

El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario *

ISABEL RAMOS HERRANZ

Profesora Titular de Derecho mercantil
Subdirectora del Departamento de Derecho Privado
Universidad Carlos III

I. INTRODUCCIÓN

1. Para definir la diligencia de los empresarios debemos apartarnos del modelo civil del buen padre de familia consagrado en el artículo 1124 CC. El estándar ¹ de diligencia ² del empresario es el del ordenado empresario, ya que se trata de deudores de carácter cualificado ³.

* Este trabajo se ubica en el Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», clave SICA: 2634.

¹ Un análisis del término «estándar» es realizado de forma elogiada por MORILLAS JARILLO, María José, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, La Ley (Biblioteca de Derecho de los Negocios), 2002, pp. 337-339. Así, señala que las cláusulas generales son instrumentos más adecuados a los cambios de una realidad dinámica, evitando la rigidez del sistema legislativo.

² La Profesora MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, *Las normas de conducta...*, sostiene que existen dos posibles significados del término «diligencia»:

- Un significado subjetivo: diligencia sería equivalente a esfuerzo, dedicación, interés y atención.
- Un significado objetivo: se trataría de la diligencia como esquema, guía, propuesta de conducta en relación con una actividad debida.

³ *Vid.* en este sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas, «La responsabilidad de las entidades de crédito en su actuación profesional», *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, p. 322, que en el ámbito de la diligencia de las entidades de crédito pone de manifiesto que el carácter empresarial de las entidades de crédito tiene como consecuencia inmediata una unificación en la normativa a aplicar; así, se someterán al mismo régimen en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. *Vid.* RAMOS HERRANZ, Isabel, «El pago de cheques como servicio inherente al depósito de fondos», *DN*, n.ºs 58/59, julio-agosto, 1995, p. 6, donde determinamos que el banquero «*ha de realizar sus actividades con la diligencia de un ordenado comerciante, ya que se trata de un comerciante, su negocio es la empresa bancaria*».

2. Hemos de matizar que en los supuestos particulares de determinados empresarios, como son las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las empresas de servicios de inversión, su diligencia ha de ir más allá, al tratarse de empresarios especiales, sometidos a normas más estrictas. De tal forma que, además de someterse a estas obligaciones superiores, habrán de atender a las normas comunes a todos los empresarios.

II. LA INSUFICIENCIA DEL ESTÁNDAR CIVIL EN RELACIÓN CON LOS EMPRESARIOS

1. EL ESTÁNDAR CIVIL O COMÚN DE DILIGENCIA: EL BUEN PADRE DE FAMILIA

1. El punto de partida ha de ser, necesariamente, dejar claro que la diligencia a prestar por el empresario no será la de un *buen padre de familia*, sino la de un *ordenado empresario*, concretamente, la diligencia de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad. Tras esta precisión, es evidente que el análisis del modelo del buen padre de familia habrá de ser más somero, aunque necesario, como elemento básico de distinción y de definición, *a contrario*, del estándar profesional o empresarial.

2. El modelo del buen padre de familia tiene su origen en el *paterfamilias* del Derecho Romano, con algunas diferencias, ya que en esta época no era el equivalente al del buen padre de familia, sino al del hombre *sui iuris*⁴. Es el que se contemplaba también en el artículo 1137 del CC francés⁵ y que se recogía en el artículo 1013 del Proyecto de García Goyena⁶. Es el modelo seguido en el Código Civil italiano (art. 1176)⁷; aunque no es el que se recoge

⁴ *Vid.*, en este sentido, JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 133.

⁵ *Vid.* MAZEUD, Henri, MAZEUD, León, y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, v. II (traducción de la 5.ª ed. realizada por ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Luis), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 423-438.

⁶ El artículo 1013 del Proyecto de 1851 establecía lo siguiente: «*La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia*».

⁷ En el artículo 1176 CC italiano se contempla un modelo general, el del buen padre de familia, y otro especial para las prestaciones profesionales. *Vid.* CATTANEO, Giovanni,

en la BGB alemana, § 276⁸, donde se establece el parámetro de *diligencia exigible en el tráfico*, que podría acercarse más al modelo profesional o empresarial, atendiendo a que el buen padre de familia no es un hombre de negocios o del tráfico⁹.

En este punto también hay que destacar el modelo utilizado en el artículo 18 del Código de obligaciones y contratos de la antigua Zona española del Protectorado de Marruecos, ya que se refería a la diligencia de *un celoso administrador* como parámetro general¹⁰. Ello pone de manifiesto el carácter más profesional o técnico de este modelo, frente al modelo no profesional del buen padre de familia, como ocurre en el Derecho alemán.

3. Al tratarse de *un modelo no profesional*, se basará en la inexigencia de especiales conocimientos técnicos, profesionales o empresariales en el desarrollo de la prestación. El buen padre de familia se contraponen al deudor profesional o empresario, que ha de tener una formación superior, que no posee el hombre normal. *Deberá contar con los conocimientos que pueden exigirse a un padre de familia para el desarrollo de sus actividades no profesionales; la diligencia que usan los hombres medios en sus propios asuntos, en los asuntos cotidianos de la vida corriente*. La ausencia de esos mínimos conocimientos o la falta de desarrollo de la activi-

La responsabilità del professionista, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 51-55; FORTINO, Marcela, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milán, Giuffrè, pp. 26-34 y 95-101; CIAN, Giorgio, y TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 2.^a ed., Padua, Cedam, 1992, pp. 1006-1008.

⁸ EL § 276 de la BGB establece lo siguiente:

«*Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung.*

«*Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden.*»

⁹ Para un estudio del modelo del buen padre de familia, *vid.* el amplio análisis de BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 79-120.

JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 113-135, recoge las críticas al modelo por su abstracción e indeterminación; queriendo mantener que, para adecuarse a las necesidades del tráfico, dicho modelo se transforma en estándares como el de *ordenado comerciante*; interpretación ciertamente inadecuada. En este sentido, apunta los elogios y críticas que ha recibido este modelo; así, establece que la doctrina alemana (MENGER, PUCHTA, GIERKE), criticó su antigüedad e indeterminación, lo que supuso, en última instancia, su desaparición de la BGB y su sustitución por el modelo de la diligencia exigida en el tráfico. No obstante, JORDANO FRAGA estima que tal modelo es adecuado y que puede elogiarse su amplitud y elasticidad, para poder acoger o ser modelo «*del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado (un ingeniero nuclear, por ejemplo)*»; afirmación errónea, como desarrollaremos más adelante, ya que el modelo de buen padre de familia se caracteriza, esencialmente, por ser un modelo no profesional; no es el mismo parámetro de referencia el de un deudor normal que el del deudor profesional, especializado y experto.

¹⁰ *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español Común y Foral*, t. 3.º Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general, 15.^a ed. (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Gabriel), Reus, Madrid, 1988, pp. 219-220, nota 2 (de la p. 219).

dad que habría de adoptar el hombre medio, determinan la inexcusabilidad, es decir, la culpa del deudor.

Así, el buen padre de familia es aquel que actúa en su ámbito particular, fuera del ámbito profesional y empresarial¹¹. Por lo tanto, no podrá exigirse una diligencia imposible para un hombre normal o medio, es decir, conocimientos profesionales o técnicos¹².

4. Hay que matizar, que se tratará del *hombre medio* y no del *hombre mediocre*; es decir, que el deudor habrá de desplegar la diligencia que habría de desarrollar, normalmente, un hombre cuidadoso medio. En este punto se pone de manifiesto el evidente *carácter deontológico* del concepto de buen padre de familia, que

¹¹ En este sentido, *vid.* MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico...*, p. 423, que ponen de manifiesto que se trata del hombre que gestiona inteligentemente sus asuntos y en el que puede confiarse; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 78-120, establecerá que el buen padre de familia es el modelo no especializado, no cualificado profesionalmente; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias, 4.^a ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 589. Así se manifiesta igualmente, FORTINO, M., *op. cit.*, *La responsabilità civile...*, p. 95, al establecer que el modelo de diligencia profesional es distinto del tradicional del buen padre de familia; de esta manera, el diferente tratamiento recogido en el artículo 1176 CC italiano pone de manifiesto la necesaria existencia de dos modelos, uno no profesional y otro profesional, ya que en el párrafo primero se hace referencia a la diligencia de un buen padre de familia, mientras que en el segundo párr. se establece un tipo de diligencia diferente, en función de la naturaleza profesional de la actividad; la autora entiende que la diligencia del buen padre de familia se sustituirá por la del buen profesional.

En contra, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 133-135, que establece que el modelo del buen padre de familia puede servir, igualmente, para una prestación profesional; estima que es, precisamente, la elasticidad y amplitud del artículo 1104 CC la que permite que como modelo de conducta sirva para relaciones tan diversas (arts. 270, 497, 1555.2, 1719.2, 1889 CC) y admita locuciones tan diferenciadas como son las de «ordenado comerciante» (art. 79 LSA, de 1951) y «buen labrador»; igualmente, JORDANO FRAGA, F., «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, t. XC, 1985, p. 44. En esta línea parece situarse CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 55, al establecer que el criterio del buen padre de familia presenta un contenido variable según la prestación de que se trate, por lo que puede adaptarse al supuesto de una prestación técnica o profesional.

¹² En este sentido, *vid.* el amplio análisis que realiza BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 79-120; el autor diferencia dos aspectos dentro del término «buen padre de familia»; de un lado, estaría el término «bueno», que determinaría una de las posibles graduaciones o intensidades en la aplicación del tipo padre de familia, de otro, el término «padre de familia», que se refiere al tipo o clase de modelo de conducta. Por lo que respecta al «padre de familia», como tipo de conducta, el mismo se referiría a la diligencia prestada en los asuntos propios, pero entendidos, no como actividades, sino como intereses que el padre de familia gestiona. Para ver la formación de este modelo, *vid.* pp. 89-97; para su graduabilidad, pp. 97-104; para el ámbito de aplicación del mismo, pp. 104-120.

Se exigirá la prestación diligente de un hombre ideal, aunque ese modelo de referencia no es, sin embargo, el de un «superhombre»; aspecto que podemos aplicar, igualmente, al empresario. Así lo entienden MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico*, pp. 423-438, al establecer que no puede estimarse, de un lado, que es un «“superhombre” [...] ni el “común de los hombres”, de que hablaba con frecuencia Pothier», de otro. En definitiva, «se reconocerá que el Código no podía hacer nada mejor que imponerle como modelo al deudor el buen padre de familia; lo cual le procura plena seguridad al acreedor; sin constituir no obstante un ideal inaccesible para el deudor».

también será de aplicación y con mayor rigor al ordenado empresario, como profesional; o sea, no ha de prestar la diligencia que despliegan los hombres ordinariamente sino la diligencia que deberían prestar los hombres medios en sus propios asuntos; en definitiva, se trata de un deber ser más que de un ser¹³.

5. En el ámbito del *commow law* el modelo abstracto está constituido por *el hombre razonable*, que es igualmente el hombre medio. Es interesante la delimitación del *standar of care*, o sea, de la diligencia necesaria para cumplir la prestación, contemplada en la sentencia dictada en el caso *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* (1856), que establece lo siguiente: «*Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do*»¹⁴. No obstante, es preciso matizar que las disquisiciones entre el buen padre de familia y el hombre razonable se centrarían, en realidad, en problemas meramente terminológicos o de seguimiento de tradiciones en los distintos ordenamientos (*commow law* y *civil law*), ya que el hombre razonable no es distinto del buen padre de familia, se trata del hombre medio que presta la diligencia propia de un hombre prudente¹⁵.

2. DILIGENCIA PROFESIONAL Y EMPRESARIAL POR LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN Y DE LA PERSONA DEL DEUDOR

1. Como acabamos de precisar, *la diligencia del deudor normal o del buen padre de familia se define por su contraposición a*

¹³ Vid. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, p. 122, que señala que la doctrina es unánime al exigir la diligencia del hombre medio y no del hombre mediocre; no siendo la normalidad sinónimo de conformismo, atendiendo, precisamente, al carácter deontológico del concepto de buen padre de familia; sin embargo, hay que especificar que en este punto JORDANO se confunde, de nuevo, al referirse al buen profesional o profesional tipo como modelo situado dentro del buen padre de familia. CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista...*, p. 61, al abordar específicamente la prestación profesional, establece que la diligencia profesional no es la que siguen realmente los profesionales, sino la que deberían seguir; no se trata de la práctica mayoritariamente seguida, sino la que ha de desarrollar un profesional medio.

