

Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades

Rodrigo A. Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-229-253

Resumen: La responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado se sitúa en el Derecho de Sociedades como un modelo normativo que comprende la indulgencia como regla de aproximación a violaciones al deber de cuidado, las nociones de “ordenado empresario” y “buen hombre de negocios” como estándares normativos-conductuales de diligencia, y la “business judgment rule”. El referido modelo normativo se desajusta de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario. Para remediar sus deficiencias, se propone un modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, que podría devolver su efectividad al modelo normativo y evitar que se convierta en un pretexto para desestimar las acciones sociales de responsabilidad.

Palabras claves: Responsabilidad de los administradores, deber de cuidado, estándares normativos-conductuales de diligencia, acciones sociales de responsabilidad.

Standards of care as a bylaw, statutory-based model of directors' liability for breaches of their fiduciary duty of care. An analysis of the subject matter in view of the concept of corporate governance in Corporate Law

Abstract: Directors' liability for breaches of their fiduciary duty of care appears in Corporate Law as a legal framework that comprises indulgence as the main approach to such breaches of the duty of care, the notion of “reasonable care” as a normative-behavioral standard of diligence, and the “business judgment rule”. The aforementioned legal framework remains unadapted to the current, modern concept of corporate governance in Corporate Law. To redress the deficiencies of the legal framework of directors' liability for breaches of their duty of care, a bylaws-based framework of Directors' liability is herein proposed that may rescue such legal framework's effectiveness whilst preventing it from being an excuse to dismiss shareholders' derivative actions.

Keywords: Directors' liability, duty of care, normative-behavioral standard of diligence, derivative actions.

Recibido: 20/11/2021
Aprobado: 04/12/2021

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Un análisis del asunto desde la noción de gobierno corporativo en el Derecho de Sociedades

Rodrigo A. Quintero Bencomo*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-229-253

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1.- *La redefinición de los deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores por infracciones a aquellos como producto de la admisión de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario.* 2.- *El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado.* 2.1.- *La indulgencia como regla de aproximación a la responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado.* 2.2.- *Los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado.* 2.3.- *La regla de discrecionalidad o business judgment rule.* 2.4.- *El contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y de la business judgment rule o regla de discrecionalidad: repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores.* 3.- *Estándares estatutarios determinantes del alcance del deber de cuidado y la ulterior responsabilidad del administrador por infracciones a aquel deber fiduciario.* 3.1.- *La conveniencia de la estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la responsabilidad de los administradores.* 3.2.- *Dos premisas introductorias: el principio de libertad de actuación de los administradores y la confirmación de la indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario.* 3.3.- *Definición estatutaria del alcance del cuidado que el administrador debe observar.* CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (2021). Fundador y Expresidente del Laboratorio de Análisis Estratégico de las Ciencias Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, ubicado en Maracaibo, Venezuela.

INTRODUCCIÓN

Un planteamiento constante en el Derecho de Sociedades que, lejos de desaparecer o dejar de ocupar un lugar predominante en las discusiones doctrinales, se ha reafirmado en los últimos años, es la responsabilidad que recae sobre aquellos administradores de las sociedades mercantiles que incurren en violaciones a sus deberes fiduciarios.

Para un Derecho de Sociedades moderno cuya aproximación y disciplina a la gobernanza de las compañías se ha transformado espléndidamente en las últimas cinco décadas por la progresiva recepción de la noción y contenido de gobierno corporativo, los deberes fiduciarios de los administradores societarios, en cuanto estándares conductuales como la lealtad y el cuidado, se han compaginado con la disciplina reforzada de distintos modelos normativos de responsabilidad que, con un tratamiento jurisprudencial variado y considerando las dinámicas del mercado, se encuentran encaminados a incentivar a los administradores, consejeros y directores a asumir sus funciones con una honesta y prudente diligencia, observando como nortes la “maximización (del valor)” para sus compañías y la seguida “distribución” de ese valor generado, al decir de Paz-Ares¹, y a sancionar las eventuales infracciones a tales deberes.

En este sentido, el deber fiduciario que ocupa al presente trabajo es el deber de cuidado, según el cual los administradores han de dispensar a sus funciones gerenciales un nivel adecuado de diligencia, parafraseando a Noboa Velasco², y, sobre todo, la responsabilidad que acarrea para los administradores que violen aquel deber.

De los administradores se espera, además de un comportamiento “diligente y juicios(o)” según Laguado Giraldo³, que estos observen un nivel de cuidado en la gestión de los asuntos societarios. Desde una perspectiva normativa, el cuidado que debe dispensar el administrador en el ejercicio de su función gerencial se entiende estandarizado: en distintos ordenamientos jurídicos, se observan las nociones del “ordenado empresario” o “buen hombre de negocios”⁴ como estándares normativo-conductuales de cuidado destinados a los administradores de las compañías.

¹ Paz-Ares, Candido. 2003. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4 (03): 3-61.

² Noboa Velasco, Paúl. 2020. “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’”. *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>.

³ Laguado Giraldo, Darío. 2004. “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Vniversitas* 108 (1): 225-279.

⁴ En latitudes de tradición jurídica anglosajona, “reasonable care” y “good faith”, como veremos más abajo.

Asimismo, a modo de consolidar las prenombradas nociones, germinó en la jurisprudencia estadounidense la denominada “*business judgment rule*” y “*business judgment doctrine*”⁵, traducida entre nosotros y en algunos ordenamientos de países hispanoparlantes como la “regla de discrecionalidad”, que condicionó indefectiblemente a las acciones sociales de responsabilidad en contra de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.

Sin embargo, como veremos más adelante, la estandarización normativo-conductual del deber de cuidado bajo los términos planteados adolece de una multiplicidad de problemas que dificultan la posibilidad jurídica de que los accionistas, afectados por posibles infracciones al deber de cuidado por parte de un administrador, exijan su responsabilidad ante un órgano jurisdiccional.

El examen judicial sobre la conducta de un administrador demandado por infracciones al deber de cuidado resultaría necesariamente erróneo si se considera que los jueces no se entienden expertos en ciencias como la economía, la administración y las finanzas y normalmente combaten su descontextualización de las realidades empresariales particulares inherentes a las compañías sobre las cuales juzgan, por mejor actividad probatoria que desplieguen las partes; mal podrían concluir los jueces, entonces, que un administrador infringió el deber de cuidado con estándares normativos-conductuales tan abstractos como los nombrados en el pretérito párrafo, y de allí el por qué surgieron las llamadas “*business judgment rule*”, “*business judgment doctrine*” o “regla de discrecionalidad”⁶.

Más que garantizar la vigencia de un modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones la deber de cuidado, las anteriores concepciones dificultan que tal responsabilidad cobre vigencia. Los problemas inherentes al prenombrado modelo y sus consecuencias sobre el mismo hacen peligrar el balance de poder que existiría entre accionistas y administradores dentro de una sociedad mercantil, prefiriendo a los últimos sobre los primeros cuando ya de por sí los administradores ejercen un importante poder de facto sobre el destino de la compañía que sus propios dueños.

