EL REFORMADO ART. 225.1 LSC Y SU SIGNIFICADO EN EL AMBITO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS DEPORTIVAS

Prof. Dr. Segismundo Torrecillas López
Facultad de Derecho. Universidad de Granada

RESUMEN

En el presente trabajo abordamos el estudio de una mención algo controvertida introducida por el legislador con motivo de la reforma de la LSC, añadiendo a la formulación del deber de diligencia en el cumplimiento de los deberes del administrador la exigencia adicional de que el mismo, en el ejercicio del cargo debe “subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa” propiciada por la Ley 5/2021, de 12 de abril, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Hacemos un estudio de la materia en sede Sociedades Anónimas y contrastamos argumentos y críticas al llevarlos a la esfera de las Sociedades Anónimas Deportivas.

ABSTRACT

In the present work we approach the study of a somewhat controversial mention introduced by the legislator on the occasion of the reform of the LSC, adding to the formulation of the duty of diligence in the fulfillment of the duties of the administrator the additional requirement that the same, in the exercise of the position must "subordinate, in any case, their particular interest to the interest of the company" provided for by Law 5/2021, of April 12, regarding the promotion of long-term involvement of shareholders in listed companies. We make a study of the subject at the Sociedades Anónimas headquarters and contrast arguments and criticisms by taking them to the sphere of Sports Anonymous Companies.

PALABRAS CLAVE

Deber de diligencia, deber de lealtad, interés social, interés de la empresa, Sociedades Anónimas Deportivas

KEY WORDS

Duty of diligence, duty of loyalty, social interest, interest of the company, Sports Corporations

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DEBER DE DILIGENCIA EN LA NUEVA LEY 5/2021. III. JUSTIFICACION DE LA REFORMA. ALUSIÓN AL CRITERIO CLÁSICO DE INTERÉS SOCIAL Y SU RELACION CON EL NUEVO PATRÓN DE CONDUCTA: INTERÉS DE LA EMPRESA. 3.1 Interés de la empresa versus interés social IV. RAZONES, -SI ES QUE LAS HAY-, PARA EL CAMBIO NORMATIVO. V. TRASLACION DE ARGUMENTOS AL CAMPO DE LAS SAD. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El art. 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), donde se contiene la formulación del contenido básico del deber general de diligencia¹ de los administradores² en toda sociedad de capital, ha sido objeto de reforma por la Ley 5/2021,

¹ El Art. 225. 1 LSC regulaba, con anterioridad a la reforma -y aún lo hace, aunque en la actualidad, añadiéndose un inciso final: *subordinar su actuación al interés de la empresa*- el patrón de conducta general al que el administrador se ha de ajustar en el desempeño del cargo o, en otros términos, el grado de diligencia que se le exige en ese desempeño. El precepto establece que el administrador actué con la diligencia del ordenado empresario o, si utilizamos los términos legales, “*los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario*”.

Se trata de una pauta de conducta genérica o abstracta o, en otros términos, estamos ante una expresión jurídica indeterminada que precisa ser completada en cada caso que se plantee a la vista de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, es posible ofrecer algunas pautas generales y así, por ejemplo, la actuación con la diligencia de un ordenado empresario implica el deber de cumplir las normas legales y reglamentarias, el deber de informarse adecuadamente antes de tomar decisiones o el deber de vigilar el desarrollo de la actividad social y de sus colaboradores y auxiliares¹.

El estándar tiene gran importancia en materia de responsabilidad de los administradores. Cualquier desviación de la diligencia debida (ordenado empresario), por leve que sea, puede ocasionar la exigencia de responsabilidad de los administradores sociales. Como puede apreciarse, la responsabilidad de los administradores es muy estricta, ya que responden del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos y, en general, “por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo” (art. 236.1 LSC).

Esta estricta configuración de la responsabilidad no parece acorde con el principio de gratuidad del cargo. La ley parece querer administradores con un importante grado de preparación o profesionalización (como lo demuestra el estándar de diligencia y el estricto régimen de responsabilidad), pero este objetivo se nos antoja difícilmente alcanzable con la gratuidad del cargo de administrador. Ciertamente es, sin embargo, que estamos solamente ante la regla general y que los estatutos pueden establecer que el cargo de administrador es retribuido y, en este caso, deben fijar los sistemas de remuneración (art. 217.1 LSC).

Quede claro, no obstante, que el administrador no puede (ni debe) asegurar el éxito económico de la sociedad, es decir, que su deber constituye en llevar una diligente administración, pero sin asumir el riesgo de la empresa. Ahora bien, el administrador debe tener presente que el ejercicio de su cargo de forma negligente puede llegar a hacerle responsable con su propio patrimonio de (una parte de) las deudas de la sociedad. Así, recordemos que esta responsabilidad recae sobre el administrador si no insta la disolución o la solicitud de concurso cuando existe causa legal para ello (art. 367 LSC).

El grado de diligencia es el mismo para todos los administradores, sean remunerados o no, y con independencia del cargo que ocupen en el órgano de administración. La ley no distingue al respecto y no parece que nosotros debemos distinguir tampoco. Sin embargo, de *lege ferenda*, parece que habría que exigir una diligencia cualificada a los administradores delegados y al presidente del consejo de administración, porque estos cargos sociales y sus funciones adquieren especial relevancia en el funcionamiento de la sociedad y parece lógico exigirles un conocimiento más profundo de la situación en que se encuentra la sociedad y una atención especial en su actuación.

Conviene advertir, máxime a la vista del Art. 161 LSC, que el deber de diligencia comprende la no ejecución de los acuerdos de la junta que sean ilegales o contrarios a los intereses de la sociedad. Es de recordar, al respecto, que la responsabilidad de los administradores subsiste aun cuando la junta general hubiera adoptado, autorizado ratificado el acto o acuerdo lesivo a término por los administradores (art. 236.2 LSC). Por ello se dice que la junta general es un órgano no responsable, ya que sus acuerdos deben ser ejecutados por los administradores y es a éstos a quienes se imputa la responsabilidad por ilegalidad o lesividad. Desde esta perspectiva, como se ha dicho, los administradores constituyen un filtro para verificar, en la fase ejecutiva, si las iniciativas son ilegales y si son razonables o acordes con el principio de administración diligente.

² Los administradores han de sujetar su actuación al molde de un ordenado empresario, lo que se traduce en que en el ejercicio del cargo le sea exigido un modo de proceder acorde con este modelo de conducta que es lo que haría un ordenado empresario. La diligencia que debe de presidir la actuación del administrador deberá ser modulada atendiendo a la actividad a la que se dedique la sociedad, a su composición subjetiva y también a la naturaleza y funciones asignadas a cada administrador, dado la generalidad de su descripción normativa.

Resulta una constante legislativa y doctrinal ya desde la LSA 1951, exigir como patrón de actuación de los administradores, la diligencia de un ordenado empresario. Dentro de una abundante bibliografía: *vid.* POLO; E., “Artículo 127” en *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*,

de 12 de abril en los que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas³. Es cierto que la implementación de la Directiva 2017/828, de fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas no exigía esta reforma⁴, sin embargo, el legislador ha incorporado una mención algo controvertida, añadiendo a aquella formulación del deber de diligencia la exigencia adicional de que el administrador debe “*subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa*”. Este trabajo analiza desde una perspectiva crítica esta reforma, al mismo tiempo que intenta trasladar los argumentos y críticas doctrinales que se hacen a nivel general de esta reforma legislativa, a una sociedad anónima especial como es la deportiva. Todo ello se justifica, en base a que la reforma operada alcanza, como se dice en el Preámbulo de la Ley, a todas las sociedades de capital (y la Sociedad Anónima Deportiva, se rige supletoriamente por el régimen jurídico de la Sociedad Anónima⁵).

