

El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? ♦

Luis Fernando Sabogal¹

Resumen

Con este breve trabajo de investigación el autor ha buscado delimitar el margen discrecional de los administradores en sus decisiones de empresa, esto es, definir con mayor claridad cuándo se activa la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad contra los administradores por transgresión a su genérico deber de diligencia. A efectos de este análisis, el autor aborda toda esta problemática desde un prisma de derecho comparado, cual es la Regla del Buen Juicio Empresarial con el fin de determinar si son o no aplicables en Colombia los presupuestos y beneficios de la citada Regla en el ámbito del deber de diligencia de los administradores de sociedades.

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 27 de marzo de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2012, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con Especialización en Derecho Comercial de la misma Universidad, máster en Derecho de Empresa de la “Università degli Studi di Genova” (Italia), Diploma de Estudios Avanzados (DEA) de la Universidad Complutense de Madrid (España) y doctorando en Derecho Mercantil en la misma Universidad española. Docente-investigador (área derecho de comercial) de la Universidad Externado de Colombia. Colombia. luis.sabogal@uexternado.edu.co / Blog: <http://derempresa.blogspot.com> .

Palabras clave: Derecho de sociedades: gobierno societario: Deber de diligencia de los administradores y su responsabilidad, Regla del buen juicio empresarial o de la discrecionalidad.

Abstract

With this brief research the author has sought to delimit the directors powers in their business decisions, that is, to define more clearly when you activate the ability to initiate an action for damages against directors for breaches his fiduciary duty of care. For the purposes of this analysis, the author addresses all these issues from a perspective of comparative law, which is the "Business Judgment Rule" to determine whether or not applicable in Colombia budgets and benefits of that Rule in the field of fiduciary duty of care.

Keywords: Business Corporate Law: duty of care and responsibility, Business Judgment Rule.

Sumario

INTRODUCCIÓN	105
1. EN EL DERECHO COMPARADO	107
1.1. ORIGEN Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO VIGENTE DE LA BJR	109
1.2. CONTENIDO Y REQUISITOS DE APLICABILIDAD DE LA BJR	116
1.3. ARGUMENTOS QUE DEFIENDEN LA UTILIDAD DE LA BJR	119
1.4. ARGUMENTOS QUE CUESTIONAN LA APLICABILIDAD DE LA REGLA EN OTROS ORDENAMIENTOS	122
2. EN EL DERECHO COLOMBIANO	126
2.1. EN EL DERECHO POSITIVO	127
2.2. EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	130
2.3. EN LA DOCTRINA NACIONAL	134
2.4. NUESTRA OPINIÓN	142
2.4.1. <i>Aplicación del régimen civil y comercial</i>	143
2.4.2. <i>Grado de culpa del administrador societario</i>	143
2.4.3. <i>Presunción de culpa en un juicio de responsabilidad</i>	150
2.4.4. <i>Buena fe</i>	151
2.4.5. <i>Obligaciones de Medios</i>	154
CONCLUSIÓN	158

Introducción

Hemos preparado² un breve trabajo de investigación en torno a un tema que consideramos de trascendental importancia para el derecho de sociedades y de la empresa en nuestro tiempo —en sede del gobierno societario—, cual es, tratar de delimitar el margen discrecional de los administradores en sus decisiones de empresa. En otras palabras, definir con mayor claridad cuándo se activa la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad contra los administradores por transgresión activa o pasiva de su genérico deber de diligencia.

Con este objetivo, hemos encontrado apropiado abordar esta problemática desde un prisma que facilita el diálogo entre nuestro ordenamiento y el derecho comparado, y en particular, con el derecho anglosajón que —bien o mal— es hoy quien orienta en buena medida el tráfico jurídico mercantil de las empresas en el siglo XXI.³ Ese prisma al que hemos hecho referencia es la “Regla del (buen) Juicio Empresarial” o “Regla de la discrecionalidad”, que en el derecho comparado es mejormente conocida por su nomenclatura anglófona “Business Judgment Rule” (en adelante simplemente BJR). Se trata simplemente de una

² Utilizo el plural en agradecimiento a las personas que han revisado y contribuido al resultado de este pequeño aporte doctrinal, aún cuando, las distintas afirmaciones corresponden en esencia a aproximaciones personales al problema.

³ El estudio del “Common Law”, en otro tiempo concebido como un sistema extraño, es hoy una necesidad en función de su amplia penetración en el derecho europeo continental y latinoamericano de corte romano germánico en función de su innegable practicidad, flexibilidad y celeridad — y porque negarlo, también en virtud de factores de dominación económica, política y jurídica (mediante la imposición de cláusulas contractuales que re-envían las causas a estas jurisdicciones y la imperatividad de las vigentes normas internacionales elaboradas con apego a este esquema jurídico) — que ha facilitado su implantación en vastos niveles internacionales, comunitarios y nacionales, con la ayuda del idioma inglés que se erige como la lengua común de la edad contemporánea. Así mismo, no puede negarse que éste ha sido un modelo jurídico que ha demostrado su especial utilidad en el ámbito del comercio facilitando, de un lado, la creación de importantes figuras jurídicas, y de otro, impulsando o desarrollando al máximo otras figuras, como es el caso de las sociedades (especialmente las de capitales mediante el favorecimiento del espíritu asociativo), en las que además ha asegurado en mejor medida la igualdad, la equidad y la lealtad. (Vid. HINESTROSA (2005), p. xvi – xvii)

Regla de origen norteamericano que admite un cierto margen de discrecionalidad de los administradores en la toma de sus decisiones de empresa, de manera que, siempre que aquellos cumplan unos requisitos mínimos allí exigidos, sus decisiones no pueden ser cuestionadas en una eventual acción de responsabilidad. La aplicabilidad y funcionalidad de esta Regla en los distintos ordenamientos es hoy uno de los temas más ampliamente discutidos por la doctrina especializada dentro y fuera de las fronteras de los Estados Unidos.

Hemos querido trasladar este debate a nuestro entorno para confrontarlo con el derecho vigente, y es por ello que nos hemos planteado el problema de si: es aplicable en Colombia —bien por vía directa o por vía de interpretación— los presupuestos y beneficios de la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito del deber de diligencia de los administradores de sociedades.

El problema planteado cobra especial importancia si, en adición a lo que ya hemos descrito, se tienen presentes dos aspectos. De un lado, que en una economía mundial globalizada, los administradores y empresarios de muchas corporaciones hoy sobre nuestro territorio son de origen extranjero, y ellos precisan saber si las Reglas de juego para el ejercicio de su actividad en el derecho comparado son o no aplicables en el entorno doméstico. De otro lado, que ha comenzado a hacer carrera dentro de nuestra doctrina un grupo de autores —si bien minoritarios, también muy representativos— que reflexionando sobre los deberes de los administradores, y en particular sobre el deber de diligencia bajo los referentes del derecho comparado, han encontrado que la BJR podría servir de modelo para interpretar o legislar la materia.

Adelantar esta investigación además nos ha permitido ahondar en el esquema de la responsabilidad de los administradores por transgresión a su deber de diligencia, y con ello dar mayor claridad sobre aspectos tan representativos como: el conjunto de normas que les son aplicables a estos sujetos, su grado de diligencia y culpa exigible, la buena fe bajo la cual podrían excusar su conducta, el carácter “profesional” de su actividad, la real entidad

de las presunciones de culpa que incorpora su régimen jurídico, y finalmente, la clase de obligaciones que les es exigible (de medios o de resultado).

En este orden de ideas, hemos organizado nuestra exposición en dos grandes partes: la primera, corresponde al marco conceptual de la BJR en el derecho comparado (con particular atención a los Estados Unidos); y en la segunda, se estudia la normativa, jurisprudencia y doctrina nacional con miras a identificar si existe o no espacio dentro de nuestro ordenamiento para incorporar una Regla de esta naturaleza, aunado a la presentación de nuestra posición sobre algunos temas que resultan de singular importancia para el propósito de este estudio —en esta parte además describimos cuál es a nuestro juicio el real margen de discrecionalidad de los administradores en Colombia—. Por último, expondremos al lector nuestras conclusiones en donde buscamos dar respuesta, con fundamento en el cuerpo del trabajo, al problema jurídico planteado.

1. En el derecho comparado

La Regla del (buen) juicio empresarial o de la discrecionalidad (BJR), es una Regla de origen jurisprudencial norteamericano, razón por la cual concentraremos nuestra exposición en torno al alcance que se le ha dado a la Regla en los Estados Unidos, aún cuando al finalizar haremos algunas precisiones puntuales respecto de otros ordenamientos que la han incorporado.

Así pues, como primera medida debemos tener presente que la citada Regla tiene por propósito limitar la responsabilidad de los administradores por sus decisiones de empresa, y es por ello, que se puede afirmar que la BJR modula o matiza la aplicación del deber de diligencia que es propio de todo administrador empresarial.

En función de lo anterior, y a efectos de comprender en mejor forma el alcance de la Regla, resulta entonces oportuno describir primero, y muy brevemente, el contenido del “deber de

diligencia de los administradores” en los Estados Unidos.⁴ Con este propósito es pertinente citar la descripción que de este debe ser hace en la “*Revised Model Business Corporation Act*”⁵ (en adelante RMBCA) por ser uno de los modelos normativos mejor aceptados por un importante número de los Estados de ese país.⁶ Allí se dispone en la sección 8.30(a) que el administrador deberá desempeñar sus funciones —además de buena fe y de la forma como razonablemente considere se persiguen mejor los intereses de la sociedad— con *la diligencia habitual de una “persona prudente” en esa posición y “bajo similares circunstancias”*.⁷ La expresión “persona prudente” —que es un grado de diligencia inferior a la del “prudente empresario” utilizada en muchos otros casos— significa que aquél debe ejercer sus funciones con sentido común, con unos conocimientos mínimos sobre sus competencias y estando suficientemente informado a la hora de emitir un juicio. Por la expresión “en similares circunstancias” se entiende que la valoración de la conducta del administrador debe hacerse sólo en función de la información que tenía disponible y en consideración a los diferentes factores societarios (dimensión, estructura y actividad de la sociedad) y de tiempo (urgencia requerida para aprovechar la oportunidad de negocio) que

⁴ El deber de diligencia y cuidado surge en los Estados Unidos a principios del siglo XIX, bajo los principios del *Common Law*. Este deber, que si bien se originó y desarrolló desde entonces por la jurisprudencia, encontró a partir de la década de 1970 una regulación legal típica y con rasgos similares en la mayoría de legislaciones estatales. Vid. GUERRA (2003), p. 422. No obstante, el primer precedente de deber de diligencia en el ámbito corporativo podría localizarse en el caso “*Charitable Company v. Sutton*” resuelto en Inglaterra por la *Court of Chancery* en 1742, cuando se enjuició al Consejo de Administración de la compañía por no ejercer un control razonablemente diligente sobre las acciones del primer ejecutivo de la compañía —quien había malversado los fondos de la misma—: Cfr. ALLEN y Otros (2007), p. 242.

⁵ La “*Revised Model Business Corporation Act*” fue elaborado en 1984 por la “*American Bar Association*” (ABA) y hoy se dispone ya de la cuarta edición (complementada en el año 2008). Este cuerpo normativo no es otra cosa que una propuesta de ley modelo que ha sido adoptada en su integridad, o en una parte sustancial, por una buena parte de los estados de la federación norteamericana (treinta en el 2008). En este texto básicamente se recogen y sistematizan, en un importante intento de uniformidad nacional, los principales desarrollos jurisprudenciales y legales vigentes en materia societaria

⁶ No debe desconocerse, sin embargo, que en algunos importantes Estados, como Delaware, se ha preferido —en lugar de implementar la RMBCA— dejar la regulación, interpretación y aplicación de este deber a los tribunales judiciales.

⁷ El estándar de conducta del deber de diligencia en los Estados Unidos se asemeja en buena medida al decantado jurisprudencialmente en el Reino Unido y consagrado hoy en la sección 174 de la *Companies Act* de 2006, a cuyo respecto Vid. ARNOLD (2009), pp. 287-297.

regían al momento de adoptar la decisión. Esta formulación “genérica”⁸ del deber de diligencia ha buscado, según la doctrina, establecer solamente un modelo de conducta general y objetivo para los administradores que sirva para delimitar la diligencia con la que deben desempeñar su cargo en función de cada sociedad y de cada caso.⁹

Sentado lo anterior, examinaremos primero los orígenes y evolución de la Regla, seguidamente fijaremos con mayor precisión su contenido y requisitos de aplicabilidad, y finalmente, presentaremos una selección de los principales argumentos que defienden la utilidad de la BJR dentro y fuera de los Estados Unidos, así como una síntesis de los argumentos que podrían cuestionar su implementación fuera de las fronteras de ese país.

1.1. Origen y recepción en el derecho vigente de la BJR

La BJR tiene su origen y principal desarrollo, como ya anotamos, en el derecho jurisprudencial norteamericano. Por esta razón, concentramos la exposición de esta primera parte a describir muy someramente la evolución de esta figura en ese país, desde sus orígenes y hasta nuestros días. Al finalizar, presentaremos muy brevemente cuál ha sido su recepción en otros ordenamientos.

Como primera referencia a esta Regla, se suele citar una sentencia de 1829¹⁰ donde se planteaba la idea de que el administrador —entonces entendido como “gestor de asuntos

⁸ Decimos que se trata de una formulación “genérica” en la medida que en términos amplios se puede sostener que el estándar de diligencia en los Estados Unidos es relativamente bajo comparado con otros ordenamientos (incluso con otros de corte anglosajón), pues no se detalla de manera estricta y completa el contenido de este deber. Sobre este particular Vid. más ampliamente LAGUADO (2006), p. 126-128.

⁹ Vid. GUERRA (2003), p. 423-435: quién también sostiene que para el caso de los administradores miembros de los consejos de administración, diferentes del primer (os) ejecutivo (s) de la compañía, el deber de diligencia se concretiza en tres deberes a saber: i) el deber de vigilancia (duty to monitor); ii) el deber de investigar (duty to inquiry) y iii) el deber de informarse antes de adoptar decisiones.

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Luisiana de 1829, caso Percy vs. Millaudon —8 Mart. (n.s.) 68, 78 (La. 1989)— citado por HERNANDO CEBRIA (2009), p. 106.

ajenos”— no podía excusarse del incumplimiento de sus obligaciones con fundamento en su propia ignorancia o inexperiencia, pues toda decisión del administrador debía aparejar la preparación y conocimientos necesarios (“judgment”) en la empresa y en los problemas que allí se planteaban (“business”).¹¹

Esta primera referencia, sin embargo, sólo es retomada —luego de un periodo de interpretación antagónica entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX—¹² después de la Gran Depresión (quizás como un mecanismo de estimulación al crecimiento económico), cuando se admitió que los administradores, en tratándose de su deber de diligencia, no detentaban frente a la sociedad una relación fiduciaria¹³. Este cambio suscito que la jurisprudencia ampliara el margen de discrecionalidad de los administradores a través de la Regla del buen juicio empresarial, conforme a la cual “todo administrador debía aplicar la cantidad de cuidado que todo hombre prudente y cuidadoso hubiera utilizado en similares circunstancias”, de manera que si el administrador actuaba bajo esos presupuestos, su responsabilidad quedaría ajustada al estándar de la negligencia grave.¹⁴

¹¹ Cfr. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 106-107.

