MITCHELL. **Op. Cit.** Pág. 482; y BOLDÓ RODA. **Op. Cit.** Pág. 251.

³⁵² GOWER. **Op. Cit.** Pág. 190.

³⁵³ VICARI, Andrea. «**Conflicts of interest of target company's directors and shareholders in leveraged buy-outs**», en **European company and financial law review**. Vol. IV. Nº 3. Pág. 346 y ss.

³⁵⁴ EISENBERG. «**Self-interested transactions**». **Op. Cit.** Pág. 1001; DORÉ. **Op. Cit.** Pág. 127; ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 686; y MITCHELL. **Op. Cit.** Pág. 484.

³⁵⁵ HERTIG, Gerard y KANDA, Hideki. «**Related party transactions**», en **The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach**. Pág. 114.

desviación de poder, procedente del derecho administrativo, como una manifestación del deber de lealtad. Así si el ejercicio de facultades por parte de los administradores se debe a motivos que no coinciden ni se acomodan al motivo objetivamente preconstituido por el ordenamiento como razón o causa de su actuar, cabe entender que éstos actúan con falta o simulación de causa³⁵⁶. Si la sociedad incluye dentro de su objeto social el préstamo de dinero, se estaría ante un caso de autocontratación. En cualquier caso, podría estimarse adecuada la aplicación del *fairness test*, para determinar la posible infracción al deber de lealtad.

c) Competencia con la sociedad. Entrar en competencia con la sociedad, sea directa o indirectamente, presupone un conflicto de intereses, por cuanto se pone en tela de juicio si se actúa por un interés particular del administrador, o a favor del interés de la sociedad que representa. Contrario a la regulación comprendida en otros ordenamientos, el Código de Comercio no prevé prohibición alguna de competir con la sociedad tras la separación del administrador de su cargo, no obstante la posible apreciación de la prohibición una vez ha cesado en su cargo, puede derivarse de otros elementos, por ejemplo, los estatutos sociales, mismos que, de estipularse expresamente, el administrador debe respetar incluso fuera del cargo, ya que se sometió a las condiciones estipuladas al aceptar el nombramiento.

d) Oportunidades corporativas. Se trata de la prohibición de no utilizar oportunidades que surgieron para la sociedad que representa. Linda con la prohibición de competencia, pero no es idéntica, ya que los actos de competencia no necesariamente conllevan oportunidades para la sociedad, pues éstos van más allá de meras transacciones. En relación, puede discutirse sobre el criterio adoptado en el derecho inglés en el caso *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver*, ER 378, 1942, en el que se estimó que, pese a que se le informó a la sociedad sobre la oportunidad y ésta decidió no hacer uso de la misma, a criterio del tribunal, dicha oportunidad debe quedar a la disponibilidad del resto de competidores. A nuestro juicio, el razonamiento de los sentenciadores no resulta aplicable al derecho hondureño, ya que, no solo se le reveló a la sociedad la oportunidad, sino que el órgano competente resolvió rechazarla, por lo que, en todo caso, no existe

³⁵⁶ ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 191 y 192.

perjuicio a la compañía o a los socios, frente a quienes el administrador debe actuar con la lealtad debida, siendo improcedente ampliar el concepto del interés social más allá de la esfera de protección de la sociedad y los socios, a otros intereses, como el comercio en general.

Si el administrador se ha enterado de una oportunidad de negocio fuera del ejercicio de su cargo, el deber de lealtad se expresa a la obligación de proponer el negocio inicialmente a la sociedad, pese a que no constituya su objeto social, por cuanto, la sociedad, puede determinar ampliar su giro, y emprender el negocio propuesto. Este fue el criterio reflejado en el fallo dictado en el caso *Phipps v. Boardman*, AC 46, 1967, en el derecho inglés.

Otro asunto de interés es el caso en que un administrador reciba una oferta personal de un tercero, para fundar una sociedad nueva cuyo objeto sea idéntico o vinculado al de la sociedad que representa. En este caso, en el derecho alemán, la sentencia dictada por la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Federal), BGH II ZR 257/84, de 23 de septiembre de 1985, consideró que la propuesta es considerada como una oportunidad para la sociedad, y que por tanto, el administrador actuó infringiendo el deber de lealtad, ordenando la restitución de las cantidades que percibió por el aprovechamiento de dicha oportunidad. Al respecto, nuestra apreciación es que la prohibición debe ser interpretada de manera razonable, confrontada con los derechos reconocidos a los individuos. El criterio adoptado por la jurisprudencia alemana parece excesivamente severa, ya que presupone limitar la libertad de empresa de los particulares, reduciendo la competencia y la innovación.

e) Fusiones y grupos de sociedades. Durante el “due dilligence”, hasta la fusión efectivamente realizada (Artículo 344 del Código de Comercio), puede que el administrador se encuentre en un conflicto de intereses, considerando su posición frente a la asamblea general que lo nombró en su cargo, y la que constituirá la nueva sociedad. En todo caso, su lealtad debe subordinarse a aquella que le dio su nombramiento, en tanto la nueva sociedad, en todo caso, lo nombre.

El problema se agudiza cuando el administrador integra el consejo de administración en dos o más sociedades del mismo grupo. Hemos de recordar que las sociedades de un grupo, no necesariamente se integran con los mismos accionistas. La *holding* o sociedad matriz, que maneja la dirección económica única³⁵⁷, pueden tener accionistas distintos a los de su filial o subsidiaria. Bajo este supuesto, el administrador deberá velar por el interés de todas aquellas sociedades en las que conforma el consejo de administración, y en caso de conflicto, debe abstenerse de actuar, e informar sobre el conflicto a las asambleas generales, trasladando la decisión a los socios.

Luego de la referencia a los casos planteados, debe anotarse que el Artículo 154 del Código de Comercio también integra el deber de evitar los conflictos de intereses, al disponer: “Los administradores y los comisarios no podrán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación del balance o a su responsabilidad.- En caso de que contravengan esta disposición, serán responsables de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad o a terceros”. Esto es conocido en la doctrina como el deber de abstención³⁵⁸, derivado del deber general de lealtad.

Tanto en la aprobación del balance, y de forma más evidente en las deliberaciones relativas a la responsabilidad del administrador se configura un conflicto de intereses; en el primer caso, porque constituye la forma mediante la que se aprueba o imprueba la gestión, es decir, es una modalidad para rendir cuentas frente a la sociedad³⁵⁹, y por tanto, el administrador estaría juzgando sobre su propia actividad desplegada; y en el segundo, porque directamente versa sobre el potencial detrimento patrimonial del administrador por actos contrarios a sus deberes, lo que inexorablemente conduce a un conflicto de intereses.

Según informa la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 8863/2012, de 26 de diciembre, ésta prohibición puede extenderse tanto si el

³⁵⁷ FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. **Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial**. Pág. 163 y ss.; y EMBID IRUJO, José Miguel. **Introducción al derecho de los grupos de sociedades**. Págs. 8 y ss.

³⁵⁸ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 50 y ss.; GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 138; GARRIGUES. **Comentario. Op. Cit.** Págs. 176 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 155; y ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Pág. 217 y 218.

³⁵⁹ COLOMBO, Giovanni E. **Il bilancio di esercizio delle società per azioni**. Pág. 339.

conflicto de intereses existe respecto del socio, como si existe respecto de la persona que ejercita en concreto el derecho de voto.

El párrafo segundo de la disposición indicada no ofrece una solución adecuada en caso de infracción, dado que no resta eficacia o validez al voto del administrador *expressis verbis*, lo que parecería más utilitario, esto, por la importancia del carácter preventivo en sede del deber de lealtad³⁶⁰. Atribuir responsabilidad por los daños y perjuicios, además de dimanar de la normativa civilista general³⁶¹, configura una salida resarcitoria, más no preventiva, sin perjuicio de la dificultad que podría presentarse en la determinación del *quantum* indemnizatorio en algunos supuestos.

Examínese el siguiente caso: un administrador único, quien también es accionista, presenta ante la asamblea general un balance con datos inexactos, mismo que es aprobado, siendo su voto decisivo para lograr la aprobación, previo a la venta de la empresa mercantil, propiedad de la sociedad.

Naturalmente, el balance es información determinante para el adquirente. El tercero contratante que compra la empresa se encontraría legitimado para ejercer una acción de responsabilidad, pero la cuantificación del daño resultaría compleja, si se argumenta, por ejemplo, que la inexactitud de la información contenida en el balance tiene el suficiente calado para haber desestimado la transacción, o que la misma se habría realizado en términos desemejantes. Lo cierto, es que las consecuencias jurídicas de la infracción por el supuesto analizado, no entrañan directamente una respuesta idónea, al menos desde la perspectiva preventiva, en relación a los intereses de la sociedad o de terceros, por lo que el quebrantamiento a la norma debe ser calificada con elevado rigor a los efectos de la indemnización procedente, sin prescindir de la prueba sobre el daño³⁶², pero

³⁶⁰ SITKOFF, Robert H. «The economic structure of fiduciary law», en *Boston University Law Review*. Vol. XCI. Pág. 1043.

³⁶¹ ALFARO ÁGUILA-REAL. *Op. Cit.* Pág. 687.

³⁶² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. *Op. Cit.* Vol I. Págs. 259 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *Op. Cit.* Págs. 209 y ss.; DÍEZ-PICAZO. *Derecho de daños*. Págs. 312 y ss.; VISINTINI. *Op. Cit.* T. II. Págs. 19 y ss.; y BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. «El resarcimiento del daño compensatorio», en *Del daño*. Pág. 216.

apreciando de forma incluyente y abierta la acción que desencadenó el mismo, y flexibilizando los criterios para valorar la relación de causalidad³⁶³.

Sin perjuicio de esto, debe considerarse la dicción del Artículo 210 reformado del Código de Comercio, disposición cuya discusión es abordada en el apartado próximo, y que prevé la no contabilización del voto del administrador en las deliberaciones en que exista conflicto de intereses. En tal sentido, siendo que todos los casos en que exista una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma (*“ubi eadem ratio, idem ius”*)³⁶⁴, considerando que la razón se inspira en la prohibición de ejercer el derecho al voto en los casos de conflicto, existiendo, pues, identidad jurídica sustancial, y por tanto paridad de motivos (argumento *“a pari”*), es admisible aseverar que otra consecuencia jurídica dimanante de la infracción del Artículo 154 del Código de Comercio, además de la prevista indemnización por daños y perjuicios, lo constituye la no contabilización del voto, lo que resultaría procedente si así lo acordará la asamblea general.

Adicionalmente el Artículo 210 reformado del Código de Comercio asimismo preceptúa la nulidad de las transacciones celebradas bajo un conflicto de intereses, sin embargo, en lo que concierne a este asunto, no consta igualdad de razón o identidad jurídica en los casos, ya que el Artículo 154 del Código de Comercio se refiere a la adopción de decisiones internas, mientras que el Artículo 210 del mismo cuerpo legal hace referencia a las transacciones celebradas con terceros, por tanto, no es posible su integración analógica al caso planteado. Por ello, al momento de la votación, es procedente que no se contabilice el voto del administrador en las decisiones comprendidas en el Artículo 154 del Código de Comercio, no obstante, consumada la infracción a la norma, el administrador deberá responder por los daños y perjuicios causados, sin que la adopción de la decisión pueda ser objeto de nulidad.

³⁶³ VON TUHR, Andreas. «Resarcimiento de daños», en **Del daño**. Págs. 75 y ss.

³⁶⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 335; AGURCIA VALENCIA, Gilma. **Introducción a la interpretación y aplicación al derecho hondureño**. Págs. 103 y ss.; RIVERA, Julio César. **Instituciones de derecho civil**. T. I. Pág. 210 y ss.; y ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. **Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico**. Pág. 236.

7.3.4. Abstenerse de hacer uso abusivo del cargo

Puede que el deber comprendido en el Artículo 222 numeral V del Código de Comercio, atinente a “abstenerse de hacer uso abusivo, directo o indirecto, de sus funciones para tomar, o hacer que otros miembros de la estructura societaria tomen decisiones contrarias al interés social”, se confunda como un tipo de los conflictos de intereses establecido en el numeral III de la norma citada. Sin embargo, el deber *sub examine*, pese a que podría catalogarse como una de las aplicaciones de la prohibición de actuar en conflicto, recoge un contenido más específico y con un matiz relacionado, pues se refiere a la prohibición de los administradores para utilizar su posición para obtener, directa o indirectamente, beneficios financieros o no financieras de terceros. La prohibición, desde una perspectiva positiva, se configura como el deber de no aceptar beneficios externos³⁶⁵.

Debe anotarse que la disposición prescribe dentro del supuesto de hecho la toma de “decisiones contrarias al interés social”, lo que podría suponer la adopción de un acuerdo que confronte el interés social para calificar la infracción al deber. Sin embargo, es inapropiado relegar las técnicas de interpretación teleológicas, las consideraciones prejurídicas y la función de la norma. Partiendo de esta premisa para desarrollar el *iter* hermenéutico, si se requiere la adopción de un acuerdo concreto contrario al interés social, la prohibición bajo estudio se muestra inacabada, ya que no se estarían limitando las prácticas desleales en aquellos casos en que no se hayan adoptados decisiones, o en la transacción que trae beneficios a la sociedad o que resulta inocua³⁶⁶.

Para ilustrar el supuesto, sitúese en el caso en el que se le ha ofrecido un negocio a la sociedad, que objetivamente representaría ganancias para la misma, y en la que, el tercero contratante, estaría dispuesto a brindar un “incentivo” al administrador en su carácter personal, siempre y cuando se celebre el negocio. En este caso, puede que la operación sea ventajosa para la sociedad, y por tanto no se produzca una lesión directamente, sin embargo, beneficiosa para la sociedad o no, la conducta es censurable desde que se obtiene una ventaja o beneficio por el desempeño del cargo, fuera de los

³⁶⁵ HOPT. «Conflict of interest». *Op. Cit.* Pág. 180.

³⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL. *Op. Cit.* Pág. 688.

emolumentos que la sociedad le provee al administrador (Artículo 168 numeral III del Código de Comercio), ya que no es de recibo considerar que los beneficios obtenidos en la gestión a través de conductas oportunistas puedan ser parte de la remuneración³⁶⁷. En general, el hecho que la transacción sea perjudicial para la sociedad, o no, resulta irrelevante³⁶⁸.

Del caso examinado se colige que el administrador se estaría lucrando a expensas de la sociedad, lo que riñe con el deber de lealtad³⁶⁹. Empero, cabe cuestionar la razón por la que aceptar el “incentivo” resulta reprochable, si la transacción es beneficiosa o inocua para la sociedad y el “incentivo” no obedece a un motivo corrupto. La respuesta descansa en la justificación de la prohibición de hacer uso abusivo de la función. El asunto no se límite a una mera apreciación moral.

En primer lugar, se entiende que el hecho de revivir una ventaja, patrimonial u otro aliciente de cualquier naturaleza, es idóneo para debilitar la posición de autonomía, libertad e independencia de juicio del administrador. La prohibición es conocida como la regla “ningún beneficio”³⁷⁰, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía³⁷¹. En segundo lugar, citando a DÍEZ-PICAZO, todas las “ventajas económicas deben atribuirse siempre al principal y ha de entenderse que pertenecen directamente a éste, y que en esa medida el gestor, si el principal no recibiera la atribución, además de infringir gravemente sus obligaciones, resultaría deudor de aquél”³⁷². Entonces, el beneficio que obtuviera el administrador, se configura como una cesión no consentida de la riqueza del principal³⁷³, lo que implica un conflicto que justifica la infracción al deber.

Bajo esta perspectiva, si el negocio también pudo conllevar un “extra” para el administrador, significa que ese “extra” debió ser enterado a la sociedad. El supuesto estudiado implica en el fondo un conflicto de intereses, pues, aunque el negocio fuere

³⁶⁷ DÍEZ-PICAZO. **La representación. Op. Cit.** Pág. 107.

³⁶⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 688.

³⁶⁹ LLEBOT MAJÓ. **Los deberes de los administradores. Op. Cit.** Págs. 91 y ss.; y DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 132.

³⁷⁰ ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Pág. 231.

³⁷¹ BOLDÓ RODA. **Op. Cit.** Pág. 258.

³⁷² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. I. Pág. 518; VON TUHR. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 150; y DÍEZ-PICAZO. **La representación. Op. Cit.** Pág. 107.

³⁷³ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 226.

provechoso para la sociedad, el beneficio fue limitado, ya que pudo ser mayor si se le adicionara la parte ofrecida al administrador, *ergo*, el administrador subordinaría el interés de la sociedad al personal, quebrantando el deber de lealtad.

La improcedencia de exigir la toma concreta de “decisiones contrarias al interés social” como presupuesto comprendido en la norma comentada, se pone de manifiesto en aquellos casos en los que no existe la adopción de un acuerdo. Verbigracia, plantéese el caso en el que un tercero potencial contratante, ofrece un “incentivo” al administrador, con el objeto que lo tenga presente en futuras negociaciones de la sociedad. En este supuesto, al momento de recibir el primer beneficio económico no se ha adoptado una decisión contraria al interés social. Sin embargo, la conducta condiciona el actuar del administrador, por tanto, deviene censurable al estarse ejerciendo un uso abusivo del cargo, pues, la aceptación del “incentivo” constituye el germen de un potencial conflicto de intereses.

Por lo expuesto, se aprecia la necesidad de interpretar de forma extensiva el presupuesto de la toma de “decisiones contrarias al interés social” para estimar la infracción al deber de lealtad, pudiendo apreciarse desde un postura potencial o *in abstracto*, ya que, no necesariamente al momento en que se produzca la infracción se ha adoptado una decisión, sino que ésta puede diferirse a un momento futuro. Es decir, el grado de certeza respecto a la celebración del acto en el que conste un conflicto de intereses es irrelevante a estos efectos, pues basta la mera posibilidad de un futuro conflicto.

7.3.5. No revelar secretos o información confidencial

Pese a su falta de regulación en el Código de Comercio, la doctrina mantiene que un deber derivado del deber general de lealtad de los administradores, lo constituye la no revelación de secretos o de información confidencial³⁷⁴. En el derecho comparado, el deber es recogido expresamente en el derecho italiano (Artículo 2622 del *Codice Civile*),

³⁷⁴ HOPT. «**Conflict of interest**». **Op. Cit.** Págs. 183 y ss.; MARTÍNEZ SANZ. «**De los administradores**». **Op. Cit.** Pág. 1326; LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 49 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 162; VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 433 y ss.; y ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 204 y ss.

alemán (§ 93.1 de la *Aktiengesetz*), francés (Artículo L 225-37 del *Code de Commerce*) y español (Artículo 228 literal b de la Ley de Sociedades de Capital).

A nuestro juicio, el deber de secreto efectivamente es apreciable en el derecho hondureño como una manifestación del deber de lealtad³⁷⁵. Procurando encuadrar el deber de secreto en la legislación hondureña, resultan relevantes los Artículos 73 y concordantes de la Ley de Propiedad Industrial, pues, el administrador que conoce de un secreto industrial y lo divulga, se sitúa dentro del supuesto de hecho contemplado en el Artículo 76 de la Ley aludida, en virtud de un abuso de confianza, infidencia, o incumplimiento del deber de lealtad.

Sin embargo, el deber de secreto se extiende más allá de la información calificada como secreto industrial. La información secreta, no solo comprende aquella catalogado como tal, sino que se ensancha a toda aquella que la sociedad mantiene como reservada en sentido amplio, es decir, que no ha determinado hacer pública. En este sentido se orienta la sentencia proferida en el derecho alemán por la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Federal), BGHZ ZR 384/03, de 24 de enero de 2006.

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 7170/2011, de 4 de octubre, determinó que existe vulneración al deber de secreto, cuando: a) la información, cualquiera que sea su naturaleza (datos, informes o antecedentes), sea confidencial, b) que el conocimiento de la información se haya adquirido como consecuencia del ejercicio del cargo, aunque no necesariamente en el ejercicio del mismo; y c) que la comunicación o divulgación sea apta para provocar consecuencias perjudiciales de cualquier tipo para el interés social. Además añadió que para que la acción prospere, es preciso que la información se comunique o divulgue a terceros y que quien reciba la información no tenga derecho a ser informado. La Sala estableció que el deber de secreto no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, admitiendo ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de tráfico peligroso.

³⁷⁵ QUIJANO GONZÁLEZ. *Op. Cit.* Pág. 203; DÍAZ ECHEGARAY. *Op. Cit.* Pág. 162; y VILLEGAS. *Op. Cit.* T. II. Págs. 432 y ss.

Desde luego que el deber de secreto respecto a la información considerada reservada o no revelada, debe pasar por el tamiz de la razonabilidad. Así, el administrador se encuentra en la obligación de revelar información de esta naturaleza, por ejemplo, para evitar daños a la sociedad. Este fue el criterio expresado en la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 759/2012, de 4 de octubre.

Dicho esto, el asunto que reclama su incorporación en el ordenamiento, es la extensión del deber al caso en que el administrador haya cesado en su cargo. El Código de Comercio no prevé prohibición alguna en torno a confidencialidad sobre asuntos importantes, tales como el “*know how*”, tras la separación del administrador, poniendo en real o potencial desventaja a la sociedad³⁷⁶, al poseer el administrador información de carácter confidencial a la que tuvo acceso durante ocupó el cargo; verbigracia, lista proveedores y clientes, costes de producción y formas de financiamiento³⁷⁷. En relación al tiempo que dura la obligación, la doctrina dominante mantiene que el plazo es indefinido³⁷⁸.

En tal sentido, las cláusulas estatutarias pueden comprender la prohibición, incluso después de cesar en el cargo, bajo el argumento que, al aceptar el nombramiento en las condiciones establecidas, el administrador se somete a las mismas, no solo como representante de la sociedad, sino en su condición personal. Sin perjuicio de lo anterior, una vez cesado en su cargo, la falta de regulación estatutaria o legal expresa sitúa al administrador fuera del campo de la responsabilidad por el ejercicio de su cargo, pero quedando sometido a las reglas civilistas en general³⁷⁹, concretamente del derecho de daños³⁸⁰.

³⁷⁶ CASTELLANO, María José. «**Artículo 232. Deber de secreto**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. T. I. Pág. 1664; y ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 212 y ss.

³⁷⁷ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 107; y SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 213 y ss.

³⁷⁸ ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Pág. 214; VICENT CHULIÁ. **Compendio crítico. Op. Cit.** T. I. Pág. 649; y DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 63.

³⁷⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 687.

³⁸⁰ DÍEZ-PICAZO. **Derecho de daños. Op. Cit.** Págs. 314 y ss.; y ROCA, Encarna. «**La obligación jurídica de reparar el daño**», en **Del daño**. Págs. 7 y ss.

7.3.6. Revelar la situación de conflicto

El Artículo 222 numeral IV del Código de Comercio, impone al administrador el deber de “asegurar que los convenios enunciados en el Artículo 210 sean autorizados por los órganos societarios competentes”. Esto es, lo que en el derecho anglosajón se conoce como el deber de *disclosure*, en el que el administrador se obliga a informar al órgano social competente sobre el actual o potencial conflicto de intereses, pretendiendo la correspondiente autorización, constituyendo la dimensión positiva del deber de lealtad³⁸¹. Acertadamente, la reforma a la legislación comercial comprendió el deber de manera expresa, mismo que resulta dimanante de la posición gestora³⁸² del administrador. Como ha sido señalado por la doctrina, la comunicación del conflicto debe hacerse aportando información detallada sobre todos los elementos constitutivos del conflicto³⁸³.

El Artículo 210 del Código de Comercio precisa tres supuestos sobre los que pesa una presunción *iuris et de iure* en cuanto a la consideración de transacciones entre partes vinculadas. En primer lugar, integra las transacciones entre la sociedad y uno de sus administradores. Esto es la ya referida autocontratación, en su versión directa. En segundo lugar, prescribe las transacciones entre la sociedad y terceros en las que el administrador tenga algún interés, y las autocontrataciones realizadas a través de interpósita persona, es decir, de manera indirecta. Finalmente, en tercer lugar, la disposición establece las transacciones realizadas entre dos sociedades en las cuales el administrador integra el órgano de administración de ambas. Nótese la dicción impropia del Artículo en mención, al establecer “la sociedad y otra empresa” en el supuesto de hecho, pues equipara los términos “sociedad” y “empresa”, mismos que no deben confundirse; la sociedad es la persona jurídica, y la empresa el bien mueble (Artículos 644 y 646 del Código de Comercio)³⁸⁴.

³⁸¹ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad. Op. Cit.** Pág. 227.

³⁸² LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Pág. 41; Díez-PICAZO. **La representación. Op. Cit.** Pág. 103; MERCADAL VIDAL. **El contrato de agencia. Op. Cit.** Pág. 106; y VELASCO SAN PEDRO. **Op. Cit.** Pág. 360.

³⁸³ BOLDÓ RODA. **Op. Cit.** Pág. 264; y SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 183 y ss.

³⁸⁴ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. I. Págs. 20 y ss.

Según informa la disposición estudiada, las transacciones enunciadas deben ser sometidas a autorización, siguiendo los siguientes términos: “Si la transacción o la suma de varias transacciones con la misma contraparte durante el mismo período es inferior al cinco por ciento (5%) de los activos de la sociedad, esta debe ser autorizada por el consejo de administración. Cuando la transacción o la suma de varias transacciones con la misma contraparte durante el mismo período exceda al cinco por ciento (5%) de los activos de la sociedad, esta debe ser autorizada por la asamblea extraordinaria de accionistas”.

La redacción de la norma no es la más afortunada, pues adolece de claridad sobre algunos elementos. Por tanto, es menester denunciar las incorrecciones encontradas y dilucidar la *ratio* del precepto, de tal suerte que permita que la norma despliegue los efectos para los que fue concebida.

La disposición discutida comprende dos escenarios, que se distinguen por la valuación económica de la transacción y por el órgano autorizante. Se colige que el espíritu de la norma es determinar al órgano societario competente para otorgar la autorización del acto sobre el que pesa un conflicto de intereses, atendiendo a la importancia o trascendencia económica de la transacción. Si sobre la misma recae un conflicto de intereses de menor relevancia económica, basta la autorización del consejo de administración. En cambio, si la transacción es de mayor entidad, se requerirá la convalidación de la asamblea extraordinaria.

Pues bien, la primera problemática que presenta la norma es la determinación de la graduación económica que debe considerarse trascendente, y de este determinar el órgano social al que le corresponder decidir sobre la transacción. Si se estudia detenidamente la disposición, se denota que el parámetro para ello es impuesto por los activos de la sociedad. En tal sentido, se aprecia que la disposición estudiada comprende los casos en los que la transacción es: a) “inferior al cinco por ciento (5%) de los activos de la sociedad”; y b) “exceda al cinco por ciento (5%) de los activos de la sociedad”.

Entonces cabe debatir sobre lo que sucede cuando la transacción equivale al cinco por ciento (5%) de los activos de la sociedad, es decir, cuando no es inferior, ni excede tal

cantidad. Frente a la inconclusa redacción, con base en el conocido adagio latino “*qui potest plus, potest minus*” (quien puede lo más, puede lo menos), aplicando un razonamiento “*a majori ad minus*”³⁸⁵, es procedente admitir que en este caso corresponde a la asamblea general autorizar la transacción, ya que ésta se encuentra con la potestad suficiente para autorizar aquellas que sobrepasan el cinco por ciento (5%) de los activos, y por tanto, aquellas que equivalen a dicha cantidad de activos.

La segunda problemática no parece tener una solución tan sencilla. Ésta se refiere a la determinación económica de la transacción. La norma prescribe que se debe considerar el valor de la “transacción o la suma de varias transacciones con la misma contraparte durante el mismo período”. En relación, resta dilucidar dos aspectos fundamentales. El primero, es la importancia de la identidad de la contraparte; el segundo lo constituye el aspecto temporal, esto es el “mismo período” al que se refiere la disposición.

En relación al primer aspecto, parece ser que de forma inadecuada, el legislador atendió a extremos discordantes, como lo es la identidad de la parte con la que se contrata para totalizar al monto de las transacciones. De la dicción de la disposición no es posible soslayar que la misma comprende la importancia de la contraparte, y por tanto, el monto se determina por cada tercero con el que se contrata. Es decir, si el administrador en conflicto informa sobre dos transacciones que representan, cada una, el cuatro por ciento (4%) de los activos sociales, a distintas partes, aunque sumadas equivaldrían al ocho por ciento (8%), la decisión sobre la aprobación corresponde al consejo de administración y no a la asamblea, ya que, por cada parte contratante, no se llega al cinco por ciento (5%) de los activos. A manera de comentario, si el conflicto de intereses se configura porque el administrador puede tener un interés particular en determinadas transacciones, no se explica la relevancia respecto a la identidad de la otra parte contratante. Si, por ejemplo, se celebran varias transacciones menores al cinco por ciento (5%) de los activos, con diferentes partes, pese a que la suma exceda de dicho porcentaje, el órgano autorizante será el consejo de administración, dado que no existe identidad en el tercero, lo que no parece ajustarse a la finalidad de la disposición, si la

³⁸⁵ GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 336; EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **La argumentación en la justicia constitucional española.** Pág. 152; y AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Págs. 103 y ss.

razón de la norma es otorgar mayor protección del principal frente a las transacciones importantes económicamente, sean individual o en conjunto.

En cuanto al segundo aspecto, no existe nitidez respecto al “mismo período” al que se refiere la norma, ello resulta en una disposición insuficiente en su literalidad. A nuestro parecer, se entiende contraída al periodo en el que se celebran las transacciones. Entonces, toda vez acabada la negociación sobre la transacción o sobre aquellas originalmente previstas, se interrumpe el periodo, y por tanto, debe contabilizarse nuevamente, aunque se celebren nuevas transacciones con la misma parte. Si un administrador plantea una transacción, una vez terminada la negociación y realizada la misma, siempre que no conste la previsibilidad de una nueva transacción concreta, todas las posteriores deberán ser aprobadas sin contar la primera. En caso que se pacten transacciones periódicas, se debe atender a la suma o resultado económico de todas las transacciones, hasta su finalización prevista.

La tercera problemática estriba en la determinación del valor de los activos. Para ello, a nuestro juicio, no debe atenderse al reflejado en el balance general aprobado por la asamblea, sino al balance mensual correspondiente al mes en el que se presenta la transacción a aprobación, debido a que el carácter fluctuante de los activos puede variar dramáticamente en cortos periodos de tiempo, a consecuencia del dinamismo del mercado.

Analizados estos aspectos, cabe agregar que el Artículo 210 del Código de Comercio establece que el administrador interesado debe abstenerse de votar en las resoluciones en las que se discuta el destino de las transacciones, y en caso de hacerlo su voto no podrá ser contabilizado. De este modo se materializa la limitación del poder del administrador en caso de conflicto.

Asimismo, la disposición *in comento* prescribe la nulidad de tales transacciones en los siguientes casos: a) si no se respetan las condiciones y el procedimiento anteriormente discutido; y b) si éstas causan un perjuicio económico a la sociedad o a los accionistas. De esta manera, el acto es viciado de nulidad sin que se reconozca el derecho de terceros. Por tanto, siguiendo al derecho estadounidense, la aprobación no exime la

posible revisión judicial de la transacción, resultando aplicable que, en caso que no exista aprobación, el estándar debe ser más severo, exigiendo un trato y precio justo (*fair dealing and fair price*)³⁸⁶ y que la operación sea de interés para la sociedad, y en caso que exista aprobación, debe reducirse su nivel de exigencia³⁸⁷. En todo caso, la carga de la prueba sobre el trato y precio justo recae sobre el administrador al que se le atribuye actuar en conflicto³⁸⁸.

Siendo que la norma no autoriza expresamente a las partes la potestad de disponer sobre esta materia, y considerando que comprende un procedimiento especial, el asunto es indisponible y no puede ser alterado por la autonomía de la voluntad. En consecuencia, cualquier pacto en contrario en los estatutos de la sociedad se considera nulo, debiendo atenerse al procedimiento legalmente señalado, sin que, *a priori*, se puedan conceder determinadas transacciones. Lo anterior, por el sentido protector de la reforma, pues, si un inversionista planea invertir en una sociedad, debe contar con los mecanismos de control establecidos legalmente, sin que los estatutos lo condicionen a las autorizaciones previas al planteamiento del conflicto. Un elemento que resulta procedente comprender en los estatutos sociales, es la previsión de cláusulas penales³⁸⁹ (Artículo 1417 del Código Civil) en caso de infracción al deber de lealtad, debido a que no existe prohibición expresa que lo desautorice.

Por otro lado, siguiendo el método de integración analógico, constando una misma razón jurídica y por tanto paridad de motivos (argumento "*a pari*")³⁹⁰, es procedente que la autorización en caso de conflicto de intereses se extienda a los casos no comprendidos expresamente en el Artículo 210 del Código de Comercio, esto es, aquellos conflictos fuera de la autocontratación directa o indirecta, o la contratación interesada por el administrador, verbigracia, entrar en competencia con la sociedad, siempre que no entrañe un acto ilegal. Y es que si bien la norma enuncia supuestos concretos, tampoco prohíbe la autorización en los demás casos de conflictos que se puedan presentar. En

³⁸⁶ EISENBERG. «**Self-interested transactions**». **Op. Cit.** Pág. 1001; DORÉ. **Op. Cit.** Pág. 127; ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 686; y MITCHELL. **Op. Cit.** Pág. 484.

³⁸⁷ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad**. **Op. Cit.** Págs. 290 y ss.

³⁸⁸ EISENBERG. «**Self-interested transactions**». **Op. Cit.** Pág. 1005; y PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 87 y ss.

³⁸⁹ RIBAS FERRER. **El deber de lealtad**. **Op. Cit.** Pág. 410.

³⁹⁰ GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 335; y AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 103.

relación, aplicando un razonamiento “*a majori ad minus*”³⁹¹, en los casos no previstos, correspondería a la asamblea general la aprobación de los actos en los que exista conflicto de intereses.

En síntesis, puede afirmarse que la infracción al deber de lealtad se entenderá que concurre, cuando el administrador actúa en conflicto de intereses sin la autorización del órgano social competente, o, en los casos de autocontratación o contratación interesada, aun contando con dicha autorización, si causa un perjuicio a la sociedad o a sus accionistas. En todo caso, la responsabilidad por infracción al deber general de lealtad conlleva no solo la reparación del daño, sino también la devolución del beneficio que le haya procurado la vulneración al deber³⁹², en caso de plantearse la acción por enriquecimiento injusto³⁹³.

³⁹¹ EZQUIAGA GANUZAS. **Op. Cit.** Pág. 152; GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 336; y AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Págs. 103 y ss.

³⁹² SITKOFF. **Op. Cit.** Págs. 1048 y ss.; LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 55 y ss.; HERNANDO CEBRIÁ. «**Presupuestos del deber de lealtad**». **Op. Cit.** Pág. 149; y EMPARANZA SOBEJANO. **Op. Cit.** Págs. 300 y ss.

³⁹³ PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. IV. Pág. 64 y ss.; y DÍEZ-PICAZO. **Fundamentos de derecho. Op. Cit.** Vol. I. Págs. 89 y ss.

CAPÍTULO VIII

8. Los deberes particulares

8.1. Preliminar

Complementando los deberes generales de diligencia y lealtad, el ordenamiento jurídico hondureño contempla una serie de deberes particulares de los administradores. Éstos son impuestos por disposición normativa, sin perjuicio de aquellos que derivan de los deberes generales. Siguiendo a LLEBOT MAJÓ, los deberes específicos aludidos pueden clasificarse atendiendo al ámbito subjetivo frente a quien se exigen: a) a la sociedad; b) a los accionistas; y c) a los terceros³⁹⁴. Debe aclararse que los deberes enunciados en el presente capítulo dimanar de la legislación, no obstante, los pactos estatutarios pueden comprender otros deberes particulares³⁹⁵, siempre derivados de la naturaleza del cargo.

8.2. Deberes frente a la sociedad

Los deberes frente a la sociedad comprenden el contenido más amplio de los deberes particulares. Ante la sociedad, el Código de Comercio distingue los siguientes deberes:

a) Cumplir los acuerdos de la asamblea general. Corresponde a los administradores cumplir con los acuerdos de la asamblea general, como máxima autoridad en la estructura societaria³⁹⁶. En relación al órgano de administración, BRUNETTI informa que “sería inexacto afirmar que sea un órgano puramente ejecutivo de los acuerdos de la asamblea general, porque la función administrativa es más importante y supone continuidad de ejercicio”³⁹⁷.

³⁹⁴ LLEBOT MAJÓ. «Los deberes y responsabilidades». **Op. Cit.** Págs. 53 y ss.

³⁹⁵ VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 432 y ss.

³⁹⁶ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 390; y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Págs. 569 y ss.

³⁹⁷ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 473.

En la legislación hondureña, además de la calificación expresa de la asamblea general como órgano supremo (Artículo 165 del Código de Comercio), de lo que es posible colegir la relación de autoridad y jerarquía superior frente al órgano de administración, el Artículo 226 numeral II del Código de Comercio exime de responsabilidad a los administradores que hayan procedido en cumplimiento de los acuerdos de la asamblea general que no sean “notoriamente ilegales”, lo que confirma el deber comentado. La imprecisión de la expresión “notoriamente ilegales”, ha sido denunciada ya por MARADIAGA, quien advierte que la letra de la disposición evoca que la simple ilegalidad del acuerdo no es presupuesto para exigir responsabilidad a los administradores, pues la ilegalidad del acto debe ser notoria³⁹⁸. Infortunadamente la imprecisión pasó por alto al legislador, que tras la reforma conservó la dicción original, pese a que la disposición sufrió alteraciones. Lo cierto es que es el propio órgano de administración quien debe evaluar la legalidad o ilegalidad del acuerdo de la asamblea general de que se trate.

b) Convocar a las asambleas. El Artículo 174 del Código de Comercio impone el deber de convocar a las asambleas de forma compartida a los administradores y a los comisarios, sin embargo, si coinciden, concede preeminencia a la convocatoria hecha por los primeros, fundiendo ambas órdenes del día. El deber discutido, como expresión del deber de administrar³⁹⁹, entraña también una manifestación de la vigilancia ejercida por los comisarios, que, en caso de incumplimiento por parte de los administradores, o en el supuesto que no incluyan en el orden del día puntos importantes a tratar, poseen la potestad de convocar a las asambleas e integrar aquéllos puntos relevantes.

Informa el Artículo 173 del Código de Comercio, que la asamblea general debe convocarse mediante un aviso dirigido a los accionistas, que debe contener: a) fecha; b) hora; c) lugar; d) orden del día de la reunión; e) denominación de la sociedad, con caracteres aparentes que la distingan; y, en su caso, d) requisitos que deberán cumplirse

³⁹⁸ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 391.

³⁹⁹ MORALEJO, Ignacio. «**Artículo 167. Deber de convocar**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. T. I. Págs. 1231 y ss.

para poder participar en ella. Los requisitos anteriores constituyen normas imperativas, *ergo*, son indisponibles por las partes o los estatutos⁴⁰⁰.

Las reuniones en primera y en segunda convocatoria, se anunciarán simultáneamente; las fechas de reunión estarán separadas, cuando menos, por un lapso de 24 horas (Artículo 181 del Código de Comercio). La publicación debe realizarse por una sola vez en el Diario oficial “La Gaceta”, o en un diario de circulación nacional, salvo pacto distinto comprendido en los estatutos, con excepción de las publicaciones sobre reducción de capital, fusión, transformación y liquidación de sociedades, que deben realizarse en tres publicaciones, con intervalo de cinco días entre cada una, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 6 de las Disposiciones Generales y Transitorias del Código de Comercio, reformado por el Artículo 9 de la Ley de Simplificación Administrativa.

Salvo que los acuerdos se adoptaran en asamblea universal, por unanimidad de votos, aquellos acuerdos precedidos de la omisión de cualquier de los requisitos antes señalados, o si en la convocatoria se consignaron datos inexactos, son nulos. Ello, por cuanto el Artículo 193 numeral II del Código de Comercio prescribe que son nulos los acuerdos cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en los Artículos 177, 178 y 179 del Código de Comercio, salvo que al momento de la votación estuvieran representadas la totalidad de las acciones y ningún accionista se opusiere a la adopción del acuerdo.

