

“La business judgment rule en el ordenamiento jurídico argentino”

por Lorena R. Schneider

1. Introducción:

Los administradores –hace ver Ascarelli¹-, son responsables de la exacta observancia de las normas legislativas y estatutarias fijadas en materia de administración, así como en la ejecución de los acuerdos de asamblea. De la observancia de sus deberes, los administradores son, ante todo, responsables frente a la sociedad y también frente a terceros. Ésta juzga de la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea y, es, por tanto, la mayoría de ésta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad, confiando después su ejercicio a quien crea más oportuno².

¿Qué ocurre con el margen de apreciación discrecional que necesariamente debe asegurarse a los administradores? ¿Debe asegurárseles necesariamente dicho margen? ¿Bajo qué condiciones? ¿Podrá aceptarse, sin más, la posibilidad de dañar a la sociedad o a los terceros a ella se vinculen, en amparo de la indicada discrecionalidad?

Inicialmente, cabe dejar sentado que *discrecional es lo opuesto a lo reglado* y, que *discrecionalidad equivale a libertad*, si bien son numerosos los matices que deben circundar dicha presuposición. Precisamente, en las implicancias que el tema presenta se encuentra el *quid* de la cuestión, dado que tales manifestaciones no son menores.

¹ ASCARELLI, T., “Sociedades y asociaciones comerciales”, (traducción Santiago Sentis Melendo), Ediar S.A. editores, Buenos Aires, 1949, p. 354/8.

² En idéntico sentido VIVANTE, C., “Tratado de derecho mercantil”, versión española de la 1º edición, (traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa), vol. II, ed. Reus S.A., Madrid, 1932, p. 390, en donde se expone la *Acción de los acreedores*, en los siguientes términos: “los acreedores que corren el riesgo de perder su crédito tienen una acción propia contra los administradores y los síndicos para obligarlos a completar el capital social que culpablemente hayan disipado (art. 147). La ejercitan en nombre propio, con el mismo contenido que tendría si fuera ejercitada por los accionistas”. Cabe añadir que la cláusula que actualmente recepta dicha acción es el art. 2394.1 y 2, del Código Civil italiano, al establecer que “la acción puede ser promovida por los acreedores cuando el *patrimonio* (ya no habla de capital social), resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.

Existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su margen de autonomía decisoria puede – eventualmente-, explicarse o justificarse, por las circunstancias propias de la persona jurídica. Asimismo, por situarse en el corazón de la actividad económica de las sociedades de capital además de contribuir a la estabilidad societaria, la discrecionalidad –con adecuados matices-, pretende liberar a los administradores del riesgo de posibles reclamaciones de responsabilidad.

La inspiración de la discrecionalidad empresarial la encontramos en la figura norteamericana de la *Business Judgment Rule*, objeto de la recepción por algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán³ y español⁴, por ejemplo. En otros países europeos, como ocurre con Italia, la *Business Judgment Rule* – aún sin expresa recepción normativa-, juega un papel relevante en la jurisprudencia⁵. Dicha regla califica el *arbitrio* del administrador⁶. Fueron los tribunales quienes decidieron proteger a los administradores sociales en sus decisiones honradas y sensatas al gestionar negocios ajenos, puesto que consideraban que una estricta aplicación del deber de diligencia podía tener efectos disuasorios perjudiciales para el desarrollo económico⁷.

Son cuatro los elementos cuya presencia resulta necesaria para que quede protegida la discrecionalidad empresarial: (i) que el empresario haya actuado de buena fe; (ii) que carezca de interés personal en el asunto objeto de

³ El § 93, 1, 2 *AktG*, recoge la *Business Judgment Rule* de manera muy amplia.

⁴ Art. 226, de la Ley de Sociedades de Capital Española. Puede citarse, además, a Australia, Corporations Act 2001, Sección 180, disponible en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00129>.

⁵ GUERRERO TREVIJANO, C., “*El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de sociedades de capital. La incorporación de las reglas de la Business Judgment Rule al ordenamiento español*”, ed. Aranzadi- Civitas, Cizur menor, 2014, p. 37.

