

# La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones\*

**LUIS HERNANDO CEBRIÁ**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho mercantil (acreditado a Profesor Titular)  
Departamento Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»  
Universitat de València

## RESUMEN

*La reforma llevada a cabo por la ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo ha supuesto un desarrollo relevante del régimen de deberes de los administradores en las sociedades de capital. A su vez ha traído a esta órbita la recuperación de la «buena fe» a través del desarrollo del contenido de los deberes de diligencia y lealtad; pero, sin embargo, al hilo de las tendencias actuales del Corporate governance, la «buena fe» no ha adquirido un carácter autónomo como deber de fidelidad. Con todo, la aplicación de este principio general a las relaciones surgidas de la posición de administrador, con inspiración en el desarrollo adquirido en otros ámbitos del Derecho, con particular significación en el Derecho de obligaciones y contratos, de una parte, y del mercado, de otra, exigen una adecuada adaptación al régimen de deberes de los administradores sociales. A partir de estas consideraciones, la «buena fe», junto con el cumplimiento de las leyes y los estatutos sociales, ha de servir tanto para ordenar los criterios generales de conducta de los administradores, como para integrar, en un plano inferior, los deberes de diligencia, en relación con la protección de la discrecionalidad empresarial, y de lealtad, ajustando el comportamiento de los administradores a la ética de los negocios y a las prácticas comúnmente aceptadas en el mercado.*

---

\* Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia «La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo» (DER2013-44438P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

**PALABRAS CLAVE**

*Deberes de los administradores, buena fe, diligencia, lealtad, leyes y estatutos, discrecionalidad empresarial, ética de los negocios.*

**ABSTRACT**

*The reform carried out by law 31/2014 for the improvement of corporate governance has supposed an important development in director' duties in Spanish Companies Act. In turn, the reform has brought recovery of the «good faith» through contents of the duties of care and loyalty, but, in line with current trends of Corporate governance, it has not acquired condition of an autonomous duty of fidelity. However, the principle of good faith arising from the position of director, with inspiration in the development acquired in other areas of law, with particular significance in law of obligations and contracts, on one hand, and the market rules, on the other, requires an adequate adaptation of the duties' regime of company directors. From these considerations, «good faith», together with compliance with laws and bylaws, shall serve both to establish the general criteria of conduct for directors and to integrate, on a lower plane, the duty of care in relation to the protection of the business judgment rule, and loyalty, guiding their behaviour to business ethics and commonly accepted market practices.*

**KEY WORDS**

*Directors' duties, good faith, care, loyalty, laws and bylaws, business judgment, business ethics.*

**SUMARIO:** I. *Introducción: La buena fe en el marco de la reforma de los deberes de los administradores sociales.*–1. Una vieja cuestión.–2. La progenie de la crisis económica. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.–II. *La buena fe en sede de deberes de los administradores sociales: sus implicaciones.*–1. La buena fe como requisito de la regla de la protección de la discrecionalidad empresarial del deber de diligencia. 1.1. *Ámbito de aplicación.*–1.2. La necesidad de motivación y la decisión racional o razonada.–2. La buena fe como presupuesto del deber de lealtad: conexiones con el «mejor interés social».–3. *Extensión del deber de lealtad: posibles inmersiones en el deber de diligencia.*–3.1. *Implicaciones: el régimen de carácter imperativo y su dispensa y las acciones por deslealtad.*–3.2. *Supuesto paradigmático: el deber de vigilancia y supervisión.*–III. *La conformación de la buena fe entre los deberes de los administradores sociales.*–1. La buena fe y el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes y los estatutos.–2. La buena fe como deber independiente.–3. La buena fe como principio integrador de la conducta exigible.–3.1. La buena fe en el ámbito de los principios generales.–3.2. La buena fe objetiva en el Derecho mercantil y su trasposición al Derecho de sociedades.–4. Una aproximación al Derecho del mercado. Propuesta de *lege ferenda.*–IV. *Reflexiones conclusivas.*

## I. INTRODUCCIÓN: LA BUENA FE EN EL MARCO DE LA REFORMA DE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

### 1. UNA VIEJA CUESTIÓN

La necesidad del cumplimiento de los acuerdos según los dictados de la buena fe goza de una amplia tradición a partir del brocardo del *honeste vivere*<sup>1</sup>. También en el marco de las relaciones nacidas del contrato de sociedad, con diversas consideraciones, se puede encontrar la pervivencia de este principio general del derecho. Tanto en la conformación de las antiguas *commendas* marítimas como en la delimitación de las compañías y de las sociedades se advertía la presencia de un deber de fidelidad entre quienes participaban del negocio en común<sup>2</sup>.

En primer lugar, con la evolución de préstamo a la gruesa o de la *commenda* feudal a la *commenda* comercial o *ad usum maris*, donde se mantiene la premisa de que *commendare autem est depone*, el inversor pasó a asumir una determinada participación en las ganancias. La *commenda* precisó, para su desarrollo, la suficiente seguridad como fórmula de participación en una comunidad de intereses frente a otros métodos de financiación «externa» de la actividad empresarial, de modo que el inversor estuviera dispuesto a aceptar los riesgos que tal actividad entrañaba<sup>3</sup>. En tales términos requería la doble condición de un derecho a la distribución de los beneficios obtenidos y la ausencia de engaño, mediante el reconocimiento expreso de un deber o «juramento» de fidelidad, del cual era instrumental la llevanza y el control de una «contabilidad» que reflejara, como hoy en día, la «imagen fiel» de los negocios<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ulpiano, Digesto 1, 1, 10.

<sup>2</sup> Sobre el proceso de evolución de la universalidad de la comunidad familiar a la particularidad de la sociedad colectiva, y de las cuentas en participación a las sociedades comanditarias, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, (Teoría general, Sociedades colectivas y comanditarias), Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, pp. 377-378.

<sup>3</sup> Sobre la evolución del préstamo marítimo a la *commenda*, donde además del «riesgo del mar y de las gentes» ambos, mercader y financiero, *tratactor* y *stans*, compartían el riesgo comercial y las ganancias, GONZÁLEZ DE LARA, Y., «Respuestas contractuales a cambios institucionales: Un análisis histórico institucional», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 812, 2004 (Ejemplar dedicado a: Historia empresarial: juegos, contratos y grupos), pp. 91-104, destaca la relevancia de la intervención del estado veneciano a través de la imposición de medidas institucionales para el control de las cuentas de los comerciantes mediante una «contabilidad completa justa, verdadera, sin engaños, ni malas intenciones», como la verificación de los diferentes hechos que puedan afectar a la actividad, la organización de convoyes, o la organización de un cuerpo de oficiales a los que se confiaba las decisiones de la navegación y el castigo a los estafadores.

<sup>4</sup> GARCÍA SANZ, A., «Un contrato de *commenda* de 1221», *Ausa*, vol. 2, núm. 27, 1959, pp. 166-172, señala que aunque en la *commenda* comercial se prescinde del jura-

Otro tanto se presenta en los orígenes de la compañía «mercantil, de comercio o de mercaderes», donde el sustento del grupo familiar se manifestaba en la unidad para la compartición del pan común. Este carácter eucarístico de la sociedad nació del «corpo» del patrimonio que los miembros de la familia afectaban de forma irrevocable al fin social, donde luego se añadirán los fondos de otros familiares o socios, o incluso de terceros, con distinta estabilidad en la entidad. Pero con las sociedades también apareció la posibilidad de eventuales confrontaciones, desde el momento que cada uno de los socios podía actuar en su propio interés («res mea agitur»), que fueron integradas mediante el reconocimiento de un «deber de fidelidad», *affectio societatis* de intensidad variable, según su posición y las características de la sociedad (vgr., posición de control, sociedades de capital diversificado, pequeña empresa o sociedad, o de corte familiar)<sup>5</sup>.

Sin embargo, cuando entre los socios aparecen unos socios-administradores o unos admiradores terceros tiene lugar una traslación de la custodia de intereses hacia la tutela de un interés ajeno («res tua agitur»). Su actuación se ha de adaptar asimismo a las exigencias de la buena fe, en tanto que aquéllos depositan en éstos su confianza para una adecuada gestión de los asuntos sociales. Empero, al igual que entre los socios la sociedad constituye un contrato de colaboración más o menos abierto, según la modelación estatutaria y la regulación de la figura, la relación entre el administrador y la sociedad se define bajo sus propios parámetros. Por mor de su designación entre los socios o por la junta general, el administrador se sujeta al cumplimiento de unos deberes fiduciaros con sus consocios o con la sociedad, pero, al mismo tiempo, ha de gozar de un suficiente margen de discrecionalidad en el ejercicio de su función.

En esta continua tensión, la buena fe, como principio general, ha de jugar un papel determinante, aunque necesitado de la oportuna concreción, para asentar las relaciones entre socios y administradores, así como para ordenar su conducta al «interés social». Ciertamente, otras cláusulas generales como la moral, el orden

---

mento de fidelidad que caracterizaba a la *commenda* feudal, sí que se mantienen locuciones sacramentales como la expresión *sine enganno*, que no puede ser entendida, como hiciera Sayous, en términos de ganancia, sino de engaño.

<sup>5</sup> GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 297 y 376, alude al origen de las sociedades familiares, y a su ampliación por la fuerza expansiva de la vida de los negocios para la conformación de figuras societarias y parasocietarias múltiples, que se trasladó luego a la confianza depositada en los administradores; y, aun en las sociedades de capitales, mantiene un deber de fidelidad exigido por la regla general de la buena fe, que obliga también a la observancia de las buenas costumbres y a la prohibición del abuso de derecho.

público, el perjuicio de terceros o los usos mercantiles y las buenas costumbres pueden tener una fuerza integradora del comportamiento debido de los administradores sociales. Junto a ellos, las reglas de general aplicación a las normas jurídicas, como el fraude de ley o el abuso de derecho, pueden adaptar los aspectos formales de la regulación a la realidad sustantiva. Esto ha dado lugar a instituciones ya características del Derecho de sociedades de nuestro tiempo como el administrador de hecho, la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica o el abuso de la posición jurídica del socio<sup>6</sup>.

De nuevo, ante la necesidad de conceder una mayor seguridad a socios e inversores a raíz de las relaciones entre los administradores y la sociedad y los restantes sujetos que resultan afectados por su actividad, se ha de prestar una renovada atención a las exigencias de la buena fe en el marco de estas relaciones. Se trata, con todo, de una vieja cuestión, tratada *in illo tempore* desde las olvidadas fórmulas sacramentales del Medievo, que ha resurgido en tiempos recientes por la influencia de los principios del movimiento del *Corporate Governance* a través de los llamados «costes de agencia»<sup>7</sup>.

## 2. LA PROGENIE DE LA CRISIS ECONÓMICA. LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

Las reformas en la regulación española en esta materia, inspiradas en buena medida por las tendencias del *Corporate Governance*, ha llevado a continuos vaivenes legislativos a la hora de regular los deberes generales de los administradores sociales, para llegar, finalmente, al mismo punto de partida. Como resultado, también se ha de decir, en la actualidad nos hallamos en presencia de un régimen que, como resulta evidente, está mucho más desa-

---

<sup>6</sup> Por todos, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003; BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006; y en nuestra obra, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. (control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad)*, Bosch, Barcelona, 2013.

<sup>7</sup> Resumen la doctrina de los «problemas de agencia», por muchos, SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», *Boston University Law Review*, núm. 91, 2011, pp. 1039-1049, pp. 1040-1; y ARMOUR, J./HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement», en *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2009, pp. 35-53. En su origen, desde esta perspectiva, BERLE, A. A., «Corporate Powers as Powers in Trust», *Havard Law Review*, núm. 44, 1931, pp. 1049 ss., y «From Whom Corporate Managers Are Trustees; A note», *ibidem*, núm. 45, 1932, pp. 1365 ss.

rollado con la actual regulación consolidada. Recuérdesse que la Ley de 17 de julio de 1951, sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, partía, en su artículo 79, de un modelo mixto basado en la diligencia y la lealtad, mediante la exigencia de la «diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». Más tarde, el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, solo añadió, como complemento, un deber de «secreto sobre las informaciones de carácter confidencial»<sup>8</sup>.

En las postrimerías del pasado siglo y en los albores del presente, los «Códigos de buen gobierno» para las sociedades cotizadas actuaron como punta de lanza en la recepción de las nuevas tendencias provenientes del *Common law*, con el consiguiente desarrollo de las conductas y el régimen aplicable a los administradores sociales en el ejercicio de su función<sup>9</sup>. La necesidad de reaccionar a algunos comportamientos que dieron lugar a sonados escándalos financieros con efectos a escala supranacional llevó a que el legislador optara, frente a la técnica del «comply or explain», como una suerte de *soft law* o «derecho opcional», por traspasar algunas de recomendaciones de buen gobierno al *hard law*, «derecho positivo», que en modo alguno, como se verá, constituye necesariamente un derecho imperativo irrenunciable.

Con el fin de promover una mayor seguridad jurídica del sistema de sociedades, 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,

---

<sup>8</sup> Fueron precursores de un tratamiento específico del materia, entre nosotros, PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996; y RUIZ-RICO RUIZ, C., «La responsabilidad de los administradores por conflicto de intereses de las sociedades de capital», *Revista de estudios jurídicos (REJ)*, núm. 3, 2000, pp. 309-326.