Todas las etapas que confluyen a la regularidad del acto asambleario deben ser cumplidas estrictamente, porque todas son formativas y conducen a la resolución final⁴⁰¹. En tal sentido, el precepto citado extiende la nulidad del acuerdo al caso que la convocatoria no se publicara con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto de 15 días antes de la fecha señalada para la reunión (Artículo 179 del Código de Comercio). La nulidad resulta de una convocatoria publicada fuera de los plazos, lo que equivaldría a una convocatoria con información incompleta o errada, pues de otra manera, se conculcan los intereses de los socios. De este modo se configura la

⁴⁰⁰ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 115 y ss.

⁴⁰¹ NISSEN, Ricardo A. **Curso de derecho societario.** Págs. 445 y ss.

denominada irregularidad formal⁴⁰². No es de recibo mantener la preeminencia del plazo de la convocatoria por encima de la información que la misma contiene. La información incompleta o errada de la convocatoria, califica ésta como no realizada, y por tanto, el supuesto de hecho se subsume en el Artículo 193 numeral II del Código de Comercio.

El Artículo 180 del Código de Comercio, exige que se convoque a los comisarios por medio de tarjeta certificada, deber impuesto consecuentemente a los administradores; no obstante resta anotar que la falta de presencia de los comisarios no es causa de invalidez de los acuerdos adoptados en la asamblea⁴⁰³. Por su parte, los Artículos 175 y concordantes del Código de Comercio, prevén un mecanismo a través del cual los mismos accionistas pueden solicitar al órgano jurisdiccional la convocatoria, en caso de omisión por parte de los administradores y comisarios.

c) Formular las cuentas. Introducido por el Artículo 440 del Código de Comercio, el ordenamiento asigna a los administradores la obligación de poner el balance general a disposición de los comisarios por un lapso no menor de 15 días, dentro de los tres primeros meses siguientes a cada ejercicio. Una vez presentado a los comisarios, éstos deben presentar su informe para que den cuenta con él a la asamblea general dentro de 15 días. En el fondo, se trata de una modalidad para rendir cuentas frente a la sociedad por parte del órgano de administración⁴⁰⁴, ya que en él se reflejan los resultados de su gestión. En general se impone un deber de confeccionar los balances, sean anuales o mensuales, incluyendo el estado de ganancias y pérdidas⁴⁰⁵.

d) Verificar los requisitos de las acciones y llevar un registro detallado de las mismas. En relación con las acciones y los certificados preferentes, corresponde al administrador y a los encargados de su emisión, la observancia de que cumplan con los requisitos legales, respondiendo por los daños y perjuicios causados a sus tenedores, según lo establecido en el Artículo 131 del Código de Comercio.

⁴⁰² GIL ECHEVERRY. **Op. Cit.** Pág. 181.

⁴⁰³ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 473.

⁴⁰⁴ COLOMBO. **Op. Cit.** Pág. 339; y ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. «**Artículo 153. Reserva de las participaciones recíprocas**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. T. I. Págs. 1165 y ss.

⁴⁰⁵ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 391.

Asimismo, los administradores deben llevar un registro detallado de las acciones. Esto se infiere, en primer término, del Artículo 243 del Código de Comercio, que faculta al accionista al que la sociedad no le otorgó el derecho de suscripción preferente (suscripción de las acciones que se emitan en caso de aumento del capital social), a exigir que la sociedad cancele y emita a su favor el número debido de acciones de las suscritas por quienes las adquirieron sin derecho, volviendo responsables a los administradores del pago de daños y perjuicios causados al accionista si no se pudieran cancelar las acciones por no determinarse quiénes las adquirieron indebidamente. En segunda instancia, se deduce del Artículo 137 del mismo cuerpo legal, que si bien no lo expresa de forma taxativa, hace responsable a los administradores solidariamente con la sociedad, por la negativa injustificada para inscribir a un accionista en el registro.

e) Cancelar las acciones. De conformidad con el Artículo 121 del Código de Comercio, si en el plazo de un mes a partir de la fecha en que debiera hacerse el pago de la exhibición no se hubiere iniciado la reclamación judicial o no hubiere sido posible vender las acciones a un precio que cubra el valor de la exhibición, se declararán canceladas, procediéndose a la reducción del capital social. Resulta razonable afirmar que corresponde al administrador enajenar las acciones adquiridas irregularmente⁴⁰⁶ y en su caso declarar las acciones canceladas, al tratarse de un asunto de naturaleza administrativa. Relacionado a lo anterior, se encuentra el deber de recoger las cantidades ya depositadas por los suscriptores en la institución designada por los fundadores (Artículo 100 del Código de Comercio). En cuanto a la reducción de capital, el acuerdo debe publicarse (Artículo 243 del Código de Comercio), y al tratarse de un asunto administrativo, éste es atribuido igualmente al órgano de administración.

f) Llevar los libros contables y sociales. Los Artículos 137, 141, 191, 305 y 431 y siguientes del Código de Comercio, y 43 del Código Tributario, asignan la obligación de llevar diversos libros y registros, relacionados con la actividad que realice, en este caso, la

⁴⁰⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. «Los negocios de la sociedad con las propias acciones», en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima**. Págs. 204 y ss.; y GARCÍA-CRUCES, José Antonio. «Artículo 139. Consecuencias de la infracción», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. T. I. Págs. 1070 y ss.

sociedad. El deber es impuesto a los administradores, por la naturaleza de la obligación discutida.

Es propio relacionar el efecto frente a terceros, de la formulación y presentación de las cuentas. El hecho que los administradores hayan presentado el balance y éste haya sido aprobado por la asamblea general, no tiene efectos de ratificación o confesión extrajudicial de las obligaciones que en él se consignan⁴⁰⁷. Si una deuda aparece en el balance de la sociedad, y éste fuere aprobado por la asamblea general, no quiere decir que se haya ratificado la deuda ni renunciado a la posibilidad de alegar las excepciones que en derecho resulten procedentes, pues tal reconocimiento de deuda debe buscarse en los libros de contabilidad de la sociedad junto con los documentos primarios de donde provienen éstos⁴⁰⁸.

g) Presidir las asambleas. Según establece el Artículo 184 del Código de Comercio, salvo estipulación contraria contenida en los estatutos, corresponde al administrador único o al presidente del consejo de administración presidir las asambleas ordinarias y extraordinarias.

h) Dirigir y vigilar a los gerentes. Al tenor del Artículo 223 del Código de Comercio, aunque el gerente haya sido designado por la asamblea general, los administradores deben dirigir y vigilar sus actuaciones. La disposición consagra la responsabilidad por *culpa in vigilando*, pues admite la responsabilidad de los administradores por los daños que ocasionen los gerentes a la sociedad, derivados de su actuación dolosa o culposa en el cumplimiento de sus deberes.

i) Regularizar la sociedad. Según indica el Artículo 17 del Código de Comercio, los que realicen actos jurídicos como representantes de una sociedad irregular, responden solidariamente por el cumplimiento de los mismos frente a terceros. Ello impone indirectamente al administrador de la sociedad irregular, una obligación de regularizar la misma, ya que, caso contrario, responden por los daños y perjuicios causados.

⁴⁰⁷ COLOMBO. **Op. Cit.** Págs. 365 y ss.; FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Pág. 578; y GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 73 y ss.

⁴⁰⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 80 y ss.

j) Redactar los nuevos estatutos o las modificaciones en caso de fusión o transformación de sociedades. El Artículo 348 del Código de Comercio, impone a los representantes de las sociedades fusionadas la obligación de redactar los nuevos estatutos o las modificaciones necesarias en los de la sociedad absorbente. Al referir a los representantes, en consonancia con el Artículo 209 del mismo texto normativo, éstos no pueden ser otros que los administradores. La disposición es aplicable al caso de transformación, al tenor del Artículo 354 del Código de Comercio.

k) Ejecutar la fusión de sociedades. El Artículo 348 del Código de Comercio, expresa que la ejecución de la fusión corresponderá a quienes especialmente sean designados y, en su defecto, a los administradores de la sociedad nueva o de la absorbente. En este caso, los administradores se convierten en meros ejecutores.

l) Entregar los bienes, libros y documentos a los liquidadores. En caso de liquidación, la entrega mediante inventario, de todos los bienes, libros y documentos de la sociedad a los liquidadores, corresponde a los administradores, en armonía con lo dispuesto en el Artículo 335 del Código de Comercio.

m) Continuar desempeñando el cargo mientras no tomen posesión los administradores nuevamente nombrados. Así lo establece el Artículo 213 del Código de Comercio, aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados.

8.3. Deberes frente a los accionistas

Derivado de la naturaleza y función del cargo, los administradores tienen obligaciones frente a los accionistas individualmente considerados, entre los que pueden enunciarse los siguientes:

a) Deber de información. Un aspecto capital de la reforma comercial lo constituyen las modificaciones sufridas al deber de información de los accionistas, que si bien fue introducido en la letra original de la normativa mercantil, fue tratado sustancialmente en armonía con el espíritu protector de los inversionistas en el marco de la reforma. El Artículo 157 reformado del Código de Comercio, establece que el accionista tiene derecho a solicitar por escrito, en todo momento, cualquier documento interno de la

misma, salvo los documentos que puedan constituir un secreto corporativo. La disposición indica que la información debe ser solicitada a los “directivos de la sociedad”, esto son innegablemente los miembros del órgano de administración.

El Artículo referido define “secreto corporativo”, como “todo documento que su divulgación a personas no autorizadas pueda causar un daño irreparable a la sociedad”. Asimismo, desde un enfoque negativo, expresa que no pueden ser considerados secretos corporativos los estatutos de la sociedad, minutas del consejo de administración, minutas de la asamblea de accionistas, estados financieros, informes anuales, contratos de compraventa realizados por la sociedad, libros de contabilidad o el registro de títulos o acciones. Cualquier disposición de los estatutos en contra, es nula *ipso iure*.

La norma establece un mecanismo especial a través del cual lo accionistas pueden obtener la información en caso de incumplimiento por parte de los administradores, ya sea por omisión o por rechazo. Se otorga legitimación al accionista para presentar una solicitud al órgano jurisdiccional competente para que éste nomine uno o varios expertos competentes, quienes podrán acceder a todos los documentos de la sociedad para proveer la información requerida, autorizándose asimismo, por parte de los expertos, la elaboración de un informe sobre una o varias operaciones de gestión en caso de que los accionistas tengan serias y justificadas dudas sobre el correcto manejo de los negocios de la sociedad. Las competencias del experto serán definidas por el órgano jurisdiccional y sus honorarios corren por cuenta de la sociedad. Los documentos o el informe solicitado deberán ser dirigidos a los accionistas, al consejo de administración y al comisario. Estos documentos o informes deben ser anexados al informe anual de la sociedad.

Por otro lado, el Artículo 189 reformado del Código de Comercio, prescribe que a solicitud de los accionistas que reúnan el cinco por ciento (5%) de las acciones representadas en la asamblea, se debe trasladar, para dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados, pudiendo ejercerse el derecho por una sola vez para el mismo asunto.

Finalmente, el Artículo 190 del Código de Comercio refuerza el deber de información, señalando que todo accionista tiene derecho a pedir en la asamblea general, que se le den informes relacionados con los puntos en discusión. Naturalmente, en el curso de la asamblea, se limita la información que los accionistas pueden exigir a los puntos tratados en la asamblea, debiendo existir compatibilidad con el interés social⁴⁰⁹. En relación, son relevantes los fallos proferidos por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 766/2010, de 1 diciembre, No. 204/2011, de 21 marzo y No. 101/2012, de 16 de enero, que sostienen que el derecho de información constituye un derecho autónomo, y que es el accionista el que debe identificar la información que a él le interesa, tanto para poder emitir su voto con conocimiento de la cuestión sometida a la asamblea, incluso si carece de derecho de voto o no tiene intención de ejercerlo, ya que la privación del derecho a votar no comporta pérdida del derecho a estar informado de los asuntos sociales. Sin embargo, el accionista no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento, siendo necesario que las informaciones estén comprendidas en el orden del día o tengan la condición de conexos con él. El derecho de información está sujeto al límite de su ejercicio de forma no abusiva⁴¹⁰, objetiva y subjetivamente, debiendo examinarse de forma casuística en función de múltiples parámetros.

Si bien la norma no remite a ninguna persona como obligado a prestar dicha información, debido a que la gestión se encuentra a cargo de los administradores, estos son los obligados a proveerla.

b) Pagar los dividendos. Todo socio tiene derecho a pedir que la asamblea se reúna para deliberar sobre la distribución de las utilidades (Artículo 142 del Código de Comercio). Toda vez acordada la distribución de utilidades, el socio adquiere frente a la sociedad un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le corresponden. Atendiendo al Artículo 144 del Código de Comercio, es deber del órgano de administración pagar los

⁴⁰⁹ ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio. **El derecho de información documental del accionista**. Pág. 53; y GARCÍA-CRUCES, José Antonio. «**Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. T. I. Págs. 1385 y ss.

⁴¹⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa. **El derecho de información del accionista en la sociedad anónima**. Págs. 417 y ss.

dividendos declarados por la asamblea, como una expresión del deber general de administrar (Artículo 208 del Código de Comercio).

c) Autorizar o denegar la transmisión de acciones. En caso que la escritura social establezca que la transmisión de las acciones nominativas sólo se haga con autorización del consejo de administración, es deber de los administradores autorizar o denegar la transmisión, designando en este último caso un comprador al precio corriente de las acciones en bolsa, o en defecto de este, por el que se determine pericialmente (Artículo 140 del Código de Comercio).

8.4. Deberes frente a terceros

Pese a que no existe un vínculo obligacional directo de los administradores frente a terceros, es posible atisbar algunos deberes impuestos a los primeros, y que *in abstracto*, incumben o son concebidos para el ejercicio de los derechos de terceros, entre los que se encuentran los siguientes:

a) Registrar y publicar el acuerdo de fusión y transformación. El Artículo 347 del Código de Comercio, señala que el acuerdo de fusión debe inscribirse en el Registro Público de Comercio, y posteriormente publicarse junto al último balance de las sociedades. La sociedad que deje de existir debe publicar el sistema establecido para la extinción del pasivo. Al tratarse de un acto administrativo y no será atribuido expresamente a otro órgano social, el mismo corresponde a los administradores.

Según informa el Artículo 349 del Código de Comercio, la fusión tiene efecto a partir de los tres meses de la publicación aludida; dentro de dicho plazo, todo interesado puede oponerse a la fusión. En caso de oposición, la fusión se suspenderá, en tanto no sea garantizado su interés suficientemente, conforme al criterio del juez; pero no será necesaria dicha garantía si la nueva sociedad o la incorporante la ofrecen en sí mismas, de manera notoria. De ello se infiere que la publicación tiene por finalidad el conocimiento por parte de terceros. Nótese que el *mens legislatoris* se decantó por incorporar el término “interesado” y no “acreedor”, ampliando la esfera de legitimados; empero, se entiende que debe constar un interés legítimo. En caso de oposición, la sociedad que

deje de existir debe garantizar con suficiencia el interés del tercero, o en su caso, la nueva sociedad o incorporante debe poder garantizarlo de manera patente.

La excepción a la regla se regula en el Artículo 350 del Código de Comercio, que prescribe que la fusión tendrá efecto en el momento de su inscripción si: a) se pagaren todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse; b) se constituyere el depósito de su importe en una institución de crédito; o c) constare el consentimiento de todos los acreedores. Igualmente, el certificado en que se haga constar el depósito deberá publicarse conforme al Artículo 347 del Código de Comercio, deber que, como hemos anotado, es atribuido a los administradores. Las normas comentadas resultan aplicables al caso de transformación, al tenor del Artículo 354 del Código de Comercio.

El registro y publicación del acuerdo de fusión es un deber de los administradores frente a terceros, pues busca proteger a los acreedores y demás interesados, garantizando con ello el pago de las deudas que la sociedad adquirió⁴¹¹, permitiendo el efectivo conocimiento por parte de los terceros para ejercitar el derecho de oposición.

b) Gestionar la disolución y liquidación de la sociedad en caso de concurrir alguna causa prevista legalmente. El Artículo 327 del Código de Comercio establece que, salvo la causa de disolución por expiración del término señalado en la escritura constitutiva, el acuerdo de disolución o la declaración de la sociedad de haberse comprobado una de las causas prescritas, deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, legitimando a cualquier interesado para acudir ante la autoridad judicial, a fin de que haga y ordene el registro de la disolución.

De otra parte, el Artículo 1396 del Código de Comercio prevé que los administradores quedan sujetos a los deberes que corresponden a los fallidos, no obstante, el asunto no es objeto de desarrollo. La iniciativa de la declaración de quiebra puede hacerse efectiva de oficio por el Tribunal, por la propia sociedad a través de su administrador, por los acreedores, o por el Ministerio Público (Artículos 1322 y 1324 del Código de Comercio), sin imponerse la obligación de manera concreta a ninguno de los sujetos enunciados.

⁴¹¹ TIRADO, Ignacio. «**Artículo 334. Derecho de oposición de acreedores de sociedades anónimas**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. Págs. 2412 y ss.

Concatenando lo antedicho con los deberes generales, y en particular, el de actuar en el mejor interés de la sociedad establecido ex Artículo 222 numeral I del Código de Comercio, se sitúa al administrador como sujeto interesado, y por tanto legitimado. El deber de administrar (Artículos 23 y 208 del Código de Comercio), el deber general de diligencia y la obligación genérica de cumplir la ley⁴¹², aunado a la previsión legal sobre las causas de disolución contenidas en el Artículo 322 del Código de Comercio, atribuyen al administrador el deber de gestionar la disolución y liquidación de la sociedad cuando se encuentra inmersa en alguna de las causales comprendidas en la ley, contando también con la iniciativa para solicitar la declaración de quiebra, pese a que no consta norma expresa que lo imponga. La disolución y liquidación de la sociedad, si bien tutela el interés de los socios, también compete a los terceros, frente a quienes la sociedad es deudora.

Asimismo, el Artículo 328 del mismo cuerpo normativo contempla la publicación de la declaración de disolución, con el fin de informar a terceros para que demanden judicialmente la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio, que, como parte del deber de administrar, corresponde a los administradores. Sin perjuicio de lo anotado, como se verá en capítulos posteriores, la problemática que surge en relación al deber de gestionar la disolución de la sociedad, se contrae a que la responsabilidad por infracción al deber comentado se limita a supuestos comprendidos expresamente por la ley, restando eficacia de la exigencia de su cumplimiento.

c) Colaborar en caso de quiebra. El Artículo 1394 en relación con el 1396, ambos del Código de Comercio, consagran el deber de colaborar del administrador ante el Juzgado de Letras Civil, al síndico, a la intervención y ante la junta de acreedores. Por analogía, el deber se extiende a los liquidadores y apoderados generales⁴¹³. Cabe mencionar, que la norma hace referencia a la presentación, sin embargo, de su redacción se infiere que esta comparecencia tiene por objeto contribuir con el proceso de quiebra,

⁴¹² VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 432.

⁴¹³ MORALEJO, Ignacio. «**El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación**», en **Insolvencia y responsabilidad**. Págs. 68 y ss., y BELTRÁN, Emilio. «**La responsabilidad concursal**» en **Insolvencia y responsabilidad**. Págs. 243 y ss.

proporcionando toda la información que se considere relevante y útil⁴¹⁴. En relación, la doctrina mantiene que el incumplimiento de estos deberes constituye una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, para calificar el concurso como culpable⁴¹⁵.

⁴¹⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, Ana María. «Arts. 40 a 48 quáter», en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal**. Págs. 241 y ss.

⁴¹⁵ MORALES BARCELÓ, Judith. **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia**. Págs. 146 y ss.

CAPÍTULO IX

9. Introducción al régimen de responsabilidad civil de los administradores

9.1. Delimitación del objeto de estudio

Las reglas de la responsabilidad civil fueron originariamente formadas por el pensamiento *ius filosófico* del individualismo liberal y del *ius naturalismo racionalista*; sus valores dominantes eran el trasunto del señorío de las facultades inherentes al derecho de propiedad y la autonomía de la voluntad⁴¹⁶. En términos generales, el régimen de responsabilidad civil constituye una respuesta a la vulneración de un deber de conducta exigible⁴¹⁷. Se ubica en el plano de la responsabilidad patrimonial o económica⁴¹⁸.

En este sentido, debe advertirse que el estudio contenido en las páginas sucesivas gravita en torno al sistema de responsabilidad civil derivado de los deberes previstos legalmente en la normativa mercantil, sobre los que se ha hecho atenta referencia en capítulos precedentes. Así, se excluye del análisis la responsabilidad consecuente por el incumplimiento de los deberes originados en otros textos legislativos, ajenos al Código de Comercio, que si bien pueden acarrear repercusiones patrimoniales, se ubican fuera del objeto de estudio del presente trabajo. Dicho en otros términos, en el desarrollo del tema no se aborda la responsabilidad de naturaleza laboral, penal, tributaria, medioambiental, y en general, administrativa, salvo el caso de quiebra, en el que la responsabilidad civil presupone un reproche en la esfera penal.

La delimitación anterior circunda el desarrollo de la temática a un espacio suficientemente amplio. Connotados juristas de la calidad de BRUNETTI⁴¹⁹ y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ⁴²⁰, mantienen que el tema de la responsabilidad de los administradores es

⁴¹⁶ BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 134.

⁴¹⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. I. Pág. 591; y DE CUPIS, Adriano. **El daño. Teoría general de la responsabilidad civil.** Pág. 82.

⁴¹⁸ ARROYO MARTÍNEZ. **Op. Cit.** Pág. 1387.

⁴¹⁹ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 483.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 578.

uno de los más difíciles y complicados que se encuentran en todo el campo del derecho de sociedades.

En sede comercial, en el derecho hondureño el régimen de responsabilidad civil de los administradores es instituido por los Artículos 222 al 230 del Código de Comercio. En el marco del movimiento de reforma del derecho de sociedades, el legislador ha puesto particular interés en el sistema de responsabilidad, lo que se pone de relieve al apreciar las dramáticas modificaciones sufridas en la mayoría de las disposiciones indicadas *ut supra*, a través de la Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas (2014). Así, pretendemos ofrecer una valoración crítica del sistema de responsabilidad civil de los administradores, discutiendo las disposiciones relativas al asunto, formulando un planteamiento sobre el estado de la cuestión, y finalmente aportando las conclusiones que resulten del análisis exegético.

9.2. Antecedentes y evolución legislativa

Por la relevancia que representa, consideramos adecuado abordar el tema inicialmente en el derecho comparado, específicamente donde encuentra verdaderamente sus primeros antecedentes, explicando las razones históricas que motivaron las transformaciones, y las nociones hacia donde ha evolucionado. Después, pasamos a referir los precedentes del tema en el derecho hondureño que, desde la promulgación del Código de Comercio en 1950, hasta el año 2014, se encontró huérfano de reconocimiento de las nuevas tendencias en materia societaria.

9.2.1. El régimen de responsabilidad en el derecho comparado

La tendencia axiomática a potenciar el funcionamiento del régimen de responsabilidad de los administradores fue un fenómeno manifestado de forma gradual y progresiva en el derecho comparado. El pionero en este ámbito fue Estados Unidos de América, que entre 1830 y 1840, inició un movimiento caracterizado por elevar los poderes de los administradores. Este fenómeno aparece con las compañías de ferrocarriles y la

dispersión de las acciones, prácticamente perdiendo los accionistas el derecho al voto con el denominado *proxy system*⁴²¹.

Después, los accionistas pierden el derecho de revocar libremente a los administradores, evidenciándose un poder debilitado⁴²². Consecutivamente, acontece la crisis financiera del 24 de Octubre de 1929 (el Jueves Negro), cayendo de manera significativa el valor de las acciones en los mercados financieros. Esto provocó la exigencia de responsabilidad civil de los administradores y altos ejecutivos de sociedades mercantiles (*directors y officers*), que eran considerados culpables de la crisis económica⁴²³.

De la mano con esta situación, Estados Unidos de América toma un régimen riguroso sobre la responsabilidad de los administradores, adoptando una normativa que traía mayores riesgos para éstos. Lo anterior se concreta a través de la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934. A diferencia de la Europa continental, donde las reclamaciones constituían un supuesto excepcional, en Estados Unidos de América existía una mayor facilidad para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores. Entre ellas podemos enunciar la legitimidad para iniciar esta acción, pues, cualquier accionista puede ejercitar la acción social de responsabilidad (*shareholder derivate suit*), obtener una condena incluso superior a los daños causados (*punitive damages*), y la dependencia de los honorarios de los abogados del éxito de la acción (*contingency fee*). A finales de la década de los 70's, se multiplicaron las acciones de reclamación de responsabilidad contra los administradores como consecuencia de la crisis bancaria⁴²⁴.

La creciente actividad en el campo de la responsabilidad civil, condujo a que en 1986, a consecuencia de las dificultades para contratar un seguro de responsabilidad civil de los administradores (*D&O*), y concretamente del caso *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985), en el que el tribunal condenó a los administradores al pago de 12,000,000.00

⁴²¹ RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. **El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y el riesgo)**. Págs. 45 y ss.

⁴²² BERLE y MEANS. **Op. Cit.** Págs. 47 y ss.; y RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Pág. 67.

⁴²³ PÉREZ CARRILLO, Elena Fátima. **Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU**. Pág. 17.

⁴²⁴ RONCERO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 19 y ss.

de dólares, al entender que la *business judgment rule* no era aplicable al caso por existir negligencia grave, el legislador incluyera en la *Delaware General Corporation Law*, la sección 102.b), 7, permitiendo fijar en los estatutos de las sociedades, cláusulas de exención de responsabilidad en supuestos de negligencia. Dos años más tarde, estas cláusulas fueron permitidas en 41 Estados, adoptando el mismo criterio⁴²⁵.

En la actualidad, el derecho estadounidense franquea dos tipos de acciones contra los administradores: la acción social, orientada a recomponer el patrimonio social, sea promovida por la sociedad, o través de los socios (*shareholder derivative action*), y la acción directa (*direct action*), cuya finalidad es reparar los daños directos causados a accionistas y terceros.

En el derecho inglés, igualmente es procedente la acción social (*company claim*) para reconstruir el patrimonio social. Desde el fallo en el caso *Foss v. Harbottle*, 67 ER 189, 1843, se vedó a las minorías el acceso a demandar directamente a la sociedad, salvo casos excepcionales, lo que fue objeto de revisión en la *Companies Act* de 2006 (Artículos 261 y 266), pudiendo los accionistas acudir ante el órgano jurisdiccional, para que autorice la acción social por cualquier accionista (*shareholder derivative claim*), por causas determinadas en la ley (actos u omisiones negligentes e inobservancia de los deberes fiduciarios). En adición, excepcionalmente se autoriza la acción directa de terceros, cuando voluntariamente se haya obligado frente a ellos, actuando en su condición de administrador societario (sentencia recaída en el caso *Williams v. Natural Life Foods Limited*, 2 All ER 577, 1998).

En Europa, es en el siglo XX cuando acontece la evolución en el régimen de responsabilidad⁴²⁶. En el derecho italiano el *Codice di Commercio* remitía al régimen de responsabilidad del mandato. Establecía dos supuestos de responsabilidad; el primero derivaba directamente del mandato, y el segundo del incumplimiento de los deberes impuesto por la ley, haciéndolos responsables también frente a terceros, y en caso de pluralidad de miembros, de forma solidaria, salvo el caso del incumplimiento de funciones impuestas a un solo miembro. Se establecía también el supuesto de exoneración de

⁴²⁵ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Págs. 74 y ss.; y PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 105 y ss.

⁴²⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Págs. 66 y 67; y DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 63.

responsabilidad al manifestar la inconformidad del acto de que se trate. Pese a la previsión legal, el sistema fue calificado como ambiguo, incompleto e insuficiente para operar⁴²⁷. El *Codice Civile* de 1942, reguló expresamente la responsabilidad ante la sociedad y frente a los acreedores sociales, la acción individual del socio y de terceros, y finalmente la acción en el procedimiento concursal (Artículos 2392 y concomitantes), concretando un sistema operativo.

En el derecho alemán, el *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* de 1861, siguiendo la teoría del mandato, estipulaba que los miembros de la dirección, es decir, los administradores, solo eran responsables cuando excedían los límites conferidos o por acciones contra las disposiciones legales o el contrato de sociedad. Esta responsabilidad tenía carácter solidario.

Posteriormente, con la vigencia del *Handelsgesetzbuch* de 1897, se imponía a los administradores la diligencia de un ordenado hombre de negocios, cuya infracción volvía responsables a los administradores de forma solidaria, rigiendo una presunción de culpa. Por otro lado legitimaba a los acreedores sociales en los términos de la ley. Se contemplaba la acción social de responsabilidad. La acción directa por parte de terceros solo era posible si el administrador infringía daños a terceros mediante un acto punible, trascendiendo el conflicto al campo penal.

Es con la vigencia de la *Aktiengesetz* de 1937, pionera en el movimiento de reforma del derecho societario, en la que el sistema se vuelve verdaderamente operativo. El texto legislativo imponía a los administradores la dirección de la sociedad bajo su entera responsabilidad, endureciendo en gran medida el régimen de responsabilidad, aspecto ratificado por la *Aktiengesetz* de 1965, vigente en el ordenamiento alemán, respondiendo de forma solidaria, incluso por la culpa leve, frente a la sociedad, socios y terceros.

En la actualidad, la *Aktiengesetz* contempla la exoneración de responsabilidad de los administradores por renuncia de la *Hauptversammlung* (asamblea general) o transacción de ésta, una vez transcurrido tres años desde que surge la pretensión, siempre y cuando no se opongan los representantes de la décima parte del capital social. La aprobación

⁴²⁷ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 483 y ss.

de la gestión por la *Hauptversammlung* no supone la renuncia a la indemnización por daños y perjuicios que los administradores causen (§ 93). Asimismo, la *Aktiengesetz* autoriza a los accionistas que representen la décima parte del capital social, o cuyas acciones representen 1,000,000.00 de euros, para promover la acción social de responsabilidad a través de un representante nombrado por el órgano jurisdiccional (§ 147), así como a los acreedores, en casos determinado, para promover la acción extrasocial o individual (§ 93).

En el derecho francés, el *Code de Commerce* originalmente aplicaba a los administradores las mismas normas de responsabilidad del mandato. Luego, con la Ley Sobre Sociedades de 1867, hacía responsables a los administradores frente a la sociedad y terceros por infracciones a la ley o a su gestión, lo que fue trasladado al vigente *Code de Commerce* (Artículo L 225-251). También, la actual norma comercial reguló la acción social *ut singuli* por los socios y suprimió la posibilidad de que la *assemblée générale* (asamblea general) extinguiera la responsabilidad de los administradores por acuerdo (Artículos L 225-252 y L 225-253).

Por parte del derecho español, de igual manera, el régimen se endureció gradual y progresivamente. En un inicio, bajo la vigencia del Código de Comercio de 1885, el régimen no implicaba mayores consecuencias patrimoniales para los administradores, ya que no señalaba un nivel de diligencia específico, los supuestos de responsabilidad no agotaban todas las posibilidades y dejaba por fuera aspectos de legitimación, razones por las que fue un sistema poco funcional⁴²⁸.

Con la entrada en vigencia la Ley Sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951, se regularon los derechos y responsabilidades, estableciendo el deber de diligencia, las personas legitimadas para incoar la acción de responsabilidad, exponiendo los requisitos y los supuestos de responsabilidad. Asimismo, contemplaba la acción individual por lesión a los intereses de los socios o terceros, así como la acción social, debiendo mediar una actuación dolosa o gravemente negligente. Pese a que la Ley

⁴²⁸ GARRIGUES. *Comentario. Op. Cit.* Págs. 156 y 157; *Curso. Op. Cit.* T. I. Pág. 488; y QUIJANO GONZÁLEZ. *Op. Cit.* Pág. 121.

referida asentó un régimen de responsabilidad *ex novo*⁴²⁹, el sistema continuó siendo inoperante⁴³⁰.

Aunque no existía una imposición comunitaria, por razones más políticas que jurídicas, orientadas primordialmente a armonizar la legislación en el contexto europeo⁴³¹, mediante la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, se reformó el régimen de responsabilidad de los administradores que aún resultaba privilegiado. Esto dio lugar a distintos cambios que variaron el panorama de los administradores. Así, se aumentó la esfera de legitimación activa, reduciendo el porcentaje exigible para el ejercicio de la acción social de responsabilidad del diez por ciento al cinco por ciento (10% al 5%), se eliminó la exigencia de grados específicos de culpabilidad, ampliándose el ámbito de imputación por los actos realizados por los administradores sin la debida diligencia, se incrementaron los supuestos de responsabilidad, y se adoptó el carácter solidario de la responsabilidad para los administradores⁴³².

Con marcada influencia en los Informes de Buen Gobierno (Aldama y Olivencia)⁴³³, se concibió el cargo de administrador como un profesional por cuenta ajena de una actividad de riesgo patrimonial y de repercusión social. Se edifica de esta forma un régimen de responsabilidad civil que va más allá de la tradicional función resarcitoria de daños, propia del modelo neocapitalista liberal, ya que es precedido de una función preventiva o de control social⁴³⁴.

En este contexto, entra en vigencia 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, uniendo las disposiciones relativas a las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, que

⁴²⁹ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 75; y GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Pág. 81.

⁴³⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. «**Jornada sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores**», en **El nuevo derecho de las sociedades de capital**. Pág. 139.

⁴³¹ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Págs. 53 y ss.; y ARANGUREN URRIZA, Francisco José. «**Régimen de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Nº 24. Pág. 37.

⁴³² RONCERO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 21 y ss.

⁴³³ CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. **Transparencia y buen gobierno: su regulación en España**. Págs. 108 y ss.

⁴³⁴ ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 20 y ss.

fueron objeto de un desarrollo legislativo individual. En cuanto al régimen de responsabilidad, no introdujo alteraciones significativas. Su propósito fue principalmente el de homogenizar en un solo texto los señalados cuerpos legislativos⁴³⁵.

En relación a las causas de exoneración, la Ley de Sociedades de Capital expresamente indica que en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general (Artículo 236 numeral 2). Aunque exista la delimitación de funciones, al órgano de administración tampoco se le prohíbe consultar determinado asunto con la asamblea general, sin embargo, responden los administradores por las decisiones que tomen, indistintamente si esta versa sobre lo indicado por la asamblea general⁴³⁶.

Actualmente, los ordenamientos europeo-continenciales orientan su tendencia a ser menos proteccionistas para con los administradores, agravando su situación en cuanto a la responsabilidad derivada de sus actos, mientras que en Estados Unidos de América esta fase fue superada⁴³⁷, sin desdibujarse los parámetros generales sobre los que descansa el sistema de responsabilidad.

9.2.2. Evolución en el derecho hondureño

En Honduras, bajo la vigencia del Código de Comercio de 1940, el régimen de responsabilidad civil remitía a las normas relativas al mandato, resultando disfuncional. Luego, pese a que la consideración del órgano de administración cambió con el Código de Comercio vigente (1950), el sistema de responsabilidad civil de los administradores resultó inocuo, pues contó con un matiz excesivamente proteccionista.

Diversos elementos sustentan la conclusión anterior; entre ellas, en primero lugar, los múltiples supuestos de extinción de responsabilidad. El Artículo 226 del Código de

⁴³⁵ GARCÍA-MORENO GONZALO, José María. «El nuevo régimen jurídico de las sociedades de capital. Contenido, significado e implicaciones de la refundición normativa operada por 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 *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinaria*. Págs. 67 y ss.

⁴³⁶ GARCÍA VIDAL. *Op. Cit.* Págs. 38 y ss.; y ARANGUREN URRIZA. *Op Cit.* Pág. 37.

⁴³⁷ RONCERO SÁNCHEZ. *Op. Cit.* Págs. 28 y ss.

Comercio, establecía que la responsabilidad de los administradores ante la sociedad quedaba extinguida por la aprobación del balance respecto de las operaciones explícitamente contenidas en él o en sus anexos, salvo que su aprobación se apoye en datos no verídicos o si hay acuerdo expreso de reservar o ejercer la acción de responsabilidad. También se extinguía la responsabilidad cuando el administrador hubiere procedido en cumplimiento de un acuerdo de la asamblea general que no sea notoriamente ilegal, y finalmente por aprobación de la gestión o por renuncia expresa o transacción acordada por la asamblea general. Esto, sin perjuicio de los casos de excepción a la responsabilidad solidaria derivada de actos realizados por consejeros delegados (Artículo 224 del Código de Comercio).

En segundo término, el elevado porcentaje de representación requerida para la legitimación de la acción social de las minorías. El Artículo 228 del Código de Comercio disponía que la responsabilidad de los administradores podía ser exigida por los accionistas que representaran por lo menos el veinticinco por ciento (25%) del capital social. Lo que evidencia el grado de protección otorgado en el derecho hondureño, habida cuenta que, para que las minorías se encontraran legitimadas para promover la acción, se requería una cuarta parte de la totalidad de acciones que representaban el capital social.

En tercer lugar, la oscuridad legislativa y la falta de desarrollo jurisprudencial sobre el nivel de diligencia exigido *ex* Artículo 222 del Código de Comercio. Ante la imprecisión de la conducta requerida, la reclamación de responsabilidad civil se vio inutilizada como resultado de la indeterminación de la vulneración del deber general de diligencia.

En cuarto lugar, y probablemente perfilado como el elemento más significativo, la omisión legal sobre los presupuestos de responsabilidad de los administradores. El Código de Comercio, hacía referencia al régimen, más no se pronunciaba en torno a los requisitos de procedencia, o en los términos en que el administrador era responsable en casos determinados.

Adicionalmente, la jurisprudencia no ofreció pautas interpretativas, pues no constan sentencias en las que haya abordado el tema. Si bien resulta impensable

suponer que el sistema de responsabilidad de los administradores fue instituido para ser ejercido con gran dificultad y complejidad, el carácter proteccionista consagrado en la legislación limitó excesivamente su construcción jurídica.

Con la novedosa Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas, vigente desde el 5 de junio de 2014, que reformaron diversas disposiciones del Código de Comercio, se atisba la introducción de un nuevo sistema, menos benevolente para los administradores.

El legislador, acertadamente trató sobre los casos de exoneración de responsabilidad, disminuyó el porcentaje de representación del capital social para ejercer la acción social de responsabilidad por las minorías, desarrolló los deberes generales de diligencia y lealtad, y previó los presupuestos de responsabilidad. De esta manera, la legislación nacional, apropiadamente pretende aproximarse al modelo del sistema concebido en el derecho comparado, procurando volver el régimen de responsabilidad de los administradores plenamente operativo, aparentemente, con el propósito de que cumpla adecuadamente su función en el sistema comercial y económico.

Actualmente, respecto a las acciones de responsabilidad contra los administradores, el Código de Comercio mantiene el tradicional binomio de acciones societarias: la acción social y la acción extrasocial, mismas que son estudiadas posteriormente, y cuya semejanza con la regulación en el derecho comparado⁴³⁸, justifica la aplicación de doctrina y jurisprudencia extranjera relevante como herramienta auxiliar.

9.3. Importancia y justificación: la función en el sistema

Desde la óptica puramente civilista, “la función primordial de la responsabilidad civil es el resarcimiento de los daños sufridos por las personas, ya sea en sí mismas o en su bienes, con la finalidad de lograr el equilibrio de la justicia en una sociedad”⁴³⁹. La importancia y justificación del sistema de responsabilidad de los administradores no

⁴³⁸ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 106 y ss.

⁴³⁹ JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz M. «**La responsabilidad civil. Nuevas tendencias**», en **Clases de derecho civil. Parte general.** Pág. 178.

puede buscarse fuera del contexto empresarial. Entonces, el cuestionamiento matriz se contrae a dilucidar la función del régimen de responsabilidad en el tráfico comercial.