II. EL DEBER DE DILIGENCIA EN LA NUEVA LEY 5/2021

A nadie escapa que lo que hizo el legislador en la LSC fue –como no podía ser de otra manera- trasponer criterios clásicos ya existentes en nuestro ordenamiento al objeto de determinar el contenido del deber de diligencia de los administradores sociales⁶

en AA.VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid (1992), p. 131; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur-Menor (2007), p. 179.

³ Las Cortes Generales han aprobado la Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. La ley tiene por objeto la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Asimismo, la ley aprovecha para introducir otras modificaciones y novedades relevantes en el ordenamiento jurídico español, sobre todo en materia de gobierno corporativo y para el fomento y mejora del funcionamiento de los mercados de capitales.

La citada implicación de los accionistas con una visión a largo plazo era el propósito principal de la Directiva 2017/828, de 17 de mayo de 1 BOE de 13 de abril de 2021. 4 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, cuya transposición era la causa principal de la reciente Ley 5/2021, como reflejan las rúbricas de ambas disposiciones. La Directiva europea pretendía la reformulación de alguno de los principios de funcionamiento de las sociedades cotizadas. Sin embargo, la transposición de dicha Directiva no tuvo relación directa con la modificación legislativa que aquí se aborda. Dicho de forma más clara, como bien expone SÁNCHEZ CALERO, J. “la modificación del deber de diligencia”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 163 (2021), pp. 231-278 ISSN 0211-6138 “ha sido el legislador español el que ha considerado que la incorporación de la repetida Directiva era una buena ocasión para proceder al cambio que nos ocupa”, *op. cit.* p. 4.

⁴ Cabe destacar entre las primeras reacciones doctrinales hacia esta reforma la aportación doctrinal de JUSTE, J., “Artículo 225” en AA.VV. *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, (GARCÍA-CRUCES, J.A./ SANCHO GARGALLO, I.; dirs.), t. III, p. 3100.

⁵ Como indica el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de octubre de 2000 el régimen jurídico de las citadas sociedades anónimas deportivas no es sino el general de las Sociedades Anónimas, pero con las particularidades que resulten de la Ley del Deporte y de sus normas de desarrollo.

⁶ Resulta una constante, ya desde la LSA 1951, establecer como de patrón de conducta de la actuación del administrador el deber de diligencia. Para un estudio profundo de la materia, *vid.* dentro de una abundante bibliografía. POLO; E., “Artículo 127” en *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en AA.VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid (1992), p. 131; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur-Menor (2007), p. 179.

. Así pues, parámetros clásicos como que el deber de diligencia exige ejercer el cargo con respeto a leyes y estatutos de la sociedad en concreto y adecuado al patrón de una conducta de un ordenado empresario tomaron carta de naturaleza. Hay que decir que la posterior reforma de la LS por 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, supuso una nueva dicción del artículo 225 LSC acorde con la importante revisión que se operó en esas fechas en el régimen de los deberes de los administradores⁷.

El artículo 225.1 LSC, con anterioridad a la novísima reforma operada, establecía: *“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”*. La reforma se ha llevado a cabo sustituyendo el punto que cerraba ese apartado por un punto y coma. A continuación, se ha adicionado al mismo deber la obligación de: *“subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”*.

III. JUSTIFICACION DE LA REFORMA. ALUSIÓN AL CRITERIO CLÁSICO DE INTERÉS SOCIAL Y SU RELACION CON EL NUEVO PATRÓN DE CONDUCTA: INTERÉS DE LA EMPRESA

Pues bien, llegados a este punto el objeto de mi trabajo consiste en analizar qué debemos de entender por esta obligación que pesa sobre la actuación de los administradores de subordinar su actuación, en todo caso, al interés de la empresa en las Sociedades Anónimas Deportivas (en adelante SAD) ya que la reforma del art. 225.1, sin lugar a dudas, afecta a todas las sociedades de capital, y aunque en la LSC no se contemple a este tipo social especial como sociedad capitalista, su régimen jurídico estará constituido por la Legislación especial en la materia y supletoriamente por la LSC⁸.

⁷ ALFARO, J., “Artículo 225”, en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Juste, J.; coord.), Cizur Menor (2015), p. 313 y ss.

⁸ En materia de administradores, son constantes las reformas en nuestro ordenamiento jurídico, siendo de aplicación directa a nuestras SAD, pues como sabemos, el régimen general de la Sociedad Anónima es supletorio a la anónima deportiva. Las recientes reformas que se han llevado a cabo en los últimos años, en esta materia en España y que han situado los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento de los Principios Internacionales de Buen Gobierno, en comparación con otros países. Estas reformas fueron propuestas por la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo y se plasmaron fundamentalmente en 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. La aplicación de la antedicha Ley ha sido, con carácter general, satisfactoria, por lo que la transposición de la Directiva parte de este marco jurídico en la medida de lo posible. Además, la seguridad jurídica y la estabilidad de la normativa mercantil son principios y valores que deben preservarse, evitando modificaciones legislativas innecesarias y frecuentes, para

La Exposición de Motivos (en adelante EM) se refiere al cambio legislativo como una “*mejora normativa en materia de gobierno corporativo y de funcionamiento del mercado de capitales*”, argumentándolo del siguiente modo:

“Otro potencial efecto adverso de las estrategias de inversión cortoplacistas es que influyen en que la sociedad cotizada se centre esencialmente en el rendimiento financiero en beneficio exclusivo de sus accionistas. Los demás objetivos no financieros de la sociedad cotizada y los intereses de otros grupos de interés, y muy especialmente de sus trabajadores, pasan así a un segundo plano de la estrategia corporativa. Por el contrario, las estrategias de inversión a largo plazo integran de forma natural otros objetivos no financieros, como el bienestar de los trabajadores y la protección del medio ambiente, garantizando la sostenibilidad de las empresas en el largo plazo. Y es que aquellas empresas viables en la sociedad y en el medio ambiente, son también más sostenibles económicamente en el medio y largo plazo. El mismo objetivo tiene la reciente Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Este tipo de comportamientos cortoplacistas en las empresas cotizadas también pueden tener un efecto agregado muy perjudicial sobre el conjunto de la economía y de la sociedad. En efecto, según numerosos estudios, las políticas de inversión cortoplacistas no sólo afectan a la sostenibilidad y rentabilidad de las empresas individualmente consideradas, sino que también pueden generar riesgos relevantes para la estabilidad de los mercados de capitales y la economía. Este denominado «capitalismo trimestral» (en referencia a la presión por maximizar los resultados financieros en cada uno de los informes financieros trimestrales), tiene efectos sobre el crecimiento económico, el empleo y la productividad del capital. La crisis financiera de 2008 se produjo, entre otros factores, como el resultado de una visión cortoplacista de la economía. El modelo de crecimiento anterior a la crisis, al estar basado en la necesidad de generar beneficios en el corto plazo, generó un modelo de negocio arriesgado y excesivamente apalancado.”

