



*Documentos de Trabajo del Departamento de
Derecho Mercantil*

2012/56

Marzo 2012

**RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
EN CRISIS EN EEUU (DIRECTORS' LIABILITY IN A CRISIS CONTEXT
IN AMERICAN LAW)**

Eva Recamán Graña

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail autor: evarecaman@gmail.com
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>
Copyright © 2009 por el autor

**RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
EN CRISIS EN EEUU¹**

EVA RECAMÁN GRAÑA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

Resumen: En Derecho estadounidense es doctrina mayoritaria que siendo la sociedad solvente los administradores tienen deberes fiduciarios de diligencia y lealtad hacia la sociedad y los socios, cumpliéndose el interés social a través de la maximización del valor de los accionistas a medio-largo plazo. Sin embargo, la cuestión se complica al estudiar si modifica el contenido del interés social cuando la sociedad afronta un periodo de crisis empresarial, cuestión de la que la Jurisprudencia estadounidense, especialmente la de Delaware, se viene ocupando hace tiempo a través del desarrollo de la doctrina del *trust fund*, y que se estudia en este trabajo.

Palabras clave: responsabilidad de administradores, crisis empresarial, *trust fund doctrine*, proximidad a la insolvencia.

Abstract: Most of American doctrine considers that solvent companies' directors have fiduciary duties of care and loyalty to the company and partners, fulfilling the best interest of the corporation through the shareholders value in a medium-long term. However, this principle becomes more complicated if we consider that corporation interest changes when the company faces a period of financial crisis. This issue, analyzed in this work, has been studied by American Courts, particularly in Delaware, developing the *trust fund doctrine*.

Key Words: directors' liability, financial crisis, trust fund doctrine, vicinity of insolvency.

¹ Este texto se corresponde con la comunicación presentada en el IX Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, titulada «La responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis en EEUU», celebrado entre los días 7 y 10 de noviembre de 2011 en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid. Una versión ampliada y revisada de este trabajo, actualmente en prensa, se publicará en la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.

El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Plan de acción de la Unión Europea sobre el Derecho de sociedades y la modernización del Derecho español de sociedades de capital», DER2008-01520, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

El trabajo se ha elaborado en el contexto de la investigación correspondiente a la tesis doctoral de la autora, para cuya realización disfruta de una beca de Formación del Profesorado Universitario concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia.

**RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
EN CRISIS EN EEUU**

**EVA RECAMÁN GRAÑA
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

SUMARIO:

I. Introducción ..	4
II. El interés social en la crisis empresarial en el Derecho estadounidense	5
III. Acciones de responsabilidad de administradores en el contexto de sociedades en crisis empresarial	9
A. La <i>derivative action</i> . Posibilidad de interposición de la acción por los acreedores	9
B. <i>Direct action</i> promovida por terceros	10
1. Responsabilidad por intromisión lesiva de los administradores en las relaciones de la sociedad con terceros	11
1.1. Intromisión en la formación de la voluntad de los tercero	11
1.2. Intromisión en la fase de ejecución. Incumplimiento contractual	12
2. Responsabilidad extracontractual de los administradores por un daño realizado por la sociedad	13
3. Responsabilidad por infracción de disposición legal	14
IV. Recapitulación	14

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En Derecho estadounidense es doctrina mayoritaria, aunque no unánime, que *siendo la sociedad solvente*, los administradores tienen deberes fiduciarios de lealtad y diligencia hacia la sociedad y los socios, satisfaciéndose el interés social a través de la maximización del valor de los accionistas a medio-largo plazo (*shareholders value maximization*). Como consecuencia, se considera que los administradores de la sociedad deben orientar sus decisiones empresariales a la maximización del valor de las acciones. En sentido contrario, los administradores de una sociedad solvente no tienen que tener en cuenta los intereses de los acreedores, siempre y cuando respeten las obligaciones legales con aquéllos, de la misma manera que sucede con cualquier sujeto que se relacione con la sociedad o se encuentre afectado por las actuaciones de la misma. En definitiva, el interés social se concreta en la maximización del valor de los socios, lo cual se traduce además en que sólo los accionistas tienen derecho a reclamar el valor residual de la empresa después de satisfechas todas las obligaciones pendientes, por lo que se define a los socios como los *residual claimants* del valor de la sociedad (HU/WESTBROOK; LIPSON).