¹² Durante ese período en ese país se admite la transformación del vínculo administrador-sociedad de la relación representativa (“agency relationship”) a la relación fiduciaria (“fiduciary relationship”), pues bajo esta última, la responsabilidad del administrador (como la de todo “fiduciary”) resultaba por la negligencia simple (y por tanto, se era responsable por el no actuar con el “cuidado ordinario”), tal y como se pudo evidenciar en una línea jurisprudencial de la época [En los casos: Williams vs. McKay (1989) Nueva Jersey; Lofland vs. Cahall (1922) Delaware; Allaun vs. Consolidated Oil Co. (1929) Delaware. (Citados por CEBRIA (2009), p. 108)].

¹³ En los términos anglosajones se sostuvo que el administrador no era considerado a estos efectos como un “fiduciary”. La “relación fiduciaria” es la relación que surge entre el administrador y la sociedad, en donde, el primero se compromete a actuar con el más alto grado de buena fe frente al segundo en aras de alcanzar los objetivos sociales (Vid. SABOGAL (2010), p. 9-12). Debe aclararse que la única salvedad a la aplicación de su condición de “fiduciary” corresponde al deber de diligencia, pues en tratándose del deber de lealtad siempre se les asigna tal condición.

¹⁴ Cfr. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 109, quién cita las sentencias Graham vs. Allis-Chalmers Mfg. Co. (1963) Delaware, y Meyerson vs. El Paso Natural Gas Co. (1967) Delaware.

Posteriormente, una importante sentencia [Smith vs. Van Gorkom (1985) Delaware]¹⁵ amplió el margen de aplicación de la BJR, como instrumento de defensa del administrador, cuando éste demuestre haber actuado correctamente con los mismos instrumentos y procedimientos que hubiera utilizado una persona razonablemente prudente. Cuando el administrador hubiese actuado conforme a estos parámetros —y siempre que su conducta no afecte el deber de lealtad (esto es, que no esté presente una situación de conflicto de interés del administrador)— afirmó la citada sentencia: el juez no deberá entrar a valorar la cuestión de fondo examinando la bondad de sus decisiones.¹⁶ En otras palabras, a partir de entonces quedó claro que la BJR se perfilaba como un mecanismo para excepcionar la responsabilidad por negligencia o error de los administradores.¹⁷

¹⁵ Una síntesis de los hechos de esta sentencia podrían resumirse así: i) Van Gorkom (en adelante VG) era el primer ejecutivo de la sociedad “Trans Union Corporation”; ii) la sociedad planea una venta de acciones; iii) el precio medio de negociación de acciones de esa compañía durante ese periodo había oscilado entre 24 y 39 dólares por acción; iv) VG conforme a su criterio y su conocimiento personal sobre la compañía estima que el valor de la acción a efectos de la venta es de 55 dólares; v) conforme al flujo de caja de la compañía el administrador financiero encontró ese precio como conveniente aun cuando en la parte baja del promedio de precio que podría solicitarse; vi) sin ulteriores averiguaciones VG inició negociaciones con una empresa interesada y se fijó el precio de venta en los 55 dólares estimados; vii) VG hizo una solicitud de urgencia al Consejo de Administración de la compañía a efectos de la aprobación de la operación y el Consejo aprobó la mencionada operación sin ulteriores indagaciones ni largas discusiones; viii) la operación fue sometida a la Asamblea General de Accionistas y ésta la aprobó por una mayoría del 70%; xix) algunos socios de la Compañía se oponen a la venta bajo el precio acordado por considerar que éste es muy bajo.

¹⁶ No obstante los importantes aportes jurisprudenciales sobre la materia, resulta curioso que en el caso en cuestión la sentencia no se reconoció para los administradores la protección de la BJR. En efecto, con tres votos a dos, la Suprema Corte del Estado de Delaware encontró, luego de hacer una evaluación sobre el deber de diligencia, que los administradores habían incurrido en una evidente negligencia en la medida que no se habían informado adecuadamente sobre el valor de la compañía y de las acciones objeto de la operación. Los críticos de esta decisión sostienen, sin embargo, los siguientes argumentos: i) los administradores deberían estar en la capacidad de evaluar la operación sobre la base de experiencia financiera y en atención a la experiencia y formación de VG; ii) los administradores actuaron apropiadamente y de ello es prueba que el valor de la negociación fue significativamente superior al promedio del precio de mercado para ese tiempo; iii) la Corte atribuyó mucho valor al sofisticado análisis financiero de administradores externos. Como consecuencia de esta decisión el riesgo de incurrir en responsabilidad por parte de los administradores se incrementó sustancialmente, y ello condujo a que hubiese más dificultad de persuadir a administradores de primera línea a asumir estas responsabilidades a menos que la sociedad estableciera los incentivos y garantías suficientes, lo que se tradujo en un aumento de la remuneración y en la utilización de seguros de responsabilidad. De la misma manera, los asesores jurídicos recomendaron a sus clientes elaborar documentos que demuestren una suficiente investigación sobre las operaciones de esta naturaleza a fin de poder satisfacer los requisitos de la BJR. (Vid. HAMILTON (2000), p. 457-459).

¹⁷ Cfr. GUERRA (2003), p. 441-442, HERNANDO CEBRIA (2009), p. 110 y GUEZZI (1996), p. 501-502.

Sobre este marco general, una serie de sentencias posteriores delinearón las condiciones de aplicación y excepción a la mencionada Regla. Así pues, en 1985 [Unocal Corp. Vs. Mesa Petroleum Co. (1985) Delaware] se estableció, además de la carga de la prueba en cabeza del administrador, dos requisitos a saber: i) que los administradores realicen una investigación razonable a efectos de conocer los riesgos que la decisión pudiera causar a la sociedad; y ii) que las medidas adoptadas fueran razonables en atención al asunto empresarial planteado. En años posteriores [Revlon vs. Mac Anderews & Forbes Holding Inc. (1986) Delaware; Mills Acquisition Co. Vs. Macmillan Inc. (1989) Delaware; Paramount Communications Inc. Vs. QVC Network Inc. (1994) Delaware], la jurisprudencia destacó el rol que desempeña la “buena fe” como vía de escape a la limitación de revisión judicial (la incorporada por la BJR), pues si la buena fe no está presente en la actuación del administrador los perjudicados pueden válidamente reclamar la inaplicabilidad de la Regla. Por último, entre finales del siglo XX y principios del XXI, otras sentencias [Unitrin Inc. Vs. American General Corp. (1995) Delaware; Brehm vs. Eisner (2000) Delaware] se dieron a la tarea de delimitar el alcance de la “racionalidad de las decisiones del administrador” reiteradamente exigida por la jurisprudencia para la aplicación de la BJR, y a estos efectos se sostuvo que una decisión es razonable cuando, de un lado, aquella decisión no sea manifiestamente contraria al interés de la sociedad, y de otro lado, que en esa misma decisión exista una cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y los beneficios esperados.¹⁸

Esta construcción jurisprudencial de la Regla del buen juicio empresarial, con sus variantes, es la que ha servido de fundamento para la delimitación de esta Regla por parte de la “*American Law Institute*” contemplada en sus famosos “*Principles of Corporate Law*” [1992, pero revisados permanentemente (en adelante simplemente Principles)], que en esta materia, se han erigido como una de las más importantes fuentes de citación dentro y fuera de los Estados Unidos por ser el único cuerpo normativo (aun cuando no vinculante) que incorpora la BJR de forma expresa. Y es que en efecto, pese a lo extraño que pudiera

¹⁸ Cfr. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 111-114.

parecer, esta Regla no ha sido objeto de regulación positiva en ninguno de los Estados de ese país,¹⁹ ni aún por el modelo de Ley en derecho de sociedades más comúnmente aceptado y reconocido en los Estados Unidos que es la “*Revised Model Business Corporation Act*” (RMBCA), es más, en este último modelo normativo se precisa que la ausencia de incorporación de esta Regla en un texto legal se justifica toda vez que “la jurisprudencia aún no ha decantado suficientemente los elementos y circunstancias que determinan su aplicación”²⁰.

En este orden, y tal como se había anticipado, únicamente encontraremos en los *Principles of Corporate Governance ALI* una prescripción normativa, naturalmente en el ámbito del buen gobierno corporativo, que regula en líneas generales el alcance de la Regla que nos ocupa. Así pues, en la sección 4.01(c) del documento mencionado se prescribe que: los administradores cumplen cabalmente con su deber de diligencia siempre que sus decisiones empresariales (“business judgment”) sean adoptadas de buena fe y bajo el cumplimiento de las siguientes condiciones: i) que no medie un interés personal del administrador en la decisión; ii) que haya sido adoptada con información suficiente; iii) que racionalmente se pueda considerar que actuó conforme a los mejores intereses de la sociedad.²¹ Siempre que la conducta (activa u omisiva) del administrador fuere adoptada bajo estos presupuestos —agrega la doctrina en consonancia con el precedente jurisprudencial— no podrá revisarse posteriormente por el juez la razonabilidad de la decisión, y por ende, no conducirá a responsabilidad a menos que su conducta hubiere sido completamente irracional. En esta medida la Regla funciona, nuevamente siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia, como una salvaguarda de responsabilidad por las decisiones de gestión en la actividad administrativa y le envía un mensaje claro a los accionistas: la sociedad es dirigida por los administradores y ellos son libres de tomar las decisiones que estimen apropiadas siempre

¹⁹ Cfr. GUERRA (2003), p. 437.

²⁰ Cfr. Comentario oficial de la RMBCA, sección 8.31 “*Note on the Business Judgment Rule*” (8-230).

²¹ Vid. también HAMILTON (2000), p. 454.

que cumplan con los mínimos legales, así que, o los conservan o los remplazan, pues las Cortes sólo tienen un estrecho margen de revisión de las decisiones de aquellos.²²

Ha sido pues sobre el esquema marcado por la Jurisprudencia norteamericana y los *Principles ALI*, el que han inspirado a los legisladores de otros ordenamientos a contemplar, y en su caso incorporar, la BJR. Veamos entonces muy brevemente cuáles son los países que han adoptado esta Regla dentro de su orden jurídico.:

En esta línea, sin duda debemos comenzar por citar a Alemania, pues ha sido el primero en introducir en el año 2005 en su Ley de Sociedades Anónimas (Aktiengesetz)²³ de forma expresa la BJR. En efecto, el numeral 1 del art. 93 de la citada Ley dispone, tratando el deber de diligencia de los miembros de la dirección societaria, que “*No se viola esta obligación cuando, en el marco de una decisión empresarial, cabe presumir razonablemente que el miembro de la Dirección ha actuado en interés de la sociedad, sobre la base de la información adecuada*”.²⁴ El margen de inmunidad que confiere esta disposición otorga pues una presunción de no responsabilidad del administrador, que se debe aplicar bajo un “criterio de la razonabilidad”, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: i) haber actuado de forma informada; y ii) no haber actuado en conflicto de intereses. Debe advertirse, en cualquier caso, que la incorporación de la Regla no ha sido del todo pacífica, ni bien recibida por toda la doctrina alemana.²⁵ Así mismo conviene precisar que en la misma disposición normativa citada se establece un estándar objetivo de diligencia (el de un gerente ordenado y leal), cuyo incumplimiento lo hace responsable por los daños causados y además les atribuye la carga de la prueba.

²² Vid. GHEZZI (1996) p. 498-505.

²³ Introducida a la Aktiengesetz en el año 2005 mediante la “Ley sobre integridad de la empresa y modernización del Derecho de impugnación” (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, conocida como UMAG).

²⁴ Cfr. ENRIQUES y otros (2008), p. 79

²⁵ Cfr. EMBID (2010), p. 21.

El segundo país que resulta fundamental citar a este propósito es Portugal pues, inspirados en la reciente reforma Alemana y la tradición jurídica Norteamericana, allí se introdujo en el año 2006 una modificación al artículo 72.2 del “Código das Sociedades Comerciais” en el cual se dispone, tratando de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por violación de sus deberes legales o contractuales, que aquellos podrán ser excluidos de la mencionada responsabilidad cuando puedan probar que “*actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*” (actuaron de manera informada, libre de cualquier interés personal y conforme a los criterios de racionalidad empresarial). La introducción de esta redacción a la norma es reconocida pacíficamente por la doctrina como la incorporación clara y expresa de la Business Judgment Rule del derecho norteamericano. Para la aplicación de la Regla se precisa entonces cumplir con tres presupuestos básicos: i) actuar con fundamento en una información adecuada, ii) ausencia de conflicto de intereses; iii) demostrar no haber actuado de forma “irracional” (incomprensible o sin alguna explicación coherente). Cumplidos estos presupuestos no le será aplicable la presunción de culpa que pesa sobre ellos y no podrá ser encontrado responsable, toda vez que su conducta no viola de forma “relevante” su deber de cuidado, y por ello, es lícita.²⁶

Por su parte, en el Reino Unido, si bien ha existido desde hace tiempo el reconocimiento jurisprudencial de no interferir judicialmente en el fondo de las decisiones comerciales de los administradores —básicamente por los mismos argumentos por los cuales los americanos defienden la Regla—, tampoco han llevado esta tendencia al extremo de reconocer una inmunidad del administrador frente a la revisión judicial por aquellas decisiones de empresa adoptadas de buena fe. Es más, la Comisión redactora de la moderna *Companies Act 2006* rechazó expresamente la posibilidad de incorporar como norma legal la BJR, toda vez que la encontraron innecesaria (pues ya las Cortes judiciales evitan con

²⁶ Cfr. COUTINHO (2010), pp. 846-847. Un estudio completo sobre la incorporación de esta Regla en el derecho portugués puede verse en CARNEIRO DA FRADA (2007), pp. 61-102.

buen criterio interferir en las decisiones de empresa)²⁷ y difícil de incorporar ante el peligro de formular un principio que resultare demasiado estrecho o demasiado rígido.²⁸

En los demás países de corte civilista, al menos hasta lo que conocemos, no se ha incorporado esta Regla por vía legal ni jurisprudencial. No obstante, es relativamente común encontrar en la doctrina de los distintos países autores que estudian, y eventualmente reclaman, la posibilidad de incorporar esta norma en sus respectivos ordenamientos.²⁹

Por todo lo anterior, y a modo de comentario general, podría sostenerse que en los países de corte continental europeo (con las claras excepciones de Alemania y Portugal) han sido más proclives a no ser tan indulgentes en la limitación de la responsabilidad de los administradores, a diferencia de los Estados Unidos. No obstante, una posible razón que justifique esa diferencia radica en la alta litigiosidad que se presenta sobre este particular en los Estados Unidos, y por tanto, la gran exposición a la que allí se enfrenta el administrador a ser declarado responsable, a diferencia de las jurisdicciones del “*civil-law*”, donde los juicios de responsabilidad del administrador societario por conducta negligente son bastante menos frecuentes.³⁰

1.2. Contenido y requisitos de aplicabilidad de la BJR

²⁷ En opinión de algunos autores, aún cuando la Regla no se encuentra de forma explícita en la Companies Act de 2006, su aplicación parece surgir de la casuística jurisprudencial, pues allí los jueces no demuestran gran voluntad por revisar las decisiones empresariales de los administradores cuando en las mismas no se evidencia alguna situación de conflicto de intereses. (Cfr. ENRIQUES y otros (2008), p. 79.)

²⁸ Cfr. ARNOLD (2009), pp. 297-299.

²⁹ A modo de ejemplo pueden encontrarse propuestas serias como la esgrimida en España por el Profesor Paz-Ares, entre otros, 2003, pp. 85-98. En sentido similar HERNANDO CEBRIA (2009) que dedica una obra completa al estudio de este particular. También podría destacarse el actual trabajo de tesis doctoral que adelanta Cristina Guerrero, mi compañera de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, sobre este mismo problema.

³⁰ Vid. ENRIQUES y otros (2008), p. 80.