<sup>9</sup> El Código Olivencia (Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, de 26 de febrero de 1998) concluía, en su recomendación decimosexta, «Que la normativa interna de la sociedad detalle las obligaciones que dimanen de los deberes generales de diligencia y lealtad de los consejeros, contemplando, en particular, la situación de conflictos de intereses, el deber de confidencialidad, la explotación de oportunidades de negocio y el uso de activos sociales». Al hilo del anterior, el Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003), en su punto III.2.2. señalaba que «Por ello, la primera medida a adoptar para reforzar la eficacia del deber de lealtad consistiría en detallar -al menos en un nivel intermedio de especificación- las obligaciones básicas derivadas del principio general, como sugería ya el Informe Olivencia. En efecto, la definición de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, orienta la conducta de los administradores; suministra amparo a los operadores para resistir presiones indebidas, y contribuye a la creación de una cultura corporativa adecuada, que en última instancia es lo más importante».

y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, conocida entonces como la Ley de Transparencia de 2003, supuso un avance considerable respecto del anterior esquema de «deberes inherentes» a la condición de administrador. Con ella se pasó de un sistema trimembre, basado en los deberes de diligencia, lealtad y secreto, a un edificio apoyado sobre cuatro pilares, mediante el desarrollo del artículo 127 LSA a través de distintos números, y en el que el deber de fidelidad adquirió una autonomía propia<sup>10</sup>. Como anticipo de la regulación actual, la Ley de transparencia articuló un sistema de deberes donde el entonces llamado «deber de diligente administración» y el de fidelidad quedaron configurados de forma amplia, mediante la inclusión de unos conceptos indeterminados o generales, que eran integrados con la remisión al deber de información o al concepto genérico del «interés social». Por otra parte, los deberes de lealtad y secreto comprendían ya entonces una relación de las conductas exigibles y regularon con mayor detalle tanto el régimen de las situaciones de conflicto del administrador con la sociedad, como las relaciones con las personas a él vinculadas<sup>11</sup>.

Con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y siguiendo de nuevo las tendencias de una parte relevante de la doctrina del *Common law*, se volvió a un esquema original que pivota sobre los ejes del deber de diligencia y del deber de lealtad. Se integró de esta forma el hasta entonces deber «general» de fidelidad en el enunciado del deber de lealtad contenido en el artículo 226 LSC, donde fue trasladado el concepto de «interés social», soslayándose, sin embargo, la plasmación normativa de la buena fe a través del reconocimiento de este deber<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> De esta forma, el deber de diligencia resultó transformado en un deber de «diligente administración», al cual se incorporó un deber de información, y el número bis del artículo 127 TRLSA introdujo el deber de fidelidad, en sentido general, con remisión, de una parte, a «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» y, de otra, al «interés social», donde hacía referencia a su equiparación con el «interés de la sociedad».

<sup>11</sup> La Ley de transparencia incorporó al número ter del artículo 127 LSC la relación de conductas en las que se podía manifestar su incumplimiento, entre las que incluía las prohibiciones de utilización del nombre de la sociedad o de su condición en beneficio propio, así como el aprovechamiento de oportunidades de negocio o la utilización de activos sociales con igual fin. Por otra parte, el deber de secreto quedó desplazado al número quáter del artículo, donde tomó como referente el «interés social», y contempló la excepción de su aplicación en los casos autorizados por la ley, tales como las pertinentes comunicaciones a las autoridades de supervisión.

<sup>12</sup> El texto refundido de la Ley de sociedades de capital separó en diferentes normas los supuestos de hecho que a los que afectaba este deber de lealtad en la redacción de sus artículos 228 a 231, comprensivos, en la línea emprendida por la Ley de transparencia, de la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador, de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio y de las situaciones de

En su tiempo, la Ley de transparencia de 2003 supuso una transposición evidente a nuestro ámbito de las soluciones traídas de los vientos atlánticos del *Corporate Governance*<sup>13</sup>. Posteriormente, el Texto refundido de la ley de Sociedades de Capital de 2010 (LSC) actualizó, con un efecto *ultra vires*, el régimen jurídico de los deberes de los administradores sociales a las posteriores tendencias en esta sede. En nuestros días, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, vuelve a ser fruto de la progenie de leyes que son resultado de la unión del Derecho y la crisis económica. Entre las muy diversas cuestiones de que trata la nueva regulación, sin retomar, en lo que aquí interesa, el defenestrado deber de fidelidad, hace referencia, sin embargo, a la buena fe en dos aspectos relevantes. De una parte, en el marco del renombrado «deber general de diligencia», junto al desarrollo dado por el artículo 225 LSC, consagra la llamada «protección de la discrecionalidad empresarial» en el subsiguiente artículo 226, donde, entre las condiciones que dan lugar a su aplicación, incluye la actuación de buena fe del administrador; de otra, el artículo 227, dedicado al deber de lealtad, añade a los anteriores conceptos generales del «fiel representante» y del «interés social», la necesidad de que el administrador obre de «buena fe»<sup>14</sup>.

Este carácter omnisciente de la «buena fe» se manifiesta en esta sede a través de diferentes vías, tanto en el deber general de diligencia como en el deber de lealtad<sup>15</sup>. Tras las peripecias de los últimos años, volvemos al punto de partida de una clasificación de los deberes de los administradores basada en el deber de diligencia, si bien queda sin definir su carácter dispositivo para las partes, y un

---

conflicto de intereses tanto de los administradores como de las personas a ellos vinculadas, junto con la traslación a este ámbito de la prohibición de competencia. El deber de secreto, sin embargo, en línea con la regulación anterior, mantuvo su autonomía y quedó ubicado en el artículo 232 del Texto refundido.

<sup>13</sup> Acerca el recurso a la buena fe en Delaware, como Estado de referencia en materia societaria, ante la falta de otros mecanismos de reacción ante escándalos financieros como Enron o WorldCom, y el marco legal que surge con posterioridad con la *Sabanes-Oxley Act* y la creación de administradores independientes y comités de auditoría para las sociedades cotizadas, JONES, R. M., «The Role of Good Faith in Delaware: How Open-Ended Standards Help Delaware Preserve Its Edge», *New York Law School Law Review*, núm. 55 (2), 2011, pp. 499-522, pp. 503-505.

<sup>14</sup> Además, en un plano descendente de lo general a lo particular en la conducta exigible a los administradores sociales, la reforma ordena de forma sucesiva las obligaciones básicas que derivan de este deber de lealtad en el artículo 228, la relación de situaciones de conflicto de interés en el 229, y modela en el sucesivo artículo 230, dentro del carácter imperativo del deber, un régimen de dispensa. Finalmente, en el subsiguiente artículo 231 extiende su aplicación a la intervención de personas a aquéllos vinculadas.

<sup>15</sup> También para APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company: Stone v. Ritter and the Improper Characterization of Good Faith in the Fiduciary Duty Triad», *Arkansas Law Review*, vol. 62, 2009, pp. 431-474, p. 433.

régimen, imperativo pero disponible o dispensable, del deber de lealtad. La reforma, en este punto, vuelve de nuevo la vista a los esquemas de otros sistemas del *Common Law* que distinguen los deberes de *care* y *loyalty*, que se hallan, por ende, en relación de complementariedad<sup>16</sup>. Si el deber general de diligencia se extiende desde aspectos organizativo-societarios al ámbito empresarial, de forma expresa a través de la plasmación de la protección de la discrecionalidad empresarial, el deber de lealtad, como contrapeso, a partir del concepto de «representante leal» y de las previsiones de la situaciones que dan lugar a conflictos de interés, parte de la tutela del interés de la sociedad<sup>17</sup>.

Con ello vuelven pretéritas cuestiones sobre la posición asumida por los administradores en el ámbito del Derecho de sociedades. Ahora bien, en ocasiones, la línea que separa ambos deberes no se muestra tan nítida, o su ámbito de aplicación puede resultar controvertido, por lo que el principio de buena fe puede jugar un papel decisivo en la resolución de las controversias que se puedan presentar en la realidad práctica<sup>18</sup>. A su vez, el diferente tratamiento jurídico que el nuevo régimen dispensa a las infracciones del deber de lealtad o al incumplimiento del deber de diligencia hace surgir nuevas implicaciones que requieren de criterios ordenadores que concreten el principio general de buena fe en consideración a los aspectos antropológicos de la posición jurídica del administrador.

---

<sup>16</sup> Tampoco es éste un esquema pacífico dentro de todas las jurisdicciones del *Common law*, ni en las distintas normas que se someten a su ámbito de influencia. Puede verse la conformación autónoma del deber de actuar de «buena fe», entre otras, en la *Model Business Corporation Act de la American Bar Foundation*, en los Principios de gobierno corporativo de la OCDE, que actualmente están siendo sometidos a revisión, o en la *Corporation Act* de Australia de 2001, en su artículo 181.

<sup>17</sup> Separó ya entonces el Informe Aldama (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003), dentro del ámbito de la responsabilidad de los administradores, los deberes de diligencia, lealtad y buena fe en su apartado 2.4, donde consideró «la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas otras que se toman por los consejeros en razón de un interés personal o en conflicto con los de la sociedad, como ya se ha indicado en apartados anteriores. En todo caso, la comisión desea destacar la importancia de que todos los miembros del consejo de administración, sean o no ejecutivos, desempeñen sus cargos de buena fe y con la diligencia necesaria para la consecución de los intereses sociales».

<sup>18</sup> Atendiendo a la distinta tipología de sociedades, en el Derecho colombiano ha asumido una posición predominante la sociedad por acciones simplificada, donde prima la autonomía de la voluntad y como apunta POLANÍA TELLO, N., «Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada», *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), núm. 23 (Julio-Diciembre), 2012, pp. 279-329, pp. 283-4, la buena fe integra, por vía de los principios, las reglas de responsabilidad de los administradores y su carácter transversal tiene diferentes proyecciones en el modelo de responsabilidad.

## II. LA BUENA FE EN SEDE DE DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: SUS IMPLICACIONES

### 1. LA BUENA FE COMO REQUISITO DE LA REGLA DE LA PROTECCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD EMPRESARIAL DEL DEBER DE DILIGENCIA

#### 1.1 **Ámbito de aplicación**

El artículo 225 LSC, en su nueva redacción, desarrolla la conducta exigible de los administradores sociales para el cumplimiento de su deber de diligencia, con inclusión de algunos parámetros añadidos al derecho de información, también llamado «derecho de llave», como la naturaleza del cargo, las funciones atribuidas, la dedicación adecuada y la adopción de medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad<sup>19</sup>. En relación, no ya tanto con aspectos relacionados con la «diligencia societaria», sino en el ámbito empresarial, y dentro del mismo con las «decisiones estratégicas y de negocio», el artículo 226 dispone un particular régimen de protección de la discrecionalidad del administrador en este particular ámbito de su actuación. Con ello consolida una tendencia jurisprudencial importada de la experiencia de la aplicación de la *Business Judgment Rule* en el Derecho de sociedades de Estados Unidos, y que ya ha tenido acogida en el Derecho continental, con orientaciones diversas, entre otros, en el Derecho alemán o en el portugués<sup>20</sup>. Ahora la ley 31/2014 la institucionaliza en nuestro Derecho de sociedades a fin de proteger a los administradores, como contrapunto del empoderamiento de los socios a través de la junta general, por la adopción de decisiones de carácter empresarial y ante reclamaciones de responsabilidad derivadas de incumplimientos de su labor activa de diligencia<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véase su aplicación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de fecha 17 de abril de 2013 (AC\2013\743), Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>20</sup> Para su estudio en el marco del Derecho alemán, a partir del artículo apartado 1, párrafo 2 del artículo 93 de Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*), LUTTER, M., «Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2007, pp. 841 ss., pp. 843-845. También recoge la figura el artículo 72.2 del «Código das sociedades Comerciais». Para una aproximación, COSTA, R., «Responsabilidade dos administradores e business judgement rule tin Reformas do Código das Sociedades», *Colóquios n.º 3*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2007.

<sup>21</sup> Últimamente puede verse en GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los deberes de la business judgment rule al ordenamiento español*, Aranzadi-Civitas, Cizur Menor, 2014, *passim.*, y ya antes en nuestra obra, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Para ello requiere que el administrador, junto a la exigencia de actuar con la diligencia propia de un «ordenado empresario», actúe de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. Empezando por los dos últimos requisitos, esto es, la obtención de información suficiente y la adopción de un procedimiento de decisión adecuado, su carácter procedimental parte necesariamente del reconocimiento implícito de la asunción de un riesgo común a toda actividad económica en un mercado en competencia. Desde el modelo general de conducta del «empresario ordenado», y descendiendo a la naturaleza del cargo, las funciones atribuidas y la dedicación adecuada que impone el artículo 225 LSC, las decisiones se han de adaptar, descendiendo a lo particular, al sector de actividad de que se trate, en relación con una empresa y operación similares, y en consideración al resto de circunstancias concurrentes. Pero a su vez, para su evaluación, es preciso la toma en consideración, en primer lugar, de los medios de que se sirva el administrador, y no solo en un plano interno del órgano, a través del ejercicio de su derecho de información, sino también dentro de las estructuras organizativas de la sociedad, mediante la conformación de «canales de comunicación» que sirvan para implantar procedimientos de información y de control.

Por otra parte, la diligencia requerida se ha de plasmar en la «protocolización» de la información suficiente sobre la cual el administrador pueda adquirir un «juicio fundado» que sirva de base para la adopción de las decisiones y los acuerdos necesarios y adecuados para el correcto desarrollo del objeto social<sup>22</sup>. Con ello, a la postre, la nueva regulación institucionaliza una de las principales preocupaciones del legislador, tras los efectos de la crisis económica, como es la adopción de mecanismos para la «gestión de riesgos» (*risk management*) en atención, al menos, a controles procedimentales o analíticos<sup>23</sup>. Ciertamente, la función del administrador no se puede evaluar sobre criterios de prudencia, sino que la labor de inversión que le es encomendada exige que trate de maximizar la utilidad esperada sobre la base de los recursos de los que disponga. Desde esta perspectiva, las decisiones de inversión, esto

<sup>22</sup> Cuestiones todas ellas ya tratadas en nuestra monografía, *La Revisión Legal («Legal Due Diligence») en el Derecho Mercantil. (Transparencia y control en operaciones de inversión y en adquisiciones y fusiones de empresa)*, Comares, Granada, 2008.