¹⁴ Sentencia citada por GREGOIRE, Pierre, *Le droit anglo-américain de la responsabilité civile*, Bruselas, CIDC, 1971, p. 83, con la referencia 11 Ex. 781-784; citada, igualmente, por BERLINGIERI, Francesco, «Lo standard del "reasonable man"», en *La vendita Internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 Aprile 1980*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 1981, v. 39, p. 334.

¹⁵ En esta línea se pronuncia BERLINGIERI, F., «Lo standard del «reasonable man»», p. 336, donde pone de manifiesto cómo el modelo de «*diligenza ragionevole*» es equivalente a la «*due diligence*» o la diligencia del buen padre de familia en los términos del *civil law*; destacando que la misma habrá de evaluarse de acuerdo con la naturaleza de la actividad ejercitada.

la del profesional, o sea, se caracteriza por ser un estándar no profesional. En este modelo no profesional se exigen conocimientos inferiores a los que ha de poseer el profesional, deudor técnico o especializado¹⁶.

Desde este punto de partida, la diligencia exigible a un profesional nunca se equipararía a la diligencia del buen padre de familia porque el profesional no es un hombre medio que actúa en el ámbito de su familia o en el de los asuntos normales. Desarrolla una actividad o servicio que se aleja de los parámetros generales¹⁷. En consecuencia, se trata de modelos diferentes; por lo que son erróneas las posturas de los autores que mantienen que el modelo profesional, del ordenado empresario, «sustituye» al del buen padre de familia; el ordenado empresario no puede sustituir al buen padre de familia porque son conceptos diferentes; es decir, el empresario tendrá especiales características que no permiten la aplicación del genérico estándar subsidiario del buen padre de familia¹⁸.

¹⁶ Vid. BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, p. XXX.; GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 73-83.

¹⁷ Sin embargo, autores como JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 134-135 y CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 55, estiman que el modelo de referencia del profesional no es sino el del hombre medio, atendiendo a la especial prestación que desarrollan. JORDANO FRAGA entiende que la característica principal del modelo del buen padre de familia es, precisamente, su amplitud, su carácter abierto, ya que en él pueden ubicarse modelos tales como el buen profesional o el ordenado comerciante; en definitiva, según el autor, el buen profesional no es sino el buen padre de familia llevando a cabo una prestación de carácter técnico; en sus propias palabras «la elasticidad de la fórmula del buen padre de familia, lejos de ser un inconveniente, se convierte en su mayor valor, pues le permite ser simultáneamente modelo de conducta del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado».

¹⁸ GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 79-81, ha analizado este tema de manera elogiada, ya que ha señalado, de forma clara, que el buen profesional ni «sustituye» ni se «transforma» partiendo del modelo del buen padre de familia, como han afirmado ATAZ LÓPEZ (*Los médicos y la responsabilidad*, p. 240, cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 79, nota 110) y PENNEAU (cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 79). Es decir, como señala el autor, la pretendida transformación o conversión del modelo del buen padre de familia lleva implícita una cierta diferenciación entre ambos, puesto que «transformar o sustituir el criterio objetivo por otro es ya, de alguna manera, admitir y reconocer abiertamente que se trata de criterios distintos, porque nadie se transforma o sustituye por sí mismo».

JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 133-135 y 466-471 y JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual...», p. 48, se muestra a favor de la identificación del buen profesional o del ordenado comerciante con el buen padre de familia, en el sentido de que el buen profesional u ordenado comerciante no son más que el buen padre de familia en una concreta prestación profesional o empresarial; en el mismo sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Teoría general, Reus, Madrid, 1988, pp. 276-277, quien estima que el modelo del buen profesional es una particularización del buen padre; aunque, sorprendentemente y a continuación, reconoce que «El criterio de cumplimiento ya no va a ser el hombre medio diligente,

2. Así, *el propio artículo 1104 CC* pone de manifiesto la necesidad de distinguir entre la diligencia del deudor normal y del deudor profesional o empresario, al igual que entre dos tipos de culpa, una de carácter normal y otra de carácter profesional o empresarial¹⁹.

sino un modelo técnico o profesional en consonancia con la propia naturaleza de la prestación debida»; incurriendo en una contradicción evidente. Es más, JORDANO FRAGA destaca las especiales características del modelo del buen padre de familia por servir, precisamente, para prestaciones técnicas y no técnicas, pudiendo ser un buen agricultor o un ordenado comerciante. En este sentido se pronuncia ATAZ LÓPEZ (Los médicos y la responsabilidad..., op. cit., p. 240, cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., op. cit., La responsabilidad civil del médico, p. 80), entendiendo que la medida del buen profesional nunca ha de ser buscada fuera del propio CC; de esta manera, el Juez habría de atender a las especiales circunstancias del profesional pero partiendo del artículo 1104 CC; sin embargo, habría que señalar que la defensa del modelo profesional como modelo distinto del buen padre de familia no supone ignorar el mandato del artículo 1104 CC, ni el propio CC en general; partiremos del CC, pero concretando la prestación de acuerdo con la especialidad profesional o/y empresarial del deudor; buscando en el C. de c. o en las leyes específicas o incluso en las normas del CC aplicables a la específica prestación profesional y/o empresarial de que se trate; vid. GONZÁLEZ MORÁN, L., op. cit., La responsabilidad civil del médico, p. 81, donde señala que las obligaciones profesionales no han de buscarse fuera del CC sino que hay que «observar fielmente el espíritu y letra de aquél».

¹⁹ La razón de esta distinción es clara: existen dos modelos objetivos de referencia (el estándar del buen padre de familia y el estándar del ordenado empresario) o de dos tipos de diligencia específicos (el general y el profesional o empresarial); de tal forma que, atendiendo a que la culpa es la negación de la diligencia, es decir, se incurre en culpa si no atendemos al nivel de diligencia requerido, bien sea el pactado o el abstracto, es evidente, que existen dos tipos de culpa diferentes, una culpa normal o general y una culpa profesional o empresarial. Sin embargo, por ello, la prestación profesional o empresarial no deja de tener que partir y adecuarse a los criterios generales de culpa, en cuanto a su definición, elementos y requisitos para incurrir en responsabilidad.

A favor de la admisibilidad de la diferenciación entre dos tipos de culpa, *vid.*, a la cabeza de la doctrina al respecto, MENGONI, *op. cit.*, «Obligazioni di risultato...», pp. 199 ss. Hay que destacar el análisis que realiza GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 73-83, donde estudia la viabilidad de la diferenciación entre dos tipos de culpa (todo ello en el marco de análisis de la prestación médica, pero extendiéndolo a las prestaciones profesionales en general); para lo que analiza los postulados de ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, *Los médicos y la responsabilidad civil*, pp. 237 ss. (cit. por GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 78, nota 108). ATAZ LÓPEZ niega la posibilidad de diferenciar dos tipos de culpa, en base a dos argumentos; el primero de ellos consiste en la imposibilidad de exigir una diligencia superior, como ocurriría en el supuesto de la culpa profesional, en la que el grado de diligencia es distinto al que se exige con carácter general en el CC; argumento que cae por su propio peso; el segundo, consiste en entender que la culpa profesional implicará la existencia de Tribunales profesionales, cualificados para evaluar las prestaciones en las que concurra ese carácter profesional. GONZÁLEZ MORÁN, en la línea apuntada por nosotros, se encarga de rebatir los argumentos de este autor, destacando sus reflexiones a la hora de contraargumentar por lo que toca a los Tribunales profesionales; el mismo se centra en la existencia de pruebas periciales de las que pueden disponer los jueces para valorar los supuestos de hecho planteados, cuando se enfrentan a materias que requieren la intervención de un especialista (como puede suceder a la hora de detectar la posible falsedad o falsificación de un cheque); por lo tanto, la existencia de peritos, conllevaría que los Tribunales profesionales especializados fueran innecesarios. *Vid. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., op. cit., Tratado teórico y práctico...*, núm. 509.

En contra de dicha distinción, *vid.* las reflexiones realizadas por YZQUIERDO TOLSA-DA, M., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del profesional...*, pp. 274-275, que llega a la

En el párrafo 1.º del artículo 1104 CC se contemplan los supuestos en los que las partes han definido previamente la prestación en sus contratos y, en los que, en consecuencia, esa será la diligencia a prestar por el deudor; o los casos en los que no se definía, pero dicha diligencia se derivaba directamente de la naturaleza de la obligación, junto con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Por tanto, al tratarse en el supuesto analizado de una prestación profesional, especializada, es más, una prestación empresarial, y al ser desarrollada por un deudor igualmente especializado, profesional y empresario, la diligencia deberá evaluarse atendiendo a esos criterios otorgados en este párrafo 1.º del artículo 1104 CC, debido a que, tanto la naturaleza de la obligación (empresarial) como la persona del deudor (empresario) así lo demandan²⁰.

3. Debemos señalar que *el parámetro de diligencia será distinto para cada sector del tráfico*. Es decir, no podrá hablarse, sin más, de la responsabilidad del profesional, aunque sí en cierta

conclusión de que no se puede diferenciar entre culpa profesional y culpa común; estableciendo que no existe un concepto autónomo de culpa profesional, que habría que hablar no de «culpa profesional» sino de «culpa del profesional», como una de las manifestaciones de la culpa ordinaria. Como señala, «Las más patentes violaciones de los deberes profesionales más elementales son así simples manifestaciones de culpa en relación con la naturaleza técnica de la actividad desarrollada por un deudor al que se le presupone una normal competencia en la materia». En estas formulaciones YZQUIERDO TOLSADA sigue la postura de BONVICINI (*La responsabilità civile*, II, Milán 1971, p. 747; cit. por YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, *La responsabilidad civil del profesional...*, p. 274, nota 9); criticando, implícitamente, la posición de MENGONI; esta crítica a las aportaciones de MENGONI también se llevan a cabo por JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 468-471, al hilo del análisis del artículo 1176 CC italiano; JORDANO FRAGA estima que la diligencia profesional es la misma que la diligencia ordinaria, señalando que la diligencia no varía, aunque, en su concreta función de medida del cumplimiento exacto, asumirá un carácter técnico o no; llegando como consecuencia necesaria a afirmar que el buen padre de familia se convertirá en el buen profesional en las prestaciones de naturaleza profesional.

La STS de 14 de septiembre de 1990 (R. Ar. 7320) recoge la diferenciación entre «culpa del profesional» y «culpa profesional», que ha surgido en la doctrina y la jurisprudencia, principalmente en el ámbito médico; precisando que la «culpa del profesional» se comete por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, mientras que la «culpa profesional» descansa en la impericia; sin embargo, viene a reconocer que el TS ha establecido en varias sentencias [de 27 de octubre de 1987 (R. Ar. 7611) y de 28 de noviembre de 1987 (R. Ar. 8623)] que los límites entre ambas son «*indecisos y muy confusos*».

²⁰ En este sentido se pronuncia, de forma sorprendentemente clara en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico*, p. 80, que llega a unas conclusiones adecuadas e interesantes. Así, señala que en el CC se diferencian explícitamente dos criterios, uno en el párrafo 1.º y otro en el párrafo 2.º del artículo 1104 CC; atendiendo al párrafo 1.º del artículo 1104 CC y a la naturaleza especial de la prestación profesional, la conducta del deudor habría de evaluarse, precisamente, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, es decir, atendiendo al carácter profesional de la misma, además, junto a la naturaleza de la prestación habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, enunciadas también en el artículo 1104.1 CC; en concreto, de acuerdo con la circunstancia de las «*personas*», ha de destacarse, de forma diferenciada del deudor normal, el carácter profesional del deudor y, es más, es ese carácter profesional el que determina la diligencia exigible. En definitiva, en virtud de la naturaleza de la prestación y de las características de la persona del deudor (prestación empresarial, deudor empresario), la diligencia a prestar será de carácter empresarial.

medida del empresario, puesto que hay criterios generales comunes, a respetar por todos los empresarios; sin embargo, es preciso que la diligencia se defina de acuerdo con las características específicas de cada sector concreto²¹.

4. *La jurisprudencia* no ha sido del todo clara a la hora de diferenciar entre ambos estándares. Aunque sí ha sido más explícita al abordar, en concreto, la diligencia de las entidades de crédito; de forma relevante y destacable, en el tratamiento de la diligencia de las mismas en el cumplimiento de órdenes de pago *in genere* y, en especial, en el cumplimiento del mandato de pago contenido en el cheque.