De la lectura de la EM, apreciamos que se observa una nueva concepción a tener en cuenta en las estrategias de las compañías mercantiles. En definitiva, con esta nueva orientación, se vislumbra una nueva concepción de la función de la norma societaria, cual es, que sirva de faro, que sea, en definitiva, la que oriente la actividad de las empresas (en particular, la de las grandes corporaciones), incidiendo sobre cómo deben ejercer sus derechos los socios y desempeñar el cargo sus gestores encaminados a esas pretensiones, que creemos no corresponden exclusivamente al Derecho de sociedades. Vemos que, en definitiva, con este reforzamiento del deber de diligencia atribuido a los administradores y la subordinación de su actuación al interés de la empresa se están introduciendo parámetros de ordenación económica. Del mismo modo, las dudas que nos asaltan de la lectura de esta EM, giran en torno a preguntarnos si el reforzamiento del deber de diligencia es un síntoma no solo de una nueva forma de configurar los deberes de los administradores, sino de la pretensión de alterar algunos criterios inspiradores del

umentar la certidumbre jurídica, reforzar la confianza de todos los agentes y facilitar así inversiones productivas a largo plazo en las sociedades cotizadas españolas. Asimismo, algunas de las soluciones recogidas en la Directiva, como es la aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros por los accionistas, ya fueron reguladas en la citada Ley 31/2014 con mayor nivel de exigencia que en la Directiva aquí transpuesta.

Derecho de sociedades en esa materia. Se trata, como bien expone SÁNCHEZ CALERO⁹ “de examinar si el artículo 225.1 LSC sería una plasmación pionera de esa tendencia que se advierte especialmente en los trabajos prelegislativos europeos, que aleja el régimen de los administradores y otros aspectos fundamentales de la legislación societaria de los cauces propios del Derecho privado, e incorpora criterios cuya formulación jurídica nos acerca a la ordenación económica”.

Como sabemos, los administradores han de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y ello viene a significar que en el ejercicio del cargo le es exigible un modo de proceder acorde con este modelo de conducta que es lo que haría un ordenado empresario. En el ejercicio del cargo de administrador, a menudo se presentan circunstancias que exigen la asunción por parte de los administradores de facultades discrecionales que, en definitiva, suponen al administrador decidir si conviene actuar o por el contrario abstenerse y, en todo caso si se opta por actuar hay que hacerlo guiado por unos parámetros de conducta predeterminados. En definitiva, planteado el caso, el administrador societario deberá ajustar su actuación u omisión respetando el interés de la sociedad, es decir, anteponiéndolo al interés propio. Con la nueva redacción del precepto, como hemos comprobado anteriormente, *“en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas”* se da un paso más en vigilar la actuación discrecional del administrador, pues la actuación del administrador no solo debe respetar el interés social sino que le añadimos que debe perseguir el interés de la empresa, - deberán *“subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”*- con lo cual ya no basta preservar el interés de los socios, sino otros intereses más abstractos y difíciles de concretar y que están, como hemos advertido, más próximos a conceptos de Economía.

Además, somos de la opinión de que lo que realmente pretendía el legislador con esta reforma es introducir una reafirmación del deber de lealtad, pero con una clara equivocación de ubicación legislativa, se ha acometido esta reafirmación de un deber de administrador en sede diligencia, cuando sería más apropiado hacerlo en sede deber de lealtad.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, J. “La modificación del deber de diligencia...” *op. cit.* p. 35.

No cabe duda que debemos distinguir claramente lo que es interés social¹⁰ del interés de la empresa. El interés social que interesa al Derecho de sociedades constituye, según ALFARO¹¹, *una directiva de actuación de los órganos sociales*. El interés social, de cada Sociedad en concreto, lo definen y lo concretan los socios de esa sociedad, debiendo respetar el contenido de las normas y de los estatutos sociales, constituyendo la pauta para determinar si un acuerdo social es impugnabile, (art. 204 LSC), y para determinar la conducta exigible al administrador leal, -en el mejor interés de la sociedad- (art. 227.1 LSC). Como bien indica el profesor citado, “el Derecho de Sociedades no utiliza el «interés social» para referirse al interés de la empresa, sino sólo para referirse al interés de los que forman parte de la sociedad. La celebración del contrato de sociedad entre varias personas genera un efecto organizativo: la creación de una persona jurídica que actúa de nexo para la contratación entre todos los que participan en la empresa y contribuyen así a la producción de los bienes o servicios que constituyan la actividad de la empresa”.

Por tanto, como expresa el autor citado “no puede haber un interés social ajeno al contrato de sociedad suscrito por los socios, porque de otra forma, -si existieran tantos intereses sociales como terceros afectados por la actuación de los administradores, o por un determinado acuerdo social-, no habría posibilidad de identificar un parámetro de actuación o de enjuiciamiento. Por tanto, ni trabajadores, ni clientes, ni mercado, ni acreedores, integran el interés social que ocupa al Derecho de sociedades, sin perjuicio de que todos estos intereses, si resultaren legítimos, sean objeto de protección por normas o por sectores específicos del ordenamiento”.

Tampoco, como expresa PÉREZ BENÍTEZ¹², “resulta posible afirmar que el interés social sea la continuación de la empresa, su supervivencia, pues la empresa no es más que un mecanismo de actuación de los socios para perseguir su propio interés. Resultaría igualmente legítimo que los socios fijaran como objeto social, por ejemplo, maximizar los beneficios en un plazo de tiempo determinado, (caso de los *hedge funds* o de las *private equities*), o que adoptaran decisiones arriesgadas que, a costa de esta finalidad,

¹⁰ ALFARO, J., «El interés social: una historia natural de la empresa», en *Revista de Economía Industrial*, N. °398,2016, pp.41-54;

¹¹ ALFARO, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”

¹² PÉREZ BENÍTEZ, J.J. “La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva” en <https://almacendederecho.org/la-responsabilidad-de-los-administradores-sociales-en-el-contexto-de-la-reestructuracion-preventiva>.

puedan suponer el compromiso de su viabilidad futura. Los socios persiguen su propio interés. Por esta razón, resulta muy difícil, -antes que eso, contraproducente-, que un tercero enjuicie lo que es bueno o malo para el interés social sobre la base de que algo es “*malo para la sociedad*”; también por esta razón, no basta para que sea anulado con que un acuerdo social infrinja el interés social, sino que se exige que, a su vez, deba ser beneficioso para otro socio o para tercero. Lo que prohíbe el interés social es perseguir el propio beneficio, -el del administrador, el de otro socio, o el de un tercero-, a costa de la sociedad, (Paz-Ares, Cándido, *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, *InDret* 1/2014, apartado 3.3.)”.

Todos estos criterios quedan en papel mojado a raíz de la reforma operada en el art. 225.1 ya que el parámetro de enjuiciamiento de la lealtad ahora es el interés de la empresa. Esto supone una redefinición de cuáles son los concretos intereses que la componen, o si hay un interés de la empresa autónomos, que haya de preservar, como parece intuirse de la lectura del Preámbulo de la Ley cuando se justifica el cambio normativo orientándolo a poner frenos a las estrategias corporativas que persiguen intereses cortoplacistas, en lugar de la “*sostenibilidad*”. Ello, como alude el citado autor “unido al grosero error de técnica legislativa, de incluir el nuevo parámetro del interés de la empresa, dentro del marco del deber de diligencia, que responde como se vio más arriba a una naturaleza diferente, hace inútil la nueva previsión normativa”.

