Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CONTEXTOS DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA: *LEGAL JUDGMENT RULE* Y RIESGO PERMITIDO

Disloyal management in contexts of legal uncertainty: legal judgment rule and permitted risk

Ivó Coca Vila

https://doi.org/10.18543/ed.3749

Fecha de recepción: 16.06.2026 • Fecha de aceptación: 03.09.2026
Fecha de publicación anticipada en línea: noviembre 2026

Derechos de autores/as y Acceso Abierto

Se recomienda a las personas autoras que lean atentamente sus derechos. Creemos que este enfoque garantiza un acuerdo justo para ambas partes. Estas instrucciones se leen conjuntamente con el Código Ético y la Política de Acceso Abierto, Licencia y Derechos de Autor/a de la revista "Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público".

1. Autoría y ética

Al entregar sus manuscritos a **Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público,** los/las autores/as aceptan y se comprometen a cumplir las condiciones de publicación sin necesidad de firmar un documento de cesión adicional con la **Editorial (Universidad de Deusto).** Con ello, garantizan que su trabajo es inédito en cualquier forma, original y que no vulnera el Código Ético de la Revista ni

Copyright and Open Access

The authors are advised to read their rights carefully. We believe this approach ensures a fair agreement for both parties. These instructions should be read in conjunction with the Ethical Guidelines and the Open Access Policy, Licensing Terms and Copyright of the journal "Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público".

1. Authorship and Ethics

By submitting their manuscripts to **Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público**, the authors accept and undertake to comply with the conditions of publication without the need to sign an additional transfer agreement with the **Publisher (University of Deusto)**. In doing so, they guarantee that their work is unpublished in any form, original, and does not breach the Journal's Ethical Guidelines

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
http://www.revista-estudios.deusto.es/

derechos de terceros, y que no se han otorgado ni se otorgarán licencias que resulten incompatibles con los derechos concedidos a la Editorial.

Los/las autores/as asumen la responsabilidad total y exclusiva sobre el contenido de su estudio y declaran formalmente no tener conflictos de interés que afecten la integridad de la investigación.

2. Derechos de la Editorial

Al enviar el manuscrito, los/las autores/as aceptan su publicación bajo la licencia **Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0**. En consecuencia, conceden a la Editorial el **derecho exclusivo, gratuito y universal para la primera publicación**, edición, maquetación y explotación de la obra. Esta concesión autoriza a la Editorial a distribuir, sublicenciar e indexar el trabajo en cualquier formato, medio, base de datos o repositorio institucional, con fines de promoción y difusión científica.

3. Derechos de autores/as

Los/las autores/as **conservan la propiedad intelectual de su obra y retienen el derecho a distribuir y utilizar su trabajo** para fines docentes, investigación futura o archivo personal, siempre que se cite la publicación original en la Revista. Se les permite además la publicación posterior en otros medios, siempre que se incluya una nota a pie de página con la referencia completa de la Revista (incluyendo el DOI, si está disponible) y no se sugiera el respaldo explícito de la Revista y/o Editorial.

4. Acceso abierto

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto; lo que significa que es de libre y total acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de su contenido. No obstante, de acuerdo con la licencia arriba mencionada, se debe citar siempre a los/las autores/as de los artículos. Tanto su uso comercial como cualquier modificación que se pretenda distribuir requerirán el permiso expreso previo por escrito de quien sea titular de los derechos.

or the rights of third parties, and that no licences have been or will be granted that are incompatible with the rights granted to the Publisher.

The authors assume full and exclusive responsibility for the content of the study and formally declare that they have no conflicts of interest that affect the integrity of the research.

2. Publisher's Rights

By submitting the manuscript, the authors agree to its publication under the **Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0** licence. Consequently, they grant the Publisher the **exclusive, royalty-free and worldwide right of first publication**, editing, layout and exploitation of the article. This grant authorises the Publisher to distribute, sub-license and index the work in any format, medium, database or institutional repository, for the purposes of promotion and scientific dissemination.

3. Copyright

The authors **retain the intellectual property rights to their article and retain the right to distribute and use their work** for teaching purposes, future research or personal archiving, provided that the original publication in the Journal is cited. They are also permitted to republish in other media, provided that a (foot)note is included with the full reference to the Journal (including the DOI, where available) and no explicit endorsement of the Journal and/or Publisher is implied.

4. Open Access

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an open-access journal; this means that it is freely and fully accessible in its entirety immediately upon publication of its content. However, in accordance with the licence mentioned above, the authors of the articles must always be properly cited; and both commercial use and any modification intended for distribution will require the express prior written permission of the rights holder.

ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN CONTEXTOS DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA: *LEGAL JUDGMENT RULE* Y RIESGO PERMITIDO[1]

Disloyal management in contexts of legal uncertainty: legal judgment rule and permitted risk

Ivó Coca Vila[2]
Profesor agregado de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. España
https://orcid.org/0000-0002-2507-7974

https://doi.org/10.18543/ed.3749

Fecha de recepción: 16.06.2026
Fecha de aceptación: 03.09.2026
Fecha de publicación anticipada en línea: noviembre 2026

Resumen

Los administradores sociales toman decisiones en contextos de incertidumbre jurídica. Aunque la duda sobre la licitud no excluya la responsabilidad *ad extra* por el ilícito cometido, un amplio sector de la doctrina mercantil asume que tales decisiones, aun cuando puedan resultar lesivas para la sociedad, no generan responsabilidad *ad intra* del administrador, ya sea por aplicación de la *business judgment* rule o en virtud del reconocimiento supralegal de la así llamada *legal judgment rule*. Este trabajo defiende que este segundo instituto contribuye a delimitar el riesgo permitido en el delito de administración desleal. Una decisión adoptada *ex ante* conforme a una valoración razonable del interés social en una situación de incertidumbre jurídica

[1] Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto PID2023-147308NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Agradezco a Ricardo Robles y Leopoldo Puente sus valiosas observaciones y comentarios críticos a una primera versión del trabajo.

[2] Email: ivo.coca@upf.edu

insuperable no infringe el deber cuyo quebrantamiento vertebra el injusto penal, aun cuando posteriormente sea declarada ilícita y la imposición de una sanción genere un perjuicio a la sociedad.

Palabras clave

Administración desleal, *business judgment rule*, *legal judgment rule*, deber de legalidad, incertidumbre jurídica.

Abstract

Corporate directors routinely make decisions in contexts of legal uncertainty. Although uncertainty as to legality does not exclude external liability for the unlawful act committed, a substantial part of corporate law scholarship holds that such decisions —despite potentially proving detrimental to the company in hindsight— should not necessarily give rise to internal liability for the director, either under the business judgment rule or through the judicial recognition of the so-called legal judgment rule. This paper argues that the latter doctrine should be used to delineate the scope of permissible risk in the criminal offence of disloyal management (breach-of-trust). A decision taken ex ante on the basis of a reasonable assessment of the company's interests in a situation of insurmountable legal uncertainty does not violate the fiduciary duty whose breach constitutes the offence, even if the decision is subsequently deemed unlawful and the resulting sanction causes harm to the company.

Keywords

Disloyal management, business judgment rule, legal judgment rule, duty of legality, legal uncertainty.

Sumario: I. Introducción. II. Administración desleal a través de la comisión de hechos ilícitos. III. *Legal judgment rule* como límite a la responsabilidad civil del administrador. IV. *Legal judgment rule* y riesgo permitido en la administración desleal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de responsabilidad mercantil de los administradores sociales se erige sobre dos obligaciones fiduciarias basales (Paz-Ares Rodríguez 2003): el deber de lealtad (art. 227 LSC), que prohíbe al administrador la desviación de valor de la esfera social a la individual; y el deber de diligencia (art. 225 LSC), en cuya virtud el administrador viene obligado a maximizar la producción de valor social, evitando incurrir en actos de gestión indebida. El cumplimiento de este deber general de diligencia presupone la observancia de una serie de obligaciones específicas, entre las que destacan, además del deber de informarse (Alfaro Águila-Real 2015a, 322), el deber (especial) de legalidad, entendido este como la obligación de gestionar el patrimonio social cumpliendo (dimensión personal) y velando por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la sociedad y sus integrantes (dimensión organizativa) (Alfaro Águila-Real 2015b, 344). Del deber especial de legalidad debe distinguirse el deber general de legalidad, entendido como aquel que obliga al administrador, en el ejercicio de su mandato, a cumplir la ley y el ordenamiento jurídico con independencia de la naturaleza —penal, fiscal, laboral, etc.— de la norma vinculante. Aunque ambos deberes persiguen una misma finalidad, difieren en su proyección: mientras que el segundo se configura como un deber *ad extra*, esto es, frente a la colectividad y orientado a la protección del interés tutelado por la norma correspondiente, el primero se concibe como un deber *ad intra*, esto es, frente a la sociedad, dirigido a la realización del interés social (Paz-Ares Rodríguez 2023, 2364).