4.1 Por lo que toca a la delimitación general entre ambos modelos de diligencia, el TS es claro y explícito en algunos de sus pronunciamientos, al diferenciar entre la responsabilidad de un deudor ordinario y la de un deudor profesional, pero no establece, de forma transparente y concisa, en todas las ocasiones, los elementos diferenciadores. Hay que señalar, no obstante, que en algunas de sus sentencias sí ha establecido que el deudor profesional no ha de prestar la diligencia exigible a un hombre normal, basándose en su especialidad, su técnica y su carácter profesional. En definitiva, el TS ha matizado, a lo largo de su jurisprudencia, que el nivel de diligencia exigible a un profesional es siempre superior al de un deudor normal, habiendo de adecuarse, dicha diligencia, a su especialidad, pero no con la claridad, precisión y coherencia deseables²².

²¹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico...*, núm. 705-2, lo señalan, de forma clara: «El rasgo más peculiar del profesional es ciertamente su especialización. Cabe pedirle a un deudor que se conduzca "como buen padre de familia"; pedirle que se porte "como buen profesional", nada significaría: hay que proponerle como modelo el buen notario, el buen zapatero o el buen agente de cambio».

Vid. JACKSON, Rupert M., y POWELL, John L., *Professional Negligence*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, p. 15, que establecen que el modelo de referencia del profesional está constituido por el actuar de los miembros de su concreta profesión; aclarando que el estándar de actuación es el de los miembros de su profesión que actúan correctamente.

Sobre las concretas profesiones, vid. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», pp. 29-104, donde estudia la responsabilidad del médico; PASCUAL ESTEVILL, Luis, «La responsabilidad profesional», en *RCDI*, enero-febrero, 1991, pp. 43-72, que aborda la responsabilidad de los abogados, notarios y médicos; MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico*, núms. 508-515, que recogen la responsabilidad de médicos, banqueros, abogados, etcétera; CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, p. 115-407, estudia, por su parte, la responsabilidad de los notarios, abogados, médicos, farmacéuticos, periodistas, etc; JACKSON, R. M y POWELL, J. L., *op. cit.*, *Professional Negligence*, núms. 2-8, se refieren a la responsabilidad del *barrister*, de los arquitectos, ingenieros, agentes de seguros, contables, etc.

²² Se pronuncia de forma clara y explícita en la STS de 22 de noviembre de 1971 (R. Ar. 4974), al analizar la prestación profesional del arquitecto, señalando, así, que la diligencia debida de un profesional «no cabe confundirla con la simple negligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional»; de igual manera, en las SSTs de 29 de abril de 1988 (R. Ar. 3302) y de 2 de febrero de 1989 (R. Ar. 657), donde el TS señala que la dili-

El Alto Tribunal también se ha referido, en numerosas ocasiones, a la necesidad de conjugar, en la apreciación de la posible negligencia, la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar con el *sector del tráfico o de la vida social* en la que el deudor desarrolla su actividad²³. Por lo que, no de manera explícita en estos supuestos, sí de forma implícita, reconoce la necesidad de observar las especiales características derivadas del sector de actividad, es decir, si la actividad se desarrolla a título profesional o no y, dentro de cada profesión o empresa, los elementos que delimitan las obligaciones específicas.

4.2 De otro lado, la señalada diferenciación clara entre el deudor normal y el empresario bancario, se comenzó a destacar, de manera elogiada, en la STS de 18 de julio de 1988 (R. Ar. 5717), en la que se establece que la diligencia exigible al profesional bancario

gencia exigible al profesional, en este caso al arquitecto, no es la propia del hombre cuidadoso, sino la propia de su especialidad y de sus conocimientos y que la misma ha de ser acorde con la garantía técnica y profesional del mismo; en la STS de 7 de febrero de 1990 (R. Ar. 668), donde el Tribunal, al analizar la prestación médica, establece que la misma ha de adecuarse al «*buen actuar profesional*» o al «*normal actuar profesional*», añadiendo que deberá actuar con la diligencia exigible en su actividad profesional, «*con acomodo a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1104 del Código Civil, si bien con la significación de que, en todo caso, dada la contemplación de la preparación técnica exigible (...), su actuación ha de venir presidida exclusivamente por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de modo que la diligencia exigible [...] no será la del común individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan*». En la misma línea las SSTS de 14 de noviembre de 1990 (R. Ar. 7320), de 26 de noviembre de 1990 (R. Ar. 9047), de 4 de mayo de 1993 (R. Ar. 2001), de 23 de marzo de 1993 (R. Ar. 2545), en la que el TS señala que el profesional ha de atenerse a «*las normas mínimas de cuidado exigibles en su actuación profesional*», a «*la técnica normalizada y estandarizada*» y a «*la técnica normal requerida*» y cumplir con la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales «*atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y particulares circunstancias del caso*», de 29 de octubre de 1993 (R. Ar. 8168), de 16 de febrero de 1995 (R. Ar. 844), de 20 de febrero de 1995 (R. Ar. 886), en la que se recogen las conclusiones de la sentencia de apelación [Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 2.^a, de 20 de septiembre de 1991), que establecía que la «*diligencia vendrá derivada de su preparación técnica y profesional, no pudiendo por ello exigirles la de un "buen padre de familia"*», citando en apoyo de su postura las SSTS de 13 de julio 1987 (R. Ar. 5488), de 12 de febrero de 1988 (R. Ar. 943), de 12 de julio de 1988 (R. Ar. 5991), de 7 de febrero de 1990 (R. Ar. 668), de 12 de febrero de 1990 (R. Ar. 677) y de 6 de noviembre de 1990 (R. Ar. 8528).

Sin embargo, no es tanto claro el TS en las sentencias de 25 de enero de 1985 (R. Ar. 199), de 20 de febrero de 1992 (R. Ar. 1326), de 13 de octubre de 1992 (R. Ar. 7547), de 15 de marzo de 1993 (R. Ar. 2276), de 22 de julio de 1994 (R. Ar. 6581), de 5 de diciembre de 1994 (R. Ar. 9409), de 15 de febrero de 1995 (R. Ar. 840) y de 28 de febrero de 1995 (R. Ar. 1140).

²³ Vid. SSTS de 13 de diciembre de 1971 (R. Ar. 5232), de 27 de mayo de 1978 (R. Ar. 1918), de 4 de julio de 1983 (R. Ar. 4067), de 22 de marzo de 1983 (R. Ar. 1573), de 25 de enero de 1985 (R. Ar. 199), de 12 de julio de 1988 (R. Ar. 5991), de 9 de junio de 1989 (R. Ar. 4415), de 16 de octubre de 1989 (R. Ar. 6923), de 20 de enero de 1992 (R. Ar. 192), de 19 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10703), de 20 de mayo de 1993 (R. Ar. 3718), de 7 de marzo de 1994 (R. Ar. 2197), de 27 de septiembre de 1994 (R. Ar. 7307), de 5 de octubre de 1994 (R. Ar. 7453) y voto particular de la de 15 de febrero de 1995 (R. Ar. 851). Señalar que la alusión al sector de la vida social hace clara referencia a la «culpa social», sistema paliativo del clásico de culpa.

es superior a la del buen padre de familia. Esta línea es la seguida en la jurisprudencia menor —que en ocasiones es la única al no llegar al TS por la cuatía litis—; vid. SAP de Valencia de 10 de noviembre de 1995 (RGD, núm. 618, marzo 1995, pp. 2.709-2.712) y SAP de Vizcaya de 11 de octubre de 1996 (R. Ar. Civil 2033).

III. EL TÉRMINO «ORDENADO»: LA SUPERIOR DILIGENCIA IMPLÍCITA EN EL MISMO

1. El calificativo que pone de manifiesto el nivel medio de diligencia a prestar por el empresario es «ordenado» y no «buen» (utilizado para referirse al buen padre de familia o al buen profesional²⁴). En consecuencia, *esa diferencia terminológica es una llamada establecida por el legislador* para, en primer lugar, reforzar la diligencia a prestar por el empresario y, en segundo lugar, diferenciar dicha diligencia de la del deudor normal.

El legislador pretende matizar que el empresario no sólo ha de ser bueno en su actuación, o sea, comportarse como un deudor común medio, sino que tendrá que ser ordenado. Es decir, que habrá de poner al servicio de la prestación el cuidado, dedicación y atención adecuados para que tenga lugar el orden requerido, el orden propio de un empresario: el empresario realizará sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa²⁵. Esta necesi-

²⁴ Vid. sobre el alcance del calificativo «bueno» o «buen», BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa del deudor...*, pp. 96-97, que pone de manifiesto como el calificativo «buen» pretende eliminar el grado superior e inferior, en el sentido de que, «*se uniformiza la prestación de la culpa en el grado medio de diligencia*»; hemos de precisar, de otro lado, que de acuerdo con dicho argumento defiende la posibilidad de variar dicho modelo de conducta en virtud de la autonomía de la voluntad, o sea, pactando un nivel superior o inferior.

²⁵ En este sentido se manifiesta GARRIGUES, J., y URÍA, R., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed., t. 2.º, Madrid, 1976 pp. 159 y 161, al establecer que administrar una empresa conlleva la necesidad de tener que resolver en un sentido u otro ante situaciones concretas y, en muchos aspectos, tomar las iniciativas adecuadas; estableciendo, de otro lado, que un ordenado comerciante ha de guiarse como un comerciante prudente que normalmente no arriesga el capital de la empresa en asuntos aventurados; sin embargo, reconocen que la actividad empresarial se caracteriza por ser aleatoria; determinando que ese carácter aleatorio es el que impide elaborar reglas concretas de diligencia. Es más, precisan que, para calificar una actividad como arriesgada o normal, habrá que atender al resultado; no obstante, hemos de precisar que, aunque el éxito del negocio emprendido dependa del *alea*, existe un nivel mínimo de normal previsión exigible al empresario que debe respetar. Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985, p. 199, nota 13, que precisa que los empresarios han de llevar a cabo «*una planificación adecuada de una actividad económica, con criterios de previsión y rentabili-*

dad de un examen más experto de los riesgos, obedecerá, de manera principal, a que toda la actividad del empresario tiene su plasmación en la contabilidad obligatoria que ha de llevar a cabo y a que pesaba sobre él la posibilidad de quebrar o suspender pagos (actualmente, de entrar en concurso de acreedores); por lo tanto, su actuación ha de ser leal, para proteger el interés de sus acreedores.

En definitiva, con el calificativo «ordenado» se está imponiendo un superior grado, por encima del grado «buen» o «bueno»; pero dicho grado es superior respecto del deudor común, puesto que, dentro del ámbito de los empresarios, es el grado medio de diligencia y no un grado superior²⁶. Se trata del estándar medio de diligencia en dicho marco.

Así, a la hora de referirse a los modelos de conducta, la utilización de los términos «buen» u «ordenado» no responde un mero capricho terminológico, de tal manera que el calificativo «*buen*» sería más acorde con la aplicación del criterio del buen profesional o buen padre de familia que el calificativo «*ordenado*», que obedecería al término empleado en las leyes especiales mercantiles para referirse al deudor comerciante o empresario.

dad, y asumir el riesgo que de ello deriva»; con cita de GALGANO, L'imprenditore, Bolo-
nia, 1970. Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, «El empresario, sujeto activo de la econo-
mía», en Propiedad, Desarrollo y Persona, Sigueme, Salamanca, 1968, p. 275-281, donde
analiza las condiciones en las que el empresario lleva a cabo su actividad.

GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administra-*
dores de las sociedades, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 77, establece la exigencia de un
 nivel de previsión más elevado en el ordenado comerciante; a tal efecto señala que un orde-
 nado empresario no arriesgará en operaciones difíciles su patrimonio sino que realizará un
 cálculo adecuado de la posibilidades. Sin embargo, matiza que esa mayor previsión que ha
 de presidir la actuación empresarial, no significa que no incurra en riesgo alguno, sino que
 «no debe hacerlo con desprecio del cálculo de probabilidades y del razonable riesgo».

MORILLAS JARILLO, M. J., *op. cit.*, *Las normas de conducta...*, p. 367, analizando la dili-
 gencia exigible al órgano de administración en las sociedades de capital, precisa que el grado
 de diligencia que corresponde a un ordenado empresario abarca cualidades como la prudencia,
 preparación, capacidad de iniciativa, de previsión y de análisis de riesgos de las operaciones, al
 igual que planificación de la actividad con criterios de previsión y rentabilidad.

²⁶ En este sentido, *vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., op. cit., La responsabilidad civil de*
los administradores..., pp. 198-199, que establece que el término «ordenado» alude al
 mantenimiento de un grado de dedicación y atención que el negocio requiera, al igual que
 la realización de todas aquellas actividades que «una adecuada actividad comercial
 exige»; POLO, EDUARDO, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración de la
 Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en URÍA, R.,
 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M., *Comentario al Régimen legal de las Socie-*
dades Mercantiles, Civitas, Madrid, 1992, p. 132, establece que el parámetro de referencia
 será el del nivel de atención, prudencia, dedicación y competencia que se predicán del
 empresario ordenado. Como se ha puesto de manifiesto en la STS de 13 de febrero de 1990
 (R. Ar. 681), el modelo de diligencia del ordenado comerciante es el modelo de diligencia
 media; la sentencia, en concreto, establece que es el modelo de diligencia «normal»;
 hubiera sido más correcto que estableciera que es el modelo de diligencia media, ya que la
 alusión al término «normal» puede dar lugar a confusiones respecto del modelo del deudor
 normal, el del buen padre de familia.