3.1. Interés de la empresa versus interés social

Estamos en presencia de una expresión que, si bien tangencialmente ha sido tratada por nuestra doctrina a la hora de definir la clásica expresión de la determinación de qué es el interés social, no había tomado, hasta ahora, carta de naturaleza en nuestro Derecho de Sociedades. El interés de empresa, por tanto, es un término nuevo para nuestra legislación societaria, aunque, es cierto que ha servido como elemento de debate en la determinación del interés social⁶⁷. En la LSC observamos que tal expresión no tiene reconocimiento legislativo en ninguno de sus preceptos. No obstante, como afirma SÁNCHEZ CALERO¹³ sí constatamos, por el contrario, “continuas referencias al interés social [a título de ejemplo, v. art. 228, e) LSC] o del interés de la sociedad [art. 227.1 y 229.1, e) y 229.3 LSC]. Igualmente, la LSC, alude al interés social como presupuesto, en caso de su incumplimiento del mismo, que permita la impugnación de determinados

¹³ SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.* p. 28.

acuerdos (art. 204.1 LSC), a depurar la responsabilidad de los administradores (art. 239.1 LSC que legitima a la minoría para entablar la acción social) o a adoptar acuerdos en asuntos concretos con supresión de derechos concretos de los socios (art. 308.1 LSC sobre la exclusión del derecho de preferencia en el aumento del capital)”.

De una lectura apresurada y poco meditada, podríamos caer en la tentación de pensar que el concepto de interés social ha sido sustituido por el de empresa. Si fuera así el deseo caprichoso del legislador, aun creyendo que sería un error, lo admitiríamos, aunque nos encontraríamos en un tratamiento idéntico al otrora tratado anteriormente a la reforma operada. En suma, concluiríamos en que tanto un concepto como otro inciden el idéntico contenido y legitimación positiva. Por tanto, de entender de esta manera la reforma operada en el art. 225.1 LSC, concluiríamos que todo sigue igual, en definitiva, -si se me permite la expresión coloquial- hemos cambiado el collar del perro, pero el perro es el mismo.

A sensu contrario, podríamos aseverar que estamos ante dos expresiones distintas que afectan a ámbitos dispares (aunque –y aquí está la paradoja, el tratamiento legal contextual es el mismo-). De operar de esta forma, sería cuando aparecen los problemas, pues exigiría definir qué se entiende por interés de la empresa y por ende, cambiar el contexto legal de aplicación.

No cabe duda que parece que el legislador ha querido ir más allá. Lógicamente, el legislador está pensando que en las actuaciones de los administradores ya no solo vale ajustar su actuación en los parámetros clásicos del interés social, sino que, como consecuencia de los avatares de los últimos años, con las acuciantes crisis económicas que hemos vivido, no bastan para solucionar los problemas de las sociedades de capital estos parámetros, sino que, ante el miedo o la preocupación de despidos laborales, debemos conservar la empresa¹⁴. Es decir, parece pensado esta última afirmación a que

¹⁴ Tampoco resulta posible afirmar que el interés social sea la continuación de la empresa, su supervivencia, pues la empresa no es más que un mecanismo de actuación de los socios para perseguir su propio interés. Resultaría igualmente legítimo que los socios fijaran como objeto social, por ejemplo, maximizar los beneficios en un plazo de tiempo determinado, (caso de los *hedge funds* o de las *private equities*), o que adoptaran decisiones arriesgadas que, a costa de esta finalidad, puedan suponer el compromiso de su viabilidad futura. Los socios persiguen su propio interés. Por esta razón, resulta muy difícil, -antes que eso, contraproducente-, que un tercero enjuicie lo que es bueno o malo para el interés social sobre la base de que algo es “*malo para la sociedad*”; también por esta razón, no basta para que sea anulado con que un acuerdo social infrinja el interés social, sino que se exige que, a su vez, deba ser beneficioso para otro socio o para tercero. Lo que prohíbe el interés social es perseguir el propio beneficio, -el del administrador, el de otro socio, o el de un tercero-, a costa de la sociedad, (PAZ-ARES, Cándido, *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, *InDret* 1/2014, apartado 3.3.).

ante situaciones límite, o de parámetros macroeconómicos, conflictos inevitables, no basta el interés social, sino que hay algo más, la diligencia empresarial exigiría a los administradores ajustar su actuación subordinándola siempre al interés de la Empresa. En definitiva, control del poder público¹⁵ en una institución privada.

Ahora bien, de mantener esa postura, volvemos al punto de partida, habría que definir qué se debe entender por interés de la empresa, y en definitiva, volveríamos a rebuscar argumentos en el viejo cajón de sastre que supone el concepto de interés social, a las viejas y clásicas discusiones doctrinales sobre concepciones contractualistas o institucionalistas. Y para rizar el rizo, todo ello vinculado con la preceptiva observancia de los deberes de los administradores inmersos en esa obligación contextual de ajustar su actuación, su diligencia y su deber de lealtad al parámetro del respeto al interés social, y enmarcado en algo más: el interés de la empresa.

IV. RAZONES, *-SI ES QUE LAS HAY-*, PARA EL CAMBIO NORMATIVO

¹⁵ La referencia a la gestación parlamentaria del nuevo criterio que anima el deber de diligencia revela que se ha querido incorporar una fórmula similar a la que refleja el artículo 128.1 de la Constitución, que proclama que “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. La fórmula constitucional es amplia y no apunta necesariamente a una situación de conflicto entre la eventual manifestación del ejercicio -activo o pasivo- del derecho de propiedad y el interés general. Por el contrario, lo que sí sucede con el artículo 225.1 LSC es que se parte de la contraposición entre dos intereses precisos: el del administrador y el de la empresa.

La propia Ley 5/2021, en su amplio Preámbulo justifica¹⁶ los motivos¹⁷ que han llevado al legislador a reformar el art. 225.1 LSC, todos ellos envueltos en el grupo de mejoras normativas en materia de gobierno corporativo adoptadas al margen de la Directiva. Tal y como se pregona en el aludido Preámbulo, la reforma obedece al deseo de “*reforzar el deber de diligencia de los administradores, en consonancia con las exigencia del buen gobierno corporativo*”.

Por tanto, vemos del estudio de las enmiendas de los partidos políticos analizados como se puede apreciar que gobierno corporativo/deber de diligencia de los administradores van de la mano en la Ley 5/2021. De la lectura del Preámbulo de la Ley citada, se constata que el legislador tiene una buena opinión del tratamiento jurídico existente antes de la reforma, referido al gobierno corporativo¹⁸.

¹⁶ Creemos que es del todo acertado analizar, como bien hace Sánchez Calero en su magnífico artículo, la tramitación parlamentaria de la Ley 5/2021, en concreto del Art. 225.1. Este recurso nos permitirá comprender mejor el sentido que se le quiere dar a la reforma del precepto. debemos hacer una precisión preliminar y es permite recomponer el proceso de reforma del artículo 225.1 LSC. La redacción última del precepto se debe a un cambio que no figuraba en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno, sino que fue incorporado durante la tramitación de éste. El Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común presentó la enmienda 16 en el Congreso de los Diputados proponiendo la adición al entonces vigente artículo 225.1 LSC del siguiente texto: “...; y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa y, en última instancia, al interés general, de acuerdo con el artículo 128.1 de la Constitución”. Los argumentos que se esgrimían para proceder a la enmienda consistían en que “el objetivo es el de dar una mayor concreción al viejo “deber de diligencia de un ordenado empresario”, especificando la vinculación de dicho deber con los objetivos que persigue la presente ley, que no son otros que el buen gobierno corporativo y la promoción de una visión de largo plazo de la empresa. Y se trata, por último, de integrar todo ello en el marco constitucional del Estado social y democrático de Derecho y en el papel que la Constitución española atribuye a la empresa como elemento generador de riqueza individual y social”. Esta enmienda propicia otra, la enmienda transaccional nº 3 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista “sobre la base de la enmienda nº 16 del Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos-En Comú Podem- Galicia en Común”¹⁰ y que supuso, a la postre, la redacción definitiva del artículo 225.1 LSC.