Este deber (especial) de legalidad, pues, se configura como una obligación *inter partes*, es decir, frente a la sociedad y a los socios. En cuanto manifestación del deber de diligencia, se orienta a la mejor consecución del interés social (Navarro Frías 2019a; Alfaro Águila-Real 2015a, 320; 2015b, 346; Fleischer 2005). Y ello, en contra de la fundada opinión de Paz-Ares Rodríguez (2023),[3] resulta razonable: en la medida en que las infracciones

[3] En su opinión, no existiría un deber de legalidad frente a la sociedad y sus accionistas, sino solo frente al Estado, la colectividad y los terceros. Un deber de legalidad especial sería innecesario, pues las infracciones eficientes del Derecho se producen en interés de la sociedad, mientras que las ineficientes constituyen una infracción directa del deber

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

del ordenamiento jurídico (administrativo, civil, penal…) cometidas por el administrador en el ejercicio de sus funciones traen aparejadas consecuencias lesivas para el patrimonio de la sociedad, difícilmente puede ser diligente una administración basada en hechos ilícitos. O en la formulación de la Sala 1ª del TS: "el cumplimiento de normas jurídicas forma parte, a su vez, del deber de diligencia, puesto que el mismo incluye el deber de 'cumplir los deberes impuestos por las leyes […] con la diligencia de un ordenado empresario'".[4] Este deber de legalidad especial se entiende, como mínimo en nuestro entorno, en un sentido fuerte. También serían contrarias al deber de diligencia, por lesivas del deber de legalidad, las así llamadas infracciones eficientes del Derecho (Navarro Frías 2025, 7 ss.; 2019a; Alfaro Águila-Real 2015b, 348; de otra opinión, Paz-Ares Rodríguez 2023, 2370 ss.; Easterbrook y Fischel 1982, 1155 ss.).

El reconocimiento de un deber de legalidad *ad intra* permite distinguir con claridad dos dimensiones de injusto. Cuando el administrador incurre, por ejemplo, en una infracción tributaria en el ejercicio de sus funciones, comete un hecho ilícito *ad extra* que habrá de ser sancionado por la autoridad fiscal competente. La sanción puede recaer sobre la sociedad, sobre el administrador o sobre ambos. Al mismo tiempo, al infringir la normativa tributaria exponiendo a la sociedad al riesgo de sanción, el administrador está conculcando su deber interno o especial de legalidad, lo que supone *ad intra* una infracción del deber fiduciario de diligencia (art. 225 LSC). Esta segunda dimensión de injusto es la que, según una amplia posición doctrinal no exenta de controversia (Paz-Ares Rodríguez 2023, 2381 ss.), abre la puerta a que los socios puedan reclamar a su administrador, a través de una acción de responsabilidad social (art. 236 LSC), el resarcimiento del daño irrogado a la sociedad (en nuestro ejemplo, la sanción tributaria impuesta y el eventual daño reputacional).

Ahora bien, la responsabilidad del administrador puede no limitarse a la civil. En el marco de sistemas jurídicos como el español en el que el delito de administración desleal (art. 252 CP) reprime actos de gestión lesivos no necesariamente apropiatorios ("administración desleal altruista"), el comportamiento ilícito *ad extra* del administrador puede constituir paralelamente una infracción típica del deber que vertebra el injusto penal.[5] Con un ejem-

de diligencia. Una réplica al planteamiento de Paz-Ares Rodríguez en: Navarro Frías (2025, 5 ss).

[4] STS (1ª) 443/2023, de 31 de marzo, ponente Vela Torres [ECLI:ES:TS:2023:1290], FJ 19.º.

[5] En este sentido, *vid*. p.ej., Bacigalupo Zapater (2009, 6); Pastor Muñoz y Coca Vila (2015); Zúñiga Rodríguez (2021, 220 ss.); o Nieto Martín (2024, 340 ss). Esta misma conclusión es ampliamente defendida en la doctrina alemana. Sin ánimo de exhaustividad:

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

plo: el administrador que, en el ejercicio de sus funciones, paga sobornos con el fin de conseguir ventajas competitivas para su sociedad, no solo infringe su deber mercantil de diligencia, sino que lesiona al mismo tiempo el deber de custodia patrimonial cuya infracción dolosa — e idónea para irrogar un perjuicio a la sociedad — es constitutiva de administración desleal.

No parece discutible, pues, que la posición de administrador social está sujeta a un riesgo no despreciable de responsabilidad civil y penal por los daños ocasionados a su sociedad. En aras de evitar una ineficiente administración conservadora derivada de tales riesgos, es frecuente el reconocimiento legislativo o jurisprudencial de la *business judgment rule* (o regla de la discrecionalidad empresarial). De acuerdo con el art. 226 LSC, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia del administrador se entiende cumplido cuando aquel 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 *business judgment rule* genera un "puerto seguro" a quien sabe que su decisión empresarial discrecional, presupuesto el respeto al deber de lealtad (art. 227 LSC), no podrá ser revisada judicialmente y declarada *ex post* contraria al deber de diligencia (Ribas Ferrer 2024, 12 ss.; Alfaro Águila-Real 2015b, 325 ss.; o Ebke 2026, 288 ss.). Desde la perspectiva penal, esta institución mercantil sirve asimismo para limitar el alcance típico del delito de administración desleal (art. 252 CP), en particular, ante negocios de riesgo (Bacigalupo Zapater 2019, Coca Vila 2019, 824 ss.; o Ritz 2020, Parte 3).

Sin embargo, los administradores societarios no solo se enfrentan a la duda acerca de qué acto de gestión satisface en mejor medida el interés social. La doctrina mercantilista viene desde hace tiempo poniendo de manifiesto que aquellos también deben —cada vez con mayor frecuencia— adoptar decisiones en contextos de incertidumbre jurídica (Fleischer 2010, 187 ss.; Gerhard 2016, 254 ss.; Navarro Frías 2019a, 36 ss.; 2019b, 1141 ss., Kurer 2015). En sectores hiperregulados, en donde abundan preceptos jurídicos indeterminados, caracterizados por elementos normativos de alto grado de abstracción, y no siempre compatibles entre sí, no es infrecuente que el administrador albergue serias dudas sobre la legalidad del acto de gestión

Burger (2007); Perron (2025, nm. 45b); Saliger (2024, nm. 96 ff.); Schramm (2020, nm. 140); Matt (2020, nm. 134); Biermaier (2025, 334 s.); Albrecht (2017, 146); Solka y Altenburg (2016, 216). En la jurisprudencia alemana, entre otras, *vid*. BGH MDR/H 79, p. 988; OLG Hamm NJW 1982, p. 190; OLG Hamm wistra 1999, p. 350; LG Bonn NJW 2001, p. 1736; o BGH, Urt. v. 18.10.2006, 2 StR 499/05. En la española, *vid*. p.ej., la STS (2ª) 316/2018, de 28 de junio, ponente Magro Servet [ECLI:ES:TS:2018:2498]; o la SAP-Madrid 488/2022, de 30 de setiembre, ponente Rebollo Hidalgo [ECLI:ES:APM:2022:14658].

proyectado.[6] La incertidumbre jurídica es especialmente patente cuando la legalidad de una decisión depende de una compleja integración de normativa legal, reglamentaria y autorregulación sectorial, nacional o internacional; o cuando el legislador derechamente opta por delegar la concreción de la norma a su destinatario, obligándolo, por ejemplo, a realizar un juicio sobre una eventual auto-exención *ad hoc*.[7] Como tampoco es infrecuente que la búsqueda de competentes e independientes asesores jurídicos en cumplimiento del preceptivo deber instrumental de información (art. 225.3 LSC), sean internos o externos, no permita superar el estado de incertidumbre jurídica que encierra la decisión empresarial (Hawes y Sherrad 1976, 22 s.; Robles Planas 2008). Piénsese en contextos en los que la normativa aplicable es de nuevo cuño, no existen decisiones jurisprudenciales al respecto, las que existen son abiertamente contradictorias o, existiendo ya una línea jurisprudencial, concurren indicios favorables a un próximo cambio de doctrina jurisprudencial. El administrador societario dudará entonces sobre la legalidad de su decisión, no por un déficit (cuantitativo o cualitativo) de información, sino por un déficit en la propia regulación. En puridad, como señala Silva Sánchez (2022, 57) en estos supuestos "no es que haya error de prohibición, sino que (todavía) no se ha concretado una parte del contenido de la norma que el ciudadano tiene que conocer".