La cuestión se complica al analizar las modificaciones que se producen -si es que se considera que se producen- en el interés social cuando la sociedad afronta un periodo de crisis empresarial (HU/WESTBROOK). Según la tesis tradicional, los deberes fiduciarios hacia los acreedores surgen en el momento en que se produce la *bankruptcy filing* (inicio del procedimiento concursal) como consecuencia de la insolvencia de la sociedad².

Sin embargo, como consecuencia de la existencia de supuestos en que los tribunales consideraron que la postura tradicional de nacimiento de los deberes fiduciarios no ofrecía la necesaria protección a los acreedores sociales, se desarrolla en los Estados Unidos, en especial en Delaware, una corriente jurisprudencial, apoyada también por numerosa doctrina científica,

² Es importante tener en cuenta que en el ordenamiento estadounidense no existe un deber de iniciar el procedimiento concursal, dependiendo la apertura del mismo de la voluntariedad del deudor o de la existencia de una petición de inicio parte de sujetos interesados.

que consideró que era necesario reinterpretar la postura tradicional de los deberes fiduciarios a favor de los acreedores en la insolvencia.

II. EL INTERÉS SOCIAL EN LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

La insatisfacción por la postura tradicional de deberes fiduciarios hacia los acreedores se materializa con el nacimiento de la *trust fund doctrine*, que se plantea por primera vez en la sentencia *Wood v. Dummer* [30 Fed. Cas. 435 (C.C.D. Me. 1824) (No. 17994)] en relación con un banco que, en el marco de un procedimiento liquidatorio, comenzó a repartir sustanciosos dividendos usurpando a los acreedores la capacidad de cobrar sus créditos (VARALLO/FINKELSTEIN). Para proteger los acreedores, el tribunal entendió que los activos de una sociedad insolvente han de ser considerados como un *trust* para el pago de las deudas sociales, imponiéndose deberes fiduciarios a los administradores con un contenido similar al de los *trustees*³. La actuación de los administradores está orientada a favorecer a los acreedores sociales ya que, según esta doctrina, llegada la insolvencia son ellos, y no los socios, los que pasan a tener un interés real en los activos de la sociedad, convirtiéndose los acreedores en «propietarios efectivos» de dichos activos (JELISAVCIC).

En 1974, los tribunales de Delaware instituyeron otra excepción al modelo tradicional de gobierno corporativo en *Harff v Kerkorian* [Del.Ch., 324 A.2d 215 (1974)], fundamentada en la *trust fund doctrine*: la *insolvency exception*. Se estableció que la insolvencia era una circunstancia singular que justificaba la desviación del modelo tradicional⁴, debido a la especial situación de vulnerabilidad en que sitúa los acreedores sociales, lo que justificaría, a su vez, la protección de sus intereses por parte de los administradores. En consecuencia, si la sociedad se encuentra en estado de insolvencia, el consejo de administración tiene deberes fiduciarios hacia los acreedores que superan los pactados contractualmente (HARTMAN; TOMPKINS).

³ Como *trustees*, los administradores tienen el deber de observar una conducta conservativa de los activos sociales, llevando a cabo políticas empresariales protectoras de los activos remanentes y sin realizar actos de carácter especulativo.

⁴ Las otras dos circunstancias singulares que justifican la excepción al modelo tradicional de gobierno corporativo son, según esta sentencia, la existencia de fraude y el incumplimiento de una disposición legal.

El siguiente escenario relevante estudiado por la jurisprudencia en relación con la protección de los acreedores en la insolvencia se encuentra en la sentencia *Geyer v Ingersoll Publications Co.* [No. 12406, 1992, Del. Ch. (Del. Ch. June 18, 1992)] que plantea la cuestión de si es necesario para que nazcan deberes de protección hacia los acreedores que se haya iniciado un procedimiento concursal, o si es suficiente con la concurrencia de la situación de insolvencia. Se concluyó que los administradores de sociedades **insolventes de facto** tenían también deberes fiduciarios hacia los acreedores, sin que fuera necesario que dicha insolvencia hubiera sido determinada por un procedimiento judicial (MCDONNELL).