2. En los países del *common law* no se produce una diferenciación entre la terminología utilizada para referirse al deudor general y la usada para aludir al deudor empresario, atendiendo a que, en ambos casos, se alude al término «razonable».

2.1 La sección 1-102(3) del Uniform Commercial Code estadounidense (UCC)²⁷ establece que la regulación de la norma puede ser alterada por acuerdo, excepto respecto de la buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado establecidas en dicha norma. El término buena fe se define como «*honesty in fact in the conduct or transaction concerned*».

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la buena fe (en sentido objetivo) integra y complementa la diligencia, puesto que se trata de un parámetro objetivo que va implícito en la misma como prestación accesoria²⁸, la diligencia del ordenado empresario o del razonable empresario se medirá en el Derecho norteamericano con referencia al operador del mercado, al estándar específico seguido en el sector comercial en el que el deudor desarrolla su actividad. El parámetro es la correcta actuación en el mercado²⁹.

2.2 De otro lado, respecto del modelo de la persona razonable, hemos de apuntar que se ha venido utilizando el término «razonable» también en nuestro ordenamiento, tanto a nivel jurisprudencial como incluso legislativo. Por ello, hemos de analizar la inclusión en nuestro ordenamiento de la denominada *regla de la razón*. Sin perjuicio de que se trata de una regla propia de países del *common law*, se ha producido una cierta recepción en nuestro sistema jurídico, propiciada por la necesidad de adaptar el Derecho español al Derecho Comunitario, pero con claras influencias del Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Así se ha puesto de manifiesto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo de 1992, sobre Con-

²⁷ Official Text with comments, The American Law Institute National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, West Publishing, enero de 2003.

²⁸ Podríamos decir que la buena fe amplía el ámbito de las obligaciones (prestación en general) que pesan sobre las partes del contrato; entenderemos por «prestación en general» la que está compuesta por deberes propiamente prestacionales (deberes de prestación) y deberes de protección o prestaciones accesorias, entre las que se ubica la buena fe; *vid.* JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, pp. 141-145, donde pone de manifiesto claramente que la entrada de la buena fe ensancha la responsabilidad contractual, al instaurar una prestación más compleja, integrada por un número de obligaciones mayor; así, junto al deber de prestación primario, aparecerían otros deberes accesorios que dificultarían el cumplimiento; VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás, *La obligación de conservación en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Un estudio transversal de la Convención de Viena)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 174-178, analiza de forma combinada la buena fe y la razonabilidad, entendiendo que la buena fe ha de ser dotada de contenido a través de la razonabilidad, es decir, de la medida media de conducta.

²⁹ *Vid.* VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *op. cit.*, *La obligación de conservación en la Convención de Viena...*, p. 175.

trato de Agencia (en adelante, Ley de Agencia)³⁰, donde se recogen varias referencias a esta regla de la razón: en el artículo 9.2.c) de la Ley de Agencia se acude a la misma, al regular las obligaciones del agente, así se establece que el mismo habrá de desempeñar su cargo atendiendo a la *razonabilidad* de la instrucciones recibidas del principal³¹; el artículo 11.1 recoge la razonabilidad para determinar la retribución del agente y el artículo 30.b) *in fine*, al regular una de las excepciones a la inexistencia del derecho a indemnización del agente cuando ha habido una denuncia unilateral del contrato, utiliza el criterio de «*que no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades*»³².

Al hilo de la relativa introducción en nuestro ordenamiento de dicha regla, se plantea la posible sustitución, solapamiento o complementación de la misma respecto del clásico modelo del ordenado empresario, que rige en nuestro sistema; incluso podríamos plantear dichos aspectos más allá, es decir, cuestionarnos si tal regla sustituye, se solapa o complementa con la terminología vigente, en general, en nuestro ordenamiento («ordenado» o «buen») ³³. A este respecto hay que establecer que, sin perjuicio de

³⁰ «BOE» núm. 129, de 29 de mayo de 1992.

³¹ *Vid.* sobre esta exigencia del seguimiento de las instrucciones razonables por parte del agente, RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, Daniel, «Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia», en *ADC*, abril-junio, 1993, p. 785.

³² En este punto son muy interesantes y reveladoras las conclusiones a las que llega ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «La adaptación del Derecho español al Derecho Comunitario europeo», en *L'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la CEE. Bilan et perspectives*, Actes du Colloque international de Talence, 29-30 de enero de 1993 (Textos reunidos por GUICHARD, FRANÇOIS Y LAVALLÉ, Bernard), Maison des Pays Ibériques, París, 1993, pp. 165-176, en concreto pp. 174-176, donde se refiere a las modificaciones de nuestro sistema jurídico y de nuestros decimonónicos C. de c. y CC, para adaptarse a las nuevas necesidades y, en definitiva, al Derecho Comunitario. Así, pone de manifiesto que *la regla de razón*, propia de países del *common law* (especialmente norteamericanos), se ha introducido en nuestro Derecho por imperativo de las normas comunitarias, llegando incluso a nuestra jurisprudencia. Como señala, esta acepción de la regla de la razón debe diferenciarse de la *rule of reason* utilizada en el Derecho de la Competencia, ya que, en ese ámbito, implica la entrada de las prescripciones de la Escuela de Chicago, como un medio de suavizar la estricta y encorsetada prohibición, sin más, de los actos empresariales de restricción de la competencia. La regla de la razón en el ámbito del Derecho de obligaciones sirve para disciplinar la conducta del deudor y del acreedor; de tal forma que, de un lado, delimitará la diligencia a prestar y, de otro, proporcionará un modelo abstracto de referencia, *el hombre razonable, el profesional razonable, el médico razonable*, etc. Para las distintas utilidades de la regla de la razón en el Derecho de obligaciones, *vid.* ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, «La adaptación del Derecho español...», p. 174. *Vid.* también VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *op. cit.*, *La conservación de las mercaderías en la Convención de Viena...*, p. 170.

³³ El artículo 9.2.b) de la Ley de Agencia señala que el agente habrá de «*Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado*». La Ley de Agencia también ha utilizado este término, como señalabamos; así, tal y como precisa RODRÍGUEZ RUÍZ DE VILLA, D., *op. cit.* «Notas sobre la nueva Ley...», p. 784, la diligencia de un ordenado comerciante da entrada a un plus de diligencia respecto de la diligencia a exigir a una persona no profesional, «*respecto de la normal del buen padre*

que se ha producido la recepción en una ley concreta y de las influencias en las conclusiones de nuestros Tribunales (en las que se ha hecho referencia a la «*diligencia razonable*»³⁴), estos aspectos no determinan la sustitución de los básicos modelos abstractos de referencia; en todo caso, la regla de la razón serviría para complementar estos estándares de conducta y siempre sería compatible con los mismos. Esta conclusión es apoyada por la propia Ley de Agencia, ya que, al regular las obligaciones del agente en el artículo 9.2, establece en el apartado *a*), es decir, en primer lugar, que el agente deberá actuar «*con la diligencia de un ordenado comerciante*», por lo que, en la propia Ley en la que se introduce la novedad de la regla de la razón se determina la compatibilidad con los modelos abstractos clásicos, en este caso con el estándar empresarial³⁵.

Ciertamente, este estándar del *reasonable man* o del *reasonable merchant* se puede entender en cierta medida incorporado en el Derecho español a través del Derecho Uniforme del Comercio Internacional³⁶; en concreto, a través de la Convención de Viena

de familia». Sin embargo, en el Derecho italiano la exigencia de la diligencia comercial no ha sido seguida de manera unánime; al respecto, como precisa BALDASSARI, AUGUSTO, *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milán, 1992, 49-58, en principio, la diligencia requerida al agente será la propia de un buen padre de familia, especificada atendiendo a la naturaleza especial de la obligación asumida; aplicando, al efecto, el artículo 1176 CC italiano, en sus párrs. 1.º y 2.º; pero pone de manifiesto como hay un sector de la doctrina que entiende que la diligencia exigible ha de ser la propia del comercio, la del buen comerciante en general, por aplicación del artículo 1176.2 CC italiano que prescribe la necesidad de observar la naturaleza de la obligación para evaluar la diligencia.

³⁴ Vid., entre otras, STS de 5 de diciembre de 1992 (R. Ar. 10396).

³⁵ Así, la Ley de Agencia no ha optado por introducir como modelo de referencia el del razonable empresario, sustituyendo el modelo abstracto mercantil clásico. Este problema de determinar si la razonabilidad excluye las reglas vigentes en nuestro ordenamiento, ha sido apuntado hábilmente por ILLESCAS ORTIZ, R., *op. cit.*, «La adaptación del Derecho español...», p. 176, donde establece que se plantea una duda esencial, que consiste en determinar si la razón es equivalente a la diligencia o, *a contrario sensu*, si la negligencia y la irracionalidad son lo mismo; estableciendo, igualmente, que se trata de un problema que demanda solución rápida y adecuada. En este punto hemos de decir que la razón equivale más bien al apelativo «ordenado» o «buen» que adjetiva al padre de familia o al buen profesional; es decir, en los países del *common law* el estándar de referencia es el del *reasonable man* o el del *reasonable professional*, en los países del *civil law* tal término se sustituye por el del buen padre de familia, el del buen profesional o el ordenado comerciante.

³⁶ Vid. el amplio y completo análisis de ILLESCAS ORTIZ, R., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», en *RDM*, núm. 207, enero-marzo, 1993, pp. 37-91. Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, María Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces-Universidad Carlos III, 2003.

Para un análisis de la aportación de los Principios de UNIDROIT a la *lex mercatoria* y a las reglas transnacionales, vid. GAILLARD, Emmanuel, «Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de le méthode des principes généraux du droit», *Journal du Droit International*, enero-febrero, 1995, pp. 5-30.

sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (CNUCCIM)³⁷, que ya es Derecho interno³⁸, y que destaca por la utilización continuada del término razonable a lo largo de su articulado. El término «razonable» se viene utilizando en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional para conciliar los términos de los distintos ordenamientos internacionales; hay que destacar la utilización de dicho criterio en el artículo 79 CNUCCIM, donde se regula el caso fortuito, es decir, la posibilidad de excluir la responsabilidad por incumplimiento³⁹. También ha sido seguido en los Principios de UNIDROIT (Inter-

³⁷ Vid. el amplio estudio realizado por PERALES VISCASILLAS, M. P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

³⁸ A la CNUCCIM se adhiere España mediante instrumento de 17 de julio de 1990 («BOE» núm. 26, de 30 de enero de 1991)

³⁹ En concreto, en el párrafo 1.º del artículo 79 se establece «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y *si no cabía razonablemente esperar* que tuviese en cuenta el impedimento...»; vid., sobre este artículo, HONNOLD, John O., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales* (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, pp. 467-485; TALLON, «Exemptions. Section IV», en BIANCA, C. M., y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 572-595.

En este sentido, ya GARRIGUES, Joaquín («Observaciones sobre el Convenio de Compraventa Internacional de Mercaderías», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1980, 2.º trimestre, pp. 17-18) destacó la influencia decisiva del término «razonable» a lo largo de la CNUCCIM; así, estableció que «*toda la ley gira sobre el calificativo “racional” o el adverbio “racionalmente”, que se repiten constantemente*»; en el mismo sentido, vid. BERLINGIERI, F., «Lo standard del “reasonable man”», pp. 329-340, que analiza la influencia del término «razonable» en dicha Convención desde dos puntos de vista: como estándar de comportamiento y como regla temporal, planteando la aplicación del modelo del «*reasonable man*» para definir el término razonable contemplado a lo largo de la CNUCCIM; igualmente, VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *op. cit.*, *La obligación de conservación en la Convención...*, pp. 163-178, donde lleva a cabo un estudio, primeramente separado, de la buena fe y de la razonabilidad y, posteriormente, conjunto, especificando ambos criterios en el marco de la CNUCCIM; recogiendo, igualmente, el número de veces que se recoge el criterio de razonabilidad [*vid.* nota 6, p. 163, donde se hace referencia a que dicho término aparece en los arts. 8.2, 8.3, 16.1.b), 25, 33.c), 35.2.b), 38.3, 39.1, 43.1, 46.2, 46.3, 47.1, 49.2.a), 49.2.b), 60.a), 63.1, 64.2.b), 65.1, 72.2, 73.2, 75, 76.2, 79.4, 85, 86.1, 88.1 y 88.3].

