

Los deberes fiduciarios de los administradores en el Derecho norteamericano (parte I)¹

Vicenç Ribas Ferrer

1. Introducción

En la primera parte del presente trabajo se llevará a cabo una introducción, se analizará la tipología de deberes de los administradores de las sociedades en el derecho norteamericano, la evolución reciente y los principios generalmente aplicables. En una segunda parte se analizará la contratación interesada del administrador con la sociedad y las oportunidades sociales y los posibles conflictos que pueden surgir entre el administrador y la sociedad en los Estados Unidos.

Los deberes fiduciarios.- El análisis de la posición jurídica de los administradores en los Estados Unidos viene determinado por la aplicación de la doctrina general de los deberes fiduciarios, mediante la cual se estructuran sus obligaciones y se regula su conducta.² El hecho

¹ El presente trabajo ha ido elaborado en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Instituto Franklin-UAH, II Plan Innova- USA (2012-2014), titulado "El análisis del Convenio Hispano-Norteamericano para evitar la doble imposición y su incidencia en las relaciones económicas entre ambos países", cuyo investigador principal es la Prof. Patricia Lampreave Márquez.

² ABA. *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.60-63; ABA, *Corporate Director's Guidebook*, 1978, 1984 y (2001) sub. 2.B.2; ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I, 1994; Brudney. "Revisiting the import of shareholder consent for corporate fiduciary loyalty obligations", *J.Corp.L* (2000): 209-40; Brudney & Clark. "A new look at corporate opportunities" *Harv. LR* (1981): 998-1062; Cary & Eisenberg, *Corporations. Cases and Materials*, 1995; Clark. *Corporate Law*, 1986; Easterbrook & Fischel. "Corporate Control Transactions", *Yale LJ* (1982): 698-737; Eisenberg. "The divergence of standards of conduct and standards of review in Corporate Law" *Fordham LR* (1993): 437-468; id., "An overview of the Principles of Corporate Governance", *Bus. Law.* (1993): 1271-1286; Hamilton, *Corporations*, 1998; Henn & Alexander. *Laws and corporations*, 1983; Marsh. "Are Directors Trustees?" *Bus. Law.* (1966): 35; Solomon, et al. *Corporations. Law and Policy*, 1998. V. también, Fernandez-Albor, "La doctrina de las 'corporate

de que el administrador sea considerado como un fiduciario de su principal, la sociedad, encuentra su origen en el lugar que ocupa en la estructura societaria, como gestor de intereses ajenos, que le obligan a un cuidado de los bienes y a fomentar los intereses de la sociedad.³ En este sentido, **los deberes fiduciarios son la consecuencia de la existencia de una relación fiduciaria en la cual una persona delega poderes en favor de otro para que le gestione sus intereses**, de forma que el gestor puede sustituirle y modificar sus relaciones jurídicas.⁴

Protección de los intereses del principal.- Habida cuenta de la posición jurídica del gestor en relación con la esfera patrimonial ajena, **el primer contenido obligatorio del gestor reside en utilizar el poder solo en el mejor interés del principal.**⁵ El hecho de que una persona disponga de poderes que pueden afectar los intereses ajenos lleva consigo la posibilidad de que el uso del mismo sea descuidado o interesado, lesionando los intereses que debe proteger.⁶ El ordenamiento responde a este problema consustancial a las relaciones fiduciarias a través de la protección que los deberes fiduciarios ofrecen a los intereses del principal, a través de los cuales se exige el cumplimiento de las funciones gestoras atendiendo a un conjunto de reglas de tutela del principal.⁷

2. Tipología de deberes

El deber de cuidado.- La categoría general que integra la doctrina de los deberes fiduciarios comprende, en su uso más generalizado, dos especies: los deberes de cuidado y de lealtad.⁸ Existen también otros deberes afines a los dos mencionados, tales como el deber de

opportunities' en los Estados Unidos de América", RDBB (1997): 477-518; Guerra Martín. *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses* (2003):415-66; Llebot. *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima* (1996) 101-5; Ribas. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (2010) § 109.

³ Conard, Knauss & Siegel, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 303; Henn & Alexander. *Laws and corporations* (1983): 612.

⁴ Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981): 51-92, analiza diversas doctrinas tradicionales explicativas del fenómeno fiduciario. Su aproximación está fundamentada en la idea de la transferencia de poderes [id., pp. 96-110]. Las ideas centrales que distinguen la relación fiduciaria son para Frankel. "Fiduciary Law", Cal. LR (1983): 808-9, la sustitución del titular del bien o negocio por el fiduciario y la delegación del poder en favor de este último.