⁶ REYES VILLAMIZAR, F., “*Derecho societario en los Estados Unidos: introducción comparada*”, ed. Legis, 2da. edición, Bogotá, 2005, p. 41, donde advierte: “Es dable recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, se encuentra contenido en tres fuentes diferentes: por un lado, el “*Common Law*”, la “*equity*” y la legislación escrita. Cuando el fallo se profiere en “*equity*” “los principios jurídicos aplicables son adoptados con amplitud por el juez y, aunque la decisión depende en parte de la discrecionalidad del funcionario, éste debe guiarse por los precedentes judiciales sobre hechos semejantes y observar las máximas propias de esa forma de actuación judicial”.

⁷ ALEJOS GARMENDIA, B., “*Los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores de las empresas*”, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 128.

decisión; (iii) que disponga de información suficiente y, (iv) que haya actuado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado⁸. En este contexto, la regla de la “*apropiación indebida*”, se aplica también a los administradores sociales, pues se funda en el deber de lealtad, por cuanto se enfoca a impedir que los administradores actúen de modo infiel o atendiendo a propios intereses⁹.

Así, pues, hay que distinguir las decisiones respecto de las cuales los administradores realizan un juicio discrecional (cubiertas por la *Business Judgment Rule*) y las decisiones no discrecionales, esto es, las que tienen un contenido marcado por la ley, los estatutos o los acuerdos de asamblea. Las segundas no entran en el ámbito de la *Business Judgment Rule*, sencillamente porque el juicio del administrador respecto de si cumplió o no la ley, estatutos o acuerdos, no es un juicio discrecional. En sentido contrario, pues, la inmunidad de las decisiones de gestión empresarial de los administradores alcanza a los casos de *deficiencia de juicio*, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas y, *no los casos en los que el administrador no se ha informado adecuadamente o no ha seguido el protocolo establecido* (sea legal o estatutariamente), para la toma de decisiones o, se ha comportado de forma perezosa o indolente o tiene algún interés personal en la decisión¹⁰.

En otras palabras, cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia ni, por ende, responsabilidad. Por tanto, la regla hace suponer que cuando un administrador ha tomado una decisión empresarial lo ha hecho con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión es beneficiosa para los intereses de

⁸ EMBID IRUJO, J., “La protección de la discrecionalidad empresarial”, en CEBRIA, H., “*Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*”, ed. Bosch, Madrid, 2015, p. 111.

⁹ PAZ- ARES, C., “*La responsabilidad del socio colectivo*”, ed. Civitas, Thomson Reuters, Navarra, reimpresión 2016, p. 44, hace referencia a esta cuestión, para lo cual se apoya en el artículo de DYCK - ZINGALES, en “*Private Benefits of Control: An International Comparison*”, en The Center for Research in Security Prices. Estos autores llevaron a cabo un estudio de un conjunto de transacciones privadas mundiales, pues bien, se llega a la conclusión de que cuanto mayor sea la diferencia entre el valor privado y el valor público de las compañías, mayor será el incentivo a los administradores a la concentración de propiedad, lo que trae como consecuencia una reducción de la liquidez y de los mercados de capitales.

¹⁰ ALFARO, J., “*Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*”, en “Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)”, Jesús Alfaro (Dir), ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2015, p. 326.

la sociedad; y, por esa razón, se establece que cuando un administrador ha actuado de esa manera, los jueces no deberán intervenir “*a posteriori*” sobre la operación o actuación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones adoptadas por los administradores no hubieren sido muy acertadas¹¹.

Surge aquí, sin embargo, el siguiente interrogante: ¿son responsables los administradores que han actuado de buena fe, sin interés personal, contando con la información necesaria o suficiente y conforme a procedimiento, en infracción a una norma o causando daño a la sociedad o terceros? La respuesta debe necesariamente brindarla el sistema de responsabilidad derivado del derecho de fondo y fortalecido por el fuerte sistema de responsabilidad del derecho societario. Ello significa que, para atribuir responsabilidad deben en principio darse los presupuestos que hacen a la responsabilidad, es decir, en primer lugar, debe haberse ocasionado un daño, debe existir un factor de atribución, antijuridicidad y nexo de causalidad. Luego, esta “protección” de la discrecionalidad debe actuar como un “factor de exclusión” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, precisamente, por hacer al *riesgo propio de su gestión*. El riesgo, en este ámbito especial tiene singular relevancia.