Las dudas sobre la licitud de un acto pueden no ser solo imputables a las deficiencias legislativas. En ocasiones será más bien la incertidumbre causal respecto del resultado de innovaciones en el ámbito tecnológico, químico, médico o farmacéutico la que determine las dudas sobre la legalidad de la decisión. En otras será sencillamente la presión temporal propia del mundo de los negocios la que obligará al administrador a tomar una decisión antes de contar con un estudio pausado y reflexivo de su legalidad. Y adviértase que rechazar todo negocio cuando sea imposible informarse sobre su juridicidad en condiciones ideales tampoco libera necesariamente al administrador del riesgo de responsabilidad: la no adopción de un negocio (especialmente lucrativo) puede ser igualmente contraria al deber de diligencia, en tanto que suponga dar cumplimiento al deber de menor rango ante una situación de colisión de deberes (Spindler 2023, nm. 108 ss.; Felip i Saborit 2000, 137).

[6] Aunque de ahora en adelante me centro en la indeterminación jurídica respecto del deber personal de legalidad, huelga decir que aquella afecta tanto o más al cumplimiento del deber de legalidad organizativo. La pregunta es entonces si el programa de cumplimiento implantado en la empresa satisface los requisitos legales del art. 31 bis 2.1ª CP.

[7] Como botón de muestra: el art. 17.4 del Reglamento europeo sobre abuso de mercado (596/2014, de 16 de abril de 2014) establece que el emisor podrá retrasar la difusión de la información privilegiada siempre que "la difusión inmediata pueda perjudicar los intereses legítimos del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión". Sobre este fenómeno, con ulteriores ejemplos: Buck-Heeb (2013, 2247).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

La decisión del administrador, por ejemplo, de invertir en un negocio imaginativo bajo la espada de Damocles del delito de insolvencias punibles del art. 259.5.a CP, que sanciona la participación en "negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica", en puridad, no es una decisión discrecional, en el sentido del art. 226 LSC (*business judgment rule*). Cumplir el Derecho (público) es siempre obligatorio.[8] La regla de la discrecionalidad empresarial se consagró legalmente para generar espacios de certidumbre ante decisiones de negocio de resultado incierto, no ante decisiones de negocio de incierta legalidad. En este segundo escenario, pues, no concurrirían las razones materiales que legitiman el "puerto seguro" de la *business judgment rule* (Stratmann 2023, 158; Koch 2018, 418): ni hay razón para incentivar decisiones de incierta licitud, ni para privar a los jueces de la potestad de valorar la legalidad de una decisión. Estos estarían capacitados para decidir si un acto de gestión respeta o no el Derecho, y no padecerían de un sesgo retrospectivo que pudiera afectar dicha valoración.

Y lo cierto es que, allí donde el tribunal llamado a valorar el acto de gestión concluya su ilicitud, difícilmente el administrador podrá liberarse de responsabilidad, incluida la penal, con base en argumentos de naturaleza subjetiva. El administrador que es consciente de la posibilidad de que su acto de gestión sea constitutivo de una infracción de Derecho público actúa dolosamente (o desde la perspectiva mercantil, de manera negligente), por mucho que pudiera confiar en que la valoración jurídica de su acto fuera finalmente la opuesta. Su hecho antijurídico, además, será por lo general culpable, pues, jurisprudencia y doctrina mayoritarias califican los supuestos de duda del agente sobre la legalidad de su comportamiento, incluso la irresoluble, como casos de conocimiento eventual de la antijuridicidad (en la doctrina mercantil: Navarro Frías 2019a, 39; Buck-Heeb 2013, 2247; en la penal: Puente Rodríguez 2024, 82 ss.; Silva Sánchez 2025, 25/52).

Así las cosas, el administrador que, ante un escenario de incertidumbre legal insuperable, opta por acoger, por ejemplo, un sistema de tributación que, finalmente, es considerado delictivo, siendo que la sociedad sufre un daño patrimonial como consecuencia de la pena impuesta, queda en principio sujeto a una doble dimensión de responsabilidad: en la externa, responde por el delito fiscal; en la interna, queda expuesto a una eventual acción social de responsabilidad por el daño irrogado a la sociedad y, eventualmente, a una querella por administración desleal.[9]

[8] En este sentido, STS (1ª) 443/2023, de 31 de marzo, ponente Vela Torres [ECLI:ES:TS:2023:1290], FJ 18.º: un acto omisivo ilícito no constituye una decisión estratégica y de negocio en el sentido del art. 226 LSC.

[9] La incertidumbre jurídica afecta asimismo a la toma de decisiones que afectan únicamente al patrimonio social (dimensión interna), piénsese, p.ej., en la fijación de

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Con independencia de los efectos sistémicos que un régimen de responsabilidad como este pueda tener sobre el gobierno corporativo de las sociedades de capital, es incuestionable que se trata de un sistema de responsabilidad severo. No es de extrañar que sean mayoría los mercantilistas que, aun asumiendo la existencia de un deber de legalidad especial, aboguen por limitar el derecho de los socios a exigir a su administrador el reembolso de las multas impuestas a la sociedad por la adopción de un acto de gestión potencialmente beneficioso (Sagan 2025, 1222 ss.; Navarro Frías 2019a, 36 ss.). Ello se lograría a través del reconocimiento de la así llamada *legal judgment rule*, que habría de operar como un "puerto seguro" ante ciertas decisiones de gestión adoptadas en contextos de incertidumbre jurídica. Y aunque el sistema de responsabilidad penal pueda cumplir una función parcialmente distinta al mercantil, tampoco parece cuestionable que resulta desproporcionado castigar por administración desleal al administrador que irroga un daño a la sociedad a través de un hecho —de legalidad incierta — que podía razonablemente beneficiar a la sociedad (Lindemann 2023, 320).

El objetivo del presente trabajo es mostrar cómo la *legal judgment rule* representa una herramienta útil para restringir el alcance del tipo objetivo del delito de administración desleal. Dado que su importación a la dogmática de la administración desleal solo tiene sentido si es posible cometer este delito mediante la realización de un hecho ilícito, el siguiente apartado (II) se dedica a refutar los argumentos de quienes niegan esta posibilidad *in toto*. Acto seguido, en el tercer apartado (III), se presenta sucintamente el debate mercantil sobre la conveniencia de reconocer la *legal judgment rule* como límite a la responsabilidad *ad intra* del administrador. Será en el cuarto apartado (IV) donde se aborde cómo y en qué medida esta figura ha de servir para delimitar el riesgo permitido en el delito de administración desleal. Este trabajo finaliza con un último apartado (V) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

II. ADMINISTRACIÓN DESLEAL A TRAVÉS DE LA COMISIÓN DE HECHOS ILÍCITOS

Una posible forma de evitar excesos punitivos en contextos de incertidumbre jurídica consiste en negar la premisa de partida, esto es, rechazar que sea posible cometer un delito de administración desleal por medio de la

retribuciones de los administradores a partir de lo establecido en el art. 217.4 LSC. Las consecuencias de esta indeterminación no son objeto de este trabajo. En la doctrina mercantil, *vid.* Navarro Frías (2019b, 1141 ss.); en la penal, Kudlich, Scheuch y Thüsing (2023, 612 s.).

infracción de normativa pública.[10] Tres son los principales argumentos presentados en favor de esta restricción del alcance del tipo penal.