Luego de este breve repaso de la evolución histórica de la figura, y su tímida incorporación por algunos países de corte civilista, podemos ahora sí precisar el contenido de la BJR, a cuyos efectos nos guiaremos fundamentalmente por los principio jurisprudenciales del *Common Law Norteamericano*, toda vez que ha sido ese el contexto en el que mejor y de forma más completa se ha decantado, al punto que luego ha sido el modelo que ha seguido la doctrina —y eventualmente el legislador— dentro y fuera de las fronteras de los Estados Unidos para explicar su alcance y requisitos.

Así pues, podemos decir que ésta Regla³¹ consiste en una presunción según la cual, cuando los administradores toman una decisión empresarial lo hacen de manera informada, de buena fe y en el interés de la sociedad. Dicta en consecuencia la Regla que, *cuando el administrador actúe bajo esos presupuestos, al juez le estaría vedado entrar a valorar la bondad de su decisión quedando indemne de ser atacada la responsabilidad del administrador*. Se ha establecido igualmente, que *la Regla no será aplicable únicamente en los casos en que el administrador hubiere actuado con violación del deber de lealtad, de mala fe, en incumplimiento de los deberes legales o estatutarios o con dolo o negligencia grave*.³² Así pues, en virtud de la BJR las decisiones (o bien juicios o conductas) adoptadas por los administradores de forma sensata sobre información razonable son válidas y protegidas frente a la sociedad, y por tanto, aquellas decisiones no podrán ser atacadas por los socios o terceros, aun cuando desde el punto de vista de la sociedad esa decisión hubiese sido perjudicial.³³

³¹ Hay un sector de la doctrina norteamericana que no considera que la BJR sea propiamente una “Regla” sino más bien un “estándar”, en la medida que no impone específicas obligaciones de hacer o no hacer, sino que a grandes rasgos es un “test” que los jueces deben observar al momento de analizar la decisión empresarial de un administrador: Vid. LAGUADO (2006), p. 120-121.

³² Definición extraída de una lectura conjunta de: la sección 4.01 *Principles*, la jurisprudencia en el caso *Aronson v. Lewis* (Delaware, 1984), RMBCA 8-230; ALLEN y Otros (2007), p. 252 y GUERRA (2003), p. 436.

³³ Cfr. HAMILTON (2000), p. 453.

De manera tal que en los Estados Unidos la BJR —que se justifica por la diferencia que allí existe entre el estándar de conducta y el estándar de revisión—³⁴ funciona como una presunción *iuris et de iure* a favor del administrador —o como una especie de “safeharbour” pues cumplidos los requisitos la decisión no puede ser revisada—, a partir de la cual aquél tiene un espacio de inmunidad en sus decisiones, y es por ello que resultaría admisible sostener que el administrador goza del principio “*in dubio pro administrâtor*” en el ejercicio de su actividad profesional.³⁵ Es precisamente en función de esta presunción implícita que en la práctica judicial se ofrece un alto grado de protección a los administradores, y ello obedece fundamentalmente a que la carga de la prueba recae sobre quién busca desvirtuar la presunción, así, muchas de las demandas de responsabilidad del administrador por incumplimiento del deber de diligencia terminan siendo desestimadas antes de llegar a juicio.³⁶

Identificado el contenido y alcance de la BJR, conviene extraer y destacar de lo anterior aquellos requisitos generalmente exigidos para hacer aplicable la Regla:³⁷

- a. *Actuar con racionalidad.* El administrador ha de actuar conforme a los parámetros objetivos de una conducta diligente. En este orden, la decisión debe ser “racional”,

³⁴ En el derecho societario estadounidense se hace una diferenciación entre, de un lado, el estándar de conducta (standard of conduct) que es el modo en que el administrador debe desempeñar sus funciones, y de otro lado, el estándar de revisión (standard of review) que es el criterio aplicado por el juez para determinar la existencia de responsabilidad. La aplicación de la BJR se ubica dentro del primer estándar, y si se cumplen los parámetros definidos por la jurisprudencia, quedará entonces restringido el análisis del segundo estándar. (Cfr. GUERRA (2003), p. 435.)

³⁵ Cfr. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 156

³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO (1998), p. 432 y GUERRA (2003), p. 440-441. Por esta circunstancia el grado de litigiosidad en torno al deber de diligencia en los Estados Unidos es significativamente inferior al del deber de lealtad: Cfr. ALLEN y Otros (2007), p. 242.

³⁷ Decimos que son requisitos “generalmente” exigidos pues no en todos los Estados se aplican con el mismo rigor, y adicional a ello, existen Estados en dónde resultan exigibles otros que no mencionamos. Un listado más exhaustivo de requisitos decantados por la doctrina de la variada jurisprudencia en la materia serían los siguientes: i) actuar de buena fe; ii) ausencia de intereses personales del administrador; iii) independencia de los administradores en la toma de sus decisiones; iv) no derroche de los bienes sociales; v) ausencia de una conducta atroz; vi) licitud de la decisión; vii) ausencia de comportamientos fraudulentos; y viii) ausencia de comportamientos “ultra vires”: Vid. GUEZZI (1996), p. 505-508.

esto es, no puede tratarse de una decisión que sea manifiestamente inexplicable, es decir, que carezca de una motivación suficiente que la justifique. De la misma manera, la decisión no puede ser producto del abandono de las obligaciones propias del cargo.³⁸

- b. *Actuar de buena fe.* Constituye un requisito indispensable para la aplicación de esta Regla que el administrador en la toma de sus decisiones hubiese actuado de buena fe, es decir, que la única motivación que aquél persiguió para adoptar la decisión haya sido el “interés social” —no debe, por tanto, haber presencia de “conflictos de interés de los administradores”, o en general trasgresión a su deber de lealtad—. ³⁹
- c. *Informarse adecuadamente.* La aplicación de la Regla también presupone un requisito de procedimiento, y es que el administrador actúe de forma informada, de manera que, previo a la toma de decisión el administrador debe seguir un procedimiento adecuado de verificar todos los datos e informes disponibles.⁴⁰

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos exigidos para beneficiarse de la BJR, conducirá necesariamente a la inaplicación de la Regla, caso en el cual, el juez podrá entrar a valorar de fondo y retrospectivamente la decisión empresarial adoptada por el administrador. En este caso, la carga de la prueba se invierte, y recaerá entonces sobre el administrador demostrar que su conducta se ajustó a derecho.⁴¹

1.3. Argumentos que defienden la utilidad de la BJR

³⁸ Cfr. Sección 4.01 (c)(3) Principles, GUERRA (2003), p. 439 y Vid. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 145.

³⁹ Cfr. Sección 4.01 (c)(1) Principles, HAMILTON (2000), p. 454, GUERRA (2003), p. 438-439 y Vid. HERNANDO CEBRIA (2009), p.141-144)

⁴⁰ Cfr. Sección 4.01 (c)(2) Principles, GUERRA (2003), p. 439 y Vid. HERNANDO CEBRIA (2009), p.147-152.

⁴¹ GUERRA (2003), p. 440-444.

Analizado el contenido y requisitos generales de la BJR consideramos pertinente dedicar algunas líneas a la exposición de las razones que más comúnmente defienden la utilidad de la Regla, pues han sido en últimas estos argumentos, en su mayoría sobre la línea de eficiencia económica empresarial, los que han avivado el debate jurídico en distintas latitudes.⁴²

- a. *Potencialización del riesgo empresarial.* Ampliar el margen de discrecionalidad del administrador permite que aquél tenga más incentivos para adoptar decisiones que comporten riesgos empresariales razonables con miras a potenciar la innovación y el crecimiento económico de la compañía. Si bien es cierto que una de las funciones del administrador es la de conservación del patrimonio social, no puede desconocerse que en la actividad empresarial la función inversora (y de riesgo) en los mercados debe primar (por Regla general —a menos que los socios dispongan algo diferente—) sobre las conductas conservativas.⁴³

- b. *Fortalecimiento del mercado de los administradores.* Una de las principales ventajas de esta Regla es la de favorecer la incorporación como administradores a personas mejor calificadas para el ejercicio del cargo. Es fácilmente comprensible que aquellos sujetos mejor preparados tengan un mayor incentivo para ejercer estos cargos cuando la responsabilidad por sus decisiones se encuentra más limitada. Sobre esta misma línea argumentativa, las empresas podrían evitar incurrir en dos prácticas comerciales que resultan perniciosas para la sociedad y son: de un lado, la dualidad entre administradores de derecho y administradores de hecho, y de otro

⁴² Debemos aclarar en todo caso que los argumentos expuestos no son los únicos, aunque sí los más uniformemente reconocidos por la doctrina nacional y comparada. Otro argumento, por ejemplo, nos lo trae el profesor Paz-Ares cuando afirma que «no existe una *lex artis* consolidada que pueda servir de referencia para juzgar las decisiones empresariales; no existe y no sería bueno que existiese toda vez que lo que se espera en este ámbito de decisión es la innovación y la asunción de riesgos.» PAZ-ARES (2003), p. 87.

⁴³ Vid. ENRIQUES y otros (2008), p. 79; GUEZZI (1996), p. 499; HERNANDO CEBRIA (2009), p. 121-224; GUERRA (2003), p. 437; PAZ-ARES (2003), p. 88 y LAGUADO (2006), p. 122-123.

lado, la necesidad de recurrir (con los costos que ello representa para la empresa) a seguros de responsabilidad civil por el ejercicio del cargo.⁴⁴

- c. *Respeto al ámbito competencial de los administradores.* La Regla tiene por bondad que la posición del administrador no se vea continuamente amenazada por aquellos socios que quieren permanentemente, y de forma no suficientemente justificada, controlar la gestión empresarial. Así pues, la Regla garantiza en mejor forma la independencia de la actuación de los administradores.
- d. *Mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la actividad empresarial y administrativa.* En la medida en que los jueces no son expertos en la actividad de administración de empresas, estos no deben convertirse en administradores de segundo grado a efectos de evaluar la conveniencia empresarial de las decisiones de los administradores en ejercicio. Si el margen de revisión de los jueces es muy amplio, ello se traduce en una amplia inseguridad jurídica en detrimento de las decisiones de empresa. Con esta Regla, en últimas, se busca evitar que el juicio de oportunidad realizado por el administrador sea sustituido, *a posteriori* (mediante una revisión retrospectiva), por el juicio de oportunidad del juez, quién por su inexperiencia en actividades administrativas puede fácilmente confundir decisiones malintencionadas de decisiones empresariales simplemente desafortunadas.⁴⁵
- e. *Suficiencia de mecanismos empresariales y de mercado para controlar el margen de discrecionalidad del administrador.* En el mercado existen ya suficientes mecanismos intra-societarios (ej: el control de gestión realizado por la Junta de socios y el retiro del cargo) y extra-societarios (ej: el daño a la imagen del administrador) para controlar los posibles excesos de los administradores, de

⁴⁴ Vid. GUERRA (2003), p. 437.

⁴⁵ Cfr. ENRIQUES y Otros (2008), p.79; GUERRA (2003), p. 436-437; GHEZZI (1996), p.499; PAZ-ARES (2003), p. 87 y LAGUADO (2006), p. 121-122.

manera que no resulta necesario ni conveniente el control judicial de sus decisiones.⁴⁶

1.4. Argumentos que cuestionan la aplicabilidad de la Regla en otros ordenamientos

Una vez descritos los aspectos que destacan la utilidad de la Regla, conviene, en aras de otorgar una mayor objetividad al presente estudio, tratar de extraer aquellos argumentos que podrían cuestionar la implementación de la BJR en ordenamientos diferentes al norteamericano. No obstante, debemos advertir que la gran mayoría de bibliografía sobre la materia da cuenta únicamente de los aspectos positivos que citamos arriba, razón por la cual, los argumentos que a continuación expondremos corresponden más bien a reflexiones personales del autor de este escrito.

Así pues, los argumentos de orden económico y jurídico que a nuestro juicio podrían cuestionar la aplicabilidad de la BJR en otros entornos legales —aún cuando puedan resultar para algunos cuestionables—⁴⁷ se podría organizar como sigue:

⁴⁶ Vid. HERNANDO CEBRIA (2009), p. 124-127.

⁴⁷ Una serie de argumentos favorables a la incorporación de la Regla en países de tradición continental europea —y por ende contrarios a varios de los argumentos que arriba expondremos— los cita con bastante precisión el profesor Paz-Ares cuando dice: «*La objeción de que en ocasiones se hace blanco esta propuesta es de orden cultural: se trataría una vez más, de la importación de un invento americano incompatible con nuestra tradición. La objeción, no obstante, puede replicarse con facilidad apelando de nuevo a las ineficiencias derivadas de la “dependencia del contexto” o path dependence que subyace al argumento de la incompatibilidad con la tradición. Pero es que en este caso puede decirse más. Puede decirse que si la creación de una forma de inmunidad para los errores de gestión está justificada en alguna parte, ésa es justamente en nuestros países continentales, y ello: (i) porque nuestros jueces son menos sofisticados, están menos familiarizados con las interioridades de las operaciones mercantiles y financieras y, además, tienen una tendencia más burocrática y formalista; (ii) porque los manager de nuestras compañías, al estar bajo el ojo vigilante de los accionistas de control, necesitan aún menos que en el ámbito anglosajón del escrutinio judicial (recuérdese que nuestros mercados de capitales presentan una estructura de propiedad muy concentrada; e (iii) porque lo último que necesitan nuestras tradiciones son instituciones que fomenten el conservadurismo y la inercia; nuestro desafío es crear las condiciones más propicias para el desarrollo de una cultura de riesgo e innovación (...)*» PAZ-ARES (2003), p. 88.

- a. *Los criterios de eficiencia económica no pueden ser los únicos que determinen la aceptación de la Regla.* No todos los países enfocan su economía a defender de manera exclusiva los principios del capitalismo de mercado, y por consiguiente, no todos orientan su organización jurídica en pro de la eficiencia económica. Por lo anterior, aquellos países que guían su orden económico y jurídico por principios como los del Estado Social de Derecho, encontrarán quizás que esta Regla favorece sólo a los intereses de unos pocos —el gremio de los administradores de empresas— en detrimento de otros intereses necesariamente tutelados por el orden jurídico como los accionistas (especialmente los minoritarios), los acreedores y en general los terceros (Estado, medio ambiente, comunidad local, etc.) que se puedan ver afectados por negligencia de los administradores. Existe además toda una corriente de pensamiento a nivel mundial que defiende una posición más pluralista de los intereses sociales que se deben proteger en la regulación de la actividad empresarial.⁴⁸
- b. *El “riesgo” del esquema anglo-americano puede resultar contrario a la “responsabilidad” del esquema romano-germánico.* El “riesgo” es un elemento inherente del Capitalismo, y por ello, lo que hace la BJR es priorizar y defender ese “necesario riesgo” bajo el cual el administrador “debe” actuar, lo cual resulta muy apropiado en los Estados Unidos pues allí se ha construido un ordenamiento jurídico sobre las bases de los elementos inherentes al Capitalismo. El derecho continental europeo, y por reflejo en América Latina, sobre una tradición romano-germánica ha priorizado por el contrario la “responsabilidad” de todos los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico. Por lo anterior, sería previsible que la implementación de la Regla en países como Colombia resulte abiertamente contraria frente a algunos de los principios jurídicos que le sirven de base, tales como la buena fe objetiva y la diligencia media exigibles en la gran mayoría de relaciones jurídicas de esta naturaleza.

⁴⁸ Una panorámica general de esta teoría pluralista puede verse en SABOGAL (2011), p. 8-13 y 18-23.