Considerando algunos problemas que hemos identificado con anterioridad y sobre los cuales posteriormente volveremos, sostenemos que la disciplina estatutaria de estándares de cuidado que concreten el mencionado esquema legal sería deseable para

⁵ Manning, Bayless. 1984. “The Business Judgment Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal* 615 (45): 615-627.

⁶ Sobre todo, tomando en cuenta que, al decir de Ribas Ferrer, el deber de cuidado posee, junto con el deber de lealtad, la particularidad de que se han consolidado en la doctrina, en ocasiones, “con independencia de la injerencia del legislador”, es decir, sin regulación normativa. Véase, Vicenç Ribas Ferrer, “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004).

las compañías que exijan de sus administradores niveles distintos de cuidado y ulterior responsabilidad. La predefinición estatutaria de la extensión del deber de cuidado de los administradores de la compañía tornaría más claro un eventual panorama en que infracciones verosímiles a tal deber fiduciario comprometa potencialmente la responsabilidad del administrador.

Las próximas líneas se destinan a aportar algunos elementos de análisis orientados a postular y explicar la conveniencia y necesidad de la disciplina de estándares de cuidado que definan el grado de diligencia y cautela que las compañías exijan de sus administradores y que consecuentemente puntualicen e individualicen el modelo normativo antes indicado, como un modelo estatutario y alternativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, con miras a su vigencia efectiva.

1.- La redefinición de los deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores por infracciones a aquellos como producto de la admisión de la noción de gobierno corporativo en el Derecho Societario

La aparición del término “*corporate governance*” en los registros federales de la Comisión de Bolsa y Valores estadounidense (S.E.C, por sus siglas en inglés) en 1976, y un posterior reporte del Instituto Americano de Derecho en el año 1978, inauguraron los estudios multidisciplinarios sobre gobierno corporativo. Según Cheffins⁷, el renovado interés sobre el gobierno corporativo que tuvo su auge en la segunda mitad de los años 70’ obedeció a los primeros descubrimientos de prácticas deshonestas, desleales y negligentes imputables a administradores de las importantes compañías que, hasta el momento, se ocultaron dolosamente o nunca se habían detectado.

Aquellos descubrimientos, y pese al esfuerzo dedicado a evitar ulteriores ramificaciones, derivaron en el acaecimiento de graves escándalos de fraude corporativo que motivaron la emisión de los más emblemáticos reportes sobre gobierno corporativo a partir del año 1992, con el famoso Reporte Cadbury. Los casos más importantes de fraude, corrupción y prácticas negligentes, deshonestas y desleales corporativas, traducidos en violaciones a los deberes fiduciarios⁸ por parte de los administradores de las

⁷ Cheffins, Bryan. 2012. “The History of Corporate Governance”, *European Corporate Governance Institute* 184 (1): 1-32.

⁸ Casos como Enron, World.Com, Parmalat, BCCI Bank, Polly Peck, entre otros, revelaron el difícil panorama que para la época se enfrentaba por escándalos financieros de gravedad y tipos variados: malversación de fondos, aumentos financieramente irresponsables de la remuneración de los administradores, decisiones negligentes ejecutadas sin un plan empresarial predeterminado o bien uno irrealizable, asunción de riesgos irracionales o sin considerar la capacidad operacional de la compañía, decisiones ejecutadas sin poseer suficiente información o a espaldas de los accionistas, elevado endeudamiento de la sociedad mercantil, ausencia de auditorías internas y externas o una realización meramente nominal de estas, transacciones interesadas, entre otros. Como puede entenderse, todos configuran violaciones a los deberes fiduciarios.

compañías afectadas, precipitaron una crisis de credibilidad en las Juntas Directivas o Consejos de Administración que solamente pudo ser enmendada mediante la reafirmación y redefinición de los deberes fiduciarios desde una perspectiva de gobierno corporativo.

El concepto y contenido de gobierno corporativo, así, sentó las bases para la redefinición de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad ante infracciones por parte de los administradores, iniciando por la justificación de ambos. En efecto, la “esencia de todo sistema de buen gobierno corporativo” entraña que los administradores deben poseer una libertad de actuación para la definición y ejecución de un plan de empresa, pero también impone que tal libertad de actuación “debe ejercerse dentro de una efectiva estructura de responsabilidad” que remedie la brecha existente por, y conflictos de intereses derivados de, la separación entre propiedad y control de la sociedad⁹ y que castigue con severidad eventuales faltas a los deberes fiduciarios¹⁰.

En este sentido, es de interés notar que la prenombrada reconfiguración de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad observa una profunda influencia de la ética como estándar conductual que guía las conductas de los administradores. En efecto, la ética se considera, también, una referencia que, además de orientar el quehacer decisorio de la sociedad mercantil, ofrece alternativas para dilucidar problemas de agencia y maximizar el valor de las compañías; en palabras de Olivencia, “la ética es un índice de calidad”, sin la cual “no puede haber ni valor ni valía de entidades, ni de organizaciones, ni de instituciones públicas o privadas”¹¹.

Así, siguiendo a Richard y Muiño, “la dirección (de la compañía) debe encuadrarse dentro de una escala de valores, una deontología, una ética para con la comunidad en la que se desenvuelve”¹². La ética, entonces, vinculada con las raíces históricas del Derecho Mercantil mismo¹³, constituye un elemento inseparable de la noción de gobierno corporativo, y por ello se inscribe en la redefinición de los deberes fiduciarios de los administradores que entraña tal noción.

⁹ Marcelo Villegas, “El “corporate governance”, los “deberes fiduciarios” de los administradores y el principio de “creación de valor para los accionistas”. La regla del “juicio de los negocios” (conferencia, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, Argentina, 2001).

¹⁰ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. 1992. Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance. London: Gee and Co. Ltd.

¹¹ Manuel Olivencia. 1999. El buen gobierno de las Sociedades. (Nro. 1). Fundación ÉTNOR.

¹² Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño. 2000. Derecho Societario. Buenos Aires: Editorial Astrea.

¹³ La ética como noción predominante en el contenido del gobierno corporativo configura una reminiscencia a la historia del Derecho Mercantil, cuya regulación primigenia se caracterizó, al decir de Stefano (2010), por normas “morales, en vez de científicas”, que prevalecieron sobre una regulación puramente normativa de los mercados incipientes.

Finalmente, conviene destacar que la recepción de gobierno corporativo y la redefinición de los deberes fiduciarios y de su régimen de responsabilidad por tal motivo ha aparejado también la consolidación de la transparencia y auditoría como constantes necesarias y elementos fundamentales para el cumplimiento de los deberes fiduciarios por parte de los administradores. Debe recordarse que la “frustración (del) sistema corporativo de rendición de cuentas” según Seligman¹⁴, esto es, la falta de transparencia, la inexistencia de auditorías internas y externas, y la omisión o recepción dolosa por parte de los administradores de información financiera relevante para los accionistas de la compañía aun en el supuesto en el que no hayan debido de tomar una decisión con base en esa información que retiene el administrador, derivaron en los escándalos financieros más graves de la época.