La doctrina mantiene que la función del sistema de responsabilidad de los administradores tiene una doble dimensión. En primer lugar, impulsar el debido cumplimiento de los deberes impuestos por ley o por los estatutos, provocando que, en caso de acto dañoso a la sociedad, los accionistas o a los terceros, el administrador se vuelva responsable por el resarcimiento del mismo; y en segundo término, controlar el poder que ostentan los administradores frente a la sociedad que se ve compensado por el régimen de responsabilidad por su uso, persiguiendo un equilibrio entre poder y responsabilidad⁴⁴⁰.

Coincidimos con lo expuesto por la doctrina; no obstante, mantenemos que la función no se limita a potenciar el cumplimiento de los deberes y establecer un contrapeso al poder que ostenta el órgano de administración, pues, amén de esto, juega un papel trascendental en la protección de las minorías; esto es la consecución del balance de los distintos intereses dentro de la sociedad, y por consiguiente, se resguarda el adecuado funcionamiento del mercado. Pasamos a explicar el corolario externado.

Hemos de partir de la forma de funcionamiento de la sociedad anónima. De conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, cada acción tiene derecho a un voto (Artículo 147), operando la presunción de igualdad del derecho de voto⁴⁴¹, reconociéndose a su vez las acciones con voto limitado (Artículo 148). Consagrado el principio mayoritario como sistema rector en el funcionamiento de la sociedad anónima⁴⁴² (Artículos 186 y 187), los accionistas que representan un mayor número de acciones, mantienen el control en el órgano supremo (asamblea general). Por lo tanto, la asamblea general es dominada por los representantes de la mayoría accionarial⁴⁴³, quienes tienen

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 308 y 309; LEFEBVRE. **Op. Cit.** Págs. 12.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Pág. 179; QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 27 y ss.; GREENHOW. **Op. Cit.** Págs. 43 y 44; y GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Pág. 308.

⁴⁴¹ EASTERBROOK y FISCHER. **Op. Cit.** Pág. 94.

⁴⁴² GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 193 y ss.

⁴⁴³ GARRIDO. **Op. Cit.** Págs. 85 y ss.; y MIGNOLI, Ariberto. «**I diritti della categoria di azioni nel sistema dei diritti degli azionisti**», en **Banca, borsa e titoli di credito**. Págs. 460 y ss.

facultades para dictar órdenes y directrices al órgano de administración⁴⁴⁴, como hemos estudiado en capítulos precedentes.

De esta forma se instituye un órgano de administración sometido a las órdenes dictadas por el socio (o socios) de control. Siendo así, se disipa el equilibrio entre los intereses de los miembros de la sociedad, ya que los administradores actúan condicionados por el interés individual y egoísta de los accionistas que representan la mayoría del capital social, que no necesariamente coinciden con los intereses de los minoritarios. Esta divergencia en cuanto a políticas empresariales se marca de manera más clara con los inversionistas que no ostentan el control societario. En estos casos, los inversores prefieren una política que maximice ganancias con mayores riesgos; la razón de ello es la posible tenencia de carteras de inversión diversificadas⁴⁴⁵.

Bajo la premisa que el administrador gestiona intereses ajenos, cabe considerar que dichos intereses son integrados tanto por los accionistas mayoristas como por los minoristas, sin embargo, el rumbo de la sociedad se encuentra únicamente en manos de los primeros. La situación limita en gran medida la inversión, por cuanto veda las actuaciones del inversionista no interesado en el control societario⁴⁴⁶, haciendo su incursión en el ámbito menos atractivo, en tanto éste se ve sometido a los lineamientos del grupo de control, indefenso frente al desbalance de poder en ausencia de un sujeto que vele por sus intereses, y de forma colectiva, por los intereses de la sociedad misma.

Estos hechos se enmarcan en el escenario en el que el verdadero gestor de intereses ajenos es el grupo de control; el administrador en realidad se convierte, *de facto*, en un mandatario de aquel. Siendo así, la razón de la necesidad de adoptar un régimen de responsabilidad operante subyace en el abuso al que se presta el principio mayoritario. Existe una correlación entre el valor de la empresa y la protección de los accionistas minoritarios, de tal suerte que, a mayor protección de los minoritarios, mayor valoración de la empresa. La pobre protección de los accionistas minoritarios genera graves

⁴⁴⁴ MOSSA. «**La rappresentanza degli amministratori**». **Op. Cit.** Págs. 205 y ss.

⁴⁴⁵ EASTERBROOK y FISCHER. **Op. Cit.** Pág. 194.

⁴⁴⁶ GARRETA SUCH. **Op. Cit.** Págs. 34 y 35; GARRIDO. **Op. Cit.** Págs. 110 y ss.; y SAN SEBASTIÁN FLOCHOSO, Federico. **El gobierno de las sociedades cotizadas**. Págs. 111 y ss.

ineficiencias en el sistema, siendo una exigencia necesaria para proteger la propiedad privada⁴⁴⁷.

El régimen de responsabilidad de los administradores asegura la protección de los accionistas minoritarios dentro de la sociedad, creando un balance entre los distintos intereses. Esto es así, ya que, aunque los grupos de accionistas dominantes, a quienes les corresponde la elección de los administradores y la fijación de sus emolumentos tengan la facultad de dar instrucciones a los administradores (sea de forma confidencial⁴⁴⁸ o directa), bajo un sistema de responsabilidad plena y efectivamente operativo, los administradores responden no sólo ante el grupo de control, sino ante toda la sociedad, es decir ante los socios mayoritarios y minoritarios, llegando así a satisfacer el interés colectivo de la sociedad⁴⁴⁹.

Refiriéndonos a los efectos, esta situación otorga seguridad a todo tipo de accionistas, promoviendo la inversión, ya que los legitima para poder deducir responsabilidad a los administradores, cuando éstos no han actuado protegiendo los intereses sociales y en general vulnerando los deberes impuestos. Las cuestiones relativas al gobierno corporativo devienen fundamentales para la ampliación de mercados. Lo esencial es la consecución de un equilibrio entre control de la propiedad y los intereses de todos los accionistas. Es prioritario el trato equitativo de los accionistas, asegurar la integridad de los informes financieros, así como la eficacia de los administradores, mediando la responsabilidad de éstos y la necesidad de su desarrollo ético. En esta línea se inclina el criterio expuesto en el *White Paper* (2000), elaborado por la Mesa Redonda Latinoamericana Sobre Gobierno Corporativo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)⁴⁵⁰. En general, un régimen de responsabilidad operativo incrementa la seguridad y confianza en la actividad empresarial⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. **La protección de las minorías societarias frente a la opresión**. Págs. 66 y ss.

⁴⁴⁸ GALGANO. **Las instituciones de la economía capitalista**. **Op. Cit.** Págs. 125 y ss.

⁴⁴⁹ AGLIETTA y REBÉRIUX. **Op. Cit.** Pág. 264.

⁴⁵⁰ OLCESE SANTONJA. **Op. Cit.** Págs. 114 y ss.

⁴⁵¹ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Pág. 27.

Sin perjuicio de todos estos elementos, cabe agregar que, así como se vislumbra la justificación de un sistema operante y activo, es necesario establecer un equilibrio entre la discrecionalidad de la que gozan los administradores en el ejercicio de su cargo, y la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de esos deberes, a través de una adecuada protección de la decisiones empresariales, tema tratado anteriormente.

Ciertamente, construir un régimen de responsabilidad con descomedido rigor, puede influir negativamente en la marcha de la empresa y en general en el mercado. Ello, por un lado, producto del llamado “conservadurismo”, originado por la aversión al riesgo, haciendo que los administradores planifiquen las estrategias empresariales con un nivel de riesgo inferior al deseado y convenido por los accionistas, renunciando a proyectos de inversión altamente rentables con el propósito de reducir riesgos. Por otra parte, debido a la manifestación del fenómeno denominado “murallas de papel”, que consiste en rodear de barreras defensivas cualquier operación que realicen con todo tipo de documentos. Los efectos de esta cautela provocan el gasto de recursos de la sociedad, tanto en términos de tiempo gerencial como de dinero de caja⁴⁵².

Como hemos anotado ya, la obligación que asumen los administradores al aceptar su cargo no es la de asegurar el éxito económico de la empresa, pues eso los convertiría en responsables de cualquier perjuicio y evidentemente excede el nivel de diligencia exigible, sino la de desempeñar el cargo cumpliendo con los deberes impuestos por las leyes, con lealtad al interés social. Por ello, no se les impone la responsabilidad por los daños sufridos por la sociedad con ocasión de las decisiones empresariales que estos adopten, pues significaría imputarles el riesgo de la empresa que no asumen al aceptar el cargo⁴⁵³.

Por otra parte, un inocuo sistema de responsabilidad limita el desarrollo de quienes se ocupan de la gestión de las empresas, quienes son auténticos agentes de producción nacional. El aspecto positivo se hace presente cuando se exige la profesionalización del cargo, ya que el sistema de responsabilidad impone a los administradores la obligación

⁴⁵² PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 26 y ss.

⁴⁵³ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 34 y 35.

de desempeñarse de la mejor forma posible en el ámbito empresarial, lo que se presta para un mayor desarrollo productivo.

Al respecto, es por todos conocido algunos casos emblemáticos, de incuestionable entidad, como *Enron*, *Worldcom* y *Parmalat*, que si bien han sido resueltos fuera de la jurisdicción civil al revestir la suficiencia para trascender a la esfera penal, y sin el propósito de realizar una observación crítica, permiten dimensionar la temática en el actual movimiento de reforma, constituyendo ejemplos paradigmáticos de incumplimiento de los deberes de los administradores y sus inexorables consecuencia, patentizando la importancia de un régimen de responsabilidad verdaderamente operativo.

Por lo tanto, un sistema de responsabilidad idóneo es aquel que ofrece los mecanismos adecuados para que los administradores se vuelvan responsables en caso de que su actuar se enmarque fuera de los deberes impuestos por la ley, teniendo una función exhortativa para el cumplimiento de sus deberes, resarcitoria para responder por los daños ocasionados, y la preventiva para evitar futuros incumplimientos⁴⁵⁴, con independencia suficiente para actuar en el interés de la sociedad y todos los accionistas.

9.4. Notas caracterizadoras del régimen de responsabilidad

Complementando los antecedentes, evolución legislativa e importancia y justificación de la institución jurídica objeto de análisis, para culminar con este prefacio, es conveniente plantear, *grosso modo*, los elementos característicos del régimen de responsabilidad, poniendo en contexto la reciente reforma al Código de Comercio.

9.4.1. Carácter legal

Vistas las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, puede afirmarse que el régimen de responsabilidad civil ostenta carácter legal, ya que viene atribuido por la

⁴⁵⁴ ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 24 y ss.; y VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 448.

ley⁴⁵⁵. De esta forma, es menester exponer algunos razonamientos que resultan de la responsabilidad *ex lege* de los administradores.

En primer término, el hecho que la responsabilidad provenga de la ley, no se contradice con el hecho que surja por el quebrantamiento de una fuente de obligaciones distinta a la misma; por ejemplo: los estatutos⁴⁵⁶. Atendiendo a lo dispuesto por el ordenamiento previo a la reforma, no se comprendía expresamente los presupuestos de responsabilidad; en consecuencia, una fuente de responsabilidad distinta a los deberes legalmente impuestos, resultaba de una construcción hermenéutica de carácter extensivo, por la remisión de la ley a la escritura de constitución.

En la actualidad, el Artículo 222 reformado del Código de Comercio, en su párrafo octavo, reza: “El administrador o los consejeros son responsables individual y solidariamente de los daños causados a la sociedad o a terceros por causa de sus acciones u omisiones; violación a las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, en particular los deberes enumerados en este Artículo; violación de los estatutos de la sociedad o por las faltas cometidas durante su gestión”. Claramente, el precepto, cuya inspiración innegablemente se encuentra en el Artículo L 225-251 del *Code de Commerce* francés, remite a la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes impuestos por los estatutos, y por esto, bajo esa modalidad de infracción, es de recibo sostener que la misma deriva de la ley.

En segundo término, el carácter legal de la responsabilidad imposibilita su limitación estatutaria. En relación, existe un debate a nivel doctrinal. Por un lado, al cabo de un análisis sobre la licitud del contrato de seguro de responsabilidad civil de los administradores (*D&O*)⁴⁵⁷, PAZ-ARES predica que son admisibles las cláusulas limitativas de responsabilidad previstas en los estatutos, ya que subsisten las razones pragmáticas que llevaron a admitir la licitud del seguro. El jurista español cuestiona la razón por la que no se permite elegir lo que mejor conviene, entre asegurar directamente a los

⁴⁵⁵ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 484.

⁴⁵⁶ FRÈ. **L'organo amministrativo. Op. Cit.** Pág. 262.

⁴⁵⁷ RONCERO SÁNCHEZ. **Op Cit.** Págs. 33 y ss.

administradores mediante una modificación estatutaria del régimen de responsabilidad, o asegurarlos indirectamente, a través de un contrato de seguro⁴⁵⁸.

Por otro parte, *a contrario sensu*, LLEBOT MAJÓ mantiene la inadmisibilidad de que los estatutos modifiquen aspectos de carácter imperativo, principalmente por la ilicitud de los pactos que afectan a la esfera jurídica de terceros. Sobre esto, el autor expresa que si bien se denuncia la contradicción de su argumento al admitir la licitud del contrato de seguro de responsabilidad de los administradores, éstos no resultan funcionalmente equivalentes⁴⁵⁹.

En definitiva, compartimos el planteamiento anterior, y por tanto, no admitimos la limitación de responsabilidad a través de una cláusula estatutaria. Ello, debido a que la aplicación de las cláusulas *sub examine*, vulnera el contenido de los Artículos 11 y 1547 del Código Civil, que en síntesis aprueban la libertad de pactos, cláusulas y condiciones, siempre y cuando no sean contrarios a la ley o al orden público. Considerando que la materia tratada es de orden público⁴⁶⁰, cualquier pacto en contrario resulta inaplicable, sin perjuicio de poder limitarse indirectamente la responsabilidad, a través del contrato de seguro.

9.3.2. Carácter personal

La responsabilidad *ex lege* de los administradores tiene carácter personal, respondiendo las personas titulares del órgano de administración con su patrimonio personal⁴⁶¹. El ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad civil no es aplicable al órgano de administración propiamente, sino a los miembros que lo componen. Una aplicación inflexible de la teoría orgánica conduciría a responsabilizar a la sociedad ante sí misma, ante los socios y ante terceros, eximiendo de forma absoluta a los administradores⁴⁶².

⁴⁵⁸ PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 95 y ss.

⁴⁵⁹ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 36 y 37.

⁴⁶⁰ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 488; GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Pág. 346; y BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 490.

⁴⁶¹ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 181 y 182; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. **Op. Cit.** Pág. 748; y ALFONSO SÁNCHEZ. **Op. Cit.** Págs. 221.

⁴⁶² ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 31 y 32; GARRIGUES. **Comentario. Op. Cit.** Pág. 168; y **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 489; y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. «**Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de**

Como hemos referido anteriormente, el administrador, por ostentar dicho cargo, no pierde su personalidad jurídica.

En esta posición, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 49/2011, de 23 de junio, *obiter dictum*, establece que, toda vez reconocida la personalidad jurídica de la sociedad anónima, ésta responde del cumplimiento de las obligaciones contraídas. Al no reconocerse personalidad jurídica a los órganos sociales, e imputarse su actuación a la sociedad, en principio, quienes desempeñan la administración no responden personalmente de las deudas sociales. Sin embargo, el legislador ha impuesto a los administradores societarios una serie de deberes con trascendencia básicamente interna y con proyección externa, y de forma correlativa, como mecanismo dirigido a potenciar su cumplimiento, la responsabilidad por daño derivado de la actuación desplegada, o la pasividad observada en el desempeño de sus cargos en determinados supuestos de lesión de los intereses de la sociedad, de los accionistas, de los acreedores y de terceros.

9.3.3. Naturaleza jurídica

Motivados primordialmente por la impertérrita idea de encasillar la responsabilidad en las clasificaciones tradicionales, deviene adecuado exponer algunos razonamientos sobre el tema. Atendiendo, a la clasificación clásica en sentido estricto⁴⁶³, en el derecho hondureño, el Código Civil, cuyos orígenes y doctrinas civilistas confiesan innegable inspiración en la codificación francesa, contiene la denominada responsabilidad contractual⁴⁶⁴ (Artículo 1360) y extracontractual⁴⁶⁵ (Artículo 2236).

Prima facie, respecto a la clasificación tradicional, es aplicable al derecho hondureño lo externado por VISINTINI, quien expresa: "... en el sistema italiano, sea por considerar que la problemática más rica se refiere a la violación de las obligaciones que derivan del

los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en Revista de derecho de sociedades. N° 5. Pág. 51.

⁴⁶³ BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Págs. 135 y ss. y Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 591 y ss.

⁴⁶⁴ DE PINA, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano.** Vol I. Pág. 232.

⁴⁶⁵ Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Pág. 591.

contrato, sea por un proceso de imitación del ordenamiento francés, se usa corrientemente la expresión «responsabilidad contractual»...- Dicho adjetivo «contractual» sirve, en el lenguaje de los juristas, para distinguir la responsabilidad en examen –la cual, al menos bajo la óptica de nuestro sistema legislativo [derecho italiano], deriva del incumplimiento de obligaciones preexistentes, sean o no contractuales– de la responsabilidad que deriva del hecho ilícito a la cual, como es sabido, se la define también con la expresión «responsabilidad extracontractual», aunque es preferible el adjetivo «aquiliana» de concepción romanista.- Sin embargo, es muy importante tener presente que esta calificación –«responsabilidad contractual»– es impropia, porque el ámbito de aplicación de la norma general del art. 1218 [equivalente al Artículo 1360 del Código Civil hondureño], si se quiere tener en cuenta las líneas del sistema legislativo en la materia, es más amplio y va más allá del área de incumplimiento de obligaciones contractuales”⁴⁶⁶.

Dado que el Artículo 1346 del Código Civil informa que las obligaciones no solo tienen como fuente los contratos, sino también la ley, cuasi contratos y actos y omisiones ilícitos⁴⁶⁷, la responsabilidad contenida ex Artículo 1360 del mismo cuerpo legal, al tratar sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios derivada del cumplimiento de las obligaciones en general, circunscripta su aplicación a las distintas fuentes de las obligaciones, salvo el hecho ilícito (Artículo 1350 del Código Civil), es decir, los que no cuenten con un vínculo obligacional preexistente⁴⁶⁸, pues para estos casos, es aplicable el Artículo 2236 del mismo texto normativo, que consagra la responsabilidad por infracción al principio universal de no dañar a nadie (*alterum non laedere o neminem laedere*).

Es por ello que, en cuanto a los Artículos 1360 y 2236 del Código Civil se refiere, resultaría más adecuado referirse respectivamente a la “responsabilidad obligacional” o “responsabilidad del deudor”, y “responsabilidad aquiliana”; no obstante, reconocemos el

⁴⁶⁶ VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 88.

⁴⁶⁷ PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Págs. 767 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 23 y ss.; y CRUZ LÓPEZ. **Obligaciones y contratos. Op. Cit.** Págs. 7 y ss.

⁴⁶⁸ DíEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Pág. 591.

arraigado y arcaico uso en el lenguaje jurídico de los términos clásicos, al grado de considerarlos como unas sinécdoques aceptadas.

Este prefacio no hace más que permitirnos elucubrar concisamente sobre la disyuntiva objeto de estudio, que se contrae a calificar la responsabilidad del administrador dentro de la esfera contractual (obligacional), o extracontractual (aquiliana). A nuestro juicio, no existe respuesta unívoca. En caso que la acción sea promovida por la sociedad, con prescindencia de la legitimación, estaremos ante un caso de reclamación de responsabilidad de naturaleza obligacional (contractual), ya que el Código de Comercio impone al administrador societario deberes generales y específicos, por lo que es apreciable un vínculo obligacional legal preexistente.

Por otra parte, pese a que consten deberes específicos impuestos a los administradores frente a terceros, los mismos se refieren a la colectividad, *in abstracto*, pero concretamente no consta vínculo obligacional preestablecido frente a terceros determinado, por ello, en este caso, la responsabilidad ostenta naturaleza aquiliana (extracontractual). Aunque se produzca un daño en el cumplimiento de un contrato con terceros, la responsabilidad del administrador frente al tercero, será en todos los casos aquiliana, ya que la relación contractual del tercero, es con la sociedad, y no con el administrador.

Sin embargo, contrario a lo que predicen voces disonantes⁴⁶⁹, compartimos la idea que lo antedicho no constituye más que un mero ejercicio. En la práctica, la clasificación no es particularmente relevante⁴⁷⁰. Amén del hecho que en la actualidad es uniformemente aceptada la unidad del fenómeno resarcitorio, planteándose la trascendencia de la unificación de sus regímenes⁴⁷¹, los preceptos autorizantes comprendidos en el Código de Comercio establecen la responsabilidad de forma indistinta, contando con regla propias, sin que la clasificación incida en los presupuestos, criterio de imputación, carga de la prueba o efectos de la acción deducida.

⁴⁶⁹ CONFORTI. **Op. Cit.** T. I. Págs. 144 y ss.

⁴⁷⁰ VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 343; MINERVINI. **Gli amministratori. Op. Cit.** Pág. 329; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Págs. 538 y 539.

⁴⁷¹ BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 139.

CAPÍTULO X

10. Aplicación del régimen de responsabilidad

10.1. Presupuestos

Oportuna ha sido la reforma al Código de Comercio en lo que se refiere a los presupuestos de responsabilidad de los administradores, cuya regulación anterior forzaba su integración capitalmente con normas civilistas, fuera del contexto del ordenamiento comercial.

El Artículo 222 reformado del Código de Comercio, en su párrafo séptimo, es del tenor literal siguiente: “El administrador o los consejeros son responsables individual y solidariamente de los daños causados a la sociedad o a terceros por causa de sus acciones u omisiones; violación a las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, en particular los deberes enumerados en este Artículo; violación de los estatutos de la sociedad o por las faltas cometidas durante su gestión”.

El precepto, junto con las normas concomitantes aplicables, instituyen los presupuestos de responsabilidad de los administradores. En este orden de idea, procedemos al análisis individual de los presupuestos, no sin antes anotar que los mismos no difieren de los exigibles para la procedencia de la responsabilidad civil en general⁴⁷², resultando aplicable la doctrina civilista⁴⁷³, desde luego, con los matices que impone la legislación mercantil, consagrándose como presupuestos comunes, pues no difieren entre los distintos tipos de acciones de responsabilidad⁴⁷⁴.

⁴⁷² ARANGUREN URRIZA. **Op. Cit.** Págs. 44 y ss.; ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 56 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 283 y ss.; VICENT CHULIÁ, Francisco. **Introducción al derecho mercantil.** Vol. I. Págs. 785 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, Fernando. «**Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima**», en **Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena.** Págs. 908 y ss.; GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Págs. 365 y ss.; RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 554; y SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. «**Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Pág. 373.

⁴⁷³ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil.** **Op. Cit.** T. II. Pág. 508.

⁴⁷⁴ LLEBOT MAJÓ. «**Los deberes y responsabilidades**». **Op. Cit.** Págs. 55 y ss.

10.1.1. Conducta antijurídica

El Artículo 222 reformado del Código de Comercio, párrafo séptimo, impone como presupuesto una conducta antijurídica. Desglosando los elementos del presupuesto que nos ocupa, la conducta puede manifestarse a través de una acción o de una omisión. Ambas conductas son generadoras de responsabilidad, recordando que la inacción, puede también traer consecuencias patrimoniales a los administradores⁴⁷⁵, pretendiendo con ello, evitar la concurrencia de los llamados “administradores durmientes”.

Antijuridicidad es igual a ilicitud. Es el quebrantamiento del orden jurídico. Consiste en una contradicción entre el hecho y el derecho⁴⁷⁶. La antijuridicidad de la conducta, en los términos de la disposición *sub examine*, puede derivar por: a) violación a disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, estos son los deberes particulares impuestos por la ley o reglamentos; b) inobservancia de los deberes generales de diligencia y lealtad; c) violación de los deberes y cargas comprendidas en los estatutos de la sociedad; y d) faltas cometidas durante su gestión.

La indeterminación del último supuesto, comprende en una fórmula universal cualquier lesión que deriva, genéricamente de su gestión. De este modo, los primeros tres supuestos, son expresión de la llamada responsabilidad concreta, mientras que la cuarta, de la responsabilidad abstracta⁴⁷⁷.

En síntesis, debe alegarse por el demandante la acción u omisión realizada por el administrador, y acusar la concreta infracción que torna su conducta antijurídica, señalando el deber inobservado, sea legal (general o particular), o estatutario, o la falta cometida en su gestión. Atendiendo al Artículo 238 numeral 1 del Código Procesal Civil, la prueba respecto a la conducta antijurídica corresponde al demandante.

⁴⁷⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. «Una misión difícil». **Op. Cit.** Pág. 664; HERNANDO CEBRIÁ. «El deber general de diligencia». **Op. Cit.** Págs. 81 y 82; y FRÈ. «Società per azioni». **Op. Cit.** Pág. 411.

⁴⁷⁶ BERTOLDI DE FOURCADE Y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 140; y DE CUPIS. **Op. Cit.** Págs. 129 y ss.

⁴⁷⁷ CUBIDES CAMACHO, Jorge. **Obligaciones.** Págs. 229 y ss.

10.1.2. Factor de atribución legal de responsabilidad

El factor de atribución representa el fundamento en el que se asienta la responsabilidad civil. La teoría general de responsabilidad tradicionalmente se funda en el factor subjetivo, constituido por el dolo o la culpa, frente al factor objetivo, que prescinde de cualquier grado de intencionalidad o cuidado debido⁴⁷⁸. Los elementos definitorios de la culpa son la previsibilidad y evitabilidad⁴⁷⁹.

En el derecho hondureño, incuestionablemente es instituido el factor subjetivo de atribución como regla general, atendiendo a los Artículos 1360 y 2236 del Código Civil, que requieren dolo o culpa del agente para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. Igual pronunciamiento es aplicable en sede comercial, que en diversas normas alude al dolo o culpa del agente como presupuesto de responsabilidad (Artículos 20, 223, 224 y 364 del Código de Comercio).

Conforme a los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil, el sistema de responsabilidad civil adopta un factor subjetivo basado en la culpa, que *lato sensu* encierra dos modalidades: a) el dolo, que es la actuación deliberada de causar daño; y b) la culpa propiamente dicha, que admite tres versiones: 1) negligencia: omitir una conducta que previsiblemente hubiera evitado el daño; 2) imprudencia: actuar precipitado e irreflexivo; y 3) impericia: actuar con falta de habilidad específica o con incapacidad técnica⁴⁸⁰.

Centrando la discusión en el tema objeto de estudio, al amparo de una interpretación sistemática del ordenamiento, es admisible sostener que el régimen de responsabilidad de los administradores se configura como un sistema de responsabilidad civil por culpa, alejado de la imputación objetiva. Entonces, se constituye como presupuesto de responsabilidad de los administradores el dolo o la culpa como factores de atribución legal o criterios de imputación de responsabilidad.

Siguiendo esta postura de responsabilidad por culpa se inclinan diversos ordenamientos jurídicos en el derecho comparado. Así, en el derecho italiano, la responsabilidad de los

⁴⁷⁸ BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Págs. 156 y ss.

⁴⁷⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 254 y ss.; VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 31; y LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 254.

⁴⁸⁰ VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 30; y BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Págs. 158 y ss.

administradores surge por una infracción culpable de una obligación o deber⁴⁸¹, según se colige del Artículo 2392 del *Codice Civile*. En el derecho alemán, el § 93 de la *Aktiengesetz*, hace responder al *Vorstand* (consejo de administración), únicamente si incurre en culpabilidad, invirtiendo la *onus probandi*⁴⁸². En el derecho francés, el régimen de responsabilidad de los administradores descansa sobre una falta culpable, un perjuicio, y una relación de causalidad entre estos⁴⁸³, en los términos del Artículo L 225-251 del *Code de Commerce*. En el derecho español, la culpabilidad de la conducta del administrador se configura como un presupuesto indispensable⁴⁸⁴, misma que se presume salvo prueba en contrario⁴⁸⁵, cuando el acto contravenga la ley o a los estatutos, según indica el Artículo 236 numeral 1 de la Ley de Sociedades de Capital, párrafo segundo.

Admitida la culpabilidad como presupuesto en el derecho hondureño, es conveniente recordar que la diligencia guarda relación intrínseca con el factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad dentro de la modalidad de la culpa⁴⁸⁶, ya sea en sus versiones de negligencia, imprudencia o impericia⁴⁸⁷. En tal sentido, adquiere particular importancia la diligencia, pero no restringida a su dimensión de deber general y fuente autónoma de deberes, sino en su dimensión de referencia instrumental para determinar el factor de atribución o criterio de imputación de responsabilidad, es decir, como canon

⁴⁸¹ FERRI. **Op. Cit.** Pág. 183.

⁴⁸² HUECK, Götz. **Gesellschaftsrecht.** Pág. 216.

⁴⁸³ RIPERT, Georges y ROBLOT, René. **Traité élémentaire de droit commercial.** Pág. 936.

⁴⁸⁴ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores.** **Op. Cit.** Págs. 365 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 303 y ss.; LARA, Rafael. «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles.** Págs. 95 y ss.; y SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 370.

⁴⁸⁵ ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Pág. 91; y PICÓ I JUNOY, Joan. «La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: aspectos procesales», en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009.** T. II. Págs. 295 y ss.

⁴⁸⁶ BARASSI. **Op. Cit.** Págs. 305 y ss.; PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 635; VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Págs. 130 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 254 y ss.; DÍEZ-PICAZO. **Derecho de daños.** **Op. Cit.** Págs. 351 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ. **Op. Cit.** Págs. 173 y ss.; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 611 y ss.; LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 276; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 592 y ss. y CRUZ LÓPEZ. **Obligaciones y contratos.** **Op. Cit.** Págs. 16 y ss.

⁴⁸⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol II. Pág. 609; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 183; BUSTAMANTE ALSINA. **Teoría general de la responsabilidad.** **Op. Cit.** Pág. 339; y BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 158.

exigible en el cumplimiento de los demás deberes⁴⁸⁸, midiendo, con carácter general, la intensidad debida en el cumplimiento de todos los deberes de los administradores.

La apreciación de la culpa presupone confrontar la conducta del administrador con el nivel de diligencia *in concreto*, exigible a “una persona con las mismas funciones, en una situación comparable”. Lo anterior conduce a que la responsabilidad de los administradores, con independencia de la fuente de deberes violada, no sea atribuida por resultado, bajo un esquema de responsabilidad objetiva, prescindiendo absolutamente de la diligencia desplegada, sino que requiere el actuar doloso o culposo, tomando como referencia el grado de diligencia exigible, para cada caso.

La inadecuación de la conducta del administrador con la diligencia exigible resulta en la culpabilidad. Se distingue así, la culpa *in comittendo* e *in omittendo*, por aquellas acciones u omisiones propias que representen una infracción a los deberes impuestos, faltando a la debida diligencia en su cumplimiento. Por su parte, existirá culpa *in vigilando*, cuando se falta al deber de vigilancia, atendiendo al grado de diligencia exigible; y culpa *in eligendo*, en los casos en que los administradores hayan designado directamente a los delegados, gerentes y factores, y estos hayan causado daños⁴⁸⁹, en los términos de los Artículos 209, 217, 223 y 224 del Código de Comercio. Por ello, es plausible aseverar que se deben tomar en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador.

En relación a la carga de la prueba, contrario a ciertas posiciones doctrinales⁴⁹⁰, como hemos razonado anteriormente, coincidiendo con la doctrina dominante⁴⁹¹, corresponde al administrador probar la falta de dolo o culpa de la conducta reprochada, invirtiendo la *onus probandi*, por mor del Artículo 238 numeral 4 del Código Procesal Civil, que predica la carga dinámica de la prueba, considerando la disponibilidad y facilidad probatoria que

⁴⁸⁸ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 186 y ss.; y GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Pág. 339.

⁴⁸⁹ PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. IV. Pág. 443 y ss.

⁴⁹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 597.

⁴⁹¹ BONELLI. **Op. Cit.** Pág. 243; SÁNCHEZ CALERO. «**Administradores**». **Op. Cit.** Pág. 254; ESTEBAN VELASCO. «**Algunas reflexiones**». **Op. Cit.** Pág. 58; POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Págs. 303 y ss.; ARANGUREN URRIZA. **Op. Cit.** Págs. 44 y ss.; PAZ-ARES. **Op. Cit.** Págs. 87 y ss.; BRANSON. **Op. Cit.** Pág. 634; y EISENBERG. «**Self-interested transactions**». **Op. Cit.** Pág. 1005; VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Págs. 344; y BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 488.

corresponde a cada una de las partes del litigio, pues, es el administrador quien se encuentra en mejores condiciones de probar el grado de diligencia desplegada en el cumplimiento de sus deberes. En estos términos, la doctrina expresa: “probar el incumplimiento implica probar la culpa”⁴⁹². El razonamiento anterior deriva de la dificultad, y en ocasiones imposibilidad, de los accionistas o terceros para acreditar la falta de cuidado debido en la administración, al no encontrarse instruidos respecto a las operaciones diarias.

La alteración respecto a las reglas de la carga de la prueba no se traduce en la irrelevancia del elemento de la culpa dentro del sistema, sino un cambio de funcionalidad. Asimismo, corresponde al demandante acreditar la infracción del deber de manera general, y los demás presupuestos, operando la presunción únicamente en lo que respecta a la culpabilidad de la conducta, sin tener que señalar al administrador concreto que infringió aquellos, ni la cuota del daño que resulta atribuible a cada uno, por la solidaridad que enlaza a los miembros del órgano.

10.1.3. El daño

Según se extrae con claridad del Artículo 222 reformado del Código de Comercio, párrafo séptimo, el daño causado a la sociedad o a terceros, constituye un requisito *sine qua non* para la procedencia de la responsabilidad⁴⁹³. El daño, es comprendido en diversas normas relativas a la responsabilidad de los administradores (Artículos 223 y 228 del Código de Comercio), lo que indudablemente revalida el mismo como presupuesto. Relacionado con lo anterior, el daño, también constituye presupuesto para petitionar la nulidad de las transacciones celebradas entre partes vinculadas, al tenor del Artículo 210 *in fine* del Código de Comercio.

El daño debe ser consecuencia de un acto u omisión culpable, es decir la sola acción que cause daño no es susceptible de indemnización si no media culpa o dolo en su

⁴⁹² GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Pág. 344.

⁴⁹³ VISINTINI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 344; SÁNCHEZ CALERO. «**Administradores**». **Op. Cit.** Págs. 245 y ss.; PÉREZ CARRILLO. **La administración de la sociedad anónima.** **Op. Cit.** Pág. 139; RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 554; SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 370; y Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 599 y ss.

causación⁴⁹⁴. La carga de la prueba, según la regla establecida ex Artículo 238 numeral 1 del Código Procesal Civil, corresponde al demandante, en consecuencia, el actor deberá probar el daño y su debida valoración⁴⁹⁵.

La determinación del daño y los conceptos en él incluidos, se rigen por las disposiciones generales de derecho civil (Artículo 1365 del Código Civil). Para medir el alcance del daño patrimonial indemnizable se utilizan los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*. En el llamado daño emergente se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas, mientras que el lucro cesante lo constituye el lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener⁴⁹⁶, debiendo recordarse que la reparación del daño no puede traducirse en un beneficio para el perjudicado⁴⁹⁷.

De este modo, verbigracia, en caso de autocontratación, y en contra de voces disonantes⁴⁹⁸, deviene improcedente la acción de responsabilidad en tanto la acción del administrador no represente un daño a la sociedad⁴⁹⁹. De allí la justificación para la aplicación del examen de justicia o de equidad (*fairness test*), para determinar si existe daño. Asimismo, la no celebración de una sesión del consejo de administración en un día determinado, no habiendo asuntos que tratar, aun cuando las escrituras sociales lo exijan, no concede la viabilidad de la acción de responsabilidad aunque se aprecie la deliberada conducta de los administradores orientada al incumplimiento, por cuanto no acarrea daños⁵⁰⁰.

Dicho esto, es relevante referirnos al caso de *compensatio lucri cum damni*, que plantea la duda de resarcir el daño bajo el supuesto en el que la víctima ha obtenido un beneficio como consecuencia de la producción del daño⁵⁰¹. Siguiendo a FRÈ⁵⁰², GUTIÉRREZ FALLA expresa que si un administrador, por error o negligencia causa un daño a la sociedad,

⁴⁹⁴ ARANGUREN URRIZA. **Op Cit.** Págs. 44 y ss.

⁴⁹⁵ ROCA. **Op. Cit.** Pág. 16; BUSTAMANTE ALSINA. «El resarcimiento del daño compensatorio». **Op. Cit.** Pág. 216.

⁴⁹⁶ Díez-PICAZO. **Derecho de daños. Op. Cit.** Págs. 322 y 323.

⁴⁹⁷ BORRELL MACIÁ, Antonio. **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual.** Pág. 237 y ss.

⁴⁹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL. **Op. Cit.** Pág. 688.

⁴⁹⁹ BONELLI. **Op. Cit.** Págs. 227 y ss.; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 541.

⁵⁰⁰ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 506 y ss.

⁵⁰¹ ROCA. **Op. Cit.** Págs. 10 y 11.

⁵⁰² FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Págs. 416 y 417.

pero, realizando con posterioridad operaciones del mismo género, mediante una actividad sagaz, logra una utilidad que reponga la pérdida anterior, debe mantenerse que el daño fue reparado. En sentido distinto, aunque el balance general arroje utilidades, si el administrador ha provocado de manera culposa pérdidas a la sociedad, este no se exoneraría de responsabilidad⁵⁰³.

Compartimos parcialmente el criterio del maestro hondureño. A nuestro juicio, no es de recibo apreciar que “mediante una actividad sagaz”, se repare el daño causado en una operación del mismo género, pues, si se exige la debida diligencia, la actividad debió representar una utilidad mayor, si no se hubiera causado el daño inicial. Sin embargo, si la misma actividad (no otra del mismo género) causó en su momento un detrimento patrimonial, pero luego se transformó en una utilidad, sea que se aprecie como que no existió daño, o como que el mismo fue compensado, la indemnización resultaría improcedente. El elemento determinante para concebir el *compensatio lucri cum damni*, es que se ocasione como consecuencia del mismo acto originalmente dañoso, y no de otro, aunque sea del mismo género o relacionado, habida cuenta que, *a contrario sensu*, se autorizaría la reparación de los actos culposos mediante la realización de otros actos que representen un beneficio, inhibiendo la exigencia de la diligencia debida en el primer acto.

Piénsese en el siguiente caso: un administrador, vulnerando el deber de diligencia, sin una base suficiente y adecuadamente informada, invierte parte del capital social en el mercado de valores adquiriendo, instrumentos financieros de alto riesgo, provocando en el primer mes que el valor del capital invertido disminuya en un setenta por ciento (70%), empero, en el segundo mes, por razones imprevisibles, aumenta en un doscientos por ciento (200%) el capital original. En este caso, la acción de responsabilidad deviene improcedente, toda vez que la especulación en el mercado de valores, aunque *ab initio* representó una pérdida, se tradujo en una jugosa ganancia, sea que se aprecie como que al término de la operación no existió daño, o como que el mismo fue compensado.

⁵⁰³ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 507.

10.1.4. Relación de causalidad

Entre la conducta que es fuente de responsabilidad y el perjuicio cuya indemnización se reclama, tiene que mediar la relación de causa a efecto: es el requisito denominado conexión causal, el cual ha de juzgarse con arreglo a criterios lógicos⁵⁰⁴. La relación de causalidad o nexo causal, es el elemento que permite imputar el daño a la conducta, y se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador y el daño probado⁵⁰⁵.

La atribución de responsabilidad no puede prescindir del vínculo entre la conducta antijurídica y el daño. A fin de establecer si la acción u omisión ha sido idónea para producir el resultado, debe evaluarse *ex post facto* la concatenación de fenómenos en el tiempo y espacio para determinar la congruencia del hecho con el resultado. Este juicio de comprobación objetiva se realiza sobre la base de la “aptitud normal de previsibilidad en abstracto”, de modo que resulte verosímil, regular y probable que dado el hecho se produjera la consecuencia⁵⁰⁶.