- c. *A raíz de la actual crisis económica se cuestiona ampliamente la política anti-intervencionista del derecho en la economía.* En las últimas décadas ha hecho especial carrera la no intervención del Estado en la Economía, bajo el convencimiento que los mercados son lo suficientemente maduros para autoregularse. La BJR no es sino una aplicación más de esa misma línea de pensamiento, pues busca evitar que el control jurídico se inmiscuya en las decisiones de empresa. Sin embargo, con ocasión de la crisis económica actual, hay muchos que se plantean si verdaderamente esa estructura no intervencionista es la apropiada.⁴⁹ Hoy nuevamente hacen especial carrera los planteamientos keynesianos que pugnan por una mayor regulación de la actividad económica como mecanismo para evitar los profundos desequilibrios producidos por esa política anti-intervencionista, algo que es además habitual en los ciclos económicos de recesión.
- d. *Resulta arriesgado importar figuras jurídicas que no han sido suficientemente reconocidas.* Deber recordarse, tal y como lo presentamos en la parte histórica, que la BJR aún no se encuentra lo suficientemente decantada por la jurisprudencia en el derecho norteamericano, razón por la cual ninguno de los ordenamientos de los Estados de ese país la ha incorporado en su normativa societaria, y aun cuando ya algunos países de corte civilista lo han incluido dentro de su legislación, resulta todavía demasiado pronto para evaluar las verdaderas bondades de la Regla. Ante lo anterior resulta apenas evidente el riesgo que comporta importar figuras jurídicas que aún no han demostrado suficientemente su utilidad y pertinencia.
- e. *En el tráfico jurídico existen otros mecanismos para controlar el eventual amplio margen de responsabilidad de los administradores.* Existen ya en el mercado otros mecanismos jurídicos que protegen la eventual excesiva exposición a la responsabilidad de los administradores, tal es el caso de los conocidos Seguros D&O (directors and officers), que son básicamente una póliza que cubre a

⁴⁹ Vid. STIGLITZ (2010), pp. 11-13, 18, 44, 255-320.

directores y administradores de las demandas de responsabilidad que puedan surgir como resultado de su actuación en la empresa.

- f. *La Regla podría no resultar apropiada para todas las empresas.* Podría considerarse que la incorporación de la BJR es óptima para aquellas empresas que participan en mercados altamente competitivos (verbigracia aquellas del sector tecnológico) donde las decisiones arriesgadas de empresa son más que necesarias en la mayoría de los casos. En sentido contrario, aquellas empresas que actúan en sectores menos competitivos (como el agrícola) podrían tener un mayor interés en que sus directivos actuaran de forma mesurada con miras a la conservación del capital, y en este caso, un alto nivel de discrecionalidad del administrador podría ser —además de no deseable— innecesariamente peligroso para los intereses de la compañía. De manera que la incorporación general de una Regla o principio de esta naturaleza podría comportar graves perjuicios para las empresas que participan en determinados sectores económicos. Si además esa incorporación se produce en países cuya mayoría empresarial participa en sectores poco competitivos —como los países latinoamericanos— los resultados económicos de esa opción podrían resultar altamente impredecibles.
- g. *La incorporación de la Regla en un entorno de poca litigiosidad respecto a la responsabilidad de los administradores podría traducirse en una inmunidad absoluta por sus decisiones de empresa.* Como mencionamos en la parte conclusiva del punto 1.1. de este escrito, la razón que podría justificar la escasa aceptación de la Regla en los países del “civil law” consiste (a diferencia de los Estados Unidos) en la poca litigiosidad que allí se presenta en torno a la responsabilidad de los administradores por violación del deber de diligencia. Entonces, a nuestro entender, ello trae por consecuencia una situación de equilibrio entre el “civil law” y el “common law” en el riesgo que asumen el administrador de ser declarado responsable. Por tanto, si en los países de corte continental europeo, además de la escasa posibilidad de que un administrador sea enjuiciado por una conducta

negligente, le otorgamos una especie de inmunidad por sus decisiones de empresa, ello se traduciría en otorgar tácitamente al administrador societario una licencia (sin restricciones) para actuar en el manejo de los asuntos sociales con total discrecionalidad. Esta situación respecto de países latinoamericanos, como Colombia, sería particularmente grave, pues en nuestro entorno no es escasa, sino prácticamente inexistente la litigiosidad en el ámbito de la responsabilidad de los administradores.

2. En el derecho colombiano

Sentado el contenido, beneficios, críticas y marco histórico de la BJR, hagamos ahora una breve y objetiva revisión de nuestro derecho a efectos de determinar si la “Regla” objeto de estudio se encuentra incorporada dentro de nuestro ordenamiento, o si al menos es posible encontrar elementos que conduzcan a su viabilidad en nuestro territorio. Debemos advertir en cualquier caso que, conforme a los objetivos de este trabajo, sólo haremos referencia a aquellas normas, jurisprudencia y doctrina que afectan de manera general las principales obligaciones y responsabilidades de los administradores en el ámbito civil y comercial de la organización societaria o empresarial, y por ello, no entraremos a precisar otros ámbitos jurídicos que afectan la responsabilidad de estos sujetos en los planos laboral, tributario, contable, penal, ambiental, financiero o aduanero,⁵⁰ así como tampoco frente a aquellas normas que afectan a los administradores de empresas que desarrollan actividades económicas específicas como el transporte o los seguros.

Con la finalidad planteada, y de la misma manera que lo hicimos frente al derecho angloamericano, el primer paso con miras a abordar esta problemática consiste en describir muy brevemente el alcance del deber de diligencia en Colombia. Para el propósito que nos interesa simplemente diremos que este deber se encuentra contemplado en el art. 23

⁵⁰Para quién interés puede verse una completa (aun cuando desafortunadamente ya no tan actualizada) recopilación de normas sobre todos los aspectos mencionados en LEGIS “Responsabilidad de los administradores de Sociedades”, 2001.

L.222/95 cuando afirma que los administradores deben actuar “con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Se trata pues de una diligencia con connotaciones especiales⁵¹ respecto de la tradicional del derecho civil, en la medida en que usa un patrón de conducta que corresponde a la diligencia que un comerciante común despliega en sus propios negocios. En consecuencia, el administrador debe actuar de forma oportuna, cuidadosa y verificando que la misma se ajuste a los estatutos y a la Ley, todo lo cual lleva implícitos los siguientes deberes: i) informarse adecuadamente; ii) discutir las decisiones si es un órgano colegiado; y iii) vigilar el cumplimiento de las decisiones y directrices adoptadas por los órganos sociales.⁵²

Descrito el contenido general del deber de diligencia de los administradores en nuestro país, sea ahora el momento de profundizar en el estudio que nos ocupa, y para ello, describiremos primero aquellas normas del derecho positivo que afectan el régimen de responsabilidad de los administradores, seguidamente presentaremos algunos de los argumentos expuestos por la jurisprudencia sobre este particular, y finalmente, una síntesis de las distintas posiciones y afirmaciones de nuestra doctrina en torno a la BJR o en general al régimen de responsabilidad de los administradores por incumplimiento de su deber diligencia. Superada la descripción normativa, jurisprudencial y doctrinal planteada, someteremos a la consideración del lector nuestra opinión personal sobre algunos de los temas que, a nuestro juicio, afectan de manera directa el problema jurídico objeto de ésta investigación.

2.1. En el derecho positivo

De cara al derecho positivo colombiano, lo primero que debemos advertir es que no hemos conseguido identificar precepto alguno que admita de forma directa o indirecta la exención

⁵¹Según algunos (Vid. REYES (2004), t.1, p. 446) se trata de la incorporación de los llamados “deberes fiduciarios de los administradores”. Nuestra posición al respecto puede verse en SABOGAL (2010), p. 29-30.

⁵² Cfr. SUPERSOCIEDADES Cir. Ext. 100-006 de 2008, numeral 2.1.3.

de responsabilidad de los administradores por sus decisiones de empresa en la reglamentación general del deber de diligencia en Colombia, así como tampoco en las normas complementarias de los deberes de los administradores en la legislación mercantil.

Es más, lo que sí hemos identificado, es una serie de normas que conducirían a pensar que en Colombia rigen en principio unos parámetros abiertamente antagónicos a los planteados por la Regla norteamericana. En efecto, se puede extraer con claridad del art. 200 C.Com., que disciplina los parámetros generales de responsabilidad de los administradores con carácter “imperativo”⁵³ (y por tanto, no admitirían disposición privada ni interpretación en contrario), los siguientes apartes:

- i) Los administradores responderán solidaria⁵⁴ e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo⁵⁵ o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros;
- ii) Dentro de las excepciones planteadas por la norma⁵⁶ a la responsabilidad ilimitada no se encuentran ninguno de los presupuestos de la BJR;
- iii) En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones (dentro de los cuales se encontrará el deber de diligencia)⁵⁷ se “presume la culpa del administrador”⁵⁸;

⁵³Cfr. Cir. Ext. 100-006 de 2008 Supersociedades, apartado 5.1. (generalidades de la responsabilidad de los administradores). Puede verse una opinión contraria —que considera que estas normas no son de carácter imperativo— en RODRIGUEZ AZUERO (1998), p. 80.

⁵⁴ Será una responsabilidad solidaria en casos en los cuales los administradores actúan de forma colegiada, como cuando la junta directiva está integrada por un número plural de miembros o en el caso en el que los representantes legales deban actuar de consuno. El esquema de esta responsabilidad se guiará por los arts. 1569 y 1668 del Código Civil ante la ausencia de regulación especial en el ámbito mercantil. La solidaridad a la que se refiere la norma se circunscribe únicamente a los administradores, de manera que no se trata de una solidaridad entre los administradores y la sociedad como a veces suele pensarse en la práctica societaria (Cfr. ARRUBLA (2007), t.1, p. 457-458 y 463).

⁵⁵ El artículo 63 del CC dispone “el dolo consiste en la intensión positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

⁵⁶ Como excepción a la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores dispone el párrafo segundo del C.Com.: «No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o haya votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten». En la medida que no se dispone de norma especial que contradiga el régimen general, hay quien concluye que también serían procedentes, como causales de exoneración de la responsabilidad, la Fuerza Mayor o el Caso Fortuito, así como, la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero: Cfr. ARRUBLA (2007), p. 463.

iv) Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que absuelvan o limiten la responsabilidad del administrador, aun cuando se hubiere prestado caución para estos efectos.⁵⁹

Como complemento a la normatividad anterior, el artículo 5 del Decreto reglamentario 1925 de 2009 precisa que el administrador que trasgreda su deber de diligencia (así como los otros deberes contemplados en el art.23 L.222) será condenado a indemnizar perjuicios, y además, se le podrá sancionar con multas y/o inhabilidad para ejercer el comercio.

Así mismo, reza el artículo 210 del Decreto Ley 663 de 1993 (sustituido por el art.45 de la Ley 795 de 2003) que se hace personalmente responsable a los administradores de empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera por las pérdidas que cualquier persona sufra cuando aquél viole o permita que se violen las disposiciones legales (entendemos que el deber de diligencia se encuentra dentro de las citadas disposiciones).

La Ley 1116 de 2006 que establece el régimen de insolvencia empresarial, trae además dos normas que resultan relevantes a efectos de determinar el grado de responsabilidad de los administradores por incumplimientos puntuales a su genérico deber de diligencia. De un

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ AZUERO (1998), p. 67-68.

⁵⁸ De forma extensa y textual se dispone en los párrafos 3 y 4 del art. 200 C.Com., lo siguiente: «*En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el art. 151 del Código de Comercio y demás normas sobre esta materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*». Sobre este particular aclara la doctrina, no puede pensarse que la presunción de culpa del administrador se reduzca a los casos planteados por la norma —la de los párrafos 3 y 4 del art. 200— sino que la presunción de culpa es la Regla general de los administradores, pues aquellos, como “deudores” que son del cumplimiento de sus obligaciones se orientan por las reglas generales de la responsabilidad civil, y por tanto, se rigen por el art. 1604 CC en donde se prescribe que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” (Cfr. RODRÍGUEZ (1998), p. 70).

⁵⁹ La Ley (art.25 L222/95) determina la posibilidad de resarcimiento del daño generado por el incumplimiento de sus obligaciones a través del ejercicio de las acciones individuales y sociales de responsabilidad. Hay quien sostiene que también las acciones de grupo son mecanismos idóneos para perseguir la responsabilidad judicial de los administradores (Cfr. ARRUBLA (2007), t.1, p. 465).

lado el artículo 82 que hace civilmente responsables a los administradores por el pago del faltante del pasivo externo cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada por una conducta suya dolosa o culposa, y así mismo, considera como “no escritas” las cláusulas contractuales que tiendan a absolverlos de la mencionada responsabilidad o limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. De otro lado, el artículo 17 hace solidariamente responsables a los administradores de los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y a los acreedores —además de quedar expuestos a ser destituidos de sus cargos y de ser sancionados con multas— por realizar actividades que no correspondan al giro ordinario de la sociedad o limiten la prenda general de los acreedores (en los supuestos específicamente definidos en la norma) desde la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización.

2.2. En la jurisprudencia Colombiana

Lamentablemente en Colombia la jurisprudencia es escasa en tratándose del derecho de sociedades, pues por la misma celeridad que requiere dirimir los conflictos en ámbito empresarial, no se dispone de mecanismos jurisdiccionales que permitan a las altas cortes ocuparse de muchos de estos asuntos,⁶⁰ dejando en todo caso a salvo los pronunciamientos de la Corte Constitucional cuando aquella valora la constitucionalidad de una norma.

Es precisamente bajo el último de los eventos mencionados que nos es posible traer a colación la Sentencia de la Corte Constitucional C-123 de 2006⁶¹, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) bajo la cual se estudió la Constitucionalidad del citado art. 200 C.Com

⁶⁰La razón por la cual no se dispone de jurisprudencia sobre la materia estriba en el art. 233 de la L.222/95 «*los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición en contrario*». Como es bien sabido este “proceso verbal sumario” se tramita en Colombia en única instancia ante los jueces civiles del circuito o ante la Superintendencia de Sociedades cuando corresponde. Es sin duda también este el mecanismo procesal conducente para reclamar la responsabilidad de los administradores (Cfr. ARRUBLA (2007), p. 465).

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sala Plena, Sentencia C-123 de 22 de febrero de 2006, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Ref. Exp. D-5936. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24, incisos 3º y 4º (parcial) y 171 de la Ley 222 de 1995; y artículos 2º, numerales 28 y 29, y 9º, numerales 7 y 14 del Decreto 1080 de 1996.

(modificado por el art. 24 de la L.222/95) en aquello referente a la “presunción de culpa” del administrador. Debemos advertir en todo caso, que si bien en esta providencia no se hace referencia alguna a la BJR sí se proporcionan algunos elementos interpretativos que nos clarifican los fundamentos sobre los que se apoya la presunción de responsabilidad de los administradores, norma que al parecer resulta abiertamente contraria a la admisión de la BJR en Colombia. En este orden, en la mencionada Sentencia la Corte estableció que la presunción de responsabilidad de los administradores del art. 24 L.222/95 es una “presunción legal o *juris tantum*” en la medida que admite prueba en contrario en el caso que los administradores «*no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión (que conduce a su responsabilidad) o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten*». Esta presunción es, a juicio del alto tribunal, además “razonable” (responde a las leyes de la lógica y la experiencia) en la medida que la Ley le impone a los administradores unos deberes propios del “buen hombre de negocios” que se desprenden de la profesionalidad, diligencia y rectitud con la que deben actuar «*en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados, atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda*». Como un fundamento más, la Corte encuentra que la mencionada presunción persigue un fin constitucional valioso, útil, necesario y proporcionado en la medida que, como lo dispone el artículo 333 de la Constitución, la empresa es “la base del desarrollo y tiene una función social que implica obligaciones”, y en esa medida, los inmensos poderes y «*la actuación de sus administradores tiene profundas implicaciones y repercusiones en el orden social*», lo que justifica que aquellos asuman un *alto grado de responsabilidad*.