DÍAZ BRAVO, ARTURO, «En torno al concepto de lo “razonable” en la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», en *Coloquio Internacional de Derecho Mercantil: La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Anuario Jurídico de Mejico*, 1983, v. X, pp. 103-110, tras realizar el recuento, igualmente, de las numerosas veces en las que aparece la palabra «razonable» en la CNUCCIM, establece que el concepto «razonable» es equivalente a los utilizados en los países del *civil law*; de tal forma que sería el equivalente al buen padre de familia, tal y como se recoge en el artículo 356 de la Ley de títulos y operaciones de crédito mejicana; destacando la necesaria variabilidad de tal concepto y de su adaptación a las circunstancias, como ejemplo también se refiere al artículo 287 C. de c. mejicano, que como el nuestro, recoge la diligencia específica exigida al comisionista, cuando no pudiera consultar o estuviese autorizado a obrar a su arbitrio, en cuyo caso ha de actuar de acuerdo con los dictados de «*la prudencia [...] cuidando del negocio como propio*».

national Institute for the Unification of Private Law, en lengua anglosajona) sobre los Contratos Comerciales Internacionales, cuya versión actual es de 2004 (en adelante, Principios de UNIDROIT)⁴⁰; el artículo 7.1.7 establece que el incumplimiento de una obligación por una de las partes quedará excusada cuando exista fuerza mayor, considerándose como tal un impedimento fuera del control y que no podía ser esperado razonablemente en el momento de conclusión del contrato⁴¹.

3. Debemos terminar precisando que es más correcta la distinción realizada en nuestro sistema jurídico, atendiendo a que el empleo de dos términos diferentes manifiesta la necesidad de distinguir entre dos modelos de diligencia. El término ordenado implica una superior diligencia, exigible a los empresarios, como deudores que se dedican de forma típica y habitual a una actividad.

IV. EL ORDENADO EMPRESARIO-ADMINISTRADOR COMO BASE DE TRATAMIENTO

1. Una vez llevadas a cabo las precisiones terminológicas señaladas, hemos de matizar que «ordenado empresario» es el término que ha sido utilizado para referirse al modelo de diligencia del administrador de una sociedad anónima. A tal efecto, se recoge en el artículo 127.1 del RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA)⁴²; siguiendo

⁴⁰ Uno de los antecedentes de los Principios de UNIDROIT es el Proyecto, 12.^a ed., Roma, julio de 1992 (Study L-Doc. 40 Rev. 10); el artículo 7.1.7 de dicho proyecto en su párr. 1.º, en la línea del artículo 79 CNUCCIM, precisaba que «El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y *que no había esperar razonablemente*» (la cursiva es nuestra).

La anterior versión es de 2001, que recoge la originaria de 1995, corregida y editada. No ha sido modificado el artículo reseñado anteriormente en el texto en la actual versión.

⁴¹ Vid. el estudio realizado por ILLESCAS ORTIZ, R., «Los Principios de UNIDROIT: ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?, en *Congreso Interamericano, Los Principios de UNIDROIT: ¿un Derecho Común de los contratos para las Américas?*, Valencia, Venezuela, 6-9 de noviembre de 1996, pp. 201-209. Vid. PERALES VISCASILLAS, M. P., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de UNIDROIT. Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales», *RDM*, núm. 223, enero-marzo, 1997, pp. 221-297.

Vid. el comentario realizado por BONELL, Michael Joachim, «UNIDROIT Principles 2004-The new edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», *Uniform Law Review*, 2004, pp. 5-40, que realiza un estudio del seguimiento de los Principios de UNIDROIT en su versión anterior y los cambios introducidos en la nueva versión.

⁴² «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 1989; corrección de errores, «BOE» núm. 28, de 1 de febrero de 1990.

la línea iniciada por la LSA de 1951, artículo 79. Así, en el artículo 127.1 LSA se señala que los administradores habrán de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario⁴³ (además de hacerlo con la diligencia de un representante leal); la variación respecto de la LSA de 1951 consiste en la sustitución del término comerciante (la Ley de 1951, art. 79, aludía al ordenado comerciante) por la actual terminología: empresario⁴⁴. Este mismo modelo de referencia se ha recogido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL)⁴⁵, en su artículo 61.1. Hay que matizar que la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22

⁴³ Establece POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», p. 130, cómo en el Anteproyecto de LSA del Ministerio de Justicia y en el Proyecto del Gobierno se pretendió la eliminación de esta referencia al modelo abstracto del ordenado comerciante o empresario; para sustituirlo por la genérica referencia a la actuación acorde con «la diligencia con la que deben desempeñar el cargo», línea que no prosperó, al mantenerse el mismo modelo que se había fijado de manera tradicional en el artículo 79 LSA, es decir, abandonando el genérico del buen padre de familia. En este sentido, *vid.* también BELTRÁN, Emilio, «Hacia un nuevo Derecho de Sociedades Anónimas», en *RDBB*, abril-junio, 1988, p. 356.

⁴⁴ Respecto a este punto, es decir, por lo que toca a la sustitución del término comerciante por el de empresario, *vid.* GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, pp. 75-76; el autor analiza la modificación producida con la LSA de 1989, en orden a sustituir el término comerciante por el de empresario; a tal efecto, establece que comerciante y empresario no son lo mismo, ni desde el punto de vista económico ni en el lenguaje coloquial; así, «comerciante es el que hace comercio, aislada o profesionalmente, singularmente compra-venta; empresario es el que se dedica profesionalmente al comercio al frente de una empresa, comprando y vendiendo en masa o fabricando y distribuyendo, también en masa»; añade que la elección del legislador del término empresario se encuentra en la línea de influencia del Derecho alemán, en el que el modelo de referencia de la diligencia del administrador es el ordenado y minucioso o concienzudo director del negocio; es decir, un modelo más profesional; POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», p. 132, destaca, igualmente, el seguimiento del modelo alemán, al exigir la diligencia de un ordenado empresario.

Vid. también FARRÁN FARRIOL, Josep, *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 33-34, que establece que dentro del concepto «ordenado empresario» se encuentra la previsión, que consiste en la reserva constituida para cubrir una necesidad predeterminada. Sostiene, además, que debe haber prudencia y eficacia.

Vid. ROBLES MARTÍN-LABORDA, ANTONIO, «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», *RDM*, núm. 248, abril-junio, 2003, pp. 683-718, donde realiza un interesante estudio sobre la posibilidad de romper con el Derecho imperativo en la materia y pactar estatutariamente; llega a la conclusión de que la imperatividad no está justificada y únicamente lo estaría en las sociedades cotizadas.

Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, ROBERTO, «La responsabilidad de los administradores en la jurisprudencia del mercado de valores», *Poder Judicial*, núm. 67, 2002, pp. 13-59, que analiza la responsabilidad de los administradores en las denominadas «sociedades especiales», estudiando las resoluciones del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

⁴⁵ «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 1995.

de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades cotizadas⁴⁶ realiza una aclaración, estableciendo en el artículo 127.2 LSA que cada uno de los administradores de la sociedad han de informarse diligentemente sobre la marcha de la misma, lo que indica que así será independientemente de la forma de organizar la administración.

En definitiva, la diligencia exigible a un administrador como encargado de la gestión de la empresa (y también de la representación) coincidirá con la que ha de exigirse a un empresario, atendiendo a que la diligencia de un ordenado empresario consistirá, en última instancia, en ser un adecuado administrador mercantil.

En este ámbito sí ha sido delimitada la diligencia del ordenado empresario⁴⁷. A tal efecto, la descripción de dicha diligencia tomará como base el carácter profesional de la actuación, o sea, el desarrollo de la actividad atendiendo a la pericia y técnica propias del carácter empresarial que concurre en la persona que representa. El administrador ha de operar como un ordenador empresario, aunque no sea un empresario, pero es él quien desarrolla la/s actividad/es empresarial/es⁴⁸.

⁴⁶ «BOE» núm. 171, de 18 de julio de 2003.

⁴⁷ El modelo de referencia acogido por el legislador español y recogido, de nuevo, en la LSRL y en la Ley de Agencia, se aleja del sistema del Derecho comparado, por exceso y por defecto: de un lado, en el Derecho italiano (art. 2392, párr. 1.º, CC italiano) se exige que el administrador desempeñe su cargo con referencia a la diligencia de un mandatario, siendo, así, el modelo de diligencia el del buen padre de familia; dicho artículo señala lo siguiente: «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, e sono solidalmente responsabili verso la società del danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori*»; al igual ocurre en el Derecho francés; de otro lado, en el Derecho alemán (en concreto, en el § 93 AktG de 1965) se utiliza el estándar del «ordenado y minucioso director del negocio», por lo que el modelo de referencia sería más profesional, como señala ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669, pero ello no quiere decir que el nivel de obligaciones asumidas o las consecuencias de la instauración de esta diligencia más profesional supongan un nivel pernicioso para el deudor, ya que un empresario, como tal, ha de desempeñar su cargo con mayor diligencia y asumir un número mayor de cargas, debido a que además de ser profesional es empresario; *vid.* BORGIOI, A., «La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni», en *Rivista de la società*, 1978, pp. 1056-1092.

Vid. también sobre el tratamiento en este ámbito de la diligencia del ordenado empresario, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 195-200; GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, pp. 158-166; GIRÓN TENA, J., «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español», en *ADC*, abril-junio, 1959, p. 446, donde pone de manifiesto esta elección de un modelo profesional en los diversos frentes planteados en el Derecho comparado; POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 131-141; CABANAS TREJO, Ricardo, y CALAVIA MOLINERO, J. M. (Coordinación), *Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada* (Comentarios de urgencia a la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Praxis, Barcelona, 1995, p. 342.

⁴⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, 1985, pp. 195-251, analiza la diligencia exigible a los administradores, señalando

De acuerdo con ese carácter empresarial y profesional, se habrá abandonando el modelo de referencia del buen padre de familia, por no adaptarse a las necesidades del tráfico mercantil. Por lo tanto, el modelo será diferente, atendiendo a la profesionalidad exigida en dicho ámbito; profesionalidad que consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica⁴⁹. El abandono del modelo del buen padre de familia en el

que, a pesar de que los administradores no son comerciantes, habrán de actuar como tales en su actividad, sometiéndose a un nivel de diligencia superior. Así, es claro que los administradores de las SS.AA o SS.RR.LL no son comerciantes sino que actúan como tales y se someten al nivel específico de los mismos; GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158; *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, p. 198, que señala que los administradores no son comerciantes en el sentido técnico-jurídico, porque no ejercen el comercio en nombre propio sino por cuenta ajena; en definitiva, deberán actuar como un comerciante, pues se trata de un órgano de una entidad que sí es un comerciante; en este mismo sentido se pronuncia ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», en *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre, 1990, p. 669.

GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 77, pone de manifiesto cómo el administrador no es empresario desde el punto de vista técnico-jurídico sino que lo es desde el punto de vista económico.

⁴⁹ En este sentido se pronuncia QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 196-197, al precisar que con el término ordenado comerciante se deja de lado el modelo de diligencia clásico del buen padre de familia; se adopta otro modelo distinto, atendiendo a que el modelo del buen padre de familia no responde a las necesidades del comercio; se trataba de un modelo creado en el Derecho Romano para una realidad social concreta, ajena al comercio, así como –continúa precisando QUIJANO– la característica principal del modelo del ordenado comerciante es, precisamente, su profesionalidad, rompiendo con la neutralidad propia del modelo del buen padre de familia; de tal forma que «la profesionalidad podrá funcionar como un elemento de valoración objetiva de la conducta exigible al administrador que posibilite apreciar su falta de diligencia»; *vid.* ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milán, 1979, pp. 163 ss. (cit. por QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 197, nota 6) que analiza la profesionalidad. En el mismo sentido GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.* *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158 y GIRÓN TENA, J., *op. cit.*, «La responsabilidad civil de los administradores...», en *ADC*, 1959, p. 446. *Vid.* también ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667 y 669, donde pone de manifiesto cómo nuestro ordenamiento no sigue el modelo del buen padre de familia, como sí se hace en el Derecho italiano; así, se pasa de la diligencia común a una más rigurosa, en la línea del Derecho alemán, diligencia en la que va implícita la profesionalidad; precisando que la diligencia de un ordenado comerciante consiste en el desempeño de las funciones «con el orden y prudencia propia de la profesionalidad media que cabe esperar de un empresario»; *vid.* también GIRÓN TENA, J., *op. cit.*, «La responsabilidad de los administradores...», p. 446, que precisa como se abandona el modelo «aprofesional» del buen padre de familia. En el mismo sentido, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *op. cit.*, «Notas sobre la nueva Ley...», pp. 784-785, donde establece que el modelo del ordenado empresario o comerciante exige un plus, que determinaría la superioridad con respecto al del buen padre de familia; a tal efecto alude a que en la LSA se varía la terminología, sustituyendo comerciante por empresario al lado del término «ordenado».