La causalidad jurídica se funda en el principio lógico de razón suficiente. Por ello, puede afirmarse que el presupuesto examinado, no es más que un ejercicio de lógica aplicada. Así, debe apreciarse la conexión causal entre la conducta y el resultado dañoso, admitiendo las consecuencias inmediatas y mediatas, pero no las remotas o casuales, que no se vinculan con el hecho generador de responsabilidad.

En principio, la prueba del nexo causal recae en el demandante (Artículo 238 numeral 1 del Código Procesal Civil), sin embargo, dependiendo el caso, y consagrada en la legislación la teoría de la carga dinámica de la prueba (Artículo 238 numeral 4 del Código Procesal Civil), podría estimarse procedente la presunción del nexo causal atendiendo a criterios de razonabilidad, debiendo, por tanto, el administrador probar el quebranto de la relación causal.

⁵⁰⁴ VON TUHR. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 57 y ss.

⁵⁰⁵ Díez-PICAZO. **Derecho de daños. Op. Cit.** Págs. 165 y 166.

⁵⁰⁶ BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 168 y 169.

10.2. **Ámbito subjetivo: los sujetos responsables**

El propósito del presente apartado se contrae a señalar los sujetos pasivos circunscritos a la esfera de aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores, y realizar algunas consideraciones elementales respecto a los mismos. Advertimos que, para el lector no familiarizado con el tema, el asunto podría parecer obvio: el régimen de responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas es aplicable a los administradores. Si bien son los administradores los titulares pasivos del sistema de responsabilidad, debe considerarse la diversidad de sujetos que ejercen el genérico deber de administrar en el seno de la sociedad, lo que sugiere que la respuesta no resulte tan elemental como podría suponerse.

10.2.1. **El administrador único y el consejo de administración**

Dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las normas relativas a la responsabilidad, se distingue, *in primis*, al administrador único. La sociedad anónima con este tipo de estructura organizativa presupone, habitualmente, una dimensión pequeña, resultando inadecuada para aquella con gran cantidad de accionistas o un alto y complejo giro comercial. Como no puede ser de otra manera, en estos casos la responsabilidad atribuida es aplicada ilimitadamente al único administrador societario, por lo que el tema no entraña mayores dificultades⁵⁰⁷.

En segundo término se prevé la responsabilidad en caso de que la sociedad anónima adopte en su estructura un órgano de administración colegiado. La regla general, se traduce en que los administradores miembros del consejo de administración o consejeros, responden solidariamente, en los términos comprendidos en los Artículos 224 y 225 del Código de Comercio, como un método de protección a los sujetos dañados⁵⁰⁸. Se trata de un caso de solidaridad pasiva⁵⁰⁹. Esto, sin perjuicio de la acción de repetición o en vía de regreso entre los administradores responsables, fundamentada

⁵⁰⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 583.

⁵⁰⁸ GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Pág. 348.

⁵⁰⁹ PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Págs. 748 y ss.; ROCA. **Op. Cit.** Pág. 9; y CRUZ LÓPEZ. **Obligaciones y contratos. Op. Cit.** Págs. 56 y ss.

en la exclusión o moderación de la responsabilidad en relación con el nivel de participación que hayan tenido en el acto lesivo⁵¹⁰, a efectos *ad intra*, sin que sea oponible frente a terceros.

La responsabilidad solidaria en el caso *sub examine*, es la postura dominante en la legislación comparada, que mayormente se basa en un sistema de imputación colectiva, debiendo probar cada administrador su causa de exclusión o su personal falta de culpa en la producción del daño. Esta solución es introducida en el derecho italiano (Artículo 2392 del *Codice Civile*), alemán (§ 93 de la *Aktiengesetz*), y español (Artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital). De forma distinta, en el derecho francés, se otorga amplios poderes a los jueces para declarar responsables solidarios a todos o a una parte de los administradores, o solo a uno. Este poder permite regular la parte a satisfacer por cada administrador, sin que tenga que resultar equivalente respecto a los demás responsables, de conformidad con el Artículo L 225-251 párrafo segundo del *Code de Commerce*.

Hecha la anterior observación en el derecho comparado, en la legislación hondureña las reglas sobre la responsabilidad *in solidum*, se encuentran establecidas en los Artículos 1403 y concordantes del Código Civil. En ellos se estipula que en caso de solidaridad, el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que pueda oponérsele el beneficio de división. La demanda interpuesta por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado. El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente a la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

Empero, la regla general de responsabilidad solidaria del consejo de administración cuenta con tres excepciones, que integra un sistema de exoneración de responsabilidad. Los supuestos tratados a continuación, aplicables a los dos tipos de acciones (social y extrasocial), reconocen un sistema de exoneración, basado en la imputación colectiva, debiendo probar cada administrador su causa de exclusión o su personal falta de culpa.

⁵¹⁰ SÁNCHEZ CALERO. «Administradores». **Op. Cit.** Pág. 263; y QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 264.

Es decir, *ab initio*, el ordenamiento instituye una presunción *iuris tantum* sobre el carácter solidario de la responsabilidad de los administradores. Por tanto, el administrador deberá acreditar la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el ordenamiento. La carga de la prueba en este sentido corresponde a los administradores, de conformidad con las reglas generales de distribución (Artículo 238 numeral 2 del Código Procesal Civil), quienes individualmente deberán probar la concurrencia del supuesto que lo libera de responsabilidad.

Desarrollando lo anterior, los miembros del consejo de administración son solidariamente responsables, salvo las siguientes excepciones:

a) En los casos de delegación, siempre que por parte de los consejeros no hubiese dolo o culpa grave, al no impedir los actos u omisiones perjudiciales (Artículo 224 numeral I del Código de Comercio). La excepción se refiere a la delegación instituida ex Artículos 209 y 217 del Código de Comercio, que configuran la recaída en órganos auxiliares, llamada delegación propiamente dicha. Es el caso en el que el consejo de administración delega parcialmente sus facultades en uno o varios de sus miembros, sea para que actúen como administradores o consejeros delegados, o en comisiones (la principal de las cuales es el comité ejecutivo). Tal delegación puede conllevar el otorgamiento de facultades amplias, o concretas para la realización de determinada actividad o acto⁵¹¹.

La práctica se ha servido ampliamente de los delegados, para concentrar en ellos el cuidado de todos los asuntos corrientes⁵¹². Al tenor del Artículo 209 del Código de Comercio, los delegados deben atenerse a las instrucciones que reciban del consejo de administración y darle periódicamente cuenta de su gestión. Es en tal virtud, que el Artículo 217 del mismo texto legal, establece que la delegación no priva al consejo de administración de sus facultades, ni lo exime de sus obligaciones, lo que recoge de modo intrínseco el deber de vigilancia del órgano de administración respecto de las actuaciones de los delegados.

⁵¹¹ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 438.

⁵¹² BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 459.

Retomando el contenido de la excepción, la disposición comentada mantiene dos requisitos de forma acumulada:

1) Que los miembros del consejo de administración no hayan impedido los actos u omisiones perjudiciales provocados por los delegados. Como supuesto de hecho, la norma presupone un acto u omisión perjudicial por parte de los administradores delegados, y la consecuente inacción del órgano de administración. Como indica FRÈ, la responsabilidad en este caso se justifica debido a que el órgano de administración debe vigilar la marcha de la gestión y procurar prevenir la realización de actos nocivos, o al menos suprimir o disminuir sus consecuencias⁵¹³.

Los consejeros delegados guardan dependencia respecto al consejo de administración, quedando subordinados a éste, por lo que no se produce una separación de deberes, sino la concurrencia en el ejercicio de funciones de los administradores⁵¹⁴. Al respecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 6663/2008, de 1 de diciembre, indica que los titulares de la responsabilidad desde el punto de vista de su exigencia, son los administradores, independientemente de que determinadas facultades del consejo de administración hayan sido delegadas en consejeros concretos, puesto que éstos actúan por mandato de los administradores o como gestores de éstos, y solo cabe eximir de responsabilidad a aquellos en el caso de que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

2) Que la inacción del consejo de administración para impedir los actos u omisiones perjudiciales provocados por los delegados, no deriven de dolo o culpa grave. Distingue la norma dos modalidades de incumplimiento que preceden la inactividad del consejo de administración: el dolo y la culpa grave. En primer lugar, el dolo en el incumplimiento de la obligación queda conformado por la deliberada intención de no cumplir pudiendo hacerlo. Es una inejecución consciente, deliberada, cuando el deudor no está impedido

⁵¹³ FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Pág. 411.

⁵¹⁴ IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 359; y RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Pág. 76.

de cumplir⁵¹⁵. En resumen, se configura cuando el deudor intencionalmente no ejecuta su obligación⁵¹⁶.

En cuanto a la aplicación al supuesto discutido, se toma en cuenta el elemento volitivo como constituyente del actuar doloso. Es el caso en el que los administradores no delegados tenían conocimiento del acto perjudicial, y que con intención de producir el mismo, no intervienen para impedirlo, o al menos, imposibilitar que despliegue todos los efectos perjudiciales para la sociedad.

En segundo lugar, la culpa, en términos generales, recoge cualquiera de sus versiones: negligencia, imprudencia o impericia⁵¹⁷. En vía ilustrativa, puede citarse el Artículo 1362 del Código Civil, que dispone: “La culpa lata se opone a la diligencia y cuidado que aun las personas de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios”. En el caso que nos ocupa, la culpa grave viene precedida del estándar de diligencia exigible, es decir el de “una persona con las mismas funciones, en una situación comparable”. La inobservancia grave del nivel de diligencia exigible, hace referencia a que, sin intención concreta de causar determinado daño, los administradores no ejercen ni medianamente la vigilancia requerida sobre alguna actividad, negocio u operación potencialmente lesiva a cargo de los delegados.

La información tiene primordial importancia en la determinación de la culpa, ya que los administradores no pueden escudarse en el hecho de desconocer la existencia de la operación o de la magnitud de sus efectos⁵¹⁸, bajo el pretexto de que los delegados no le informaron, salvo que, por las circunstancias resulte razonable la desinformación; por ejemplo, producto del engaño del delegado, o por imposibilidad material de conocer los actos o de evitar los daños⁵¹⁹. Debe evitarse toda construcción de una imputación directa

⁵¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA. **Teoría general de la responsabilidad. Op. Cit.** Pág. 334.

⁵¹⁶ BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría general de las obligaciones. T. II.** Pág. 94.

⁵¹⁷ Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Pág. 609; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 183; BUSTAMANTE ALSINA. **Teoría general de la responsabilidad. Op. Cit.** Pág. 339; y BERTOLDI DE FOURCADE y RUBIO. **Op. Cit.** Pág. 158.

⁵¹⁸ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 308 y 309; y LEFEBVRE. **Op. Cit.** Pág. 12.

⁵¹⁹ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 488.

y objetiva, pero valorando la culpa con el rigor que exige el cumplimiento de los deberes bajo el modelo de conducta exigible.

Para que se configure el supuesto de hecho comprendido en la excepción, la culpa que se constituye como presupuesto debe calificarse como grave, lo que invoca considerable inercia de los administradores respecto a los actos de vigilancia, o un alto nivel de conciencia sobre determinado acto y sus consecuencias lesivas.

En síntesis, y en sentido contrario a la forma en que fue interpretado por un sector de la doctrina⁵²⁰, por el hecho que la acción u omisión lesiva emane de los administradores delegados, no se desactiva el régimen de responsabilidad solidaria respecto a los miembros del consejo de administración, es decir, sobre los administradores no delegados⁵²¹, por cuanto sobre ellos recae el deber de vigilancia de los actos de los delegados, debiendo probar la concurrencia una causa de excepción a la responsabilidad solidaria ex Artículo 224 del Código de Comercio, inhibiendo la culpa *in vigilando*.

Por otra parte, debe atenderse que la excepción tratada no comprende los casos de delegación impropia, ésta es cuando se deleguen facultades a personas extrañas al consejo de administración, que es el caso de los gerentes. Según prescribe el Artículo 223 del Código de Comercio “aunque el gerente haya sido designado por la asamblea general y con arreglo a los estatutos, corresponde a los administradores la dirección y vigilancia de su gestión y responderán de los daños que la actuación del gerente ocasione a la sociedad, si faltare con dolo o culpa a estos deberes”. Entonces, con independencia de quien realizó el nombramiento, las acciones perjudiciales de los gerentes a la sociedad, en las que haya intervenido dolo o cualquier género de culpa, son atribuidas a los administradores. En caso de que el nombramiento lo haya hecho el órgano de administración, se imputa culpa *in eligendo*, y en caso que derive de los estatutos o de la asamblea general, *in vigilando*.

b) Cuando se trate de actos de consejeros delegados, cuyas funciones se hubiesen determinado en los estatutos (Artículo 224 numeral II del Código de Comercio). Al

⁵²⁰ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Págs. 186 y ss.; SÁNCHEZ CALERO. «**Supuestos de responsabilidad**». **Op. Cit.** Págs. 93; y GARRIGUES. **Comentario. Op. Cit.** Pág. 171.

⁵²¹ POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Pág. 134.

margen de la regla general que predica la responsabilidad de los administradores por las actuaciones de los delegados, la ley desactiva el sistema de responsabilidad cuando el delegado actúa conforme a las facultades otorgadas por los estatutos.

Se colige que la *ratio* de la norma es ofrecer un grado de independencia a los delegados con facultades estatutarias respecto del consejo de administración, *ergo*, los actos celebrados por aquellos no son objeto de revisión por parte de éste, lo que sugiere la dualidad de funciones en el seno del órgano de administración⁵²². Sin embargo, la excepción no aplica en caso que los delegados hayan actuado fuera de la esfera de su competencia indicada en los estatutos⁵²³. En todo caso, corresponde al administrador no delegado probar que el daño causado tiene como antecedente la acción u omisión del delegado, en el desempeño de las funciones concretas establecidas en los estatutos.

c) Cuando el administrador haya manifestado su inconformidad en el momento de la deliberación y resolución del acto de que se trate, o dentro de los tres días siguientes, si no hubiese concurrido a la sesión respectiva (Artículo 225 del Código de Comercio). La norma atiende a un criterio de participación en el hecho, y a la voluntad cristalizada de no realizar el mismo, que se manifiesta a través de la inconformidad. Exige, entonces, una actividad positiva.

El administrador debe acreditar su inconformidad, pero la prueba no es libre, sino tasada⁵²⁴, ya que debe presentarse en los términos comprendidos en el Artículo 225 del Código de Comercio, es decir, con el acta de la sesión del consejo de administración en la que se haya opuesto al acto, o habiendo informado su voto disidente al consejo de administración, dentro de los tres días después de adoptado el acuerdo. Se vuelve censurable la falta de intervención, sea manifestado por la ausencia del administrador o por su abstención⁵²⁵. Atendiendo a la razonabilidad que debe imperar en la interpretación de las normas, el *dies a quo* para presentar la inconformidad del acuerdo podría variar

⁵²² GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Pág. 347.

⁵²³ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 511.

⁵²⁴ RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Pág. 126.

⁵²⁵ SÁNCHEZ CALERO. «**Administradores**». **Op. Cit.** Pág. 266; y POLO. «**Los administradores y el consejo de administración**». **Op. Cit.** Pág. 304.

por caso fortuito o fuerza mayor, pero no por mera ignorancia respecto a la reunión o a la decisión adoptada.

10.2.2. Los administradores delegados

Las excepciones a la responsabilidad solidaria del consejo de administración en relación a la delegación (Artículo 224 del Código de Comercio), como no puede ser de otra manera, no son aplicables a los administradores delegados en tal carácter, quienes fueron los que efectivamente realizaron la acción u omisión lesiva. Como hemos anotado ya, la responsabilidad de los no delegados es atribuible a los administradores en los términos del Artículo 224 del Código de Comercio, debiendo éstos probar que no existió dolo o culpa grave para impedir los actos u omisiones perjudiciales de los delegados, o que el daño provocado por los delegados es producto del ejercicio de funciones establecidas en los estatutos.

Entonces, cobra especial relevancia la posición y participación que se tuvo tanto por parte de los consejeros delegados como de los no delegados, formándose un criterio alejado de la imputación directa y absoluta. De esta forma, la diferencia entre ambas clases en cuanto a su censura estriba en el grado de participación o intervención personal en la producción del daño, así como de las acciones tendentes a evitarlo. En caso de delegación, mientras el criterio de imputación a aplicar a los administradores delegados debe centrarse en el de la culpa *in comittendo* o *in omittendo*, en los no delegados debe concentrarse en la culpa *in vigilando*⁵²⁶.

Estudiada la responsabilidad de los administradores no delegados, en la que rige un principio de solidaridad incluso por los actos y omisiones de los delegados, derivado de la culpa *in vigilando*, es preciso discutir las particularidades que ofrece la atribución directa de responsabilidad de los delegados. Con independencia de la imputación de responsabilidad de los administradores no delegados, o del planteamiento de las excepciones previstas en el ordenamiento para deslindarse de responsabilidad, es

⁵²⁶ ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 46 y ss.

preciso dilucidar si la solidaridad como principio de atribución es aplicable respecto a los delegados.

Como postulado general, el Artículo 1400 del Código Civil, párrafo tercero, indica: “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”. El cuestionamiento descansa en dilucidar si la responsabilidad solidaria se colige de manera expresa de la ley, o en cambio, los administradores delegados responden individualmente de los actos y omisiones perjudiciales. Vinculado a esto, el Artículo 711 del Código de Comercio instituye un principio de solidaridad en materia mercantil; sin embargo, el precepto es aplicable a los codeudores. En tal sentido, es inadmisibles sostener que los delegados que no han desplegado la conducta lesiva, se sitúan como codeudores automáticamente, sin que una norma les otorgue tal carácter.

Ha sido señalado por la doctrina que los consejeros delegados, participan de la misma naturaleza del consejo de administración, al tratarse de una manifestación de organización y funcionamiento de éste⁵²⁷, resultando aplicable de manera subsidiaria el mismo régimen en cuanto a su operación⁵²⁸. Pero ello, no es argumento suficiente para aplicar el régimen de responsabilidad y mantener la responsabilidad solidaria de los administradores delegados, que, en los términos previstos en el Artículo 1400 del Código Civil, debe ser comprendida en la ley, aunado al hecho que la responsabilidad solidaria deriva del carácter colegial de la función⁵²⁹.

Un ejemplo ilustra con mayor sentido el argumento planteado: el consejo de administración de una sociedad forma dos comisiones (“A” y “B”) integradas por distintos consejeros delegados, para atender asuntos desemejantes, causando, una de ellas (“A”), daños por actos negligentes en su esfera de atribuciones. En este supuesto, no consta disposición ni argumento que apoye la atribución de responsabilidad solidaria a los delegados de la otra comisión (“B”), pues no han participado en la producción del daño.

Sin perjuicio de lo anterior, la condición de administrador delegado tampoco lo extrae del deber de vigilancia impuesto a los administradores no delegados, pues el mismo es

⁵²⁷ RODRÍGUEZ ARTIGAS. **Op. Cit.** Pág. 419.

⁵²⁸ IGLESIAS PRADA. **Op. Cit.** Pág. 307.

⁵²⁹ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Págs. 487 y 488; y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 596.

atribuible no en su carácter de delegado, sino como miembro del consejo de administración. Es por los motivos aducidos, que la culpa *in comittendo* o *in omittendo*, de los delegados, es atribuida de forma individual y no solidaria respecto a los demás delegados, pero no suprime la responsabilidad solidaria impuesta en su carácter de consejero, administrador miembro del consejo, debiendo por ello, someterse al mismo régimen del Artículo 224 del Código de Comercio para deslindarse de responsabilidad.

10.2.3. El administrador de hecho y el administrador oculto

La realidad del tráfico comercial, en ocasiones, no armoniza con las formalidades instauradas por el ordenamiento. Así, las previsiones legales concernientes al ejercicio del cargo de administrador pueden quebrantarse, quedando la gestión, dirección, organización y representación de la sociedad en manos de personas distintas al administrador formalmente investido. La cuestión ha engendrado inquietud, principalmente por la dosis de injusticia que conlleva el impedimento de responsabilizar, por meras formalidades, al sujeto que, *de facto*, ejerce la administración de la sociedad. Como remedio a la situación esbozada, se ha cimentado la figura del “administrador de hecho” y del “administrador oculto” o “administrador en la sombra”.

Un sector de la doctrina, encasilla ambas figuras dentro del genérico “administrador de hecho”, unificadas bajo un mismo concepto⁵³⁰. Esta postura considera administradores de hecho a quienes en la realidad del tráfico, sin título o con título nulo o extinguido, directa o indirectamente participen o influyen de forma real, efectiva y continuada en la gestión y administración de la sociedad, es decir, son quienes ejercen *de facto* las funciones de la administración. Esto incluye al socio de control, sociedad dominante de un grupo de sociedades, entidades de crédito o en general acreedores, cuya posición activa determina el seguimiento de sus indicaciones en materia empresarial, franquiciador, miembro del personal de alta dirección y apoderados generales⁵³¹.

⁵³⁰ GAUTHIER, Thierry. **Les dirigeants et les groupes de sociétés**. Pág. 499; GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**. Vol VII. Pág. 270; y ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 24 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 351; VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Pág. 761; y BONELLI. **Op. Cit.** Pág. 254.

⁵³¹ ALONSO ESPINOSA. **Op. Cit.** Págs. 24 y ss.

El tratamiento unitario no es óbice para calificar al administrador de hecho por supuestos diferenciados. Así, este sector considera que los administradores de hecho se clasifican en dos categorías: a) aquellos administradores que ocupando formalmente el cargo, su nombramiento está afectado por algún vicio o irregularidad, de fondo, de forma, o por publicidad registral; y b) las personas que sin ocupar de manera formal el cargo, ejercen el mismo, sea sustituyendo a los administradores de derecho o influyendo sobre ellos de manera decisiva⁵³².

Otro fracción de la doctrina distingue entre el “administrador de hecho propiamente dicho” y al “administrador oculto” o “administrador en la sombra”, sea como submodos del genérico “administrador de hecho”⁵³³, o como figuras autónomas rechazando su tratamiento y consideración unitaria⁵³⁴.

En nuestros días, parece que la divergencia entre ambas figuras se ha dibujado con mayor precisión, de tal suerte que se aprecian con pronunciada diferencia en el derecho anglosajón el *de facto director* y el *shadow director*, y de manera más atenuada en el derecho italiano el *amministratore di fatto* y el *amministratore occulto*; en el derecho alemán el *faktischer Geschäftsführer* y la *aktienrechtliche Haftungsklausel* (cláusula de responsabilidad del derecho accionario), que son disposiciones sobre administración indirecta u oculta; en el derecho francés el *dirigeant de fait* y el *dirigeant de occultes*; y en el derecho español el administrador de hecho propiamente dicho y el administrador oculto, como subtipos del genérico administrador de hecho⁵³⁵.

Con independencia de cualquier pretensión puramente dogmática de abrigar ambas figuras dentro del genérico administrador de hecho, aceptamos su disimilitud respecto al administrador oculto. Admitiendo la tesis de FILIPPI⁵³⁶, en primer término, ambas figuras

⁵³² QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 351; VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Pág. 761.

⁵³³ GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Págs. 311 y ss.; LATORRE CHINER, Nuria. «El administrador de hecho en las sociedades de capital», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil.** Págs. 971 y ss.

⁵³⁴ FILIPPI, Laura. «La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil.** Págs. 927 y ss.

⁵³⁵ LATORRE CHINER, Nuria. **El administrador de hecho en las sociedades de capital.** Págs. 31 y ss.; y FILIPPI. **Op. Cit.** Págs. 928 y ss.

⁵³⁶ FILIPPI. **Op. Cit.** Págs. 930 y ss.

se distinguen por las conductas que las caracterizan. El administrador de hecho interviene en forma personal, sin nombramiento alguno, o con vicios en su designación; mientras que el administrador oculto forma el control de la administración por medio de interpósita persona, sea a través del órgano de administración, formal o no, pero existiendo dependencia funcional respecto a los administradores de la sociedad controlada. En segundo lugar, se diferencian en los presupuestos para la imputación de responsabilidad. Al administrador de hecho se le atribuye responsabilidad por incumplimiento de sus deberes, mientras que al administrador en la sombra, por el abuso en la dirección de la sociedad controlada.

En tal sentido, admitimos el concepto de LATORRE CHINER, quien identifica al administrador de hecho como “aquel sujeto que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada, independiente y sin oposición de la sociedad, una actividad de gestión, igual o, al menos, equiparable a la del administrador de la sociedad formalmente instituido”⁵³⁷. En consecuencia, se diferencia del administrador oculto, quien es aquel que sujeto que controla la administración de la sociedad indirectamente, influyendo de manera determinante en las decisiones de gestión, sin ocupar formalmente el cargo de administrador.

Expuesta la diferencia, es procedente discutir el asunto en el derecho hondureño. El Artículo 20 del Código de Comercio, dispone: “Las personas que controlen de hecho el funcionamiento de una sociedad, sean o no socios, responderán frente a terceros subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, por los actos dolosos realizados a nombre de ella.” Al respecto, participamos con el maestro GUTIÉRREZ FALLA, del criterio que el órgano de administración, al mantener la gestión y dirección, controla el funcionamiento de la sociedad⁵³⁸. De este modo, la disposición referida alude a la responsabilidad de las personas que, *de facto*, ejerzan control sobre la administración. Sin embargo, controlar no es administrar en el sentido estricto de la palabra⁵³⁹. Este es el caso de la

⁵³⁷ LATORRE CHINER. «El administrador de hecho». **Op. Cit.** Pág. 946.

⁵³⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 543.

⁵³⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Págs. 594 y 595.

administración controlada, materializada a través del administrador oculto o administrador en la sombra.

Así las cosas, en el análisis de la responsabilidad del administrador oculto ex Artículo 20 del Código de Comercio, caben distinguir tres elementos que requieren un estudio individual: la conducta comprendida en el supuesto de hecho, los presupuestos de responsabilidad, y el modo de atribución de responsabilidad.

En relación al primer punto, es claro que la norma alude al sujeto que, *de facto*, controla el funcionamiento de la sociedad, es decir, que ejerce, como hemos anotado *supra*, la administración controlada. Se trata de una administración indirecta, a través del ejercicio de una influencia decisiva y constante sobre el administrador⁵⁴⁰ que figura como tal frente a terceros, quien se somete a las decisiones del primero. Los casos paradigmáticos lo constituyen el socio de control, los acreedores, proveedores o entidades de financiación que por la dependencia que la sociedad tenga de ellos, ejercen efectivas funciones de gestión⁵⁴¹. Es relevante citar la sentencia *Re Hydrodan (Corby) Ltd.*, 2 BCLC 180, 1994, del derecho inglés, en la que se establece que el administrador en la sombra no reclama actuar como administrador; todo lo contrario, se esconde en las sombras, refugiándose detrás de otros a quienes determina como los auténticos administradores societarios.

Sobre el segundo punto, concerniente a los presupuestos de responsabilidad, es exigible: a) el acto antijurídico, configurado por ejercer efectivo y continuo control sobre la gestión social, no entrando en el supuesto de hecho las recomendaciones, consejos o asesorías⁵⁴², y, por tratarse de control indirecto, no es de recibo imputar responsabilidad por conducta omisiva; b) el dolo como factor de atribución de responsabilidad, volviendo al administrador oculto responsable solo en los casos en que éste cause deliberadamente daño a terceros, lo que, desde una perspectiva crítica, se muestra con excesiva lenidad considerando la posición de control que ejerce; c) el daño, presupuesto

⁵⁴⁰ HOBSON, Michael D. «The law of shadow directorships», en *Bond University law review*. Nº 10. Págs. 203 y ss.

⁵⁴¹ GRIMALDOS GARCÍA. *Op. Cit.* Págs. 314 y 315.

⁵⁴² HOBSON. *Op. Cit.* Págs. 209 y ss.

derivado de la teoría general de la responsabilidad; y d) el nexo causal entre el acto antijurídico y el daño causado, como presupuestos lógico.

En cuanto al tercer punto, debemos iniciar denunciando el desatino en el que incurre la norma, ya que, sin ulterior tratamiento, unifica la responsabilidad subsidiaria y solidaria bajo un mismo criterio de imputación. Como hemos visto, la solidaridad (pasiva) entraña la autorización al acreedor para cobrar una parte o la totalidad de la deuda, a cualquier deudor solidario. En cambio, la subsidiaridad, involucra el cobro al deudor secundario, toda vez se haya hecho excusión de los bienes del deudor principal (Artículos 2029 y relacionados del Código Civil). De lo anterior resulta que, respecto a una misma persona, la responsabilidad no puede atribuirse subsidiaria y solidariamente de forma simultánea.

Una interpretación que podría realizarse sobre la disposición citada *ut supra*, es que existe responsabilidad subsidiaria de los administradores ocultos respecto a la sociedad, y solidaria entre ellos. Dicho en otros términos, resultaría procedente requerir a los administradores ocultos, una vez la reclamación contra la sociedad ha sido fallida o su patrimonio deviene insuficiente para sufragar la totalidad de la deuda, así, los administradores ocultos responden de forma solidaria e ilimitada entre ellos, previa excusión de los bienes de la sociedad.

Una segunda interpretación, siendo la que estimamos más adecuada, es que en el supuesto de hecho únicamente se constituye la responsabilidad solidaria, y la subsidiaria comprendida en el precepto, no es más que una incorrección del legislador. A esta conclusión llegamos dado que, en primer término, la disposición no prescribe respecto a quien opera la subsidiaridad, pues unifica dentro del mismo supuesto de hecho ambas formas de responder frente a la obligación, sin expresar diferencia o situación concreta alguna. En segundo término, atribuir responsabilidad solidaria parece más razonable, teniendo como objeto constituir una suerte de sanción como consecuencia jurídica del actuar doloso del administrador oculto.

Debe notarse que la responsabilidad del administrador oculto opera frente a terceros, por lo que la sociedad y los accionistas en nombre de ésta, al tenor de la disposición, no se encuentran legitimados para ejercer la acción social de responsabilidad. Observada la

posición de control del administrador oculto en relación a la sociedad, esta exención de responsabilidad no se justifica, habida cuenta que no anteceden razones para no equiparar la responsabilidad del administrador de derecho con el que ejerce la administración controlada.

El plano práctico revela la frecuencia con la que la gestión cotidiana de la sociedad es llevada a cabo por terceros sin vínculos formales con el órgano de administración. Asimismo, no son infrecuentes los casos en que empleados de la sociedad, como los apoderados generales o factores⁵⁴³, o los casos en los que el administrador de la sociedad dominante⁵⁴⁴, esconden a la persona que tiene verdaderamente a su cargo la administración de la sociedad. Por encima del innegable trato privilegiado que recibe el administrador en la sombra, se patentiza la falta de regulación del administrador de hecho propiamente dicho. Asumiendo como objetivo del ordenamiento su armonización con el sentido de justicia material, y confrontada con la omisión de previsión legal expresa, la absoluta exoneración de responsabilidad del sujeto que, de hecho, concurre en la administración societaria, resulta inmantenible.

Como es afirmado por la doctrina, las cargas legales impuestas a los administradores y la consecuente responsabilidad que deriva de su infracción, son preceptos que se vinculan con el correcto desenvolvimientos de la gestión de la sociedad, independientemente de la designación formal del sujeto que ejercita dicha actividad; allí radica la importancia y validez de la imputación de responsabilidad al administrador de hecho. Quien se inserta en la administración societaria no puede quedar impune por el solo hecho de no mediar una designación formal; esto sería invertir e ignorar la razón profunda que inspira el régimen legal de responsabilidad de los administradores⁵⁴⁵.

Mutatis mutandis, es claro que una reforma en el sentido de equiparar a los administradores *de iure*, con los *de facto*, bastaría para someter a los últimos al régimen

⁵⁴³ MARTÍNEZ SANZ, Fernando. «**Los administradores responsables**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Pág. 77.

⁵⁴⁴ GRIMALDOS GARCÍA. **Op. Cit.** Págs. 319 y 320; GIRGADO PERANDONES, Pablo. **La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 2002, Págs. 147 y ss.; y MARTÍNEZ SANZ. «**Los administradores responsables**». **Op. Cit.** Pág. 75.

⁵⁴⁵ ALLENDE. **Op. Cit.** Pág. 694.

de responsabilidad de los administradores, lo que constituye una acentuada tendencia en el derecho societario⁵⁴⁶. En estos términos, la discusión gravita en torno a la imperativa necesidad de reforma, o en cambio, la adecuada interpretación del derecho positivo que permita la construcción jurídica, a efectos de volver responsables a los sujetos que, *de facto*, concurren en la administración.

Inicialmente, es preciso ofrecer los criterios ordenadores que caracterizan al administrador de hecho. La doctrina mantiene que, aunque el administrador de hecho puede llevar a cabo funciones de representación, son las funciones de gestión en sentido estricto las que le otorgan el calificativo de fáctico, de allí su diferencia con el representante aparente, cuya conducta típica se centra en la representación⁵⁴⁷. Así la injerencia directa y autónoma en asuntos de gestión caracteriza su conducta⁵⁴⁸. Por su parte, las sentencias proferidas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 2224/2009, de 14 de abril; No.1154/2010, de 11 de marzo; y No. 9191/2012, de 4 de diciembre; entre otras, han puesto de relieve la continuidad o permanencia en la gestión como notas caracterizadoras.

Orientando la discusión a la construcción jurídica, hemos de señalar en primera instancia, que el Artículo 737 del Código de Comercio deviene inaplicable, no solo porque la conducta que califica al falso representante no condice con la requerida al administrador de hecho, como hemos anotado, sino debido a que la propia disposición, *in fine*, veda su aplicación en relación a los órganos societarios.

A nuestro juicio, tampoco el Artículo 20 del Código de Comercio constituye un basamento adecuado, pues la conducta que encierra dista de la gestión directa. Si el espíritu del legislador hubiera sido volver responsable a quien ejerce de hecho la administración, no habría acudido al “control de hecho del funcionamiento de la sociedad” como conducta típica, sino, directamente a su administración, pues, puede controlarse sin administrarse directamente. Por razones de seguridad jurídica, somos del criterio que debe mantenerse

⁵⁴⁶ MARTÍNEZ SANZ. «Los administradores responsables». *Op. Cit.* Pág. 63.

⁵⁴⁷ LATORRE CHINER. «El administrador de hecho». *Op. Cit.* Pág. 675.

⁵⁴⁸ MARTORELL ZULUETA, Purificación. «Administración. Dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual: análisis jurisprudencial», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*. Pág. 35.

un concepto restringido de la norma en análisis, circunscrita a la hipótesis en ella comprendida.

Frente a la declinación para integrar las referidas normas de orden mercantil, la vía para atribuir responsabilidad al administrador de hecho podría desarrollarse desde la agencia oficiosa⁵⁴⁹ o la teoría general de la responsabilidad aquiliana (Artículos 2199 y siguientes y 2236 del Código Civil), sin embargo, innegablemente la equiparación respecto al sistema de responsabilidad impuesto a los administradores de derecho sería inacabado, dado que el régimen de responsabilidad civilista es ajeno al ámbito en el que se desarrolla la disciplina objeto de estudio, lo que se manifiesta, por ejemplo, al apreciarse las diferencias en cuanto a la legitimación, casusa de exoneración, imputación solidaria de responsabilidad, grado de diligencia exigible, la solidaridad como regla general, el desdoblamiento de la actuación del órgano de administración y la atribución de responsabilidad al administrador en su patrimonio personal, entre otros aspectos.

El silencio legislativo imposibilita que el administrador de hecho sea responsable en los mismos términos que el administrador de derecho. Ello permite concluir que la figura analizada recibe un tratamiento privilegiado, operando bajo un régimen de responsabilidad inexistente, lo que aconseja una pronta reforma. De momento, ante el desatino del legislador, es la jurisprudencia la llamada a realizar la extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho, lo que, resultaría criticable, pero menos perjudicial que la total impunidad de cara a la seguridad jurídica.

10.2.4. El liquidador

Con naturaleza semejante, más no idéntica, las funciones del liquidador se aproximan a las desarrolladas por el administrador, lo que sugiere, al menos de forma superficial, realizar algunas consideraciones en torno a su régimen de responsabilidad. Según prescribe el Artículo 330 del Código de Comercio, una vez disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación, conservando su personalidad jurídica a estos efectos. Los liquidadores de la sociedad anónima, de conformidad con el Artículo 331 del mismo cuerpo legal, son

⁵⁴⁹ PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. IV. Pág. 179 y ss.; y LÓPEZ DE ZAVALÍA. **Op. Cit.** T. I. Págs. 508 y ss.

administradores y representantes legales de la sociedad, y responden por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su encargo.

Ilustra el Artículo 336 del Código de Comercio, sobre las facultades expresas concedidas a los liquidadores, contraídas primordialmente a actos de administración. Al ser representantes de la sociedad, la naturaleza de la función es equiparable a la representación ejercida por los administradores, en consecuencia, son aplicable las reglas relativas a los efectos de los actos celebrados fuera de facultades concebidas.

La doctrina ha mantenido posiciones antagónicas en lo que concierne al régimen de responsabilidad aplicable. Por una parte, hay quienes sostienen que el régimen de responsabilidad del liquidador no es equiparable al del administrador⁵⁵⁰; otros se pronuncian a favor de la aplicación de las normas relativas a la determinación de responsabilidad de los administradores⁵⁵¹. El Artículo 343 del Código de Comercio, párrafo segundo, aplica a los liquidadores las normas propias de los administradores, con las limitaciones inherentes a su cargo. Por ello, indudablemente es aplicable el nivel de diligencia exigible a los administradores, en el cumplimiento de las atribuciones comprendidas en el Artículo 336 del Código de Comercio. Asimismo, frente a la falta de regulación expresa y la remisión al régimen de los administradores, consideramos procedente someter al liquidador al mismo régimen de responsabilidad, diferenciándose en los deberes exigibles cuya infracción genera el reproche indemnizatorio.

Un caso explícito de responsabilidad del liquidador, es comprendido en el Artículo 333 del Código de Comercio, que establece el supuesto en el que no se practicase su inscripción en el Registro Público de Comercio, por dolo o negligencia. La responsabilidad del liquidador se configura cuando éste no ha desplegado la debida diligencia para gestionar su inscripción, debiendo recordarse que el nombramiento tiene

⁵⁵⁰ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio. «**Disolución y liquidación de la sociedad anónima (artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)**», en **Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles**. T. XI. Pág. 149; y MARTORELL ZULUETA. **Op. Cit.** Pág. 20.

⁵⁵¹ SANTOS BRIZ, Jaime. «**La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. N° 24. Pág. 348.

efectos constitutivos sobre la asunción de poderes de administración⁵⁵² (sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 6427/2007, de 25 de septiembre).

Por otra parte, tal como informa la sentencia proferida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 5521/2014, de 27 de noviembre, en caso que el administrador pase a ser liquidador, es procedente promover la acción de responsabilidad contra la misma persona en ambas condiciones, pero diferenciando las infracciones cometidas atendiendo a la naturaleza de los cargos.

⁵⁵² SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 98 y 99; y VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Págs. 775.

CAPÍTULO XI

11. La acción social de responsabilidad

11.1. Nociones generales

Iniciamos el estudio de la primera de las acciones de responsabilidad civil contra los administradores establecidas en el ordenamiento. La acción social de responsabilidad tiene por objeto el reintegro patrimonial de la sociedad, como consecuencia del daño provocado por los administradores, derivado de la inobservancia a sus deberes. En el derecho comparado, se adopta equivalente solución para reparar el daño causado a la sociedad⁵⁵³, variando primordialmente el *nomen iuris*, lo que autoriza la aplicación de jurisprudencia y doctrina extranjera como herramienta auxiliar para dilucidar la materia en cuestión, en lo que resulte relevante, dadas las semejanzas.