<sup>23</sup> Sobre esta «gestión de riesgos empresariales», (*Enterprise Risk Management –ERM–*), entre otros, HARNER, M. M., «Ignoring the Writing on the Wall: The Role of Enterprise Risk Management in the Economic Crisis», *Journal of Business & Technology Law*, núm. 5, 2010, pp. 45-57; y HURT, C., «The Duty to Manage Risk», *Journal of Corporation Law*, vol. 39, núm. 2, 2014, y en *Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper núm. LBSS14-09*, pp. 1-44, pp. 7-9.

es, las «estratégicas y de negocio», han de interpretarse bajo el espectro de los criterios de mercado, de la información de la que pueda disponer y de la asunción de riesgos en relación con la incidencia y la «importancia significativa» que la medida que pueda tener sobre la situación de la empresa<sup>24</sup>.

Con estos requerimientos se sigue una línea, ya en su día emprendida por una muy comentada sentencia de la Corte Suprema de Delaware en el caso *Smith v. Van Gorkom* de 1985, que, en aplicación de la *Business Judgment Rule*, únicamente requirió la acreditación de «la corrección de los mecanismos y procedimientos seguidos en la forma que lo haría una persona razonablemente prudente, en la adopción de la correspondiente decisión empresarial»<sup>25</sup>. La adopción de tal criterio propició una relevante reforma del Código de Delaware para proteger a los administradores sociales mediante la admisión de una cláusula estatutaria que excluyera la aplicación de las acciones indemnizatorias por incumplimientos del deber de diligencia. Con todo, al igual que respecto de los elementos conformadores de nuestra regla de protección de la discrecionalidad empresarial, y para no desvirtuar el régimen de deberes, el legislador estatal condicionó su aplicación a una serie de requisitos, entre los cuales destaca el cumplimiento de las exigencias de la buena fe. En ello incidiremos, por su importancia, más adelante<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Acude a los conceptos generales de «cálculo razonado del riesgo» y «racionalidad económica», GARRETA SUCH, J. M., *La diligencia y responsabilidad de los administradores y la contabilidad*, Marcial Pons, 2014, esp. pp. 42, 56-57, y 112-3. Obsérvese también la importancia asumida por otros sistemas de verificación de la solvencia a través de los llamados «colchones» de capital y los sistémicos de riesgo, que se vienen imponiendo desde la regulación del sector financiero. Cfr., arts. 34 ss. Directiva 2000/12/CE y Directiva 2013/36, de 26 de junio y Reglamento 575/2013; y art. 43 de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito sobre el requisito combinado de los colchones de capital y de solvencia, y el art. 80 de la ley 10/2014, sobre las obligaciones de publicación por el Banco de España de la información relativa a las normas de solvencia.

<sup>25</sup> *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985). Mantuvieron una posición crítica, ante la falta de atención a los aspectos sustantivos de la decisión, por muchos, HERZEL, L./KATZ, L., «Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment», *Business Lawyer*, 1986, núm. 49, pp. 1187-1993, p. 1190; ALLEN, W. T./JACOBS, J. B./STRINE, L. E., «Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny as a Standard of Review Problem», *Northwestern University Law Review*, núm. 96 (2), 2002, pp. 449-466; y STOUT, L. A., «In Praise of Procedure: an Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule», *ibidem*, núm. 96 (2), 2002, pp. 675-694.

<sup>26</sup> Section 102(b)(7) Delaware, que no obstante, señala que cualquier regulación estatutaria exculpatória o limitadora de la responsabilidad de los administradores será inefectiva en cuanto alcance al deber de lealtad, a la buena fe o a conductas dolosas o contrarias a la ley, al reparto ilegal de dividendos o a otras distribuciones entre los socios, o a una transacción de la cual el administrador resulte directamente beneficiado. «A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the

Conforme a estos parámetros de adopción de procedimientos adecuados para la toma de decisiones, que sirve para dar efectividad al «derecho de llave» o derecho-deber de información de los administradores, parece que el administrador deba gozar de esta protección bien a modo de inmunidad, bien de presunción<sup>27</sup>. Sin entrar ahora en tan espinosa cuestión, que deriva en un problema de *onus probandi*<sup>28</sup> de los presupuestos de la regla, no debe tampoco obviarse que estas técnicas, empleadas en el ámbito de las *due diligence* de las grandes sociedades, en las que se inspira el movimiento de reforma, tienen mal encaje con los esquemas habituales en las decisiones empresariales adoptadas por el órgano de administración de las pequeñas sociedades. Éstos aparecen constituidos por lo general en forma de administrador único y con una cierta correlación entre la propiedad del capital y la dirección de la sociedad. Con ello desaparecen buena parte de los problemas vinculados a los «costes de agencia», que se trasladan a la relación entre el socio de control y el socio o socios minoritarios, así como la necesidad de un «deber-derecho» de información en el seno del consejo de administración<sup>29</sup>.

## 1.2 La necesidad de motivación y la decisión racional o razonada

Pero, llegados a este punto, conviene detenerse en aquellos requisitos para la aplicación de la «protección de la discrecionalidad empresarial» que asumen un carácter sustantivo en relación con la adopción de decisiones de este corte. De un lado, el legislador requiere que el administrador haya actuado de buena fe; de otro, que carezca de interés personal en el asunto objeto de decisión<sup>30</sup>. Según estos

---

director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit...». Así, para BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law», *Tulsa Law Review*, vol. 41, 2006, pp. 477-512, p. 493, la «buena fe» constituye el «talón de Aquiles» tanto de la *Business Judgment Rule* como de la cláusula estatutaria de exculpación.

<sup>27</sup> GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia*, cit., pp. 313 y ss.

<sup>28</sup> Al respecto LUTTER, M., «Die Business Judgment Rule», cit., p. 846, a la luz de la disposición normativa del Derecho de sociedades alemán que atribuye al administrador afectado la acreditación de los requisitos establecidos para la aplicación de la protección que le dispensa la norma.

<sup>29</sup> Reconoce que esta tensión no existe en las sociedades cerradas donde los socios participan de la administración, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., pp. 512-3. En todo caso, a partir de la responsabilidad individual, el artículo 226 LSC toma como referente al administrador y no al órgano de administración en su conjunto, por lo que en el caso del consejo de administración se habrá de estar a las normas que rigen el régimen de responsabilidad aplicable a sus miembros.

<sup>30</sup> Al respecto, en el Derecho español, GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia*, cit., pp. 271 ss.

criterios, bien parece que la protección que le otorga la norma, tras el reclamo de la ausencia de interés personal, al cual se ha de añadir que las decisiones no afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas, en particular, respecto de las «autorizaciones singulares» y dispensas del deber de lealtad, se haya de ubicar a caballo entre el deber de diligencia y el deber de lealtad. Sin embargo, la discrecionalidad se ha de mantener dentro del ámbito de la diligencia, de modo que el administrador solo goza de esta protección cuando se ejerce aquélla, mientras que su aplicación ha de quedar excluida cuando afecte al deber de lealtad.

De otra parte, como es fácilmente reconocible, el recurso a la buena fe, como principio informador del ordenamiento jurídico, escapa, incluso, a los conceptos jurídicos indeterminados de «información suficiente» y «procedimiento de decisión adecuado» y precisa de una adecuación al ámbito de las decisiones empresariales y de negocio. Todo ello a partir de la diligencia exigible del administrador bajo el estándar genérico de la propia del ordenado empresario, si bien adaptada a la naturaleza del cargo y a las funciones que le sean atribuidas<sup>31</sup>. Pues bien, frente a tales exigencias, que pueden quedar relativizadas por las circunstancias que influyen en la verificación del cumplimiento de una «diligencia procedimental» en el caso concreto, se ha de plantear también si la buena fe, desde esta perspectiva sustantiva, constituye una presunción, si bien *iuris tantum*, a favor de la correcta disposición personal del administrador en la adopción de decisiones de tipo empresarial. Ello podría llevar equivocadamente a tratar la conducta desde la perspectiva del deber de lealtad, en relación con la consecución del «mejor interés social». Sin embargo con ello se equivocaría el paso.

Sirva para alumbrarnos que, inmediatamente después del comentado caso *Smith v. Van Gorkom*, la Corte Suprema de Delaware, en el caso *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum* exigió, para la aplicación de la *Business Judgment Rule*, como medida para excepcionar la responsabilidad por negligencia o error, que «los administradores pudieran conocer los riesgos que de la decisión pudiera causar a la sociedad, y que para ello actuaran con buena fe y realizaran una investigación razonable», de modo que «las medidas adoptadas fueran razonables en atención al asunto empresarial

<sup>31</sup> Sobre la elaboración de conceptos generales en el Derecho de sociedades, puede verse FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 330 ss. También alude a la *Business Judgment Rule* como una «regla incompletamente teorizada», GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty», *Maryland Law Review*, vol. 66, 2007, pp. 398-474, p. 435.

planteado»<sup>32</sup>. Con posterioridad, otras resoluciones, e incluso otros regímenes normativos del *Common Law*, han acudido a esta «regla de la razonabilidad» para, dentro de la llamada *insight bias*, excluir la protección que dispensaba la regla<sup>33</sup>.

Aun así, la racionalidad o la razonabilidad de la justificación empresarial de la decisión adoptada se ha enmarcar dentro de la discrecionalidad de la que ha de gozar el administrador. Como contrapunto, tal discrecionalidad no se puede transformar en impunidad ante la adopción de decisiones que carezcan del más mínimo sentido empresarial<sup>34</sup>. En este equilibrio entre el «riesgo de empresa», que excluye cualquier visión finalista o «sesgo retrospectivo» del juzgador, en relación con la apreciación del cumplimiento del deber como una obligación de resultados, y la tutela efectiva de los derechos legítimos afectados por la decisión, la buena fe en el marco de la protección de la discrecionalidad empresarial actúa como límite insoslayable que evita la inimputabilidad del administrador. Se trata, en definitiva, en la línea de procurar un mejor «control de los riesgos», de acreditar una cierta razón de la deci-

<sup>32</sup> En 1995, en el caso *Unitrin, Inc. v. American General Corp.* (651 A.2d 1361 (Del. 1995)) la Corte Suprema de la Delaware reconoce que no corresponde al Tribunal enjuiciar «si los administradores adoptaron una decisión perfecta, sino una decisión razonable». Corresponde, por lo tanto al órgano de administración elegir entre las distintas alternativas de que dispone y, por dicha razón, su decisión empresarial no puede ser revisada por los tribunales, que, según la *Business Judgment Rule*, solo pueden pronunciarse sobre la racionalidad de la decisión adoptada.

<sup>33</sup> El apartado sexto de los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, relativo a las responsabilidades del Consejo, indica los principios de actuación del deber general de diligente administración, a partir de las conductas de información, buena fe y cuidado, donde se integran los mecanismos de información y los procedimientos societarios de control y publicidad, según un criterio de prudencia y racionalidad, atendiendo a las circunstancias. Junto al «test de la base de racionalidad» (*rational basis test*) que ha sido empleado para apreciar cuando el administrador omite su deber de diligencia, bajo los parámetros objetivos de la conducta que ha de ser esperada del mismo, también la «doctrina del derroche» (*waste doctrine*), en particular tras el conocido como caso Disney y el pago de retribuciones exorbitadas, ha tratado de sancionar estas conductas que buscaban ampararse en la *Business Judgment Rule*. Por muchos, HECKER, W. JR., «Fiduciary Duties in Business Entities Revisited», *Kansas Law Review*, núm. 61, 2013, pp. 923-981, p. 951. Con todo, apunta sus limitaciones, a la luz de los casos *Goldman Sachs* y *Citigroup* seguidos ante la Corte Suprema de Delaware en los años 2011 y 2012, HURT, C., «The Duty to Manage Risk», cit., pp. 28-9 y 35; posición que es criticada por PAN, E. J., «Rethinking the Board's Duty to Monitor: A Critical Assessment of the Delaware Doctrine», *Florida State University Law Review*, vol. 38, 2011, y en *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 299*, pp. 1-44.

<sup>34</sup> Remiten al criterio de racionalidad como manifestación de la conducta diligente del administrador, frente al criterio de prudencia, con el fin de concederle una mayor discrecionalidad, EISENBERG, M. A., «Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified», *Background Study for the California Law Revision Commission*, 1995, pp. 33-50, p. 42; VEASEY, E. N., «Musings on the Dynamics of Corporate Governance Issues, Director Liability Concerns, Corporate Control Transactions, Ethics and Federalism», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152, núm. 2, 2003, pp. 1007-1021, p. 1009; y GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 404 y 457-472, que parte de la teoría de la decisión racional (*decision theory*) para aludir al «principio de razón insuficiente» (*principle of insufficient reason*).

sión, en referencia a una explicación lógica que la justifique, en contraposición a conductas «estúpidas», «notoriamente negligentes» o «irracionales»<sup>35</sup>.

Trasladado a nuestros esquemas normativos, la buena fe requiere, en primer lugar, una correlación con el estatuto jurídico del «ordenado empresario», si bien exige, al mismo tiempo, en el cumplimiento del deber de diligencia, su adaptación al cargo y a las funciones atribuidas, con atención a la inversión del capital y a la labor de gestión encomendada. Por otra parte, como elemento que da lugar a la protección que se dispensa al administrador en el ejercicio de sus facultades discrecionales, reclama, como requisito sustantivo, no ya solo una «información suficiente» que sirva para que el administrador pueda formarse un «juicio fundado», sino además una motivación también «suficiente» que sustente su decisión<sup>36</sup>. Ello conlleva, como resulta evidente, otros problemas relacionados con la presunción de esta buena fe y con la carga probatoria de su cumplimiento, no bien resueltos por nuestra regulación. En su caso, obliga al afectado por la decisión, cuando esté legitimado para el ejercicio de la correspondiente acción, a probar aquellas conductas que, en sentido negativo, resulten contrarias a este principio de la buena fe. Por otro lado, en positivo, el administrador ha de alegar aquellos argumentos que sirvan para sostener la justificación de la decisión empresarial adoptada en el ejercicio discrecional de su cargo<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> En este sentido, la comentada sentencia del caso *Brehm v. Eisner* ((746 A.2d 244, 264 (Del. 2000)) señala como límite la irracionalidad; y la sentencia del caso *Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.* ((698 A.2d 959 (Del. Ch.1996)), en consideración al aspecto sustantivo de la decisión, excluye la diligencia cuando la decisión pueda ser considerada «estúpida», «notoriamente negligente» o «irracional»; todo ello vinculado a la necesidad de actuar de buena fe en el desarrollo del interés social. Al respecto, con diferentes consideraciones, BAINBRIDGE, S. M., «Caremark and Enterprise Risk Management», *Journal of Corporate Law*, núm. 34, 2009, pp. 967-990; BISHOP, C. G., «Directorial Abdication and the Taxonomic Role of Good Faith in Delaware Corporate Law», *Michigan State Law Review*, 2007, pp. 905-939, pp. 918-921; y BRUNER, C. M., «Is the Corporate Director's Duty of Care a «Fiduciary» Duty? Does it Matter?», *Wake Forest Law Review*, vol. 48, 2013, pp. 1027-1054, p. 1046, en relación con las decisiones irracionales o no razonables.