2. La necesidad de proteger la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores.

Lo mencionado hasta aquí permite afirmar que existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su autonomía decisoria puede justificarse por circunstancias propias de la persona jurídica. En tal sentido la regla de la discrecionalidad de los administradores *trata de convertir la prestación de los administradores en una obligación de medios* (desempeñar su cargo de forma que se intente lograr el éxito de la empresa) y,

¹¹ *Illinois Appellate Court “Shlensky v. Wrigley”* (1968) y *Supreme Court of Delaware, in re “Aronson v. Lewi”s* (1984). Una recepción explícita de esta regla -que por cierto no ha sido recogida en ninguna “Corporate Law” estatal ni en el RMBCA-, se observa en el ámbito de buen gobierno corporativo en la sección §4.01 Principles ALI.

no en una obligación de resultado (lograr efectivamente el éxito de la empresa)¹². Ello por cuanto, los administradores no están obligados a procurar el éxito; tampoco a tomar decisiones acertadas.

Es la ausencia de certeza que existe al momento de realizar cualquier acción empresarial lo que provoca una situación de duda y malestar, ante la materialización de determinados escenarios. No solo ello, la “*falta de previsibilidad*” y, el “*error humano*”, asimismo, deben quedar fuera del escrutinio judicial. Ello, siempre y cuando, no merezca reproches la conducta del administrador.

Es así entonces, en la responsabilidad de los administradores sociales-, debe examinarse la discrecionalidad empresarial. Su justificación se reduce a que no es posible establecer *a priori* lo que constituye la correcta decisión que se debía tomar. La actividad empresarial viene siempre presidida por la incertidumbre. A esta inseguridad se une la necesidad que las decisiones empresariales a menudo se deban adoptar bajo una fuerte presión temporal, sin que los administradores puedan acceder a toda la información. Decidir en el ámbito de una actividad de empresa, comporta siempre riesgos.

Cuando se tiene que decidir en relación con la introducción en nuevos mercados, el desarrollo de nuevos productos, la creación de nuevas estrategias de organización de los recursos o de comercialización, la de recabar nuevos recursos financieros de los socios o de entidades crediticias, muchas veces no puede tenerse la absoluta seguridad que la decisión será acertada o exitosa. A menudo, además, no hay una única decisión apta para resolver un problema, sino que se abre un abanico de posibilidades cuya repercusión patrimonial y riesgos, así como las probabilidades que éstos se produzcan, son impredecibles.

La discrecionalidad empresarial, además, tiende a garantizar la independencia en la gestión de la empresa, evitando –justamente-, que los

¹² ALFARO, J., “*Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial*”, cit., p. 327. En consideración del autor, la regla 226 del derecho español, puede entenderse como una “concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador” cuando adopta una decisión que no viene determinada por la ley o, en términos semejantes, como una *disgregación entre el estándar de conducta –diligencia-, y el estándar de responsabilidad –actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales, lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción solo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la Business Judgment Rule.*

jueces controlen *a posteriori*, la oportunidad de la decisión adoptada. Precisamente, existen precedentes judiciales que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial y, ello refuerza, la noción de obligación de medios y no resultados. Ello por cuanto, la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio.

Caso por caso, siguiendo el método lógico inductivo, el aparato judicial decreta si la conducta puesta en cuestión se adapta al deber de diligencia. Mantenido y expresado como deber genérico, puede no resultar sencilla la apreciación judicial de los hechos y la interpretación de las normas. La interpretación ha de hacerse en función de las variantes circunstancias que atañen a la estructura interna del órgano de administración, a la empresa y al mercado cambiante en el que se desenvuelve. Las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, son el referente al que acudir. Con todo, ante un estándar legal general o abstracto de la diligencia, es fácil que las interpretaciones judiciales diverjan. Una interpretación demasiado rigurosa de los hechos y las normas que los regula puede provocar consecuencias no deseadas tanto para los socios como para la sociedad. A la inseguridad jurídica que deriva de la variabilidad interpretativa que agudiza la inconcreción normativa del deber de diligencia, se añade un doble defecto del que pecan las decisiones judiciales vertidas sobre temáticas empresariales. De un lado, el hecho que los jueces no son ni tienen porqué ser expertos en temas de gestión empresarial; de otro, la extendida tendencia a sobrevalorar los errores de los actos o acuerdos adoptados en el pasado una vez que se observan los resultados negativos que provocan en el presente y pueden provocar en el futuro¹³.