Como podemos apreciar del resultado definitivo de la tramitación parlamentaria, la transacción supuso la eliminación de la cita expresa del artículo 128.1 de la Constitución, que exigía la subordinación del interés particular del administrador al interés general. Una mención, que muy acertadamente indica Sánchez Calero, op. cit. p. - “puede ser considerada innecesaria puesto que el sometimiento al interés general es un principio cuya vigencia no precisa de su proclamación por la legislación ordinaria. Al igual que puede cuestionarse esa conexión constitucional expresa en una norma societaria de ordenación y organización y cuyo punto de partida -el de la norma que se añade es la relación entre dos intereses particulares: el del administrador y el de la empresa”.

¹⁷ En este sentido, *vid.* el apartado VIII, párrafo segundo del citado preámbulo.

¹⁸ Tal y como se explica con relativo detalle en sus trabajos preliminares de la Ley 31/2014, la reforma de los deberes de los administradores fue objeto de especial atención: *vid.* Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, Estudio sobre propuestas de modificaciones legislativas, Madrid, 14 de octubre de 2013, p. 36 y ss.; en relación con el deber de diligencia, v. las explicaciones recogidas en pp. 37 y 38. Es más, el propio Preámbulo, declara que algunas de las medidas previstas en la Directiva 2017/828 fueron objeto de una incorporación temprana a nuestro ordenamiento, a la vez que remarca el efecto positivo que para “la seguridad jurídica y la estabilidad de la normativa mercantil” resulta de evitar “modificaciones legislativas innecesarias y frecuentes.”

Por ello, la reforma operada en el Art. 225.1 LSC, supone en sí misma una paradoja puesto que supone actuar sobre una disposición reciente, en términos mercantiles, pues es conocido que el vigente capítulo dedicado a “Los deberes de los administradores” (artículos 225 a 232 LSC) es el resultado de la reforma introducida por la Ley 31/2014. Se trata, a nuestro juicio, de una modificación innecesaria, solamente justificada por el deseo de algunos partidos políticos en el gobierno que desean reescribir todo hasta, incluso, lo bien hecho y que funciona bien. Esta tendencia debería ser aplaudida cuando aporte precisión y certidumbre a la institución pues en ese caso redundaría en beneficio de entender los parámetros de actuación de los administradores y de los potenciales evaluadores de su infracción. Sin embargo, estamos de acuerdo en que se trata de una ocurrencia del legislador sumamente distorsionadora de la institución¹⁹.

Es cierto que, como consecuencia de la COVID 19, todo se ha trastocado y las crisis económicas que han seguido han influenciado a los gobiernos y a estructuras internacionales²⁰, para realizar o intentar mejoras para paliar los efectos negativos del virus en la esfera societaria y económica. En ese loable deseo de minimizar los efectos negativos a que afectan a todos los sectores económico-societarios, los gobiernos -a veces con cierta precipitación-, han intervenido en multitud de situaciones y, por lo que interesa a nuestro estudio, han querido regular el fin último al que debe ajustarse la actuación de los administradores, redefiniendo el concepto de diligencia- ya existente en nuestra legislación-, contextualizándolo y subordinándolo a un fin superior al ya existente del clásico interés social, adicionando un nuevo interés al que en todo caso se debe subordinar

¹⁹ En este sentido ver a JUSTE, J. “Artículo 225”, *op.cit.* ps. 3101 y 3102 donde se expone de forma vehemente lo desafortunado y perturbador para el intérprete jurídico la reforma operada en la LSC. También *vid.* el blog de CAZORLA, L, <http://luiscazorla.com/2021/04/la-reforma-de-la-lsc-por-la-ley-52021-interes-de-la-empresa/> donde se hace, al socaire de la reforma, las siguientes atinadas preguntas:

Siendo el interés social uno de los conceptos que más literatura académica y discusiones genera, ¿qué aporta ahora el novedoso interés de la empresa?

“– ¿Por qué esa confusión entre empresa y sociedad en el marco de una ley reguladora de las sociedades de capital?

– ¿Qué hacemos con la lealtad con el interés social del artículo 227 LSC? ¿La lealtad lo es respecto del interés social y la diligencia se relaciona con el interés de la empresa?

– ¿Cómo se relacionan entre sí los conceptos de interés social e interés de la empresa? ¿comprenden realidades distintas?”

²⁰ Se puede comprobar fácilmente remitiéndonos al proceso de consulta y preparación de eventuales iniciativas sobre Gobernanza empresarial sostenible desarrollada entre octubre de 2020 y febrero de 2021, disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainablecorporate-governance/public-consultation_es.

Es más que ilustrativo para nuestra argumentación que en la indicación de los destinatarios de la consulta se incluía a “los organismos que establecen normas sobre la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas”

la actuación diligente del administrador en todas las situaciones de conflicto que se le presenten y también aplicable a todas las sociedades de capital. Este nuevo principio es el interés de la empresa. Como bien dice, SÁNCHEZ CALERO²¹ “estamos en un escenario nuevo, definiendo un problema clásico²² y en el que, además, los juristas y las normas se ven convertidos en seguidores o detractores de construcciones económicas”.

V. TRASLACION DE ARGUMENTOS AL CAMPO DE LAS SAD

Antes de iniciar el análisis de cómo debemos de entender que la reforma del deber de diligencia por adición de tipo general aplicable todas las sociedades de capital y por ende de aplicación a las SAD, debemos de hacer, de forma breve, una apreciación -a forma de introducción-, de cómo se concibe la administración en las SAD²³.

Antes de entrar en el análisis del nuevo régimen de responsabilidad es conveniente que, aunque someramente, analicemos cómo estaba redactado con anterioridad a que la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

²¹ SÁNCHEZ CALERO-GUILLARTE, J. “La modificación del deber de diligencia”, *op. cit.* p. 7.

²² Reproducimos la cita 15 de SÁNCHEZ CALERO, “La modificación del deber de diligencia...” *op. cit.* p. 7 por lo interesante que resulta para nuestro estudio. “Esta es una nueva ocasión en la que procede recordar que la actualidad de un problema y la de las reacciones que provoca no pueden llevar a ignorar su carácter clásico: definir el fin de una empresa como la determinación de los intereses a los que debe atender su actividad es tarea que se ha planteado de forma repetida en la evolución del Derecho de sociedades. Una reciente contribución permite ilustrar lo apuntado: v. PETIT, C., “Democracia y Derecho mercantil. Texto y contextos de Joaquín Garrigues. Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas (1933)”, en AA.VV., Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización (Martín, S./ Fernández-Creuhet, F./ Aragonenses, A.; editores), Sevilla (2021), en especial, p. 291 y ss., en donde dedica amplia atención a la aportación de Rathenau (Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung, Berlin, 1917) y, p. 293, a su toma en consideración por parte de Garrigues, al elaborar éste su Nuevos hechos”.