En primer lugar, es común afirmar que el administrador que comete un ilícito *ad extra* (penal, administrativo, etc.) no infringe el deber específico de velar por los intereses patrimoniales propio del tipo de administración desleal, sino solamente el que surge de la norma que prohíbe cometer ese ilícito público (Kubiciel 2005, 360). El deber derivado de esta última norma, así reza el argumento, no ha sido instituido por el ordenamiento jurídico para proteger el patrimonio administrado, sino para proteger intereses extraños al contrato social, por lo que su infracción no daría lugar a un injusto penal. Es decir, quedaría fuera del ámbito de protección de la norma sancionada en el art. 252 CP. Solo así se lograría evitar que el delito de administración desleal acabara convirtiéndose en una suerte de "delito universal" que concurriría necesariamente junto con todo ilícito que genera consecuencias jurídicas perjudiciales para el patrimonio administrado.

Este planteamiento pasa por alto, por un lado, que el delito de administración desleal no se limita a castigar la infracción de un deber extrapenal, sino que se fundamenta sobre la infracción de un deber de custodia patrimonial específico. Por otro lado, y esto es aquí lo primordial, aquel es incapaz de distinguir las dos dimensiones de injusto que presentan los casos aquí en discusión: cuando el administrador, en el ejercicio de sus funciones, infringe una norma de protección de la competencia, sometiendo a un riesgo de sanción a la empresa, no solo lesiona un deber *ad extra*, sino que al mismo tiempo infringe un segundo deber, *ad intra*, tendente a proteger el patrimonio de la sociedad. Un mismo hecho, como sucede en cualquier concurso ideal (heterogéneo) de delitos, lesiona dos deberes o intereses distintos. Es la infracción de este segundo y, por extensión, del deber de diligencia mercantil la que respalda a su vez la quiebra del deber de velar por el patrimonio administrado que sanciona el delito de administración desleal. Es decir, no se recurre a una norma protectora de la competencia para proteger el patrimonio social. Es la infracción del deber de velar por el patrimonio administrado la que determina la tipicidad del hecho *ex* art. 252 CP.

[10] En este lugar pueden quedar a un lado aquellas tesis que, aun no negando la mayor, entienden que la tipicidad *qua* administración desleal depende de la probabilidad de detección y sanción del hecho ilícito *ad extra*. En este sentido, p.ej., Schünemann (2025, nm. 247). En los supuestos aquí en discusión, lo anterior supone que solo incurriría en administración desleal aquel administrador que, dudando sobre la calificación jurídica del negocio, lo lleva a cabo asumiendo un riesgo (calculado en atención a la probabilidad de detección del ilícito, la valoración judicial contraria a los intereses de la sociedad y su sanción) superior al beneficio esperado en caso de no detección de ilícito o valoración judicial positiva

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

En segundo lugar, se ha negado la tipicidad con base en el argumento de la falta de inmediatez del daño, importado aquí de la dogmática de la estafa (Hoyer 2019, nm. 107; Gómez Benítez 2000, 4 ss.). El administrador que comete un ilícito genera ciertamente un riesgo de menoscabo del patrimonio administrado, pero el resultado de lesión no sería imputable a la conducta de aquel, pues su realización depende de la actuación autorresponsable de un tercero. En pocas palabras, la infracción del administrador no sería idónea para irrogar un perjuicio patrimonial y, por ende, sería atípica *qua* delito de administración desleal.

Este argumento tampoco resulta concluyente. Por un lado, desde una perspectiva iuspositivista, lo cierto es que el art. 252 CP no exige una inmediatez ni temporal ni normativa entre la infracción del deber y la producción del daño patrimonial.[11] Por otro lado, no existen razones materiales convincentes para interpretar restrictivamente el tipo en aras de excluir de su ámbito todos aquellos menoscabos que su administrador irroga a través de la intervención de un tercero, en especial, cuando este actúe por imperativo legal (Zink 2025, 249 ss.; Saliger 2024, nm. 96 ff.). El delito de administración desleal es un delito de puro menoscabo patrimonial, siendo a ojos del socio irrelevante que el daño que sufre la sociedad sea reconducible a un acto apropiatorio o a la sanción impuesta por una administración pública. Como señala acertadamente Perron (2025, nm. 37, 45b, traducción ICV), "no es necesario que exista una relación interna directa entre la conducta perjudicial y el patrimonio del principal […]; basta, más bien, con que el autor actúe dentro del ámbito de competencias que fundamenta su deber de velar por el patrimonio y que, sin motivo legítimo, ponga de forma consciente al principal en peligro".

Finalmente, en tercer lugar, ha sido frecuente en doctrina y jurisprudencia alemanas excluir los supuestos aquí relevantes (y en general, los negocios de riesgo) del ámbito típico de la administración desleal con base en argumentos de corte subjetivo (Wittig 2025, nm. 73, 73.1). En particular, se ha exigido un dolo cualificado ante actos de administración no apropiatorios ("administración desleal altruista"): solo sería típica la adopción de un negocio cuando el administrador, además de conocer y conformarse con el riesgo de lesión, desea o se conforma con la efectiva producción de un resultado lesivo. De este modo, los actos de gestión adoptados en la esperanza de beneficiar a la sociedad, incluso los basados en confianzas irracionales, nunca serían típicos. En los supuestos en los que el administrador duda sobre la calificación jurídica del acto de gestión el argumento todavía pareciera cobrar más fuerza,

[11] Acertadamente, *vid.* la SAP-Madrid 488/2022, de 30 de setiembre, ponente Rebollo Hidalgo [ECLI:ES:APM:2022:14658], FJ 3.°, en la que se condena al administrador que a través de irregularidades tributarias da pie a que la AEAT embargue el único activo de la sociedad administrada.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

pues difícilmente puede conformarse con el resultado de lesión quien estima posible la legalidad de su acto de gestión.

Sin embargo, como reconoce mayoritariamente la doctrina especializada, resulta inaceptable restringir el ámbito típico exigiendo *contra legem* requisitos subjetivos adicionales, convirtiendo la administración desleal en una suerte de delito de tendencia interna trascendente (Schünemann 2025, nm. 257 ss.). La administración desleal, tal y como está regulada en el art. 252 CP, es un delito de puro menoscabo patrimonial, cuya consumación no presupone ni ánimo de enriquecimiento, ni un posicionamiento subjetivo especial respecto del resultado. Algo distinto sucede, en cambio, con el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP), en donde el tipo básico expresamente demanda "ánimo de lucro". Introducir elementos subjetivos adicionales que no se encuentran en el tipo de la administración desleal para dar relevancia a la "falta de intención" de perjudicar al patrimonio es incompatible con la voluntad del legislador español (o alemán), amén de carecer de una justificación material convincente. ¿Por qué habrían de quedar desprotegidos los socios frente al administrador que, en una absurda o infundada esperanza de beneficiar a la sociedad, adopta un negocio a todas luces irracional que supone finalmente un daño patrimonial relevante para la sociedad?

III. *LEGAL JUDGMENT RULE* COMO LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR

De acuerdo con doctrina y jurisprudencia mayoritarias, las dudas sobre el carácter antijurídico que pueda albergar el administrador no excluyen la posibilidad de imputar subjetivamente el ilícito al administrador (o a la sociedad). Ahora bien, ¿debe además el administrador responder frente a los socios por el daño derivado de la multa impuesta a la sociedad?[12] O mejor, ¿cabe disociar las dos dimensiones de responsabilidad (la externa y la interna) para negar la obligación de resarcimiento del administrador que ha irrogado un daño a la sociedad a través de la multa que sanciona su ilícito?