Por último, cierto sector jurisprudencial norteamericano ha considerado que el modelo tradicional de gobierno corporativo varía en situaciones de **crisis empresarial**⁵, produciéndose un *duty shifting* o cambio de deberes. Las sentencias que se acaban de citar trataban de la vulneración de los deberes fiduciarios que surgen *con la insolvencia* en favor de los acreedores. En cambio, la sentencia que ahora se expone, *Credit Lyonnais Bank [Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v Pathe Communications Corp., No. 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS 215]*⁶, supuso una extensión de estos deberes más allá

⁵ En un principio, el estado de Delaware se mantuvo fiel al modelo tradicional de gobierno corporativo [el *leading case* en defensa del modelo tradicional es *Revlon v MacAndrews & Forbes Holdings*, 506 A.2d 173 (Del. 1986)]. No sólo no se incorporó previsión legal alguna que permitiese tener en consideración intereses distintos de los de los socios, sino que judicialmente se impuso a los administradores de sociedades solventes la prohibición de actuar teniendo en consideración otros *grupos de interés* si dichas acciones no eran también acordes con el interés de los socios. El reconocimiento de la existencia de deberes fiduciarios sólo hacia los accionistas, así como la falta de relevancia del interés de otros grupos se reafirmó en numerosas resoluciones, como en *Katz v Oak Industries*, 508 A.2d 873 (Del. Ch. 1986), donde se dispone: «Es la obligación de los administradores maximizar el valor de los accionistas a largo plazo, lo cual puede que a veces se tenga que hacer “a expensas de otros” (...) lo que no constituye la ruptura de ningún deber fiduciario. A veces las reestructuraciones de la empresa diseñadas para maximizar el valor de los accionistas pueden tener efectos sobre los obligacionistas, requiriéndoles asumir más riesgos de pérdidas (...)» (la traducción es nuestra) (es interesante señalar que el mismo ponente que en esta sentencia deniega derechos extracontractuales a los acreedores reconocerá en la sentencia *Credit Lyonnais Bank*, que se estudiará a continuación, dichos derechos en la proximidad a la insolvencia). Sin embargo, posteriormente los tribunales de Delaware se convirtieron, quizás, en los principales defensores de los intereses de grupos distintos a los accionistas (en especial de los acreedores) a la hora de valorar el comportamiento de los administradores sociales.

⁶ En 1990, *Paramount Communications Corp.* (PCC), sociedad controlada por Giancarlo Parretti, adquiere *MGM/UA Communications Co.* (MGM), mediante una compra apalancada principalmente financiada por *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V.* (CLB). El alto nivel de endeudamiento de MGM tras la adquisición situó a la sociedad en una grave posición financiera. En consecuencia, acreedores de MGM decidieron iniciar un procedimiento de

de lo establecido por la *trust fund doctrine* y la *insolvency exception*, adelantándose su nacimiento a un estado denominado como «proximidad a la insolvencia» (*vicinity of insolvency*). Esta resolución produjo una gran división en la doctrina entre los que consideraron que la sentencia era coherente con la línea jurisprudencial de protección de los derechos de los acreedores (LIN) y los que entendieron que rompía absolutamente con la tradición jurídica previa (HU/WESTBROOK).

El estándar de la *vicinity of insolvency* nació para prevenir el conflicto de intereses que puede surgir en sociedades altamente endeudadas entre los socios, predispuestos a que se asuman altos riesgos empresariales si existen opciones de recuperar la situación financiera de la sociedad, y los acreedores, preocupados por los efectos sobre sus expectativas de cobro si dichas estrategias resultan infructuosas. En *Credit Lyonnais Bank* el tribunal entendió que, a pesar de que la sociedad *aún era solvente*, los administradores tenían deberes fiduciarios no hacia los socios, sino hacia el conjunto de la comunidad empresarial, la «comunidad de intereses» que conforma la empresa (JELISAVCIC).