Lo anterior fundamenta que, como obligaciones correlativas de los deberes de cuidado y de lealtad, algunos códigos de gobierno corporativo se animaron a incentivar a las sociedades cotizadas a disciplinar un “sistema de control interno” sobre la gestión, compuesto por “reglas, procedimientos y estructura organizativa” encaminadas al monitoreo de la administración societaria¹⁵, armonizado con la selección de auditores externos que revisen –mas no preparen- los estados financieros de las compañías.

2.- El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado

En líneas generales, el régimen de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado –acaso de todos los deberes fiduciarios- consiste en una adaptación institucional de las reglas ordinarias de responsabilidad extracontractual de la cual dimanen ciertos caracteres diferenciadores.

En un intento de explicar tales aspectos que particularizan el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado de las reglas tradicionales, hemos identificado y trataremos tres de ellos: la indulgencia como regla de aproximación a tal régimen de responsabilidad, los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado, y la regla de discrecionalidad o *business judgment rule*.

¹⁴ Joel Seligman. 2012. *The Transformation of Wall Street: A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*. Washington D.C: Houghton, Mifflin.

¹⁵ Como prefiere el Codice di Corporate Governance italiano por el Comitato per la Corporate Governance. Véase, Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana S.p.A.

En esta sección acometemos, igualmente, exponer una de las críticas fundamentales al modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, que consiste en el contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y la *business judgment rule*, así como sus consecuencias sobre la revisión judicial de la actuación del administrador.

2.1- El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado

El Informe Aldama, con el propósito de diferenciar correctamente los deberes fiduciarios de los administradores y sus regímenes de responsabilidad, observó lo siguiente:

Para tratar de manera correcta los deberes de los administradores y su régimen de responsabilidad, la Comisión considera que sería necesario separar nítidamente el aspecto de la creación de valor y beneficios de la empresa, del aspecto relativo a la distribución de ese valor para distinguir correlativamente el deber de diligencia y el deber de lealtad, dentro de los deberes fiduciarios de los administradores. En definitiva, los administradores están sujetos a dos imperativos: maximizar la creación de valor, no entendido ni única ni principalmente como valor de la cotización bursátil en un determinado momento, y distribuir correctamente ese valor o beneficio.

El régimen de responsabilidad de los administradores debe tratar con el debido rigor la infracción de los deberes de lealtad, sin menoscabo del tratamiento adecuado al deber de diligencia. Por su parte, las exigencias derivadas del deber de diligencia –obtención de información, dedicación, participación en la formación colegiada del criterio– no deberían eliminar el ámbito de la discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad.¹⁶

Los anteriores párrafos, cuya cita extensiva nos permitimos por su importancia, confirman la hipótesis de diversificación del régimen de responsabilidad de los administradores propuesto por el Informe Aldama y desarrollado con posterioridad por Paz-Ares¹⁷: en vez de un “tratamiento unitario de la responsabilidad de los administradores” conviene, según el prenombrado autor, la separación entre la “vertiente tecnológica (relativa a la producción de valor)”, referida al deber de cuidado, de la “vertiente deontológica (relativa a la distribución de valor)”, referida esta al deber de lealtad, a los efectos de entender la diferencia entre ambos deberes y sus ulteriores modelos normativos de responsabilidad de los administradores diferenciados.

¹⁶ Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas (Nro. 1). Madrid: Comisión Nacional de Valores de España.

¹⁷ Paz-Ares, Ob. Cit. 1, p. 3.

En este sentido, Paz-Ares¹⁸ resume la hipótesis antes explicada indicando que “el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia”, es decir, en un esquema indulgencia-severidad que determina la aproximación normativa a violaciones a ambos deberes, siendo que las violaciones al deber de cuidado serían tratadas con “indulgencia”, mientras que las infracciones al deber de lealtad merecen un tratamiento de “severidad”.

El tratamiento indulgente a las infracciones al deber de cuidado se justifica por dos razones: primero, entendiendo que el soporte y asunción constante de “un riesgo de pérdida, el cual se compensa con la expectativa (...) de obtener un beneficio ilimitado” constituye un elemento inherente al concepto de empresa comercial¹⁹ el modelo normativo emplea la indulgencia como regla general de aproximación para incentivar a los administradores a asumir riesgos razonables en aventuras comerciales dentro de las cuales implican a sus compañías, aspirando al éxito del emprendimiento; y, segundo, para garantizar a los administradores que no serán responsabilizados *a priori* por el fracaso de sus iniciativas económicas, siendo que las obligaciones que contraen respecto a la obtención del resultado exitoso son de medios, mas no de resultados²⁰.

Así, el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado parte, inicialmente, de la indulgencia como premisa de aproximación, entendiendo que los administradores, en el desempeño de sus atribuciones gerenciales, se verán obligados a asumir un nivel de riesgo y de incertidumbre en la ejecución de las iniciativas económicas de la compañía como parte del concepto mismo de empresa, por lo cual mal podría imputárseles el fracaso de algunos proyectos encaminados a la creación de valor para las sociedades mercantiles que administran.

2.2- Los abstractos y problemáticos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado

Como hemos adelantado, el deber de cuidado se encuentra jurídicamente estandarizado. Una amplia cantidad de ordenamientos societarios en el mundo disciplinan las nociones de “ordenado empresario” y “buen hombre de negocios” como estándares normativos-conductuales del cuidado que los administradores deben dedicar a sus funciones y atribuciones ejecutivas.

¹⁸ Paz-Ares, Ob. Cit. 1, p. 4.

¹⁹ Juan Farina. 1999. Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial. Editorial Astrea.

²⁰ Noboa Velasco, Ob. Cit. 2.

Estos estándares normativos-conductuales pertenecen al elenco de diferencias institucionales entre la responsabilidad civil ordinaria y la responsabilidad de los administradores: mientras que la primera observa la noción de “buen padre de familia”²¹ como estándar conductual, la última prefiere los modelos de “ordenado empresario” o “buen hombre de negocios” para definir el nivel de diligencia, dedicación y cuidado que se exige de los administradores societarios.

La necesidad de definir los estándares conductuales en materia de responsabilidad extracontractual de la responsabilidad de los administradores por infracciones a sus deberes fiduciarios parte de algunas particularidades institucionales de la última: según Ramos Herranz²², mientras que la noción de “buen padre de familia” consiste en la diligencia de “un hombre medio”, el estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” es un modelo “más profesional o técnico” que convierte a los administradores o directores en “deudores” profesionales técnicos o especializados de los que se exige un nivel de diligencia más complejo que del “hombre medio”. De ahí que cada estándar entrañe niveles distintos de responsabilidad ajustados a las respectivas realidades de cada disciplina científica.