Un sector de la doctrina mercantil responde a esta segunda pregunta negativamente, pues el administrador estaría obligado por un deber de legalidad,

[12] A un lado queda en lo que sigue la tesis (minoritaria) que niega la responsabilidad *ad intra* del administrador al negar la existencia del deber especial de legalidad. Cfr. Paz-Ares Rodríguez (2023, 2390 ss.). Tampoco son objeto de análisis los intentos por descargar de responsabilidad al administrador a través de una interpretación generosa de la noción de error de Derecho disculpante. Esta es la vía explorada en Alemania por los críticos con la noción de la *legal judgment rule*, pues allí no se cuestiona la existencia de un deber especial de legalidad. En esta línea: Buck-Heeb (2013, 2257); Verse (2017, 184 ss., 188); o Koch (2018, 431 ss.).

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

cuya infracción, o bien no es imputable por actuar el administrador en una situación de error insuperable, o bien genera responsabilidad *ad intra* por el daño ocasionado a la sociedad (Müller 2014, 1306). *Tertium non datur*. La mayoría de la doctrina mercantil, en cambio, aboga por disociar ambas dimensiones de responsabilidad y negar la acción social contra el administrador aun cuando la sociedad haya de responder *ad extra* por el hecho ilícito cometido en su nombre. El estándar de revisión del deber de diligencia fiduciario, en suma, debería ser menos estricto y, por tanto, distinto al del error en el ámbito externo. Mientras que la incertidumbre legal no podría justificar una relativización de la protección jurídica del interés externo, aquella sí habría de ser relevante a la hora de valorar si el acto de gestión es o no diligente para con la sociedad (Bingel y Link 2024, 179).

Hasta donde alcanzo, la doctrina partidaria de reconocer un "puerto seguro" al administrador ante decisiones en situación de incertidumbre jurídica coincide en el fundamento del tratamiento privilegiado, aunque disiente tanto en el alcance del privilegio, como en el modo en el que articularlo de *lege lata*.

En efecto, el fundamento de la exención de responsabilidad del administrador en la dimensión interna se advierte en la necesidad de distribuir de manera adecuada los riesgos inherentes a una decisión tomada en interés de la sociedad en un contexto de incertidumbre jurídica. Dado que la decisión, en caso de no ser cuestionada o ser avalada judicialmente, habría de beneficiar principalmente a la sociedad, siendo que los administradores solo participarían de los beneficios de su decisión de forma marginal, parece equitativo (*fair*) que sea también la sociedad la que asuma —hasta cierto punto— el riesgo de una valoración jurídica contraria a sus intereses (Navarro Frías 2019a, 36 ss., 60; 2023, epígrafe 5). En Alemania, Ritter (2024, nm. 99) advierte el fundamento del "puerto seguro" en las libertades constitucionales de ejercicio profesional (art. 12 GG) y de empresa (arts. 14 y 15 GG). Asimismo, es común aludir a argumentos de naturaleza institucional, similares a los que sustentan la *business judgment rule* (Gerhard 2016, 255): un sistema de responsabilidad que carga al administrador con el riesgo de responsabilidad en la dimensión externa e interna incentiva una gestión conservadora, lo que en última instancia determina una gestión ineficiente y costosa. La presión sobre el administrador deriva en mayores demandas retributivas, en un aumento de las primas de los seguros D&O y en un incremento de los costes de asesoría ("murallas de papel"), todo ello, a cargo de la sociedad (Coca Vila y Pantaleón Díaz 2021, 115 ss.).

La decisión sobre cómo limitar de *lege lata* la responsabilidad del administrador en la esfera interna está íntimamente ligada a la discusión sobre las condiciones materiales que la fundamentarían. A los efectos de este trabajo puede quedar a un lado si en el Derecho español es posible aplicar directamente (o a través de un razonamiento analógico) la regulación de la *business judgment rule* (art. 226 LSC) a todos o, como mínimo, a una parte de los

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

supuestos en los que el administrador duda sobre la valoración jurídica del acto de gestión (Navarro Frías 2019a, 25 ss.; Willen 2021, 75 ss., 84 ss.). La posibilidad de recurrir derechamente a la regla de la *business judgment rule* se defiende especialmente en aquellos casos en los que la normativa legal otorga un espacio de discreción al obligado para la determinación del comportamiento debido (Navarro Frías 2019a, 25 s.; Alfaro Águila-Real 2015b, 346 ss.; Sagan 2025, 1229 ss.), así como cuando la incertidumbre jurídica y la puramente empresarial aparecen como indisociablemente unidas (Gerhard 2016, 259, 266). Entre quienes entienden que no es posible dar resguardo a la incertidumbre legal en la *business judgment rule*, ya sea por razones de estricta legalidad, ya sea porque entienden disímil el fundamento del privilegio en uno y otro caso, hay quienes abogan por un desarrollo *praeter legem* del Derecho a fin de limitar la responsabilidad del administrador frente a la sociedad a través del reconocimiento supralegal de la *legal judgment rule* (Willen 2021, 80 ss.; Navarro Frías 2019a, 24 ss.; 2025, 12 ss.).

¿Cuándo procedería limitar la responsabilidad *ad intra* del administrador? Dos son los presupuestos básicos. El primero, el menos problemático, es la constatación de una situación de incertidumbre jurídica insuperable. La insuperabilidad queda determinada de manera procedimental. Lo relevante es constatar que el administrador, una vez cumplido de manera diligente con su deber de información, en concreto, una vez examinados críticamente los informes de asesoría jurídica exigibles,[13] no está en disposición de excluir razonablemente el carácter ilícito del acto de gestión planeado. O formulado positivamente: el administrador adopta una decisión dudando sobre su legalidad, una vez cumplido diligentemente su deber de información.[14]

El segundo, este sí objeto de mayor controversia, guarda relación con la constatación de una determinada relación entre los beneficios y el daño esperable en atención a la valoración judicial de la decisión (*Chancen-Risiko-Abwägung*). Para un sector doctrinal (Müller 2014, 1306), minoritario, el

[13] En la doctrina alemana (Spindler 2023, nm. 93 ss.; Berger 2015) es común recurrir a los criterios marcados por el BGH en su sentencia de 20 de setiembre de 2011 (ISION) para definir cómo habría de informarse (diligentemente) el administrador. El BGH procedimentaliza la admisión del error (invencible) condicionándolo al seguimiento del consejo de un asesor (1) autónomo; (2) competente; (3) debidamente informado por el propio administrador; (4) y cuyo informe es objeto de un juicio de plausibilidad por parte del administrador.

[14] Esta misma lógica procedimental subyace al art. 179.2 LGT: Las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria en los siguientes supuestos: […] d) Cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma […].

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

administrador estaría obligado a adoptar el curso de acción más seguro en lo que a su legalidad se refiere, debiendo abstenerse de ejecutar el negocio si subsiste una mínima duda (teoría del riesgo). Este planteamiento es mayoritariamente descartado, pues supone una restricción de la libertad de gestión inasumible, obligando al administrador a operar como un quasi-funcionario que relega al ostracismo el interés social en la toma de decisiones. La doctrina mayoritaria reconoce por el contrario un espacio de juego incluso ante la duda, si bien difiere a la hora de concretar la relación que habría de mediar entre el riesgo de ilicitud y el beneficio o daño esperables.

Así, por ejemplo, Langenbucher (2014, 344; 2013, 22) aboga por exigir al administrador que, presupuesto el interés social, adopte el curso de acción avalado por la mejor interpretación jurídica objetivamente contemplada (teoría de la optimización). Esto significa, por ejemplo, que no debería ejecutar un negocio considerado por un asesor como conforme a Derecho si existen mejores argumentos en favor de su ilicitud. Para Hasselbach y Ebbinghaus (2014, 879), en cambio, el administrador quedaría liberado de responsabilidad siempre y cuando adoptara la decisión respaldada por la opinión jurídica que tiene una mayor probabilidad de ser aceptada por los tribunales (teoría de la probabilidad). Posiblemente sea mayoritaria la tesis que aboga por liberar de responsabilidad al administrador que sigue una opinión jurídica defendible (Spindler 2023, nm. 102; Alfaro Águila-Real 2015b, 347), aun cuando también lo fuera el carácter ilícito de la decisión, siempre y cuando adopte el acto de gestión más conveniente para la sociedad (teoría de la plausibilidad). Por último, hay quienes como Fleischer (2010, 199) condicionan la legitimidad de la decisión del administrador al resultado de un juicio de ponderación en el que habría de estarse a la probabilidad de que la decisión fuera legal, el perjuicio en caso de renunciar a la decisión en cuestión y, por último, a las consecuencias para la sociedad del acto de gestión en caso de ser declarado ilegal (teoría de la ponderación).