concurso involuntario según lo dispuesto en el *Bankruptcy Code Chapter 7*. Para evitar el inicio de la liquidación de la sociedad, MGM decide acudir a CLB en busca de nueva financiación. El banco, conocedor de la grave situación de MGM y de que Parretti había tergiversado previamente la existencia de recursos de la sociedad, decide supeditar la concesión de financiación a determinadas condiciones. En primer lugar, se diseñó un *corporate governance agreement* que permitía limitar el control de Parretti sobre el consejo de administración de MGM, que pasaría a estar formado por cinco miembros elegidos por el banco. El acuerdo también determinaba que dicho consejo podría bloquear cualquier venta de activos por un valor superior a 10 millones de dólares. Para reforzar el acuerdo se pactó además un *voting trust agreement* que otorgaba a CLB el derecho de voto sobre acciones de control de MGM y de PCC. Por último, se estableció que Parretti recobraría el control sobre el consejo cuando la deuda con CLB se redujese por debajo de una cifra determinada (125 millones de dólares). Por su parte, Parretti, con la finalidad de conservar el control sobre el consejo de administración diseñó una operación que exigía vender determinados activos clave para MGM a un precio muy inferior a su valor real, rebajando la deuda por debajo del límite establecido por el acuerdo, pero situando a los acreedores de MGM en una posición muy arriesgada, siendo los principales perjudicados en el caso de que la estrategia empresarial ideada por Parretti no produjese el resultado esperado. Como consecuencia de la intromisión de Parretti en la política empresarial de MGM, el banco exigió judicialmente su remoción fundamentándola en los derechos que el acuerdo corporativo pactado le otorgaba. Por su parte, Parretti reconvino alegando que el bloqueo de la venta de activos que había pretendido era perjudicial para los socios, lo cual producía una ruptura de los deberes fiduciarios de los administradores electos por CLB. El tribunal entendió que MGM se encontraba en una situación de proximidad a la insolvencia y determinó que en dicha situación los intereses a salvaguardar no son los de los socios, sino los de la *comunidad empresarial*.

El estándar establecido por *Credit Lyonnais* plantea para los administradores la dificultad práctica del cumplimiento del mismo debido a la falta de determinación del momento en que nacen deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores. La determinación del concepto ha quedado principalmente en manos de la doctrina científica, que, quizá como consecuencia de la propia falta de concreción de la sentencia, se encuentra especialmente dividida⁷.

Finalmente, cuando los tribunales de Delaware habían aceptado mayoritariamente los criterios expansivos de *Credit Lyonnais* en relación con el *duty shifting*, la Corte Suprema de este estado modificó este criterio, regresando a la defensa de la insolvencia como única condición relevante en el nacimiento de deberes. En la sentencia *North American [North American Catholic Educational Programming Foundation v Gheewalla]*, No. 521, 2006, (Del. May 18, 2007)]⁸ se sintetiza lo que en la actualidad se puede considerar la posición de la Corte Suprema de Delaware. En primer lugar, el punto de inflexión en el cambio de los deberes fiduciarios de los administradores lo marca *sólo* la insolvencia. Por tanto, sólo desde la insolvencia y no antes existen a favor de los acreedores derechos distintos de los nacidos del contrato. Desde este momento los acreedores son los poseedores de los primeros intereses a tener en cuenta por los administradores y serán los primeros perjudicados por incumplimientos de deberes fiduciarios y por la pérdida de valor de la sociedad.

⁷ En el caso de la proximidad a la insolvencia la indeterminación jurídica es prácticamente total, porque el tribunal no expresó qué significaba la expresión «*vicinity of insolvency*». La doctrina ha sido especialmente crítica con esta indeterminación. *Vid.*, como muestra, BARNETT, C.L., «Healthco and the Insolvency Exception: an unnecessary expansion of the doctrine?», *16 Bankr. Dev. J.* 441 (1999-2000), p. 465, («*a fuzzy concept*»); BARONDES, R.R., «Fiduciary duties of officers and directors of distressed corporations», *7 Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998-1999), p. 72, («*the standard announced in Credit Lyonnais creates uncertainty of entirely different dimensions*»).

⁸ El tribunal debía resolver, entre otros extremos, una alegación relativa al incumplimiento por los administradores de sus deberes fiduciarios como consecuencia de la prolongación de la existencia de la empresa a pesar de que previsiblemente no sería económicamente viable. Para fundamentar la existencia e incumplimiento de deberes fiduciarios, el demandante alegó que la sociedad era insolvente o se encontraba en la «zona de insolvencia» («*insolvency zone*»). La sentencia *North American* estableció: «*When a corporation is insolvent, however, its creditors take the place of the shareholders as the residual beneficiaries of any increase in value*» (el subrayado es nuestro).