De manera tal que ésta es una regla que tiene importantes aplicaciones y repercusiones bajo el ámbito del deber de diligencia, más tratándose del deber de lealtad su aplicación es bastante discutible al punto que

¹³ MANDALONIZ, M., “*Inconcreción del deber de diligente administración, disposición del régimen de responsabilidad e inclusión de la regla de la discrecionalidad empresarial (arts. 225 y 226 de la ley de sociedades de capital)*”, en “Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores”, (Alfonso Martínez – Echevarría y García de Dueñas (Dirs), ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 367 y 402/3.

se admite por norma general la inaplicabilidad de “*Business Judgement Rule*” frente a las distintas situaciones de conflicto de intereses¹⁴.

Las razones que conducen a ello pueden resumirse en las siguientes:

i) es evidente que entre los miembros del órgano de administración o entre los distintos directivos de la empresa, normalmente se presentan vínculos muy estrechos que interfieren en la capacidad del órgano de administración de emitir un buen juicio empresarial al momento de valorar una oferta que afecta a uno de sus colegas, así es muy probable que los miembros del órgano de administración autoricen la operación de su compañero, aun cuando medie un conflicto de intereses que pueda perjudicar a la sociedad, sobre la base que en un futuro éstos se comporten de igual forma; ii) en los supuestos que aparejan conflictos de intereses se debe indagar con mucho más detenimiento el normal comportamiento aplicado sobre las conductas diligentes, pues en estos casos se trata de comprobar si en la aprobación de la operación no concurrieron circunstancias injustas (*unfair*), como lo sería por ejemplo, indebidas presiones por parte de los administradores interesados sobre los administradores o accionistas desinteresados que deben decidir la aprobación del contrato o la actuación en conflicto¹⁵.

En coincidencia con Atienza¹⁶, debe decirse que la clave para el ejercicio de la autonomía personal no es la idea de discrecionalidad, sino la de límite, la de que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes. Frente al tradicional liberalismo con que el legislador ha tratado el régimen legal de los administradores en sede de deberes, se plantea la necesidad de que tanto los administradores como los terceros que con ellos se relacionan, dispongan de una *mayor seguridad jurídica*.

Dado, entonces, que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios y no una obligación de resultados, se comprende fácilmente que la jurisprudencia –norteamericana-, creara tempranamente la

¹⁴ HAMILTON, R – FREERS, R., “*The Laws of Corporations in a nutshell*”, 6th edition, ed. Thomson Reuters, Atlanta (USA), 2011, p. 483.

¹⁵ GHEZZI, F., “*I doveri fiduciari degli amministratori nei. Principles of Corporate Governance*”, en *Rivista delle Società*, No. 41, marzo-junio, ed. Giuffrè, Milán (Italia), 1996, p. 465 y s.s.

¹⁶ ATIENZA, M., - RUIZ MANERO, J., “*Ilícitos atípicos*”, ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 96.

regla del juicio o de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*), que tiene, precisamente, por objeto limitar el control judicial de las decisiones empresariales. La regla establece que *los jueces no revisarán materialmente* (su “calidad”), *las decisiones de carácter empresarial* (“decisiones estratégicas y de negocios”), *tomadas por los administradores sociales* (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad), *si el administrador ha tomado determinados recaudos*.

No obstante, la regla del juicio empresarial tiene unos contornos imprecisos. Tal como se hubiera enunciado, la regla tiene origen en una formación jurisprudencial que, en atención a los casos planteados, perfila el ámbito de su aplicación. En consecuencia, en la modelación de la regla inciden diversos factores relacionados con la adopción de decisiones empresariales por los administradores sociales. Lo que resulta indubitado al ámbito de aplicación de la regla es su fundamento primigenio en el cumplimiento del deber de diligencia (*duty of care*) y, a través de éste, en último término, al deber de fidelidad. Este último se adscribe a la finalidad de procurar el interés social y, es desarrollado bajo los parámetros del principio general de la buena fe¹⁷.

Presenta, asimismo, ventajas y desventajas. Entre las primeas pueden mencionarse: i) Estimular a los administradores a ejercer el cargo y a tomar riesgos; ii) Conservar al órgano de administración como último órgano de toma de decisión; iii) Fortalecer el mercado de los administradores; iv) Otorgar mayor seguridad jurídica en el ejercicio de la actividad empresarial y administrativa y evitar el escrutinio judicial; entre otras. En cuanto a las desventajas que la regla presenta, se observan: i) El "riesgo" del esquema anglo-americano puede resultar contrario a la "responsabilidad" del esquema romano-germánico; ii) Resulta arriesgado importar figuras jurídicas que no han sido suficientemente reconocidas¹⁸, entre los más notorios.