²³ Estamos por tanto ante una institución – la administración de la SAD – que ha merecido por toda la doctrina el mayor énfasis en su estudio y análisis, no en vano ha sido catalogada como la materia de este tipo social especial en donde se engloban las mayores matizaciones y especialidades respecto al régimen general que supone la LSA. De este modo, los trabajos de FUERTES LOPEZ, *Asociaciones y Sociedades Anónimas Deportivas*, p. 70 hacen especial hincapié en la enjundia de estas especialidades. Del mismo modo, SELVA SANCHEZ, L.M^a., *Sociedades Anónimas Deportivas*, Madrid, 1992 p. 133 apunta que se trata de una de las materias más afectadas por la legislación deportiva; VAREA SANZ, M. *La administración de la Sociedad Anónima Deportiva*, Civitas, 1999 p.51, dice que “aunque la LD y el RDSAD introducen diversas matizaciones en el régimen general configurado por la Ley de 1989, para las sociedades anónimas, es quizás en este tema del órgano de administración donde emerge con mayor abundancia la especialidad de estas sociedades deportivas...” Estas especialidades se deben a la propia naturaleza de esta normativa, que no olvidemos respondía a las necesidades que se planteaban en el momento de la publicación de esta legislación especial: el enorme endeudamiento, en general, de los clubes de fútbol nacional y a la imperiosa necesidad de poner orden y lógica a las mareantes cifras que planteaban los Clubes, y a la que había conducido entre otras circunstancias las caprichosas y descontroladas gestiones de sus altos directivos. Por tanto, a diferencia de la amplia libertad que oferta la LSC, anteriormente la LSA, a la hora de fijar la estructura del órgano de administración, y que supone la gran especialidad frente al régimen general, la LD restringe la típica flexibilidad presente en todo el texto de la LSA e impone necesariamente la forma de Consejo de Administración para el órgano que, de vida a la gestión y a la representación, sin que, por vía Estatutaria, tal imposición, carezca de valor.

Social, modificara algunos preceptos de la Ley del Deporte²⁴, y que sin duda ha afectado al régimen de responsabilidad de los administradores haciéndolo más próximo al régimen general de la SA y que ha tenido continuidad con el posterior RD'99.

Así las cosas, el régimen de responsabilidad de los administradores de una SAD se cimentaba a partir de los artículos 24, números 6, 7, LD que decía así:²⁵

“6. Con independencia del régimen general de responsabilidad de los Administradores, éstos responderán de los daños que causen a la Sociedad, a los accionistas y a terceros, por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente.

7. La acción de responsabilidad contra los Administradores podrá ser ejercitada, asimismo, por la Liga Profesional y la Federación correspondiente”.

Estos preceptos tuvieron su desarrollo reglamentario en los artículos 16 y 17 del RD'91. En concreto, decían lo siguiente:

Artículo 16:

“Con independencia del régimen general de responsabilidad de los Administradores previsto en la legislación de Sociedades Anónimas, estos responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a terceros de los daños y perjuicios que causen por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente.

A tales efectos, la Liga Profesional pondrá en conocimiento de la Sociedad de forma fehaciente todos aquellos acuerdos de contenido económico que afecten a la misma.”

Artículo 17:

“La acción de responsabilidad contra los Administradores, prevista en el artículo anterior, podrá ser ejercitada, asimismo, por la Liga Profesional y la Federación Española correspondiente, previo acuerdo de sus respectivas Asambleas, que podrá ser adoptado, aunque no conste en el orden del día, por mayoría de los participantes”.

²⁴ La Ley del Deporte propuso un nuevo modelo de asociacionismo deportivo que persiguió, por un lado, fomentar los clubes deportivos de base; y por otro, establecer un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollaban actividades de carácter profesional (Primera y Segunda División). Se estableció una dicotomía orgánica entre clubes deportivos, ¿entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto era favorecer la práctica del deporte; y Sociedades Anónimas Deportivas (SAD), sociedades mercantiles inspiradas en el régimen general de sociedades anónimas, pero que incorporaron especificidades para adaptarse al mundo del deporte.

²⁵ Sobre este tema es conveniente *vid.* VICENT CHULIA, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley del Deporte, de 15 de octubre de 1990, en la regulación de las Sociedades Anónimas Deportiva, a petición de la Junta Directiva del Valencia Club de Fútbol” en *RGD*, núm. 571, 1992 ps. 2866-2867, en donde apunta hasta tres razones en donde pone en tela de juicio la discutible oportunidad del régimen instaurado en la LD y el RD –antes de su modificación- en tanto en cuanto la responsabilidad de los administradores de una S.A. no es más rigurosa que para el régimen de los directivos de un Club deportivo. “En primer lugar, porque no existe ninguna norma que reconozca la limitación de responsabilidad o la ausencia de responsabilidad de los socios- y menos aún de los miembros de la Junta Directiva-...2. En segundo lugar, porque, al hilo de esta consideración, muchas legislaciones europeas imponen a los Directivos o a los Clubes constituidos en forma de Asociación la obligación de prestar fianzas para garantizar la responsabilidad por las deudas contraídas. Y en este punto... la Ley española es más rigurosa con los directivos de las Asociaciones Deportivas “privilegiadas”- al quedar exentas de la carga de adoptar la forma de Sociedad Anónima para continuar en la competición oficial-cuando se les obliga a avalar las “pérdidas”, haciendo abstracción –al parecer- de si han incurrido o no en responsabilidad personal. 3. En tercer lugar, una buena organización corporativa... como la que provee la Sociedad Anónima, no aumenta el riesgo de responsabilidad de los administradores, sino todo lo contrario. En todo caso, para la cobertura de esta responsabilidad- que no es “objetiva” o por culpa y por culpa propia- existen ya en el mercado ofertas de pólizas de seguros”.

Vemos por tanto que, como manifiesta VAREA SANZ²⁶ “los redactores de la Ley de 1990 no terminaban de contentarse con la disciplina de la responsabilidad tal y como venía concebida en el nuevo régimen de la S. A. (y mucho menos conforme a la Ley de 1951). Así se explican el artículo 24.6 y de la LD y los artículos 16 y 17 RDSAD, que constituyen un intento del legislador deportivo por asegurar la satisfacción de uno de los objetivos básicos de esa Ley, el equilibrio patrimonial de los clubes deportivos profesionales, cuyo logro no veían posible limitándose a hacer propio de las SAD el régimen de responsabilidad del artículo 237 LSC - antiguo 133 LSA-”.²⁷

De la lectura de los preceptos transcritos se deducía que los administradores de una SAD estaban sometidos a un régimen de responsabilidad que podríamos llamar cualificado. Amén del régimen general instaurado por el marco general de la LSA estábamos en presencia de un sistema privilegiado para los supuestos establecidos en la legislación deportiva, que venían a configurar un nuevo caso originador de la responsabilidad de los administradores de la SAD: el incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente; además de permitir que, junto a los legitimados para reclamar el daño causado: Sociedad, accionistas y terceros, se agregue el papel de legitimados activos que les corresponde por derecho a la Liga Profesional y la Federación correspondiente. Además la Disposición Transitoria Quinta de LD amplía esa posibilidad al Consejo Superior de Deportes²⁸ en tanto se mantenga la vigencia del Plan de Saneamiento del Fútbol Profesional²⁹.

²⁶ VAREA SANZ, *op. cit.*, p. 164.

²⁷ A este respecto, coincide SELVA SÁNCHEZ, *op. cit.* p. 33; GARCÍA CAMPOS, *Las Sociedades Anónimas Deportivas y la responsabilidad de sus administradores*, Marcial Pons, p. 61 y CAZORLA PRIETO, *Las Sociedades Anónimas Deportivas*, Madrid p. 208.