De todas maneras, la sentencia sí resulta innovadora en la línea de la protección de los intereses de los acreedores al legitimarlos para el ejercicio de una *derivative action* contra los administradores por incumplimiento de deberes fiduciarios (no, en cambio, una *direct action*) desde la existencia de la insolvencia.

La doctrina más reciente ratifica esta postura al considerar, al menos, que se intenta ofrecer a los administradores un marco jurídico seguro determinando cuáles son los criterios que han de guiar su actuación en circunstancias de crisis, y cuáles los deberes fiduciarios que están obligados a cumplir, a la vez que otorga a los acreedores una acción para la protección de sus intereses (GEVURTZ).

III. ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN EL CONTEXTO DE SOCIEDADES EN CRISIS EMPRESARIAL

Como se ha expuesto, los administradores tienen deberes fiduciarios hacia los socios y, discutidamente, en la insolvencia o proximidad a la misma, hacia los acreedores. En general, el incumplimiento de deberes fiduciarios permite el ejercicio de una acción corporativa contra los administradores. Ahora nos planteamos, suponiendo la existencia de un deber fiduciario de los administradores hacia los acreedores, cuáles serían las acciones de que dispondrían para exigir el cumplimiento del mismo.

A. La *derivative action*. Posibilidad de interposición de la acción por los acreedores

La *derivative action* o *derivative suit* es una acción corporativa desarrollada para que los accionistas pudieran reforzar los derechos de la sociedad de una forma secundaria o indirecta, protegiendo la «comunidad de intereses sociales» en aquellos casos en que la sociedad (a través de sus administradores) hubiera decidido no actuar directamente (MORRIS)⁹.

⁹ La doctrina ha manifestado que la *derivative suit* fue concebida como una acción análoga a aquella que tienen los beneficiarios de un *trust* contra sus *trustees* como método que permite reforzar los deberes fiduciarios.

La finalidad de la acción derivativa es permitir a los socios recuperar a la sociedad del daño que haya sufrido por el comportamiento tanto de *insiders* como de *outsiders*. Al tratarse de una acción corporativa en beneficio de la sociedad, cualquier recuperación que sea consecuencia del ejercicio de la misma retorna al patrimonio social, beneficiando a la sociedad y no directamente al socio que la ejercite (MARÍN DE LA BÁRCENA).

En tanto que la legitimación activa se subordina a la posesión de la condición de socio, en general se entiende que los acreedores sociales no podrán promover la acción. Por tanto, antes del inicio de un procedimiento concursal, los acreedores no están legitimados para interponer la acciones corporativas y sólo tienen derecho a demandar a la sociedad por incumplimientos contractuales, daños directos (*Tort Law*) o incumplimiento de disposiciones legales (*statutory provisions*), pero no, en cambio, por la ruptura de deberes fiduciarios por parte de los administradores (EISENBERG).

Sin embargo, existe una tesis minoritaria en Derecho norteamericano que defiende que los acreedores deben tener derecho a la acción derivativa cuando, no habiéndose iniciado procedimiento concursal concurren determinadas circunstancias. Entienden que la regla general establece que los socios están legitimados para el ejercicio de la acción ya que, en situación de solvencia, son los propietarios de la sociedad en beneficio de la cual se actúa. Pero, en la medida en que la sociedad se encuentre en una situación que *modifique el contenido del interés social*, variando los beneficiarios de dicho interés, estos *nuevos beneficiarios* habrán de ser los nuevos legitimados para la interposición de la acción. En consecuencia, si se acepta que ante una situación de insolvencia o de proximidad a la misma se produce un cambio en el interés social generándose deberes fiduciarios a favor de los acreedores (*duty shifting*) se podría defender que también se produjera un cambio en los legitimados para perseguir el interés social a través de la *derivative action* (FRIEDMAN).

B. *Direct action* promovida por terceros

La *direct action* o *direct suit* se desarrolla por el Derecho estadounidense para los casos en que la actuación de los administradores produce una lesión

patrimonial directa al socio y no a la sociedad. Así, su función es servir de cauce procesal para que los accionistas puedan hacer valer judicialmente sus derechos individuales derivados de su condición de socios, por lo que se define por la doctrina como una «acción personal» (MARÍN DE LA BÁRCENA).