¹⁷ CEBRIA, LUIS. H., "El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales", ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 106.

¹⁸ SUESCUN DE ROA, F., "La Business Judgment Rule en los estados unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva", Universitas. Bogotá (Colombia) N° 127: 341-371, julio-diciembre de 2013, p. 361.

Debe advertirse, también, que la discrecionalidad empresarial no puede amparar o alentar un aparente espacio de inmunidad para el administrador, sino que debe hallarse orientada a delimitar con mayor precisión las decisiones estratégicas y de negocio, cuidando celosamente no convertir al administrador en un sujeto prácticamente irresponsable. Su razón de ser se enmarca en la necesidad de limitar el alcance del control judicial en materia de responsabilidad por daños al dejar fuera de este, decisiones genuinamente empresariales.

3. **¿Puede válidamente inferirse la *Business Judgment Rule* de nuestro ordenamiento jurídico? La identidad y correspondencia de sistemas.**

Habiéndose examinado las diversas circunstancias que deben rodear la regla de discrecionalidad empresarial, puede advertirse que se constatan elementos comunes en nuestro ordenamiento jurídico. Tal y como se ha venido estudiando a lo largo de la investigación, la *Business Judgment Rule* ha sido delineada por la tradición estadounidense bajo ciertos y rigurosos parámetros, entre ellos: a) actuar con diligencia; b) con buena fe y sin interés personal; c) con información suficiente, y d) siguiendo los procedimientos. A ellos han sido agregados, en este trabajo, el cumplimiento de la ley y los estatutos, y, la proporcionalidad y razonabilidad, entre otros.

Pues bien, cabe sostener —sin lugar a dudarlo— que el ordenamiento jurídico argentino *admite* y *recoge* —de modo implícito— la regla de la discrecionalidad empresarial. Sin embargo, para sostener firmemente tal premisa, debe —inexorablemente— existir un fundamento jurídico que permita respaldar la idea. En tal sentido, a tal conclusión puede arribarse desde diversas pero sólidas presunciones, como las que seguidamente se exponen:

- a) En primer lugar, puede enfatizarse que la regla de discrecionalidad empresarial se *origina* y se *obtiene* de nuestro propio ordenamiento jurídico, puesto que comparte muchos de los deberes que hacen al desempeño del cargo de los administradores. Esta primera aproximación

se apoya en abundantes disposiciones normativas, como las que seguidamente se detallan para cada elemento:

- i. El *deber de diligencia* surge de los arts. 59 y 274, LGS y, 159, CCyCN; art. 23, ap. VII, LRP.
 - ii. El deber de actuar con *buena fe y sin interés contrario*, surge de los arts. 248, 271 y 272, LGS; arts. 9 y 10 y 159, CCyCN; art. 78, 102, 103, 109, 110, 117, LMC.
 - iii. La actuación *con la información suficiente*, por su parte, surge de los arts. 63, 65, ss. y, ccdtes., LGS, y a ello debe adicionarse que, en su caso, el derecho de información que para el socio se establece en el art. 55, no es limitado para los administradores, sino que éstos pueden y “deben” acceder periódicamente a la información que haga a la entidad, que permita conocer acerca de la marcha de los negocios y su gestión; por último.
 - iv. La actuación *siguiendo los procedimientos*, también se encuentra contenida y se desprende de nuestro ordenamiento. Así, los arts. 58, 59, 60, 200, 201, 202, 212, 221, 224, 234, inc. 1º, 235, inc. 1º, 236, 240, 241, 242, 251, 253, 255, 256, 257, 259, 264, 265, 266, 267, 268, 273 y 274, LGS; arts. 157, 158, 159, 160 y 161, CCyCN; arts. 62, 63, 64, incs. a y b, 65, 70, 72, 73, 133, 136, 138 y 148, LMC y, arts. 2, 23, 26 y, ccdtes, LRP.
- b) En segundo lugar, se infiere claramente la existencia de la regla en nuestro ordenamiento, si tenemos en cuenta que el deber de diligencia de los administradores es una *obligación de medios*, y no una obligación de resultados, lo cual no tiene otro fin que el de limitar el control judicial de las decisiones empresariales. Ello, por cuanto la regla establece que los jueces no revisarán materialmente (su “calidad”) las decisiones de carácter empresarial (“decisiones estratégicas y de negocios”), tomadas por los administradores sociales (y los administradores no responderán por los daños que haya podido sufrir la sociedad); ello, si el administrador ha tomado determinados recaudos. Lo mencionado supone, precisamente, que los administradores no están obligados a procurar el éxito de la compañía aun cuando puedan alcanzar el éxito derivado de tales

decisiones; tampoco han de tomar decisiones acertadas, cuando escojan una de entre varias posibles.