De lo anterior, a nuestro juicio, podríamos destacar que la presunción de culpa de los administradores (si bien admite prueba en contrario) se encuentra plenamente justificada dentro de nuestro ordenamiento, pues toda actuación de estos sujetos afecta intereses constitucionalmente protegidos, y por ello, deben asumir un alto grado de responsabilidad. De la misma manera, resulta interesante cómo la Corte no reclama ninguna otra exclusión a

esta responsabilidad (como si lo hace algún sector de la doctrina nacional), salvo las específicamente contempladas en la norma.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, sobre un caso de responsabilidad extracontractual de un administrador frente a un tercero, lo siguiente «*El artículo 200 del Código de Comercio [original] (...) consagraba la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales, por los daños que con sus actuaciones dolosas o culposas, ocasionaran a la persona jurídica, a los asociados o a terceros, adoptando en la materia los principios generales sobre los cuales se asienta la responsabilidad en el derecho común. / Tal Regla, común a toda forma asociativa, fue preservada por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, modificatorio de la referida disposición (...)*». Y es por ello que más adelante la citada providencia sostiene «*De acuerdo con los principios generales que gobiernan el régimen de la responsabilidad civil, el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de los administradores del ente social, es decir, de quienes tuvieron a su cargo la representación y el manejo de sus bienes y negocios, sea que desarrollaran funciones de representación de la sociedad o solamente de gestión, estaba [y se mantiene conforme a la legislación vigente] supeditado a que incurrieran en una acción u omisión dolosa o culposa, y que de ese comportamiento se derivara [derive] un daño para uno de los sujetos mencionados, es decir, que entre su conducta y el perjuicio ocasionado existiese[exista] una relación de causalidad adecuada, responsabilidad que debía y debe deducirse dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual, cuando el sujeto damnificado en la actuación del administrador de la empresa social es un tercero*». Y finalmente, citando una sentencia anterior afirma que «*el artículo 200 del Código de Comercio, tanto en su texto primitivo, como después de la modificación de la ley 222 de 1995 (...)*» consagra a favor de los acreedores de una sociedad mercantil una acción individual de reparación de daños contra los administradores por los perjuicios ocasionados «*recurso que como bien es sabido, tiene su fundamento último en el art. 2341 del C.Civil*

pues el sentido del art. 200 del C. de Co. no es otro distinto, al hacer explícita la Regla de referencia, que otorgar a los susodichos acreedores un medio de protección directa (...)»⁶²

Con esta sentencia se destaca un aspecto muy importante, y es que el régimen de responsabilidad de los administradores (al menos en todas aquellas de responsabilidad extracontractual) se rige aún hoy por “las reglas generales del derecho civil”, aunque claro, complementadas por las particularidades de la legislación mercantil. Esto, como veremos, tendrá importantes consecuencias en el plano de la limitación de la responsabilidad de los administradores.

De otra parte, una Sentencia posterior (pero muy cercana en el tiempo) de la Corte Suprema de Justicia sostiene que las presunciones de responsabilidad del artículo 200 C.Com., en realidad no tienen tal connotación de “presunción de culpabilidad”, toda vez que el actor de esa acción deberá en todo caso demostrar que aquella ha tenido lugar. En las propias palabras de esta alta corporación judicial se afirma, tratando de la responsabilidad de los administradores por omisión de una conducta, que: si se «*invoca el abandono de esas funciones como fuente de responsabilidad del administrador, debe en todo caso demostrarla, y por lo mismo, no se trataría de una verdadera presunción de culpa (...)*»⁶³

Una lectura conjunta de la jurisprudencia citada nos podría conducir a las siguientes conclusiones preliminares: i) las presunciones de responsabilidad del artículo 200 del C. Com. son presunciones legales (admiten prueba en contrario) que se encuentran plenamente justificadas por el alto grado de impacto que tienen las decisiones de los administradores en el orden social; ii) no obstante lo anterior, las mencionadas presunciones son más aparentes que reales, pues quién quiera reclamar la responsabilidad del administrador por alguna de las presunciones citadas siempre deberá probarlas; y iii) el régimen jurídico de la

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de febrero de 2005, MP Arrubla Paucar.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación de marzo de 2005, Expediente 9879, MP Jaime Alberto Arrubla Paucar.

responsabilidad de los administradores continúa siendo orientado en lo fundamental por las reglas generales del derecho civil.

2.3. En la doctrina nacional

Una vez surtido este breve repaso por la normatividad y jurisprudencia que gobierna la materia, sea ahora el momento de revisar el alcance del debate sobre este particular en el ámbito de la doctrina nacional. Para ello —como no podría ser de otra manera por ser el intérprete gubernamental en el ámbito societario— iniciaremos con la Superintendencia de Sociedades, y luego proseguiremos presentado las posiciones de algunos de los más representativos autores sobre la materia. Debemos no obstante advertir que ha sido muy escasa —salvo algunas muy merecidas contribuciones— la participación de nuestra doctrina sobre este debate mundial, de allí que, en muchos casos, debamos recurrir a interpretar extensivamente las palabras de los diferentes autores.

En primera medida, por cuanto concierne a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES nos llama particularmente la atención una opinión de esta entidad cuando, hablando de las causales eximentes de responsabilidad de los administradores, sostuvo lo siguiente «*un evento claro donde cabe la exoneración de la responsabilidad de un administrador, está en la posibilidad de demostrar que el perjuicio generado contra la sociedad, los socios o los terceros no fue causado por su negligencia, acción u omisión, sino en cumplimiento de instrucciones precisas impartidas por el máximo órgano social, cuando quiera que ello hubiere sucedido así, siempre y cuando las mismas estén dentro del marco de sus facultades y del objeto social, y, además, no comporten conductas ilícitas, pues frente a ellas sí tiene el deber de abstenerse de ejecutarlas*».⁶⁴ A nuestro parecer, de esta interpretación de la Superintendencia podría extraerse que si dentro del objeto social y el marco de las facultades de los administradores (el acto de nombramiento o el reglamento interno del órgano quizás) se encuentra que aquél puede desarrollar conductas económicas

⁶⁴ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-52783 de 15 de agosto de 2003.

riesgosas, aún en perjuicio de los intereses de la sociedad, y logra acreditar que recibió instrucciones precisas del máximo órgano social (como no distingue, entendemos podrían ser generales o específicas) para actuar en ese mismo sentido, entonces, el ente de control está admitiendo tácitamente la posibilidad de eximir de responsabilidad a los administradores por conductas como las descritas para la BJR.

De forma más reciente, la citada Superintendencia ha expresado en la Circular 100-006 de 2008 —donde se recoge y armoniza toda la doctrina de la Supersociedades sobre el régimen de los administradores—, lo siguiente: «*La diligencia del buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.*»⁶⁵ De lo anterior, llama particularmente la atención la especial cualificación de diligencia que asigna a los administradores de sociedades, pues al afirmar que la diligencia exigida no es la ordinaria del “padre de familia”, sino más bien la de un “profesional”, entonces se podría desprender que su diligencia —y por ello también la evaluación de su culpabilidad de cara a una responsabilidad— es más exigente o estricta. También llama la atención el hecho que dentro de esta circular no se haga mención alguna a la exclusión de responsabilidad descrita en el Oficio citado arriba (¿quizás decidió abandonar esa interpretación?), así como tampoco a las limitaciones de responsabilidad que incorpora la BJR (probablemente porque no las estima ajustadas a derecho o no las conoce).

⁶⁵En seguida del texto transcrito, la Supersociedades especifica: «*La diligencia de un buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas.*»

En el plano de los distintos doctrinantes, quizás una de las primeras personas en traer este tema a nuestro entorno ha sido la profesora CASTRO, quién luego de estudiar brevemente el alcance de esta Regla en los Estados Unidos —a través de un ejemplo muy ilustrativo de la jurisprudencia de ese país— no duda en calificar como “*sana*” y “*consciente*” la actitud de los tribunales americanos frente a la BJR, lo que a su juicio “*denota su alto nivel de desarrollo, elaboración y dinamismo*”, pues “*respeto la independencia y criterio de los administradores en el ejercicio de su cargo, fijando un margen de seguridad en ejercicio de su actividad*”.⁶⁶

Por su parte, el profesor RODRÍGUEZ AZUERO ha sostenido, sobre la responsabilidad de los administradores, que uno de los aspectos más delicados en la determinación de su responsabilidad consiste precisamente en encontrar el equilibrio entre la conducta debida de los administradores y «*el necesario margen de maniobra con el que debe contar para la aplicación de su propio criterio y su expertise ante situaciones frecuentemente complejas, frente a las cuales lo que habrá de medirse es la razonabilidad con la cual, dadas las circunstancias y teniendo en cuenta el entorno, toma una decisión*», y agrega en seguida que «*al administrador “no se le exige por imperativo legal ni el éxito ni el beneficio, se le pide únicamente el empleo y la diligencia adecuada para obtenerlos”*». ⁶⁷ En esta misma línea de ideas, el autor señala mucho más adelante que la prohibición de cláusulas limitativas de la responsabilidad de los administradores —hasta el monto de una determinada caución— no son de carácter imperativo, pues la Ley, conforme al patrón del

⁶⁶Cfr. CASTRO (1986), p. 126 y 140. Debe destacarse la importancia y gran anticipación del trabajo de esta profesora para la materia, pues para entonces (como vimos en la primera parte de este trabajo), apenas se estaba decantando en los Estados Unidos, entonces sólo a través de la jurisprudencia, los elementos esenciales que hoy definen e identifican la figura. Debe tenerse también presente que la evaluación crítica de nuestra legislación que presenta la académica en su estudio se fundaba sobre la legislación vigente anterior a la L.222/95, que como sabemos, reestructuró de manera importante el esquema de deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades.

⁶⁷ Llama la atención la importancia que el autor asigna al “criterio de razonabilidad” bajo el cual el administrador toma sus decisiones, pues ello recuerda específicamente uno de los criterios que, como vimos, es central en la valoración de la BJR. También resulta muy coincidente con la Regla objeto de estudio el que no se exija el éxito ni un beneficio a los administradores.

buen hombre de negocios, no se opone a que estatutariamente se “delimite previa y objetivamente” la responsabilidad de los administradores.⁶⁸

A su turno el profesor REYES sostiene, sobre la base de que la obligación de los administradores es más bien de medios y no resultados, que el deber de diligencia en Colombia no implica en forma alguna que la decisión de negocios tenga que ser acertada económicamente, y por ello, afirma que al administrador no se le debe atribuir responsabilidad si los resultados de su gestión no son exitosos cuando su actuar se ajuste a la buena fe y a la diligencia debida. Como un fundamento más a la anterior argumentación, el citado profesor explica el contenido y alcance de la *business judgment rule* en los Estados Unidos, de cuya figura no duda en calificar “*bien podría servir de ilustración para nuestras normas de responsabilidad*”.⁶⁹

De manera más reciente y específica encontramos también el trabajo del profesor LAGUADO, el cual, si bien no hace ninguna reflexión precisa en torno al derecho colombiano, si hace un estudio extenso de la Regla en el derecho comparado, de donde es posible extraer algunos valiosos aportes que bien podrían ser también aplicables en nuestro entorno. Algunos de sus principales argumentos podrían sintetizarse como sigue: i) no existen soluciones universales en torno a la incorporación de la BJR que se adapten bien a todos los ordenamientos, ello se justifica, sostiene el autor con fundamento en la doctrina norteamericana, si se tiene presente que el derecho de sociedades no tiene soluciones que se adaptan de igual forma en todos los países, de allí que sea muy difícil el proceso de incorporación de figuras jurídicas extranjeras, pues cada país tiene sus propia estructura legal, idiosincrasia empresarial y realidad económica; ii) podría resultar inconveniente introducir en un determinado ordenamiento legal una Regla cuyos elementos y beneficios

⁶⁸RODRÍGUEZ AZUERO (1998), p. 64 y 80.

⁶⁹ REYES (2004), p. 447-448. No podemos olvidar que el citado autor fue uno de los principales precursores de la L.222/95, donde se incorporó de forma expresa pero simple o genérica el “deber de diligencia” de los administradores, muy próximo al esquema del derecho anglo-americano (Vid. LAGUADO (2006), p. 126-128).

no han sido aún bien definidos, y nos recuerda que ha sido precisamente ese argumento por el cual ni siquiera en los Estados Unidos se ha incorporado legalmente; iii) la aplicación de la BJR se encuentra favorecida sólo en aquellos países que buscan el equilibrio entre una política de eficiencia y un esquema de responsabilidad de los administradores, de manera que, si alguno de estos elementos no se encuentra presente en los objetivos de un Estado el balance que ofrece la BJR resulta innecesario. No obstante lo anterior, afirma el mismo autor, que según su estudio empírico es posible pronosticar que en los próximos años las distintas jurisdicciones buscarán el citado equilibrio, y por tanto, tenderán a la incorporación de modelos que incluyan la BJR.⁷⁰

Igualmente resultan muy interesantes y pertinentes los apuntes que sobre la materia señala el profesor ARRUBLA. Este autor sostiene en primera medida que el deber de diligencia introducido en la L.222/95 acoge una graduación de culpa contractual que podría considerarse equivalente a la concepción civil (pues de ella se deriva y se justifica), en la medida que acoge la “culpa leve” —correspondiente a la idea de una responsabilidad media—, a menos que, además con su conducta se vulnere el principio de “buena fe”, caso en el cual, responderá hasta por la culpa levísima. En este orden, afirma que para que surja la obligación resarcitoria a cargo de los administradores deben surtirse todos los elementos de la “responsabilidad civil por culpa (extracontractual)”, que tiene por características ser una responsabilidad personal⁷¹, patrimonial y solidaria; y en esa medida, debe cumplir con todos los elementos de la responsabilidad civil, esto es: un hecho contrario a derecho, una imputación, un daño, y un nexo causal entre el hecho y el daño. Finalmente, el citado profesor defiende que toda vez que la Regla general de imputación de responsabilidad por incumplimiento de una obligación dicta que quien alega la culpa debe probarla (arts. 1757

⁷⁰ Cfr. LAGUADO (2006), p. 148, 158, 160, 161 y 163. En este mismo estudio pude apreciarse una interesante recopilación de los principales aspectos que gobiernan la BJR en los Estados Unidos, el Reino Unido (bajo la legislación anterior a la Companies Act 2006) y Australia. Así mismo, el autor presenta su propia aproximación al problema mediante una construcción teórica de lo que él llama los tres modelos de aplicación de la BJR.

⁷¹ Llama la atención esta posición, pues en la doctrina comparada suele hablarse con mayor frecuencia de una “responsabilidad orgánica”, y sólo en casos excepcionales de una responsabilidad personal.