<sup>36</sup> En esta línea, desde un punto de vista economicista, CODERCH, P. S./TERRA IBÁÑEZ, A./VEGA GARCÍA, A./GINÈS FABRELLAS, A./GÁLVEZ DURAN, S., «Deberes de eficiencia y libertad de actuar», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*, núm. 4, 2014, pp. 1-46, pp. 36 y 39, se refieren a los casos de ineficiencia flagrante, cuando existan otras alternativas de gestión comparables en cuanto a los costes esperados pero manifiestamente más eficientes, y a aquellas decisiones subóptimas e injustificables, de modo que aunque el resultado contable sea positivo, sin embargo sea económicamente negativo en relación con el capital empleado.

<sup>37</sup> Esta idea tampoco es ajena a la realidad de nuestro Derecho de sociedades, donde también se recoge la necesaria motivación de las decisiones o propuestas de los administradores lo largo de las competencias asignadas en aspectos organizativos de la vida social. Así se advierte, verbigracia, en el informe de gestión que han de presentar los administradores respecto de las adquisiciones y enajenaciones de acciones propias o participaciones o acciones de su sociedad dominante realizadas durante el ejercicio, en la propuesta de la

## 2. LA BUENA FE COMO PRESUPUESTO DEL DEBER DE LEALTAD: CONEXIONES CON EL «MEJOR INTERÉS DE LA SOCIEDAD»

En primer lugar, se ha de comenzar por recordar que la Ley de Transparencia de 2003 introdujo en el sistema de deberes generales de los administradores un deber de fidelidad en el añadido número bis al artículo 127 de la Ley de sociedades de anónimas, que se sustanciaba en dos aspectos: el cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» y la fidelidad «al interés social, entendido como el interés de la sociedad». Tras el Texto refundido de la Ley de sociedades capital ambas formulaciones fueron sin embargo reconducidas al deber de lealtad, lo cual supuso la desaparición del deber de fidelidad. Ahora, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, el deber de lealtad, con mantenimiento de la tradicional referencia a la exigencia de la actuación del administrador como «fiel representante», varía el original entendimiento del «interés social» como el «interés de la sociedad» por un pretendido «mejor interés de la sociedad». Además retoma, tras unos años de omisión, como criterio paramétrico de la conducta del administrador en este ámbito, el recurso a la «buena fe».

Tal y como ha sido apreciado en marco del deber «general» de diligencia, el deber de actuar de buena fe adecúa el comportamiento del administrador a las exigencias de la honestidad de intención y a lo que de él razonablemente cabría esperar. Junto a lo anterior, en relación con los criterios de la protección de la discrecionalidad empresarial, este requisito precisa una concreción en la motivación o justificación de la decisión, en términos de su racionalidad<sup>38</sup>. Pero además, el artículo 226 LSC reclama que el administrador no tenga interés personal y, en apartado separado, excluye aquellas materias afectadas por el deber de lealtad<sup>39</sup>.

En el ámbito del deber de lealtad la buena fe impone, entre sus presupuestos, que el administrador no actúe con una motivación

---

política de remuneraciones del consejo de administración o en los diferentes informes que han de presentar a la junta general (cfr., arts. 148.d.1, 286, 308, 417 y 529 novodecies LSC).

<sup>38</sup> GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 429, relaciona el requisito de la buena fe con aquellos supuestos en los que los administradores no se hallen en un situación de conflicto y en los que sus decisiones sean irracionales, bien por suponer un derroche del patrimonio de la sociedad, bien debido a deficiencias en el proceso de adopción de la decisión.

<sup>39</sup> También explica BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483, que mientras el deber de lealtad protege el beneficio personal del administrador, el deber de actuar de buena fe evita situaciones de abuso, particularmente en el caso de dejación de funciones o de incumplimientos del deber de vigilancia.

diferente de la consecución del «interés social»<sup>40</sup>. Aun cuando ambos deberes deban ser entendidos en sentido complementario, ello no quita para que cada uno haya de atender a sus específicos esquemas conceptuales. Así, la reforma proyecta el deber de lealtad *ad extra*, frente a terceros, en términos de representación de la sociedad, como «fiel representante» y, *ad intra*, lo orienta hacia el interés de la sociedad. Para ello desarrolla, en un orden que va de lo general a lo particular, una relación de «obligaciones básicas» que aúnan dentro de los tradicionales esquemas de los problemas de agencia, las situaciones de conflicto de intereses, que al mismo tiempo dan lugar a obligaciones de información y de abstención en la deliberación y votación de acuerdos<sup>41</sup>. Bajando un escalón más, en el artículo 229 LSC contempla los distintos supuestos causantes de situaciones de conflictos de interés, mientras que su particular régimen de dispensa, como alternativa al carácter imperativo del deber, queda trasladado al artículo 230 LSC. Junto a lo anterior, la nueva regulación acota la obligación de actuar según los fines para los cuales sus facultades hayan sido concedidas y explicita el desempeño de sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros, al paso que mantiene el deber de secreto en este ámbito<sup>42</sup>.

De acuerdo con esta formulación, el comportamiento del administrador según los cánones de la buena fe resurge en el artículo 227 LSC como elemento de la cláusula general del deber de lealtad. Empero, este principio inspirador de la conducta debida, además de un carácter moralizante, debe ser debidamente concretado en el ámbito del deber de lealtad en el que se pretende su aplicación<sup>43</sup>. El influjo del movimiento del *Corporate Governance* se

<sup>40</sup> Sobre la necesidad de un propósito honesto que busque el interés de la sociedad, por muchos, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 409.

<sup>41</sup> En referencia al principio general de buena fe, asimismo, entre nosotros, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 139 ss. y 159 ss.

<sup>42</sup> MÚGICA ALCORTA, R., «Desde el Gobierno Corporativo a la responsabilidad de los administradores (y II)», *Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto*, enero-junio 2010, pp. 135-264, pp. 151-4, a partir de la matización efectuada en el apartado primero del artículo 2391 del *Codice civile* italiano en 2003 sobre la idea de la «dualidad» de intereses frente a la anterior del «conflicto» o contraposición de intereses, con ampliación del ámbito del deber de lealtad, distingue entre el concepto de *lealtad*, que consiste en dar prioridad al interés del principal (la sociedad) cuando entra en conflicto con el interés personal del gestor (administrador), y la *fidelidad* en relación con al conflicto de intereses con terceros.

<sup>43</sup> Para PAZ-ARES, C., «Anatomía del deber de lealtad. Reflexiones a propósito del anteproyecto de reforma de la LSC», AA.VV., *Comentarios a la reforma del régimen de la Junta general de accionistas en la reforma del Buen Gobierno de las sociedades*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 95-112, el lenguaje moral pretende disciplinar «una actividad esencialmente discrecional», tanto para los destinatarios de la norma,

hace notar en nuestra legislación por medio de la expresión de nuevo cuño, incorrecta o gramaticalmente importada de la tradición anglosajona, del «mejor interés de la sociedad». La actuación de buena fe se ha de compenetrar, desde esta perspectiva, con la actuación del administrador que mejor sirva para atender al interés social, entendido, como otrora fuera explicitado, como el «interés de la sociedad».

Puede verse, sin embargo, que con la introducción de esta buena fe, recogida de las aportaciones *Common law*, se recuperan aspectos que tradicionalmente venían ligados al deber de fidelidad<sup>44</sup>. La enunciación del deber general de buena fe en esta sede se ha de entender en el sentido amplio de evitar abusos en su función o su ejercicio antisocial, con daño injustificado a las sociedad (cfr., art. 7 C.c.), lo cual obliga al administrador, con atención a «la naturaleza del negocio» y al «uso del comercio», a cuidar «el negocio como propio» (art. 255 CCo., para el comisionista). Esta visión da lugar a una extensión del ámbito material en la concepción tradicional del deber de lealtad, que en su núcleo imponía la obligación de todo gestor de actuar en interés del principal en caso de conflicto de intereses, con subordinación de su interés particular (o de las personas a él vinculadas) al del principal. De este modo, el régimen de «autorización singular» o dispensa que recoge la regulación se ha de entender como una adaptación a nuestro Derecho de sociedades de la autorización que se concede al comisionista o al agente, previa información de la situación (*disclosure*) para la actuación en la que se halle en conflicto (cfr., art. 267 CCo., y arts. 7 y 9.2.b., Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia)<sup>45</sup>.

como para los jueces, evitando así un mero juicio formal de subsunción, y todo ello con inspiración en el «mejor» e incluso en el «único» interés de la sociedad.

<sup>44</sup> Entre los movimientos de reforma en el Derecho comparado, véase la *Model Business Corporation Act* de la *American Bar Foundation*, en su apartado 8.30, y el artículo 172 de la *Companies Act* inglesa de 2006, que exige que el administrador actúe en el modo que considere, de buena fe, que sea el más adecuado para promover el éxito de la sociedad para el beneficio de sus miembros en conjunto. En nuestro sistema, también el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en su apartado XV, que reforma el Código Penal, suprime el artículo 295, relativo al delito societario de administración desleal y reconduce la persecución de tal conducta al ámbito del artículo 252, en el que se tipifica el delito ordinario de administración desleal de cualquier patrimonio ajeno. En el ámbito de nuestro contrato de agencia la buena fe tiene acogida tanto en la cláusula general de la conducta debida del agente, de modo que «en el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe» que luego tiene desarrollo mediante una relación de obligaciones (*vid.*, art. 9 Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia), como en la posición del empresario que «en sus relaciones con el agente, ...deberá actuar lealmente y de buena fe» (*vid.*, art. 10 LCA).

<sup>45</sup> Al respecto, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad*, cit., p. 218, y SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Studia Albortiana, núm. 96, Bolonia, 2008, pp. 369 ss.

### 3. EXTENSIÓN DEL DEBER DE LEALTAD: POSIBLES INMERSIONES EN EL DEBER DE DILIGENCIA

#### 3.1 Implicaciones: el régimen de carácter imperativo y su dispensa y las acciones por deslealtad

En el *Common Law* la configuración de los deberes inherentes a la condición de administración ha evolucionado desde su origen en la teoría de la fiducia (*trust-law theory*) a su inserción en la teoría de la agencia (*agency-law theory*). Tampoco esto es ajeno a nuestra tradición jurídica, donde, como se ha indicado, *commendare autem est deponere*. La cuestión, sin embargo, se debate en términos de la aplicación del régimen de los deberes fiduciarios al deber de diligencia, donde solo en un sentido amplio, como agente de la sociedad, el administrador asume no ya una obligación de custodia, sino más bien un deber de inversión del patrimonio dinámico de la empresa social<sup>46</sup>.

A partir de este esquema conceptual, ambos deberes, de diligencia y de lealtad, mantienen ciertas notas distintivas que cabe separar convenientemente. En primer lugar, el deber de diligencia halla cabida en el sistema, tal y como ha sido apuntado, como una categoría *sui generis* de las obligaciones de medios. De ello es buena prueba la protección de la discrecionalidad empresarial, que ampara su conducta diligente. Sin embargo, el deber de lealtad, en particular cuando se aprecie una situación de «peligrosidad abstracta», obliga a la adopción de las cautelas necesarias mediante, en su caso, las obligaciones de información y abstención<sup>47</sup>. Por otra parte, el carácter «general» atribuido incorrectamente al deber de diligencia por la rúbrica del artículo 225 LSC obedece a la imposibilidad de delimitar *ex ante* todas las conductas concretas en las que se pueda manifestar, tanto en el plano societario como en el empresarial, lo cual obliga a acudir a una formulación programática o a unas «cláusulas generales de contenido indeterminado».

<sup>46</sup> Para un análisis de la teoría de la agencia (*agency-law theory*) y de la teoría de la fiducia (*trust-law theory*) y su aplicación al régimen de los administradores sociales, entre otros, RIBSTEIN, L. E., «Are Partners Fiduciaries», *Illinois Law Review*, 2005, pp. 209 ss.; GREGORY, W. A., «The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words», *Akron Law Review*, núm. 38, 2005, pp. 181 ss., p. 183; y SHEPHERD, J. C., «Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships», *Law Quarterly Review*, 1981, pp. 21 ss., p. 49, quien también señala que el deber de diligencia no encuentra una relación directa con las relaciones fiduciarias.

<sup>47</sup> Esto lleva a BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., pp. 923-4, a admitir que la deslealtad puede incluso tener lugar de «buena fe»; no obstante esto incide en el plano del ejercicio de las correspondientes acciones y en la imputación de responsabilidad, por lo que puede ser únicamente de aplicación el *disgorgement*.

Contrasta esta solución normativa con el creciente desarrollo del deber de lealtad, a través, primero, de sus «obligaciones básicas» y, luego de las conductas que implican situaciones conflictos de interés con las que se pueden encontrar los administradores en el ejercicio de su labor<sup>48</sup>.