Atendiendo al planteamiento doctrinal, procede la acción social cuando el daño se produzca en el patrimonio social directamente; en este caso, si bien los socios y los acreedores se ven perjudicados por la daño al patrimonio social, los primeros al sufrir pérdidas en razón de sus acciones y los segundos al reducirse el éxito del cobro de su crédito, este se causa de manera indirecta⁵⁵⁴. Como bien lo han delimitado las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 2312/2006, de 22 de marzo y No. 6933/2006, de 3 de octubre, la acción social tiene por finalidad “recomponer o reconstituir el patrimonio social que ha sido dañado por la actuación de los administradores”. Esto confirma que la titularidad de la acción social corresponde en todos los casos a la sociedad.

La acción analizada es comprendida en los Artículos 224 y siguientes del Código de Comercio, integrando lo vinculado a la atribución de responsabilidad, legitimación y causales de extinción. De este modo, resultan aplicables a la acción social de responsabilidad las previsiones realizadas en capítulos precedentes, respecto a los

⁵⁵³ DÍAZ ECHEGARAY. **Op. Cit.** Págs. 106 y ss.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 320 y ss.; SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 374; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 583; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 544.

presupuesto y al ámbito subjetivo de aplicación. Dicho esto, y acotada la pretensión que encierra la acción, es procedente discutir lo atinente a la legitimación.

11.2. Legitimación

La legitimación procesal es la “aptitud o idoneidad para actuar en un proceso en el ejercicio de un derecho propio, o en representación de otro”⁵⁵⁵. Previo a abordar el tema de la legitimación en la acción social de responsabilidad contra los administradores, es procedente realizar ciertas consideraciones preliminares, permitiendo una mayor comprensión del tema discutido.

Situándonos en el ámbito del derecho adjetivo, la doctrina distingue: a) legitimación *ad procesum*: se reconoce a todos los que tienen aptitud necesaria para ser parte (capacidad de obrar); y b) legitimación *ad causam*: se reconoce por ser titular de la relación jurídica objeto del litigio⁵⁵⁶. La distinción es de capital trascendencia en el ámbito del derecho procesal.

Al respecto, es conveniente citar la reciente sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de abril de 2016, recaída en el expediente número AC-1191-14, que externa: “Considerando (12): ... En el tema de la legitimación, la doctrina moderna ha distinguido entre la llamada *legitimatio ad procesum* y la *legitimatio ad causam*. Siendo preciso cuando se habla de la legitimación, hacer referencia a la distinción existente entre la falta de personalidad y la falta de acción, comprendiendo la primera las cualidades necesarias para comparecer en juicio (capacidad para ser parte y capacidad procesal) que integra, para todo tipo de proceso un verdadero presupuesto procesal (conocido como *legitimatio ad procesum*) y consistiendo la segunda (*legitimatio ad causam*) en ostentar la titularidad de la relación jurídico material invocada por el demandante en el proceso concreto de que se trate. La discusión por la falta de legitimación *ad causam*, que equivale a la falta de acción..., se

⁵⁵⁵ FERREYRA DE DE LA RÚA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL. **Op. Cit.** Pág. 116.

⁵⁵⁶ TORO PEÑA. **Op. Cit.** Pág. 75; CHIOVENDA. **Op. Cit.** T. I. Págs. 178 y ss.; FERREYRA DE DE LA RÚA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL. **Op. Cit.** Págs. 116 y ss.; DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA. **Op. Cit.** Págs. 248 y ss.; ALVARADO VELLOSO. **Op. Cit.** Págs. 95 y ss.; y PALACIO. **Op. Cit.** Pág. 103; y JORQUERA LORCA, René. **Síntesis de derecho procesal civil.** Pág 38.

considera en general como una excepción de carácter sustantivo, puesto que incumbe a la condición de un sujeto jurídico de hallarse dentro de una situación jurídica determinada, mientras que la legitimación *ad procesum*, concierne a la falta de capacidad procesal o la falta de capacidad para ser parte”.

Dado que la legitimación *ad procesum* alcanza únicamente a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal (Artículos 61, 62 y 63 del Código Procesal Civil), encerrando elementos cuyo examen presupone la consideración de cada sujeto de manera aislada, prescindiendo del objeto del proceso, es propio confinar la discusión a los sujetos a los que la ley otorga la titularidad de la relación jurídico-material (*legitimatío ad causam*).

Continuando con la exposición preliminar y delimitando con precisión su ulterior desarrollo, en el proceso civil, en principio, la legitimación *ad causam* admite dos posiciones: a) legitimación activa: recae en la persona del actor a la que la ley le concede derecho de acción; y b) legitimación pasiva: recae en la persona del demandado, contra quien es concedida la acción⁵⁵⁷. Recayendo la acción contra los administradores, habida cuenta que hemos discutido los sujetos que se encuentran sometidos al ámbito subjetivo del régimen de responsabilidad, interesa, en el presente apartado, señalar las personas que ostentan la legitimación activa, es decir, los legitimados para promover la acción.

Así las cosas, el Artículo 64 del Código Procesal Civil cimienta dos tipos de legitimación *ad causam*: a) legitimación ordinaria: recae en los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, sea inter vivos, sea mortis causa; y b) legitimación extraordinaria: recae en personas distintas a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, ya sea por tratarse de una sustitución procesal, o bien por razones de interés público o social⁵⁵⁸. Siendo así, y en este orden de cosas, abordamos la temática siguiendo la diferenciación referida.

⁵⁵⁷ CHIOVENDA. **Op. Cit.** T. I. Págs. 178 y ss.; FERREYRA DE DE LA RÚA y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL. **Op. Cit.** Pág. 125; DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA. **Op. Cit.** Pág. 249; PALACIO. **Op. Cit.** Pág. 103; y JORQUERA LORCA. **Op. Cit.** Pág 36.

⁵⁵⁸ MONTERO AROCA, Juan. **El proceso civil.** Págs. 251 y ss.

11.2.1. Legitimación ordinaria

Dispone el Artículo 227 del Código de Comercio: “La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercer la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”. El precepto refiere a que la legitimación ordinaria de la acción social corresponde a la sociedad. Ello armoniza con el objeto de la acción, contraída a reintegrar el patrimonio social. Dos son los presupuestos para acreditar la legitimación con la que actúa la sociedad:

a) Acuerdo de la asamblea general. Concordamos plenamente con el razonamiento de GUTIÉRREZ FALLA, al indicar que se requiere un acuerdo de la asamblea general en sesión ordinaria, aun cuando no conste en el orden del día⁵⁵⁹. La conclusión anterior es expuesta por el maestro hondureño con fundamento en el Artículo 168 del Código de Comercio, que autoriza a la asamblea general ordinaria para tratar sobre los asuntos comprendidos en la disposición, aun cuando no se comprendan en el orden del día, dentro de los cuales figura la de tomar las medidas oportunas en relación al balance; y siendo que el Artículo 226 numeral I del Código de Comercio, relaciona la responsabilidad de los administradores y la aprobación del balance, se infiere que una de las medidas a adoptar es el acuerdo de responsabilidad de los administradores.

La adopción del acuerdo de la asamblea general se encuentra igualmente sometido a las reglas de los Artículos 185 y 187 del Código de Comercio. En otros términos, en primera convocatoria deben estar representadas por lo menos la mitad de las acciones que tengan derecho a votar, y en segunda convocatoria la asamblea se considerará válidamente constituida cualquiera que sea el número de acciones representadas; en ambos casos, se tomará el acuerdo por mayoría de los votos presentes.

La asamblea general tiene la potestad para incoar la acción y de eximir de responsabilidad a uno o a varios administradores. Arribamos a la conclusión anterior, frente a la imprevisión legislativa, haciendo uso del aforismo “*a majori ad minus*”⁵⁶⁰, en

⁵⁵⁹ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 515 y 516.

⁵⁶⁰ GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 336; y AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 103.

uso de la analogía como técnica de integración, con base en los siguientes razonamientos: considerando que la responsabilidad de los administradores es impuesta de manera solidaria (Artículos 222 y 224 del Código de Comercio), se autoriza a la sociedad para dirigirse contra todos los administradores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos sin que pueda oponérsele el beneficio de división (Artículo 1403 del Código Civil). Asimismo, entra en juego la potestad de la asamblea general para extinguir la responsabilidad de los administradores (Artículo 226 del Código de Comercio). De este modo, siguiendo lo expresado por la doctrina, se entiende que tácitamente la asamblea general ha eximido de responsabilidad a los administradores contra los que no se ha dirigido la acción social⁵⁶¹.

Informa el Artículo 214 del Código de Comercio, que el acuerdo de la asamblea general que resuelva exigir judicialmente responsabilidad a los administradores, provoca *ipso iure* el cese en el desempeño de su cargo, pudiendo ser nombrados nuevamente solo en el caso de que la autoridad judicial declare infundada la acción ejercitada en su contra.

b) Designación de la persona que debe ejercer la acción. El Artículo 227 del Código de Comercio indica que debe designarse la persona que habrá de ejercer la acción correspondiente. Al referirse genéricamente a “la persona”, no aludiendo vínculo alguno con la sociedad o criterio de exclusión, se deduce que la elección es de carácter abierto y que por tanto, puede recaer sobre cualquier persona, incluyendo terceros. Como no puede ser de otro modo, considerando el objeto de la acción, ésta es ejercida en representación de la sociedad, lo que constituye una salvedad a la representación orgánica que corresponde a los administradores (Artículo 209 del Código de Comercio).

Escenario que supone debate, lo plantea la posibilidad de que la asamblea general designe a un administrador para ejercer la acción social. La doctrina nacional se decanta por la tesis negativa⁵⁶². *A contrario sensu*, como hemos anotado, la asamblea general puede eximir de responsabilidad a determinados administradores, y por ello, aquellos sobre los que no recae la acción, *ergo*, han sido eximidos de responsabilidad, en principio no se encuentran impedidos para promoverla en nombre de la sociedad contra los demás

⁵⁶¹ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 400 y 401; y LARA. **Op. Cit.** Págs. 95 y ss.

⁵⁶² GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 519 y 520.

administradores, toda vez hayan sido designados por la asamblea general, pues no consta prohibición expresa. En consecuencia, no apreciamos inconvenientes en que los administradores no afectados por el acuerdo, sean nombrados para ejercer la acción social.

Sin embargo, la asamblea general no puede eximir a los administradores de los efectos de la responsabilidad solidaria en la acción de repetición o en vía de regreso entre los administradores, en la que pueden pretender la exclusión o moderación de la responsabilidad en relación con el nivel de participación que hayan tenido en el acto lesivo⁵⁶³. La responsabilidad solidaria subsiste en tanto los administradores no hayan acreditado las causales legales que lo autoricen para deslindarse de ella en el ámbito judicial. Cosa distinta es que en la acción social, los administradores no puedan oponer el beneficio de división.

11.2.2. Legitimación extraordinaria

El ordenamiento contempla dos casos especiales en los que se legitima a personas distintas a la sociedad, otorgando, de este modo, legitimación extraordinaria para promover la acción de responsabilidad contra los administradores. La legitimación extraordinaria es un instrumento que el legislador incorpora para asegurar el ejercicio de la acción, con una doble finalidad; es una forma de protección del propio ente social, y es una forma de salvaguardar el interés de los socios y terceros, pero en todos los casos, se trata de una acción en nombre de la sociedad; de allí que se configure como una legitimación representativa⁵⁶⁴. Sin más preámbulo abordamos ambos supuestos separadamente.

a) Accionistas minoritarios. El propio Artículo 227 del Código de Comercio que trata sobre la legitimación para ejercer la acción social, remite al caso del Artículo 228 del mismo texto normativo, como excepción a la regla general que legitima a la sociedad para incoar la acción social de responsabilidad. Ésta última disposición señalada, prescribe que, aun en los casos del Artículo 226 del Código de Comercio (que versa sobre los supuestos de

⁵⁶³ QUIJANO GONZÁLEZ. **Op. Cit.** Pág. 264; y SÁNCHEZ CALERO. «**Administradores**». **Op. Cit.** Pág. 263.

⁵⁶⁴ SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Págs. 371 y ss.

extinción de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad), los accionistas que representen al menos el cinco por ciento (5%) del capital social, pueden ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores. Entonces, cualquier *quitus* o exoneración general de la asamblea, no coarta a las minorías para ejercer la acción⁵⁶⁵.

La justificación de la legitimación de las minorías estriba en el hecho que el riesgo de que la sociedad (a través de la mayoría de socios) no actúe contra los administradores es alta, ya que ordinariamente los administradores son personas de confianza de los accionistas mayoritarios⁵⁶⁶. Es por esto que, según la dicción del precepto referido, a efectos de la acción de las minorías, es intrascendente si la asamblea general aprobó el balance, la gestión del órgano de administración, renunció al acuerdo de responsabilidad, celebró una transacción con el administrador, o si éste procedió en cumplimiento de un acuerdo de la asamblea general.

La disposición *in comento*, trasluce uno de los cambios de mayor calado de la reforma al Código de Comercio, al replantear el capital mínimo representado por los accionistas para incoar la acción directamente, pasando de un veinticinco por ciento (25%) exigible, al actual cinco por ciento (5%) requerido. Es, sin duda, una manifestación del grado de protección que el legislador pretende acrecentar a favor de las minorías.

El grado de resguardo brindado a las minorías varía en el derecho comparado en lo que respecta a la acción social. En el derecho estadounidense, al margen de la diversidad de ordenamientos entre los Estados, en su mayoría, la acción social puede promoverse por un solo accionista (*shareholder derivative suit*), con independencia del capital social que represente. Para ello, debe presentarse una solicitud previamente a la *managment board* (consejo de administración) para que sea la sociedad misma la demandante, y solo en caso de rechazo o inactividad de dicho órgano el accionista puede interponer su acción (§ 7.42 de la *Model Business Corporation Act*).

⁵⁶⁵ GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Pág. 369.

⁵⁶⁶ JUSTE, Javier. «**Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Pág. 123.

En todo caso, según indica con diáfana claridad la sentencia dictada en el caso *Feldman v. Cutaia*, 951 A.2d 727, 732 (Del. 2008), en la *stockholder's derivative suit*, el accionista demanda en representación de la sociedad, no individualmente. Para determinar la admisibilidad de la acción se aplica el denominado “*tooley test*”, derivado de la sentencia proferida en el caso *Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jerette, Inc.*, 845 A.2d 1031, 1039 (Del. 2004), que exige: 1) que el daño causado sea sufrido por la sociedad; y 2) que la finalidad de la acción sea el reintegro patrimonial de la sociedad.

En el derecho inglés, desde el histórico fallo pronunciado en el caso *Foss v. Harbottle*, 67 ER 189, 1843, se vedó a las minorías el acceso a demandar directamente a la sociedad, salvo casos excepcionales. Sin embargo, el asunto fue objeto de reforma materializada en los Artículos 261 y 266 de la *Comanies Act* de 2006, concediendo a cualquier accionista el derecho para promover la acción, previa autorización del órgano jurisdiccional, lo que puede ser objeto de revisión posterior por éste⁵⁶⁷.

En el derecho italiano, como remedio a la crítica realizada por la doctrina en relación a no contemplarse la posibilidad de que los accionistas ejercieran la acción social de responsabilidad⁵⁶⁸, el legislador introdujo en el ordenamiento el Artículo 2393 *bis* del *Codice Civile*, que establece la acción social de responsabilidad ejercida por los accionistas que representen al menos una quinta parte del capital social, o de cualquier otra medida prevista en los estatutos, pero no superior a un tercio.

En el derecho alemán, el § 147 numeral 2 de la *Aktiengesetz*, autoriza a los accionistas que representen una décima parte del capital social, o cuyas acciones representen 1,000,000.00 de euros, a solicitar ante el órgano jurisdiccional el nombramiento de una persona que actuará en representación de la sociedad para ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores. Se diferencia de los demás ordenamiento, en que la legislación no los autoriza para incoar la acción directamente.

En el derecho francés, el Artículo L 225-252 del *Code de Commerce*, establece que, los accionistas podrán, individualmente, por medio de una asociación que responda a las

⁵⁶⁷ WOOLDRIDGE, Frank y DAVIES, Liam. «**Derivative claims under UK company law and some related provisions of German law**», en *Amicus Curiae*. Pág. 6.

⁵⁶⁸ FRÈ. *L'organo amministrativo*. Op. Cit. Págs. 255 y ss.

condiciones establecidas en el Artículo L 225-120 del mismo texto normativo, o agrupándose con las condiciones determinadas por el *Conseil d'Etat*, entablar la acción social de resarcimiento por responsabilidad civil contra los administradores o el director general. Los demandantes estarán habilitados para reclamar la reparación íntegra del daño causado a la sociedad, a la cual se le abonará, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios.

En el derecho español, el Artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital legitima a los socios que representen el capital mínimo necesario para convocar a la junta general para promover la acción social, debiendo previamente solicitar la convocatoria y someter el asunto a decisión; en caso que los administradores no hicieran la convocatoria, o la junta resolviera no ejercitar la acción o no lo hiciera en el plazo de un mes desde el acuerdo, los accionistas minoritarios podrán incoar la acción social de responsabilidad directamente.

Tras confrontar la regulación del derecho hondureño y las legislaciones extranjeras brevemente referidas, se aprecia que la legislación nacional se equipara en relación a las demás regulaciones en lo que respecta a la materia tratada. Así, la acción de las minorías tiene como finalidad que la sociedad perciba la totalidad de los bienes que se obtengan de los administradores, fuera de los gastos, en los términos del Artículo 228 del Código de Comercio. De este modo, los accionistas que representan el cinco por ciento (5%) del capital social, para acreditar la legitimación con la que actúan deben satisfacer dos presupuestos:

- 1) Que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades en favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de las minorías. En armonía con el objeto de la acción, se requiere el reclamo sobre la totalidad del daño causado a la sociedad, no limitado al detrimento de la aportación de los accionistas minoritarios.
- 2) Que, en caso de someterse el asunto a la asamblea general, los actores no hayan aprobado la resolución sobre no haber lugar a proceder contra los administradores. Este presupuesto, no es más que una manifestación de la doctrina de los actos propios,

(“*venire contra factum proprium non valet*”) que pregona el principio general del derecho que prohíbe actuar contra los propios actos realizados⁵⁶⁹.

Dicho esto, GUTIÉRREZ FALLA mantiene que la acción de las minorías tiene naturaleza subrogatoria⁵⁷⁰. No admitimos tal conclusión. Debe recordarse que la acción subrogatoria, oblicua o indirecta (Artículo 1370 del Código Civil), es una facultad conferida a los acreedores, en virtud de la cual ellos pueden gestionar los derechos del deudor que éste deja abandonados. Supone la existencia de un crédito a favor del deudor y su inactividad para cobrarlo, provocando un perjuicio para su acreedor, en la medida en que impide la incorporación de bienes a su patrimonio. Para la procedencia de la acción se requiere que el actor sea acreedor y que su deudor sea a su vez acreedor también del tercero contra quien la acción se dirige⁵⁷¹.

Decae la equiparación de la acción subrogatoria con la acción social de las minorías, en primer término, debido a que los accionistas minoritarios no son acreedores de la sociedad. En segundo lugar, porque la acción social de las minorías, no comprenden la incorporación de los bienes obtenidos a su patrimonio, una vez se haya pagado a la sociedad. Aunque el detrimento patrimonial de la sociedad es ocasionado también a los accionistas, como aportantes del capital social⁵⁷², el daño repercute de manera indirecta o refleja⁵⁷³; la finalidad de la acción social se limita a la reintegración patrimonial de la sociedad, no a compensar el patrimonio de las minorías. En tal razón, el Artículo 228 del Código de Comercio prescribe que los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación, con deducción de los gastos erogados en ésta, serán percibidos por la sociedad.

⁵⁶⁹ LEHMANN. **Op. Cit.** Pág. 163.

⁵⁷⁰ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 519.

⁵⁷¹ PIEDECASAS, Miguel A. «**Artículo 1196. Jurisprudencia**», en **Código Civil comentado: doctrina jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte general (Artículos 1137 a 1216)**. Pág. 378; PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Págs. 646 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 184 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 230 y ss.; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 322 y ss.; MOLINARIO, Alberto D. **Derecho patrimonial y derecho real**. Pág. 77; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 310 y ss.; y LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 320 y ss.

⁵⁷² GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 489.

⁵⁷³ SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 372.

Se trata de una acción promovida por los accionistas directamente y de forma autónoma, en representación de la sociedad, en su calidad de accionistas. De allí que se otorga legitimación extraordinaria, al no ser directamente titulares de la relación jurídica, pues, conviene recordar que la sociedad desborda la personalidad física de sus socios⁵⁷⁴.

Vinculado a lo anterior, por otro lado, la doctrina española apunta que la acción de las minorías ostenta carácter subsidiario⁵⁷⁵. Sin embargo, tal pronunciamiento es enteramente aplicable al contenido del Artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital. En este caso, se trata de una legitimación sucesiva o en cascada (sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 517/2001, de 30 de enero), en virtud que requiere que los accionistas minoritarios procuren la discusión de la responsabilidad de los administradores en la junta general, incluso previendo un plazo para promover la acción directamente en caso de inactividad de la junta general una vez adoptado el acuerdo.

A nuestro criterio, la acción social de las minorías no ostenta naturaleza subsidiaria en el derecho hondureño. Consideramos que la acción social de las minorías puede promoverse directamente, sin que requiera conocimiento o decisión previa de la asamblea general. La conclusión anterior tiene un doble basamento. En primer lugar, deriva de la dicción del Artículo 228 numeral II del Código de Comercio, que, al inicio, prescribe: “Que en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general...”. Si el espíritu del legislador fuere el de exigir el sometimiento previo del asunto a la asamblea general, no contemplaría el supuesto “en su caso”, en virtud que tal redacción encierra la eventualidad de un escenario alternativo, este es, el supuesto en el que no se sometiere el tema a discusión de la asamblea general.

Si la *ratio* fuera otra, el *mens legislatoris* se habría decantado por redactar la disposición de manera terminante, bajo la fórmula: “Que los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la asamblea general...”. Una interpretación limitativa confrontaría el supuesto indeterminado que contiene la disposición. Lo que en realidad limita la disposición, es que en caso de discutirse en la asamblea general, los accionistas que pretenden ejercer

⁵⁷⁴ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. I. Pág. 347.

⁵⁷⁵ JUSTE. **Op. Cit.** Págs. 121 y ss.

la acción social no aprueben la resolución sobre no haber lugar a la responsabilidad de los administradores.

En segundo lugar, debe prescindirse del sometimiento del asunto a la asamblea general como presupuesto, procurando la eficacia de la norma, con fundamento en la máxima del derecho “*verba legis cum effectu sunt accipienda*” (las palabras de la ley se han de entender eficazmente)⁵⁷⁶, aunado al criterio finalista como regla práctica de interpretación⁵⁷⁷. Lo anterior, por cuanto, si se exigiera el sometimiento previo de la cuestión a la asamblea general, para que la protección a las minorías desplegué su efecto, como consecuencia lógica, se les tendría que conceder la facultad para forzar dicho sometimiento; no obstante, por mor de los Artículos 142 y 175 del Código de Comercio, se otorga el derecho de solicitar la convocatoria de asambleas y a que en ellas se tomen acuerdos sobre determinados asuntos⁵⁷⁸ a los accionistas que representan el veinticinco por ciento (25%), no al cinco por ciento (5%).

En este sentido, la minoría comprendida ex Artículo 228 del Código de Comercio se encontraría igualmente limitada, desvaneciéndose la finalidad de la norma, pues requiere que los accionistas que representan el veinticinco por ciento (25%) sometan el asunto a decisión de la asamblea general, lo que evidencia la falta de la debida correspondencia entre cada una de las partes de la ley, si se atiende al contexto de la misma para ilustrar el sentido de la norma (Artículo 19 del Código Civil). La falta de adecuación entre los preceptos priva de eficacia al sistema de legitimación de las minorías, volviendo la reducción del porcentaje instituido por la reforma en letra muerta.

b) Acreedores y síndico. Prescribe el Artículo 230 del Código de Comercio: “Si la sociedad se encontrare en estado de insolvencia, la acción de responsabilidad frente a la sociedad podrá ser ejercida por sus acreedores, y en su caso, por el síndico”. Tildada por una sección de la doctrina como una herramienta de poca utilidad⁵⁷⁹, la norma

⁵⁷⁶ DE PINA. **Op. Cit.** Pág. 186.; y ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil.** T. I. Págs. 157 y ss.

⁵⁷⁷ GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 341; AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 94; RIVERA. **Op. Cit.** Pág. 203 y ss.; y ÁLVAREZ GARDIOL. **Op. Cit.** Pág. 210.

⁵⁷⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil.** **Op. Cit.** T. II. Págs. 232 y ss.

⁵⁷⁹ ESTEBAN VELASCO. «**La acción social y la acción individual de responsabilidad**». **Op. Cit.** Pág. 75; y SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores.** **Op. Cit.** Pág. 403.

autoriza a los acreedores de la sociedad y al síndico para promover la acción social de responsabilidad, en caso de insolvencia de la sociedad. Se trata de una acción en representación de la sociedad⁵⁸⁰, en su calidad de acreedor o síndico. En este caso, la acción reviste naturaleza subrogatoria, ya que efectivamente supone el cobro del acreedor a personas deudoras (administradores) de su deudor (sociedad). A efectos de la acción examinada, al igual que en la acción de las minorías, es trivial si concurre algún supuesto del Artículo 226 del Código de Comercio, por mor del Artículo 171 del mismo cuerpo legal.

En el derecho comparado, algunas legislaciones adoptan similar solución para proteger el interés de terceros. En el derecho italiano, el Artículo 2394 del *Codice Civile* legitima a los acreedores sociales para ejercer la acción social cuando el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para cubrir el monto de su crédito. En el derecho alemán, el § 93 numeral 5 de la *Aktiengesetz*, autoriza a los acreedores sociales para interponer la acción social, bajo supuestos tasados por la ley y cuando la sociedad no pueda cubrir el monto del reclamo. En el derecho francés el *Code Commerce* no prevé la acción social por parte de los acreedores. En el derecho español, se legitima a los acreedores para incoar la acción social, cuando no haya sido ejercida por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos, según dispone el Artículo 240 de la Ley de Sociedades de Capital.

El presupuesto autorizante para el ejercicio de la acción gira en torno a la insolvencia de la sociedad. Si bien, como ha expresado el maestro GARRIGUES, “la causa determinante de la quiebra es la insolvencia”⁵⁸¹, la insolvencia no entraña necesariamente la quiebra, ya que el comerciante puede encontrarse en estado de iliquidez, al punto que le prohíba cumplir con sus obligaciones frente a los acreedores, y en consecuencia, ser insolvente, aun cuando en el balance los activos sobrepasan a los pasivos⁵⁸². A estos efectos, no debe importar solo la infracapitalización formal, es decir, la vacuidad del capital social

⁵⁸⁰ SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 376; y GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 519 y 520.

⁵⁸¹ GARRIGUES. **Curso. Op. Cit.** T. II. Pág. 485.

⁵⁸² GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 520.

por inflación o apariencia, sino lo sustancial; esta es la suficiencia del patrimonio social para afrontar las obligaciones⁵⁸³.

No se exige que el tercero demuestre que ha intentado embargos infructuosos por ausencia de bienes sociales, ni que ejercite créditos vencidos y exigibles⁵⁸⁴. Tampoco requiere que se hayan perseguido primero los bienes de la sociedad⁵⁸⁵. El presupuesto se centra en la incapacidad de la sociedad para responder por las deudas, sea por simple insolvencia ante los acreedores, o por quiebra ante el síndico (pues su conformación presupone la vigencia del procedimiento de quiebra).

La calificación de la insolvencia, en este caso, sugiere un tratamiento flexible, toda vez que los acreedores normalmente no tendrán acceso a las cifras de la sociedad deudora, de tal suerte que basta cualquier información confiable que refleje la incapacidad del patrimonio de la sociedad; verbigracia: balances, existencia de impagos. En este aspecto, adquiere especial relevancia las diligencias preparatorias (Artículos 405 y concordantes del Código Procesal Civil), legitimándose a los acreedores y síndico, en función de la acción social de responsabilidad, para solicitar a la sociedad la información pertinente para acreditar el estado de insolvencia, aplicándose las reglas del Artículo 411 del Código de Comercio en caso de negativa de la sociedad requerida.

Resta agregar que la responsabilidad en este caso, no necesariamente refleja que los actos reprochados se encuentren vinculados con el estado de insolvencia de la sociedad. Lo antedicho, dado que la *ratio* de la legitimación extraordinaria a favor de acreedores y el síndico es la de asegurar su crédito, derivado de un daño al patrimonio social por incumplimiento de los deberes impuestos a los administradores, con independencia del hecho que tal incumplimiento haya provocado decisivamente el estado de insolvencia.

Una problemática que se discute en la doctrina, es el momento en que los acreedores están legitimados⁵⁸⁶. A nuestro criterio, el correcto entendimiento del precepto impide

⁵⁸³ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 545.

⁵⁸⁴ VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Págs. 789.

⁵⁸⁵ SALDAÑA VILLOLDO. **Op. Cit.** Pág. 400.

⁵⁸⁶ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 388 y 389; MINERVINI. **Gli amministratori. Op. Cit.** Pág. 329; y FERRI. **Op. Cit.** Pág. 718.

inferir que exista subsidiaridad, es decir, configurándose como requisito el sometimiento del asunto previamente a la decisión de la asamblea general; en primer término, por la redacción del Artículo 230 del Código de Comercio, del que no es viable deducir más presupuestos que la insolvencia de la sociedad, además de los presupuestos generales de responsabilidad. El razonamiento anterior, no es más que la aplicación del argumento de no distinción contenido en el aforismo latino “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” (donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir), como regla práctica de interpretación, debiendo aplicarse la ley sin incluir hipótesis no contenidas en la norma⁵⁸⁷.

En segundo lugar, porque los acreedores y síndico no cuentan con la facultad para convocar a la asamblea general o para imponer determinados asuntos en el orden del día, no siendo de recibo que la acción social, en este caso, quede supeditada a la voluntad de la asamblea general para decidir sobre la responsabilidad de los administradores. De ser apreciado *a contrario sensu*, la legitimación de los acreedores y síndico carecería de sentido, toda vez que la norma no desplegaría efectos⁵⁸⁸, lo que confronta con una interpretación bajo criterio finalista⁵⁸⁹. Por ello, la acción social de los acreedores y síndico es independiente y autónoma respecto de las decisiones de la asamblea.

11.3. Supuestos extinción de la responsabilidad

Para preservar un método de exposición sistemática, es menester poner en perspectiva los supuestos de exoneración en el régimen de responsabilidad. La responsabilidad de los administradores cuenta con dos sistemas de exoneración: a) sistema de excepciones a la responsabilidad solidaria (Artículos 224 y 225 del Código de Comercio), basado en supuestos de exoneración individual, aplicable a ambos tipos de acciones (social y extrasocial), con prescindencia de la legitimación activa, cuyo estudio fue abordado en capítulos que anteceden, al desarrollar el ámbito subjetivo del régimen de

⁵⁸⁷ AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 94.

⁵⁸⁸ DE PINA. **Op. Cit.** Pág. 186; ALBALADEJO. **Op. Cit.** Págs. 157 y ss.

⁵⁸⁹ GARCÍA MÁYNEZ. **Op. Cit.** Pág. 341; AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 94; RIVERA. **Op. Cit.** Pág. 203 y ss.; y ÁLVAREZ GARDIOL. **Op. Cit.** Pág. 210.

responsabilidad, concretamente del administradores y el consejo de administración; y b) sistema de extinción de responsabilidad (Artículos 226 y 1706 del Código de Comercio), basado en supuestos de exoneración colectiva, aplicable, salvo la prescripción, exclusivamente a la acción social promovida por la sociedad (por tanto, se a las minorías, acreedores y síndico) cuyo estudio se aborda en el presente apartado.

Habiéndose tratado el sistema de exoneración individual, es propio sumergirnos en el tratamiento del sistema de exoneración colectiva, cuyo efecto es neutralizar la responsabilidad de todos los miembros del órgano de administración conjuntamente frente a la sociedad. Los supuestos que integran el sistema, se encuentran explicitados en los Artículos 226 y 1706 del Código de Comercio, cuyo análisis es desarrollado seguidamente, en el orden y conforme se encuentra previsto en las disposiciones referidas.

11.3.1. Aprobación del balance

Prescribe el Artículos 226 numeral I del Código de Comercio, que se extingue la responsabilidad de los administradores ante la sociedad “por la aprobación del balance respecto de las operaciones explícitamente contenidas en él o en sus anexos”. En este caso, la extinción opera específicamente para el ejercicio que contiene balance. En principio, el balance constituye una pieza fundamental de la que se deduce con claridad y exactitud la situación económica y financiera de la sociedad en el momento estático de su cierre; es una síntesis del análisis patrimonial que constituye el inventario⁵⁹⁰. La razón de la norma obedece a la aprobación tácita de la gestión. El precepto comprende dos casos en los que la aprobación del balance no extingue la responsabilidad de los administradores:

a) Aprobación del balance en virtud de datos no verídicos. Puede falsearse un balance: 1) haciendo figurar en el activo bienes que han desaparecido o que han perdido parte de su valor, o todo él, o lo tienen en realidad inferior a aquel por el cual se les ha hecho figurar; y 2) omitiendo registrar en el pasivo obligaciones que ha de cumplir la

⁵⁹⁰ RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 260.

sociedad⁵⁹¹. De comprobarse que el balance aprobado contiene datos no verídicos, se suprime la eficacia del supuesto de extinción.

b) Si hay acuerdo expreso de reservar o ejercer la acción de responsabilidad. Por los efectos de la aprobación del balance, entre los que se ubica el reparto de utilidades (Artículo 31 del Código de Comercio)⁵⁹², se concede a la asamblea general la facultad de reservarse el derecho para ejercer la acción de responsabilidad, o adoptar la decisión de ejercerla. En ambos casos, la aprobación del balance no surtirá el efecto de eximir de responsabilidad a los administradores. Una recta interpretación de la norma presupone la unidad del acto, esto es, que la reserva expresa o la decisión para ejercer la acción de responsabilidad se realice en la misma sesión en la que se aprueba el balance. De otro modo, carece de sentido el supuesto comentado.

11.3.2. Cumplimiento de los acuerdos de la asamblea general

Comprende como supuesto de extinción de responsabilidad, el Artículo 226 numeral II del Código de Comercio, “cuando el administrador o los consejeros hubieren procedido en cumplimiento de acuerdo de la asamblea general que no sean notoriamente ilegales; Esta excepción no se aplicará en el caso de la autorización por la asamblea general extraordinaria de transacciones entre partes vinculadas enunciadas en el Artículo 210 del Código de Comercio”. Por una parte, el precepto confirma la vigencia del principio de soberanía de la asamblea general, como órgano supremo de la sociedad (Artículo 165 del Código de Comercio), legitimada para impartir instrucciones al órgano de administración; y por otro, anula las consecuencias en la esfera jurídica de los administradores, siempre y cuando los acuerdos de la asamblea no resulten notoriamente ilegales.

Triple es la crítica que puede formularse sobre la norma citada. La primera ha sido denunciada ya por MARADIAGA, quien advierte que la letra de la disposición evoca que la simple ilegalidad del acuerdo no es presupuesto para exigir responsabilidad a los

⁵⁹¹ MANTILLA MOLINA. **Op. Cit.** Pág. 213.

⁵⁹² GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 530.

administradores, pues la ilegalidad del acto debe ser notoria⁵⁹³. La “notoriedad” en la calificación de la ilegalidad, trasluce la poca severidad del régimen de responsabilidad de los administradores, lo que tiene como corolario la inoperancia del sistema.

La segunda crítica, es la falta de armonización con los novedosos principios del sistema de responsabilidad, con la agravante, que la disposición sometida al análisis constituye norma objeto de la reciente reforma. El punto álgido del vituperio se origina en el hecho que el precepto no se condice ni con las mismas disposiciones tratadas en el marco de la reforma. Pasamos a explicar lo anterior del modo siguiente: el Artículo 222 reformado del Código de Comercio, *in fine*, reza: “El administrador o los consejeros implicados en transacciones enunciadas en el Artículo 210, que por sus acciones u omisiones; o por violaciones de los deberes enumerados en este Artículo; generen perjuicios a los accionistas, a la sociedad o a terceros, no podrán ampararse de una decisión de la asamblea general para deslindarse de responsabilidad”.

El espíritu del precepto revela la intrascendencia de los acuerdos de la asamblea general a efectos de la atribución de responsabilidad a los administradores, no limitando el supuesto exclusivamente a las transacciones entre partes vinculadas, sino afincando también las infracciones a los deberes comprendidos en la norma (deberes generales). La norma, consagra la peregrina idea de dotar de independencia al órgano de administración frente a la asamblea general, ya que, aunque la administración actúe por directrices del órgano supremo, responde por la inobservancia de sus deberes frente a la sociedad, que incluye el universo accionario, es decir, socios mayoritarios y minoritarios.

El Artículo 226 numeral II del Código de Comercio, extingue la responsabilidad de los administradores en caso que sus actos dimanen de las instrucciones de la asamblea general, encerrando como única salvedad, las transacciones entre partes vinculadas, *ergo*, las infracciones a los deberes generales (y particulares), no devienen censurables toda vez que deriven de las instrucciones del órgano supremo, en discordancia con el Artículo 222 reformado del Código de Comercio, último párrafo.

⁵⁹³ MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 391.

Finalmente, como tercera crítica, centramos el argumento no en la falta de armonización entre las disposiciones que integraron la reforma, sino en la inadecuación del supuesto como tal, confrontándolo, *vis à vis*, con en el sistema de responsabilidad. Ilustramos lo anterior en los siguientes términos: bajo el principio mayoritario⁵⁹⁴ (Artículos 186 y 187 del Código de Comercio), los accionistas que representan un mayor número de acciones mantienen el control sobre órgano supremo⁵⁹⁵. En un sistema como el vigente en el derecho hondureño, inmerso en el principio de soberanía de la asamblea general, dicho órgano detenta la facultad de impartir instrucciones a la administración⁵⁹⁶, en consecuencia, los administradores no responden con la misma intensidad frente a los accionistas minoritarios, quienes no mantienen el control de la asamblea general.

La reforma a la disposición discutida, no procura la protección del universo accionarial, en virtud que deslinda de responsabilidad a los administradores cuando sus actos obedezcan a los mandatos de los accionistas mayoritarios, excluyendo del ámbito de protección únicamente en lo que concierne a las transacciones entre partes vinculadas. Por ello, es viable afirmar que la protección brindada a las minorías, como parte de la asamblea general, se extiende solo a las transacciones entre partes vinculadas.

Al margen del hecho que, a efectos de la acción social de las minorías los supuestos recogidos *ex* Artículo 226 del Código de Comercio decaen, se exime de responsabilidad a los administradores de cara a la asamblea general, olvidando que la misma es también compuesta por accionistas minoritarios, quienes no ostentan la potestad de impartir las instrucciones, bajo el manto de protección que concede la estructura jerárquica de la sociedad anónima, legitimando la activa injerencia de las mayorías sobre la administración, que, en teoría, custodia los intereses de todos los accionistas. El desacierto tiene como resultado la perturbación de la noción de independencia del órgano de administración respecto a la asamblea general en la sociedad anónima.

⁵⁹⁴ GUTIÉRREZ FALLA. **Derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 193 y ss.

⁵⁹⁵ GARRIDO. **Op. Cit.** Págs. 85 y ss.; y MIGNOLI. **Op. Cit.** Págs. 460 y ss.

⁵⁹⁶ MOSSA. «**La rappresentanza degli amministratori**». **Op. Cit.** Págs. 205 y ss.