CC y 177 CPC), entonces, las presunciones de responsabilidad del art.200 C.Com. (modificado) en realidad no alteran el esquema general de la responsabilidad civil, pues quién alegue que el administrador violó la ley o los reglamentos, deberá en todo caso acreditar la culpa de aquél respecto de la inobservancia de la normas de naturaleza pública o privada que le eran exigibles.⁷²

Sobre esta misma línea de la responsabilidad civil de los administradores se encuentra la profesora CELY, quién además funda su argumentación sobre la moderna doctrina francesa de responsabilidad de los profesionales. En efecto, sostiene que el administrador es ante todo un “profesional”⁷³ que ejecuta un servicio —en la medida que aquél guarda la confianza de los inversionistas, clientes y público en general—, y por ello, tiene un deber de conducta más exigente y riguroso que el de cualquier particular⁷⁴, en razón de lo cual, aquél debe observar un comportamiento que va más allá del buen hombre de negocios prudente y diligente.⁷⁵ Posteriormente, no duda en afirmar que el administrador societario

⁷² Cfr. ARRUBLA (2007), p. 453 y 455-462: Como prueba de esta última afirmación, cita el autor la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Cas. Expediente 9879 marzo de 2005 (con ponencia de su propia autoría), cuyo párrafo relevante hemos transcrito más arriba (sección jurisprudencia).

⁷³ Conforme a una reconocida doctrina francesa se es profesional cuando: i) aquél se declara como tal; ii) debe ejercer de manera habitual una actividad lícita de producción, distribución de bienes o prestación de servicios; iii) su actividad debe ser remunerada; iv) debe estar organizado funcionalmente para realizar su actividad; v) domina la técnica de su trabajo; vi) tiene autoridad sobre quienes ejecutan sus decisiones. (Cfr. CELY (2008), p. 165-166)

⁷⁴ «El deber de prudencia y diligencia, propio del fundamento de toda responsabilidad por culpa, es más exigente cuando se trata de profesionales. El profesional incurre en culpa cuando se aleja de los deberes legales, reglamentarios, jurisprudenciales o deontológicos a que está sometido. El modelo de conducta profesional se analiza “in abstracto”, conforme a lo que un buen profesional, prudente y diligente, hubiera hecho en su mismo caso, pero también “in concreto” de acuerdo con las reglas propias de cada tipo de profesión y el nivel de experiencia personal y provecho económico adquirido por el profesional en particular» (CELY (2008), p. 172). Así mismo hay quién sostiene sobre la culpa y diligencia de los profesionales: «el juicio sobre la culpa del profesional se hace con la individualización o la identificación de la modalidad de comportamiento a la que el profesional está obligado y con la subsiguiente confrontación entre la conducta desplegadas y aquél modelo típico, sin dejar de lado la naturaleza de la prestación y las circunstancias particulares del caso: si el comportamiento observado ha sido conforme al modelo, se dirá que el deudor ha sido diligente y por ende ha cumplido.» (CORTÉS (2009), p. 128.)

⁷⁵ Cfr. CELY (2008), p. 164-166, quién además agrega (p.167-168): la diligencia del administrador se debe valorar también en función de criterios específicos como la dimensión de la empresa, el nivel de experiencia del administrador, sus funciones y el carácter oneroso o gratuito de su mandato. Así mismo, aquél se somete a las normas de responsabilidad civil por todo daño que acarre por el ejercicio de una conducta anormal o

se encuentra sometido una obligación de medios «donde se perciben dos fuerzas opuestas: por un lado, la severidad en cuanto a su responsabilidad por tratarse de un profesional. Por el otro, la toma en consideración del azar propio de su actividad que permite una menor severidad en el juicio de su conducta.» Por lo anterior, sostiene que el «el administrador no será responsable cuando globalmente su gestión ha sido correcta, ha actuado de buena fe y con respeto de los usos relativos a su profesión.», caso en el cual los tribunales deben permitir « un margen de error en la toma de decisiones», lo cual resulta apenas normal teniendo en cuenta la naturaleza de su actividad en los vaivenes del mercado.⁷⁶

Finalmente, quisiéramos traer a colación los argumentos del profesor PEÑA cuando afirma que el administrador «Se caracteriza porque vive en constante riesgo, pero a pesar de ello, busca la realización de conductas encaminadas a la consecución de los fines perseguidos por los asociados con la sociedad y a evitar que se produzca un daño. Aunque es claro que en la vida comercial se presentan riesgos económicos en los cuales se puede acertar o fallar en el intento de superarlos, la misión fundamental del buen hombre o de la buena mujer de negocios es arriesgar capital para ganar a favor de su sociedad.», y más adelante, sostiene el mismo autor —tratando el deber específico de los administradores de “realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social” del art. 23 L.222/95— que el administrador «no estará obligado a obtener un resultado económico para la sociedad que él representa. Esto quiere decir que al administrador no se le exige asegurar el éxito económico de una sociedad, siempre y cuando actúe con diligencia, prudencia y en ejercicio de la figura del buen hombre o mujer de negocios»⁷⁷. De manera

injustificada. Finalmente, también resalta que el administrador debe respetar las normas que gobiernan los contratos, la propiedad industrial y el medio ambiente.

⁷⁶Cfr. CELY (2008), p. 168. Sobre esta misma idea de la profesionalización de los administradores se ha expresado ARRUBLA (2007), t.1, p. 460, cuando afirma que las presunciones de responsabilidad de los administradores del art. 200 C.Com. son «el resultado del afán profesionalizador de la actividad que inspiró la reforma introducida en la ley [Ley 222/95], que busca acercarse en algunos aspectos a la responsabilidad, con fundamento en el riesgo profesional, a fin de que sean los administradores, profesionales en su actividad, los que asuman ciertos riesgos propios de aquella».

⁷⁷ PEÑA (2009), p. 414, 415 y 420.

que, si bien el autor citado no toma posición frente a la BJR, sí deja entrever que los riesgos que asume el administrador en el ejercicio de su actividad se encuentran plenamente justificados, más si se tiene en cuenta que los administradores no se encuentran obligados (y por ende, quizás, exentos de responsabilidad) al éxito económico de la compañía.

De una lectura conjunta de los distintos aportes de nuestra doctrina, consideramos que sería posible extraer algunas conclusiones:

- i) Como primera medida destacar que no ha sido particularmente relevante el tratamiento que le ha otorgado nuestra doctrina a esta problemática, lo cual quizás obedezca a la no muy favorable normativa colombiana en torno a la aplicación de la Regla, aun cuando, no se puede desconocer que hay un sector muy influyente de nuestra doctrina que reconoce los efectos positivos de la BJR y no duda en calificar que los avances sobre este particular en el derecho norteamericano bien podrían servir de orientación para nuestro esquema de responsabilidad de los administradores.
- ii) En segunda medida, creemos que se puede identificar una clara línea de pensamiento entre los distintos autores tendiente a reconocer que los administradores no se encuentran obligados al éxito económico de la compañía. Jurídicamente quizás el argumento normativo más fuerte en defensa de esta posición, consiste en afirmar que la obligación de los administradores es de medio y no de resultado.
- iii) Existe también un grupo de autores que recuerda y rescata la aplicación del régimen civil para la responsabilidad de los administradores. Por ese camino hay quien sostiene, sobre una base jurisprudencial (emitida bajo su propia autoría), que la diligencia debida exigida a los administradores se ubica en la “culpa leve” y que las presunciones de responsabilidad del art. 200 C.Com son más aparentes que reales. Así mismo, hay quien construye el esquema de responsabilidad civil de

los administradores sobre la moderna doctrina de los profesionales, sobre cuya base, se afirma que aquellos tienen un deber de diligencia más amplio que el del hombre común —con lo que parece coincidir la Supersociedades—, e incluso, más exigente que el del comerciante.

- iv) El intérprete gubernamental en el ámbito societario (Supersociedades) no parece tener un criterio bien definido sobre los límites a la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento del deber de diligencia de los administradores. De la lectura de un Oficio emitido por esa entidad, se puede colegir la posibilidad de exonerar la responsabilidad de los administradores por las decisiones empresa adoptadas bajo la autorización de la Asamblea de Accionistas. No obstante, en la Circular que recoge toda su doctrina en el ámbito de los administradores no hace mención alguna al respecto.
- v) Finalmente, nos parece interesante destacar aquella posición que advierte de los posibles riesgos que podría representar para la estructura jurídica y económica de un país introducir figuras como la BJR, cuando aquella no se encuentra aún bien decantada en el derecho comparado.

2.4. Nuestra opinión

Una vez plasmada la panorámica general del problema planteado en la órbita comparada y nacional resulta oportuno presentar nuestra posición. Para ello procuraremos hacer una lectura conjunta de todo lo expuesto —con apego a las tradicionales fuentes del derecho que gobiernan nuestro ordenamiento— con el fin de: delimitar el verdadero margen discrecional de los administradores en Colombia, determinar el alcance de las presunciones de responsabilidad que ha establecido el art. 200 del C.Com., y finalmente, clarificar el ámbito de las obligaciones de medios que en principio cobijan el deber de diligencia de los administradores. Decantados los anteriores aspectos, podremos determinar en las

“Conclusiones” si hay o no espacio en nuestro país para aplicar la BJR por vía de interpretación.

2.4.1. Aplicación del régimen civil y comercial

Lo primero que debemos destacar, como se ha desprendido de la exposición precedente, es que a efectos de delimitar el grado de diligencia y responsabilidad de los administradores societarios no bastan las normas mercantiles, sino que también se precisa del concurso de la legislación civil y su interpretación jurisprudencial.

Lo anterior obedece a que el régimen jurídico de los administradores no se encuentra lo suficientemente completo en la legislación mercantil, y por ello, en aras de la integración jurídica, la legislación civil resulta plenamente aplicable en razón a: i) las normas de los artículos 2 y 822 Código de Comercio; ii) la aceptación expresa sobre este particular por la jurisprudencia [Vid. arriba Casación (2005)] y la doctrina [Vid. arriba ARRUBLA y CELY]; iii) el régimen jurídico de la representación y el mandato aplicable a la mayoría de administradores societarios⁷⁸.

2.4.2. Grado de culpa del administrador societario

Uno de los primeros aspectos que quisiéramos definir con mayor claridad para los propósitos de esta investigación es el real grado de culpa⁷⁹ (frente a una acción de responsabilidad) a partir de la cual se valora la conducta del administrador societario, pues el art. 200 C.Com., sólo nos advierte que el esquema de responsabilidad de los

⁷⁸ Sobre este régimen jurídico Vid. in extenso SABOGAL, “La relación administrador-sociedad” (2010), p. 125 y ss.

⁷⁹ Se sostiene en la doctrina nacional: «la culpa en materia contractual designa el juicio de reproche que se hace a la conducta de un sujeto que ha incumplido, para determinar si ese incumplimiento puede serle imputable. El juicio de reproche sobre la conducta del agente se hace con referencia a un comportamiento modelo que ha sido previamente establecido» y más adelante «los conceptos de culpa y diligencia se explican por la doctrina, en el sentido de decir que los dos términos son equivalentes e indicativos de las dos caras de una misma moneda, es decir la diligencia es el aspecto positivo de la culpa» CORTÉS (2009), p. 84-85.

administradores se activa sin más a partir de la “culpa”. A estos efectos, haremos primero unas consideraciones que vienen a complementar lo expuesto en esta investigación, para seguidamente presentar nuestras conclusiones de este particular, junto con una propuesta que define el contenido de la diligencia exigible a los administradores en Colombia.

Para el fin planteado, nos resultan muy útiles las respuestas que nos ofrece el derecho común, toda vez que encontramos plenamente aplicable a los administradores el régimen jurídico del artículo 63 del CC. En esta norma se dispone que “*culpa, sin otra calificación, significa culpa leve*”, y por tanto, la culpa a la que se refiere el art. 200 C.Com., deberá entenderse, según establece la misma disposición del Código Civil, como “*aquella falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”, y agrega la norma que “*esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano*”. Para confirmar la aplicación de la culpa en cuestión a los administradores, en el párrafo siguiente de esta disposición civil se reitera “*(e)l que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa (culpa leve)*”. En materia mercantil debe aclararse, no obstante, que a partir del art. 23 de la L.222/95 el administrador debe comportarse no simplemente como un “buen padre de familia”⁸⁰ sino de forma más cualificada, esto es, como “un buen hombre de negocios”⁸¹.

En cualquier caso, suscribimos la idea de que para la determinación de la diligencia exigida, o bien de la culpa como criterio de valoración del comportamiento, resulta

⁸⁰ Conviene señalar que ese modelo del “buen padre de familia”, muy característico de los países de orientación romana, no se encuentra presente en el derecho del *common law*, pues allí se maneja es la noción de “persona razonable” «*para considerar como tal a toda persona que actúa de buena fe y que puesta en las mismas circunstancias, se comportaría de igual modo*»: CORTÉS (2009), p. 132-133.

⁸¹ Sobre el “buen hombre de negocios” ver, entre otros muchos, a RODRÍGUEZ (1998), p. 54-55. Para algunos, este cambio de concepto, por cierto también abstracto (como lo es igualmente “el buen padre de familia”), significa dejar atrás la prudencia y diligencia media exigida bajo el régimen civil, y pasar a un modelo de diligencia y cuidado superior, aquél que suelen emplear los buenos empresarios en la administración de sus propios asuntos. La valoración del buen hombre de negocios debe ser realizada en cada caso en atención a: la clase de administrador, el objeto social y las circunstancias bajo las que se adoptan las decisiones empresariales. El deber de diligencia apareja los deberes de: información, deliberación y vigilancia: (Cfr. LEGIS (2001), p. 59-61).

absolutamente necesario remitirse a un patrón o modelo de actuación que represente el ideal. Ese modelo es, sin embargo, de contenido variable en función de la época y las circunstancias. Así pues, la valoración de la diligencia exigida a un sujeto también estará expuesta a variaciones (directamente vinculadas al modelo), aun cuando siempre con una carga de sentido común.⁸²

Ahora bien, de la misma manera que resulta plenamente aplicable a los administradores societarios el art. 63 del C.C., también resulta muy ilustrativo lo que sobre esta disposición normativa ha expresado la jurisprudencia en los siguientes términos. En primera medida señala este alto tribunal que se está en presencia de culpa *«cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos [culpa inconsciente] o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar [culpa consciente]*. En segunda instancia, la Corte ha expresado que el criterio que debe aplicarse para determinar si una persona ha incurrido en culpa es el objetivo o abstracto —pues el criterio subjetivo, basado en el estado mental y social del autor del daño en cada caso concreto, ha sido desechado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia—, es decir, aquél que *«aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arqueotipo»*, y en ese orden, la “capacidad de prever” se relaciona con *«los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones»*.⁸³

En este orden de ideas, si igualmente se admite que el vínculo jurídico que une al administrador con la sociedad —junto con la relación orgánica— es además de naturaleza contractual,⁸⁴ entonces también le resultaría plenamente aplicable el art. 1604 CC⁸⁵ cuando dice: que *el deudor [el administrador] es responsable de la culpa leve en los contratos que*

⁸² Cfr. CORTÉS (2009), p. 130.

⁸³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 2 de junio de 1958.

⁸⁴ Vid. SABOGAL (2010), p. 149 y ss.

⁸⁵ Cfr. ARRUBLA (2004), T.1, p. 376.

se hacen para beneficio recíproco [cuando recibe una contraprestación por sus servicios]. Dispone más adelante la norma que «*la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», que en nuestro caso será naturalmente el administrador.⁸⁶ Y finalmente, agrega en el último párrafo que esta regla general puede ser modificada por las disposiciones especiales de las leyes (societarias en nuestro caso) y las estipulaciones especiales de las partes (el contrato de sociedad o el contrato de administración).