Como ha precisado POLO, E., *op. cit.*, «T. IV. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 132 y 134-135, las circunstancias de la naturaleza de la obligación y

ámbito de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es consecuencia directa del paralelo abandono de la teoría del mandato, al no justificar la posición de los administradores aplicando las normas sobre el mandato, no serán de aplicación los preceptos de dicho contrato, en concreto, el artículo 1719.2 CC, que se remite a la diligencia del buen padre de familia como parámetro de referencia del mandatario, modelo que se conserva en el Derecho italiano⁵⁰.

2. Cuando se hace referencia a que se trata de la diligencia media, hemos de precisar que no será sinónimo de mediocridad; se trata del empresario medio, no del empresario mediocre⁵¹.

de la persona implicarían que ha de aplicarse un modelo distinto al del buen padre de familia, a tenor del artículo 1104.1 CC; de tal manera que por estas dos circunstancias no sería preciso ni siquiera acudir al modelo subsidiario, en concreto, al del buen padre de familia contemplado en el párrafo 2 del artículo 1104 CC. Así, como establece el autor, si no se hubiera hecho referencia expresa en la LSA al parámetro del ordenado empresario, tampoco podría entenderse, por las precisiones señaladas con anterioridad respecto del 1104 CC, que sería aplicable el modelo del buen padre de familia. De otro lado, precisar como el autor hace referencia a la profesionalidad inherente en el concepto de ordenado empresario; a tal efecto, alude a que irá implícita su competencia profesional, destacando que tal competencia conlleva una capacitación técnica superior; pero que, no obstante, ni para ser administrador ni empresario, en general, se exige ninguna capacitación especial, lo que, en palabras del autor, impediría la aplicación de parámetros adecuados; señalar, sin embargo, que en el caso de las entidades de crédito tal capacitación especial sí es exigida para acceder a la empresa bancaria, tanto de sus administradores como, en algunos casos, de sus accionistas.

Es claro GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, pp. 78-79, en sus pronunciamientos, al precisar que la diligencia del ordenado empresario es profesional, no pudiendo ser nunca la del buen padre de familia, que será «*más conservadora del patrimonio familiar que inversora, para cuyo desempeño se precisa simplemente la prudencia en el actuar pero no la información, toma de decisión y margen de riesgo previsible; la gestión del buen padre de familia es contraria a la gestión económica profesional, impide tratar el patrimonio con la finalidad empresarial y podía haber sido adecuada para gestionar una propiedad de carácter esencialmente inmobiliaria y agraria, pero no cuando ésta ha quedado transformada por su vinculación a la empresa*».

En el Derecho italiano, sin embargo, se continúa con un modelo más próximo al del buen padre de familia, al exigir que el administrador se comporte de acuerdo con la diligencia del mandatario; en este sentido *vid.* BORGIOI, A., *op. cit.*, «La responsabilità solidale degli amministratori...», pp. 1056-1057, *vid.* nota 3; ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669.

⁵⁰ *Vid.* en este sentido, GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 158; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 667-668, donde pone de manifiesto cómo se renuncia a acudir al artículo 1719.2 CC por la no aplicación de la teoría del mandato en relación al carácter del administrador. *Vid.* BORGIOI, A., *op. cit.*, «La responsabilità solidale degli amministratori...», p. 1957, nota 3; ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad...», p. 669.

⁵¹ *Vid.* GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L., *op. cit.*, «Los depósitos bancarios de dinero y su documentación», *RDBB*, núm. 52, octubre-diciembre, 1993, pp. 919-1008; RAMOS HERRANZ, I., «Verificaciones que ha de realizar el Banco librado con ocasión de pago de cheques», *RDBB*, núm. 60, octubre-diciembre, 1995, p. 1038.

3. Este modelo es *abstracto u objetivo*⁵², es decir, se trata de un estándar previamente establecido⁵³ y que ha de cumplir el de-

⁵² En este mismo sentido se pronuncia el Derecho francés e italiano y el Derecho inglés y norteamericano; *vid.* GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit angloaméricain...*, p. 84; JACKSON, R. M., y POWELL, J. L., *op. cit.*, *Professional Negligence*, núm. 1.27, donde establecen que la evaluación de la conducta del deudor no ha de medirse basándose en un test subjetivo sino objetivo.

En esta línea CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, pp. 342-343 y MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...*, pp. 423-438.

En nuestro ordenamiento, SANTOS BRIZ, S., *op. cit.*, «La culpa en Derecho civil...», pp. 615-618; DE COSSIO, A., *op. cit.*, «La causalidad en la responsabilidad civil», pp. 538-539, establecen, igualmente, la referencia a un modelo abstracto u objetivo; GONZÁLEZ MORÁN, L., *op. cit.*, *La responsabilidad civil del médico...*, p. 73, sostiene que el buen padre de familia es un criterio objetivo y, además, abstracto. En este punto hay que referirse a la especial posición de MONTÉS PENADÉS, V., *op. cit.*, «Sobre la responsabilidad del deudor...», pp. 2442-2443, que estima que es necesario diferenciar entre abstracción y objetivación.

Son interesantes las reflexiones de JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, p. 120, que fundamenta o describe el nuevo fin que pretende el modelo objetivo de diligencia; estableciendo que «El carácter objetivo de la diligencia no es sino una afirmación del cambio de perspectivas producido en el Derecho de obligaciones, desde la sanción (que propende por una valoración subjetiva de las aptitudes e intenciones del sujeto), hacia la tutela del crédito que, por el contrario, propende por asegurar la realización del interés del acreedor en fuerza de establecer la medida de lo debido al margen de aquellas intenciones y aptitudes».

La jurisprudencia de nuestro TS ha entendido, igualmente, que el modelo de referencia para evaluar el correcto cumplimiento de la prestación es abstracto u objetivo. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 14 de marzo de 1978 (R. Ar. 815), de 18 de noviembre de 1980 (R. Ar. 4143), de 28 de febrero de 1983 (R. Ar. 1077), de 24 de enero de 1995 (R. Ar. 165). En la STS de 16 de marzo de 1983 (R. Ar. 1480) se hace referencia al «principio general de la culpa objetiva»; sin embargo, en la STS de 8 de febrero de 1991 (R. Ar. 1157) se apunta que no debe llevarse a cabo una abstracción absoluta del factor moral o psicológico presente en el sistema culpabilístico clásico, aunque esta sentencia sería más bien una excepción en la progresiva moderación del sistema subjetivista clásico, hacia una mayor objetivación de la diligencia, que ha llevado a cabo la jurisprudencia del Alto Tribunal.

De otro lado, la referencia a un modelo objetivo ha sido vista, como ya hemos señalado, como una vía de moderación del criterio clásico de culpa; en este sentido *vid.*, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual*, p. 59, que establece que el criterio objetivo de culpa es, en realidad, una vía indirecta de instauración de la responsabilidad objetiva. CAVANILLAS MÚGICA, S., *op. cit.*, *La transformación de la responsabilidad civil...*, pp. 59-64, por su parte, diferencia diversas formas de objetivación como medios paliativos del sistema subjetivista: de un lado, el hecho de que los medios probatorios en manos del deudor para demostrar su falta de culpabilidad (documentos, confesión, presunción, etc.) son de carácter objetivo; en segundo lugar, una segunda forma de entendimiento se encontraría en la defensa de la denominada «teoría normativa de la culpabilidad»; finalmente, la tercera forma estaría constituida por la apreciación en abstracto de la culpa.

⁵³ Así, la diligencia exigible, en defecto de pacto expreso que describa la diligencia que ha de prestarse en el cumplimiento de las obligaciones, deberá estar previamente determinada; como una vía de aseguramiento de la confianza de los acreedores en las actuaciones de sus deudores, como una medida que incentive la seguridad jurídica en las operaciones del tráfico. Es decir, la evaluación de la diligencia del deudor atendiendo únicamente a sus propias facultades, o sea, la diligencia *quam in suis*, no permite que el acreedor pueda conocer, *a priori*, qué puede esperar del deudor cuando contrata; todo ello sin olvidar que habrán de evaluarse las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, sin que estas circunstancias desvirtuen el carácter abstracto de la diligencia. Esta es la línea seguida por la STS de 9 de abril de 1963 (R. Ar. 1964), que diferencia entre dos aspectos en la previsibilidad de daños, es decir, en la diligencia que ha de desarrollar el deudor; haciendo así referencia a que el «aspecto objetivo radica en la diligencia que pueda esperarse de toda persona en atención a los efectos de sus actos u omisiones, y el

dor en defecto de pacto expreso sobre la diligencia debida o cuando la misma no pueda derivarse de la naturaleza de la obligación. Este modelo abstracto es el del empresario medio. Por ello, va a exigirse la diligencia que despliegan todos los empresarios en sus empresas, excluyendo, por tanto, la diligencia que prestarían los empresarios más cuidadosos (muy diligentes, aspecto que determinaría la concurrencia de culpa levísima) o la que desarrollarían incluso los empresarios menos cuidadosos (poco diligentes, que, por su parte, supondría la existencia de culpa grave).

De la anterior reflexión se infiere que el legislador no ha querido introducir una graduación de culpas; tal sistema está, en efecto, excluido de nuestro sistema jurídico. Como sustitutivo, en el artículo 1103 CC se otorga a los Tribunales la facultad de moderar la culpa o negligencia⁵⁴. Pero los Tribunales habrán de basarse

subjetivo en la posibilidad dada a un sujeto determinado de prever las circunstancias en la situación del caso concreto, habiendo de determinarse en principio la diligencia exigible, según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso».

En este sentido se pronuncian los autores también al analizar, en concreto, el estándar de diligencia del ordenado comerciante. *Vid.*, ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-668, que establece que dicho modelo es objetivo aunque haya de concretarse atendiendo a las características concretas de la empresa; sin embargo, han de excluirse todo tipo de interpretaciones subjetivistas, que atiendan a la capacidad y pericia personal de cada administrador; sin embargo, sí admitirá que habrá de evaluarse la posición que ostentan los administradores dentro del órgano de administración, a los efectos de evaluar el cumplimiento de sus obligaciones, así, por ejemplo diferencia si se trata del Presidente o del Secretario del Consejo de Administración, ya que, cada uno de ellos tendrán un estatuto o posición orgánica especial; es más, esa diligencia general abstracta del ordenado comerciante, se modulará, de igual manera, cuando concurran especiales circunstancias, así, cuando la sociedad se encuentra afectada por una OPA, la actuación de los administradores será diferente, atendiendo a que sobre ellos pesarán obligaciones especiales; en definitiva, habrá que atender a las circunstancias que rodean la prestación. *Vid.* también QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 199-200, que podría parecer que se sitúa en un terreno más subjetivista, a primera vista; sin embargo, no es así, de un lado, admite que la diligencia a prestar es la diligencia media exigible a un comerciante ordenado, precisando, de otro lado, que «la referencia al ordenado comerciante no supone de forma automática la valoración de la conducta del administrador desde un criterio homogéneo en todos los casos, sino que, por tratarse de un concepto abierto, la determinación de su contenido sólo puede hacerse a la luz del caso concreto, estableciendo qué es lo exigible en cada situación, sin perjuicio de admitir la existencia de un elemento abstracto de medida coincidente con el tipo profesional medio de empresario»; en conclusión, establece, en primer término que el modelo de referencia es abstracto u objetivo y, en segundo término, que, manteniéndose ese elemento objetivo, el mismo habrá de concretarse en cada supuesto analizado; en el mismo sentido, POLO, E., *op. cit.*, t. VI. Los administradores y el Consejo de Administración..., p. 133.

⁵⁴ Para un análisis detallado de la facultad moderadora del artículo 1103 CC, *vid.* DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, «La facultad moderadora...», pp. 1133-1224; DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, *Fundamentos del Derecho Civil...*, 2.ª ed., pp. 723-724; CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, pp. 219-220; PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, *Compendio de Derecho Civil...*, p. 138; BADOSA COLL, F., *op. cit.*, *La diligencia y la culpa...*, pp. 74-75; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, julio-septiembre, 1991, pp. 1025-1043, del mismo autor, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, octubre-diciembre, 1993, p. 1742.