Ahora bien, pese a los encomiables esfuerzos de la doctrina por determinar conceptualmente el alcance del estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios”, estimamos que estos estándares normativos-conductuales del deber de cuidado de los administradores presentan algunas inconsistencias que expondremos *ut infra*.

En primer lugar, resulta difícil separar conceptualmente los prenombrados estándares de responsabilidad de los administradores de aquel perteneciente a la responsabilidad extracontractual con el tratamiento de indulgencia ante infracciones por parte del administrador al deber de diligencia.

Ciertamente, si la diferencia entre un estándar conductual de otro estriba en el grado de cuidado que exige cada uno, consideramos que aquella discrepancia carece de sentido si se parte de una premisa de indulgencia frente a infracciones al deber de

²¹ Recientemente, según Martínez, la legislación francesa optó por el reemplazo del estándar de “buen padre de familia” por la de “persona razonable”. Los cambios obedecen a razones de género, y a razones de comprensibilidad, argumentándose que los proponentes de la enmienda advierten que la noción de buen padre de familia “ha devenido ininteligible por los ciudadanos”. Es de interés observar que el reemplazo del estándar de “buen padre de familia” por la de “persona razonable” también coadyuvaría a un mejor entendimiento entre la doctrina anglosajona y la de nuestras latitudes en lo referente a los distintos regímenes de responsabilidad, pues en la primera la noción de “*reasonable care*” funciona como estándar conductual en distintas áreas del Derecho, y, entre ellas, en el Derecho Comercial y Derecho Corporativo. Véase, Tomás Martínez, Gema. 2015. “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil* 2 (1): 57-103.

²² Ramos Herranz, Isabel. 2006. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil* 59 (1): 195-226.

cuidado, pues no habría una diferencia real entre ambos estándares y se terminaría por exigir a los administradores el mismo nivel de cuidado o diligencia que se exige del “hombre promedio”, bajo el pretexto de que la aproximación sobre los posibles escenarios en los cuales un administrador ha violado el deber fiduciario de cuidado deben tratarse con “indulgencia”; en otras palabras, la indulgencia como regla de aproximación a la responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado invalidaría el estándar del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” equiparando el nivel de diligencia exigido por estos con los estándares ordinarios de responsabilidad extracontractual.

Asimismo, los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado permanecen conceptualmente indeterminados en la actualidad por la jurisprudencia, la cual no ha hallado una forma de diferenciarla de los módulos conductuales ordinarios. En efecto, al decir de Ramos Herranz, “(l)a jurisprudencia no ha sido del todo clara a la hora de diferenciar ambos estándares”, por cuanto, aun considerando algunos intentos por determinarla²³, los estándares normativos-conductuales todavía continúan observando un nivel de abstracción que, combinado con el tratamiento de indulgencia antes explicado junto con otra problemática que denunciaremos en las siguientes dos secciones, no han permitido que se individualicen.

Por otro lado, el panorama parece ser más complejo en legislaciones como la argentina y la uruguaya, en las que se disciplina la responsabilidad ilimitada y solidaria por parte de los directores hacia la sociedad mercantil por el “mal desempeño de su cargo”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 274 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 de Argentina y artículo 59 *eiusdem*, y los artículos 391 y 83 de la Ley No. 16.060 de 4.09.1989 de Uruguay. El “mal desempeño de su cargo” podría, en todo caso, hacer peligrar la indulgencia como regla de aproximación al modelo normativo

²³ En este caso, es de interés referir a algunas sentencias proferidas por tribunales en España. En una sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 15 de febrero de 1995, citada por Carbonell O’Brien, la Audiencia afirmó que “por diligencia debe entenderse el cumplimiento de la conducta socialmente esperable en el tráfico, integrando en gran medida los usos del comercio y las buenas prácticas de gestión empresarial”. Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid, en una decisión de fecha 14 de mayo de 2014 y citada por Jiménez Marín (2021), sostuvo que “la diligencia exigible al empresario no es la civil o común del buen padre de familia, sino (...) la de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad”, observando que el administrador debe actuar “evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa”. Véase, Ramos Herranz, Ob. Cit. 21, p. 213; Carbonell O’Brien, Esteban. 2018. “El deber de diligencia de los administradores societarios. Alcance y consecuencias del incumplimiento. estudio comparativo entre la legislación española y peruana”, *Estudios de Derecho Empresario* 17 (1): 100-107; Jiménez Marín, Antonio. 2020. “Sociedades. Responsabilidad de los administradores. LEX ARTIS”. *Blog Law & Trends*. Acceso el 29 de septiembre de 2021, <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/sociedades-responsabilidad-de-los-administradores-lex-artis-1.html>.

de responsabilidad de los administradores, por cuanto se trata de un supuesto muy amplio que no repara en las gravedades de las faltas en las que pudiere incurrir el administrador en el ejercicio de sus atribuciones, y podría, por el contrario, complicar o problematizar el esquema de responsabilidad de los administradores²⁴.

Finalmente, conviene notar que en los países de tradición jurídica anglosajona, según Gerner-Beurle, existen los estándares de “*good faith*” (buena fe) y “*reasonable care*” (cuidado razonable), los cuales guardan una necesaria similitud con los estándares antes estudiados pero en los cuales persiste la indeterminación conceptual de los mismos, problema que ha proyectado sus efectos, por ejemplo, en la imposibilidad del a jurisprudencia inglesa de “formalizar” un criterio unificado en cuanto a los estándares de cuidado, y delinear la revisión judicial a una “limitada”²⁵.

2.3.- La regla de discrecionalidad o *business judgment rule*

Un componente fundamental del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracción al deber de cuidado lo constituye la llamada “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad”. Se trata de una regla que nace y se remonta a 160 años de jurisprudencia estadounidense²⁶ destinada a la protección de los administradores frente a la injerencia judicial sobre los juicios de negocio que ejerzan en el desempeño de sus funciones gerenciales y por los cuales se reclame responsabilidad.

En palabras del Comité de Derecho Corporativo de la *American Bar Association*²⁷ los directores, “en el marco de su servicio a las juntas directivas”, toman distintas decisiones con regularidad, en las cuales aquellos “deben aplicar su juicio de negocios (*business judgment*) con base en la información razonablemente disponible y actuar en la manera en la que estos razonablemente consideren sea en obsequio de los intereses de la compañía”, siendo que, en algunos casos, “una junta podría tomar una decisión, de buena fe, a sabiendas de que algunos accionistas podrían estar en desacuerdo”.

²⁴ Gagliero circunscribe la noción de “mal desempeño de su cargo” a las actuaciones temerarias o negligentes que “ponga en peligro, no sólo la propia conducción empresaria, sino la funcionalidad, el progreso y la vida de la empresa en sí misma”. Así, la prenombrada autora atribuye un nivel de gravedad absoluta a la actuación del administrador para determinar que ha desempeñado mal su cargo de conformidad con el estándar genérico de los artículos 274 y 59 de la Ley General de Sociedades argentina. Véase, Silvana Gagliero, “*La responsabilidad de los directores en la Ley de Sociedades*” (conferencia, V Congreso de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Huerta Grande, Córdoba, Argentina, 1992).