Por el contrario, las acciones interpuestas por terceros no socios como consecuencia de un perjuicio directo derivado del comportamiento de los administradores no se consideran *direct suits* sino *third party suits*. No son acciones corporativas, porque no se ejercitan en beneficio de la sociedad ni para la protección de los derechos individuales derivados de la posición jurídica de socio. Por lo tanto, en el caso de que los administradores de una sociedad causen un daño directo a acreedores contractuales o extracontractuales por medios como el fraude u otros ilícitos civiles, la parte dañada tendrá una acción *directa* frente a quien realizó el daño, pero el fundamento de la responsabilidad de los administradores se encontrará, en este caso, en el sistema general de responsabilidad por daños (*Tort Law*) (KNEPPER).

A continuación, se distinguirán supuestos en que los administradores sociales son responsables por un daño directo producido a un acreedor o tercero en general.

1. Responsabilidad por intromisión lesiva de los administradores en las relaciones de la sociedad con terceros

Los acreedores sociales tienen la posibilidad de ejercitar una acción directa exigiendo responsabilidad a los administradores por los daños sufridos a causa de una intromisión lesiva de estos últimos en las relaciones contractuales que vinculan a la sociedad y al acreedor. Los supuestos que se estudian tienen en común que el comportamiento perjudicial de los administradores produce un daño «directo» sobre el patrimonio de los terceros, al impedir que los mismos disfruten de su derecho a la prestación debida por la sociedad. Suponen una excepción al principio regulado por el *Law of Contracts*, según el cual el administrador actuando en nombre de la sociedad vincula a la sociedad y no a sí mismo, principio que cede ante el dispuesto por el *Tort Law* que establece que será responsable el que

personalmente produzca el daño. Así, la posición orgánica del administrador no le exime de responsabilidad personal en relación con los acreedores sociales cuando, en el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, hubiera incumplido un deber de cuidado que tuviera hacia el acreedor, distinto de los deberes que tiene hacia la sociedad (COHEN).

1.1. Intromisión en la formación de la voluntad de los terceros

En principio, la jurisprudencia estadounidense admite con carácter general la responsabilidad personal de los administradores en aquellos casos en que mediante fraude o negligencia hayan inducido a error a un tercero que contrata con la sociedad, en lo relativo al contenido de la negociación (MARÍN DE LA BÁRCENA). La mayoría de los estados han regulado esta situación mediante el establecimiento de un estándar de conducta adecuado (*standard of indemnifiable conduct*), derivado de un deber general de cuidado, incumplido el cual nace el derecho del tercero a la indemnización por parte del administrador (KNEPPER/BAILEY). La jurisprudencia no exige que los administradores hayan generado en los terceros una especial situación de confianza en su persona, siendo suficiente que el administrador haya debido prever que los terceros iban a confiar en las manifestaciones por él realizadas (COHEN).

En el caso concreto de un acreedor que contrate con una sociedad insolvente o próxima a la insolvencia, consideramos que el administrador incumple el estándar aquí expuesto si dolosa o negligentemente oculta información sobre la situación empresarial de la sociedad relevante para la negociación a la contraparte.

1.2. Intromisión en la fase de ejecución. Incumplimiento contractual

Los tribunales estadounidenses vienen admitiendo de manera general como modalidad de ilícito extracontractual la intromisión dolosa en las relaciones contractuales ajenas (*tort of intentional interference with contractual relations*), siendo, en principio, aplicable al supuesto de los administradores de sociedades de capital en relación con las contrapartes

contractuales de la sociedad. Aunque los elementos del *tort of intentional interference* varían según el estado, la mayoría toman su regulación del *Restatement (Second) of Torts*, que establece que el que intencionadamente interfiera en la ejecución de un contrato que se celebra entre otra persona y un tercero, induciendo o causando de cualquier modo que la tercera persona no cumpla el contrato, será responsable hacia el primero por la pérdida pecuniaria resultante del incumplimiento contractual del tercero. Este supuesto es especialmente relevante cuando una sociedad en situación de crisis empresarial comienza a incumplir contratos, perjudicando a algunos de sus acreedores (LANDRENAU).