- c) En tercer lugar, porque existen precedentes judiciales¹⁹ que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial, y ello refuerza, precisamente, aquella noción de obligación de medios y no resultados, que pesa sobre la administración social, haciendo ver la dificultad que presenta para el juez revisar determinados hechos que hacen a la órbita de la gestión empresarial. Lo mencionado significa que la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio. Es lo que se ha dado en llamar la *Doctrina de la abstención*²⁰, o de no revisión, según la cual los tribunales deciden no revisar las decisiones de los administradores, con

¹⁹ Entre ellos pueden citarse los siguientes fallos: *Vistalba S.A c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otro s/ nulidad de decisiones assemblearias*, CNCom. Sala A, 11/12/1986, donde fijó: “*si bien la ley no ha previsto la impugnación de nulidad de los actos del directorio y son las resoluciones del mismo en principio inatacables*”; *id.*, *Pereda, Rafael c/ Pampagro S.A.*, Sala D, 22/8/1989; *id.*, *Finkelstein, Simón c/ Sauler S.A.*, Sala C, 13/3/1991; *id.*, *Bellini, Ricardo c/ S.I.S.A.*, Sala B, 5/10/1993; *id.*, *Pisani Marcelo Oscar y otro contra Maderera Futuro SA sobre ordinario*, Sala C, 2/5/2013, un ilustrado fallo de la Dra. Julia Villanueva, integrando el Tribunal los Dres. Juan Roberto Garibotto y Eduardo R. Machin, se resolvió: “*la aprobación de la gestión sólo incide –o puede incidir– sobre la acción social de responsabilidad de los directores, pero no sobre la validez o la nulidad de sus decisiones*”. Así resulta de lo dispuesto en el art. 275 LSC en cuanto establece que “*...la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad se extingue por aprobación de su gestión (...) resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento (5%) del capital social, por lo menos...*”.

²⁰ The *Abstention doctrine* es una doctrina según la cual los tribunales federales pueden elegir no escuchar un caso, incluso si se cumplen todos los requisitos de jurisdicción formal. Hay varias instancias establecidas en las que los tribunales federales generalmente se abstienen. Primero, los tribunales federales se abstendrán en lugar de emitir una orden judicial contra un tribunal estatal, ya sea en un asunto civil o penal. Ver *Klein v Burke Constr. Co*, 260 US 266 (1922); *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971). Segundo, un tribunal federal puede abstenerse si el caso presenta preguntas no resueltas tanto de la ley estatal como de la Constitución federal. En ese caso, la Corte federal generalmente querría evitar el problema constitucional si es posible, pero tampoco quiere que la cuestión de la ley estatal sea incorrecta. Por lo tanto, en una práctica llamada “*abstención de Pullman*”, el tribunal federal puede abstenerse hasta que la cuestión de la ley estatal se pueda resolver en un tribunal estatal. Véase *Railroad Comm'n of Texas v. Pullman Co.*, 312 US 496 (1941). Fuente: <https://www.law.cornell.edu/wex/abstention> (trad. por la autora del presente trabajo).

excepción del caso en el que los demandantes puedan desvirtuar la presunción de buena fe de los administradores.

- d) En cuarto lugar, porque es la misma LGS la que entre sus normas no se ha ocupado de regular la posibilidad de impugnar las decisiones emanadas del directorio²¹, como sí lo ha hecho respecto de los actos asamblearios (art. 251). Dado, entonces, que la ley no autoriza la acción de nulidad contra los actos del directorio —pese a no existir unanimidad en la doctrina y ser escasos los fallos²² que abordaron la cuestión—, puede verse claramente que la gestión empresarial de la entidad, y la posibilidad de que las decisiones emanadas de ese órgano resulten atacables, tornaría dificultosa esa gestión, por el mero hecho de hallarse latente esa posibilidad.
- e) En quinto y último lugar cabe advertir que la decisión del directorio irá acompañada —en la mayoría de los casos— de su inmediata ejecución, lo que tornaría absolutamente abstracta cualquier posibilidad de revisión posterior o ataque eficaz del acto, a excepción —como resulta lógico— del riguroso y severo régimen de responsabilidad social dispuesto por la LGS.