²⁵ Carsten Gerner-Beurle, “The duty of care and the business judgment rule: a case study in legal transplants and local narratives”, en *Comparative Corporate Governance*, ed. por Afra Afsharipour and Martin Gelter (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), páginas-páginas 220-241.

²⁶ Gevurtz, Franklin. 1994. “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?” *Southern California Law Review* 67 (287): 287- 337.

²⁷ Corporate Laws Committee, ABA Business Law Section. 2020. *Corporate Director’s Guidebook – Seventh Edition* (Nro. 1). Chicago: American Bar Association.

Las decisiones que los administradores tomarían en el ejercicio de su juicio de negocios²⁸ son de variadas formas: involucrar a la sociedad mercantil en una aventura comercial asumiendo notables riesgos que se compensan con la aspiración de un lucro eventual e ilimitado, contraer una amplia cantidad de obligaciones en virtud de la búsqueda de fuentes alternativas de financiamiento empresarial, entre otras. Los problemas surgen cuando los administradores, en su infalibilidad, incurren en un juicio de negocios erróneo sobre determinadas decisiones corporativas que se traducen en un perjuicio económico para la compañía y para sus accionistas, y que podrían representar violaciones a sus deberes fiduciarios, y principalmente, al deber de cuidado.

En este sentido, la “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad” se consolida jurisprudencialmente como un mecanismo de protección a la discrecionalidad de los administradores como una reafirmación de la libertad de acción que deben poseer y ejercer para promover el progreso económico de la compañía²⁹.

La “*business judgment rule*” preceptúa que los jueces se abstendrán de revisar “las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores societarios, quienes, en consecuencia, no podrán ser responsabilizados por realizar negocios o tomar determinaciones que, a la postre, resulten perjudiciales a los intereses de la sociedad”³⁰, y constituye, además, indirectamente, una “presunción” de que los administradores han actuado adecuadamente de conformidad con su deber de cuidado, como bien apunta Morel³¹.

Así, la “*business judgment rule*”, siguiendo a Gerner-Beurle, tiende a mitigar o prevenir completamente los “falsos positivos” inherentes a una revisión judicial de juicios de negocio efectuados por administradores societarios, traducidos en instancias en las cuales las cortes “podrían identificar una violación al deber, aun cuando las decisiones de los directores (...) se ajustan a sus deberes”³². El soslayo de estos riesgos

²⁸ Para una posible definición de “juicio de negocios”, resultaría de interés del lector la referencia a Keay, A. y Loughrey, J. (2018). The Concept of Business Judgment. *University of Leeds Legal Studies 1 (1)*, 1-46.

²⁹ The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Ob. Cit. 9, p. 10

³⁰ Abdala, Martín. 2014. La aplicación de la denominada *business judgment rule* en el derecho argentino. *Revista de Derecho 42 (1)*: 264-284.

³¹ Morel, Víctor. 2021. “La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o *business judgment rule*”. *Blog AbogadosSDQ*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://abogadosdq.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-societarios-frente-a-la-regla-del-buen-juicio-de-los-negocios-o-business-judgement-rule/>.

³² Gerner-Beurle, Ob. Cit. 24, p. 221.

institucionales ha permitido la “difusión” de esta regla de discrecionalidad en distintos países europeos³³, como narra Cebriá, y también en países latinoamericanos recientemente.

Igualmente, la “*business judgment rule*” puede compaginarse, aunque sin depender una de la otra, con la “*business judgment doctrine*”, la cual, según Manning³⁴, consiste en “la proposición generalizada que las cortes no sustituirán su juicio de negocios por aquel de los directores”, es decir, los jueces no podrán desdeñar del juicio de negocios de los administradores para precipitarse a emitir un juicio de negocios propio, siendo que el juez carece de conocimientos técnicos sobre administración, economía y finanzas, y sobre la propia realidad empresarial de la compañía.

Ahora bien, la “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad” ha despertado críticas, sobre todo a la luz de los escándalos financieros que afectaron duramente la credibilidad de los mercados a partir del año 1970. En general, la jurisprudencia estadounidense ha interpretado la regla de modo que la ha llevado un extremo que Keay y Loughrey denominarían “excepcionalismo de los directores” (“*Director exceptionalism*”), lo cual es difícil de defender “en una sociedad cada vez más preocupada por la responsabilidad de actores poderosos”³⁵.

Gevurtz ha argumentado que “la regla esencialmente apoya la proposición de que los directores no son responsables salvo que exista una razón para la cual estos lo sean, como cuando estos violan su deber de cuidado”, lo cual, además de tornar todas las discusiones sobre la regla “inútiles”, comporta que, para declarar la responsabilidad de los administradores por violaciones a su deber de cuidado, “los directores deberán incurrir en un grado mayor de culpa más allá de la negligencia ordinaria”, lo cual deviene, básicamente, en su completa indemnidad frente a potenciales demandas intentadas por los accionistas ante infracciones palmarias al deber fiduciario de cuidado³⁶.

³³ Concretamente, la República Checa, Croacia, Alemania, Grecia, Portugal, España y Rumania, según Cebriá. Véase, Cebriá, Luis Hernando. 2018. “The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule”, *European Company and Financial Law Journal* 15 (1): 41-68. Resulta de interés destacar que algunos países africanos como Sudáfrica y Zimbabue, combinando igualmente el deber de cuidado con la regla de discrecionalidad, han elevado aquel deber fiduciario a un nivel en el cual se exige del director “cuidado, habilidad y diligencia”, según la *Companies and Other Business Entities Act* de Zimbabue. Para profundizar en este tema de interés, se refiere al lector a una bibliografía importante. Véase, Hamadziripi, Friedrich, y Chitimira, Howard, 2021. “A comparative analysis of company directors’ accountability and the statutory duty of care, skill and diligence in South Africa and Zimbabwe”, *Perspectives of Law and Public Administration* 10 (2): 38-49.

³⁴ Manning, Ob. Cit. 4, p. 623.

³⁵ Keay y Loughrey, Ob. Cit. 26, p. 46.

³⁶ Gevurtz, Ob. Cit. 24, p. 288.

De lo anterior parte que el propio Gevurtz propugne la “abolición” de tal regla de discrecionalidad, para prevenir un esquema legal y jurisprudencial que procure la total indemnidad de los administradores societarios³⁷, y autores como Gurrea-Martínez (2015, p. 32) han cuestionado la “deseabilidad económica de la *business judgment rule*”, este último circunscrito al Derecho español, concluyendo que “la implementación de esta regla no resulta necesaria ni, de hecho, deseable en el Derecho español, al menos en los términos en los que ha sido incorporada”³⁸.