Para que se admita la responsabilidad extracontractual del administrador es necesario que concurren cuatro elementos. Un conocimiento del administrador de la existencia del contrato, la inducción al incumplimiento de la sociedad por parte del administrador, la existencia de un daño al acreedor causalmente vinculado al incumplimiento contractual de la sociedad y la ausencia de una justificación legítima para el comportamiento del administrador (LANDRENAU).

En estos casos la doctrina se ha planteado la necesidad de encontrar fundamentos para no aplicar el concepto de la eficiencia de la ruptura del contrato (*efficient breach of a contract*) de la *Law of Contracts*, según el cual cualquier parte en un contrato puede incumplirlo si considera que la penalización por el incumplimiento resulta más eficiente que el cumplimiento en sí mismo, independientemente del motivo. (AMES).

Para poder imputar a los administradores sociales responsabilidad frente a los acreedores contractuales de la sociedad, será necesario que, además del daño producido a consecuencia del incumplimiento de ésta (*breach of the duty*), se produzca un comportamiento ilícito independiente y dañoso por parte del administrador (*independent tort*). Se reconoce así la posibilidad de ejercitar dos acciones diferentes por el mismo daño: la derivada del incumplimiento contractual frente a la sociedad y la derivada del ilícito extracontractual del administrador (MARÍN DE LA BÁRCENA).

2. Responsabilidad extracontractual de los administradores por un daño realizado por la sociedad

Por último, es necesario hacer referencia a un supuesto admitido en la jurisprudencia estadounidense, tal es la imputación de responsabilidad extracontractual a los administradores a consecuencia de un daño realizado por la sociedad, siempre y cuando se pruebe que los administradores *participaron activamente en la comisión del daño o que autorizaron o dirigieron su comisión*. Para imputar responsabilidad a los administradores en este caso, es necesario que el administrador, o cualquiera de sus delegados, produzca, como consecuencia del ejercicio de sus funciones, un daño a un tercero hacia el cual la sociedad tiene un deber general de cuidado. El comportamiento del administrador o sus delegados ha de ser doloso o negligente (KNEPPER/BAILEY).

3. Responsabilidad por infracción de disposición legal

Además de los casos anteriores, sólo resta recordar que los administradores también serán personalmente responsables hacia los acreedores cuando una *statutory provision* así lo establezca. Por ejemplo, el *Delaware Code* impone responsabilidad personal a los administradores frente a la sociedad y *frente a los acreedores sociales* en caso de producirse la disolución de la sociedad o la insolvencia de la misma si se ha llevado a cabo un reparto ilícito de dividendos o una compra ilícita de acciones, por la cantidad repartida en el dividendo o pagada por la compra¹⁰. Según el *California Corporations Code*, los administradores que elaboren «informes o entradas falsas» en la contabilidad de la sociedad, serán personal y solidariamente responsables de todos los daños hacia la sociedad y hacia cualquier dañado¹¹. En Nueva York, entre otros muchos estados, se hace personalmente responsables a los administradores societarios en beneficio de los acreedores en supuestos en que desatiendan sus funciones o de mala

¹⁰ *Delaware Code*, Title 8, Chapter 1, §174 (a): «(...) *the directors (...) shall be jointly and severally liable (...) to the corporation, and to its creditors in the event of its dissolution or insolvency, to the full amount of the dividend unlawfully paid, or to the full amount unlawfully paid for the purchase (...)*».

¹¹ *California Corporations Code*, §1507: «*Any officers, directors employees or agents of a corporation who do any of the following are liable jointly and severally for all the damages resulting therefrom to the corporation or any person injured thereby (...)*».

fe fallen en el desempeño de determinados deberes o violen prohibiciones específicas¹². En general, se considera que estas previsiones son «remedios» para los acreedores, acciones a su favor para la protección de derechos legalmente reconocidos (KNEPPER).