ALBALADEJO, M., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, matiza, acertadamente, que no se otorga una total facultad moderadora sino que los Tribunales, basándose en el modelo del artícu-

en la diligencia tal y como ha sido descrita en el artículo 1104 CC; así, respetar, en la medida de lo posible, el pacto de las partes, de un lado, y, de otro, el modelo del ordenado empresario. Esta facultad moderadora determinará la cuantía indemnizatoria. La facultad otorgada en el artículo 1103 CC permitirá, igualmente, que, apreciada la culpa del deudor y la del acreedor, se produzca la compensación de culpas o la primacía de una de ellas. En esta apreciación *será requisito esencial la buena fe*⁵⁵ del deudor a la hora de señalar los daños indemnizables (arts. 1107, 7.1 CC y 57 C. de c.).

Por tanto, el modelo del ordenado empresario y todos los modelos generales *serán abstractos pero no estáticos*, ya que, además de someterse al arbitrio judicial, deberán especificarse con las circunstancias del caso. En conclusión, *todos los empresarios, para no ser*

lo 1104 CC, habrán de adaptarlo al caso concreto; JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 127-133, entiende, adecuadamente también, que la facultad moderadora de los Tribunales no podrá modificar el nivel de diligencia del buen padre de familia y sólo servirá para determinar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, *Derecho Civil español*, pp. 219-220, en contra, establece que el arbitrio judicial, atendiendo al artículo 1104.1 CC, irá más allá, puesto que su labor alcanzará incluso a la facultad de fijar cuál es la diligencia exigible; al respecto hay que señalar que la facultad moderadora de los Tribunales debe basarse en las prescripciones del artículo 1104 CC y, por ende, en la especial naturaleza de la obligación y las circunstancias, no existiendo, en definitiva, un libre arbitrio judicial; de tal manera que, dicha facultad deberá centrarse en la fijación de la cuantía indemnizatoria y, en su caso, en la compensación de culpas, todo ello en aras de una mayor seguridad en las relaciones del tráfico, es decir, para permitir el conocimiento previo del nivel de diligencia exigible, sin que sea preciso esperar a que sea fijada por los Tribunales en cada caso.

Vid. SSTs de 14 de octubre de 1952 (R. Ar. 1855), de 20 de diciembre de 1960 (R. Ar. 4752), de 11 de diciembre de 1981 (R. Ar. 5154), de 24 de septiembre de 1983 (R. Ar. 4677), de 25 de enero de 1989 (R. Ar. 126), de 19 de febrero de 1990 (R. Ar. 700), de 31 de diciembre de 1990 (R. Ar. 9539), de 5 de febrero de 1991 (R. Ar. 992), de 18 de febrero de 1991 (R. Ar. 1446), de 11 de julio de 1992 (R. Ar. 6281), de 22 de diciembre de 1993 (R. Ar. 10105), de 7 de mayo de 1994 (R. Ar. 3890), de 26 de septiembre de 1994 (R. Ar. 8989) y de 24 de febrero de 1995 (R. Ar. 1111).

⁵⁵ Para un estudio conjunto de la buena fe y la diligencia del artículo 1104 CC, *vid.* JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 135-150. *Vid.* el amplio análisis de MONTÉS PENADÉS, Vicente, «Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el artículo 1107 C.c.», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2423-2462, sobre el deudor de buena fe en el artículo 1107.1 CC; este autor llega a la conclusión de que la jurisprudencia del TS, al estar anclada en el sistema culpabilístico, no posibilita aplicar de forma correcta el artículo 1107.1 CC a la hora de evaluar los daños por los que ha de responder un deudor de buena fe; así, la rigidez del TS en la prueba del daño por el acreedor (exigiendo que se pruebe de forma clara la realidad del daño, extendiéndose en algunos supuestos hasta la cantidad, para que exista indemnización de daños y perjuicios) impide, igualmente, la correcta aplicación del artículo 1107.1 CC; por todo ello, propone distinguir entre los daños íntersecos o el *id quod interest* (como valor de la prestación en sí misma) y los daños extrínsecos o ulteriores; en los primeros (daños intrínsecos) bastaría con que el acreedor probara el incumplimiento y el valor de la prestación (si no estuviera determinado), mientras que en los segundos (daños extrínsecos) sí debería exigirse una prueba suficientemente acreditativa por parte del acreedor. *Vid.* DÍEZ PICAZO, L., *op. cit.*, *Fundamentos del Derecho civil...*, 4.ª ed., pp. 587-588; PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, «El sistema de responsabilidad contractual...», pp. 1025-1043.

*negligentes, y a falta de definición de la diligencia, deberán prestar la diligencia de un ordenado empresario, atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*⁵⁶. Sin perjuicio de que el modelo del ordenado empresario

⁵⁶ Vid. en este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 199-200, que precisa que el contenido del «orden en el ejercicio del comercio» tendrá un aspecto que es determinable desde el principio, atendiendo a que las normas ofrecen un conjunto de obligaciones y deberes que constituyen los elementos mínimos en ese orden exigido; pero, de otro lado, existen aspectos que no pueden determinarse de antemano, a tal efecto, esos elementos que no pueden ser objeto de previa determinación van a depender del caso concreto, debido a que el juicio de valor sobre el cumplimiento con la diligencia de un ordenado comerciante, en el caso del administrador, pero extensible a todos los ámbitos en los que el deudor ha de comportarse como un ordenado comerciante, deberá llevarse a cabo de acuerdo «con el interés de la sociedad en cada momento, ya que dicho juicio es sobre la oportunidad de un acto de gestión, para valorar su adecuación al tipo de diligencia exigida»; en esta línea, las circunstancias del tiempo, lugar y de la persona serán esenciales, ya que como precisa el autor (vid. nota 14, pp. 199-200) dicho juicio sobre el cumplimiento diligente habrá de realizarse considerando el momento de adopción de las medidas de gestión por el administrador o la época en que se llevaron a cabo; por tanto, «valorando las circunstancias concurrentes, sin perjuicio del grado de previsión exigible a un ordenado comerciante». En la misma línea vid. ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-669; vid. GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, p. 161, que establece que tal diligencia tiene un carácter rígido pero no estático, por lo que ha de adaptarse a las circunstancias.

POLO, E., *op. cit.*, «T. VI. Los administradores y el Consejo de Administración...», pp. 133-134, determina que el modelo del ordenado empresario es difícil de predeterminar, atendiendo a que habrán de evaluarse las circunstancias concurrentes, pero manteniendo el tipo abstracto; de tal manera que la prestación acorde a la diligencia debida podrá apreciarse comparando la actuación, no con la diligencia requerida en general a los empresarios, sino con la exigida en el sector de actividad de la empresa. En esta línea, VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, «Pago de cheque falso o falsificado y concurrencia de culpas (dos sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife)», *RDBB*, núm. 50, abril-junio, 1992, p. 263, que ha establecido, respecto del empresario bancario, y para destacar estas mayores cautelas y mayor nivel de diligencia que ha de desplegar, que «por su actuación profesional, debe requerirsele la más rigurosa de un empresario ordenado de ese sector del tráfico». GARRETA SUCH, J. M., *op. cit.*, *La responsabilidad de los administradores...*, p. 78, matiza que la diligencia del ordenado empresario, en todo caso, ha de adecuarse al tiempo y al lugar, precisamente, porque no es equivalente la diligencia debida en una actividad de servicio, como la Banca, o en una de producción, como la fabricación, ni en un período expansivo, que en un período de restricción.

En este sentido se pronuncia FORTINO, M., *op. cit.*, *La responsabilità civile...*, p. 23, al establecer que la diligencia se evaluará conforme a un modelo abstracto y relativo a la vez, ya que varía según las situaciones. Igualmente, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, *La responsabilidad contractual...*, pp. 120-121, que señala que «El carácter objetivo de la diligencia (determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes del deudor) no es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que ésta se produce»; ALBALADEJO, M., *op. cit.*, *Derecho Civil...*, p. 1688; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, pp. 292-296. Igualmente, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico...*, pp. 424-431; DE COSSIO, A. L., «La causalidad en la responsabilidad civil...», pp. 539-540; SANTOS BRIZ, J., *op. cit.*, «La culpa en Derecho Civil...», pp. 616-618; CATTANEO, G., *op. cit.*, *La responsabilità del professionista*, pp. 53-55; SAVATIER, R., *op. cit.*, *Traité de la responsabilité civile...*, t. I, núms. 99-101; GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit anglo-américain...*, p. 84; JACKSON, R. M., y POWELL, J. L., *Professional Negligence...*, núm. 1.27. GREGOIRE, P., *op. cit.*, *Le droit anglo-américain...*, pp. 86 y ss., alude a un cierto subjetivismo, al entender que la edad y características físicas serán esenciales para determinar el *standard of care*; aludiendo, con ello, al problema planteado con los inimputables a la hora de fijar cuál es la diligencia de la persona razonable; señala

será un parámetro de referencia que ha de guiar la actuación de cualquier empresario, dicho modelo del ordenado empresario se matiza, puesto que corresponderá al concreto sector de actividad analizado, debido a que la diligencia requerida *in genere* a todo empresario por el hecho de ser tal habrá de complementarse con las específicas exigencias de la actividad evaluada⁵⁷ (transporte, banca, seguros, inversión, telecomunicaciones, etc.).

Es claro, entonces, que, además, y con el fin de completar el nivel general de diligencia del ordenado empresario, habremos de acudir a la concreta empresa, o sea, a la actividad específica que lleva a cabo el empresario; tendremos presentes las características propias de la empresa analizada.

V. EL ESTÁNDAR DEL EMPRESARIO CULPABLE EN LA CALIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES CONCURSALES

1. Los empresarios, como tales, habrán de tener mayor previsión y cautela en los negocios que emprenden; los riesgos asumidos deberán garantizar la continuidad y solvencia de la empresa,

que la mayoría de las decisiones judiciales en el ámbito del *commow law* no tendrán en cuenta este carácter especial, todo ello debido a que el carácter objetivo se acentúa en este punto, puesto que sería injusto para el dañado que no fuera indemnizado, atendiendo a que el autor no debe responder por ser demente, un deficiente mental, etc., aportando a este respecto la solución a la que se llega en el Derecho belga, con el artículo 1386 bis del CC belga, que señala que «*lorsqu'une personne se trouvant en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale la rendant incapable du contrôle de ses actions, cause un dommage à autrui, le juge peut la condamner à toute ou partie de la réparation à laquelle elle serait astreinte si elle avait le contrôle de ses actes. Le juge statue selon l'équité, tenant compte des circonstances et de la situation des parties*»; estableciendo, igualmente, que esta es la solución adoptada en el Derecho alemán y suizo. Vid. STS de 6 de mayo de 1994 (R. Ar. 3888).

⁵⁷ En este sentido se pronunciaban GARRIGUES, J., y URÍA, R., *op. cit.*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, pp. 159-160, que establecieron que la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, exigida a los administradores de las sociedades anónimas (y, añadimos, de las sociedades de responsabilidad limitada), no se referirá a cualquier tipo de sociedad, sino que hará referencia a la singular empresa en la que el administrador ostenta su cargo; en concreto, establecen que no puede ser la misma diligencia la de un administrador de un Banco que la del administrador de una compañía de transportes y así es, atendiendo a que la posición de la empresa que gestiona y representa es distinta. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, *La responsabilidad civil de los administradores...*, pp. 197-198, nota 6, establece que la pericia o capacidad técnica del administrador, en definitiva, del ordenado comerciante, deberá evaluarse en función de la concreta actividad ejercitada; debiendo analizar las dimensiones de la empresa, el sector económico en que opera la sociedad y el interés de ésta y, es más, estima que estas conclusiones vienen impuestas por el artículo 1104 CC, al vincular «*la diligencia exigible a la propia obligación*». En el mismo sentido ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores...», pp. 667-668, que precisa que la diligencia del ordenado comerciante deberá evaluarse atendiendo a una interpretación objetiva del deber de diligencia, de acuerdo con el tipo y la magnitud de la empresa.

atendiendo a que sobre los empresarios pesan estrictos deberes de control de su actividad económica (deber de llevanza de contabilidad y registro, entre otras). Estrictos deberes que se refuerzan, por ejemplo, con las entidades de crédito. Por lo tanto, deberán evitar las situaciones de insolvencia, en particular, que den lugar al concurso, en aras de la protección de los acreedores y de la continuidad y desarrollo del sistema económico.