²⁸ En contra VAREA SANZ, *op. cit.* p. 171 “...las mismas no podrán ejercitar la acción social configurada en el artículo 134 LSA, pues, careciendo, obviamente, de la condición de socios y también de la condición de acreedores de la SAD, no dispondrán del título de legitimación alguno para entablar dicha acción.”

²⁹ *Vid.* SELVA SÁNCHEZ, *op. cit.* p. 144, mantiene que es una acción especial en razón del material, y en la pág. 144 dice que la LD lo que hace es añadir un supuesto más a los del artículo 133 LSA; En este mismo sentido *vid.* FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y...* *op. cit.* p. 76. También MENÉNDEZ MENÉNDEZ en “El régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores...” en Régimen jurídico del fútbol profesional; *op. cit.* ps.167 y178, opina que se añade al Art.133 de la LSA un supuesto más, estableciendo un sistema un tanto sorprendente a hacer la siguiente distinción: cuando se refiere al régimen general nos habla de una responsabilidad civil, administrativa y penal y por el contrario cuando se refiere al caso especial, habla de una responsabilidad económica, como si fuera un supuesto distinto de la responsabilidad civil.

En el sentido opuesto, también encontramos en la doctrina a CAZORLA PRIETO, *op. cit.* p. 250, GARCÍA CAMPOS, *Las sociedades anónimas deportivas y la responsabilidad de sus administradores, Gobierno de Canaria*, Marcia Pons, Madrid, 1996, p. 62; BERTOMEU ORTEU, “Las ligas profesionales y los clubes: marco de relaciones” en *Transformación de clubes de futbol y baloncesto en Sociedades*

Sin embargo, sobre la acción entablada por estos organismos había que hacer dos reflexiones:

1. De un lado, no creemos que se puede encuadrar fácilmente en ninguno de los dos modelos generales: no puede incluirse en el elenco de sujetos legitimados para ejercitar la acción social (sociedad, socios o acreedores), ni en el que lo está para hacerlo con la individual (socios y terceros cuyos intereses queden directamente lesionados por actos de los administradores), ya que, tanto si se pensara que sí se trata de los acreedores referidos, como si se mantuviera que entran en el concepto de terceros, habría que objetar la innecesaria referencia, en ese caso, en la LD. Se trata de una acción especial, que se podrá ejercitar con independencia del régimen general. Por ello, en las SAD, habrá tres acciones por responsabilidad: la social, la individual y la especial de los organismos administrativos previstos entonces por la LD.
2. De otra parte, consideró CAZORLA PRIETO³⁰ que la posibilidad de que la acción de responsabilidad sea ejercitada por la Liga Profesional y la Federación Española respectiva, consagrada legalmente, no es válida más que para el supuesto concreto de que los administradores hayan causado daños - de ellos responderán- a la sociedad, a los accionistas o a los terceros, por incumplimiento, exclusivamente en ese caso, de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente. Ambos organismos tan sólo podrán iniciar esta acción, -y mostramos nuestro acuerdo con esta tesis-, cuando en sus respectivas Asambleas lo hayan decidido por mayoría de los participantes en las mismas, aunque no conste en el orden del día,³¹ y los daños y perjuicios ocasionados por los administradores lo hayan sido por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional y no por otra causa distinta.

La consideración de estos artículos como un sistema de responsabilidad especial no significa que nos alejemos del todo del régimen de responsabilidad de la LSC -antigua

Anónimas Deportivas, AA.VV., Madrid, 1992 p. 259; GÓMEZ FERRER SAPIÑA, *Sociedades Anónimas Deportivas*, Comares, Granada p. 94.

³⁰ CAZORLA PRIETO, *op. cit.* p. 250 y ss.

³¹ Art. 17 del RD'91.

LSA-, al contrario, podría pensarse que el sistema instaurado en el Art. 24.6 de la LD podía subsumirse como una manifestación de la falta de diligencia a la que hacía referencia el viejo artículo 127 de la LSA y que tan importante era para configurar el supuesto de hecho que sancionaba el vetusto artículo 133.1 de LSA. Ahora bien, como manifestaba VAREA SANZ,³² “esta última afirmación tampoco supone reconocer que la especialidad deportiva sea tan limitada. Antes, al contrario, aunque la iniciativa de la LD no llega hasta el extremo de tipificar un nuevo supuesto de responsabilidad... tampoco se reduce a concretar una de las hipótesis subsumibles en el artículo 133.1 LSA. Lo que hace la LD es crear, para un determinado supuesto de responsabilidad, un régimen propio, que no se refiere tanto a los presupuestos para que se dé esa responsabilidad cuanto, al régimen de reclamación de la misma, afectando también al círculo de legitimados para ejercitar la correspondiente acción conforme a la LSA”.

Con la entrada en vigor del RDSAD’99, sorprendentemente se ha suprimido el párrafo 7 del artículo 24 de la LD.

Por tanto, comprobamos que existe aún especialidad en el régimen de responsabilidad en tanto en cuanto existen organismos, Consejo Superior de Deportes y Liga Profesional correspondiente, que tienen reconocidas competencias para exigir determinados cumplimientos a las SAD. También podría pensarse, y es correcto, que los administradores en ese deber que tienen de actuar con la diligencia de un ordenado empresario, tendrían la obligación de acatar y cumplir mandatos, máxime cuando así lo establece el artículo 76 de la LD in fine en donde hace responsables a la SAD y al administrador o administradores “a quienes se imputa el incumplimiento, la negativa, obstrucción o resistencia”, estableciendo un régimen de responsabilidad en donde obviamente sale siempre perjudicada la SAD y el administrador al que se imputa el incumplimiento. De nuevo aquí estaríamos en la necesidad de solucionar el problema a través de los medios de prueba. No se dice nada, pero estaríamos al igual que en el régimen anterior, ante un supuesto de inversión de la carga de la prueba, y así el administrador debería demostrar que hizo todo lo posible para que se cumpliesen los acuerdos, no mostró resistencia ni obstrucción al cumplimiento de los mismos, que encaja perfectamente con la expresión del Art. 237 LSC, - antiguo Art. 133.2 de la LSA de redacción equivalente- que indica los supuestos de exoneración de responsabilidad de los

³² VAREA SANZ, *op. cit.* pág. 172.

administradores (“... hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel”.)

Estos preceptos son los únicos que guardan relación con el modificado artículo 24.6 de la LD y Art. 16 del RDSAD, en el sentido de que instituciones privadas (Liga Profesional correspondiente) y públicas (Consejo Superior de Deportes) tienen, a la luz de la nueva regulación, funciones de tutela y control y supervisión de actividades de las SAD con relación a que cumplan con determinados deberes que establece la LD y que hemos comprobado que son de carácter económico. Por tanto, tanto el Consejo Superior de Deportes y la Liga Profesional correspondiente pueden ejercer todavía la acción de responsabilidad frente a los administradores por no cumplir con esas obligaciones de carácter económico.

Del análisis que hemos hecho de la especialidad de la administración de la SAD, creemos que su régimen no queda afectado por el cambio introducido en el art. 225.1 LSC.

Una vez analizada esta pretendida especialidad de la responsabilidad de los administradores en las SAD, debemos pronunciarnos cómo debemos encajar la reforma del art. 225.1 de la LSC en este tipo de sociedades especiales.

Estamos totalmente convencidos que el precepto indicado es de plena aplicación a las SAD, pues como hemos analizado más arriba, su ámbito de aplicación es extensible a todas las sociedades en general.