IV. RECAPITULACIÓN

El escenario planteado en el Derecho estadounidense en relación con los medios de protección de los acreedores es aparentemente sencillo. En principio, en situación de solvencia, los administradores se deben a los accionistas, cuyo interés común en la sociedad se equipara al interés social. La insolvencia produce un cambio de escenario, en el cual el foco de los deberes fiduciarios varía, pasando a ser el acreedor el beneficiario de los mismos. Jurisprudencialmente se ha precisado que no es necesario el inicio de procedimiento concursal, siendo suficiente la simple insolvencia *de facto*. El problema es que el mecanismo es tan laxo que produce inseguridad tanto en el operador mercantil como en el judicial. Los administradores no conocen con claridad el momento en que dichos deberes nacen y ni la doctrina ni la jurisprudencia han alcanzado una posición consensuada en relación con la aplicación del *duty shifting*. Esta falta de seguridad ha conducido a que tampoco exista una posición, ni jurisprudencial ni doctrinal, lo suficientemente clara en torno a las acciones de que dispone el acreedor en el caso de que se incumplan estos deberes fiduciarios. En conclusión, la excesiva flexibilidad del ordenamiento norteamericano produce un escenario de inseguridad jurídica que conduce a la desprotección, tanto de los acreedores (que no saben con claridad cuándo son beneficiarios de los deberes fiduciarios) como de los administradores (que no conocen con precisión el momento en que nacen ciertos deberes de cuyo incumplimiento se puede derivar su responsabilidad personal).

¹² *New York Business Corporation Law* §719.

BIBLIOGRAFÍA

AMES, O.K., «Tortious interference with business relationships: the changing contours of this commercial tort», *35 Cumb. L. Rev.* 317 (2004-2005).

BARNETT, C.L., «Healthco and the Insolvency Exception: an unnecessary expansion of the doctrine?», *16 Bankr. Dev. J.* 441 (1999-2000).

BARONDES, R.R., «Fiduciary duties of officers and directors of distressed corporations», *7 Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998-1999).

COHEN, Z., «Directors´ negligence liability to creditors: a comparative and critical view», *26 J. Corp. L.* 351 (2000-2001).

EISENBERG, M.A., *Corporations and Other Business Organizations. Cases and Materials*, 9ª ed., Thomson West, New York, 2005.

FRIEDMAN, H.M., «The public interest derivative suit: a proposal for enforcing corporate responsibility», *24 Case W. Res. L. Rev.* 294 (1972-1973).

GEVURTZ, F.A., *Corporation Law*, 2ª ed., West, 2010.

HARTMAN, R.F., «Situation-specific Fiduciary Duties for Corporate Directors: Enforceable Obligations or Toohtless Ideals?», *50 Wash. & Lee L. Rev.* 1761 (1993).

HU, H.T.C./WESTBROOK, J.L., «Abolition of the Corporate Duty to Creditors», *107 Colum. L. Rev.* 1321 (2007).

JELISAVCIC, V., «A Safe Harbor Proposal to Define the Limits of Directors´ Fiduciary Duty to Creditors in the Vicinity of Insolvency: Credit Lyonnais v. Pathe», *18 J. Corp. L.* 145 (1992-1993).

KNEPPER, W.E., *Liability of Corporate Officers and Directors*, 3ª ed., The Allen Smith Company, Indianapolis, Indiana, 1978.

KNEPPER, W.E./BAILEY, D.A., *Liability of Corporate Officers and Directors*, Pocket Supplement, 3ª ed., The Allen Smith Company, Indianapolis, Indiana, 1985.

LANDRENAU, K.P., «Piercing the corporate veil: personal liability of a corporate officer for intentional interference with contract: *9 to 5 Fashions Inc. v Spurney*», *51 La. L. Rev.* 141 (1990-1991).

LIN, L., «Shift of Fiduciary Duty Upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Director´s Duty to Creditors», *46 Vand. L. Rev.* 1485 (1993).

LIPSON, J.C., «Director´s Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation», *50 UCLA Law Review* 1189 (2003).

MARÍN DE LA BÁRCENA, F., «Acciones de responsabilidad de administradores de sociedades de capital en el derecho inglés y norteamericano», *RdS*, nº 16, 2001.

MCDONNELL, S.R., «Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors´ Burden From Shareholders to Creditors», *19 Del. J. Corp. L.* 177 (1994).

MORRIS, G.G., «Shareholder derivative suit: Louisiana Law», *56 La. L. Rev.* 583 (1995-1996).

TOMPKINS, A.W., «Directors´ Duties to Corporate Creditors: Delaware and the Insolvency Exception», *47 S.M.U. Law Review* 165 (1993-1994).

VARALLO, G.V./FINKELSTEIN, J.A., «Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company», *48 Bus. Law.* 239 (1992-1993).