Pero si aún más, estamos en presencia de un administrador que cumple funciones representativas (caso en el cual le resultaría también aplicables las normas del mandato)⁸⁷ entonces cobra plena vigencia el art. 2155 CC⁸⁸, caso en el cual *su responsabilidad siempre será por culpa leve*, y si además este es remunerado (como ocurre en la mayoría de los casos), *su responsabilidad será más estricta*⁸⁹. Sobre la diligencia del mandatario la jurisprudencia ha sostenido: «*Si el fundamento del mandato reside en la confianza, pues ésta es una de sus características, la debida diligencia y cuidado en la ejecución del*

⁸⁶ Es en virtud de esta norma del art. 1604 que en Colombia se admite la presunción de culpa en contra del deudor incumplido. Es por ello que en nuestro país el acreedor que quiere hacer responsable a su deudor por el incumplimiento de su obligación contractual sólo deberá probar: la existencia del contrato y de las obligaciones que de él se derivan, el incumplimiento por parte del demandante, y el haber sufrido un perjuicio. No debe entonces el acreedor bajo este supuesto, al menos por regla general, probar la culpa del deudor, pues ella se presume por conducto de la ley. Ahora bien, si ese deudor incumplido quiere liberarse de la presunción, deberá probar algunas de las siguientes circunstancias: el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito, o bien, probar que actuó con ausencia de culpa o con la debida diligencia y cuidado. No obstante lo anterior, no puede desconocerse que en Colombia esa presunción general de culpa tiene numerosas excepciones, razón por la cual, algunos critican que dicha presunción siga siendo la regla general, pues hay muchos supuestos en los que la culpa debe probarse y otros en los que ni siquiera la ausencia de culpa o causa extraña liberan la responsabilidad del deudor. (Cfr. CORTÉS (2009), pp. 187-188)

⁸⁷ Vid. SABOGAL (2010), p. 149 y ss.

⁸⁸ Al respecto sostiene la Corte Suprema de Justicia tratando la responsabilidad del “mandatario”: «*Como lo tiene explicado la Corte, el artículo 2155 [del Código Civil] (...) lo “hace responsable hasta de la culpa leve, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, prescripción legal que resulta aplicable al mandato mercantil, habida cuenta que los principios del derecho común comprenden los contratos de tal naturaleza, en todo aquello no previsto por el legislador mercantil, merced a la autorización que para el efecto consagran los artículos 2° y 822 de dicha normatividad”*»: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia No. 2000-00310 de 12 de Diciembre de 2007, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁸⁹ A juicio de algunos doctrinantes esta responsabilidad más estricta a que hace referencia la norma no significa que el mandatario remunerado responda de culpa levísima, sino simplemente que su conducta debe ser apreciada por el juez con mayor rigor según las circunstancias: Vid. OSPINA FERNÁNDEZ (1998), p. 339.

encargo, el mandatario [representante legal] debe situarse en la posición del mandante [sociedad]. En este sentido, aquél no solo está obligado a actuar en todo momento mirando siempre los intereses de éste, como si fueran los propios, a fin de obtener el mayor provecho al menor costo, sino también a tomar todas las precauciones que habría adoptado el comitente si hubiere procedido personalmente en la realización del encargo.»⁹⁰

De una lectura conjunta de lo expuesto —aunado a lo ya precisado más arriba por la ley, la doctrina y la jurisprudencia— podrían extraerse, a nuestro juicio, las siguientes conclusiones:

- i) El grado de culpa que corresponde a los administradores societarios en Colombia es, siguiendo los artículos 63 y 1604 CC, la “culpa leve”;
- ii) Esta culpa leve puede ser “inconsciente” cuando el administrador no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o bien, “consciente” cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar;
- iii) El criterio que debe aplicarse para determinar la culpa de los administradores es el “objetivo”, es decir, que su responsabilidad se valorará teniendo en cuenta un modelo general que es el obrar de un administrador prudente y diligente en el estado actual de la civilización⁹¹, y es por ello, que consideramos apropiado apartarnos de aquellas opiniones doctrinales que defienden que la diligencia de los administradores debe valorarse en cada caso concreto, pues eso supondría la

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia No. 2000-00310 de 12 de Diciembre de 2007, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁹¹ Así, la culpa exigible al administrador podría corresponder a la denominada “culpa-impericia” según la cual el contratante *artifex* (diríamos nosotros “el administrador”) «*debe observar las reglas técnicas de su actividad —artificium— sin importar el grado de dificultad de ella*»: Cfr. CORTÉS (2009), p. 88-89.

aplicación de un criterio subjetivo de culpa, que como vimos, ha sido mayoritariamente descartado en nuestro entorno;

- iv) De la aplicación del art. 1604 se desprende que al administrador le incumbe la prueba de la diligencia y cuidado⁹²;
- v) Según lo permite el 1604, es perfectamente posible que la ley (mercantil general o especial) o las partes —según reitera la jurisprudencia—⁹³ modifiquen estas reglas, lo que nos obliga a hacer dos aclaraciones: a) el nivel de diligencia en el ámbito de los administradores se ha cualificado al sostener el art. 23 L.222 que deben obrar como un “buen hombre de negocios”; y b) del art. 200 C.Com. se desprende de forma imperativa la responsabilidad por culpa (leve) solidaria e ilimitada de estos sujetos, y por ello, la autonomía de voluntad de las partes en el ámbito de la diligencia se limita a aumentarla (por ej: estableciendo que responde hasta por culpa levísima), más en ningún caso a reducirla (no podrá pactarse que se responderá sólo por culpa grave);⁹⁴
- vi) En el caso del administrador que ostente la representación legal de la compañía, por aplicación del art. 2155 CC, su grado de culpa será siempre (no admite disposición particular en contrario) la “leve” o más estricta (cuando recibe una remuneración por ello), de allí que la jurisprudencia haya clarificado que la diligencia de aquél consiste en actuar siempre —tomando todas las precauciones

⁹²No obstante, la jurisprudencia parece haberse pronunciado en un sentido contrario (Vid. arriba Corte Suprema, 2005) cuando ha dispuesto que el demandante de una acción de responsabilidad contra un administrador societario tendrá siempre la carga probatoria de la transgresión al deber de diligencia por parte del administrador.

⁹³ Sentencia de agosto 8 de 1949.

⁹⁴ Sanciona la misma norma comentada con inexistencia cualquier disposición particular que limite la responsabilidad indicada en la norma. A estos efectos, debe recordarse además que hay « *objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes* » tal como lo prescribe el art. 1523 CC.

necesarias— con miras obtener el mayor beneficio posible para los intereses de la compañía;

vii) Ha comenzado a hacer carrera entre los distintos intérpretes de nuestro derecho la idea de la “profesionalización de los administradores”.⁹⁵ No obstante, ésta es una aproximación de la cual nos separamos por las razones que expondremos en seguida. Como primera medida, no encontramos respaldo legal alguno para esta afirmación. En segunda instancia, pareciera que la idea de “profesionalidad” no es la misma para todos, y por eso, no queda claro cuál es el verdadero alcance de ese mayor grado de diligencia y responsabilidad que los distintos intérpretes aducen. Adicional a lo anterior, si es verdad que el nivel de diligencia y responsabilidad de los administradores en Colombia es más estricta dada su profesionalidad, entonces el grado de culpa con el cual se activaría su responsabilidad probablemente se aproximaría más al de la “culpa levísima”, lo cual, estrecharía mucho el margen discrecional de los administradores y conduciría a Colombia —con el riesgo que ello conlleva para la competitividad de las empresas— por caminos directamente contrarios a los predominantes en el entorno del derecho comparado;

viii) El único caso en el que encontramos pleno respaldo legal para valorar de forma más estricta la conducta del administrador es en tratándose del representante legal, en la medida que aquél se encuentra cobijado por las normas del mandato, y por ello, siempre que reciba una remuneración por sus servicios, la ley

⁹⁵ Así, la Jurisprudencia dice que el deber de diligencia, correspondiente al buen hombre de negocios, se desprende de su condición de profesional, y por ello mismo, asumen un alto grado de responsabilidad. La Supersociedades, por su parte, también afirma que la diligencia de los administradores corresponde a la de un profesional —que asimila a la de los comerciantes—, lo que supone que aquellos deban conducir la empresa con mayor cuidado y esfuerzo (respecto de la ordinaria diligencia civil de un buen padre de familia). Finalmente también nuestra doctrina ha entendido, de un lado, que las presunciones de responsabilidad de los administradores corresponde a la idea que se tuvo en 1995 de profesionalización de su actividad, con lo que se aproximó a la noción de responsabilidad por riesgo profesional [ARRUBLA], y de otro lado —de forma más categórica—, que el administrador es un profesional, y por ello, tiene un deber de diligencia más estricto que el de un particular e incluso que el del buen hombre de negocios [CELY].

establece que su conducta deberá valorarse de una forma más estricta según el criterio del juez.

En función de todo lo anterior, podríamos finalmente intentar una reconstrucción de la culpa leve civil en consonancia con la legislación societaria, y entonces podríamos afirmar que se activará la responsabilidad del administrador por transgresión a su deber de diligencia cuando: *no actúe (consciente o inconscientemente) con el cuidado que los administradores emplean ordinariamente en los negocios que les son confiados.*

2.4.3. Presunción de culpa en un juicio de responsabilidad

Encontramos de igual manera oportuno precisar y delimitar el verdadero alcance de la presunción de culpa de los administradores incorporada en el artículo 200 C.Com., a la luz de lo expuesto arriba por la jurisprudencia y la doctrina.

Dice el inciso tercero de la norma citada que «(e)n los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador»⁹⁶. En un sentido similar, reconociendo el carácter contractual que vincula el administrador a la sociedad, sostiene el art. 1604 CC que al deudor (administrador) le incumbe la prueba de la diligencia y cuidado. De las normas citadas podemos colegir que, como mencionamos arriba, el incumplimiento de la obligación de diligencia de los administradores se presume de cara a un juicio de responsabilidad.⁹⁷ Esta solución legal, según nos recuerda la jurisprudencia, simplemente corresponde a la

⁹⁶ Estas presunciones de responsabilidad para algunos no son sino «el resultado del afán profesionalizador de la actividad que inspiró la reforma introducida en la ley [Ley 222/95, que modificó el art. 200], que busca acercarse en algunos aspectos a la responsabilidad, con fundamento en el riesgo profesional, a fin de que sean los administradores, profesionales en su actividad, los que asuman ciertos riesgos propios de aquélla» (ARRUBLA (2007), t.1, p. 460). Es así mismo común encontrar esta presunción de culpa de los administradores en otros ordenamientos como el portugués en el artículo 71.1 del “Código das Sociedades Comerciais” (sobre el particular puede verse COUTINHO (2010), pp. 842-843).

⁹⁷ Sostiene HINESTROSA (2003), p. 240 que en el derecho de las obligaciones el principio de culpabilidad constituye la regla.

dinámica ordinaria de la responsabilidad bajo variados supuestos; en sus propias palabras, la culpa «*se presume en el incumplimiento contractual y en varios casos de responsabilidad extracontractual*», y agrega que «*su intensidad se gradúa para asignarle diferentes efectos a sus diversos grados (CC. Art. 1604) y (...) no agrava la posición del deudor sino ante lo que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato*».⁹⁸

No obstante lo anterior, conviene recordar que la jurisprudencia (Vid. arriba la citación de las sentencias) se ha pronunciado específicamente sobre las presunciones del artículo 200 y ha manifestado: en primera medida, que se trata de presunciones legales, y por tanto, admiten prueba en contrario; y en segunda medida, que las mencionadas presunciones son más aparentes que reales, pues quién quiera reclamar la responsabilidad del administrador (por ejemplo, por incumplimiento al deber de diligencia) deberá siempre probar su culpabilidad. Nos parece, sin embargo, que la jurisprudencia no acierta en esta última apreciación, pues a nuestro entender, tal y como lo expusimos más arriba (con respaldo en doctrina muy calificada y la lectura conjunta del art. 1604CC y 200 del C.Com.), ante el incumplimiento de su obligación de diligencia por parte del administrador su “culpa” se presume por mandato de la ley. Así, quién reclama la responsabilidad del administrador por incumplimiento de este deber sólo deberá probar la existencia de la obligación, el incumplimiento por parte del mismo y el perjuicio que ocasionó por dicho incumplimiento. Ahora bien, si el administrador quiere liberarse de esa presunción deberá probar a su turno que actuó con ausencia de culpa o con la debida diligencia y cuidado.

2.4.4. Buena fe

Un aspecto que también conviene analizar brevemente es si la “buena fe”,⁹⁹ como principio general del derecho, podría otorgar el espacio suficiente para aplicar la Regla en nuestro

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de agosto 8 de 1949.

⁹⁹ La buena fe en la ejecución de las obligaciones es hoy asimilada «*con la exigencia de comportamiento diligente, advertido, pudente, y la consiguiente carga probatoria sobre el sujeto que ha de comportarse así*». (HINESTROSA (2007), p. 565). No puede perderse en ningún caso de vista que buena fe y diligencia son dos criterios compatibles y concurrentes: Vid. CORTÉS (2009), p. 63-65.

entorno. La inquietud se presenta particularmente relevante en tratándose de la buena fe subjetiva, es decir, si la simple conciencia del administrador de estar obrando conforme a la buena fe en las decisiones de empresa excluiría o limitaría su responsabilidad.

Sobre el particular resulta pertinente recordar que el art. 23 L.222/95 prescribe que *«los administradores deben obrar de buena fe (...) y con la diligencia de un buen hombre de negocios»*, de manera que debe afirmarse que la buena fe se presenta en Colombia como el deber —o mejor “principio”— a partir del cual se explican e interpretan los demás deberes de los administradores establecidos en la ley.¹⁰⁰ Las razones que justifican la anterior afirmación obedecen a su condición de principio general del derecho¹⁰¹ (por tanto un criterio básico de interpretación por mandato constitucional y legal)¹⁰² y a su ubicación sistemática en la norma¹⁰³. Además, como es ampliamente conocido, el postulado de la buena fe en el derecho civil y mercantil moderno tiene un alcance muy amplio, pues no sólo se predica de los contratos sino de todos los actos jurídicos¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Vid. REYES VILLAMIZAR (2004), p. 445 y LEGIS (2002), p. 57-58.

¹⁰¹ Reza el art. 83 de la Constitución Política de Colombia *«Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas»*; El art. 1603 del Código Civil Colombiano a su vez reza *«Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella»* y finalmente el art. 835 del Código de Comercio Colombiano *«Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo»*.

¹⁰² En el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia se lee *«la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial»* y en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 (hoy vigente) se dispone *«Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho»*.

¹⁰³ En efecto, el art. 23 L.222/95 coloca en primer lugar a la “buena fe” y luego si, a la lealtad y a la diligencia.

¹⁰⁴ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ (1998), p. 331.

Ahora bien, la buena fe subjetiva «*consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error*», y es por ello que aunque el comportamiento de un sujeto pueda ser objetivamente antijurídico, el derecho lo termina considerando como honrado y justo en función de la “situación subjetiva en que su autor se encontraba”. Ese estado psicológico (estado de conciencia) se alcanza, en la mayoría de códigos civiles latinoamericanos, cuando la convicción del sujeto no provenga de un error de derecho, y por ende, se termina admitiendo como justo (ajustado a la buena fe) el error en materia de hecho.¹⁰⁵ En este orden de ideas, a juicio de algunos doctrinantes, la presencia de buena fe subjetiva protegería a quienes así actuaren de aquellos comportamientos en los que concurra la culpa leve, aun cuando se trata de una protección limitada —como el menor grado de indemnización en virtud el art. 716 CC respecto el poseedor de buena fe en el usufructo—.¹⁰⁶

En los términos que interesan a esta investigación, podríamos entonces afirmar que si al administrador le fuera simplemente exigible esta buena fe subjetiva, aquél podría limitar su responsabilidad cuando pueda demostrar que adecuó sus decisiones bajo la convicción de estar actuando correctamente y que su error o ignorancia se fundó en los hechos (ej: valoración errónea de la información financiera de la compañía) y no en el derecho (desconocimiento o aplicación equivocada de una norma jurídica).