No obstante, la conformación legal del deber de lealtad tampoco puede ser entendida como una relación de casos que conformen un *numerus clausus*. Quizá contribuya a ello la remisión de la cláusula general del deber de lealtad del artículo 227 LSC a la buena fe del administrador. Desde esta perspectiva, el deber de lealtad goza de una taxonomía propia que no se puede injertar *sic et simpliciter* en el deber de diligencia. Ciertamente aun cuando ambos comparten, a través de este principio de la buena fe, la pretensión de evitar aquellas conductas de los administradores que quepa reputar ilegítimas, el deber de lealtad desarrolla algunas de las conductas o situaciones que se pueden considerar «típicas». Con todo, dentro los márgenes de la autonomía de la voluntad, parece que, en uno y otro caso, nada impide que, por vía estatutaria, y también por medio de las relaciones internas que se establezcan entre el administrador y la sociedad, el régimen de las conductas específicas a las que se someten los administradores frente a la sociedad y los socios pueda encontrar un mayor desarrollo<sup>49</sup>. En el perfil contrario, la especificación legal de las conductas impuestas al administrador impide que los estatutos sociales puedan recortar las exigencias legales en esta sede de deberes de los administradores sociales, que quedan así configurados como un mínimo indisponible que ha de ser respetado en toda relación orgánica entre el administrador y la sociedad.

Todo ello nos lleva, por otra parte, al ámbito subjetivo de los deberes de diligencia y lealtad, que en principio solamente son debidos a la sociedad con quien el administrador mantiene la relación orgánica. Si esto es así, queda vedada la extensión de sus soluciones a los terceros por vía del ejercicio de eventuales acciones individuales de responsabilidad, y restringe la legitimación de los socios a aquellos casos donde quepa apreciar una situación patoló-

<sup>48</sup> Sobre la técnica de «grupos de casos» que sean expresión del deber de lealtad y las situaciones que den lugar a conflictos de interés, así como acerca de los deberes que dimanen de esta situación, ampliamente, RIBAS, V., *El deber de lealtad*, cit., pp. 153 ss., 221 ss., y 419 ss.

<sup>49</sup> Sobre la admisibilidad de que los estatutos puedan introducir complementariamente obligaciones específicas que concreten o desarrollen el deber general de diligencia, ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 198, 1990, pp. 639 ss., p. 656.

gica de la sociedad<sup>50</sup>. De otra parte, el deber de diligencia y el deber de lealtad tienen un distinto ámbito de aplicación y se rigen por criterios diversos. El deber de diligencia, trasladado al ámbito de la responsabilidad, no se puede traducir en una revisión del «juicio de oportunidad» de la decisión, que iría impregnado de un sesgo retrospectivo. La discrecionalidad del administrador en asuntos de gestión impide así la conversión de su responsabilidad personal en una responsabilidad objetiva o por deudas derivadas de las pérdidas que pueda causar a la sociedad o a la valoración de la participación del socio<sup>51</sup>. Como ha sido explicitado al aludir a la protección de la discrecionalidad empresarial, en primer lugar se ha de prestar la debida atención a los criterios que la fundamentan, y no solo a los procedimentales sino también a los sustantivos, como la buena fe, que ha de tener un papel preeminente en la aplicación de esta protección.

Pero una vez reconocido esto, los principios programáticos sobre los que se asienta el deber de diligencia admiten la introducción de elementos moderadores de esta responsabilidad, por culpa o negligencia cualificada, sobre la base de las circunstancias concurrentes, las capacidades técnicas del administrador, la información de la que disponga o la complejidad de la empresa o de la operación de que se trate. De acuerdo con estos criterios, en sede de reproche de la conducta por incumplimientos del deber de diligencia, además de la relación de causalidad entre la conducta y el daño, resulta necesario cualificar la conducta y cuantificar la indemnización resultante. Se ha de diferenciar por ello la distinta graduación del resarcimiento de los daños causados cuando se trate de una mera negligencia, si bien cualificada por la condición de administrador, de la actuación dolosa proveniente del incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales a la relación, en relación con el principio de la buena fe<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Así, para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 18, 2002, pp. 45-76, pp. 51 ss., el deber de diligente administración se asume «frente a la sociedad», no frente a terceros, en cuanto la protección se dispensa en garantía del patrimonio social, por lo que la imputación objetiva del resultado dañoso se ha de excluir respecto de terceros y de los socios individualmente considerados. Desde otra perspectiva, RIBSTEIN, L. E./ALCES, K. A., «The Business Judgment Rule in good and bad times», *Conference on Fiduciary Duties in the zone of Insolvency*, University of Maryland School of Law, 2005, pp. 1 ss., p. 10, distinguen entre el carácter contractual de los deberes para con los acreedores y el carácter fiduciario de los deberes para con los socios.

<sup>51</sup> Sobre la existencia de un riesgo implícito en la función de gestión empresarial encomendada al administrador, por todos, PAZ-ARES, C., *La responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 77.

<sup>52</sup> Sobre los distintos enfoques del dolo, el fraude o la diligencia grave, a partir de los criterios fijados, con carácter general, por el artículo 1107 C.c., en nuestra obra, *El*

Por otro lado, el artículo 230 LSC establece el carácter imperativo del deber de lealtad, cuya infracción tiene un específico correlato en el plano de la responsabilidad<sup>53</sup>. No cabe entonces calibrar esta facultad moderadora que se reconoce en la aplicación del deber de diligencia, pues si bien la existencia de una situación de conflicto puede no causar un daño a la sociedad, se presentan otras acciones de carácter sancionador para el administrador social. Aunque el carácter imperativo atribuido al deber de lealtad pudiera llevar a pensar que el régimen del deber de diligencia es dispositivo, sin embargo, su carácter de deber «general» parece excluir esta opción. Sí que se ha de admitir, a diferencia del deber de lealtad, que los estatutos sociales puedan introducir ciertas limitaciones a la exigencia de responsabilidad derivada del incumplimiento del deber de diligencia, tales como elevación de la diligencia de común exigible o, *sensu contrario*, la admisión de un cierto nivel de «riesgo de empresa» en la toma de decisiones. Aun con todo, el deber de obrar de buena fe se ha de mantener como elemento de cierre del sistema. De otro modo se podría dar carta de naturaleza a la conducta dolosa u omisiva del administrador, lo cual no puede ser amparado por nuestro Derecho de sociedades, donde además de los intereses particulares de los socios, convergen otros intereses de diversa índole que merecen igual protección<sup>54</sup>.

Contrasta este esquema, sin embargo, con la disponibilidad que predica el nuevo régimen para el deber de lealtad, donde los órganos sociales, atendiendo a principios mayoritarios, pueden exonerar al administrador afectado por una situación de conflicto,

---

*deber de diligente administración*, pp. 1-217, pp. 172-178. Entre la doctrina americana es usual el comentario del caso Disney y de las consideraciones en él vertidas para clarificar la «mala fe» en este ámbito, con diferenciación entre las conductas dolosas que tratan de dañar a la sociedad, la negligencia grave, y la omisión consciente de la conducta debida. Sobre la exclusión de la «negligencia grave» del ámbito de la «mala fe», a la luz de las sentencias anteriores, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 420 ss. Con todo, sobre la distinción entre la «mala fe» y la «negligencia grave» para discriminar aquellas conductas que quedan excluidas de la posibilidad de exoneración de la responsabilidad mediante previsión estatutaria, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 513, y en *ibidem*, p. 935, y en *Michigan St. L. R.*, 2007, p. 933, alude a una «negligencia ordinaria» como causa de imputación, si bien habría que adecuar la calificación a la negligencia cualificada en consideración al cargo. Se refieren, por el contrario, a una «negligencia grave», STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law», *Georgetown Law Journal*, vol. 93, 2010, pp. 629-695, p. 696.

<sup>53</sup> De igual modo, QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los consejeros», en *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. Esteban Velasco), Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 537 ss., p. 571, reconoce en la infracción de los deberes de lealtad una mayor aptitud para producir de modo directo un daño. En esta línea, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483, al menos en los casos donde concurra un conflicto de interés.

<sup>54</sup> Con distintas consideraciones en «La configuración estatutaria del deber de diligente administración», *Revista de Derecho de Sociedades (RdS)*, núm. 34, 2010-1, pp. 125-165.

en casos singulares y siguiendo el procedimiento previsto en la Ley, de las conductas que en principio aparecen sancionadas<sup>55</sup>. Esta dispensa, sin embargo, no excluye que previamente el administrador haya de comunicar la situación, su abstención en el ejercicio del derecho de voto, que se extiende al resto de miembros del órgano afectado, y la difusión de esta situación a través de la memoria de las cuentas anuales. En consecuencia, el administrador habrá de actuar de buena fe, comunicando todas aquellas circunstancias que puedan incidir en eventuales infracciones de su deber de lealtad, de modo que no logre la dispensa mediante maniobras torticeras<sup>56</sup>. La flexibilidad del deber de lealtad para tutelar los intereses de la sociedad contrasta con la configuración del deber de diligencia, que exige una conducta en el plano inmediato, y donde, a diferencia de aquél, no tiene lugar un programa de dispensa de su cumplimiento. Ello no obsta, tampoco, para que la junta general pueda aceptar un cierto «nivel de riesgo» en la adopción de decisiones empresariales más allá de los criterios generales de responsabilidad<sup>57</sup>.

Por todo ello conviene, para una correcta configuración de las relaciones sociales, mantener separados los esquemas conceptuales de ambos deberes en consideración a su funcionalidad. En el plano de la infracción de las obligaciones de lealtad, que abarca, entre otras, las distintas conductas a las que se sujeta el administrador en situaciones de conflicto de interés, destaca no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, que es

<sup>55</sup> En este punto, el artículo 144 del Código de Delaware también alude a la «buena fe» de los socios o de los administradores desinteresados que, con sus votos, por mayoría autorizan la transacción. «(a) No contract or transaction between a corporation and 1 or more of its directors or officers, or between a corporation and any other corporation, partnership, association, or other organization in which 1 or more of its directors or officers, are directors or officers, or have a financial interest, shall be void or voidable solely for this reason, or solely because the director or officer is present at or participates in the meeting of the board or committee which authorizes the contract or transaction, or solely because any such director's or officer's votes are counted for such purpose, if: (1) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the board of directors or the committee, and the board or committee in good faith authorizes the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors, even though the disinterested directors be less than a quorum; or (2) The material facts as to the director's or officer's relationship or interest and as to the contract or transaction are disclosed or are known to the stockholders entitled to vote thereon, and the contract or transaction is specifically approved in good faith by vote of the stockholders; or (3) The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the stockholders».

<sup>56</sup> Sobre la necesidad de que el principal se halle suficientemente informado, SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», cit., p. 1047.

<sup>57</sup> Admite LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, pp. 53-4, que el contenido legal del deber general de diligencia pueda ser modelado posteriormente en su aplicación mediante la autorización de concretas conductas.

igualmente predicable de los incumplimientos del deber de diligencia, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido, junto al resto de «acciones derivadas» que contempla el artículo 232 LSC<sup>58</sup>. Este amplio espectro de medidas sancionadoras y reparadoras de la infracción se completa con una legitimación directa de los socios con una participación «significativa» para entablar una acción social de responsabilidad contra los administradores, sin necesidad de recabar la aprobación de la junta general. No se ha previsto, sin embargo, como en la impugnación de acuerdos sociales y tampoco para la acreditación de los elementos que dan lugar a la protección de la discrecionalidad empresarial, un trámite de previo pronunciamiento, que sea articulado como cuestión incidental, en prevención de ejercicio abusivo de acciones dirigidas a desestabilizar o influir en el correcto funcionamiento del órgano<sup>59</sup>.

Todo ello puede dar lugar, ante la coincidencia de circunstancias en la aplicación del Derecho al caso concreto, a la imbricación de reclamaciones por incumplimientos del deber de diligencia e infracciones del deber de lealtad, en particular a través del recurso a la falta de buena fe en el ejercicio del cargo de administrador<sup>60</sup>. La acumulación indiscriminada de acciones de diversa índole puede, de esta forma, tratar de salvar los escollos que presentan los requisitos de cada uno de los deberes. Como es fácilmente apreciable, diferentes factores inciden sobre la labor de gestión del órgano de administración. En determinados supuestos una conducta autorizada por la junta en relación con el deber de lealtad puede ser reclamada por vía de incumplimiento del deber de diligencia o, *sensu contrario*, la protección de la discrecionalidad empresarial puede llevar a enfocar la cuestión desde la perspectiva del interés social y de las obligaciones dimanantes del deber de lealtad. Con

---

<sup>58</sup> Señala la conveniencia de reforzar el sistema de sanciones obligando al administrador responsable no sólo a reparar el daño causado, sino también a devolver el beneficio que le ha procurado la violación de su deber de lealtad, PAZ-ARES, C., «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2003, *working paper* núm. 162, pp. 1-61, pp. 25-28. En este punto puede verse un resumen de la doctrina del *disgorgement* en SITKOFF, R. H., «The Economic Structure of Fiduciary Law», cit., pp. 1039-1049. Asimismo, sobre su carácter independiente del daño causado y de la indemnización de daños y perjuicios, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 492.

<sup>59</sup> El Informe de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo de 14 de octubre de 2013 en su páginas 36-37 ya advertía que la utilización de esta figura podría provocar demandas instrumentalizadas por determinadas minorías para desestabilizar al ente social, por lo que propugnaba la inclusión de un trámite de admisión de la demanda que permitiera al juez rechazar aquellas que entrañasen abuso de derecho.

<sup>60</sup> Así lo aprecian APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company...», cit., pp. 460-1; y BAINBRIDGE, S. M./LÓPEZ, S./OKLAN B., «The Convergence of Good Faith and Oversight», *UCLA Law Review*, vol. 55, 2008, pp. 559-620, p. 585, en relación con la obligación de vigilancia.

todo, conviene mantener separados ambos planos, tanto en consideración a las conductas y omisiones que sirvan de base fáctica de eventuales reclamaciones, en las que la buena fe se presenta de nuevo como una vía sobre la cual acomodar las pretensiones de las partes, como en relación con las diferentes acciones ejercitables por incumplimientos de los deberes inherentes a la condición de administrador.