Con independencia de cuál de las distintas teorías acabadas de referir se prefiera, la doctrina mercantil coincide ampliamente en que aquellas decisiones potencialmente beneficiosas para la sociedad que son adoptadas en una situación de incertidumbre legal insuperable no habrían de generar responsabilidad del administrador frente a la sociedad. La *legal judgment rule* limitaría la responsabilidad *ad intra*, en tanto que la conducta del administrador no sería contraria al deber de diligencia.

IV. *LEGAL JUDGMENT RULE* Y RIESGO PERMITIDO EN LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Les asiste la razón a quienes afirman que resulta improcedente admitir siempre y en todo caso un delito del art. 252 CP cuando el administrador

incurre en un ilícito *ad extra*. Sin embargo, como se ha mostrado, esto no significa que no quepa incurrir en el delito del art. 252 CP a través de la infracción de normativa pública. La pregunta clave es, pues, cuándo un hecho ilícito *ad extr*a supone al mismo tiempo una infracción *ad intra* penalmente típica *ex* art. 252 CP (Lindemann 2023, 320; 2024, nm. 219 ss.).

En el marco de una comprensión del injusto de la administración desleal como pura infracción de deber extrapenal (accesoriedad estricta), el reconocimiento de la *legal judgment rule* como límite a la responsabilidad mercantil del administrador excluiría *ipso facto* el injusto penal. No es esta sin embargo la comprensión del delito más convincente (Greco 2019, 695 ss.; Leite 2018, 582 ss.; Navarro Frías 2013, 210 s.). El injusto extrapenal es concebido, por lo general, como una condición necesaria pero no suficiente (accesoriedad relativa o asimétrica) o, mejor, como un indicio relevante del injusto penal (Coca Vila 2019, 831 ss.). La relevancia de la incertidumbre jurídica del negocio planeado en el ámbito penal no puede determinarse completamente de espaldas al *proprium* del injusto penal del art. 252 CP. Reconocer que el injusto extrapenal es *ratio cognoscendi* del injusto de la administración desleal, como señala Feijoo Sánchez (2009, 32), no debe llevar a "prescindir de los criterios valorativos propios del Derecho Penal".

Pues bien, el administrador que, a través de una infracción de su deber especial de legalidad, lesiona su deber de diligencia de manera lesiva para el patrimonio social, puede, en efecto, incurrir en un delito de administración desleal. No porque este delito opere como una norma de resguardo de la infringida en la dimensión externa, sino porque a través de ese hecho ilícito se lesiona (o pone en peligro) al mismo tiempo —de manera contraria a deber— el patrimonio de la sociedad. Esto, claro está, no significa que toda infracción de Derecho relevante en la dimensión externa, lo sea también en la interna. Más bien, parece razonable admitir que la *legal judgment rule*, tal y como la concibe la doctrina mercantil, ha de operar delimitando el tipo objetivo del delito de administración desleal, excluyendo de su alcance (riesgo permitido) comportamientos que, aun determinando causalmente un resultado de menoscabo patrimonial, no constituyen infracciones del deber de velar por el patrimonio administrado (Pastor Muñoz y Coca Vila 2016, 119 ss.; Silva Sánchez 2022, 96 ss.).

Asumiendo que el administrador opera ante una situación de incertidumbre legal insuperable,[15] dos son los requisitos esenciales de la *legal judgment*

[15] Tal incertidumbre no guarda relación con la mayor o menor probabilidad de detección, persecución y sanción de un ilícito, sino con el carácter lícito o ilícito de un comportamiento en atención al ordenamiento vigente en el momento de la toma de decisión. No hay razón material que justifique privilegiar la especulación respecto del efectivo *enforcement* del Derecho. Desde la perspectiva mercantil, en relación con la infracción del Dere-

rule como *topos* limitador del tipo objetivo de la administración desleal. Será atípica, por quedar cubierta por el riesgo permitido en la dimensión *ad intra*, la adopción de un negocio que, en primer lugar, esté amparada por una opinión jurídica independiente y solvente que, o bien asegura su licitud, o bien la estima altamente plausible. En caso de ser varios los informes jurídicos disponibles, la alta plausibilidad de la tesis favorable a la licitud debe poder afirmarse tras tomar en consideración la totalidad de dichos informes. En este segundo caso, aunque no fuera posible reconocer un error de prohibición (art. 14.3 CP), por lo que el hecho ilícito sería sancionable en su dimensión *ad extra*, el negocio jurídico podría todavía ser compatible con el deber de velar por el patrimonio administrado en la dimensión interna. A estos efectos lo relevante no es el grado de incertidumbre subjetiva del administrador, sino el juicio objetivo de alta plausibilidad. También el administrador muy pesimista que teme que su negocio sea valorado como ilícito, siendo esta posibilidad residual, puede actuar cubierto por la *legal judgment rule*.

En segundo lugar, la decisión, considerados los riesgos asumidos, ha de suponer *ex ante* un acto de gestión racional a ojos de los accionistas, titulares económicos de la sociedad. Solo un inequívoco interés de la sociedad, valorados y ponderados *ex ante* los riesgos jurídicos asumidos y los beneficios esperables, puede liberar de responsabilidad interna al administrador (Hasselbach y Ebbinghaus 2014, 879 ss.). Así las cosas, en la línea de lo defendido por los partidarios de la teoría de la ponderación, resulta razonable hacer depender la atipicidad *ex* art. 252 CP de la combinación ponderada de la (alta) probabilidad de licitud, el riesgo de perjuicio y la oportunidad de beneficio.

La decisión cuya juridicidad parece casi segura podrá ser adoptada cuando sea beneficiosa para la sociedad y el riesgo de perjuicio en caso de ser declarada ilegal no sea crítico, con el límite de la voluntad (expresa o implícita) contraria de los socios. Piénsese aquí, por ejemplo, en un código ético especialmente estricto que prohíba la adopción de cualquier negocio de juridicidad dudosa. Esta suerte de "pacto de Ulises" impediría negar que el administrador actúa cubierto por el riesgo permitido cuando adopta el negocio potencialmente ilegal. A mayor riesgo de ilicitud o consecuente daño patrimonial, mayor habrá de ser el beneficio esperable para la sociedad,

cho ("muerto") por parte de una sociedad que opera en un mercado extranjero, de otra opinión, Navarro Frías (2019a, 35). Sea como fuere, resulta fundamental concretar la medida del esfuerzo de información exigible al administrador. De nuevo, el Derecho mercantil ofrece interesantes parámetros de referencia para determinar cuándo un administrador ha sido diligente en el proceso de información. *Vid. supra* III. También la moderna discusión penal sobre la relevancia de las dudas irresolubles como error de prohibición aporta criterios útiles para valorar el cumplimiento del deber instrumental de información del administrador (Puente Rodríguez, 2024, 133 ss.).

aunque sea a medio o largo plazo, en caso de no ser finalmente declarada ilegal. Por ende, no quedará amparada por el riesgo permitido la adopción de una decisión que suponga convertir en modelo de negocio único una actividad de legalidad incierta, ni aquella cuya declaración de ilegalidad pueda conllevar la desaparición de la sociedad. No es compatible con el deber de velar por el patrimonio vincular la subsistencia de una sociedad en situación patrimonial estable a un único negocio de legalidad incierta, aun cuando la probabilidad de una eventual declaración de ilegalidad sea baja. Cuando, por el contrario, el administrador adopte una decisión que, *ex ante*, resulte manifiestamente improbable que sea conforme a Derecho, el hecho constituirá administración desleal, salvo que los socios hubieran consentido válidamente su adopción.[16] Aquí, sin embargo, ya no se trata de un espacio de riesgo permitido generado por la *legal judgment rule*, sino de limitar la responsabilidad del administrador con base en el consentimiento expreso del titular patrimonial (Coca Vila 2017).[17]