2.4.- El contraste entre los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y de la business judgment rule o regla de discrecionalidad: repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores

Considerando los planteamientos sobre el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, comprendiendo este la premisa general de aproximación consistente en un tratamiento indulgente a tales infracciones, los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado y la *business judgment rule* o regla de discrecionalidad, conviene observar el contraste entre los dos últimos componentes y sus repercusiones sobre las acciones sociales de responsabilidad y la revisión judicial de la actuación de los administradores.

Las acciones sociales de responsabilidad existen en una importante cantidad de ordenamientos jurídicos societarios y, por medio de esta, un porcentaje de socios actuando en interés de la compañía acometen la declaración de responsabilidad de un administrador y una reparación de los daños causados por su gestión, generalmente por causa de una conducta “transgresora de la Ley o de los estatutos, o, en su caso, de otro, negligente”, y “puede provenir, tanto de la comisión por acción, negligente o culposa, de un acto que profiera un perjuicio a la sociedad”, en palabras de Calaza López³⁹.

En los últimos años, la noción de gobierno corporativo ha promovido una “optimización del status jurídico del accionista”, que ha sentado las bases para el ejercicio de este tipo de acciones judiciales por parte de los socios en contra de los administradores que violen sus deberes fiduciarios, con arreglo a algunos criterios que la jurisprudencia ha aclarado progresivamente⁴⁰.

³⁷ Gevurtz, Ob. Cit. 24, p. 287.

³⁸ Gurrea-Martínez, Aurelio. 2014. “La cuestionada deseabilidad económica de la *business judgment rule* en el Derecho español”, *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo*, Working Paper Series.

³⁹ Calaza López, Sonia. 2005. “La responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sociales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 12 (1): 15-32.

⁴⁰ Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. “La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (1): 297-321.

Al ejercer los socios una acción social de responsabilidad por violaciones al deber de cuidado, se confía al juez la tarea de decidir si el administrador es responsable o no, examinando los hechos controvertidos para determinar si el administrador actuó con la diligencia y cuidado debido en su proceder, de conformidad con los estándares normativos-conductuales, condicionando su aproximación según el esquema de indulgencia anteriormente explicado, que se le dispensa a este tipo de casos.

Ahora bien, se indicó que los estándares normativos-conductuales del deber de cuidado, bajo los términos en los que se encuentran legislativamente planteados en algunos ordenamientos societarios, adolecen de un grado de generalidad y abstracción que la jurisprudencia no había logrado puntualizar o concretar, en parte por el “problema de la competencia institucional” que, como advierte Gurrea-Martínez, es uno de los justificantes de la existencia de la *business judgment rule*⁴¹.

Así, recae sobre el juez, *prima facie*, la puntualización de los estándares normativos-conductuales de cuidado y diligencia que el director debió dedicar a los asuntos inherentes a su gestión, en atención al caso concreto, lo cual entraña una reconstrucción del proceso decisorio en virtud de la cual el juez deberá examinar, *a fortiori*, los juicios de negocios considerados o ejercidos para verificar el nivel de cuidado empleado (mas no, en ningún caso, lo acertado o no que resultaron).

Sin embargo, la *business judgment rule*, precisamente, le prohíbe al juzgador adentrarse sobre tales juicios de negocios que los administradores expresaron al tomar una decisión, por lo cual invalida los estándares normativos-conductuales de cuidado, al prevenir que el juez los puntualice mediante el examen limitado de los juicios de negocio.

Adicionalmente, también existe, como se explicó, la “business judgment doctrine”, que evita que los jueces desdeñen de los juicios de negocio de los administradores por los suyos propios, lo cual cierra el mínimo margen de posibilidad de que el juez examine el proceso decisorio de la compañía y evalúe los juicios de negocio de los administradores, aun cuando, desde su insolvencia en materia administrativa y financiera⁴² no adelantará opinión alguna sobre el acierto o desacierto de tales juicios.

Finalmente, y excluida la posibilidad de puntualizar los módulos conductuales de cuidado, el juez se verá en la necesidad de recurrir, únicamente, a la *business judgment rule* y a dispensar un tratamiento indulgente a la infracción denunciada, o bien concluir que tal infracción no existe.

⁴¹ Gurrea-Martínez, Ob. Cit. 34, p. 12.

⁴² Noboa Velasco, Ob. Cit. 2.

Lo anterior nos obliga forzosamente a concluir que el modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado es, a lo menos, insuficiente, o bien procura la completa indemnidad de los administradores ante acciones sociales de responsabilidad, lo cual predestina su ejercicio a una desestimación por parte del juez que se verá impedido de considerar el proceso decisorio.

Síntoma de la insuficiencia del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado y de la aplicación rigurosa de la regla de discrecionalidad son los denominados “*special litigation committees*” o comités especiales de litigios en las compañías estadounidenses.

En efecto, como respuesta a las acciones derivativas ejercidas por socios de sociedades mercantiles americanas, las compañías respondieron con aquel tipo de comités especiales de litigio como “una estrategia defensiva”, según Steinberg, compuestos por directores independientes o “*outside directors*”, quienes evalúan la acción planteada por los accionistas y manifiestan si, de conformidad con su juicio de negocios, la acción se encuentra asistida o desprovista de la razón⁴³; en otras palabras, los propios colegas de los administradores cuya responsabilidad se discute decidirán si estos son o no responsables bajo la forma en la que lo plantean los socios de la compañía.

Murdock advierte que “las altas cortes de seis estados (de los Estados Unidos de América) han considerado el poder de los comités especiales de litigios de terminar las acciones derivativas intentadas en contra de miembros de la junta”, citando casos emblemáticos como *Zapata Corp. v. Maldonado*, decidido por la Suprema Corte del Estado de Delaware en ese sentido⁴⁴.

Todo lo anterior traslada a las acciones sociales de responsabilidad a extremos en los cuales privan de sentido su ejercicio por parte de los socios, entendiéndose predestinadas al fracaso, ya por la insuficiencia del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado, por la aplicación rigurosa de la *business judgment rule*, o por la decisión sobre sus méritos por parte de los “*special litigation committees*” estadounidenses.

⁴³ Steinberg, Marc. 1980. “The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Derivative Suits”, *University of Miami Law Review* 1 (2): 1-29.

⁴⁴ Murdock, Charles. 1993. “Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees”, *Washington Law Review* 68 (1): 79-137

3.- Estándares estatutarios determinantes del alcance del deber de cuidado y la ulterior responsabilidad del administrador por infracciones a aquel deber fiduciario

Atendiendo a los explicados problemas inherentes al modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, presentamos una propuesta alternativa que consiste en la estandarización estatutaria de la cautela y diligencia que los administradores deben dispensar a sus obligaciones en cuanto tales.