### 3.2 Supuesto paradigmático: el deber de vigilancia y supervisión

Un supuesto paradigmático de lo anterior entre los comentaristas del *Common law* lo constituye el deber de investigar o de supervisar, por influencia por la admisión auspiciada por el Código de Delaware de la exclusión mediante previsión estatutaria de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de incumplimientos del deber de diligencia. Así las cosas, la alegación de la falta de buena fe ha sido vista como una escapatoria para volver a encauzar la *litis* y permitir la reclamación de la responsabilidad patrimonial de los administradores sociales<sup>61</sup>.

Esta cuestión se desarrolla en una doble vertiente. Una, en el aludido «derecho-deber» de información del administrador respecto del resto de los miembros del órgano en el que participe, donde además pueden haber sido conferidas funciones delegadas; otra, en un plano vertical, respecto de otras estructuras personales que confluyen en la organización, en particular en relación con los directivos. De nuevo, la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014 ha avanzado en este aspecto, al menos para las sociedades cotizadas, mediante la imposición de un núcleo competencial exclusivo del Consejo y de las comisiones de auditoría, así como a través de la evaluación periódica de la eficacia del sistema de gobierno corporativo y la adopción de medidas para solventar, en su caso, sus deficiencias (cfr., artículos 249. bis, y 529 ter y quaterdecies LSC)<sup>62</sup>. El consejo de administración en su conjunto asume la condición, a través de estas funciones indelegables, de «órgano vigilante» de toda la organización social. Se asegura, por otro lado, la responsabilidad al menos externa de sus miembros, aun cuando la ejecución

<sup>61</sup> Por todos, APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company:..», cit., pp. 443 ss.; y GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence», *Duke Law Journal*, vol. 55 (1), 2005, pp. 1-73, pp. 15 ss.

<sup>62</sup> Se incluyen, entre otros aspectos, la responsabilidad de la administración y gestión de la sociedad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno, y la garantía de la integridad de los sistemas de información contable y financiera.

material de la gestión pueda encomendarse a otros órganos o delegados<sup>63</sup>.

Sobre estas premisas, algunos sectores de la doctrina norteamericana han expandido del deber de lealtad, desde tradicionales enfoques de las situaciones de conflictos de interés personal del administrador, o en su caso, a través de personas interpuestas o vinculadas, a la tutela activa del interés social, tal y como acoge hoy en día nuestra regulación. Con ello se ha llevado a cabo una absorción de conductas típicamente vinculadas al deber de diligencia, como la relativa a la vigilancia o supervisión, al ámbito del deber de lealtad<sup>64</sup>. Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica y otros comentaristas aluden a conductas que se someten a ambos deberes<sup>65</sup>. Ciertamente la calificación que se dé a esta falta de supervisión incidirá en la legitimación y en el ejercicio de las distintas acciones toda vez que el deber de lealtad goza su propio régimen. Pese a esto, convendría mantener la obligación de vigilancia en el marco del deber de diligencia<sup>66</sup>. Así lo aconseja la oportuna modulación de la responsabilidad, en relación con la confianza de buena fe depositada en terceros, sin perjuicio de una eventual *culpa in eligiendo*, y la ligazón entre el deber de vigilancia y el ejercicio del deber-derecho de información<sup>67</sup>. Pero esta obligación, aun situada en este particular ámbito, se ha de entender, a su vez, ordenada a la conformación de distintas estructuras societarias, con

<sup>63</sup> El Informe Olivencia en su recomendación primera señalaba la necesidad de incorporar un núcleo de competencias indelegables del Consejo y así «Que el Consejo de Administración asuma expresamente como núcleo de su misión la función general de supervisión, ejerza con carácter indelegable las responsabilidades que comporta y establezca un catálogo formas de las materias reservadas a su conocimiento». El informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 en su recomendación octava amplió la relación de materias que habrían de componer el núcleo competencial de la función del consejo de administración, e incluyó, con carácter general, la estrategia y la organización de la sociedad y la supervisión y control de la dirección. Esta preocupación sigue latente en el principio noveno del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 cuando se refiere, de forma expresa, a «la responsabilidad directa (del consejo de administración) sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad». Véase también el artículo 29 la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que encarga al órgano de administración la definición del sistema de gobierno corporativo y la vigilancia de su aplicación.

<sup>64</sup> Sobre esta visión positiva del deber de lealtad, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., p. 635, a la luz del caso *Stone v. Ritter* [911 A.2d 362 (Del. 2006)].

<sup>65</sup> BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 491.

<sup>66</sup> Esta postura es compartida con BAINBRIDGE, S. M./LÓPEZ, S./OKLAN B., «The Convergence of Good Faith and Oversight», cit., p. 590; con APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company:...», cit., p. 433; y con BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., p. 923.

<sup>67</sup> Así, en el caso *Caremark Int'l Inc. Deriv. Litig.* [698 A.2d 959 (Del. Ch.1996)] el incumplimiento del deber de vigilancia proviene de la falta de buena fe por la ausencia de un sistema de control apropiado, lo cual se traduce en nuestro artículo 226 LSC en el requisito de un «procedimiento de decisión adecuado».

relaciones de delegación y apoderamiento, es decir, en un plano diverso del de la discrecionalidad empresarial<sup>68</sup>.

### III. LA CONFORMACIÓN DE LA BUENA FE ENTRE LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

#### 1. LA BUENA FE Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES Y LOS ESTATUTOS

La veleidad en la regulación de los deberes de los administradores sociales se muestra con mayor nitidez en la ubicación sistemática dada al cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos». La Ley de Transparencia de 2003 instaló este particular «deber» en el ámbito del entonces creado deber de fidelidad a través de la introducción de un número bis al artículo 127 de la Ley de sociedades de anónimas. Tras el texto refundido de la Ley de sociedades de capital y con la desaparición del deber de fidelidad esta exigencia fue incorporada al deber de lealtad; hoy, tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo, finalmente queda ubicada en el marco del denominado deber «general» de diligencia.

Parece que el legislador no ha sabido muy bien en qué sede situar la necesidad, por otra parte, tautológica, de que los administradores, en el ejercicio de sus funciones, deban cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos<sup>69</sup>. Y ello salvo que

---

<sup>68</sup> También la letra e del artículo 141 del Código de Delaware protege esta posición del administrador y distingue entre la falta de un procedimiento de información adecuado y la confianza de buena fe en terceros «(e) A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation». Sin embargo, con buen tino, critica esta posibilidad de exculpación por una «confianza ciega» en los documentos preparados por los ejecutivos y otros administradores, y requiere una conducta proactiva a su entendimiento para cumplir con su deber de diligencia, SALE, H. A., «Good Faith's Procedure and Substance, in re Caremark International Inc., Derivative Litigation», *University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-20*, 2008, pp. 1-22, p. 20.

<sup>69</sup> Como en su día indicó, desde un punto de vista analítico, FRIEDMAN, M., *Capitalism and Freedom*, 1962, Chicago, p. 124, el interés social se halla limitado por la regulación («the rules of the game»). Lo explicita, sin embargo, a través de un deber general de «obediencia», tanto de normas internas de la sociedad como de otras normas legales e incluso sociales, mediante la asunción de comportamientos de responsabilidad social corporativa, PALMITER, A. R., «Duty of Obedience: The Forgotten Duty», *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010/11, pp. 457-478.

se entienda ahora que el deber de diligencia se ha de limitar a estos aspectos, lo cual sería contradictorio con el desarrollo del contenido del deber impuesto por el artículo 225 LSC. Por otra parte, el carácter «general» atribuido por su rúbrica parece querer ampliar su ámbito de aplicación más allá del cumplimiento de deberes impuestos por las leyes y los estatutos. Con todo, tal aspecto del deber ha de considerarse implícito en la regulación a la luz del régimen de responsabilidad exigible a los administradores sociales. A tal efecto, el artículo 236 LSC sigue separando la responsabilidad por los «actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos» y la proveniente de «los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo»<sup>70</sup>.

Pero es que, es más, aun cuando la incorporación al deber general pueda tener un sentido aclaratorio, se compadece mal con las reglas que rigen el deber de diligencia. Como se ha indicado, el deber de diligencia se ha de enmarcar en la relación entre el administrador y la sociedad y la labor de gestión encomendada, que, en relación con el riesgo que caracteriza la toma de decisiones empresariales, encuentra acomodo entre las obligaciones de medios. Sin embargo, el incumplimiento del concreto deber impuesto por la ley o los estatutos lleva implícito un cierto componente de culpabilidad, y por ello que, siguiendo una consolidada línea jurisprudencial, el actual artículo 236 LSC establezca una presunción *iuris tantum* en tal sentido. La culpa, en estos casos, resulta explicitada por la realización de un acto o de una omisión contraria al régimen legal o estatutario impuesto<sup>71</sup>. Cuando el daño sea debido al incumplimiento de un deber legal o estatutario, la prueba de la culpa se halla implícita en el incumplimiento y la carga de la prueba se invierte por ende a favor del demandante<sup>72</sup>; sin embargo, *stricto sensu*, cuando se trate del incumplimiento de un deber derivado del

<sup>70</sup> En este punto, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 421, en relación con el artículo 102.7(b) del Código de Delaware, en su número séptimo, distingue entre la conducta dolosa que pretende causar un daño a la sociedad o violar la ley, y la conducta realizada con «falta de buena fe», referida a aquellas actuaciones en las que ocurra una voluntad de dejación de las funciones asignadas al administrador.

<sup>71</sup> Entre nuestra literatura jurídica, por muchos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Civitas, Madrid, 2005, p. 254; ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros. Acción individual por no promoción de la disolución», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 5, 1995, pp. 47-78, p. 58; ALONSO UREBA, A., «Presupuestos de la responsabilidad», cit., pp. 701-2; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima*, Lex Nova, Valladolid, 1985, p. 209; y DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de capital (Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de junio)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 196.

<sup>72</sup> Desde la perspectiva continental, para FLEISCHER, H., «La «Business Judgment Rule» a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho», *Revista de derecho mercantil*, núm. 246, 2002, pp. 1727-1754, p. 1748, las normas concretas e imperativas

general deber de administrar con diligencia, además de la protección que en determinados casos dispensa la discrecionalidad empresarial, la prueba de su incumplimiento implicará la acreditación de la culpa<sup>73</sup>. Siendo diversos los criterios de imputación y los fines del deber de diligencia, de carácter modal, y del deber de cumplimiento de las normas y los estatutos, como fuente de obligaciones, no parece oportuno la fundición indiscriminada de ambos elementos<sup>74</sup>.

En principio, el cumplimiento de «los deberes impuestos por las leyes y los estatutos» refrenda el comportamiento exigible a cada conducta recogida por las normas particulares que afectan a la sociedad. Pero, al mismo tiempo, sea como «ordenado empresario», sea como «leal representante», la conducta del administrador trasciende al mercado, por lo que, *lato sensu*, habrá de cumplir tanto las leyes como las obligaciones asumidas en nombre de la sociedad frente a terceros. En tales términos, cualquier actuación personal en sus relaciones con terceros permite el ejercicio de una acción individual de reclamación de su responsabilidad (vgr. *culpa in contrahendo* en los tratos previos, o en la adopción y ejecución del acuerdo)<sup>75</sup>.

Ello nos devuelve, en plano de igualdad, a la realización de aquellos actos que resulten contrarios a la exigencia de la buena fe, tanto en el plano contractual como en el desempeño del cargo conforme a los requerimientos legales y estatutarios, que también extiende a su esfera personal la asunción de responsabilidad. Aun cuando ambos deban quedar convenientemente diferenciados dentro del marco de la eficacia general de las normas jurídicas, de modo que el cumplimiento de las leyes quepa ser reconducido al

---

no permiten al administrador ningún margen de arbitrio, y por ello el modelo de conducta preestablecido sujeta las decisiones de conducta a la revisión judicial.

<sup>73</sup> Encuentran este principio general de la buena fe implícito en los casos en los que la responsabilidad personal de los administradores se extiende frente a los socios y los terceros, ESTEBAN VELASCO, G., «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 24, 1999 Ejemplar dedicado a: La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital (dir. J. Bolás Alfonso), pp. 57-130, p. 106; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 293 ss.

<sup>74</sup> Para ESTEBAN VELASCO, G., «Algunas reflexiones», cit., p. 58, la regla conforme a la que medir la infracción del deber general de prudencia y diligencia normalmente se determina conforme a la culpa/negligencia como criterio de imputación. Por otra parte, distingue QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil*, cit., pp. 186-187, el deber de diligencia aplicable a la gestión de otras fuentes como la ley, los estatutos, etc., que imponen obligaciones específicas, de contenido determinado, cuyo cumplimiento se agota, normalmente, en la realización o ejecución de lo que en ellas venga exigido.

<sup>75</sup> Sobre estos aspectos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La llamada acción individual», cit., pp. 63 ss.; y MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad*, cit., pp. 147-8.

marco del error de derecho, a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y al fraude de ley, y la buena fe al abuso del derecho o a su ejercicio antisocial, sus diversos perfiles recaen, en esta instancia, en el régimen de deberes de los administradores sociales<sup>76</sup>.

El principio general según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe inspira toda la relación del administrador tanto con la sociedad como con los terceros con los que se relacionen en nombre de ésta (cfr., art. 1258 C.c.). De esta forma, los deberes de los administradores no suponen más que una simple concreción dirigida a refrendar la observancia de este principio general y a fijar las pautas de comportamiento a seguir desde su posición orgánica<sup>77</sup>. Además de precisar las prestaciones debidas por las partes, el cumplimiento de lo exigido expresamente por la ley y los estatutos e, incluso, la relación jurídica entre el administrador y la sociedad, la buena fe permite integrar todo el modelo de conducta requerido en cada momento por la comunidad histórica y la conciencia colectiva de lo que es correcto y honesto en el ejercicio de sus funciones. Se instituye así como paradigma que ha inspirar los deberes de los administradores sociales en el cumplimiento del contrato de administración. Desde este punto de vista, la nueva regulación, tanto en el artículo 226 LSC, como en el artículo 227 LSC, solo explicita el principio general, que si bien en épocas precedentes ha quedado «despositivizado», siempre ha permanecido inmanente e inalterable por su carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

## 2. LA BUENA FE COMO DEBER INDEPENDIENTE

La casuística de las resoluciones de los Tribunales norteamericanos, en particular en el estado de Delaware, ha encontrado en ocasiones dificultades para incardinar la amplia tipología de conductas de los administradores en el marco del deber de diligencia o en del deber de lealtad. Y ante la complejidad de las relaciones que resultan en la sociedad y el reconocimiento de ciertos perjuicios causados tanto a ella como a los socios, la realización del Derecho se ha visto compelida a acudir al deber de actuar de «buena fe». Se ha tratado así de dar carta de naturaleza a la consideración de actuar

---

<sup>76</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014 (núm. 446), en su Fundamento de Derecho quinto, declara: «debemos ahora poner de relieve que la acción u omisión originadora de responsabilidad no debe suponer siempre una violación de una norma legal concreta, pues basta que se dé el presupuesto que... no se actúe con la diligencia exigible de acuerdo con un ordenado empresario, y conforme a las exigencias de la buena fe».