⁵ Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981): 96.

⁶ Ribas. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (2010) §§ 84-85.

⁷ Frankel. "Fiduciary Law", Cal. LR (1983): 797, 807, 810.

⁸ ABA, "Corporate Director's Guidebook", Bus. Law. (2001): 1582-3; ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) sub. 8.30 (deber de cuidado bajo el epígrafe *general standards for directors*) y sub. 8.60-63 (sólo referido a las operaciones contractuales regidas por el deber de lealtad); ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 4.01 (*duty of care*) y 5.01 a 5.16 (*duty of fair dealing of directors, senior executives and controlling shareholders*); ALI, *Restatement of Agency*, 2d., vol. I (1958) sub. 13; v. la separación entre los *duties of service and obedience*, (sub. 377-86) entre los que se encuentra el *duty of care and skill*, y los *duties of loyalty* (sub. 387-98); REYNOLDS, *Bowstead and Reynolds on Agency* (1996) se refiere a los *duties of performance* (sub. 6-01 a 31) entre los que incluye los *duties of care and skill*, de los *fiduciary duties* (sub. 6-32 a 6-110); Clark. *Corporate Law* (1986) sub. 3.4 (*duty of care*) y sub.

buena fe, de diligencia o de competencia que se ordenan sistemáticamente en el marco más general de obligaciones del gestor.⁹ El deber de cuidado de los administradores gobierna aquellas situaciones en las que el gestor debe cumplir el encargo recibido de forma que promueva los intereses del principal, la sociedad, y los fines del negocio.¹⁰ En esta dirección, el administrador ejerce su cargo con cuidado cuando despliega la atención, competencia y prudencia razonable.¹¹

El deber de lealtad.- En un sentido más preciso, el deber de lealtad es el único deber propiamente fiduciario, de manera que el deber de lealtad coincide plenamente con las obligaciones fiduciarias y está considerado como el núcleo esencial de la relación fiduciaria.¹² Es común atribuir la denominación de deber de lealtad al contenido obligatorio que regula el conflicto de intereses relativo a los administradores y reservar la expresión deber fiduciario para las relaciones fiduciarias en general.¹³ Sea cual sea la denominación, los principios generales que componen el contenido general del deber de lealtad completan las particulares regulaciones de la contratación introducidas por los ordenamientos de los Estados.¹⁴ También en el contexto de las legislaciones estatales, **se ha ido introduciendo el deber general de**

4-8 (*self-dealing*); Conard, Knauss, Siegel. *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 305; Solomon, Schwartz, Bauman, Weiss. *Corporations. Law and Policy* (1998) 658. V. también, Ribas. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (2010) §§ 70.

⁹ Henn & Alexander. *Laws and corporations* (1983) 612. En países del ámbito anglosajón como Inglaterra, es común distinguir entre deberes de *care, skill and diligence* y deberes fiduciarios o de lealtad. V. Boyle & Birds. *Company Law* (2007) 605 ss. Otros se refieren al los deberes de lealtad y buena fe y al deber de cuidado; así v. GOWER, *Principles of Modern Company Law* (1997) 598-9. La moderna doctrina hace referencia al deber de competencia (*duty of competence*) y al deber de lealtad, como puede verse en DAVIES, *Introduction to Company Law* (2002) 153, 154.

¹⁰ V. ia., Bradley, M. & Schipani, C. "The relevance of the duty of care standard in corporate governance", *Iowa L. Rev.* 75 (1989-90) 1 ss; Eisemberg, M.A., "The duty of care of corporate directors and officers", *U. Pitt. L. Rev.* 51 (1989-90) 945 ss.

¹¹ Ribas. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (2010) §§ 75-80.

¹² Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981):48; Finn. *Fiduciary Obligations* (1977): 1-3; "Fiduciary Responsibility in the Management of the Corporations", reproducido parcialmente en Conard, Knauss & Siegel, *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 473-4. Entre nuestra doctrina, el deber de lealtad suele caracterizar el negocio fiduciario. Así Garrigues. *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil* (1981) 18, considera negocios fiduciarios a «todas aquellas relaciones en las que destaca un deber de lealtad hacia alguien. Los ingleses hablan en este caso de *fiduciary relationship* y los alemanes de *Vertrauensgeschäfte*». Sigue esta opinión en: Peinado Gracia. *El contrato de comisión: cooperación y conflicto* (1996): 29.