Para tal propósito, hemos dividido la presente sección en tres partes que intentaremos tratar con la mayor brevedad y claridad, en obsequio a la coherencia del planteamiento: en primer lugar, explicaremos la conveniencia del modelo propuesto como alternativa al modelo normativo; segundo, rescataremos dos premisas fundamentales antes tratadas, a saber, la libertad de acción de los administradores y el esquema de indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario o, *mutatis mutandis*, como regla de aproximación judicial a la responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado; y, en tercer lugar, finalmente, pondremos la definición estatutaria del deber de cuidado por medio de estándares de cuidado con arreglo a ciertas particularidades institucionales o de agencia.

3.1.- La conveniencia de la estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la responsabilidad de los administradores

La estandarización estatutaria del deber de cuidado y de la ulterior responsabilidad de los administradores que proponemos observa dos objetivos principales que definen su conveniencia y oportunidad práctica.

El primer objetivo del modelo propuesto, consiste en la puntualización o determinación estatutaria del deber de cuidado, de suerte que los estatutos sociales logren concretar los estándares normativos-conductuales de cuidado, con arreglo a ciertas particularidades institucionales de la compañía.

De esta manera, se predefiniría conceptualmente el nivel de cuidado, cautela y diligencia que deben ejercer los administradores societarios para entender cumplidos sus deberes fiduciarios y sentar claramente las bases para una ulterior acción social por parte de los accionistas que reclamen la responsabilidad de los administradores sin que aquella esté predestinada al fracaso por el desequilibrio que representa la aplicación rigurosa de la regla de la discrecionalidad.

Asimismo, la estandarización estatutaria del deber de cuidado equivaldría a un marco estatutario de regulación de la discrecionalidad, de conformidad con lo que expondremos en la siguiente sección del presente trabajo.

En segundo lugar, los estándares estatutarios de cuidado lograrían dilucidar las problemáticas denunciadas de la *business judgment rule* para que no resulte aquella pretexto de desestimación de una acción social de responsabilidad al prevenir que se examine el proceso decisorio de la compañía, pero, a su vez, y reconociendo el tantas veces nombrado problema de “competencia institucional”⁴⁵, sin que represente la necesidad de que los jueces examinen el acierto o equivocación de un juicio de negocios al observar predeterminado el nivel de cuidado que recae sobre los administradores societarios.

3.2.- Dos premisas introductorias: el principio de libertad de actuación de los administradores y la confirmación de la indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario

Consideramos que, necesariamente, la estandarización estatutaria del deber de cuidado de los administradores como modelo alternativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al mencionado deber, debe partir de dos premisas inherentes a aquel modelo, que son el principio de libertad de actuación de los administradores y el esquema de indulgencia como condicionante de la vertiente tecnológica del gobierno societario.

En efecto, en tanto los estándares de cuidado reflejados en los estatutos sociales serían un marco estatutario de discrecionalidad y de predefinición de la responsabilidad, aquellos deben considerar que los administradores deben poseer un amplio margen de acción para acordar y ejecutar un plan empresarial en función de la disponibilidad patrimonial de la sociedad mercantil⁴⁶.

Si los estándares de cuidado observan una aproximación prohibitiva a la discrecionalidad de los administradores, pocas o ninguna persona se animaría a asumir las riendas gerenciales de la compañía, y tendría ramificaciones en la propia credibilidad comercial de la compañía.

También deben compaginarse los estándares de cuidado con un efectivo sistema de rendición de cuentas de los administradores, de suerte que exista un constante monitoreo sobre la gestión societaria que velaría por el cumplimiento de los estándares estatutarios de cuidado y advertiría sobre desviaciones detectadas o potenciales de los mismos.

⁴⁵ Gurrea-Martínez, Ob. Cit. 34, p. 12.

⁴⁶ Richard y Muño, Ob. Cit. 11, p. 232.

Igualmente, por razones de agencia y de maximización de valor, la indulgencia como premisa de partida también deberá rescatarse del modelo normativo de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber de cuidado, pero hasta cierto punto: el tratamiento indulgente a eventuales infracciones debe hallarse condicionado a una actuación ética y transparente verificable por parte del administrador societario, como se ha expuesto en la primera sección del presente trabajo.

Así, en una eventual reclamación de responsabilidad intentada por los accionistas en contra de los administradores basados en la violación de un estándar estatutario de cuidado, la carga de la prueba sobre la actuación ética y transparente recaería sobre los administradores para recurrir a la indulgencia como regla de aproximación a su responsabilidad, en caso de que las infracciones al deber de cuidado resulten excusables.

3.3.- Definición estatutaria del alcance del cuidado que el administrador debe observar

Como se adelantó con anterioridad, el modelo propuesto consiste en estándares contemplados en los estatutos de la compañía que definan el alcance del cuidado que el administrador debe observar en el desempeño de su función gerencial, que puntualicen los módulos normativos-conductuales en atención a distintos aspectos institucionales de la compañía específica. Así, la definición estatutaria del deber de cuidado podría considerar como particularidades institucionales, entre otras: el tipo y tamaño de compañía, su rubro comercial, la naturaleza, facultades y atribuciones de la administración de la compañía, la composición accionaria y su proactividad respecto de las decisiones societarias, y las disposiciones de Ley referentes al deber de cuidado.

CONCLUSIONES

Con base en los anteriores planteamientos, destacamos las siguientes conclusiones puntuales:

1. El concepto y tendencias actuales de gobierno corporativo redefine los deberes fiduciarios y su régimen de responsabilidad de la siguiente manera: (i) justificando ambos, deberes fiduciarios y régimen de responsabilidad, en la brecha existente en, y conflictos de intereses derivados de, “la separación de propiedad y control” de las empresas; (ii) la recepción de la influencia de la ética en la gobernanza empresarial como parte de los deberes fiduciarios, y; (iii) la consolidación de la transparencia y auditoría como constantes necesarias y elementos de importancia para que los administradores cumplan sus deberes fiduciarios.

2. El modelo normativo de responsabilidad de los administradores por violaciones al deber de cuidado se encuentra integrado por tres componentes fundamentales: la indulgencia como regla de aproximación a tal modalidad de responsabilidad; estándares normativo-conductuales de cuidado; y la llamada “*business judgment rule*” o “regla de la discrecionalidad”.
3. El tratamiento de indulgencia dispensado a posibles infracciones al deber de cuidado que comprometen la responsabilidad de los administradores obedece a la necesidad de maximizar el valor de la compañía, lo cual permite observar el régimen de responsabilidad, en vez de como un sistema sancionatorio a tales infracciones, como un incentivo normativo a los administradores societarios para que estos ponderen y asuman niveles razonables de riesgos en función de una aspiración de lucro eventual, realizable e ilimitado como parte del concepto de empresa.
4. El ordenamiento jurídico-societario estandariza el deber de cuidado por medio de las nociones abstractas de diligencia del “ordenado empresario” o del “buen hombre de negocios” como un modelo de responsabilidad que parte de la adaptación institucional de las reglas de la responsabilidad extracontractual a la esfera corporativa, aunque tales nociones en la actualidad permanecen abstractas e indeterminadas.
5. La “*business judgment rule*” o “regla de discrecionalidad”, en cuanto regla que se destina a la protección de los juicios de negocios de los administradores societarios, se ha configurado de una forma en la cual limita la revisión judicial de la responsabilidad de los administradores ante denuncias de infracción a sus deberes fiduciarios e invalida la puntualización que pudiere formular el juez de los estándares normativos-conductuales de cuidado, garantizando la plena indemnidad de los administradores y el fracaso *ab initio* de una acción social de responsabilidad, incompatible con las actuales tendencias de gobierno corporativo.
6. Los estándares de cuidado consisten en un modelo alternativo a los estándares normativos-conductuales encaminados a su objetivación estatutaria a los efectos de definir el alcance de la diligencia y cautela que los administradores deben observar en el desempeño de sus funciones ejecutivas y a facilitar la vigencia de un efectivo régimen de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado.
7. El modelo estatutario de estandarización del deber de cuidado y determinación de la responsabilidad de los administradores por violaciones aprovecha el esquema técnico de estandarización normativa del deber de cuidado y de tal responsabilidad por medio de la recepción de dos de sus premisas fundamentales: la libertad de acción que debe confiarse a los administradores societarios para trazar un