La *legal judgment rule*, a diferencia del error (de tipo o de prohibición), opera excluyendo únicamente el injusto *ad intra*, el de la administración desleal, pero deja incólume la responsabilidad del administrador y de la sociedad frente a terceros por el ilícito (penal o no) *ad extra* (Lindemann 2023, 320; 2024, nm. 220). Ahora bien, ¿es realmente necesario recurrir a la *legal judgment rule* si, como un creciente sector doctrinal sostiene[18], las dudas irresolubles, en contra de la interpretación jurisprudencial mayoritaria, podrían dar lugar a un error de prohibición invencible (art. 14.3 CP)? En mi opinión, la tesis aquí acogida es preferible. El reconocimiento de la *legal judgment rule* no prejuzga el tratamiento del error respecto del injusto *ad extra*, pero garantiza la conformidad a Derecho del acto de gestión. Solo la atipicidad garantiza el reconocimiento al administrador de un ámbito legítimo de actuación, minimizando los incentivos a formas de administración conservadoras

[16] Adviértase además que el delito de administración desleal podrá entenderse consumado incluso antes de que un tribunal declare ilícita la decisión adoptada por el administrador. En la medida en que el acto de gestión, ya *ex ante*, se presenta como probablemente ilícito, el patrimonio de la sociedad queda gravado con un "peligro de perjuicio equivalente al daño" que permite afirmar ya la consumación del delito del art. 252 CP. Sobre esto mismo, en profundidad: Pastor Muñoz y Coca Vila (2016, 161 ss.).

[17] Cuestión distinta es si un acuerdo social que autoriza un negocio de legalidad incierta que, finalmente, es declarado ilegal, tiene o no validez excluyente del injusto penal del art. 252 CP, en tanto que impugnable vía art. 204 LSC. Huyendo de una interpretación puramente accesoria, parece razonable que el administrador, como mínimo desde la perspectiva penal, pueda quedar liberado de responsabilidad cuando adopta un negocio consentido que es *ex ante* de probable licitud.

[18] Nieto Martín 1999, 196; Felip i Saborit 2000, 135 ss.; Pawlik 2020, 567 ss.; Puente Rodríguez 2024, 77 ss.; Silva Sánchez 2025, 25/52

basadas en actitudes de sobrecumplimiento. Si, como sostiene Puente Rodríguez (2024, 90 s.), se trata de permitir al administrador que actúa de buena fe llevar a cabo conductas que no están claramente prohibidas, el problema aquí planteado ha de resolverse negando ya la tipicidad objetiva *ex* art. 252 CP. El simple reconocimiento de un error de prohibición, además de dejar incólumes las acciones de responsabilidad civil contra el administrador por el hecho antijurídico (art. 118.2 CP), tendría en los casos aquí relevantes unos efectos similares a los que el propio Puente Rodríguez atribuye a la tesis que niega toda relevancia a la duda. El mensaje normativo al administrador seguiría siendo: "si dudas, abstente", con el añadido, "aunque tu ilícito no te será penalmente reprochado".

Si desde la óptica mercantil esta disociación de ambas dimensiones responde, fundamentalmente, a la voluntad de encontrar una adecuada distribución de riesgos (legales) entre el administrador y la sociedad; desde la óptica penal, la *legal judgment rule* permite restringir el alcance del tipo ante comportamientos finalmente lesivos que, *ex ante*, intersubjetivamente contemplados, no infringen el deber de velar por el patrimonio administrado, al no poder ser considerados inequívocamente incompatibles con el mejor interés societario (Kudlich, Scheuch y Thüsing 2023, 612 s.). En pocas palabras: la alta probabilidad de licitud de un negocio que es razonable a ojos de los socios determina *ex ante* su compatibilidad con el deber de velar por el patrimonio administrado. El riesgo de lesión patrimonial ínsito a la decisión del administrador será entonces un riesgo residual normativamente equivalente al propio de cualquier negocio de riesgo. Una posterior declaración de ilegalidad, aun cuando determine un menoscabo patrimonial, no puede modificar la valoración jurídica *ex* art. 252 CP de la decisión del administrador.

V. CONCLUSIONES

1. El administrador que infringe en el ejercicio de sus funciones el Derecho público comete dos ilícitos distintos: en la dimensión interna, frente a la sociedad, infringe su deber especial de legalidad y, por extensión, su deber de diligencia; en la dimensión externa, el deber derivado de la norma pública infringida.
2. Con frecuencia los administradores deben adoptar decisiones en contextos de incertidumbre jurídica insuperable. La duda respecto de la licitud del acto de gestión, sin embargo, no excluye la responsabilidad civil, administrativa o penal *ad extra* de la sociedad y el administrador por los ilícitos cometidos.
3. La doctrina mercantil entiende con buenas razones que resulta inequitativo que el administrador responda además en la esfera interna (frente a la sociedad) por el daño derivado de la sanción ante ciertas

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

decisiones adoptadas en interés de la sociedad en contextos de incertidumbre insuperable.

4. Por ende, aunque la decisión de cumplir el Derecho no es discrecional en el sentido del art. 226 LSC (*business judgment rule*), tales decisiones deberían quedar amparadas por esta cláusula o por la *legal judgment rule*, como desarrollo *praeter legem* del Derecho.
5. La *legal judgment rule* debe operar como criterio de delimitación del tipo objetivo (riesgo permitido) del delito de administración desleal. Aunque *ex post* la decisión sea declarada ilícita y de ella se derive un menoscabo patrimonial para la sociedad, la conducta debe reputarse objetivamente atípica *ex* art. 252 CP cuando, atendidas las circunstancias existentes al tiempo de su adopción, la decisión aparezca como razonable a los ojos de los socios y se encuentre amparada por una opinión jurídica independiente y solvente que determine su licitud o, cuando menos, considere altamente plausible su conformidad con el ordenamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Anna H., «Zur Unmittelbarkeit des Nachteils bei der Untreue», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (164), 2017, 130-146.

Alfaro Águila-Real, Jesús, «Artículo 225. Deber general de diligencia», en Juste Mencía, Javier (dir.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015a, 313-324.

Alfaro Águila-Real, Jesús, «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en Juste Mencía, Javier (dir.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015b, 325-360.

Bacigalupo Zapater, Enrique, «El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal (Sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU)», *Diario La Ley*, (7295), 2009, 1-9.

Bacigalupo Zapater, Enrique, «Efectos de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC) en el ámbito del derecho penal», *Diario La Ley*, (9513), 2019, 1-4.

Berger, Victoria Anna, *Vorstandshaftung und Beratung: Ision-Kriterien, unternehmerische Entscheidung und Legal Judgment Rule*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

Biermaier, Paul F., «Untreue durch mangelnde Beachtung von sanktionsbewehrten ESG- bzw. ESR-Kriterien?», *HRRS*, (11), 2025, 331-341.

Bingel, Adrian / Link, Teresa, «Vorstandsentscheidung bei unklarer Rechtslage», *Die Aktiengesellschaft*, (6), 2024, 177-183.

Buck-Heeb, Petra, «Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage», *Betriebs-Berater*, (38), 2013, 2247-2257.

Burger, Stefan, *Untreue (§ 266 StGB) durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2007.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público
© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062
https://doi.org/10.18543/ed.3749 • http://www.revista-estudios.deusto.es/

Coca Vila, Ivó, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un análisis a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», *Revista General de Derecho Penal*, (28), 2017, 1-39.

Coca Vila, Ivó, «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en García Cavero / Chinguel Rivera (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, 805-836.

Coca Vila, Ivó / Pantaleón Díaz, Marta, «Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros D&O», *Anuario de Derecho Civil*, (LXXIV), 2021, 113-216.

Easterbrook, Frank H. / Fischel, Daniel R., «Antitrust Suits by Targets of Tender Offers», *Michigan Law Review*, (80:6), 1982, 1155-1178.

Ebke, Werner F., «Von der BJR zur AJR: Eine rechtshistorische, rechtsvergleichende und rechtsökonomische Reise», en Bayer et al. (eds.), *Festschrift für Jochem Reichert zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt, Colonia, 2026, 287-311.