¹³ ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994):8-358. V. los términos del debate en Conard, Knauss, Siegel. *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982) 304-305. Sobre el deber de lealtad en particular, v. Cary & Eisenberg. *Corporations. Cases and Materials* (6ª ed., unabr.1988): 556-655; CLARK, *Corporate Law* (1986) 141 ss. Henn & Alexander. *Laws and corporations* (1983) 611, 625, passim. V. también, Easterbrook & Fischel. *The economic structure of corporate law* (1991):103. V. ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) cap. V, *Duty of Fair Dealing* cuyo título corresponde a la parte que comprende el deber de lealtad. Tal como señala Eisenberg. "An overview of the Principles of Corporate Governance", *Bus & Law.* (1993): 1284, el deber de *fair dealing* es un caso especial, pero de lejos, el más importante, del más general *duty of loyalty*.

¹⁴ Cary & Eisenberg. *Corporations. Cases and Materials* (6ª ed., unabr.1988): 556-655.

actuar de buena fe y en interés de la sociedad como un criterio para modular la conducta de los administradores.¹⁵

3. Evolución reciente

Prohibición absoluta.- La evolución histórica de la aplicación del deber de lealtad al administrador de sociedades presenta dos etapas con modelos de regulación distintos. En una primera etapa, los deberes de los administradores no fueron incorporados a un cuerpo legal y los tribunales aplicaron de forma analógica los principios fiduciarios del derecho del *trust*. Esta doctrina comportaba que, **por aplicación de la prohibición absoluta que rige en el *trust*, toda operación en conflicto de intereses que los administradores realizaran con la sociedad se sancionaba con la nulidad del negocio** y la prohibición de todo beneficio obtenido de la situación conflictual. El rigor de la sanción se aplicaba con independencia del interés que la operación tuviera para la sociedad, lo que consiguientemente facultaba no sólo a reclamar la indemnización por daños, sino al ejercicio de acciones de restitución.¹⁶

Prohibición relativa.- Una segunda etapa viene presidida por una corrección de la rigidez con la que se aplicaban las prohibiciones, al tiempo que las legislaciones de los Estados iniciaban la incorporación de reglas procedimentales para regular determinados conflictos.¹⁷ Esta fase de evolución se orienta hacia la admisión de las operaciones conflictuales autorizadas a condición de la comunicación previa de los hechos relevantes. En el contexto del Derecho de sociedades americano **la regla de prohibición absoluta fue moderada a través de la regla del *fairness test***, lo que comporta que la valoración del caso tiene en cuenta el resultado de la operación y su interés para la sociedad.¹⁸ Los estándares de revisión judicial

¹⁵ V. ia., art. 310 (a)(1) y (2), y (b)(1) Cal. Corp. Code; arts. 141 (e), 144 (a)(1) y (2) y 145 (a) y (b) Del. Gen. Corp. Law; arts. 713 (a)(1) y (2), y 717 (a)(3) NY Bus. Corp. Law.

¹⁶ Sobre la doctrina tradicional de los deberes fiduciarios y, en particular, sobre la postura tradicional relativa a la prohibición absoluta de las conductas interesadas que respondía a doctrina dominante en el siglo diecinueve, v. Marsh, "Are Directors Trustees?", Bus. J. Law. (1966) 36-39. V. ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994) 8-385; FARRAR, *Company Law* (1991) 403. Sobre el rigor del deber fiduciario relativo a los mecanismos de protección del principal mediante acciones de restitución de beneficios, a pesar de que la sociedad no haya sufrido daño alguno. V. French, Mayson & Ryan. *Company law* (2007): 447.

¹⁷ ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994): 8-385.

¹⁸ Clark, *Corporate Law* (1986): 166-171; Henn & Alexander. *Laws and corporations* (1983): 637-644; Eisenberg, "Self-interested transactions in Corporate Law", J. Corp. L 13 (1988): 997, 998-1000; Cooter & Freedman. "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1055 nota 25, 1066. Marsh. "Are Directors Trustees?", Bus & Law. (1966): 42-59: analiza el desarrollo del *fairness test* en el derecho americano de sociedades.