plan de empresa y ejecutar iniciativas económicas, y el tratamiento indulgente a eventuales infracciones al deber de cuidado, dependiendo el provecho que puede tomar de este último de que el administrador tenga éxito en probar que ha actuado de una forma ética y transparente en el desempeño de sus funciones.

8. Los estándares de cuidado son, propiamente, definiciones estatutarias del alcance del deber de cuidado que depende de ciertas particularidades institucionales de las compañías, tales como el tipo y tamaño de compañía, su rubro comercial, la naturaleza, facultades y atribuciones de la administración de la compañía, la composición accionaria y su proactividad respecto de las decisiones societarias, y las disposiciones de Ley referentes al deber de cuidado.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdala, Martín. 2014. La aplicación de la denominada *business judgment rule* en el derecho argentino. *Revista de Derecho* 42 (1): 264-284.
- Calaza López, Sonia. 2005. “La responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones sociales”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 12 (1): 15-32.
- Carbonell O’Brien, Esteban. 2018. “El deber de diligencia de los administradores societarios. Alcance y consecuencias del incumplimiento. estudio comparativo entre la legislación española y peruana”, *Estudios de Derecho Empresario* 17 (1): 100-107.
- Carsten Gerner-Beuerle, “The duty of care and the business judgment rule: a case study in legal transplants and local narratives”, en *Comparative Corporate Governance*, ed. por Afra Afsharipour and Martin Gelter (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021), páginas-páginas 220-241.
- Cebriá, Luis Hernando. 2018. “The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule”, *European Company and Financial Law Journal* 15 (1): 41-68.
- Cheffins, Bryan. 2012. “The History of Corporate Governance”, *European Corporate Governance Institute* 184 (1): 1-32.
- Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas. 2003. Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados Financieros y las Sociedades Cotizadas (Nro. 1). Madrid: Comisión Nacional de Valores de España.
- Corporate Laws Committee, ABA Business Law Section. 2020. Corporate Director’s Guidebook – Seventh Edition (Nro. 1). Chicago: American Bar Association.
- Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muíño. 2000. Derecho Societario. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gevurtz, Franklin. 1994. “The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage or Misguided Notion?” *Southern California Law Review* 67 (287): 287- 337.

- Gurrea-Martínez, Aurelio. 2014. “La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el Derecho español”, *Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo*, Working Paper Series.
- Hamadziripi, Friedrich, y Chitimira, Howard, 2021. “A comparative analysis of company directors’ accountability and the statutory duty of care, skill and diligence in South Africa and Zimbabwe”, *Perspectives of Law and Public Administration* 10 (2): 38-49.
- Il Comitato per la Corporate Governance. 2020. *Codice di Corporate Governance*. Roma: Borsa Italiana S.p.A.
- Jiménez Marín, Antonio. 2020. “Sociedades. Responsabilidad de los administradores. LEX ARTIS”. *Blog Law & Trends*. Acceso el 29 de septiembre de 2021, <https://www.lawandtrends.com/noticias/mercantil/sociedades-responsabilidad-de-los-administradores-lex-artis-1.html>.
- Joel Seligman. 2012. *The Transformation of Wall Street: A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*. Washington D.C: Houghton, Mifflin.
- Juan Farina. 1999. *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial*. Editorial Astrea.
- Keay, Andrew and Loughrey, Joan. 2018. “The Concept of Business Judgment”, *University of Leeds Legal Studies* 1 (1): 1-46.
- Laguado Giraldo, Darío. 2004. “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Universitas* 108 (1): 225-279.
- Ludovica De Stefano, “Contrarre con l’impresa: profili soggettivi ed oggettivi” (tesis de PhD, Università degli Studi di Milano-Bicocca, 2019).
- Manning, Bayless. 1984. “The Business Judgment Rule in Overview”, *Ohio State Law Journal* 615 (45): 615-627.
- Manuel Olivencia. 1999. *El buen gobierno de las Sociedades*. (Nro. 1). Fundación ÉTNOR.
- Marcelo Villegas, “*El “corporate governance”, los “deberes fiduciarios” de los administradores y el principio de “creación de valor para los accionistas”*. La regla del “juicio de los negocios” (conferencia, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, Argentina, 2001).
- Morel, Víctor. 2021. “La responsabilidad de los administradores societarios frente a la regla del buen juicio de los negocios o *business judgment rule*”. *Blog AbogadosSDQ*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://abogadosdq.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-societarios-frente-a-la-regla-del-buen-juicio-de-los-negocios-o-business-judgement-rule/>.
- Murdock, Charles. 1993. “Corporate Governance – The Role of Special Litigation Committees”, *Washington Law Review* 68 (1): 79-137.
- Noboa Velasco, Paúl. 2020. “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’”. *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*. Acceso el 13 de septiembre de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/>.
- Paz-Ares, Candido. 2003. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4 (03): 3-61.

- Quintero Bencomo, Rodrigo. 2021. “La noción de gobierno corporativo aplicada al Derecho Societario venezolano: aspectos claves”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 6 (1): 297-321.
- Ramos Herranz, Isabel. 2006. “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, *Anuario de derecho civil* 59 (1): 195-226.
- Silvana Gagliero, “*La responsabilidad de los directores en la Ley de Sociedades*” (conferencia, V Congreso de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Huerta Grande, Córdoba, Argentina, 1992).
- Steinberg, Marc. 1980. “The Use of Special Litigation Committees to Terminate Shareholder Derivative Suits”, *University of Miami Law Review* 1 (2): 1-29.
- The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. 1992. Report of the Committee on The Financial Aspects of Corporate Governance. London: Gee and Co. Ltd.
- Tomás Martínez, Gema. 2015. “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho Civil* 2 (1): 57-103.
- Vicenç Ribas Ferrer, “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades” (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004).