11.3.3. Aprobación de la gestión, renuncia y transacción

El Artículo 226 numeral III del Código de Comercio, extingue la responsabilidad de los administradores, “por aprobación de la gestión o por renuncia expresa o transacción acordada por la asamblea general”. La norma incluye tres supuestos:

a) Aprobación de la gestión. Bajo este supuesto, dicha aprobación debe constar expresamente, pues de ser tácita, por ejemplo, por la renuncia de la asamblea o por la aprobación del balance⁵⁹⁷, estaríamos ante el caso del Artículo 226 numeral I del Código de Comercio. El supuesto *in comento*, determina que la conducta del administrador en un ejercicio determinado ha cumplido con las expectativas de la asamblea general, extinguiendo cualquier atribución de responsabilidad, frente a la ausencia de conductas censurables.

b) Renuncia expresa. Es la declaración expresa de la asamblea general de exonerar de responsabilidad a los administradores. La renuncia expresa no es idéntica a la aprobación de la gestión, aunque conduce a los mismos efectos: liberar de responsabilidad a los administradores. La diferencia descansa en que la aprobación de la gestión encierra un juicio de valor asertivo respecto desempeño del cargo; mientras que la renuncia, puede contener cierto grado de disconformidad, *ad intra*, en la asamblea general, pero sin revestir la suficiencia para trascender a la esfera de la responsabilidad. En todo caso, los supuestos no resultan excluyentes.

c) Transacción. Cuestionada la conducta del administrador por la asamblea general, la disposición consiente al órgano de administración para celebrar una transacción con el administrador. Son aplicables los Artículos 2000 y concomitantes del Código Civil. El caso que nos ocupa, en el campo práctico, despliega la función de precaver un litigio eventual. Considerando que, según los propios términos del Artículo 2001 del Código Civil, solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, aunque la norma no lo prevea explícitamente, se entiende que la asamblea general se encuentra legitimada para actuar en representación de la sociedad, constituyendo una excepción a la representación orgánica que detenta la administración

⁵⁹⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Pág. 598.

(Artículo 209 del Código de Comercio), pues de otra manera, se estaría celebrando una autocontratación.

Un sector de la doctrina mantiene que la nota caracterizadora principal de la transacción, olvidada por la ley, son las concesiones recíprocas. De otra manera el resultado podría obtenerse de otras maneras: el desistimiento, cuando el actor renuncia a continuar con la reclamación; y el allanamiento, cuando el demandado reconoce que la pretensión del deudor es fundada. En este sentido, la transacción presupone el acuerdo entre las partes sobre la extensión de sus derechos respectivos, sin que sea necesario que los sacrificios recíprocos tengan la misma importancia, bastando con que cada parte ceda algo de sus pretensiones⁵⁹⁸.

Sin embargo, en sentido distinto, admitimos el criterio de que no tiene sentido renuncia de derechos en la transacción extrajudicial, cuando las partes se limitan a aclarar la relación subyacente a través de la transacción, sin modificarla, cumpliendo una función de *renovatio* o *duplicatio contractus*; asimismo, tanto la transacción judicial como la extrajudicial no comporta necesariamente reciprocidad, sino que basta la renuncia de una sola de las partes, siendo válida en razón de la incertidumbre preexistente que queda resuelta⁵⁹⁹.

Por supuesto que, las infracciones deben ser susceptibles de extinción⁶⁰⁰. En caso que la asamblea general pretenda proteger al administrador, a sabiendas del daño ocasionado al patrimonio social, procurando el impago en caso de ejercerse la acción social de las minorías, acreedores y terceros, es de aplicación el Artículo 2015 del Código Civil, que le resta eficacia a la transacción frente a terceros, lo que se traduce en una expresión del principio de relatividad de los contratos⁶⁰¹ (Artículo 1549 del Código Civil), así como el Artículo 171 del Código de Comercio.

⁵⁹⁸ PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 1101; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 626; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. III. Págs. 585 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Pág. 490; y CRUZ LÓPEZ. **Contratos en particular. Op. Cit.** Págs. 170 y 170.

⁵⁹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 369 y 370.

⁶⁰⁰ VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 453.

⁶⁰¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Artículo 1196. Doctrina», en **Código Civil comentado: doctrina jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte general (Artículos 1137 a 1216)**. Pág. 375. PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 866 y ss.; DíEZ-PICAZO. **Fundamentos de derecho. Op. Cit.** Vol. I. Págs. 419 y ss.;

11.3.4. Prescripción

Los derechos se extinguen cuando durante cierto tiempo permanecen inactivos e irreconocidos, es decir, no se ejercitan por el titular, ni se reconoce su existencia por el obligado; tal institución jurídica es llamada prescripción extintiva⁶⁰² (Artículos 2289 del Código Civil y 1684 de Código de Comercio), que se diferencia de la prescripción adquisitiva o usucapión, cuyo efecto es adquirir el dominio y demás derecho reales en las condiciones y plazos previstos en la ley⁶⁰³ (Artículo 2263 del Código Civil). La prescripción extintiva es introducida al ordenamiento jurídico para impedir los juicios difíciles de fallar, en interés del orden y de la paz social, evitando discusiones sobre contratos o hechos cuyos títulos se han perdido, o cuya memoria se ha borrado⁶⁰⁴. Al igual que la mayoría de las acciones comprendidas en el derecho, la acción social no escapa de los efectos de la prescripción, extinguiendo la responsabilidad de los administradores.

La doctrina mantiene el carácter restrictivo con el que hay que aplicar el instituto de la prescripción, en el sentido de que, en caso de duda, ha de estarse por la solución más favorable a la subsistencia de la acción y por el plazo de prescripción que asegure la acción por más tiempo⁶⁰⁵. Encuentra eco lo antedicho en la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 6134/1995, de 4 de diciembre, al externar que la prescripción extintiva, “como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista por ser una institución que por no hallarse fundada en la justicia intrínseca debe merecer un tratamiento puramente restrictivo y ello aún en materia mercantil”, criterio que fue

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 91 y ss.; y CRUZ LÓPEZ. **Obligaciones y contratos. Op. Cit.** Págs. 143 y ss.

⁶⁰² ALBALADEJO. **Op. Cit.** Pág. 891; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 633; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. III. Págs. 655 y ss.; LLAMBIAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 594 y ss.; y BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. **Manual de derecho mercantil.** Vol. II. Pág. 41.

⁶⁰³ CRUZ LÓPEZ. **Los bienes.** Págs. 103 y ss.

⁶⁰⁴ PLANIOL y RIPERT. **Op. Cit.** Pág. 726.

⁶⁰⁵ SALVAT, Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general.** T. III. Pág. 400; y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 269 y 270.

reiterado en la sentencia pronunciada por el mismo tribunal No. 7516/2001, de 3 de octubre.

Cuatro son los aspectos fundamentales que merecen discusión al dilucidar el instituto en cuestión:

a) Plazo de prescripción. Conteniendo variedad de acciones, el Artículo 1706 del Código de Comercio dispone que prescriben en un año las acciones de reclamación de responsabilidad a los administradores. La determinación del plazo no requiere un esfuerzo extenuante, encontrándose regulado expresamente. Amerita comentario, sin embargo, el plazo ostensiblemente corto, en comparación con otros ordenamientos.

Así, se prevé el plazo de cinco años en el derecho italiano (Artículo 2393 del *Codice Civile*); cinco años como regla general y diez años si la sociedad participa en el mercado de valores en el derecho alemán (§ 93 numeral 6 de la *Aktiengesetz*); tres años como regla general y diez años en caso que el acto sea constitutivo de delito en el derecho francés (Artículo L 225-254 del *Code de Commerce*); ante la parquedad de la regulación, en el derecho español, se adoptaron distintos criterios, que variaba entre la aplicación del plazo de un año propio de la responsabilidad extracontractual (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 4066/1992, de 21 de mayo), y el de cuatro años de la responsabilidad contractual (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 2902/1999, de 29 de abril; y No. 6416/2001, de 20 de julio), adoptándose éste último en el orden legislativo tras la reciente reforma (Artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital).

b) Inicio del cómputo del plazo (*dies a quo*). La doctrina nacional interpretó que el inicio del cómputo del plazo lo señala el momento en que el sujeto legitimado tuviera conocimiento o pudiera imputársele el conocimiento del acto u omisión culposa o dolosa⁶⁰⁶, en consonancia con el Artículo 1685 del Código de Comercio que acuerda el inicio del cálculo desde el día en que el derecho pudo hacerse valer. Negamos tal posición. El Artículo 1691 numeral X del mismo cuerpo legal, suspende el inicio del

⁶⁰⁶ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 534; y MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 409.

cómputo del plazo de prescripción entre los administradores y la sociedad, en tanto que desempeñen el cargo, en consecuencia, el *dies a quo* no inicia desde que pudo hacerse valer el derecho, es decir, desde la producción del daño o desde el efectivo conocimiento del mismo por parte del perjudicado, sino desde que el administrador cesa en el ejercicio de su cargo⁶⁰⁷.

Habida cuenta que su separación corresponde a la asamblea general, que la expiración del tiempo en el cargo no determina su cese sino hasta que tomen posesión los administradores nuevamente nombrados (Artículo 213 del Código de Comercio), y considerando los efectos constitutivos del nombramiento⁶⁰⁸, a efectos de la acción social de responsabilidad, el *dies a quo* inicia al día siguiente a la adopción de la resolución que separa del cargo al administrador por parte de la asamblea general, o a su dimisión.

La excepción a la regla la constituye la acción social promovida por terceros, ya que, a diferencia de la sociedad y los accionistas minoritarios, que, en principio, conocen, o se les es imputable el conocimiento del momento en el que el administrador es separado del cargo o ha dimitido, solo a través del registro del cese del administrador es posible imputarse el conocimiento efectivo del tercero, salvo prueba en contrario, por tanto, a efecto de la acción social de terceros, el *dies a quo* inicia al día siguiente a la inscripción en el registro del cese, a menos que se pruebe el conocimiento del tercero por otro hecho debidamente acreditado.

Es preciso indicar que la simple inactividad o inoperatividad de la sociedad no supone el cese del cargo de administrador, ni siquiera por una total despatrimonialización, por lo que no cabe confundir un “cese de hecho”, con un abandono de hecho de la administración social. Tales hechos por sí solos no son causa del cese de los administradores, ni les releva del desempeño del cargo y, en consecuencia, no les exime del cumplimiento de sus deberes (sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 441/2009, de 12 de febrero y No. 7561/2010, de 23 de noviembre).

⁶⁰⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, José María. «La prescripción de las acciones de responsabilidad», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Pág. 698.

⁶⁰⁸ SÁNCHEZ CALERO. **Los administradores. Op. Cit.** Págs. 98 y 99; y VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Págs. 775.

c) Supuestos de interrupción. El Artículo 1692 del Código de Comercio comprende tres supuestos de interrupción de la prescripción: 1) cuando el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; 2) por la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor, salvo que el actor desistiere de ella o fuere desestimada; y 3) por el reconocimiento expreso o tácito del derecho de la persona contra quien se prescribe, hecho por la persona a cuyo favor corre la prescripción. El efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido antes de ella (Artículo 1699 del Código de Comercio), volviendo a iniciar el *dies a quo* al día siguiente del hecho que determinó la interrupción.

Ha sido reconocido por la doctrina española una “interpretación superadora” de los supuestos de interrupción, que aplica al ámbito mercantil los casos de interrupción establecidos en sede civil⁶⁰⁹ (Artículo 2301 del Código Civil), que comprenden: 1) el ejercicio de la acción ante los tribunales; 2) reclamación extrajudicial del acreedor; y 3) cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Esto, desde la ya citada sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 6134/1995, de 4 de diciembre, que argumentó que el Código Civil español es cronológicamente posterior al Código de Comercio español, autorizando la aplicación del régimen *ex novo* introducido en la normativa más reciente (civil), sin apreciarse razones de especialidad que vedan la aplicación del nuevo sistema, motivado a su vez por la vulneración al principio de igualdad ante la ley entre los acreedores civiles y mercantiles.

Prescindiendo de todo juicio de valor respecto a la adecuación de la regulación, a nuestro criterio, la “interpretación superadora” a la que se ha hecho referencia es inmantenible en el derecho hondureño, no solo por la aplicación de los principios “*lex posterior derogat priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”⁶¹⁰, dado que el Código de Comercio es cronológicamente posterior al Código Civil e instituye un régimen nuevo de supuestos; sino también porque los casos comprendidos ex Artículo 1692 del Código de Comercio, presuponen especificidad manifiesta respecto a los del Código Civil, dibujando los límites en los dos ámbitos nítidamente; por ejemplo: según el Código de Comercio, para que la

⁶⁰⁹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ. **Op. Cit.** Pág. 41.

⁶¹⁰ AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 73; LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. I. Págs. 62 y 63; y ÁLVAREZ GARDIOL. **Op. Cit.** Pág. 111 y ss.

demanda o interpelación judicial sobre efectos requiere la notificación al deudor, decayendo cualquier intento de equiparar los efectos al supuesto genérico de reclamación extrajudicial del acreedor comprendido en el Código Civil.

d) Efectos de la solidaridad en relación a la prescripción. Siendo que opera un principio general de solidaridad sobre la responsabilidad de los administradores (Artículos 222 y 224 del Código de Comercio), la interrupción perjudica y beneficia a todos los ligados por el vínculo de solidaridad⁶¹¹. En estos términos se pronuncia el Artículo 1693 del Código de Comercio. Si la sociedad consiente la división de la responsabilidad respecto de uno de los administradores, no se tiene por interrumpida la prescripción respecto de los demás (Artículo 1694 del Código de Comercio).

⁶¹¹ Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 138 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Pág. 65; ALBALADEJO. **Op. Cit.** Pág. 918; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 518; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. I. Págs. 549 y 550; y LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 615 y ss.

CAPÍTULO XII

12. La acción extrasocial de responsabilidad

12.1. Nociones generales

El tema sometido a estudio en el presente capítulo, es la segunda acción que franquea la ley contra los administradores; se trata de la acción extrasocial de responsabilidad, llamada también acción individual. La acción que ahora nos ocupa, constituye el remedio jurídico en caso de lesión directa de los administradores a los intereses de terceros⁶¹². Desde ya debe aclararse que no cabe considerar la acción social y la acción extrasocial como incompatibles entre sí, ya que un acto es susceptible de producir daños en ambos patrimonios⁶¹³.

Como ha sido aclarado por las sentencias proferidas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 2312/2006, de 22 de marzo y No. 6933/2006, de 3 de octubre, la distinción entre una y otra acción no estriba en los sujetos activamente legitimados, toda vez que la acción social puede ser ejercitada por los accionistas e incluso por los acreedores y síndico; la diferencia radica en la finalidad perseguida por una y otra; la acción social se encamina a recomponer o reconstituir el patrimonio social que ha sido dañado por la actuación de los administradores, en tanto que la acción individual corresponde a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos.

La acción extrasocial es consagrada en la legislación por el Artículo 229 del Código de Comercio, que prescribe: “El administrador o los consejeros serán responsables frente a terceros, en los términos de los Artículos 222, 224 y 225”. Asimismo, como se aprecia en el ulterior desarrollo, determinadas normas del texto normativo comercial atribuyen responsabilidad a los administradores en casos especiales, integrando el elenco de

⁶¹² ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. «La acción individual de responsabilidad», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Págs. 237 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Págs. 602 y ss.; GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Págs. 370; VILLEGAS. **Op. Cit.** T. II. Pág. 456; y RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Págs. 547 y 548.

⁶¹³ FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Págs. 436 y ss.

supuestos que confina la acción extrasocial. Dados los términos de la disposición citada y los principios generales del sistema de responsabilidad, para la viabilidad de esta acción directa, son aplicables los presupuestos generales discutidos en capítulos precedentes.

12.2. Legitimación

Haciendo remisión obligatoria a las cuestiones elementales del tema desarrollado, tratadas en el capítulo anterior, cabe iniciar señalando que la acción extrasocial ex Artículo 229 del Código de Comercio, vuelve responsables a los administradores, frente a terceros. La sucinta redacción del precepto sugiere el examen del ámbito subjetivo de los activamente legitimados, determinando la extensión y alcance de los sujetos que la norma engloba dentro de la terminología de “terceros”.

Como cuestión previa, es oportuno anotar, *grosso modo*, los elementos esenciales en el derecho comparado. En el derecho estadounidense, la jurisprudencia autoriza la *direct action* (acción directa), ya sea forma individual, o colectiva (*class actions*). Según indica la sentencia recaída en el caso *Behrens v. Aerial Comm.*, WL 599870 (Del. 2001), el criterio de distinción entre la *derivative suit* y la *direct action*, es el patrimonio dañado y el que se pretende recomponer. En el derecho inglés, excepcionalmente se autoriza la acción directa de terceros, cuando el administrador voluntariamente se haya obligado frente a ellos, actuando en dicha condición (sentencia recaída en el caso *Williams v. Natural Life Foods Limited*, 2 All ER 577, 1998).

En Europa, el derecho italiano comprende en su Artículo 2395 del *Codice Civile*, la acción individual del socio y el tercero, por daños derivados de actos culposos o dolosos provocados por los administradores. En el derecho alemán, se aplica en sentido más restrictivo, legitimando únicamente a los acreedores en los términos del § 93 numeral 5 párrafo tercero de la *Aktiengesetz*. En el derecho francés, el Artículo L 225-251 del *Code de Commerce* instituye la responsabilidad de los administradores frente a terceros, por las infracciones a las disposiciones legislativas o reglamentarias aplicables a las sociedades anónimas, las contravenciones a los estatutos, o por faltas cometidas en su gestión. En el derecho español, el Artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, prevé

la acción individual de responsabilidad, legitimando a los socios y terceros para reclamar a los administradores por lesiones a sus intereses.

El asunto objeto de discusión en el derecho hondureño se contrae a la posición de los socios en el marco de la acción extrasocial, siendo que algunos ordenamientos extranjeros se decantan por comprender expresamente a los “socios y terceros”, aparentemente determinando los sujetos legitimados en dos categorías disímiles. A nuestro criterio, el Artículo 229 del Código de Comercio alude a todo sujeto distinto a la sociedad, titulares de una deuda⁶¹⁴, toda vez que el que provoca un daño se convierte en deudor⁶¹⁵. Considerando la bifurcación diferenciada entre la personalidad de la sociedad y el de los accionistas, éstos se encuentran legitimados para promover la acción extrasocial, siempre y cuando el daño se refleje directamente en su patrimonio, y no como reflejo del daño producido al patrimonio social, no interpretándose restrictivamente el concepto de “terceros” en el ámbito de la acción.

12.3. Modos de atribución de responsabilidad

Previo al desarrollo de la regla general y los supuestos especiales, como modalidades de atribución de la responsabilidad directa contra los administradores, *prima facie*, el asunto a dilucidar consiste en la posición de la sociedad en el plano indemnizatorio, habida cuenta que el órgano de administración representa a la sociedad (Artículo 209 del Código de Comercio). Expresado en otros términos, es menester determinar el grado de responsabilidad de la sociedad, en tanto los actos de los administradores, y en consecuencia, sus efectos, son igualmente atribuibles a ella.

El caso de los actos *ultra vires*, habiéndose probado el conocimiento y mala fe por parte del tercero es fácilmente resuelto, por cuanto sus efectos no devienen atribuibles a la sociedad, situándose el administrador como único responsable por la ineficacia del mismo, como hemos ya estudiado. La problemática sobre la atribución de

⁶¹⁴ HURTADO COBLES, José. **La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social**. Pág. 29; y ESTEBAN VELASCO. «**La acción individual de responsabilidad**». **Op. Cit.** Págs. 177 y ss.

⁶¹⁵ ROCA. **Op. Cit.** Pág. 7.

responsabilidad deriva de los actos que han provocado daño, cuando los administradores han desarrollado sus actuaciones dentro del objeto social, o han realizado actos *ultra vires* sin conocimiento de los terceros respecto al objeto social, imputando sus efectos a la sociedad.

Coincidamos con GUTIÉRREZ FALLA, quien indica que el supuesto en análisis puede conllevar una acción contra la sociedad, ya que ésta responde por los actos de sus órganos, pudiendo el tercero optar por solo demandar a ésta⁶¹⁶. Desarrollando ésta tesis, la diferencia estriba en que el criterio de imputación de responsabilidad directa contra los administradores bajo la acción extrasocial, resulta más restringido respecto al que opera contra la sociedad.

Es conclusión forzada lo antepuesto, *in primis*, dado que la lesión provocada por el administrador debe derivar de una falta cometida durante su gestión, mientras que el reproche de responsabilidad frente a la sociedad puede derivar por mero incumplimiento. El siguiente caso ilustra mejor lo expresado: suscrito un contrato de suministro en el que la sociedad “A”, se obliga a entregar todas las semanas un determinado número de refrescos a la sociedad “B”, mismos que adquiere de la sociedad “C”, y estipulándose una clausula penal en caso de incumplimiento, con independencia de su causa, y mediando la debida diligencia del administrador de la sociedad “A”, en caso que la sociedad “C” intempestivamente deje de proveer los refrescos, y por ello, incumpla a la “B”, ésta última tiene acción contra la primera, pero no contra su administrador, quien no ha cometido falta alguna.

En segundo lugar, por los casos de exoneración de responsabilidad, al remitir el Artículo 229 del Código de Comercio al sistema de excepciones a la responsabilidad solidaria (Artículos 224 y 225 del Código de Comercio), supuestos que son aplicables a todas las acciones de responsabilidad contra los administradores, y que no pueden ser alegados por la sociedad para deslindarse de las consecuencias de la reclamación. Con todo, esta tesis sugiere que el tercero puede dirigirse contra ambos conjuntamente; contra la sociedad o contra el administrador indistintamente, por la totalidad del daño, como una

⁶¹⁶ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 536.

suerte de responsabilidad solidaria, siendo que ambos son ilimitadamente responsables, sin que la ley designe un deudor principal o secundario; más, no resultan aplicables, desde luego, las demás reglas legislativas propias de la responsabilidad *in solidum*.

Sin perjuicio de ello, la acción deducida contra la sociedad no obsta para que ésta promueva posteriormente la acción social contra el administrador, en caso que el detrimento patrimonial social derive del incumplimiento de los deberes impuestos, situación que no podría operar en sentido contrario. Como lo recuerda la sentencia dictada en el derecho inglés, pronunciada en el caso *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp. (No. 2)*, 1 BCLC 244, 2003, nadie puede evadir su responsabilidad con la excusa que ha cometido la infracción en representación de otra persona. Aclarado la posición de la sociedad en la atribución de responsabilidad, pasamos al estudio de la regla general y los supuestos concretos de responsabilidad de los administradores frente a terceros que franquea el ordenamiento jurídico.

12.3.1. Regla general

La disposición sobre la que gravita el estudio en el presente capítulo, vuelve responsables a los administradores por infracción al Artículo 222 del Código de Comercio. Surge entonces el cuestionamiento de si los deberes generales que comprende la disposición, son debidos igualmente frente a terceros. Nos decantamos por una postura negativa. Aunque la responsabilidad solidaria impuesta en la acción extrasocial remite al Artículo 222 del Código de Comercio, entendemos que la conducta antijurídica censurable corresponde a las “faltas cometidas durante su gestión”, es decir, por las faltas de los administradores actuando como órgano social.

Según informa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 737/2014, de 22 de diciembre, la acción extrasocial “trata de una responsabilidad por «ilícito orgánico», entendida como la contraída en sus funciones del cargo”. Así, resultan aplicables los presupuestos generales de la responsabilidad tratada en capítulos anteriores, constituyendo la conducta antijurídica cualquier falta del administrador

durante su gestión. La doctrina reconoce dos modalidades o formas de cometer las faltas: por gestión propiamente dicha y por vigilancia⁶¹⁷.

La remisión al Artículo 222 del Código de Comercio, autoriza deslindar de responsabilidad al administrador en el marco de la responsabilidad extrasocial; por ejemplo, si causa un accidente con un vehículo de la sociedad, por conducir de manera imprudente. En este caso, la responsabilidad no arriba por faltas en su gestión, sino por infracción al principio universal de no dañar a nadie (*alterum non laedere* o *neminem laedere*).

Especial consideración merece la razonabilidad en la apreciación de los presupuestos de responsabilidad. En este sentido, podría parecer criticable, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español No. 246/2004, de 22 de enero, mediante la que se condenó a la sociedad titular de una explotación minera y al administrador, por las lesiones que sufrió un menor de diez años, que accedió a una mina que no contaba con la debida vigilancia y señalización.

En este caso, y si pensamos en una sociedad de gran envergadura cuyo objeto es la minería, contando con diversas locaciones de explotación, pese a que el órgano de administración detenta el deber de vigilancia de las operaciones de la sociedad, el mismo no puede extenderse a la observancia minuciosa de cuestiones diarias que resultan intrascendentes para el adecuado desarrollo de la actividad comercial, *ergo*, la culpa como presupuesto se suprime, lo que resulta en una condena injustificada. En cambio, bajo otra hipótesis, si especulamos en torno a una sociedad de pequeña dimensión, en la que el administrador tiene a su cargo únicamente la explotación de una mina, lugar donde desempeña su actividad gestora, quizás la condena encuentre mayor racionalidad, por la inobservancia al deber de vigilancia, pues materialmente pudo apreciar la falta de seguridad, o al menos de señalización.

Interesante resulta, a efectos de comprobar la trascendencia del examen de racionalidad, la sentencia en el caso *Haire v. Bonelli*, 870 N.Y.S.2d 591, 593 (N.Y. 2008), en el que se

⁶¹⁷ PETRIN, Martin. «**The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law**», en **American University law review** Vol. LIX. 59, Nº 18. Pág. 1662.

consideró responsable a la administración de un centro comercial, por eliminar o reducir las medidas de seguridad para maximizar ganancias, frente a una persona que resultó herida durante un incidente provocado por disparos de armas de fuego en el centro comercial. Asimismo, se abrió juicio de responsabilidad contra los administradores que no implementaron medidas para evitar futuras infracciones, en la sentencia del caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106, 122-24 (Del. 2009).

Tanto en las relaciones contractuales como extracontractuales, la atribución de responsabilidad viene precedida del juicio de razonabilidad respecto a la participación u omisión del administrador, sea en la vigilancia o en los actos de gestión. En el plano contractual, el mero incumplimiento, en principio, es reprochable solo a la sociedad. Sin embargo, en determinado casos, la falta del administrador puede llevar aparejada la atribución de responsabilidad directa.

Por ejemplo, el administrador que falsea el balance para que se vendan acciones de la sociedad a un precio por encima del real, o para la aprobación de un préstamo bancario, será responsable frente a terceros⁶¹⁸ por la innegable decisividad de su actividad en la producción del daño. En el caso planteado, el acto fraudulento constituye una falta en el desempeño de su gestión, en los términos del Artículo 222 del Código de Comercio, siendo de recibo la imputación directa de responsabilidad, por vía de la acción extrasocial.

El examen de razonabilidad atiende al modelo de diligencia exigible a “una persona con las mismas funciones, en una situación comparable” (Artículo 222 numeral VI del Código de Comercio). El análisis de las circunstancias del caso concreto, aplicando el modelo de diligencia requerido, evaluando el grado participación, especial deber de supervisión y decisividad de la falta en la producción del daño, permiten determinar la procedencia de la atribución directa de responsabilidad contra los administradores.

Es por la heterogeneidad de elementos a considerar, la razón por la que se ha generado decisiones tan diversas en la casuística jurisprudencial estadounidense. Así, los tribunales han imputado responsabilidad directa a los administradores; por ejemplo: por

⁶¹⁸ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. II. Pág. 485.

muerte de un persona provocada por una explosión en las instalaciones de la sociedad; y por ataque de un intruso a una persona que se encontraba dentro de su condominio, habiéndose reusado la administración a proveer iluminación adecuada. Por otro lado, se ha exonerándose de responsabilidad; verbigracia: por falta de supervisión sobre el mantenimiento y adecuado estado mecánico de los helicópteros, en una sociedad que prestaba servicios de vuelo, lo que condujo a un accidente aéreo; y por falta de vigilancia sobre empleados para prevenir desfalcos⁶¹⁹.

12.3.2. Supuestos particulares

Amén de la responsabilidad derivada de la regla general, el Código de Comercio prescribe casos especiales en los que imputa responsabilidad a los administradores frente a terceros, en los términos legalmente estipulados. Sin más preámbulo, pasamos al análisis de estos casos particulares.

a) Celebrar actos jurídicos como representantes de sociedades irregulares. El Artículo 17 del Código de Comercio, en sus dos últimos párrafos, expresa: “Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán solidariamente del cumplimiento de los mismos frente a terceros.- Cualquier interesado, incluso los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad”.

La norma confirma el deber impuesto a los administradores de regularizar la sociedad, constituyendo una suerte de sanción, que tiene como particularidad que la responsabilidad solidaria no opera por daños, sino por deudas sociales; esto es, que los administradores se sitúan junto con la sociedad irregular⁶²⁰, como responsables directos de los compromisos adquiridos por ellos, prescindiendo del daño como presupuesto. Según los términos expresados por la norma, el reproche de responsabilidad debe

⁶¹⁹ PETRIN. **Op. Cit.** Págs. 1677 y ss.

⁶²⁰ BRUNETTI. **Op. Cit.** T. I. Pág. 184; MANTILLA MOLINA. **Op. Cit.** Págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. **Tratado. Op. Cit.** Págs. 121 y ss.; RICHARD y MUIÑO. **Op. Cit.** Pág. 413 y ss.; y NEIRA ARCHILA. **Op. Cit.** Págs. 10 y ss.

limitarse a los actos realizados por el administrador, esto quiere decir, que requiere un nivel de participación personal.

A nuestro juicio, el caso no suprime la exigencia de la culpa, objetivando la responsabilidad de los administradores, debiendo apreciarse la misma en armonía con las reglas generales del régimen de responsabilidad; sin embargo, su apreciación directa dimana del incumplimiento mismo, en torno al deber de regularizar, debiendo los administradores probar su falta de culpa, que se limita, atendiendo a las circunstancias, a la imposibilidad material, procediendo la imposición de una presunción de culpa con marcado rigor.

b) Controlar de hecho el funcionamiento de la sociedad. El ya comentado Artículo 20 del Código de Comercio, vuelve al administrador oculto responsable solidariamente junto a la sociedad, frente a terceros, por los daños provocados, producto de los actos dolosos realizados. Ya que el precepto fue estudiado al discutirse sobre el administrador de hecho y el administrador oculto, remitimos al análisis realizado precedentemente.

c) Adquirir y hacer préstamos y anticipos a nombre de la sociedad, sobre las propias acciones. Los Artículos 122 y 123 del Código de Comercio, en síntesis, prohíben a la sociedad: 1) adquirir sus propias acciones, salvo adjudicación judicial; y 2) hacer préstamos o anticipos sobre las acciones. En tal virtud, el Artículo 124 del mismo cuerpo legal atribuye responsabilidad solidaria a los administradores por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y a terceros, por el incumplimiento de las dos disposiciones precedentes. En este caso, se atisba la exigibilidad de los presupuestos generales, cuya conducta antijurídica es delimitada por la adquisición y uso abusivo de las acciones, contrario a la regulación legal.

d) Inobservar la concurrencia de requisitos de las acciones y certificados provisionales. Reza el Artículo 131 del Código de Comercio: “Los administradores de la sociedad y los encargados de la emisión de las acciones o certificados provisionales que la hagan con omisión de algunos de los requisitos que establece el artículo anterior o con infracción de otras disposiciones legales, responderán solidariamente de los daños y perjuicios que por ello ocasionen a sus tenedores”. El precepto ubica al administrador como garante del

correcto contenido de las acciones y certificados provisionales, conforme a los requisitos legales instituidos ex Artículo 130 del Código de Comercio, respondiendo frente a los tenedores por los daños y perjuicios. En este sentido, la indemnización deriva fundamentalmente de la posible limitación para el ejercicio de los derechos que el título otorga.

e) Negar injustificadamente la inscripción a un accionista en el registro de acciones nominativas. Una vez más se regula un caso de responsabilidad de los administradores frente al accionista. El Artículo 138 del Código de Comercio, impone responsabilidad solidaria al administrador junto con la sociedad, por negarse injustificadamente a inscribir al accionista en el registro de acciones nominativas. La justificación descansa en que, en las sociedades con acciones nominativas, la anotación es requisito indeclinable para ejercer los derechos como socio, y por tanto, cualquier daño derivado de la negativa al reconocimiento de su condición de socio, vuelve responsable al administrador.

f) Tomar posesión del cargo, sin rendir la garantía. El ya mencionado caso del Artículo 207 del Código de Comercio, preceptúa la responsabilidad de los administradores en caso que tomen posesión del cargo sin rendir la caución establecida en el Artículo 205 del aludido cuerpo legislativo. Se trata de un caso especial por deudas sociales, no por daños, situando al administrador como solidariamente responsables junto con la sociedad, pero limitado aquellos actos en los que tuvo participación directa.

g) Iniciar operaciones tras el vencimiento del plazo de duración de la sociedad, o con posteridad al acuerdo de disolución o a la declaración de comprobarse causa de disolución. El Artículo 329 del Código de Comercio prescribe: “Los administradores serán solidariamente responsables de las operaciones que iniciaren con la posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo de disolución o la declaración de haberse comprobado alguna de las causas de disolución de la misma”.

Como hemos ya relacionado en capítulos anteriores, es deber de los administradores gestionar la disolución y liquidación de la sociedad en caso de concurrir alguna causa prevista legalmente, con fundamento en el Artículo 327 del Código de Comercio aunado con los Artículos 222 numeral I y 322 del mismo texto normativo. No obstante, para que

la norma despliegue efectos en el campo de la responsabilidad, se requiere la concurrencia de alguno de los supuestos de hechos comprendidos en el Artículo 329 del Código de Comercio, estos son, iniciar operaciones una vez llegado: 1) el vencimiento del plazo de duración de la sociedad (disolución *ipso iure*, ex Artículo 322 numeral I del Código de Comercio); 2) el acuerdo de disolución; y 3) la declaración de haberse comprobado alguna causa de disolución.

En cuanto a la eficacia y responsabilidad de dichos actos respecto a la sociedad, consideramos acertada la posición de GUTIÉRREZ FALLA⁶²¹, quien, admitiendo la tesis de FRÈ⁶²², señala que ésta no responde por los actos celebrados después de la disolución *ipso iure*, al vencerse el plazo de duración de la sociedad, siendo que el mismo consta en el Registro Público de Comercio, pudiendo ser conocido por terceros. El mismo remedio se cierne en el caso que se haya publicado el acuerdo de disolución, ya que los terceros no pueden alegar ignorancia dado que se ha hecho de conocimiento general la disolución. En sentido contrario, aunque constara una causa de disolución declarada, si la misma no ha sido publicada, el tercero no podría enterarse de tal circunstancia, *ergo*, los actos celebrados son atribuibles a la sociedad.

La norma *in comento*, hace referencia a la responsabilidad dimanante de las operaciones realizadas después de concurrir cualquiera de los tres supuestos, por lo que se trata de responsabilidad por deudas, no por daños. Sin embargo, la referida responsabilidad no abarca las deudas reclamadas con anterioridad a los citados supuestos, ni las reclamadas con posterioridad cuyo origen sea anterior a la concurrencia de los mismos. Debe anotarse que la responsabilidad deriva por iniciar nuevas operaciones, no concluir las ya iniciadas.

Sobre el particular, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su documento sobre las obligaciones de los directores en el periodo cercano a la insolvencia, de 12 de febrero de 2012 (A/CN.9/WG.V/WP.113), apunta que es de capital importancia la protección de los intereses legítimos de los acreedores y demás interesados, para que estos no tengan que soportar los riesgos de

⁶²¹ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Págs. 538 y ss.

⁶²² FRÈ. «**Società per azioni**». **Op. Cit.** Pág. 679.

operaciones ulteriores de la sociedad, una vez se acerca el estado de insolvencia, o este sea inminente; estos mecanismos minimizan los efectos negativos de las dificultades financieras de la empresa, fomentan la confianza para promover la inversión y el desarrollo de las empresas, y controlan y disciplinan a los administradores debido a las sanciones impuestas en caso de incumplimiento.

Al respecto, es relevante sacar a colación la regulación en el derecho español, que no encuentra parangón con otro ordenamiento en el derecho comparado, y que no ha contado con total aprobación por un importante sector de la doctrina⁶²³. La Ley de Sociedades de Capital obliga al administrador a convocar a la junta general para que adopte el acuerdo de disolución en el plazo de dos meses desde el acaecimiento de la causa legal de disolución (Artículo 365), o a solicitar la disolución judicial directamente en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta general, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la celebración, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución (Artículo 366), respondiendo solidariamente con la sociedad de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal. Las obligaciones sociales reclamadas se presumen de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior (Artículo 367)⁶²⁴.

El incumplimiento al aludido deber no es por daños, sino por deudas sociales, bastando con la concurrencia de obligaciones sociales pendientes de cumplimiento, sin ser

⁶²³ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones del derecho mercantil**. Pág. 620; POLO, Eduardo. «**Responsabilidad de administradores. ¿Uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?**», en **I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas**. Págs. 399 y ss.; y VICENT CHULIÁ. **Introducción. Op. Cit.** Pág. 785.

⁶²⁴ BELTRÁN, Emilio. «**La responsabilidad por deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Nº 24. Págs. 146 y ss., y «**La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Págs. 258 y ss.

consideradas como un daño causado por la conducta de los administradores⁶²⁵. Se trata de una suerte de pena⁶²⁶ o sanción civil⁶²⁷.

Este tipo de responsabilidad derivada del deber comentado ha generado jurisprudencia *in abundantiam* por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, en las que se aprecia, al inició, la imitación de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva (No. 7878/2000, de 30 de octubre; No. 6436/2001, de 20 de julio; y No. 9479/2000, de 20 de diciembre), reconduciendo el criterio hacia una responsabilidad por culpa, (No. 2921/2006, de 28 de abril; No. 5886/2006, de 5 de octubre; y No.1034/2007, de 21 de febrero), y advirtiéndose posteriormente la diversidad de criterios, variando entre el criterio de responsabilidad objetiva (No. 2558/2008, de 14 de mayo; No. 3600/2008, de 10 de julio; y No.1123/2010, de 12 de marzo), y el de responsabilidad por culpa (No. 4871/2011, de 19 de mayo) de forma caótica, sin adoptar un criterio uniforme.

El deber se completa con lo dispuesto en la Ley Concursal, que atribuye a los administradores el deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (Artículo 5). Opera una presunción *iuris tantum* respecto del conocimiento de la insolvencia una vez concurre algún supuesto comprendido en la ley (Artículo 2). El *dies a quo* del plazo de los dos meses comienza a correr desde que el administrador tiene conocimiento por cualquier medio del estado actual de insolvencia de la sociedad⁶²⁸. En caso que la insolvencia no sea actual, sino inminente, no se configura un deber, sino una facultad del órgano de administración⁶²⁹.

⁶²⁵ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel y HUERTA VIESCA, María Isabel. **La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital por no disolución y no adaptación**. Pág. 395; ARROYO MARTÍNEZ. **Op. Cit.** Pág. 1397; y ALONSO ESPINOSA, Francisco José. **La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores**. Págs. 13 y ss.

⁶²⁶ BELTRÁN. «**La responsabilidad por deudas sociales de administradores**». **Op. Cit.** Págs. 138 y 139; y RODRÍGUEZ ESPARZA, Vicente. «**Deberes y responsabilidad del administrador en caso de concurrencia de causa de disolución**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Nº 24. Págs. 148 y ss.

⁶²⁷ MACHADO PLAZAS, José. **Perdida del capital social y responsabilidad de los administradores por deudas sociales**. Págs. 309 y ss.; y ESTEBAN VELASCO. «**Algunas reflexiones**». **Op. Cit.** Pág. 47 y ss.

⁶²⁸ GÓMEZ MARTÍN, Fernando. **Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal**. Pág. 33; y SANZ ACOSTA, Luis. «**Arts. 163 a 175**», en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal**. Pág. 165.

⁶²⁹ ORELLANA CANO, Nuria. «**Arts. 1 a 16 y Arts. 25 a 25 ter**», en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal**. Pág. 79.