Como ejemplos de las legislaciones que introducen el *fairness test*, v. Cal. Corp. Code, art. 310(a)(3): la operación no es nula si "la persona que afirma la validez" puede probar "que el contrato fue justo y razonable para la sociedad al tiempo que fuera autorizado, aprobado o ratificado"; Del. Code Ann. tit. 8, art. 144 (1985): la operación no es anulable sólo por ser interesada si "el contrato u operación es de interés (*fair*) para la sociedad al tiempo que sea autorizado, aprobado o ratificado".

varían según la operación haya sido aprobada o se haya llevado a término sin autorización. En caso de que no exista aprobación de la operación por administradores independientes o socios, el estándar aplicable es más severo y exige que la operación sea de interés para la sociedad (*fair*).¹⁹ Con todo, la incorporación de los mecanismos procedimentales de autorización a las leyes de los Estados no suprime *per se* la revisión judicial, sino que disminuye su nivel de exigencia.²⁰

4. Principios generales aplicables

Prohibición de actuar en conflicto.- El carácter judicial del deber lleva consigo que los tribunales no hayan formulado una articulación precisa de los elementos propios del deber de lealtad.²¹ Con todo, el deber de lealtad ha sido objeto de determinación a través de principios y reglas generales aplicables a las situaciones conflictuales relativas a los fiduciarios.²² **La primera de las reglas consiste en la prohibición de actuar en conflicto de intereses**, tradicionalmente conocida como prohibición de actuar en conflicto entre el deber y el interés (*no conflict rule*).²³ En este sentido, el deber de lealtad encuentra un primer principio de aplicación que establece la preferencia de los intereses del principal y la subordinación de los

¹⁹ ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994): 203.

²⁰ ABA. *Model Business Corporation Act Ann.* (1994): 208.

²¹ ALI. *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994): 206-207.

²² En el marco de los deberes fiduciarios se establecen diferentes reglas, entre las cuales destacan aquellas referidas a los conflictos de deberes, a las operaciones interesadas, a los sobornos y las comisiones secretas, a la autocontratación y a las oportunidades sociales. V. Finn. *Fiduciary Obligations* (1977): 13-16, 23-25, 27-31; Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981): 35-42, 47-49, 125-146, 155-162, 164, 176-178, 254-262. Sobre el deber de lealtad en el ámbito del trust, ALI, *Restatement of Trusts*, 2d, vol. I (1959) sub. 170: deber de lealtad. Sobre el deber de lealtad en el ámbito de la *agency*, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 387, donde se señala que los deberes de lealtad del *agent* a su principal «son los mismos que los del *trustee* a sus beneficiarios». V. su reformulación en ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 387-398; Reynolds. *Bownstead on Agency* (1985) sub. 45-56. V. también HAMILTON, *Corporations* (1998):1099-1100.

²³ Finn. *Fiduciary Obligations* (1977) 199-205; id., «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992) 9; Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981): 147-51; V. además, Sealy, «Some Principles of Fiduciary Obligations», *Cam. LJ* (1963) 124 ss.; id., «Fiduciary relationships», *Cam. LJ* (1962) 76. El *leading case* que inicia la moderna aplicación de esta regla al Derecho de sociedades es *Aberdeen Railway Co. v. Blaikie Bros* [1854]. La regla de *equity* se suele formular señalando que los administradores, como fiduciarios, no deben ponerse en una posición según la cual su interés personal entre en conflicto con su deber de promover el mejor interés de la sociedad. V. Davies, *Introduction to Company Law* (2002): 172; Gower. *Principles of Modern Company Law* (1997) 610; Farrar, Furey & Hannigan, *Company law* (1991) 403.

intereses del fiduciario.²⁴ La regla prohibitiva se aplica particularmente a la contratación entre el fiduciario y el principal, el *trustee* y el beneficiario, el agente y el principal.²⁵

Prohibición de obtener beneficios.- Este principio se ha venido aplicando tradicionalmente a los administradores señalándose que al asumir las funciones propias del cargo, deben actuar en interés de la sociedad y de los socios de tal forma que ese interés debe prevalecer a los intereses del administrador, considerándose de forma abstracta el contenido básico del deber de lealtad del administrador.²⁶ En consonancia con la prohibición de situarse en conflicto de intereses, el administrador no puede colocarse en una posición que le permita obtener beneficios ocultos o ventajas personales no autorizadas (*secret profits*). Según esta prohibición, los administradores no pueden apropiarse de tales beneficios, salvo que previamente hayan informado de ello a los socios y estos hayan dado su aprobación.²⁷ Si los administradores estuvieran legitimados a realizar tales beneficios sin autorización, el ordenamiento protegería la actuación en interés propio en contradicción con la obligación de actuar en interés de la sociedad.²⁸