Feijoo Sánchez, Bernardo, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret*, (2), 2009, 1-74.

Felip i Saborit, David, Error Iuris: *el conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.

Fleischer, Holger, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche" Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (4), 2005, 141-154.

Fleischer, Holger, «Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht», en Kindler et al. (eds.), *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Múnich, 2010, 187-204.

Gerhard, Frank, «Business Judgment Rule und Rechtsrisiken: Anerkennung einer Legal Judgment Rule für rechtlich gebundene Entscheide von Unternehmensorganen», *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, (3), 2016, 254-268.

Gómez Benítez, José Manuel, «Corrupción y delito de administración desleal», *Diario La Ley*, (21074), 2000, 1-11.

Greco, Luís, «Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken — Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (166), 2019, 684-704.

Hasselbach, Kai / Ebbinghaus, Felix, «Anwendung der Business Judgement Rule bei unklarer Rechtslage», *Die Aktiengesellschaft*, (24), 2014, 873-883.

Hawes, Douglas / Sherrad, Thomas, «Reliance on Advice of Counsel as a Defense in Corporate and Securities Cases», *Virginia Law Review*, (1), 1976, 1-148.

Hoyer, Andreas, «§ 266», en Wolter (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., v. IV, Carl Heymanns, Colonia, 2019.

Koch, Jens, «Die Legal Judgment Rule: ein Fall für die Wolfsschlucht», en Dreher et al. (eds.), *Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, 2018, 413-434.

Kubiciel, Michael, «Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (7), 2005, 353-361.

Kudlich, Hans / Scheuch, Alexander / Thüsing, Gregor, «Überhöhte Betriebsratsvergütung als betriebsverfassungsrechtliche Begünstigung, gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung und strafrechtliche Untreue», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (12), 2023, 612-615.

Kurer, Peter, *Legal and Compliance Risk: A Strategic Response to a Rising Threat for Global Business*, OUP, Oxford, 2015.

Langenbucher, Katja, «Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, (25:1), 2013, 16-23.

Langenbucher, Katja, «Rechtsermittlungspflichten und Rechtsbefolgungspflichten des Vorstands — Ein Beitrag zur aktienrechtlichen Legalitätspflicht», en Bitter et al. (eds.), *Bankgeschäfte zwischen Markt, Regulierung und Insolvenz. Festschrift für Hans-Jürgen Lwowski zum 75. Geburtstag*, Beck, Múnich, 2014, 333-350.

Leite, Alaor, «Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue? Risikoverringerung in der Unternehmenskrise am Beispiel der HSH-Nordbank», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165), 2018, 580-595.

Lindemann, Michael, «Untreuerelevanz von Legalitätspflichtverletzungen und Legal Judgment Rule. Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 10.1.2023 — 6 StR 133/22, wistra 2023, 292», *wistra*, (8), 2023, 317-320.

Lindemann, Michael, «7. Teil. 2. Kapitel Untreue», en Achenbach / Ransiek / Rönnau (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 6ª ed., C.F. Müller, Karlsruhe, 2024, 1060-1235.

Matt, Holger, «§ 266», en Matt / Renzikowski (eds.), *Kommentar StGB*, 2ª ed., Franz Vahlen, Múnich, 2020.

Müller, Hans-Friedrich, «Geschäftsleiterhaftung und Vertrauen auf fachkundigen Rat», *Der Betrieb*, (23), 2014, 1301-1307.

Navarro Frías, Irene, «Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales», *Cuadernos de política criminal*, (109), 2013, 175-216.

Navarro Frías, Irene, «El deber de legalidad de los administradores sociales. Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la «legal judgment rule»», *Revista de Derecho Mercantil*, (311), 2019a, (versión digital), 1-42.

Navarro Frías, Irene, «Indeterminación de la ley y responsabilidad de los administradores sociales: Entre la „business judgment rule" y la „legal judgment rule"», en Olmedo Peralta et al. (coords.), *Derecho de sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019b, 1141-1155.

Navarro Frías, Irene, «"Business judgment rule, legal judgment rule" y deber de legalidad de los administradores sociales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1290/2023, de 31 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades*, (68), 2023, 79-87.

Navarro Frías, Irene, «De nuevo sobre el deber de legalidad de los administradores sociales: los tipos de infracciones de la ley, las dudas sobre la existencia del deber y la medida de su cumplimiento», *Revista de Derecho de Sociedades*, (73), 2025, (versión digital), 1-32.

Nieto Martín, Adán, «Tema 7. Administración desleal y apropiación indebida», en De la Mata Barranco et al. (coords.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2024, 303-349.

Nieto Martín, Adán, *El conocimiento del Derecho un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Atelier, Barcelona, 1999.

Pastor Muñoz, Nuria / Coca Vila, Ivó, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013?», *InDret*, (1), 2015, 1-32.

Pastor Muñoz, Nuria / Coca Vila, Ivó, *El delito de administración desleal: Claves para la interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

Paz-Ares Rodríguez, Cándido, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *InDret*, (4), 2003, 1-61.

Paz-Ares Rodríguez, Cándido, «¿Existe un deber de legalidad de los administradores?», en García-Cruces (coord.), *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 2363-2460.

Pawlik, Michael, «Error de prohibición en caso de situación legal confusa», *InDret*, (3), 2020, 560-576.

Perron, Walter, «§ 266 StGB», en Eisele et al. (eds.), *Tübinger Kommentar-StGB*, 31ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2025.

Puente Rodríguez, Leopoldo, *El error de prohibición en el Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2024.

Ribas Ferrer, Vicente, «El deber de diligencia: contenido del deber y protección de la discrecionalidad de los administradores (1)», *Revista de Derecho Mercantil*, (333), 2024, (versión digital).

Ritter, Thomas, «§ 22 Vorstand», en Schüppen/Schaub (eds.), *Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2024.

Ritz, Julius-Vincent, *Business Judgment Rule und § 266 StGB. Zur Anwendung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG im Untreuestrafrecht*, C.F. Müller, Karlsruhe, 2020.

Robles Planas, Ricardo, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico (1)», *Diario La Ley*, (7015), 2008, 1-17.

Sagan, Adam, «Die Legal Judgment Rule», en Kalss et al. (eds.), *Rechtsprechung in Wissenschaft, Praxis und Lehre. Festschrift für Barbara Dauner-Lieb*, Nomos, Baden-Baden, 2025, 1219-1233.

Saliger, Frank, «§ 266 StGB», en Satzger / Schluckebier / Werner (eds.), *StGB - Strafgesetzbuch*, 6ª ed., Carl Heymanns, Colonia, 2024.

Schramm, Edward, «§ 266», en Momsen / Grützner (eds.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020.

Schünemann, Bernd, «§ 266», en Cirener et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, v. 14, 13ª ed., De Gruyter, Berlín, 2025.

Silva Sánchez, Jesús-María, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

Solka, Peter-Jan / Altenburg, Johannes, «Staatliche Sanktionen als Untreuenachteil?», *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Strafrecht*, (6), 2016, 212-216.

Spindler, Gerald, «AktG § 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder», en Goette et al. (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, v. 2, 6ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2023.

Stratmann, Julie, *Die Business Judgment Rule im Strafrecht und im Recht der Ordnungswidrigkeiten*, Duncker & Humblot, Berlín, 2023.

Verse, Dirk A., «Organhaftung bei unklarer Rechtslage — Raum für eine Legal Judgment Rule?», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, (46:2), 2017, 174-195.

Willen, Max, *Die Business Judgement Rule. Auslegung der Legalitätspflicht bei unklarer Rechtslage*, Nomos, Baden-Baden, 2021.

Wittig, Petra, «§ 266 StGB», en von Heintschel-Heinegg/Kudlich (eds.), *StGB-Strafgesetzbuch*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2025.

Zink, Florian, *Die Erfolgszurechnung bei der Untreue*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2025.

Zúñiga Rodríguez, Laura, *Corrupción corporativa: el precio de la deslealtad: ¿Está justificado un delito de administración desleal societario?*, Dykinson, Madrid, 2021.