En caso de concurrir causa de disolución y estado de insolvencia, el administrador deberá actuar con preferencia sobre a ésta última, es decir, solicitando el concurso ante la autoridad judicial, ya que la insolvencia absorbe la situación de causa de disolución⁶³⁰ y consecuentemente la responsabilidad que el incumplimiento de dicho deber implica. No obstante, esta fórmula es aplicable en situación de insolvencia actual, no así en caso de insolvencia inminente. Bajo el último supuesto mencionado, dependerá si el acaecimiento de causa de disolución se dio con anterioridad a la situación de insolvencia inminente (caso en el que deberá instar tanto la junta general para adoptar el acuerdo de disolución, y el concurso en caso que posteriormente se produzca la insolvencia actual), o simultáneamente (caso en el que se puede optar por solicitar el concurso exclusivamente, absorbiendo el deber de convocar a la junta general para adoptar el acuerdo de disolución)⁶³¹.

Retomando la discusión del asunto en el derecho hondureño, las consecuencias de la infracción al deber de gestionar la disolución de la sociedad inmersa en alguna de las causas legales, se limita a la responsabilidad comprendida en los términos del Artículo 329 del Código de Comercio, es decir, a los tres supuestos establecidos en la norma. Frente a esta limitación, a nuestro juicio, la legislación no cumple una función ordenadora, toda vez que no se imponen consecuencias directas por no gestionar la disolución de la sociedad, en tanto la responsabilidad surge una vez se declara la comprobación de dicha causal, o se adopta el acuerdo de disolución, funciones que no le corresponden al órgano de administración; mientras ello no ocurra, la sociedad insolvente tiene la libertad de seguir operando, sin que se atribuya responsabilidad a un sujeto determinado por la omisión.

Existe la necesidad de la adopción de mecanismos efectivos desde la perspectiva del fenómeno del círculo concéntrico que se forma por la sociedad insolvente que, en el tráfico, bajo el manto de la responsabilidad limitada que ostentan los socios, asume

⁶³⁰ MERCADAL VIDAL, Francisco. «Comentario a la disposición final vigésima», en **Comentarios a la Ley Concursal**. Pág. 2276.

⁶³¹ MORALES BARCELÓ. **Op. Cit.** Págs. 392 y ss.

nuevas deudas, mismas que terminan siendo absorbida por sus acreedores, quienes a su vez transmiten la deuda, o al menos parte de ella, a sus acreedores⁶³².

En definitiva, consideramos inoperante los términos de la responsabilidad impuesta en este caso, resultando aconsejable una reforma que imponga directamente el deber de gestionar la disolución, cuando así proceda, al órgano de administración, instituyendo un sistema de responsabilidad con cierto rigor que permita un adecuado grado de protección al comercio en general. Sin perjuicio de ello, en general, debe huirse de un criterio inflexible de atribución de responsabilidad, pretendiendo objetivar la misma, debido a la incompatibilidad respecto al sistema de responsabilidad y a las injusticias que podría trasladar la inhibición de la racionalidad en la apreciación de la culpa.

h) Quiebra culpable o fraudulenta. Declarada la quiebra, el Artículo 1408 del Código de Comercio reconoce la responsabilidad penal de los administradores que resulten responsables de los actos que la califiquen como culpable o fraudulenta. Sin pretender discutir los rasgos característicos de la calificación (Artículos 1399 y concordantes del Código de Comercio), es conveniente indicar que la norma remite al delito de quiebra culposa o fraudulenta, según el caso (Artículos 233 y siguientes del Código Penal), cuya procedencia requiere la calificación por la jurisdicción civil (Artículos 1330 del Código de Comercio y 54 del Código Procesal Penal); dicho de otro modo, es una condición objetiva de punibilidad y por ende un requisito indeclinable para entablar la acción penal, que la quiebra haya sido calificado como culpable o fraudulenta en la jurisdicción civil, como es confirmado, *obiter ductum*, en la sentencia proferida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, AC-1059, de 16 de agosto de 2006.

Sin pretender agotar la temática desarrollada, haciendo referencia a la regulación del derecho comparado, en el derecho italiano, se contempla la responsabilidad civil de los administradores en caso de quiebra o liquidación, legitimando al síndico para ejercitar la

⁶³² RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA. **Op. Cit.** Págs. 33 y 34; y BELTRÁN. «**La responsabilidad por deudas sociales de administradores**». **Op. Cit.** Pág. 136.

acción correspondiente, previa autorización del juez delegado y oído el comité de acreedores⁶³³.

En el derecho alemán, el procedimiento concursal inicia cuando la sociedad incurre en insolvencia (*Überschuldung*), limitando la responsabilidad de los administradores a los supuestos en que incumplen el deber de solicitar la declaración de concurso frente a la situación de insolvencia (*Insolvenzverschleppungshaftung*), omisión que incluso puede llegar a penalizarse⁶³⁴.

En el derecho francés se prevé un régimen de responsabilidad especial en caso de concurso. El *Code de Commerce*, permite al Tribunal de Comercio imponer a los administradores e incluso al administrador de hecho, todas o parte de las deudas sociales a través de la llamada *action en comblement du passif*⁶³⁵. Destaca a su vez la importancia que denota la prevención de la insolvencia, antes de llegar al estado de cesación de pagos, instituyéndose una serie de técnicas de detención que se articulan ampliando las fuentes de información de los administradores, e introduciendo procedimientos de alerta, legitimando para activar los mismos a los auditores de cuentas, al comité de empresa y al Presidente del Tribunal de Comercio⁶³⁶.

En el derecho español, se evidencia cierto distanciamiento respecto a la esfera penal⁶³⁷. Se regula la responsabilidad del administrador en sede concursal, una vez se ha declarado el concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia⁶³⁸ hubiera mediado dolo o culpa grave⁶³⁹, extendiéndose el ámbito

⁶³³ BONFATTI, Sido. «Los procedimientos concursales en Italia: entre las perspectivas de reforma y las disposiciones urgentes», en *El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada)*. Págs. 103 y ss.

⁶³⁴ SCHMIDT, Karsten. «Sociedades, grupos de sociedades y derecho concursal en Alemania», en *El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada)*. Págs. 71 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY. *Op. Cit.* Pág. 109 y ss.; y VERDÚ CAÑETE, María José. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Pág. 47.

⁶³⁵ POLO. «Responsabilidad de administradores» *Op. Cit.* Págs. 394 y ss.

⁶³⁶ SAINT-ALARY HOUIN, Corrine. «La prevención de las crisis económicas en el derecho francés», en *El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada)*. Págs. 191 y 196.

⁶³⁷ ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. «La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones», en *Insolvencia y responsabilidad*. Págs. 27 y ss.; y SANCHO GARGALLO, Ignacio. «Calificación del concurso», en *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*. Págs. 165 y ss.

⁶³⁸ SANZ ACOSTA. *Op. Cit.* Págs. 742 y ss.

⁶³⁹ MORALES. «El ámbito subjetivo del concurso culpable». *Op. Cit.* Pág. 71.

subjetivo de aplicación al administrador de hecho y de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (Artículo 164 de la Ley Concursal).

La responsabilidad, en el derecho español, incluye la indemnización por los daños ocasionados a la sociedad (acción social), atribuyendo la legitimación activa al administrador concursal, así como la responsabilidad por el importe total o parcial de los créditos insatisfechos en el procedimiento concursal a los acreedores (Artículo 48 quáter y 72 de la Ley Concursal), lo que ha dividido a la doctrina en los que consideran que se trata de responsabilidad por deudas sociales⁶⁴⁰, y lo que piensan que es responsabilidad por daños⁶⁴¹; en todo caso, traslapándose la concurrencia del régimen societario y concursal, lo que ha generado crítica⁶⁴².

Volviendo al derecho hondureño, siendo que la responsabilidad civil de los administradores, en caso de quiebra, resulta de la responsabilidad derivada del delito, es necesario tratar algunos aspectos del ámbito penal, al menos superficialmente. En primer lugar, y en términos generales, debemos expresar la inadecuación del sistema de responsabilidad civil en caso de quiebra. Pese a que la faceta punitiva constituye un método preventivo para evitar que el administrador incurra en las conductas prescritas⁶⁴³, este predominio de la acción penal no resulta ser el más conveniente, ya que confronta el principio de intervención mínima, que limita selectivamente la esfera penal a la defensa de los bienes e intereses caracterizados por su especial relevancia social y que no puede ser adecuadamente abordado por otros medios, lo que justifica el carácter subsidiario y de última *ratio* propio de éste ámbito⁶⁴⁴.

En segundo lugar, deben trazarse los planos diferenciados entre los sujetos culpables. En principio, la ley establece la disgregación de la responsabilidad civil derivada de los

⁶⁴⁰ BELTRÁN. «**La responsabilidad concursal**». **Op. Cit.** Págs. 232 y ss.; y MORALES BARCELÓ. **Op. Cit.** Págs. 217 y ss

⁶⁴¹ VERDÚ CAÑETE. **Op. Cit.** Pág. 109; y GALLEGO SÁNCHEZ, Ana María. **Op. Cit.** Págs. 71 y ss.

⁶⁴² GARCÍA-CRUCES, José Antonio. **La calificación del concurso**. Pág. 158; y VEIGA COPO, Abel B. «**La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales**», en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009**. T. II. Págs. 373 y ss.

⁶⁴³ MORALES BARCELÓ. **Op. Cit.** Págs. 232 y ss.

⁶⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. **Los delitos societarios. Un enfoque mercantil**. Pág. 23

delitos cometidos por los administradores en ocasión de su gestión⁶⁴⁵ (verbigracia: estafa o apropiación indebida). Al ostentar la representación de la sociedad (Artículo 209 del Código de Comercio), los administradores responden personalmente por la responsabilidad penal, más no por la civil, ya que ésta recae sobre la persona jurídica, según la dicción del Artículo 34-A del Código Penal, precepto que fue denunciado como inconstitucional, habiéndose desestimado el recurso mediante la sentencia dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, RI0171, de 1 de febrero de 2011, expresando el alto tribunal, que del texto legislativo no se infiere la dicotomía o la existencia de dos personas en la ejecución del delito.

En rigor, bajo las previsiones legales referidas, la responsabilidad civil de los administradores es de difícil atribución; sin embargo, el Artículo 1408 del Código de Comercio contempla la responsabilidad penal de los administradores de forma directa y personal, lo que tiene como consecuencia la responsabilidad civil, que comprende la restitución y la reparación de los daños perjuicios (Artículo 107 del Código Penal).

En tercer lugar, debe considerarse que la acción penal, excluye la solidaridad y presunción de culpa, en razón de las garantías constitucionales, sancionando de forma individualizada a quienes hayan cometido el hecho delictivo⁶⁴⁶.

12.4. Prescripción

Previo a abordar el tema, es recomendable recordar que la responsabilidad de los administradores cuenta con dos sistemas de exoneración: a) sistema de excepciones a la responsabilidad solidaria (Artículos 224 y 225 del Código de Comercio), basado en supuestos de exoneración individual, aplicable a ambos tipos de acciones (social y extrasocial) con independencia de la legitimación activa, cuyo estudio fue abordado en capítulos anteriores; y b) sistema de extinción de responsabilidad, basado en supuestos de exoneración colectiva. Éste último, en lo que respecta a la acción extrasocial, lo compone exclusivamente la prescripción, contenido tratado a continuación, y cuyos

⁶⁴⁵ GAY DE MONTELLA. **Op. Cit.** Págs. 366.

⁶⁴⁶ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. **Los delitos societarios.** Págs. 65 y ss.

elementos fundamentales fueron previamente desarrollados en el capítulo anterior, por lo que remitimos a lo ya expresado.

Sin más que agregar, pasamos directamente al estudio de los cuatro aspectos relevantes de la institución *sub examine*, en el marco de la acción extrasocial de responsabilidad:

a) Plazo de prescripción. El Artículo 1706 del Código de Comercio, de forma genérica dispone que prescriben en un año las acciones de reclamación de responsabilidad a los administradores. El plazo, indiscutiblemente es aplicado a la acción social. A nuestro criterio, la distinta naturaleza jurídica de la acción extrasocial no es impedimento para aplicar un plazo de prescripción diferente, atendiendo al argumento de no distinción contenido en el aforismo latino “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” (donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir), como regla práctica de interpretación, debiendo aplicarse la ley sin incluir hipótesis no contenidas en la norma⁶⁴⁷.

b) Inicio del cómputo del plazo (*dies a quo*). Este aspecto muestra semejanza en relación al régimen de la acción social, ya que el Artículo 1691 numeral X del Código de Comercio suspende el inicio del cómputo del plazo de prescripción únicamente entre los administradores y la sociedad. En tal razón, la suspensión del plazo no es aplicable entre los administradores y terceros a efectos de promover la acción extrasocial. En este orden de ideas, deviene aplicable el Artículo 1685 del Código de Comercio, iniciando el *dies a quo* desde el día siguiente al que el derecho pudo hacerse valer.

La determinación del día en que puede ejercerse el derecho varía, empero, en términos generales, mantiene como eje nuclear el conocimiento del tercero sobre la conducta antijurídica y el daño, o el momento en que puede imputársele el conocimiento sobre dichos presupuestos⁶⁴⁸. Corresponde al administrador acreditar, el conocimiento del tercero en caso de oponerse la prescripción como excepción material, debiendo

⁶⁴⁷ AGURCIA VALENCIA. **Op. Cit.** Pág. 94.

⁶⁴⁸ GUTIÉRREZ FALLA. **Apuntes de derecho mercantil. Op. Cit.** T. II. Pág. 534; y MARADIAGA. **Op. Cit.** Pág. 409.

atenderse a las especiales circunstancias, bajo la flexibilidad que implica la prueba del conocimiento, que, en algunos casos, puede ser demostrable solo de manera indiciaria.

Existen, no obstante, existen excepciones señaladas por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español en relación al tema⁶⁴⁹, que por su relevancia resultan destacables. En primer término, cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo; sin embargo, esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (No. 3289/1993, de 24 de mayo).

En segundo lugar, se distingue el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica (No. 28/2014, de 29 de enero y No. 3116/2016, de 4 de julio).

c) Supuestos de interrupción. Son aplicables exclusivamente los supuestos de interrupción de la prescripción contenidos en el Artículo 1692 del Código de Comercio, sobre los que se ha hecho cumplida referencia en el capítulo que antecede, cuya concurrencia tiene el efecto de inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido antes de ella (Artículo 1699 del Código de Comercio), volviendo a iniciar el *dies a quo* al día siguiente del hecho que determinó la interrupción.

d) Efectos de la solidaridad en relación a la prescripción. Salvo la responsabilidad civil derivada del delito de quiebra, con fundamento en el principio general de solidaridad sobre la responsabilidad de los administradores (Artículos 222 y 224 del Código de

⁶⁴⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. **Op. Cit.** Vol. I. Págs. 269 y 270.

Comercio), como hemos ya indicado, la interrupción perjudica y beneficia a todos los ligados por el vínculo de solidaridad⁶⁵⁰ (Artículo 1693 del Código de Comercio). Si la sociedad consiente la división de la responsabilidad respecto de uno de los administradores, no se tiene por interrumpida la prescripción respecto de los demás (Artículo 1694 del Código de Comercio).

⁶⁵⁰ Díez-PICAZO y GULLÓN. **Op. Cit.** Vol. II. Págs. 138 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ. **Op. Cit.** Vol. I. Pág. 65; ALBALADEJO. **Op. Cit.** Pág. 918; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA. **Op. Cit.** Pág. 518; PIZARRA y VALLESPINOS. **Op. Cit.** T. I. Págs. 549 y 550; y LLAMBÍAS. **Op. Cit.** T. II. Págs. 615 y ss.

CONCLUSIONES

1. La naturaleza de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad es única en su especie, enmarcada estrictamente en la esfera del derecho societario; se trata de una “relación de naturaleza societaria o empresarial”. En consecuencia, el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores debe construirse a partir de la interpretación de las disposiciones del Código de Comercio, sin acudir a figuras con cierta semejanza fuera del contexto mercantil, como el mandato puramente civil.
2. El principio de soberanía de la asamblea, vigente en el derecho hondureño, constituye un atraso en el derecho societario, en primer término, para el adecuado desarrollo del régimen de deberes y responsabilidad de los administradores, por cuanto limita sus facultades de gestión; en segundo, para la profesionalización del cargo, lo que implica un mayor grado de especialización que a su vez se refleja en el nivel de producción y desarrollo económico del mercado. El razonamiento no deriva de la superación del referido principio por parte de otros ordenamientos jurídicos, sino de las consecuencias del paradigmático esquema. El modelo actual es incapaz de proveer un balance entre los distintos tipos de intereses de los accionistas, influyendo directamente de manera negativa en la inversión.
3. La economía y el derecho societario son disciplinas intrínsecamente vinculadas. La flexibilidad para acogerse a una estructura específica y la facultades de la sociedad para diferenciar entre gestión y dirección, o para descentralizar las funciones de control, dirección y vigilancia en diversos órganos, es un reflejo necesario ante la evolución en el contexto empresarial que, dependiendo de la dimensión o capacidad de la sociedad, adopta modelos que resultan más beneficiosos y que permiten mejores resultados en el plano económico.
4. La determinación de competencias entre órganos sociales no representa un límite infranqueable para el ejercicio de otras atribuciones. Así, la asamblea general tiene la facultad para arrogarse actos de administración, configurar el deber que es atribuido *ex lege* a los administradores, y dictarle instrucciones vinculantes. Por su parte, la sociedad anónima hondureña, instituida bajo el sistema dualista, separa las facultades de

vigilancia y control. En principio, corresponde a los comisarios el control y la vigilancia, facultades que asimismo integran el concepto de administración; no obstante, la línea sobre la que navega ésta fragmentación resulta difusa, toda vez que la posición del órgano de administración entraña el deber de vigilancia, de forma generalizada. Esta pluralidad de órganos que ejercen actos de administración no implica alteración en su carácter unitario, ya que aun cuando se materializa a través de distintos órganos, todos ellos actúan como un todo dentro de la sociedad, resultando improcedente una perspectiva fragmentaria de la administración. Como corolario, el deber de administrar atribuido a los administradores tiene carácter residual, ya que resulta de aquellas funciones administrativas no asignadas a otro órgano, y conferidas por la asamblea general, a través de los estatutos y el correspondiente registro.

5. La representación se trata de una facultad instrumental respecto al deber de administrar, por cuanto éste supone la potestad para actuar externamente, debido a que, la conservación y rendimiento de los bienes que comprende la empresa, precisa las relaciones con terceros para su explotación.

6. Un aspecto de importancia capital en el derecho de sociedades de nuestro tiempo, lo constituye el gobierno corporativo; por ello, el movimiento de reforma se ha orientado a regular los deberes y responsabilidad de los administradores societarios, como eje central en torno al que orbita el buen gobierno de las sociedades comerciales, pues representan elementos esenciales de la organización operativa del mercado. La Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas, mediante la que se realizaron reformas consustanciales al Código de Comercio, supone un hito normativo que refleja las necesidades de adaptar el derecho de sociedades hondureño a las nuevas tendencias. Pese a la inactividad legislativa de más de 50 años en relación al tema en cuestión, la reforma recoge parcialmente las aportaciones del *Corporate Governance* (Gobierno Corporativo) estadounidense, que viene inspirando por varias décadas el movimiento de reforma del derecho societario.

7. En el marco de la reforma, si bien se ha otorgado atención preponderante al órgano de administración en sentido cuantitativo y cualitativo, dirigido principalmente a evitar el

poder exorbitante de la asamblea general, es censurable la inalterabilidad del principio decimonónico de soberanía de la asamblea, abandonado en las legislaciones modernas desde hace más de un siglo, por no adaptarse a las funciones del sistema comercial. La omisión revista trascendencia en el funcionamiento de los órganos societarios, lo que se traduce en una marcada inestabilidad de la organización, por lo que el reforzamiento de la posición jurídica del administrador resulta inacabado, en tanto no se supere el aludido principio que aun gobierna en la sociedad anónima.

8. Los deberes generales suponen una concreción dirigida a potenciar la observancia como configuradores de la conducta de los administradores. Permiten establecer pautas de comportamiento que, tras una extensiva interpretación, pueden ser exigidas bajo una fórmula concreta. El desarrollo de los deberes de los administradores fortalece la confianza frente a los accionistas minoritarios, inversores y en general frente a los operadores económicos.

9. El deber de diligencia se constituye como el deber más general del estatuto de los administradores, por cuanto su contenido es residual, operando como una cláusula general que sirve como fuente independiente de deberes, aplicable al margen de los comprendidos expresamente en la ley y estatutos. Amén de su concepción autónoma como fuente, sirve como modelo para determinar el factor de atribución legal de responsabilidad, calibrando la exigencia de la culpa.

10. Sin perjuicio de tener que apreciarse indefectiblemente el dolo o la culpa como factor de atribución de responsabilidad, el deber de diligencia se entenderá cumplido, con independencia del resultado obtenido, si el administrador adoptó el acto objeto de revisión: a) actuando en el mejor interés de la sociedad; b) de buena fe; y c) encontrándose suficiente y adecuadamente informado. Ello, al margen del posible incumplimiento del deber de diligencia en caso de inactividad, cuando las condiciones, atendiendo a una situación comparable, exijan actos positivos.

11. El deber de lealtad se entenderá cumplido cuando el administrador actúa en el mejor interés de la sociedad, evitando los conflictos de intereses, y en caso de presentarse alguno, informando sobre el conflicto al órgano social correspondiente para que se

otorgue o deniegue la correspondiente autorización sobre la transacción. En los casos de autocontratación o contratación interesada, aun contando mediando dicha autorización, el acto no deberá causar perjuicio a la sociedad o a sus accionistas, en caso contrario, se configura la infracción al deber de lealtad.

12. Históricamente, el carácter proteccionista del régimen de responsabilidad de los administradores se tradujo en un sistema inoperante. Desde esta perspectiva, la posición del cargo en el ámbito empresarial se ha presentado opuesta a la tendencia internacional que apunta hacia la necesidad de que la sociedad y los accionistas cuenten con un órgano de administración independiente y responsable. El modelo implantado con el Código de Comercio de 1950, trasladado a tiempos modernos, perjudica la confianza y seguridad jurídica de los negocios que gobierna la disciplina del mercado. Un operante régimen de responsabilidad otorga mayor grado de seguridad jurídica, dado que condiciona, *a priori*, la conducta de los administradores.

13. La reforma al Código de Comercio tiene la vocación de instituir un régimen de responsabilidad de los administradores *ex novo*, más severo y eficaz, no obstante, la transformación deviene incompleta ante la determinación del legislador de mantener incólume el principio de soberanía de la asamblea. Al continuarse legitimando la dirección de la sociedad en manos de la asamblea general, generando la consecuente supeditación del órgano de administración, se edifica el primer eslabón de inoperancia del régimen de responsabilidad de los administradores. El ya mencionado principio, no precisa una interpretación superadora, sino la efectiva extracción del ordenamiento jurídico, permitiendo ordenar en mejor medida las relaciones de poder, *ad intra*, en la sociedad anónima.

14. La imposición del régimen de responsabilidad debe tener como punto de partida el otorgamiento de facultades de gestión propias y exclusivas del órgano de administración. Esto se justifica por el hecho que los negocios son mejor dirigidos por aquellos que velan por los intereses de la sociedad y los accionistas en general, y no por los socios mayoritarios que ejercen el control de la asamblea general en razón de su mayoría accionarial. El régimen de responsabilidad de los administradores plenamente operante obliga a éstos a responder frente a la sociedad y a los accionistas, incluyendo a las

minorías, lo que implica, para los administradores, la obligatoriedad de observar el cumplimiento de sus deberes, profesionalizando el cargo.

15. La realidad económica crea la necesidad de dotar de seguridad jurídica a la sociedad, accionistas y terceros, ofreciendo la posibilidad de revisar en sede judicial los actos de los administradores. En este sentido, es aconsejable que la legislación prevea medidas de protección de las decisiones empresariales, pese a que su construcción puede desarrollarse en la casuística jurisprudencial, habida cuenta que la expresa previsión legal potencializa su observancia.

16. Los principios del régimen de responsabilidad de los administradores, no son extraños a los que integran el sistema de responsabilidad civil general, debiéndose apreciar la concurrencia de todos los presupuestos. Concretamente para apreciar la culpa, es menester recurrir a criterios de razonabilidad, siendo la jurisprudencia la llamada a formar con rigurosa disciplina el estándar de profesionalidad de los administradores. Ello implica no exigir un grado de culpa elevada, pero tampoco una excesiva habilidad técnica que sitúe al administrador como una profesión de alto riesgo.

17. En la acción social de responsabilidad promovida por las minorías o acreedores, la actual regulación se muestra inapropiada, toda vez que se considere primariamente una premisa: la legitimación ordinaria corresponde a la sociedad. En este orden de ideas, lo ideal condice con la posibilidad que quien se encuentre originalmente legitimado, tenga al menos la oportunidad preferente de decidir sobre la responsabilidad de los administradores. De allí que participamos de la conveniencia de la legitimación en cascada, debiendo previamente procurar someter el asunto a decisión de la asamblea general, pero ofreciendo un procedimiento viable para el ejercicio de la acción por las minorías y acreedores.

18. Pese a que es admisible atribuir a los administradores el deber de gestionar la disolución y liquidación de la sociedad, dada la importancia de tutelar el orden público económico, garantizar la regular presencia de la sociedad en el mercado, el normal desenvolvimiento de su actividad económica, y evitar la intervención de sociedades incursas en determinadas causas de disolución, para potenciar el cumplimiento del deber

se precisa regulación legal que determine el grado de responsabilidad por su inobservancia, prescindiendo de que la asamblea acuerde la disolución, siendo que es el órgano de administración el que se encuentra en mejores condiciones para conocer la concurrencia de alguna causal.

RECOMENDACIONES

1. *De lege ferenda*, se precisa el abandono legislativo del principio de soberanía de la asamblea, acotando la competencia de dicho órgano y suprimiendo los límites de la facultad de gestión del órgano de administración. Lo anterior, se alcanza reformando los Artículos 14 numeral IX, 23, 165, 169 numeral I, y 394 numeral II literal a del Código de Comercio, en el sentido de comprender un *numerus clausus* de atribuciones de la asamblea general, y ampliar las facultades del órgano de administración a todas aquellas funciones inherentes al cargo, sin que sea admisible su limitación estatutaria, y prescindiendo de su registro.
2. La representación, como facultad instrumental del órgano de administración, amerita regulación expresa en los casos en que consten actuaciones que exceden el objeto social, debiendo atribuirse expresamente a la sociedad los actos *ultra vires* realizados por los administradores, salvo acreditada mala fe por parte de terceros.
3. Se requiere el reconocimiento expreso de la diligencia y lealtad como deberes generales de la conducta de los administradores, determinando la buena fe como fundamento para desarrollar su contenido donde las estipulaciones legales no alcanzan a regular. Por parte de la jurisprudencia, debe promoverse su exigibilidad bajo criterios de razonabilidad, juzgándose cada caso considerando la situación concreta planteada, debiendo evitarse modelos universales y la objetivación de la responsabilidad.
4. Es conveniente un mayor grado de desarrollo legislativo respecto a los presupuestos de responsabilidad de los administradores, en particular, adoptándose de manera clara la presunción de culpa y las reglas aplicables a la carga de la prueba, atendiendo a la facilidad y disponibilidad de los sujetos para probar determinados extremos.
5. El Código de Comercio debe prever de manera taxativa las mediadas de protección de las decisiones empresariales de los administradores, imponiéndose reglas que determinen los casos en los que los actos de gestión son susceptibles de revisión en sede judicial, sin que los resultados negativos presuponga un juicio de valor *a fortiori* sobre el cumplimiento o incumplimiento de los deberes impuestos.

6. Una vez sometido el reproche de responsabilidad al conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional, la jurisprudencia deviene obligada a construir con rigurosa disciplina el estándar de profesionalidad de los administradores, debiendo guardar un balance, apreciando la culpa una vez acreditada la conducta antijurídica, sin exigir excesiva habilidad técnica que caracterice el cargo de administrador como un profesional de alto riesgo.

7. Sobre la acción social de responsabilidad promovida por las minorías o acreedores, *de lege ferenda*, se requiere la revisión de los Artículos 228 y 229 del Código de Comercio, instituyéndose un procedimiento que permita a la asamblea general decidir en primera instancia sobre el ejercicio de la acción, viabilizando la oportunidad de las minorías y acreedores para promover la acción, toda vez haya sido declinada por la asamblea general, autorizándose a los demás sujetos legitimados a ejercer la acción en defecto de aquella, pues, indirectamente el deterioro patrimonial de la sociedad representa un perjuicio para las minorías y acreedores.

8. Aunque es posible inferir la atribución del deber al órgano de administración, se requiere la oportuna reforma de los Artículos 327 y 329 del Código de Comercio, en el sentido de atribuir directa y expresamente el deber de gestionar la disolución y liquidación de la sociedad a los administradores. La justificación de ello descansa en la obligada presunción del hecho que son los éstos quienes se encuentran en mejor condición para conocer la concurrencia de una causal de disolución. Aunado a esto, atendiendo la trascendental importancia de dicha función en la actividad económica, es preciso imponer responsabilidad a los administradores, haciéndolos solidaria y directamente responsables por las operaciones que realizara desde el momento en que se configura la causal de disolución, como mecanismo preventivo y correctivo para potenciar su cumplimiento.

9. El plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad de los administradores contenido en el Artículo 1706 del Código de Comercio, resulta excesivamente corto, constituyendo una nota del carácter protector del sistema de responsabilidad. Es razonable imponer un plazo al menos de tres años. Por otra parte, y vinculado a lo anterior, el *dies a quo* en la acción social amerita un tratamiento legislativo especial, en

el que se especifique el inicio del cómputo del plazo para los terceros, con el objetivo de evitar interpretaciones que pueden parar en perjuicio de terceros de buena fe. En tal sentido, en lo que concierne a la prescripción de la acción social promovida por terceros, debe preverse que el registro del cese de los administradores determina el inicio del *dies a quo*, salvo prueba sobre el efectivo conocimiento del tercero.

BIBLIOGRAFÍA

- AGLIETTA, Michel y REBÉRIOUX, Antoine. **Corporate governance adrift. A critique of shareholder value.** Cheltenham, Reino Unido: Ed. Edward Edgar Publishing, 2005.
- AGURCIA VALENCIA, Gilma. **Introducción a la interpretación y aplicación al derecho hondureño.** Tegucigalpa, Honduras: Ed. OIM, 2013.
- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil.** 15ª ed. T. I. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2002.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. **De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno.** Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- ALESSI, Renato. «**Sul fondamento della responsabilita "diretta" delle persone giuridiche**», en **Studi in onore di Giovanni Pacchioni.** Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1939.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. «**Una nota sobre la prohibición de autocontratación de los administradores de sociedades anónimas y limitadas**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil.** Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid. Granada, España: Ed. Comares, 2003.
- ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. «**Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad: artículo 228**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.
- ALLENDE, Lisandro A. «**Conveniencia de regular la actuación de los administradores de hecho en las sociedad comerciales**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil.** Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid. Granada, España: Ed. Comares, 2003.

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José. **La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en sus elementos configuradores**. Madrid, España: Ed. Aranzadi, 2006.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto. **Derecho de obligaciones civiles y comerciales**. 1ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1995.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Lecciones de derecho procesal civil**. 1ª ed. Rosario, Argentina: Ed. Juris, 2009.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. **Curso de derecho de obligaciones**. 1ª ed. Vol. I y II. Madrid, España: Ed. Civitas, 2000.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. **Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1986.
- ANGELICI, Carlo. «**Amministratori di società, conflitto di interessi e art. 1394 C.C.**», en **Rivista di diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni**. Vol. I. Milán, Italia: 1970.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José. «**Régimen de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado. Nº 24. 2000.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. «**Comentario artículo 133 LSA**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**. Coordinación de Ignacio Arroyo Martínez y José Miguel Embid Irujo. Vol. II. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2001.
- ARSALIDOU, Demetra. «**Objectivity vs. flexibility in civil law jurisdictions and the possible introduction of the business judgment rule in english law**», en **The Company Law**. Nº 24. Londres, Reino Unido: Ed. Sweet and Maxwell, 2003.

- ARSHT, S. Samuel. «**The business judgment rule**», en **Hofstra law review**. Vol. VIII. Nueva York, Estados Unidos de América: 1979.
- ASCARELLI, Tullio. **Appunti di diritto commerciale: società e associazioni commerciali**. 3ª ed. Roma, Italia: Ed. Foro Italiano, 1936.
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo. «**Artículo 153. Reserva de las participaciones recíprocas**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. I. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2011.
- «**La calificación del concurso como culpable: criterio de calificación y régimen de presunciones**», en **Insolvencia y responsabilidad**. Dirección de José Antonio García-Cruces. 1ª ed. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2012.
- BAHAR, Rashid. **Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions. Une approche systématique**. Zúrich, Suiza: Ed. Schulthess Verlag, 2004.
- BAINBRIDGE, Stephen M. «**The business judgment rule as abstention doctrine**», en **Vanderbilt law review**. Vol. LVII. Nashville, Estados Unidos de América: 2004.
- BARASSI, Lodovico. **La teoría generale delle obbligazioni**. 2ª ed. Vol. III. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1948.
- BARRE, Raymond. **Economía política**. 5ª ed. Barcelona, España: Ed. Ariel. 1967.
- BARRERA GRAF, Jorge. **La representación voluntaria en derecho privado. Representación de sociedades**. 1ª ed. México D. F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1967.
- BELLACOSA, Maurizio. **Obblighi di fedeltà dell'amministratore di società e sanzioni penali**. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2006.
- BELTRÁN, Emilio. «**La responsabilidad por deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Madrid,

España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado. Nº 24. 2000.

– «**La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

– «**La responsabilidad concursal**» en **Insolvencia y responsabilidad**. Dirección de José Antonio García-Cruces. 1ª ed. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2012.

BERLE, Adolf, y MEANS, Gardiner. **The modern corporation and private property**. Nueva York, Estado Unidos de América: Ed. Harcourt, Brace & World, 1968.

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia y RUBIO, Gabriel A. «**Presupuestos de la responsabilidad civil. Enfoque actualizado**», en **Clases de derecho civil. Parte general**. Dirección de María Virginia Bertoldi de Fourcade. Córdoba, Argentina: Ed. Advocatus, 1996.

BETTI, Emilio. **Teoría general de las obligaciones**. Traducción de José Luis de los Mozos. T. I. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCHI, Giorgio. **Gli amministratori di società di capitali**. 2ª ed. Padua, Italia: Ed. Cedam, 2006.

BLANDINI, Antonio. «**Conflitto di interessi ed interessi degli amministratori di società per azioni: prime riflessioni**», en **Rivista di diritto civile**. Vol. L. Nº 3. Padua, Italia: Ed. Cedam, 2004.

BOLDÓ RODA, Carmen. «**Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículo 229 y 231**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de**

- capital.** Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.
- BONELLI, Franco. **Gli amministratori di società per azioni.** Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1985.
- BONFATTI, Sido. «**Los procedimientos concursales en Italia: entre las perspectivas de reforma y las disposiciones urgentes**», traducción de Gautier de la Serna Lema, en **El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada).** Madrid, España: Ed. La Ley, 2004.
- BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría general de las obligaciones.** 7ª ed. T. II. México D. F., México: Ed. Porrúa, 1974.
- BORRELL MACIÁ, Antonio. **Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1958.
- BRANSON, Douglas M. «**The rule that isn't a rule - the business judgment rule**», en **Valparaiso University law review.** Vol. XXXVI. Valparaíso, Estados Unidos de América: 2002.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. **Manual de derecho mercantil.** 19ª ed. Vol. II. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2012.
- BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de sociedades.** Traducción de Felipe De Solá Cañizares. T. I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. UTEHA, 1960.
- BURNHAM, James. **The managerial revolution. What is happening in the world.** Nueva York, Estados Unidos de América: Ed. John Day, 1941.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría general de la responsabilidad civil.** 9ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1997.
- «**El resarcimiento del daño compensatorio**», en **Del daño.** Compilación de José N. Duque Gómez. 1ª ed. Colombia: Editora Jurídica de Colombia, 2001.

- CABANAS TREJO, Rafael y BONARDELL LENZANO, Ricardo. «**Síntesis de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre el objeto social**», en **La Notaría. Revista de revistas**. Nº 2. Barcelona, España: febrero, 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 16ª ed. T. I, III, VI y V. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- CABRAS, Giovanni. **La responsabilità per l'amministrazione delle società di capital**. Turín, Italia: Ed. UTET, 2002.
- CANDIAN, Aurelio. «**L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società per anonime**» en **Rivista di diritto processuale civile**. Vol. X. Milán, Italia: Ed. Cedam, 1933.
- «**Una persona giuridica in funzione di amministratore di associazione non riconosciuta**», en **Rivista di diritto privato**. Milán, Italia: Ed. Cisalpino, 1959.
- CASELLI, Giovanni. **Oggetto sociale e atti ultra vires**. Padua, Italia: Ed. Cedam, 1970.
- CASTELLANO, María José. «**Artículo 232. Deber de secreto**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. I. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2011.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Traducción de José Casáis y Santaló. T. I y II. Madrid, España: Ed. Reus, 1922.
- CLARK, Robert Charles. **Corporate law**. 2ª ed. Londres, Reino Unido: Ed. Balkema, 1986.
- COHN, Stuart R. «**Demise of the director's duty of care: judicial avoidance of standards and sanctions through the business judgment rule**», en **Texas law review**. Vol. LXII. Austin, Estados Unidos de América: 1983.
- COLOMBO, Giovanni E. **Il bilancio di esercizio delle società per azioni**. Padua, Italia: Ed. Cedam, 1965.
- COLOMBRES, Gervasio. **Curso de derecho societario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1964.

- CONFORTI, Cesare. **La responsabilita' civile degli amministratori di societa' per azioni**. T. I., Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2003.
- COSSU, Monica. **Società aperte e interesse sociale**. Turín, Italia: Ed. G. Giappichelli, 2006.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1958.
- CRESPO RODRÍGUEZ, Miguel y ZAFRA JIMÉNEZ, Antonio. **Transparencia y buen gobierno: su regulación en España**. Madrid, España: Ed. La Ley, 2005.
- CRUZ LÓPEZ, Reinaldo. **Obligaciones y contratos en general**. 2ª ed. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Fuego Nuevo, 1984.
- **Los bienes**. 1ª ed. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Fuego Nuevo, 2003.
 - **Contratos en particular y cuasicontratos**. 1ª ed. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Fuego Nuevo, 2003.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. **Obligaciones**. Bogotá, Colombia: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- DAVIES, Paul L. **Introduction to company law**. Oxford, Reino Unido; Ed. Oxford University Press, 2002.
- DE CUPIS, Adriano. **El daño. Teoría general de la responsabilidad civil**. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: España: Ed. Bosch, 1970.
- DE LA CÁMARA, Manuel. **Estudios de derecho mercantil**. T. I. Madrid, España: Centro de Estudios Tributarios, 1972.
- «**La competencia de la junta general de accionistas**», en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1995.
- DE LOS MOZOS, José Luis. **El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1965.

- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. **Instituciones de derecho procesal civil.** 29ª ed. México D. F., México: Ed. Porrúa, 2007.
- DE PINA, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano.** 8ª ed. Vol. I. México, D. F., México: Ed. Porrúa. 1997.
- DEMARCHI, Paolo Giovanni. **La responsabilità dell'organo di controllo interno, en La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili.** Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2007.
- DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général.** Vol. XXIV, T. II. París, Francia: Imprimerie Générale de Ch. Lahure, 1868.
- DEMOTT, Deborah A. «**Beyond metaphor: an analysis of fiduciary obligation**», en **Duke law review.** Vol. XXXVII. Nº 5. Durham, Estados Unidos de América, 1988.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. **Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital.** Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil.** 6ª ed. Vol. I y II. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **La representación en el derecho privado.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1979.
- **Derecho de daños.** 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1979.
 - «**Los negocios de la sociedad con las propias acciones**», en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima.** 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1995.
 - **Fundamentos de derecho civil patrimonial.** 5ª ed. Vol. I. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996.
- DORÉ, Matthew G. «**Presumed innocent? Financial institutions, professional malpractice claims, and defenses based on management misconduct**», en

- Columbia law review.** Vol. CXCVII. Nueva York, Estados Unidos de América: 1995.
- DU PLESSIS, Jean y LUTTERMAN, Claus. «**Corporate governance in the EU, the OECD principles of corporate governance and corporate governance on selected other jurisdictions**», en **German corporate governance in international and european context.** Nueva York, Estados Unidos de América: Ed. Springer, 2007.
- DU PLESSIS, Jean y SAENGER, Ingo. «**The general meeting and the management board as company organs**», en **German corporate governance in international and european context.** Nueva York, Estados Unidos de América: Ed. Springer, 2007.
- DYSON, Richard B. «**The director's liability for negligence**», en **Indiana law journal.** Vol. XL. Bloomington, Estados Unidos de América: 1965.
- EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel. **La estructura económica del derecho de las sociedades de capital.** Traducción de Francisco Marcos. Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado, 2002.
- EISENBERG, Melvin Aron. «**Self-interested transactions in corporate law**», en **Journal of corporation law.** Vol. XIII. Iowa, Estados Unidos de América: 1988.
- «**The structure of corporation law**», en **Columbia law review.** Vol. LXXXIX. Nueva York, Estados Unidos de América: 1989.
- «**The duty of care of corporate directors and officers**», en **University of Pittsburgh law review.** Vol. LI. Pittsburgh, Estados Unidos de América: 1990.
- «**The duty of good faith in corporate law**», en **Delaware journal of corporate law.** Vol. XXXI. Wilmington, Estados Unidos de América: 2006.
- EMBID IRUJO, José Miguel. **Introducción al derecho de los grupos de sociedades.** Granada, España: Ed. Comares, 2003.
- «**La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**», y «**La**

protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226», en Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital. Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. «**Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», en en Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. **El poder de decisión en las sociedades anónimas.** 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1982.

– «**Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución», en Revista de derecho de sociedades.** Nº 5. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 1995.

– «**La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de sociedades de capital», en La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.** Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado. Nº 24. 2000.

– «**La acción individual de responsabilidad», en La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles.** Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico. Formas jurídicas de la organización de la empresa.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. **La argumentación en la justicia constitucional española.** Oñati, España: Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

- FAVIER DUBOIS, Eduardo Mario. «**El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria**», en **Revista Doctrina Societaria**. Nº 105. T. VIII. Buenos Aires, Argentina: Ed. Errepar, agosto, 1996.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. **Derecho de sociedades**. Vol. I. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2010.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. **Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial**. Madrid, España: Ed. Edersa, 2001.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María. «**La prescripción de las acciones de responsabilidad**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- FERRAN, Eilis. **Company law and corporate finance**. Oxford, Reino Unido: Ed. Oxford University Press, 1999.
- FERRARA, Francesco (h) y CORSI, Francesco. **Gli imprenditori e le società**. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1995.
- FERRARA, Francesco. «**Teoria delle persone giuridiche**», en **Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza a cura di Fiore e continuato da Brugi**. 2ª ed. Torino-Napoles, Italia: Ed. Marghieri-Utet, 1923.
- **Le persone giuridiche**. Torino, Italia: Ed. Unione tipografico-Editrice Torinese, 1938.
- FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina. **Derecho procesal civil**. Córdoba, Argentina: Ed. Advocatus, 1999.
- FERRI, Giuseppe. «**Le società**», en **Trattato di diritto civile a cura di Vassalli**. Vol. X. T. III. Torino, Italia: Ed. Unione, tipografico-Editrice Torinese, 1971.

- FILIPPI, Laura. «**La administración controlada no es un supuesto de administración de hecho**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil**. Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid. Granada, España: Ed. Comares, 2003.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio. «**El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales**», en **Revista de derecho de sociedades**. Nº 25. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2005.
- FRÈ, Giancarlo. **L'organo amministrativo nelle società anonime**. Roma, Italia: Ed. Foro Italiano, 1938.
- «**Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società**», en **Rivista del diritto commerciale**. Vol. I. Milán, Italia: Ed. Vallardi, 1938.
 - «**Società per azioni**» en **Commentario del Codice Civile de Scialoja y Branca**. Roma, Italia: Ed. Foro Italiano, 1951.
- GAGLIARDO, Mariano. «**El perfil de un director de sociedad anónima**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de derecho mercantil**. Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid Irujo. Granada, España: Ed. Comare, 2003.
- GALBRAITH, John y SALINGER, Nicole. **Introducción a la economía**. Traducción de Gustavo Muñoz. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Crítica, 2012.
- GALBRAITH, John. **El nuevo estado industrial**. Traducción de Manuel Sacristán. 6ª ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1974.
- GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**. Vol. VII. Padua, Italia: Ed. Cedam, 1984.
- **Las instituciones de la economía capitalista. Sociedad anónima, estado y clases sociales**. Traducción de Carmen Alborch Bataller y Manuel Broseta Pont. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1990.

- **«El desplazamiento del poder en las sociedades anónimas europeas»**, en **Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1995.
- **Diritto civile e commerciale**. 3ª ed. Vol. III. Padua, Italia: Ed. Cedam, 1999.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Ana María. **«Arts. 40 a 48 quáter»**, en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal**. Coordinación de Enrique López López y Agustín Macías Castillo. 1ª ed. Madrid, España: Ed. La Ley, 2012.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. **Los directores generales de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. La Ley, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. **Los delitos societarios. Un enfoque mercantil**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 19ª ed. México D. F., México: Ed. Porrúa, 1971.
- GARCÍA VIDAL, Ángel. **Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada**. 1ª ed. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2006.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio. **La calificación del concurso**. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2004.
- **«Artículo 139. Consecuencias de la infracción» y «Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima»**, en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. I. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2011.
- GARCÍA-MORENO GONZALO, José María. **«El nuevo régimen jurídico de las sociedades de capital. Contenido, significado e implicaciones de la refundición normativa operada por 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 **Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinaria**. Coordinación de Julio Pérez Gil, J., y Raquel de Román Pérez.

- Burgos, España: Servicio de Publicaciones e Imagen Institucional de la Universidad de Burgos, 2011.
- GARRETA SUCH, José María. **La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades.** 3ª ed. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1996.
- GARRIDO, José María. **La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales.** Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2009.
- GARRIGUES, Joaquín. **Hacia un nuevo derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1971.
- **Curso de derecho mercantil.** 7ª ed. T. I y II. Madrid, España: Imprenta Aguirre, 1976.
 - **Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas.** 3ª ed. T. II. Madrid, España: Imprenta Aguirre, 1976.
 - **Los negocios fiduciarios en el derecho mercantil.** 2ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1981.
 - **Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1998.
- GAUTHIER, Thierry. **Les dirigeants et les groupes de sociétés.** París, Francia: Ed. Litec, 2000.
- GAY DE MONTELLA, Rafael. **Tratado de sociedades anónimas.** 3ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1961.
- GIERKE, Julius von. **Handelsrecht und Schifffahrtsrecht.** 3ª ed. Berlín, Alemania: Ed. De Gruyter, 1929.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. **Impugnación de decisiones societarias.** 1ª ed., 1ª reimpresión. Bogotá, Colombia: Ed. Legis, 2012.

GIRÓN TENA, José. **Derecho de sociedades anónimas**. Valladolid, España: Ed. Universidad de Valladolid, 1952.

GÓMEZ MARTÍN, Fernando. **Comentarios a la propuesta de reforma de la Ley Concursal**. 1ª ed. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2010.

GOWER, Laurence Cecil B. **Gower's principles of modern company law**. Contribución de Paul L. Davis y Daniel D. Prentice. 6ª ed. Londres, Reino Unido: Ed. Sweet & Maxwell, 1997.

GRECO, Paolo. **Le società nel sistema legislativo italiano**. Turín, Italia: Ed. Giapichelli, 1959.

GREENHOW, Annette. «**The statutory business judgment rule: putting the wind into directors' sails**», en **Bond University law review**. Nº 11. Costa de Oro, Australia: 1999.

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel. «**Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.

GUERRA MARTÍN, Guillermo. **El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. Su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo**. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2003.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. «**Sociedad y empresa**», en **Revista de ciencias jurídicas**. Tegucigalpa, Honduras: Universidad Autónoma de Honduras, julio, 1969.

– **Apuntes de derecho mercantil**. T. I. Tegucigalpa, Honduras: Ed. López y Cía., 1971.

– **Derecho mercantil. La empresa**. T. I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1985.

- **Derecho mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas.** T. II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1988.
 - **Apuntes de derecho mercantil. De los órganos de la sociedad anónima.** 3ª ed. T. II. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Universitaria, Universidad Autónoma de Honduras, 1999.
- HAUSSMANN, Frederick. **Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht.** Mannheim, Alemania: Ed. Bensheimer, 1928.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis. **El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen– juicio empresarial.** Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 2009.
- «**El deber general de diligencia: artículo 225**», y «**Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital.** Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.
- HERTIG, Gerard y KANDA, Hideki. «**Related party transactions**», en **The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach.** Nueva York, Estados Unidos de América: Oxford University Press, 2004.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago. **El origen de la sociedad anónima en España.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1998.
- HOBSON, Michael D. «**The law of shadow directorships**», en **Bond University law review.** Nº 10. Costa de Oro, Australia: 1998.
- HOPT, Klaus J. «**Self-dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors' conflict of interest**», en **Corporate governance and directors' liabilities.** Edición de Klaus J. Hopt y Gunther Teubner. Berlín, Alemania y Nueva York, Estados Unidos de América: Ed. De Gruyter, 1985.

- «**The german two-tier board Aufsichtsrat: a german view on corporate governance**», en **Comparative corporate governance**. Berlín, Alemania: Ed. De Gruyter, 1997.
 - «**Conflict of interest, secrecy and insider information of directors. A comparative analysis**», en **European company and financial law review**. Vol. X. Nº 2. Berlín, Alemania: Ed. De Gruyter, 2013.
- HUECK, Götz. **Gesellschaftsrecht**. 19ª ed. Múnich, Alemania: Ed. C.N. Beck, 1991.
- HURTADO COBLES, José. **La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social**. Barcelona, España: Ed. Atelier, 1998.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis. **Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1971.
- JORQUERA LORCA, René. **Síntesis de derecho procesal civil**. 6ª ed. Santiago, Chile: Ed. Jurídica La Ley, 2004.
- JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz M. «**La responsabilidad civil. Nuevas tendencias**», en **Clases de derecho civil. Parte general**. Dirección de María Virginia Bertoldi de Fourcade. Córdoba, Argentina: Ed. Advocatus, 1996.
- JUSTE, Javier. «**Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- KARATAIEV, Nikolai y RÍNDINA, M. **Historia de las doctrinas económicas**. Traducción de Jorge Corrado. T. I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cartago, 1965.
- KÜBLER, Friedrich. **Derecho de sociedades**. Traducción de Mason Klein. 5ª ed. Madrid, España: Fundación Cultural del Notariado, 2001.

- LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés. «**Factors governing the application of the business judgment rule: an empirical study of the US, UK, Australia and the EU**», en **Vniversitas**. N° 111. Bogotá, Colombia: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, enero-junio, 2006.
- LARA, Rafael. «**La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- LATORRE CHINER, Nuria. **El administrador de hecho en las sociedades de capital**. Granada, España: Ed. Comares, 2003.
- «**El administrador de hecho en las sociedades de capital**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil**. Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid. Granada, España: Ed. Comares, 2003.
- LE NABASQUE, Hervé. «**Droit du contrat et droit des sociétés. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés**», en **Revue trimestrielle de droit commercial**. París, Francia: Ed. Dalloz, 1999.
- LEFEBVRE, Francis. **Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo**. Madrid, España: Ed. Francis Lefebvre, 1998.
- LEHMANN, Heinrich. **Tratado de derecho civil. Parte general**. Traducción de José María Navas. Vol. I. Madrid, España: Revista de Derecho Privado, 1956.
- LIBONATI, Berardino. **Holding e investment trust**. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1959.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. **Tratado de derecho civil. Parte general**. T. I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1997.
- LLEBOT MAJÓ, Josep Oriol. **Los deberes de los administradores de la sociedad anónima**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996.

- **«Los deberes y responsabilidades de los administradores»**, en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. **Teoría de los contratos**. 4ª ed. T. I y V. Buenos Aires, Argentina: Ed. Zavallía, 1997.
- LOWRY, John. **«The duty of company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure»**, en **Cambridge law journal**. Vol. LXVIII (3). Cambridge, Reino Unido: noviembre, 2009.
- LUTTER, Marcus. **«Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung»**, en **ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Nº 28. Colonia, Alemania: Ed. RWS Verl. Kommunikationsforum, 2007.
- MACHADO PLAZAS, José. **Perdida del capital social y responsabilidad de los administradores por deudas sociales**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1997.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. 17ª ed. México D. F., México: Ed. Porrúa, 1977.
- MARADIAGA, Jorge Roberto. **Tratado de sociedades mercantiles**. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Universitaria, Universidad Autónoma de Honduras, 2002.
- MARSH, Harold. **«Are directors trustees? Conflict of interest and corporate morality»**, en **The business lawyer**. Vol. XXII. Nº 1. Chicago, Estados Unidos de América, 1966.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. **La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital: delimitación y concurrencia**. Bolonia, Italia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa. **El derecho de información del accionista en la sociedad anónima**. Madrid, España: Ed. McGraw-Hill, 1999.

- MARTÍNEZ SANZ, Fernando. «**De los administradores**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**. Vol. II. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2001.
- «**Los administradores responsables**», en **La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles**. Coordinación de Ana Belén Campuzano Laguillo. Dirección de Ángel José Rojo Fernández-Río y Emilio M. Beltrán Sánchez. 4ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2011.
- MARTINO, Luigi; BOTTINI, Maria Carla, y ROLFI, Valeria. **Gli organi di controllo societario**. 1ª ed. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2005.
- MARTORELL ZULUETA, Purificación. «**Administración. Dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual: análisis jurisprudencial**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles**. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial, N° 70, 2005.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo. **Tratado de los contratos de empresa**. T. III. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1997.
- MASON, Edward. «**The apologetics of managerialism**», en **Journal of business of the University of Chicago**. Vol. XXXI. N° 1. Chicago, Estados Unidos de América: enero de 1958.
- MATEU DE ROS CEREZO, Rafael. **La Ley de Transparencia de Sociedades Anónimas Cotizadas**. Navarra, España: Ed. Thompson-Aranzadi, 2014.
- MCMURRAY, Marcia M. «**Special project note: an historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule**», en **Vanderbilt law review**. Vol. XL. Nashville, Estados Unidos de América: 1987.
- MEDINA VERGARA, Jairo. **Derecho comercial**. 4ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2008.
- MERCADAL VIDAL, Francisco. **El contrato de agencia mercantil**. Bolonia, Italia: Ed. Real Colegio de España, 1998.

- **«Comentario a la disposición final vigésima»**, en **Comentarios a la Ley Concursal**. Coordinación de Alberto Sala Reixachs, José María Sagrera Tizón y Agustín Ferrer Barriendos. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2004.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. T. II y III. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejea, 1971.
- MIGNOLI, Ariberto. **«I diritti della categoria di azioni bel sistema dei diritti degli azionisti»**, en **Banca, borsa e titoli di credito**. Año XVII, Fasc. IV. Milán, Italia: octubre-diciembre, 1955.
- MINERVINI, Gustavo. **Gli amministratori di società per azioni**. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 1956.
- **«Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale»**, en **Problemi attuali dell'impresa in crisi**. Padua, Italia, Ed. Cedam, 1983.
- MIROSA MARTÍNEZ, Pedro. **«El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (sociedades cotizadas y no cotizadas)»**, en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009**. T. II. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2008.
- MITCHELL, Lawrence E. **«Fairness and trust in corporate law»** en **Duke law review**. Vol. XLIII. Nº 3. Durham, Estados Unidos de América, 1993.
- MOLINARIO, Alberto D. **Derecho patrimonial y derecho real**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley, 1965.
- MONTERO AROCA, Juan. **El proceso civil**. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.
- MORALEJO, Ignacio. **«Artículo 167. Deber de convocar»**, en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. I. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2011.
- **«El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación»**, en **Insolvencia y responsabilidad**.

- Dirección de José Antonio García-Cruces. 1ª ed. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2012.
- MORALES BARCELÓ, Judith. **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia.** Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- MOSSA, Lorenzo. **Diritto commerciale.** Vol. I. Milán, Italia: Ed. Libreria, 1937.
- «**La rappresentanza degli amministratori delle societa per azioni**», en **Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale.** Vol. VIII. Pisa, Italia: Ed. Nistri-Lischi, 1955.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. «**Artículo 1196. Doctrina**», en **Código Civil comentado: doctrina jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte general (Artículos 1137 a 1216).** Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras. 1ª ed. Buenos Aires-Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. **Teoría general de las sociedades.** 10ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. Legis, 2008.
- NEIRA ARCHILA, Luis Carlos. **Apuntaciones generales al derecho de sociedades.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2006.
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía. «**Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos**», en **Revista de derecho privado.** N° 17. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- «**La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio**», en **Revista de derecho privado.** N° 18. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- NISSEN, Ricardo A. **Curso de derecho societario.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Villela, 1998.

- OLCESE SANTONJA, Aldo. **Teoría y práctica del buen gobierno corporativo**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 2005.
- ORELLANA CANO, Nuria. «**Arts. 1 a 16 y Arts. 25 a 25 ter**», en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal**. Coordinación de Enrique López López y Agustín Macías Castillo. 1ª ed. Madrid, España: Ed. La Ley, 2012.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 30ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2004.
- PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil**. 17ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 2003.
- PARKINSON, John E. **Corporate power and responsibility: issues in the theory of company law**, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press, 1993.
- «**The contractual theory of the company and the protection of non-shareholder interest**», en **Corporate and commercial law: modern developments**. Edición de David Feldman, y Frank Meisel. Londres, Reino Unido: Lloyd's of London Press, 1996.
- PAZ-ARES, Cándido. **Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo**. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio. **El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1996.
- PÉREZ CARRILLO, Elena Fátima. **La administración de la sociedad anónima. Obligaciones responsabilidad y aseguramiento**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1999.
- **Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU**. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 2005.

- PÉREZ RAMOS, Carlos. «**La responsabilidad de los socios de una sociedad en formación por actos no incluidos en el objeto social**», en **Cuadernos de derecho y comercio**. Nº 58. Madrid, España: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, diciembre, 2012.
- PÉTEL, Philippe. **Les obligations du mandataire**. París, Francia: Ed. Litec, 1988.
- PETRIN, Martin. «**The curious case of directors' and officers' liability for supervision and management: exploring the intersection of corporate and tort law**», en **American University law review** Vol. LIX. 59, Nº 18. Washington: Estados Unidos de América, agosto, 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan. «**La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: aspectos procesales**», en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009**. T. II. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2008.
- PIEDecasAS, Miguel A. «**Artículo 1196. Jurisprudencia**», en **Código Civil comentado: doctrina jurisprudencia y bibliografía. Contratos. Parte general (Artículos 1137 a 1216)**. Dirección de Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecaras. 1ª ed. Buenos Aires-Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PIZARRA, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. **Instituciones de derecho privado: obligaciones**. T. II, III y IV. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1999.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. **Derecho civil**. Traducción de Leonel Pereznieta Castro. Vol. XIII. México D. F., México: Ed. Oxford Press, 1999.
- PLÜCK, Ralf y LATTWEIN, Alois. **Haftungsrisiken für Manager. Deckungskonzepte und Praxisbeispiele für Geschäftsführer und Vorstände**. 1ª ed. Wiesbaden, Alemania: Ed. Gabler, 2000.
- POLO, Eduardo. «**Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)**», en **Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles**. Dirección Rodrigo

- Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia. 1ª ed. T. VI. Madrid, España: Ed. Civitas, 1992.
- **«Responsabilidad de administradores. ¿Uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?»**, en **I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas**. 1ª ed. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2007.
- PRENTICE, Daniel D. **«Protecting minority shareholders' interests: recent development with respect to Section 450-461 of the Companies Act of 1985»**, en **Corporate and commercial law: modern developments**. Edición de David Feldman, y Frank Meisel. Londres, Reino Unido: Lloyd's of London Press, 1996.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. **Sociedades**. T. II. Santiago, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. **La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima**. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, 1985.
- RAPPAPORT, Alfred. **La creación de valor para el accionista: una guía para inversores y directivos**. Bilbao: España, Ed. Deusto, 1998.
- RATHENAU, Walther. **Die neue Wirtschaft**. Berlín, Alemania: Ed. S. Fischer, 1925.
- REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. **La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand**. París, Francia: Ed. L.G.D.J., 2010.
- REDMOND, Paul. **«The reform of directors' duties»**, en **University of New South Wales law journal**. Vol. XV. Sydney. Australia: 1992.
- REICH, Norbert. **Mercado y derecho. Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana**. Traducción de Antoni Font. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1985.
- RIBAS FERRER, Vicenç. **El deber de lealtad del administrador de sociedades**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. La Ley, 2010.

- **«Artículo 225. Deber de diligente administración»**, en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. I. Pamplona, España. Ed. Aranzadi, 2011.
- RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho societario**. 1ª ed., 3ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea; 2000.
- RILEY, Christopher A. **«The company director's duty of care and skill: the case for an onerous but subjective standard»**, en **Modern law review**. Vol. LXII. Nº 5. Londres, Reino Unido: 1999.
- RIPERT, Georges y ROBLOT, René. **Traité élémentaire de droit commercial**. 15ª ed. T. I. París, Francia: Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- RIVERA, Julio César. **Instituciones de derecho civil**. 3ª ed. T. I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 2004.
- ROCA, Encarna. **«La obligación jurídica de reparar el daño»**, en **Del daño**. Compilación de José N. Duque Gómez. 1ª ed. Colombia: Editora Jurídica de Colombia, 2001.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. **«Jornada sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores»**, en **El nuevo derecho de las sociedades de capital**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Trivium, 1989.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando. **Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración: la delegación en el órgano administrativo de la sociedad anónima**. Madrid, España: Ed. Montecorvo, 1971.
- RODRÍGUEZ ESPARZA, Vicente. **«Deberes y responsabilidad del administrador en caso de concurrencia de causa de disolución»**, en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado. Nº 24. 2000.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 2ª ed. T. I. México D. F., México: Ed. Porrúa, 1952.

- **Tratado de sociedades mercantiles.** Revisión y actualización de José Víctor Rodríguez del Castillo. 7ª ed. México D. F., México: Ed. Porrúa, 2001.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel y HUERTA VIESCA, María Isabel. **La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital por no disolución y no adaptación.** 4ª ed. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 1998.
- ROHRBACHER, Blake; ZEBERKIEWICZ, John Mark y UEBLER, Thomas A. «**Finding safe harbor: clarifying the limited application of section 144**», en **Delaware journal of corporate law.** Vol. XXXIII. Wilmington, Estados Unidos de América: 2008.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio. **El derecho de información documental del accionista.** Barcelona, España: Ed. Marcial Pons, 2000.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. **El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y el riesgo).** Navarra: España: Ed. Aranzadi, 2002.
- RORDORF, Renato. «**I gruppi nella recente riforma del diritto societario**», en **Le società.** N° 5. Milán, Italia: Ed. Wolters Kluwer, 2004.
- «**La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)**», en **Le società.** N° 10. Milán, Italia: Ed. Wolters Kluwer, 2008.
- RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús. **Curso de derecho de sociedades anónimas.** Madrid. España: Ed. de Derecho Financiero, 1964.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio. «**La responsabilidad de la dominante**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles.** Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial, N° 70, 2005.
- SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. «**La relación administrador-sociedad**», en **Revista de derecho privado.** N° 18. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.

SAINT-ALARY HOUIN, Corrine. «**La prevención de las crisis económicas en el derecho francés**», traducción de Sylvie Reynard, en **El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada)**. Madrid, España: Ed. La Ley, 2004.

SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. «**Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis**», en **Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital**. Coordinación de Luis Hernando Cebriá. 1ª ed. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2015.

SALINAS, Francesco. «**Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi**», en **Giurisprudenza commerciale**. T. II. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2005.

SALVAT, Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general**. Actualización de Enrique Galli. 6ª ed. T. III. Buenos Aires, Argentina: Ed. T.E.A., 1956.

SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, Federico. **El gobierno de las sociedades cotizadas**. Madrid, España: Ed. Edersa, 1996.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. **Los delitos societarios**. Pamplona, Madrid: Ed. Aranzadi, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. «**Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima**», en **Derecho mercantil de la comunidad económica europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena**. 1ª ed. Madrid, España: Ed. Civitas, 1991.

– **Instituciones del derecho mercantil**. 17ª ed. Madrid, España: Ed. Aranzadi, 1996.

– «**Administradores: artículos 123 a 143**», en **Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas**. Dirección de Fernando Sánchez Calero. T. IV. Madrid, España: Revista de Derecho Privado. 1997.

- **Los administradores en las sociedades de capital.** 2ª ed. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2007.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro. «**Objeto social y poder de representación en la sociedad**», en **Revista crítica de derecho inmobiliario.** Nº 628. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, mayo-junio, 1995.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. «**El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada**», en **Revista de derecho mercantil.** Nº 246. Madrid, España: Ed. Civitas, 2002.
- «**Una misión difícil: evaluar la diligencia de los administradores**», en **Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá.** Coordinación de María Victoria Petit Lavall. Dirección de Vicente Cuñat Edo, José Massaguer Fuentes, Francisco José Alonso Espinoza y Esperanza Gallego Sánchez. 1ª ed. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio. «**Calificación del concurso**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles.** Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial, Nº 70, 2005.
- SANTI ROMANO. **Corso di diritto amministrativo. Principi generali.** 3ª ed. Padua, Italia: Ed. Cedam, 1937.
- SANTOS BRIZ, Jaime. «**La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores**», en **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital.** Madrid, España: Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado. Nº 24. 2000.
- SANTUCCI, Gianni. **Diligentia quam in suis.** Trento, Italia: Ed. Università di Trento, 2008.
- SANZ ACOSTA, Luis. «**Arts. 163 a 175**», en **Comentario práctico a la nueva Ley Concursal.** Coordinación de Enrique López López y Agustín Macías Castillo. 1ª ed. Madrid, España: Ed. La Ley, 2012.

- SCHÄFER, Carsten. «**Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG**», en **ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. N° 26. Colonia, Alemania: Ed. RWS Verl. Kommunikationsforum, 2005.
- SCHMIDT, Karsten. **Gesellschaftsrecht**. 4ª ed. Colonia, Alemania: Ed. Heymann, 2002.
- «**Sociedades, grupos de sociedades y derecho concursal en Alemania**», traducción de Philipp Bonato, en **El concurso de sociedades en el derecho europeo (una experiencia comparada)**. Madrid, España: Ed. La Ley, 2004.
- SCOTT, Austin W. «**The fiduciary principle**», en **California law review**. Vol. XXXVII. Berkeley, Estados Unidos de América, 1949.
- SEMENT VIDAL, José María. «**El concepto de “interés social” en la fundamentación jurídica de la impugnación de los acuerdos en la cooperativa**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de derecho mercantil**. Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid Irujo. Granada, España: Ed. Comare, 2003.
- SERAFINI, Stefania. **Responsabilità degli amministratori e interessi protetti**. Milán, Italia: Ed. Giuffrè, 2013.
- SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho económico**. 10ª ed. México D. F., México: Ed. Porrúa, 2010.
- SHEPHERD, Jay C. **The law of fiduciaries**. Toronto, Canadá: Ed. The Carswell Company Limited, 1981.
- SITKOFF, Robert H. «**The economic structure of fiduciary law**», en **Boston University Law Review**. Vol. XCI. Boston, Estados Unidos de América: 2011.
- STRATTA, Alicia Josefina. «**Sobre personalidad y responsabilidad**», en **Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso Argentino-Español de derecho mercantil**. Dirección de Daniel R. Vítolo y José Miguel Embid. Granada, España: Ed. Comares, 2003.

- TIRADO, Ignacio. «**Artículo 334. Derecho de oposición de acreedores de sociedades anónimas**», en **Comentario de la Ley de Sociedades de Capital**. 1ª ed. T. II. Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 2011.
- TORO PEÑA, Juan Antonio. **Código Procesal Civil brevemente comentado**. 1ª ed. T. I. Tegucigalpa, Honduras: Ed. OIM, 2011.
- TREBILCOCK, Michael J. «**The liability of company directors for negligence**», en **Modern law review**. Vol. XXXII. Londres, Reino Unido: 1969.
- URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio. «**Disolución y liquidación de la sociedad anónima (artículos 260 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas)**», en **Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles**. Dirección de Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, y Manuel Olivencia. 2ª ed. T. XI. Madrid, España: Ed. Civitas, 2002.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. **La protección de las minorías societarias frente a la opresión**. 1ª ed. Navarra, España: Ed. Aranzadi, 2007.
- VEIGA COPO, Abel B. «**La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales**», en **Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2009**. T. II. Barcelona, España: Ed. Bosch, 2008.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «**La información en el consejo de administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros**», en **El gobierno de las sociedades cotizadas**. Coordinación de Gaudencio Esteban Velasco. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1999.
- VERDÚ CAÑETE, María José. **La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores**. Madrid, España: Ed. La Ley, 2008.
- VICARI, Andrea. «**Conflicts of interest of target company's directors and shareholders in leveraged buy-outs**», en **European company and financial law review**. Vol. IV. Nº 3. Berlín, Alemania: Ed. De Gruyter, 2007.

- VICENT CHULIÁ, Francisco. **Compendio crítico de derecho mercantil**. 3ª ed. T. I. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1991.
- **Introducción al derecho mercantil**. 23ª ed. Vol. I. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch. 2012.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Sociedades comerciales**. T. I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1997.
- VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. Traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci. T. I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1999.
- VIVANTE, Cesare. «**La rappresentanza della società per azioni**», en **Rivista di diritto commerciale e diritto generale delle obbligazioni**. Vol. XXX, T. II. Milán, Italia: Ed. Vallardi, 1932.
- **Trattato di diritto commerciale**. 5ª ed. Vol. II. Milán, Italia: Ed. Vallardi, 1935.
- VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Traducción de Wenceslao Roces. T. I. Madrid, España: Ed. Reus. 1934.
- «**Resarcimiento de daños**», en **Del daño**. Compilación de José N. Duque Gómez. 1ª ed. Colombia: Editora Jurídica de Colombia, 2001.
- WIETHÖLTER, Rudolf. **Interessen und organisation der aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen recht**. Karlsruhe, Alemania: Ed. CF Müller Verlag, 1961.
- WOOLDRIDGE, Frank y DAVIES, Liam. «**Derivative claims under UK company law and some related provisions of German law**», en **Amicus Curiae**. Issue 90: 2012.

Textos legislativos

Honduras

Código Civil (Decreto No. 76).

Código de Comercio (Decreto No. 73).

Código de Comercio de 1940 (Decreto No. 118)

Código Penal (Decreto No. 144-83).

Código Procesal Civil (Decreto No. 211-2006).

Código Procesal Penal (Decreto No. 9-99-E).

Código Tributario (Decreto No. 22-97).

Decreto Legislativo No. 5, de 29 de marzo de 1966.

Ley de Cooperativas de Honduras (Decreto No. 65-87).

Ley de Defensa y Promoción de la Competencia (Decreto No. 357-2005).

Ley de Propiedad Industrial (Decreto No. 12-99-E).

Ley de Representantes, Distribuidores y Agentes de Empresas Nacionales y Extranjeras (Decreto Ley No. 549-1977).

Ley de Simplificación Administrativa (Decreto No. 255-2002).

Ley del Sistema Financiero (Decreto No. 129-2004).

Ley Para la Generación de Empleo, Fomento a la Iniciativa Empresarial, Formalización de Negocios y Protección a los Derechos de los Inversionistas (Decreto No. 284-2013).

Ley Sobre Normas de Contabilidad y Auditoría (Decreto 189-2004).

Alemania

Aktiengesetz, de 30 de enero de 1937 (Reichsgesetzblatt. I S. 107).

Aktiengesetz, de 6 de septiembre de 1965 (Bundesgesetzblatt. I S. 1185).

Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, de 31 de mayo 1861.

Bürgerliches Gesetzbuch, de 18 de agosto de 1896 (Reichsgesetzblatt. P. 195).

Handelsgesetzbuch, de 10 de mayo de 1897 (Reichsgesetzblatt. P. 219).

España

Código de Comercio de 1829 (Decreto de 30 de mayo de 1829).

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Ley Concursal (Decreto 22/2003, de 9 de julio).

Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

Ley Sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (Decreto de 14).

Estados Unidos de América

Securities Act, de 27 mayo de 1933, 15 U.S.C. § 77a.

Securities Exchange Act, de 6 junio de 1934, 15 U.S.C. § 78a.

Francia

Code de Commerce, de 15 de septiembre de 1807.

Code de Commerce (vigente).

Ley Sobre Sociedades Comerciales, No. 66-537, de 24 de julio de 1966.

Ley Sobre Sociedades, de 24 de julio de 1867.

Italia

Codice di Commercio de 1882 (Real Decreto de 31 de octubre de 1882).

Codice Civile (Real Decreto Ley de 16 de marzo 1942, No. 262).

Reino Unido

Companies Act de 1862 (25 & 26 Vict. c.89).

Companies Act (2006) (c 46).

Jurisprudencia

Honduras

- Sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:
AC-1306, de 30 de septiembre de 2005.
AC-1240, de 14 de noviembre de 2005.
AC-1059, de 16 de agosto de 2006.
RI0171, de 1 de febrero de 2011.
AC-1191-14, de fecha 13 de abril de 2016.

Alemania

- Sentencias de la *Bundesgerichtshof* (Corte Suprema Federal):
BGH II ZR 257/84, de 23 de septiembre de 1985.
BGHZ 135, 244, de 21 de abril de 1997.
BGHZ ZR 384/03, de 24 de enero de 2006.

España

- Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo:
No. 4415/1986, de 5 de julio.
No. 2493/1991, de 15 de mayo.
No. 4066/1992, de 21 de mayo.
No. 6134/1995, de 4 de diciembre.
No. 825/1998, de 18 de septiembre.
No. 2902/1999, de 29 de abril.
No. 7878/2000, de 30 de octubre.
No. 517/2001, de 30 de enero.
No. 6436/2001, de 20 de julio.
No. 1086/2002, de 18 de noviembre.
No. 988/2005, de 16 de febrero.
No. 2312/2006, de 22 de marzo.
No. 1512/1991, de 19 de febrero.
No. 717/1992, de 3 de febrero.
No. 3289/1993, de 24 de mayo.
No. 3994/1998, de 16 de junio.
No. 1909/1999, de 19 de marzo.
No. 193/2000, de 4 de marzo.
No. 9479/2000, de 20 de diciembre.
No. 6416/2001, de 20 de julio.
No. 7516/2001, de 3 de octubre.
No. 246/2004, de 22 de enero.
No. 186/2006, de 7 marzo.
No. 2921/2006, de 28 de abril.

No. 6933/2006, de 3 de octubre.
No.1034/2007, de 21 de febrero.
No. 6427/2007, de 25 de septiembre.
No. 3600/2008, de 10 de julio.
No. 441/2009, de 12 de febrero.
No. 6380/2010, de 10 de noviembre.
No.1154/2010, de 11 de marzo.
No. 7561/2010, de 23 de noviembre.
No. 204/2011, de 21 marzo.
No. 4871/2011, de 19 de mayo.
No. 7170/2011, de 4 de octubre.
No. 101/2012, de 16 de enero.
No. 1063/2012, de 7 de marzo.
No. 759/2012, de 4 de octubre.
No. 28/2014, de 29 de enero.
No. 737/2014, de 22 de diciembre.

No. 5886/2006, de 5 de octubre.
No. 400/2007, de 12 de abril.
No. 2558/2008, de 14 de mayo.
No. 6663/2008, de 1 de diciembre.
No. 2224/2009, de 14 de abril.
No. 766/2010, de 1 diciembre.
No.1123/2010, de 12 de marzo.
No. 1851/2011, de 17 de marzo.
No. 4871/2011, de 19 de mayo.
No. 49/2011, de 23 de junio.
No. 8017/2011, de 23 de noviembre.
No. 1686/2012, de 17 de enero.
No. 5284/2012, de 20 de julio.
No. 9191/2012, de 4 de diciembre.
No. 5521/2014, de 27 de noviembre.
No. 3116/2016, de 4 de julio.

➤ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid:

No. 11813/2007, de 13 de septiembre.

➤ Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra:

No. 173/2008, de 24 de enero.

➤ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria:

No. 1263/2008, de 23 de abril.

Estados Unidos de América

➤ Sentencia de la *Louisiana Supreme Court* (Corte Suprema de Louisiana):

Percy v. Millaudon, 8. Mart. (n.s.) 68 (La. 1829).

➤ Sentencia de la *Michigan Supreme Court* (Corte Suprema de Michigan):

Dodge v. Ford Motor Co., 170 NW 668 (Mich. 1919).

➤ Sentencias de la *New York Supreme Court* (Corte Suprema de Nueva York):
Roth v. Robertson, 118 N.Y.S. 351, 353 (N.Y. 1909).
Meinhard v. Salmon, 164 N.E. 545, 546 (N.Y. 1928).
Litwin v. Allen, 25 N.Y.S.2d 667, 669 (N.Y. 1940).
Kamin v. American Express Co., 383 N.Y.S.2d, 807 (N.Y. 1976).
Haire v. Bonelli, 870 N.Y.S.2d 591, 593. (N.Y. 2008)

➤ Sentencias de la *Delaware Supreme Court* (Corte Suprema de Delaware):
Guth v. Loft, Inc., 5 A.2d 503, 510 (Del. 1939).
Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co., 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963)
Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., 285 A.2d 437 (Del. 1971).
Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984).
Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993).
In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. 1996).
Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000).
Behrens v. Aerial Comm., WL 599870 (Del. 2001).
Guttman v. Huang, 823 A.2d 492, 506 (Del. 2003).
Tooley v. Donaldson, Lufkin & Jerette, Inc., 845 A.2d 1031, 1039 (Del. 2004).
Metro Commc'n. Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Techs. Inc., 854 A.2d 121, 163-64 & 131 (Del. 2004).
In re Walt Disney Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. 2005).
Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006).
Feldman v. Cutaia, 951 A.2d 727, 732 (Del. 2008).
In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litig., 964 A.2d 106, 122-24 (Del. 2009).

➤ Sentencia de la *Supreme Court of New Jersey* (Corte Suprema de Nueva Jersey):
Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (N.J. 1981).

Francia

➤ Sentencias de la *Cour de Cassation* (Corte de Casación):
Cass. civ., de 4 junio de 1946, J.C.P., 1947, II, 3518.

Cass. com., de 27 de febrero de 1996, N° 94-11.241.

Cass. com., de 30 de marzo de 2010, N° 08-17 841.

Italia

- Sentencias de la *Corte Suprema di Cassazione* (Corte Suprema de Casación):

No. 3652, de 28 de abril de 1997.

No. 18231, de 12 de agosto de 2009.

No. 3409, de 12 de febrero de 2013.

Reino Unido

- Sentencias de la *House of Lords* (Cámara de los Lores):

Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd. v. Riche, LR 7 HL 653, 1875.

Bray v. Ford, AC 44, 1896.

Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver, ER 378, 1942.

Phipps v. Boardman, AC 46, 1967.

Williams v. Natural Life Foods Limited, 2 All ER 577, 1998.

Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping Corp. (No. 2), 1 BCLC 244, 2003.

- Sentencias de la *Court of Appeal of England and Wales* (Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales):

Re Smith and Fawcett Ltd., Ch 304, 1942.

Rolled Steel Products (Holdings) Ltd. v. British Steel Corp, Ch 246, 1986.

- Sentencia de la *Court of Chancery* (Corte de Cancillería):

Foss v. Harbottle, 67 ER 189, 1843.

- Sentencia de la *Chancery Division, Companies Court* (Corte de Sociedades), parte de la *High Court of Justice* (Alta Corte de Justicia):

Re D'Jan of London Ltd., 1 BCLC 561, 1994.

- Sentencias de la *Hight Court of Justice of England and Wales* (Corte Suprema de Justicia de Inglaterra y Gales):

Secretary of State for Trade and Industry v. Baker (No. 5), 1 BCLC 523, 2000.

Re Hydrodan (Corby) Ltd., 2 BCLC 180, 1994.