El deber de comunicar el conflicto.- La eventual autorización de las situaciones de conflicto exige el previo cumplimiento por parte del fiduciario de un deber de *disclosure* respecto de la actuación interesada.²⁹ En este sentido las modernas formulaciones del deber de lealtad establecen el deber de *disclosure* como en requisito esencial para la actuación leal. En este sentido, «[l]os administradores, altos cargos y socios de control, cuando tengan intereses en alguno de los asuntos que afectan a la sociedad, están bajo un deber de actuar lealmente (*fair dealing*)... Este deber incluye la obligación de revelar la información específica

²⁴ V. pe., *Bayer v. Beran* (1944), dónde se señala que «el fiduciario debe subordinar sus intereses individuales y privados al deber de la sociedad siempre que los dos entren en conflicto», apud COOTER, Freedman, "The Fiduciary Relationship", NY Univ. LR (1991) 1074 nota 94. En una aproximación semejante, Conard, Knauss & Siegel. *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982): 305.

²⁵ Sealy. "Some Principles of Fiduciary Obligations" Cam. LJ (1963): 129. Finn. «Fiduciary Law and the Modern Commercial World», *Commercial Aspects of Trusts* (1992): 37, señala que en caso de conflicto de intereses en relaciones negociales entre fiduciario y beneficiario, la regla tradicional establece que una persona actuando en una posición fiduciaria no puede comprar de ni vender a su beneficiario propiedad alguna en el ámbito del servicio comprometido a menos que (a) el beneficiario consienta la venta o la compra después de que haya sido plenamente informado o (b) que la relación fiduciaria esté configurada de tal forma que el fiduciario tenga derecho a ello. V. también, Finn. *Fiduciary Obligations* (1977): 222-31 para los casos de compras, ventas y préstamos, Shepherd. *The Law of Fiduciaries* (1981): 155-62, para la justificación de la prohibición del *self-dealing* e Id., pp. 163 ss. para el particular supuesto de autocontratación. En los ámbitos particulares del *trust* y de la *agency*, v. ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 389-392.

²⁶ Conard, Knauss & Siegel. *Corporations. Cases Statutes and Analysis* (1982): 309.

²⁷ Finn. *Fiduciary Obligations* (1977) 205-22. V. también, Clark. *Corporate Law* (1986): 141; Davies. *Introduction to Company Law* (2002) 183-4; Farrar, Furey & Hannigan. *Company law* (1991): 420. V. Parkinson. *Corporate power and responsibility* (1994) 205, para quien las reglas de prohibición del conflicto y de prohibición de beneficios son operacionalmente equivalentes.

²⁸ Davies. *Introduction to Company Law* (2002): 184.

²⁹ Ribas. *El deber de lealtad del administrador de sociedades* (2010) § 90.

sobre el conflicto...».³⁰ El deber de informar sobre los hechos relevantes en aquellas personas que ocupan una posición fiduciaria ha sido ampliamente reconocido fuera del derecho de sociedades.³¹



Instituto Universitario de Investigación en Estudios Norteamericanos “Benjamin Franklin”

Universidad de Alcalá

www.institutofranklin.net



³⁰ ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) sub. 5.01, Muchos tribunales aplican el principio así como se enuncia en sub. 5.01; id, pág. 205. En el ámbito de la contratación, v. ABA, *Model Business Corporation Act Ann.* (1994), especialmente el comentario a sub. 8.60.

³¹ V. pe., *Restatement, Second, Contracts*, sub. 161, Comment, f; *Restatement of Restitution*, sub. 191, Comment on Clause (b). Apud, ALI, *Principles of Corporate Governance*, vol. I (1994) 215. La exigencia informativa se pone de manifiesto en todos los supuestos concretos de conflictos. V. como ejemplo de ello ALI, *Restatement of Agency* (1958) sub. 388, en relación a la obtención de beneficios; sub. 389-392, para la contratación entre *agent* y principal, particularmente sub. 390 *comment (a)* y sub. 392 *comment (b)*; sub. 393-394, para los supuestos de competencia, especialmente sub. 394 *comment (b)*; sub. 395-396, en relación al uso de información confidencial, especialmente sub. 395 *comment* y sub. 396 *comment (j)*.