En este sentido, el C. de c., al regular las normas de la quiebra, en concreto, de la quiebra culpable (arts. 888 y 889 C. de c.), delimitaba, *a contrario*, qué era un empresario ordenado y diligente, ya que, no desarrollando su empresa de la manera enunciada, se comportará como un empresario ordenado y prudente y, evitaba, en mayor medida, la posibilidad de no poder satisfacer las necesidades de sus acreedores; sin perjuicio de que pudiera tener lugar igualmente la quiebra cuando no estuviésemos ante una quiebra culpable o fraudulenta. Dichas normas precisaban lo siguiente:

1) En el artículo 888 C. de c. se recogían varios elementos de delimitación de la quiebra culpable, destacando el que sigue: el empresario era culpable si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas, o de compras y ventas u otras operaciones que tuvieran por objeto dilatar la quiebra⁵⁸.

La referencia que se hacía en el artículo 888 C. de c. a la existencia de culpabilidad cuando los gastos domésticos y personales hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y familia, sólo debía ser de aplicación a los empresarios individuales pero no a los empresarios sociales. De otro lado, se aludía, como elemento de estimación de la actuación negligente del comerciante, a la existencia de pérdidas, originadas por cualquier especie de juego, que excedieran de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia; hemos de precisar que tal referencia no sería adecuada en general para ningún empresario, atendiendo a que estamos siempre ante una persona que desarrolla una actividad comercial o empresarial, no ante un deudor normal, así, la previsión que ha tener un empresario en este tipo de actividades será superior.

⁵⁸ Sobre los supuestos contemplados en el artículo 888 C. de c., destacar las reflexiones de CORDÓN MORENO, Faustino, *Suspensión de pagos y quiebra*. Una visión jurisprudencial, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 273, que determinaba que en tales casos se aludía a supuestos en los que se pone de manifiesto una absoluta imprudencia en el manejo y dirección de los negocios, con falta de celo y despreocupación.

Respecto de estos dos parámetros para la calificación de la quiebra como culpable, hemos de señalar que es claro que el legislador decimonónico, al regular la quiebra, tenía presente al comerciante individual, de pequeña envergadura; así es por las referencias a las actuaciones domésticas o personales, al rango y familia del comerciante o incluso por lo que respecta a las alusiones a las actividades de juego; circunstancias ajenas, todas ellas, al marco de los empresarios sociales⁵⁹.

2) El artículo 889 C. de c. establecía, igualmente, varios criterios, destacando el siguiente: será culpable el comerciante cuando no hubiere llevado los libros de contabilidad en la forma y con los requisitos esenciales e indispensables, recogidos en el Título III del Libro primero, o cuando los hubieren llevado pero hubiera incurrido en falta que perjudicase a tercero; es decir, habrán de respetarse las normas de contabilidad en sentido formal y material. Dicha presunción de actuación culpable por parte del empresario era destruable mediante prueba en contrario, al tratarse de una presunción *iuris tantum*. Como precisamos, la llevanza de libros de contabilidad entrará dentro de la diligencia a seguir por un ordenado empresario en su actuación; la continuidad de un negocio de forma ordenada tiene una clara plasmación en este punto, se trata de un elemento donde se refleja de forma transparente la actividad

⁵⁹ En este sentido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F., «Las crisis bancarias y la crisis del Derecho Concursal. Orientaciones de política legislativa en el momento presente», en *RDBB*, núm. 11, julio-septiembre, 1983, pp. 535-536, donde establece que las situaciones contempladas en el C. de c. para la calificación de la quiebra se muestran absolutamente inadecuadas para las situaciones de crisis de las empresas bancarias; el legislador tenía en mente a un modesto comerciante, a un «*tendero*»; esta tendencia del legislador no sólo se manifiesta en los indicios de actuación culpable recogidos en el artículo 888 C. de c., a los que hemos aludido en el texto, sino que, como precisa SÁNCHEZ CALERO, también se ponen de relieve en el artículo 913 C. de c., al contemplar la prelación de acreedores, primando los gastos de entierro, funeral o testamentaria; finalmente, hemos de precisar que el autor alude a otro aspecto inadecuado, en general, del proceso de quiebra y, en particular, por su aplicación a las empresas bancarias, se trata de la contemplación de un procedimiento de mera liquidación de bienes, para satisfacer a los acreedores, sin pretender la continuidad del negocio, esta línea es abandonada con la actual legislación concursal. *Vid.* también sobre las crisis de las empresas bancarias, IGLESIAS PRADA, Juan y SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, «Perfiles generales de la crisis en la Banca contemporánea», en *RDM*, núm. 171, enero-marzo, 1984, pp. 47-77; PIÑEL LÓPEZ, Enrique, «El Anteproyecto de Ley concursal desde la perspectiva bancaria», en *RDBB*, núm. 15, julio-septiembre, 1984, pp. 575-586.

Contamos con una ley especial para las situaciones concursales de las entidades de crédito, se trata de la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito («BOE» núm. 97, de 23 de abril de 2005). Pretende la armonización comunitaria europea para el buen funcionamiento de los procesos concursales transfronterizos, es decir, afecta a las entidades de crédito que realicen una actividad transfronteriza. Se siguen las disposiciones de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento y el Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, introduciendo una serie de especialidades. La Ley de Ordenación Bancaria, de 31 de diciembre de 1946, es modificada en parte; también se modifica la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

desarrollada y un instrumento de protección de los acreedores que contratan con los empresarios⁶⁰.

2. La actual Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio⁶¹), pese a establecer un procedimiento conjunto para deudores empresarios y no empresarios⁶², especifica a la hora de la calificación del concurso como culpable. El artículo 164.2 señala que el concurso se considerará culpable en todo caso cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente tal obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara. Además, se presume que hay dolo o culpa grave, salvo que se aporte prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, los representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso (concurso obligatorio) o si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría (cuando deba hacerlo) o si, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el

⁶⁰ Vid. CORDÓN MORENO, F., *op. cit.*, *Suspensión de pagos y quiebra...*, p. 273, que destaca que la llevanza de la contabilidad en forma defectuosa y sin cumplir los requisitos adecuados determinaba la culpabilidad del quebrado pero no el carácter fraudulento de su actuación; carácter fraudulento que concurría cuando se producía la total ausencia de contabilidad.

En este sentido se pronuncia la STS de 18 de noviembre de 1970 (R. Ar. 4806), al establecer que la falta de cumplimiento de requisitos en la llevanza de la contabilidad no constituye una actuación de carácter fraudulento; así, en el supuesto analizado se habían producido tachaduras, emiendas, raspaduras y espacios en blanco; tales aspectos, en consecuencia, conllevan la aplicación de la presunción de culpabilidad del empresario. En la misma línea, la STS de 24 de abril de 1984 (R. Ar. 1968). La STS de 2 de marzo de 1990 (R. Ar. 1661) aborda un supuesto en el que se dejó de llevar el Libro Mayor durante el período en que era exigible, es decir, antes de la reforma llevada a cabo en el año 1989 en este punto; en tal caso, sin embargo, no se estimó que concurría una actuación fraudulenta por parte del empresario, atendiendo a que, cuando el artículo 890 C. de c. aludía a la inexistencia de libros de contabilidad, como elemento determinante de la existencia del carácter fraudulento en la quiebra, se hacía referencia a supuestos de total ausencia de libros al respecto; en el caso, además de tratarse de un solo libro, la falta de llevanza de éste se sustituyó por otros medios más modernos de contabilidad, en concreto, por máquinas contables y fichas; en definitiva, la apreciación de la actuación culpable del empresario había de llevarse a cabo con cierto margen, sin atender a una interpretación estricta. Vid. sentencias recogidas por GARCÍA GIL, F. Javier, *La suspensión de pagos y la quiebra en la jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 1984, pp. 358-360.

Vid. sobre la quiebra fraudulenta STS de 16 de julio de 1991 (R. Ar. 5390) y reflexiones de CORDÓN MORENO, F., *op. cit.*, «Suspensión de pagos y quiebra...», pp. 273-278, donde recoge la interpretación jurisprudencial al respecto.

Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Concordancias y discordancias entre quiebras penales y mercantiles», en *RDM*, octubre-diciembre, 1958, pp. 255-263, en particular sobre la quiebra culpable, pp. 255-258.

⁶¹ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

⁶² Vid. GABEIRAS VÁZQUEZ, Patricia, y ARROYO ÁLVAREZ DE TOLEDO, Francisco, «¿Cómo afectará la nueva Ley Concursal a los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos en curso?», *DN*, núm. 166-167, julio-agosto, 2004, p. 17.

Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso. Por lo que, para apreciar la existencia de culpa del deudor empresario se seguirá el parámetro de la diligencia debida de un ordenado empresario⁶³.

Para concluir, hemos de precisar que la necesidad de observar estos requisitos con el fin de evitar la calificación como culpable del concurso son parámetros de diligencia que habrá de seguir, en general, el empresario en su actuación. Entendemos que actualmente, pese a la Ley Concursal, que iguala a los deudores no empresarios y los empresarios, dichos parámetros habrán de guiar su actividad para evitar la existencia de situaciones de insolvencia.

VI. CONCLUSIONES

Analizados los aspectos que delimitan la diligencia debida de los empresarios, las conclusiones son las que siguen:

1. La actuación de los empresarios ha de ser cautelosa y emprendedora a la vez, con el fin de respetar el parámetro del ordenado empresario. Es decir, al empresario le es exigible un nivel de previsión superior a la del común ciudadano, ya que ha de evaluar la incidencia de su actuación en la solvencia de la empresa, para proteger sus propios intereses y los de sus acreedores; pero, junto a estos elementos de prudencia, han de concurrir elementos de iniciativa, iniciativa empresarial, de tal forma que, si bien es cierto que no habrá de arriesgar más allá de lo debido en sus inversiones y actividades, en general, no ha de dejar de realizar dichas inversiones, contratos, etc., por miedo a incurrir en responsabilidad. Por lo tanto, al igual que es inherente al carácter empresarial la mayor capacidad de previsión y análisis de los riesgos de las operaciones, lo es la capacidad de iniciativa, propia de su carácter empresarial, puesto que sin la capacidad de iniciativa dejaría de ser un empresario.

2. *Un ordenado empresario* es el empresario que desarrolla su concreta actividad empresarial con la diligencia media exigible. Un ordenado empresario es la persona que tiene conocimientos, al menos, de la práctica comercial nacional, pudiendo contar, *inclusive*, con conocimientos de la práctica comunitaria e internacional,

⁶³ En esta línea, JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (Dirección) y HERMIDA, Carmen y GARCÍA, Eduardo (Coordinación), *La nueva regulación concursal*, Madrid, Colex e Instituto de Empresa –Business School–, 2004, p. 421, donde indican que debe abandonarse la referencia al buen padre de familia.

atendiendo a que es un profesional y a que se dedica habitualmente a estas tareas. Así, un ordenado empresario, además de ser un profesional, por ser característica inherente al propio concepto de comerciante, es un empresario, en consecuencia, su diligencia habrá de ser superior, ya que sobre él pesan mayores obligaciones (deber de llevanza de contabilidad, sometimiento a los deberes de inscripción en el RM y a las consecuencias de dicha inscripción), es decir, estará sometido al estatuto del empresario (actualmente disminuido parcialmente por la equiparación entre deudores empresarios y no empresarios en las situaciones concursales).

En definitiva, *la calificación de un deudor como empresario no será relevante únicamente a efectos terminológicos sino que conllevará consecuencias importantes, al someter al empresario al estatuto del empresario y elevar su nivel de diligencia, instaurando mayores cuidados y cautelas.*

3. Además, no hemos de olvidar que la diligencia media exigible a un empresario deberá adecuarse al concreto sector de actividad en el que desarrolla sus operaciones (Banca, seguros, inversión, transporte, telecomunicaciones, etc.).

Este trabajo analiza la debida diligencia de los empresarios en sus actuaciones: el estándar mercantil de diligencia. Es preciso para ello descartar que se trata de la propia de un buen padre de familia para abrazar el modelo o parámetro de diligencia del ordenado empresario. El ordenamiento jurídico suministra elementos para la descripción del mismo; así se plasma en el art. 1124 C.c, la LSA, la LSRL y la Ley Concursal, entre otras normas, junto con la doctrina y la jurisprudencia. Siendo de gran ayuda el estudio de instrumentos de Derecho Comparado e internacionales.

RESUMEN

Este trabajo analiza la debida diligencia de los empresarios en sus actuaciones: el estándar mercantil de diligencia. Es preciso para ello descartar que se trata de la propia de un buen padre de familia para abrazar el modelo o parámetro de diligencia del ordenado empresario. El ordenamiento jurídico suministra elementos para la descripción del mismo; así se plasma en el art. 1124 C.c, la LSA, la LSRL y la Ley Concursal, entre otras normas, junto con la doctrina y la jurisprudencia. Siendo de gran ayuda el estudio de instrumentos de Derecho Comparado e internacionales.