No obstante, a nuestro parecer, la buena fe a la que se encuentra obligado el administrador de sociedades es una buena fe objetiva¹⁰⁷ y no subjetiva, pues esta última sólo tiene lugar

¹⁰⁵ Lo anterior encuentra asidero en el art. 768 CC Colombiano cuando, tratando de la “posesión”, afirma que «*la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio*».

¹⁰⁶ NEME (2009), p. 49, 54 y 57, quién también afirma: cosa distinta de cuando la buena fe subjetiva es cualificada o exenta de culpa, pues aquella es creadora de derecho ante la presencia de un error invencible. En un sentido completamente adverso, no podría considerarse que la buena fe subjetiva excluya en forma alguna el dolo o la culpa grave.

¹⁰⁷ La buena fe objetiva «*se ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherente con un modelo de comportamiento objetivo, el del bonus vir, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo*». Así la buena fe «*se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del*

cuando el legislador expresamente le ha otorgado esta prerrogativa, tal y como ocurre con el poseedor de buena fe. Así pues, toda vez que la legislación mercantil no ha concedido de manera específica una buena fe más indulgente en favor del administrador, de él se requiere no sólo creer que actúa de buena fe, sino cumplir de manera precisa los postulados de aquella, en suma, que su conducta coincida con el paradigma de la buena fe. Lo anterior supone que el administrador debe siempre actuar diligentemente, con probidad, con transparencia y en ausencia de dolo, fraude o cualquier otro vicio (buena fe objetiva). Por tanto, su responsabilidad seguirá activándose desde la concurrencia de la culpa leve.

Ahora bien, si algún intérprete llegase a admitir que al administrador se le predica únicamente una buena fe subjetiva, no deber perderse en ningún caso de vista que tal circunstancia no excluiría su responsabilidad sino sólo la limitaría, de manera que el juez simplemente podría valorar con menor rigor su obligación de indemnización por los daños que hubiere ocasionado su conducta.

2.4.5. Obligaciones de Medios

Tal y como lo describimos arriba en el apartado de “doctrina”, existe un grupo de autores que tiende a reconocer un relativo margen discrecional de los administradores sobre un argumento jurídico que a primera vista resulta apenas natural y obvio, cual es que estos sujetos se encuentran sometidos simplemente a una obligación de medios (dentro del cual se enmarca el deber de diligencia) y no de resultado. No obstante, de lo expuesto en el apartado de “legislación”, junto con otras opiniones doctrinales que citaremos a continuación, nos preguntamos si ¿realmente todas las obligaciones vinculadas al deber de diligencia de los administradores responden a esa clasificación obligacional?.

interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado» [NEME (2009), p. 49-50.]

Como primera medida, quisiera destacar la síntesis de algunas consideraciones relevantes para nuestro objeto de estudio en torno a las obligaciones de medios en Colombia, según la opinión de la doctrina más calificada. En primera instancia recordar que en las obligaciones de medios —también llamadas en general “de prudencia y diligencia”— *«el deudor no asume responsabilidad por el mero hecho de que el objetivo no se logre, por lo mismo que su obtención no es riesgo suyo; responderá, apenas, en el evento de que el fracaso sea imputable a su incuria, negligencia, imprudencia, impericia, deficiencia»*. Igualmente destacar que es una clasificación doctrinaria de origen francés, que en ordenamientos como el Colombiano tiene un “carácter relativo”, cuya utilidad —más teórica que real— se reduce a: la obligaciones de hacer; el juego de cargas probatorias; y eventualmente, al cumplimiento e incumplimiento de una obligación (junto con sus vías de exoneración). Y finalmente señalar que cuando la ley le atribuye a una tradicional obligación de medios [como podría ser la del administrador societario] un tratamiento probatorio propio de las de resultado —como cuando le asigna presunciones y cargas—¹⁰⁸, aquello podría dar lugar a una especie de obligaciones diferentes que podrían denominarse “mixtas”.¹⁰⁹

De otro lado, nos recuerda la doctrina especializada que suele decirse que las obligaciones de los administradores son de medios, pues a grandes líneas su compromiso se circunscribe sólo a *«ejecutar con la diligencia de un buen hombre de negocios todo lo necesario para el resultado exitoso de la empresa social pero no a obtener ese resultado»*. No obstante, esa obligación genérica del administrador se materializa en una serie de obligaciones específicas, algunas de las cuales resultan verdaderas obligaciones de resultado, como lo son: velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones legales o estatutarias —más aún en tratándose de empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera—¹¹⁰ y la obligación

¹⁰⁸En una típica obligación de medios la culpa no se presume y debe ser probada por el acreedor demandante: Cfr. TAMAYO (2008), p. 40 y ss.

¹⁰⁹ HINESTROSA (2003), p. 236, 245-247, 252-254.

¹¹⁰ Cfr. artículo 210 del Decreto Ley 663 de 1993 (sustituido por el art.45 de la Ley 795 de 2003).

de guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.¹¹¹ A los casos mencionados podríamos agregar otros, a modo de ejemplo, como la responsabilidad que le atribuye la ley a los administradores por el pago del faltante del pasivo externo cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada por una conducta suya dolosa o culposa¹¹². Además de lo anterior, es nota característica de las obligaciones de resultado el hecho que el deudor deba demostrar la presencia de una causa extraña que lo libere de su responsabilidad¹¹³ (algo acorde con la presunción de responsabilidad que incorpora el art. 200).¹¹⁴

De manera que, si no todas las obligaciones circunscritas al deber de diligencia de los administradores pueden calificarse como de medios, y adicional a ello, la ley le ha atribuido a estos sujetos una serie de presunciones de responsabilidad (propio de las obligaciones de resultado), entonces resulta apenas razonable afirmar que sus obligaciones derivadas del mencionado deber corresponden más bien a unas obligaciones “mixtas”.

¹¹¹ Cfr. LEGIS (2001), p. 73.

¹¹² Art. 82 de la Ley 1116 de 2006. Otro de los casos que podrían citarse lo encontramos en el Decreto Único del sector financiero, asegurador y del mercado de valores (D.2555/2010), cuando en su artículo 6.4.1.1.38 (correspondiente al Art. 1.2.4.37. Resolución 400 de 1995) dispone: «**Responsabilidad de los administradores.** Sin perjuicio de la acción penal, los administradores de la entidad emisora serán ilimitada y solidariamente responsables por los perjuicios que causen a los tenedores de bonos o a terceros: 1. Cuando emitan bonos sin sujeción a las disposiciones legales; 2. Cuando hagan declaraciones o enunciaciones falsas en el prospecto, en el contrato de emisión, en los títulos o en los avisos y publicaciones; 3. Cuando infrinjan la prohibición contenida en el inciso primero del artículo 6.4.1.1.26 del presente decreto, y 4. Cuando se emitan o coloquen bonos en condiciones distintas a las contenidas en el prospecto o en el contrato de emisión. / Los administradores de la entidad emisora que se hayan abstenido de participar en los actos anteriores o que se hayan opuesto a los mismos quedan exonerados de esta responsabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que puedan incurrir por razón de los otros hechos ilícitos que hayan cometido».

¹¹³ Cfr. CORTÉS (2009), p. 139.

¹¹⁴ Por lo anterior, a nuestro entender, podría incluso llegar a pensarse que la responsabilidad de los administradores tiene elementos tanto de responsabilidad por culpa presunta como de responsabilidad objetiva. La doctrina nacional afirma que estaremos en presencia de una “responsabilidad objetiva” cuando una norma expresamente suprime la culpa como elemento esencial de la responsabilidad, y por tanto, bajo esos casos excepcionales «sólo se requiere un vínculo causal mecánico entre el hecho o la omisión del agente y el daño generado, sin que deba hacerse ninguna valoración de conducta, pues se deduce la existencia de responsabilidad con base en meros elementos objetivos» (CORTÉS (2009) pp. 199-200: citando textualmente a SUESCÚN MELO. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, p. 390.)

En consecuencia, a nuestro entender, no se puede afirmar simple, genérica y categóricamente que los administradores tienen un amplio margen discrecional en sus decisiones de empresa, toda vez que sus obligaciones en el ámbito de su deber de diligencia son pura y simplemente de medios.

CONCLUSIÓN

Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que es posible afirmar válidamente que:

A diferencia de los Estados Unidos (y los otros países que la han incorporado), la Regla del Buen Juicio Empresarial no tiene espacio para ser aplicada ni aún por vía de interpretación de cara a nuestro derecho colombiano vigente porque: i) la BJR parte de una presunción de no responsabilidad de los administradores cuando se cumplan ciertos requisitos, en tanto que, en Colombia opera una presunción —en un sentido directamente contrario— de culpa de los administradores; ii) en nuestro país siempre será posible iniciar una acción de responsabilidad (cuando se cumplan los presupuestos legales) en la medida que se transgreda el deber de diligencia, caso en el cual, el juez no tiene ninguna limitante para entrar a revisar de fondo la decisión empresarial; iii) bajo nuestro ordenamiento se activa la responsabilidad del administrador por la culpa leve, en tanto que, en los Estados Unidos aquél goza de un mayor margen discrecional pues su responsabilidad se activa sólo por culpa grave¹¹⁵; iv) el administrador societario debe siempre comportarse conforme a la buena fe objetiva; y v) por vía interpretativa no puede admitirse que un más amplio margen discrecional de los administradores en Colombia se justifique en la medida que sus obligaciones son de medios, pues sus obligaciones tienen un contenido de carácter mixto.

No obstante lo anterior, no podemos desconocer que en un futuro próximo es probable que las fuerzas del tráfico mercantil globalizado presionen en nuestro país un cambio legislativo que brinde mayor espacio al margen de actuación de los administradores, quizás mediante

¹¹⁵ Debemos aclarar, no obstante, que si bien decimos que el administrador allí responde sólo por culpa grave, lo afirmamos simplemente porque la responsabilidad del administrador se activa en un grado que podríamos considerar equivalente a ese grado de culpa según nuestro esquema de graduación de culpa, aún cuando, en el derecho anglosajón no se le da en realidad importancia a tal graduación —y es más, muchos consideran que el concepto de culpa no existe en el *common law*: Vid. CORTÉS (2009), p. 120—.

la incorporación de Reglas como la BJR —máxime si se tienen en cuenta su bondades para la organización y competitividad de la empresa—, muy propias del esquema capitalista de libre mercado. Otra cosa será determinar si ese eventual cambio legislativo resultaría ajustado a nuestra tradición jurídica, nuestro orden constitucional y nuestras necesidades económicas y sociales.

En mi opinión personal, la legislación Colombiana ya ofrece sobre este problema de la discrecionalidad de los administradores una solución equilibrada entre: la necesaria libertad de actuar en el mundo de los negocios y una ajustada (mas no excesiva) responsabilidad cuando aquél actúe sin la diligencia exigible conforme al estándar. Ese estándar o modelo (que deberá identificar con sentido común el intérprete en cada caso) será aquél ordinariamente observado por aquellos administradores con atribuciones similares y en actividades económicas análogas, que correspondan al tiempo en que la decisión de empresa ha sido adoptada —todo lo cual es, a mi entender, el modelo del “buen hombre de negocios”—.

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, William T.; KRAAKMAN, Reinier; SUBRAMANIAN, Guhan: «Commentaries and cases on the law of business organization», Ed. Austin, Estados Unidos, 2007.

ARNOLD, Mark: «The duty to exercise reasonable care, skill, and diligence», en: MORTIMORE, Simon “Company Directors: duties, liabilities, and remedies”, Ed. Oxford University Press, Reino Unido, 2009.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto: «Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil», Tomo I, 12ava edición, Ed. Biblioteca jurídica Dike, Medellín, 2007.

CARNEIRO DA FRADA, M.: «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», en “A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, Almedina (Portugal), 2007.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela: «La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano», En: Revista de Derecho Privado, No. 1, junio de 1986, Universidad de los Andes, Ed. Temis, Bogotá, p. 123-141.

CELY, Adriana María: «La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés», en: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 15, Diciembre, 2008, p. 163 – 179.

CORTÉS, Edgar: «La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano», segunda edición, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

COUTINHO DE ABREU, J. M. e ISABETE RAMOS, MARIA: «Comentário ao art. 72.º»
CSC. En: "Código das Sociedades Comerciais em Comentário" (coordenado por J. M.
Coutinho de Abreu), Volume I, Almedina, Coimbra, 2010.

EMBED IRUJO, José Miguel (traducción y estudio preliminar): «Ley Alemana de
Sociedades Anónimas», Ed. Marcial Pons, Madrid (España), 2010.

ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; y KRAAKMAN, Reinier: «The basic
governance structure: the interest of shareholders as a class», en AA.VV. “The Anatomy of
Corporate Law: A Comparative and Fuctional Approach”, Segunda Edición, Ed. Oxford,
Estados Unidos, 2008, pp. 55-87.

GHEZZI, Federico: «I doveri fiduciari degli amministratori nei “Principles of Corporate
Governance”», en Rivista delle Società, ed.Giuffrè, No. 41, marzo-junio, 1996, Milano
(Italia), p. 465-549.

GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses
(su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo)», Ed. Thomson –
Aranzadi, Monografía asociada a la Revista de Derecho de Sociedades, Número 20,
Navarra, 2003.

HAMILTON, Robert W.: «The Laws of Corporations», Quinta edición, Estados Unidos,
2000.

HERNANDO CEBRIA, Luis: «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.

HINESTROSA, Fernando: «Tratado de las Obligaciones», segunda edición, Ed.
Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

REVIST@ *e - Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

— «Introducción» en: Reyes Villamizar, Francisco: «Derecho societario en los Estados Unidos: introducción comparada», segunda edición, Ed. Legis, Bogotá, 2005.

LAGUADO GIRALDO, Carlos Andrés: «Factors governing the application of the business judgment rule: an empirical study of the US, UK, Australia and the EU», en *Vniversitas*, No. 111, enero-junio de 2006, Bogotá, Colombia, p. 115-166.

LEGIS S.A.: «Responsabilidad de los administradores de sociedades: con todos los valores agregados legis», Ed. Legis, Colombia, 2001.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía: «Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos», en *Revista de Derecho Privado*, No. 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 45-76.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo: «Teoría general del contrato y del negocio jurídico», Quinta Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1998.

PEÑA NOSSA, Lisandro: «De las sociedades comerciales», quinta edición, Ed. Temis, Bogotá, 2009.

REYES VILLAMIZAR, Francisco: «Derecho Societario», Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2004.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: «Responsabilidad civil de los administradores de sociedades», En: “*Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*”, No. 312, Bogotá, noviembre de 1998, p. 40-93.

REVIST@ *e - Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

SABOGAL BERNAL, Luis Fernando: «La relación administrador-sociedad», en Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010, p. 125 a 156.

—: «El “interés social”: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa», en Revista e-Mercatoria, Volúmen 10, número 1, enero-junio de 2011, p. 1-25.

STIGLITZ, Joseph E. “Caída libre: el libre mercado y el hundimiento de la economía mundial”, (título original “Freefall. America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy”, 2010), Traducción por Alejandro Pradera y Núria Petit, Ed. Taurus, Bogotá (Colombia), 2010.

TAMAYO LOMBANA, Alberto: «Manual de obligaciones: el acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones», séptima edición, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, 2008.