<sup>77</sup> Cfr., STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662/2011).

según este principio general como un deber independiente que había de ser incorporado a una pretendida triada de deberes de los administradores sociales, con lo que había de pasar entonces a situarse en posición de igualdad con los deberes de diligencia y lealtad (*care and loyalty*)<sup>78</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho comparado que inspira la reforma, los *leading cases* del *Common Law* han ido conformado un régimen de la responsabilidad de los administradores basado sobre los pilares de los deberes de diligencia y lealtad<sup>79</sup>. No obstante, las continuas referencias a la «buena fe» han sido utilizadas, en unos casos para superar la barrera de la *business judgment rule*, en otros para autorizar una responsabilidad dineraria por incumplimientos del deber de diligencia, y en otros para expandir el ámbito de aplicación del deber de lealtad. Sea como fuere, la «falta de buena fe» ha sido observada por la doctrina como una «vía de escape» para permitir la exigencia de responsabilidad allá donde no concurren los presupuestos típicos de los deberes de diligencia y lealtad<sup>80</sup>.

En este conjunto de casos se podría incluir, entre otros, la concesión de autorizaciones del deber de lealtad a cambio de la correlativa autorización al administrador concedente cuando éste se encuentre también en conflicto de interés con la sociedad (en un intercambio de favores personales en relaciones circulares dentro del consejo de administración)<sup>81</sup>. En sentido inverso, la decisión del administrador puede obedecer a motivaciones personales deri-

<sup>78</sup> Acerca de la autonomía del deber de buena fe respecto de los deberes de diligencia y lealtad, en particular a partir del caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* (634 A.2d 345 (Del. 1994)), por todos, EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 31 (1), 2005, pp. 1-75, pp. 3 y 74; GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 408; y GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment:...», cit., pp. 4 y 17. Sin embargo, aluden a su mero carácter retórico, ya que una visión amplia del deber de lealtad permitiría integrar todas estas conductas, e incluso el deber de diligencia, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., pp. 644 y 655; y BISHOP, G. B., «A Good Faith Revival», cit., pp. 938-9. En contra, sin embargo, de este criterio, BRUNER, C. M., «Good Faith in Revlon-Land», *New York Law School Law Review*, vol. 55, 2010/11, pp. 581-591, p. 684.

<sup>79</sup> Al respecto, entre otros, los casos *White v. Panic* [783 A.2d 543 (Del. 2001)], *Levco Alternative Fund v. Reader's Digest Association* [803 A.2d 428 (Del. 2002)], *the Walt Disney Company Derivative Litigation* [825 A.2d 275 (Del. Ch. May 2003)], y *Unsecured Creditors of Integrated Health Services, Inc. v. Elkins* [Del. Ch. LEXIS 122 (Del. Ch. Aug. 24, 2004)].

<sup>80</sup> EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., pp. 5-6 y 75, advierte que el recurso a la buena fe permite articular nuevas conductas que recaen dentro del ámbito de las obligaciones fiduciarias de los administradores y que quedan al margen de los deberes de diligencia y lealtad, entre las que ubica, de una parte, las diferentes obligaciones que resultan de la función administrativa y, en el otro, todo un elenco de nuevas obligaciones fiduciarias que resultan de los cambios sociales.

<sup>81</sup> Destaca EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 75, aquellas operaciones realizadas por administradores «desinteresados», que son, a su

vadas de sus particulares relaciones de enemistad o enfrentamiento con otros administradores o socios, que lleven a adoptar posturas contrarias a la buena fe, con mayor riesgo en las sociedades donde existan unas vinculaciones familiares o de confianza<sup>82</sup>. También en el caso de otras relaciones a través de conglomerados de empresas o grupos de sociedades, que se han de regir por sus propias reglas. Piénsese asimismo en sistemas orquestados para cohonestar la fijación de retribuciones, las decisiones en batallas por el control en el ámbito de las adquisiciones y fusiones, las prácticas sobre acciones (*greenmail* y *squeeze-outs*) o respecto de modificaciones del capital social, entre otras, que han sido tratadas de atajar, mediante distintos mecanismos, con la renovación de nuestro Derecho de sociedades<sup>83</sup>.

### 3. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO INTEGRADOR DE LA CONDUCTA EXIGIBLE

#### 3.1 La buena fe en el ámbito de los principios generales

La amplia expresión del artículo 227.1 LSC referida a que los administradores deben desempeñar su cargo con la lealtad de «*un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*» se articula, de lo general a lo particular, mediante la relación de las «obligaciones básicas» contenidas en el artículo 229. Éstas, a su vez, como manifestaciones fundamentales de este deber, no agotan toda su casuística, ni siquiera mediante la descripción de aquellas situaciones que dan lugar a eventuales conflictos de interés. Pero aun cuando no haya adquirido tal desarrollo normativo, también el deber general de diligencia encuentra algunas de sus manifestaciones, en un plano inferior, en los deberes de

---

vez, amigos o colegas de otros administradores «interesados» y que votan a favor de acuerdos que afectan a estos últimos.

<sup>82</sup> En este contexto, BRANSON D. M., «The Rule that isn't a Rule: Business Judgment Rule», *Valparaiso University Law Review*, 2002, pp. 631 ss., pp. 642-3, incluye situaciones que atiendan a motivaciones personales como venganzas, rencores, envidias u otros conflictos entre administradores que puedan influir en la decisión.

<sup>83</sup> Algunas de estas prácticas son apuntadas por PAZ-ARES, C., *Responsabilidad de los administradores*, cit., p. 78. Ya antes GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, cit., p. 296, aludía a aquellas «obligaciones concretas no especificadas», algunas de las cuales han sido luego asumidas por la regulación, como la actividad de los gestores, el cuidado de secretos, la comunicación de hechos de interés social, la abstención de apropiación de ventajas de clientes o proveedores, o la precipitación de la quiebra de la sociedad al ejercitar un derecho propio. Desde la perspectiva de la influencia del socio sobre el órgano de administración, véase en nuestra obra, *El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital. (control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de igualdad)*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 138 ss.

dedicación o de información. Unos y otros sirven para alumbrar el comportamiento exigible de los administradores en su función orgánica, pero los distintos comportamientos en los que se pueden concretar tales conceptos de carácter indeterminado impiden la confección de una lista cerrada<sup>84</sup>. Es más, las conductas en las que se pueden manifestar pueden dar lugar a una imbricación de los deberes afectados, que habrán de recibir oportuno tratamiento desde sus diversos perfiles<sup>85</sup>.

Ante este problema de tipificación, no siempre sencillo de resolver, la buena fe puede intervenir con un carácter integrador de la conducta exigible al administrador social. Partiendo de una formulación que va de lo abstracto a lo particular, con carácter general, la buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y exige el rechazo de todas aquellas actitudes que no se ajusten a los parámetros de la honradez y de la justicia. En su perfil positivo, a su vez, identifica aquel modelo de conducta que socialmente es considerado honesto y adecuado, conforme a unas reglas y valores que la conciencia social impone al tráfico jurídico<sup>86</sup>.

Trasladado al marco de las relaciones contractuales, el principio de la buena fe exige una actuación acorde con la corrección en el trato y la consideración de los intereses de la otra parte. En este

<sup>84</sup> Por todos, EMBID IRUJO, J. M., «Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas», *Cuadernos de derecho y comercio (CDC)*, núm. 46, 2006, pp. 11-16.

<sup>85</sup> Igualmente, BISHOP, C. G., «Directorial Abdication», cit., pp. 922-3; y APPLEBY, A. D./MONTAIGNE, M. D., «Three's Company...», cit., pp. 452-4, en relación con los casos Disney y Stone. Aluden al caso de la «venta del control» y la reacción de los administradores, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand...», cit., p. 638, y BRUNER, C. M., «Good Faith in Revlon-Land», cit., vol. 55, 2010/11, p. 582, y antes en «Good Faith, State of Mind, and the Outer Boundaries of Director Liability in Corporate Law», *Wake Forest Law Review*, vol. 41, 2006, pp. 1131-1189, donde, a partir de la funcionalidad de estos deberes para reducir los «costes de agencia», diferencia entre la calidad de las decisiones, controlada por el deber de diligencia, y la calidad de las intenciones, por el de lealtad.

<sup>86</sup> Cfr., SSTS de 22 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7234) y de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8349). También el artículo 2 de la Propuesta del año 2011 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635) define la buena fe contractual como «una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión». Véase también la Regla I.-1:103 del borrador del Marco Común de Referencia, que entiende contrario a la buena fe y a la corrección en el trato que una parte actúe de forma contraria a sus declaraciones anteriores o lleve a cabo la conducta cuando la otra parte razonablemente haya confiado en aquéllas, y vaya en su detrimento; y la regla III.-1:103, que extiende estos deberes a la ejecución de la obligación, al ejercicio de un derecho para su cumplimiento, al ejercicio de eventuales acciones y al ejercicio de un derecho que permita la suspensión de la obligación o de la relación contractual. También los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, Sellier, 2009, p. 89, advierten la necesidad de diferenciar esta corrección en el trato de la buena fe subjetiva.

contexto, el intérprete ha de atender tanto a las declaraciones anteriores de la parte como a lo que la otra quepa legítimamente esperar. En cualquier caso, la consagración de la buena fe, como módulo rector, se extiende desde la fase de la formación de la voluntad contractual hasta su completa ejecución, y tanto en el ejercicio de los derechos como en el de la interposición de eventuales acciones, en atención a las circunstancias del supuesto en el que se plantee su aplicación. De este modo, el principio general de la buena fe comprende todo el curso de la relación negocial proyectada en su conjunto. Para ello, el régimen aplicable se ha integrar con el propósito común de las partes, como causa eficiente o concreta del objetivo buscado conforme al interés consustancial de la relación<sup>87</sup>.

Desde la perspectiva general del Derecho de obligaciones y contratos, el deber de actuar de buena fe asume una mayor relevancia cuando se trate de relaciones de colaboración entre las partes, en particular en contratos complejos o en los que resulte un «contenido abierto» o incompleto. Este principio general, como «norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión», permite colmar aquellos aspectos de la relación que no resulten explicitados por vía convencional o regulados, de forma imperativa o dispositiva, por el régimen legal de la figura de que se trate. De otra parte, el actual movimiento de revisión de la materia contractual acude también, como manifestación del principio anterior, a las llamadas «cláusulas contractuales implícitas». Respecto de aquellas materias carentes de plasmación convencional, las «cláusulas contractuales implícitas» prestan particular atención a la naturaleza y al objeto del contrato, así como a las circunstancias en las que éste se celebre. A partir de tales consideraciones y salvo previsión expresa de su omisión, en la medida de lo posible, permitirán que tengan lugar los efectos que las partes habrían probablemente acordado de haber regulado la materia<sup>88</sup>.

Esta realidad tampoco es ajena a aquellas modalidades contractuales que sirven de base primigenia para la configuración de la relación del administrador en las sociedades de capital. En primer lugar, en relación con el contrato mercantil de comisión, el artículo 541-4.4 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil acude a la prudencia, a los usos aplicables, a las exigencias de la buena fe, y a la actuación del comisionista como si se tratara de un negocio propio. Estos criterios también son acogidos en el artículo 9 de la Ley

<sup>87</sup> Cfr., STS de 1 de marzo de 2001 (EDJ 2001/1319).

<sup>88</sup> Sobre las «cláusulas contractuales implícitas», en sede de interpretación de los contratos, cfr., art. 57 de la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea.

12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, que regula las específicas obligaciones del agente. En él también se predica una expresión genérica del deber de «actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe» a la que siguen unas obligaciones básicas. Entre ellas, unas obligaciones de comunicación, incluso de solvencia, y otras de ejercicio de la actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia, en la línea de las obligaciones impuestas en el deber de lealtad a los administradores sociales<sup>89</sup>.

### 3.2 La objetivación de la buena fe en el Derecho mercantil y su trasposición al Derecho de sociedades

Tal como ha sido expuesto para la fundamentación de las decisiones empresariales en el marco de la protección de la discrecionalidad de la que gozan los administradores, el principio de «razón suficiente» o de «condición razonable» viene a completar los criterios que sustentan el comportamiento debido en el plano contractual. Para ello se habrá de estar a lo que pueda esperarse en una situación concreta, teniendo en cuenta, de modo objetivo, la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesionales en el sector correspondiente<sup>90</sup>.

Llegados a este punto y en relación con los «usos mercantiles», el llamado Derecho del mercado tiene un cierto influjo en las relaciones que nacen o que trascienden a este ámbito. Así se advierte en la regulación de la competencia desleal cuando la cláusula general del artículo 4 declara que «en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado»<sup>91</sup>. La deslealtad del comporta-

<sup>89</sup> Para una aproximación a la figura, desde las relaciones de fiducia a los contratos de mandato y de comisión mercantil, RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad*, cit., pp. 92 ss. y 237 ss.