El interés a tener en cuenta por los administradores de SAD en su actuación y que refuerza el deber de diligencia, debe de ser el interés de la empresa. Y este parámetro y fin último de su actuación debemos entenderlo en esta anónima especial como algo más complejo que para la SA en general. En situaciones de conflicto de intereses, ya hemos analizado que el administrador societario-deportivo deberá ajustar su deber de diligencia subordinándolo al interés de la empresa. Pero es aquí donde nos preguntamos si este interés de la empresa en estas sociedades especiales es distinto al de las SA en general.

Creemos que a pesar de la consideración de anónima, la deportiva tiene una naturaleza especial. No olvidemos que, según VICENT CHULIA, es una *creación política del legislador*. Ello supone que el interés a tener en cuenta y que debe de prevalecer en la actuación de los administradores es de contenido mixto, es decir, debemos salvaguardar los intereses de los socios, que creo, serán iguales que los

accionistas en una SA en general y, por otro lado, otros que tienen que ver con la sostenibilidad del club, amor a una ciudad, tanto a nivel económico como deportivo. Prueba de esta doble consideración es también la reciente reforma del art. 348 bis del TR de la LSC que en el punto 5.e) deja fuera de la aplicación del derecho de separación a las SAD³³. Por ello, el deber de diligencia y por ende subordinación al interés de la empresa, en este tipo de sociedades anónimas especiales es, si cabe, de mayor enjundia que en el régimen general debido a la singularidad de este tipo social donde convergen, como hemos visto, intereses privados conjuntamente con intereses públicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

-ALCALÁ DÍAZ, M. A., “El interés social en la sociedad anónima cotizada. Nuevas perspectivas para un concepto clásico de Derecho de sociedades” en Libro homenaje Carmen Alonso Ledesma, Madrid 2018.

³³ Artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.

2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.

b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.

e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas.

- ALFARO, J., “Artículo 225”, en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, (Juste, J.; coord.), Cizur Menor (2015), p. 313 y ss.
- «Comentario al art. 226», en Juste, J. (ed.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo*, Cizur Madrid, ThomsonReuters, 2015, pp. 325-360.
- «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *InDret*, N.º 4, 2005. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/79690>
- «Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa», en almacenederecho.org, 2016. Disponible en <http://almacenederecho.org/interes-socialcumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa/>
- «Juega por mí»: los deberes de lealtad de los administradores, en almacenederecho.org, 2016. Disponible en <http://almacenederecho.org/juega-por-mi-los-deberes-delealtad-de-los-administradores/>
- «El interés social: una historia natural de la empresa», en *Revista de Economía Industrial*, N.º398,2016,pp.41-54.
- «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad «externa» de los administradores sociales», *InDret*, N.º 1, 2007. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78705/102781>
- «Responsabilidad limitada de los accionistas: Status Quaestionis», en *Derecho de sociedades y gobierno corporativo*, Flor de María Córdova, Lima, 2008. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1543967>.
- «Tutela del accionista y tutela del inversor», en almacenederecho.org, 2016. Disponible en <http://almacenederecho.org/tutela-del-accionista-y-tutela-del-inversor/>
- ARROYO, I., «Reflexiones en torno al interés social», *Revista de derecho mercantil*, N.º 240, 2001, págs. 421-440.
- BERTOMEU ORTEU, “Las ligas profesionales y los clubes: marco de relaciones” en *Transformación de clubes de futbol y baloncesto en Sociedades Anónimas Deportivas*, AA.VV., Madrid, 1992 p. 259.
- CAZORLA PRIETO, L.Mª., *Las Sociedades Anónimas Deportivas*, Madrid p. 208.
- CAZORLA, L. “La reforma de la LSC por la Ley 5/2021: ¿interés de la empresa?” en <http://luiscazorla.com/category/derecho-de-sociedades/>.
- FUERTES LOPEZ, M. *Asociaciones y Sociedades Anónimas Deportivas*, Marcial Pons-Universidad de León, Madrid, 1992 p. 70.
- GARCÍA CAMPOS, *Las sociedades anónimas deportivas y la responsabilidad de sus administradores*, Gobierno de Canaria, Marcia Pons, Madrid, 1996, p. 62.

- GÓMEZ FERRER SAPIÑA, *Sociedades Anónimas Deportivas*, Comares, Granada p. 94.
- GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, (Cizur Menor 2014), p. 98 y ss.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, Madrid (2009), p. 44 y ss.
- JUSTE, J., “Artículo 225” en AA.VV. *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, (GARCÍA-CRUCES, J.A./ SANCHO GARGALLO, I.; dirs.), t. III, p. 3100.
- LLEBOT MAJÓ, J.O.,”Los deberes y la responsabilidad de los administradores” en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (A.Rojo/E. Beltrán; dirs.) Valencia 2016.
- PAZ-ARES, C., *La anomalía de la retribución externa de los administradores*, *InDret* 1/2014, apartado 3.3.).
- PEINADO GRACIA, J.I., “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores. Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores “en *RDM* 311 (2019).
- PERALES VISCASILLAS, M.P., “Retos y tendencia actuales en sostenibilidad y gobierno corporativo: una mirada tras el Covid-19” *RES* 185-186 (2021).
- PÉREZ CARRILLO, E, “El deber de diligencia de los administradores de sociedades” en *RdS* 14 (2000), p. 275 ss.
- POLO; E., “Artículo 127” en *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en AA.VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid (1992), p. 131.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur-Menor (2007), p. 179.
- SÁNCHEZ CALERO, J, “Una misión difícil: evaluar la diligencia de los administradores” en AA.VV., *Estudios Vicent Chulià*, Valencia (2013).
- “El interés social como principio orientador del gobierno corporativo” en AA.VV. *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, (Cizur Menor 2019).
- VICENT CHULIA, “Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley del Deporte, de 15 de octubre de 1990, en la regulación de las Sociedades Anónimas Deportiva, a petición de la Junta Directiva del Valencia Club de Fútbol” en *RGD*, núm. 571, 1992 ps. 2866-2867.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L. “Administración y administradores en las sociedades anónimas deportivas y reformas legislativas en materia de sociedades de

capital” en MORILLASS CUEVA, L, (dir.) *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*, ISBN 978-84-9123-249-0, págs. 558-587.

-PETIT, C., “Democracia y Derecho mercantil. Texto y contextos de Joaquín Garrigues. Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas (1933)”, en AA.VV., *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización* (Martín, S./ Fernández-Creuhet, F./ Aragoneneses, A.; editores), Sevilla (2021), en especial, p. 291 y ss.

-POLO; E., “Artículo 127” en *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, en AA.VV., *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid (1992), p. 131.

- RAMOS HERRANZ, I., *Sociedades Anónimas Deportivas. Régimen jurídico actual*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

-SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Cizur-Menor (2007), p. 179.

-TORRECILLAS LÓPEZ, S. *Los órganos sociales de las SAD. Universidad de Granada*, ISBN: 978-84-9028-355-4

- “A propósito del Art. 348 bis LSC. La exclusión del derecho de separación por falta de distribución de beneficios para las SAD en base al párrafo 5 de la LSC” en *Rassegna di Diritto ed Economia dello Sport*, Ed. Edizione Scientifiche Italiane 2020.

-SÁNCHEZ CALERO, J. “la modificación del deber de diligencia”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 163 (2021), pp. 231-278 ISSN 0211-6138.

-SELVA SANCHEZ, L.Mª., *Sociedades Anónimas Deportivas*, Madrid, 1992 p. 133.

-VAREA SANZ, M. *La administración de la Sociedad Anónima Deportiva*, Civitas, 1999 p.51