<sup>90</sup> Artículo 5 de los principios generales de aplicación de la Propuesta de Reglamento en relación con la Regla I.-1:104 del borrador del Marco Común de Referencia y la determinación objetiva de las conductas debidas de las partes. En todo caso, la distinción entre la «condición razonable» y el principio de buena fe puede verse en los *Principles, Definitions and Model Rules*, p. 91.

<sup>91</sup> SMITH, D. G., «The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty», *Vanderbilt Law Review*, vol. 55, 2002, pp. 1399-1497, pp. 1410-1, vincula en mayor medida el deber de lealtad a situaciones de conflicto de interés, mientras que el incumplimiento del deber de

miento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe encuentra vigencia, asimismo, para la integración de los contratos con los consumidores y usuarios y en las omisiones de información precontractual relevante (*vid.*, art. 65 del Real Decreto Legislativo 1/2007)<sup>92</sup>.

La objetivación de las relaciones empresariales, a través de distintos campos normativos, junto a los usos mercantiles, como fuente supletoria, admiten que, *lato sensu*, cualquier comportamiento de los administradores que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe haya de dar lugar a la consiguiente responsabilidad<sup>93</sup>. Ello se ha de comparar con una responsabilidad por negligencia o con una infracción del deber de lealtad, y puede fundarse en el dolo por el incumplimiento intencionado de obligaciones consustanciales derivadas de la relación negocial, que a su vez pueden tener conexión con el ilícito civil y con el alcance informador del principio de la buena fe. Por esta vía se pueden encontrar criterios que permitan el resarcimiento integral de los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, que pueden afectar a aspectos diversos del deber de lealtad y a las específicas acciones que resultan de su infracción. Por lo tanto, la reparación integral del daño causado ha de comprender también, en estos casos, el denominado lucro cesante, como expresión o extensión lógica de la ganancia frustrada o dejada de obtener que derive de la propia razón económica de la relación negocial<sup>94</sup>.

A partir de la relación jurídica con la sociedad, el administrador en concreto habrá de actuar en el ejercicio del cargo en atención a la buena fe, a los usos y prácticas generalmente admitidos y a la

---

diligencia entraña no tanto un beneficio propio o de una persona vinculada al administrador, sino a un tercero a expensas de la sociedad. Desde otro perfil, FONT GALÁN, J. I., «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 25, 2005, pp. 71-107, p. 90, distingue entre una «fidelidad proactiva» relacionada con el deber de diligencia, y una «fidelidad propositiva o inhibitoria» vinculada al deber de lealtad.

<sup>92</sup> Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Así lo reconoce también el artículo 2 de la Ley de Competencia Desleal cuando sanciona el carácter «concurrential» del acto cuando, «por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero».

<sup>93</sup> EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 5, junto a la honestidad subjetiva, añade otros factores objetivos como la no violación de los estándares de decencia generalmente aceptados y aplicables a los negocios, la no violación de las normas sociales generalmente aceptadas y la fidelidad. Por otra parte, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., p. 427, advierte que los Tribunales de Delaware acuden a criterios objetivos de conducta para superar interpretaciones subjetivas de la intención perseguida.

<sup>94</sup> *Vide* STS de 14 de enero de 2014 (núm. 49/2014).

ley, según las consecuencias y los efectos que resulten de la naturaleza de la relación (cfr., art. 1258 C.c. y 57 Cdeco.). Esta realidad es expresamente admitida en nuestra sociedad civil, donde la «mala fe» constituye un límite insoslayable a la facultad del socio nombrado administrador en el contrato social «para ejercer todos los actos administrativos» (cfr., art. 1692 C.c.). En consecuencia, en su traslación a las sociedades mercantiles, el principio general de la buena fe, sobre criterios objetivos de comportamiento, ha de ser oportunamente adaptado a la posición jurídica del administrador, en relación con su deber de lealtad, y a la naturaleza de su cargo y a las funciones asumidas, en relación con el de diligencia<sup>95</sup>.

Ciertamente ambos deberes son asumidos por la condición de administrador frente a la sociedad, lo cual hace que el poder atribuido imponga que el administrador haya de ejercitar sus facultades según tales exigencias (cfr., artículo 7 C.c.). No obstante, el comportamiento debido conforme a los cánones de la buena fe trasciende a los terceros y a los acreedores. El recurso a la buena fe objetiva, más allá de la buena fe contractual que le une a la sociedad, sirve igualmente para explicar la responsabilidad que asume el administrador en sus relaciones con el mercado y la afectación de otros intereses. Consecuentemente, la falta de esta buena fe en los comportamientos que afecten a las reglas del mercado, cuando cause perjuicios a la sociedad o a otros terceros con intereses legítimos, deja expedita la vía a la correspondiente reparación<sup>96</sup>.

#### 4. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DEL MERCADO. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Pese a los avances introducidos en el Derecho contractual y en el Derecho del mercado en la formulación de normas que contemplan el deber de buena fe, nuestro sistema de sociedades, sin embargo, no lo ha acogido como un deber autónomo, ni siquiera a través de un deber de fidelidad como hiciera la Ley de Transparencia de 2003. Al contrario, la reforma para la mejora del gobierno corporativo ha optado por incorporarlo de forma dispersa mediante la protección de la discrecionalidad empresarial, en el deber de

<sup>95</sup> En esta línea, LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores*, cit., p. 41, conecta el deber fiduciario del administrador con la obligación de perseguir el fin social, y ésta, a su vez, con el principio general de la buena fe.

<sup>96</sup> Sobre la funcionalidad del deber de buena fe para evitar eventuales abusos de los administradores, BISHOP, C. G., «A Good Faith Revival», cit., p. 483.

diligencia, y entre los criterios rectores del deber de lealtad, en la configuración de la condición de administrador<sup>97</sup>.

Pues bien, aun si se descartara la condición autónoma del llamado en otras épocas como deber de fidelidad, como parece conveniente, y aun cuando las implicaciones sobre los deberes de diligencia y lealtad sean distintas por la función que tienen asignadas en el cuadro de deberes de los administradores sociales, no se puede soslayar la relevancia de este principio general. Su carácter informador de todo el sistema jurídico y su carácter integrador desde las relaciones contractuales a la conducta del operador económico en el mercado, y más concretamente del administrador en las sociedades de capital, así lo exige (*vid.* arts. 1258 C.c. y 57 CCo. y art. 4 LCD).

Por ello, en la línea de ordenar estas relaciones desde lo general a lo particular, la técnica empleada por la regulación de la competencia desleal puede ser una referencia válida sobre la cual construir el régimen de deberes de los administradores sociales. Como se ha apuntado, no parece conveniente, en este ámbito de relaciones complejas y contratos incompletos, limitar el concepto paramétrico de la buena fe al ámbito del deber de lealtad. Ni aunque fuera entendida en un sentido amplio de los vínculos inmanentes entre el administrador y la sociedad, la buena fe no puede quedar encorsetada en la relación inter partes. Los conceptos abstractos o indeterminados de la buena fe, la corrección y la cooperación, en relación con la fidelidad reclamable de las partes gozan de un espacio de aplicación más amplio que el deber de lealtad, y se extienden, incluso, a las relaciones que el administrador mantenga con terceros<sup>98</sup>.

Además, el deber de buena fe trasciende de la relación jurídica que vincula al administrador con la sociedad para incluir otras exigencias derivadas de la práctica empresarial, del cumplimiento de las conductas leales del mercado y de fidelidad hacia otros miembros de la organización<sup>99</sup>. De esta forma, el administrador ha de cumplir con los comportamientos éticos que prestigien la imagen y reputación de la sociedad en el mercado<sup>100</sup>. En consecuencia, el deber de fidelidad, entroncado a la buena fe como principio inte-

<sup>97</sup> En este sentido, EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 5.

<sup>98</sup> Acerca de la labor integradora del principio de buena fe, en la edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules*, p. 677. Sobre su aplicación a los deberes de los administradores sociales, ante los límites de los deberes de lealtad y de diligencia, por muchos, BRUNER, C. M., «Good Faith, State of Mind», cit., pp. 1131-1189.

<sup>99</sup> Igualmente, GOLD, A. S., «A Decision Theory Approach», cit., pp. 398-474, reconoce la posibilidad de deducir los deberes de los administradores a través del principio general de la buena fe.

<sup>100</sup> ASIMISMO, SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses*, cit., p. 315-6.

grador de todo el comportamiento del administrador, ha de servir para colmar el contenido de su estatuto jurídico<sup>101</sup>.

Reconocida su relevancia como norma general y al paso como cláusula de cierre del sistema, siguiendo la misma técnica que la empleada para la relación de conductas desleales, el reconocimiento explícito y separado de la buena fe serviría como última barrera para reprimir todas aquellas conductas ilegítimas de los administradores que no hallen acomodo en los parámetros típicos de la diligencia o la lealtad, o que se muestren solapados por sus normas rectoras<sup>102</sup>. Con toda seguridad el desarrollo de la regulación de los deberes de diligencia y lealtad, tras la reforma para la mejora de gobierno corporativo, en particular respecto de las restricciones a la dispensa del deber de lealtad a través de los requerimientos de «inocuidad», de «realización en condiciones de mercado» y de «transparencia del proceso», servirá para reducir la necesidad de acudir al tópico de la buena fe (cfr., art. 230.2 párr. 3.º). Pero aun entendiendo que las conductas que contempla la normativa no tienen carácter casuístico, la evolución de la realidad económica supera los márgenes dentro de los cuales se mueve la regulación. Así se ha podido apreciar en las ocasiones en las que los jueces han tenido que acudir a la cláusula general de la buena fe «concurrential» para dar cabida a aquellos actos que entrañan competencia desleal. Otro tanto cabe considerar respecto de aquellos que puedan realizar los administradores en contravención de los parámetros de lo que se deba considerar correcto y honesto en el ejercicio de sus funciones<sup>103</sup>.

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

En la arquitectura de deberes generales de los administradores sociales cabría plantearse deslindar la exigencia de actuar de buena

---

<sup>101</sup> Los Principios de gobierno corporativo de la OCDE también exigen que el consejo haya de aplicar los más elevados estándares éticos, tomando en consideración los intereses de los grupos afectados por sus decisiones («The board should apply high ethical standards. It should take into account the interests of stakeholders»).

<sup>102</sup> Asimismo, el artículo 102.b.(7)(ii) del Código de Delaware recoge el presupuesto de la buena fe como frontera en la formulación de una pretendida limitación estatutaria a la responsabilidad de los administradores. En este sentido, GRIFFITH, S. J., «Good Faith Business Judgment:...», cit., p. 13. La distinguen de la conducta en violación de la ley, que también se incluye en el mismo apartado, STRINE, L. E./HAMERMESH, L. A./BALOTTI, R. F./GORRIS, J. M., «Loyalty's Core Demand:...», cit., p. 660.

<sup>103</sup> Véase, en este punto, la recomendación vigesimosegunda del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 acerca de las reglas de información en caso de imputación y procesamiento penal de los consejeros, así como del deber de dimisión del cargo cuando afecte al crédito y reputación de la sociedad.

fe, o como tradicionalmente se recogía en los textos rituales, «sin engaño», del contenido de los deberes de diligencia y lealtad, para ubicarla en una cláusula general de fidelidad. En ella podrían tener presencia, en plano de igualdad, una vez demostrada la insuficiencia de los «deberes inherentes al desempeño del cargo» para su acogimiento y en línea con lo sostenido en el régimen de responsabilidad, los deberes impuestos por las leyes y los estatutos sociales. Asentado sobre estos criterios generales el basamento del régimen de deberes, el sistema podría quedar soportado sobre las cariátides de la diligencia y lealtad, que encontrarían su arquitrabe en los conceptos remisorios a su posición respecto de la sociedad. En el friso de este soportal se dibujarían las conductas más o menos concretas que, a modo explicativo, desarrollen los deberes anteriores, sin que ello suponga un sistema cerrado o típico, y que a su vez elevaría al tímpano la amplia policromía de acciones derivadas de eventuales incumplimientos. Por último, mediante la cornisa del régimen de responsabilidad, con cobertura «a dos aguas», según se trate del incumplimiento de uno u otro deber inherente a la condición de administrador o de la infracción de la cláusula general de fidelidad o de una prescripción legal, se culminaría todo este constructo<sup>104</sup>.

Con todo esto se podría dar cumplida respuesta a algunas orientaciones que provienen de los Código de buen gobierno. Ya en su día el Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2006 contemplaba el deber del consejo de velar «asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente». El nuevo Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas de 2015 vuelve a incidir en estos criterios en su recomendación decimosegunda, donde alude a que el consejo de administración «además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así

---

<sup>104</sup> En general, para EISENBERG, M. A., «The Duty of Good Faith in Corporate Law», cit., p. 6, la buena fe permite articular nuevas conductas que recaen dentro del ámbito de las obligaciones fiduciarias de los administradores y que quedan al margen de los deberes de diligencia y lealtad.

como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

En ambos se aprecia una preocupación, más allá de la referencia a las relaciones con los grupos de interés (*stakeholders*) y a los principios ligados a de responsabilidad social, tanto por el respeto de las leyes y reglamentos como por un comportamiento basado en la buena fe. Esta buena fe se ha de plasmar, por ende, en la ética en los negocios y en el respeto a los usos y a las buenas prácticas comúnmente aceptadas, tanto en sus relaciones contractuales como en relación con el mercado donde la sociedad desarrolle su actividad. En suma, ambos elementos, tratados entre las preocupaciones de los Códigos de buen gobierno, convendría que tuvieran un reflejo sistemático adecuado en el marco de los deberes asignados a los administradores de las sociedades de capital. Con ello, además, este esquema de deberes, en la línea de otros contratos mercantiles, mantendría una coherencia ontológica respecto a otros ámbitos de la regulación del mercado<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> No está de más recordar aquí la inscripción latina del Salón de la Contratación de la Lonja de los Mercaderes de Valencia, que reza: «Probad y ved cuan bueno es el comercio que no usa fraude en la palabra, que jura al prójimo y no falta, que no da su dinero con usura. El mercader que vive de este modo rebosará de riquezas y gozará, por último, de la vida eterna».