Así, entonces, se advierte identidad y correspondencia suficiente entre los requisitos dispuestos para la regla y los contenidos por nuestro plexo de normas. Algunos de ellos se encuentran establecidos de modo expreso, y

²¹ Es menester puntualizar, sin embargo, que la nulidad de las decisiones de los órganos societarios sí estaba legislada en el art. 353, CCom.

²² Es el fallo del indicado fallo *Vistalba*, que señaló que “la ley 19.550, en punto a las nulidades de los actos de los órganos societarios, en forma alguna autoriza a pedir nulidad que otros actos de los derivados de irregularidades en la constitución de sociedades (arts. 29 y 32), y las emergentes de resoluciones asamblearias, pues se trata del *ejercicio de una acción de nulidad del órgano administrativo que no autoriza la ley*. Contrariamente el voto de la Dra. Míguez de Cantore, en minoría, concedió legitimación al accionista que tiene concreto y legítimo interés y agotó las instancias societarias”. Más recientemente, en fallo: *Noel Carlos c/ Noel Cía S.A.*, la CNCom, Sala B, 19/5/1995, admitió la acción de nulidad contra los actos directoriales. Allí, el Dr. Butty —en minoría— expresó que “la distribución de competencia entre órganos diferenciados que gestionan un interés social de rango empresarial, determina que deban en sus decisiones estar a salvo de impugnaciones, cuando quienes las articulen puedan obtener satisfacción mediante el recurso órgano; cuando la ley otorgue una vía, que es lo que sucede con las directoriales, respecto de las cuales el estatuto societario no reconoce acción específica de impugnación, sin perjuicio del obvio recurso a la asamblea”.

otros, de modo implícito, se desprenden o infieren de nuestro ordenamiento jurídico. Así, lo manifestado permite concluir con sólidos fundamentos jurídicos que, aun cuando nuestra ley societaria no contenga una norma que prevea de expreso modo la regla de discrecionalidad empresarial, pueda la misma deducirse y, por tanto, resultar aplicada a casos concretos. En tales casos, *los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad cuando prueben haber actuado conforme a los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.*

Se advierte, por tanto, que nuestro sistema jurídico tiene plena coincidencia y, así, se identifica con el sistema establecido por la tradición estadounidense, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones para la *Business Judgment Rule*. Sin embargo, cabe observar también la importancia de establecer bases firmes para la interpretación de los deberes y derechos de los administradores que permitan conocer los alcances, precisiones y limitaciones de la regla de nuestro Derecho. A la par de ello, es menester resaltar que la regla de discrecionalidad es un concepto legal de constante evolución, que se ha venido adaptando a los tiempos y a las distintas circunstancias.

Admitir ello supondrá para nuestro Derecho de sociedades un gran desafío, que conducirá a alcanzar la tutela adecuada —*preferente y preventiva*— del interés social y, por tanto, la estabilidad societaria y del tráfico mercantil. Además de ello, ha de considerarse que el análisis de la regla de discrecionalidad, así planteada, resulta insuficiente. Resulta imprescindible indagar una cuestión de singular transcendencia como es la de la *seguridad jurídica*, instituto que ha sido mencionado en diversas oportunidades en este trabajo y, más importante aún, admitir su existencia y la necesidad de su regulación expresa para reforzar el instituto y la estabilidad societaria y de los negocios.

§ 4. **La Business Judgment Rule en el Proyecto de Reformas a la LGS.**

El régimen de la responsabilidad de los administradores se encuentra conformado en texto proyectado en el art. 59, LGS, que cuenta con once párrafos cuidadosamente esquematizados. Con todo, la atribución de responsabilidad al administrador social no resulta un tema simple, debido a que —como se dijo— el sistema de la responsabilidad social se encuentra amparado en el ámbito del derecho privado, por las pautas del CCyCN²³.

Así las cosas, el severo sistema de la LGS en relación con la responsabilidad que pueda ser atribuible a los miembros del órgano de la administración social supone, empero, que para que pueda efectivamente reprocharse a un administrador social eventual responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, deban darse determinados supuestos de singular preeminencia, los que, además, deben concurrir unidos a tal configuración.

Se hubo anticipado que este deber tiene su antecedente en la fidelidad prescripta para el mandatario²⁴ en el viejo art. 1903, CCiv. (vale decir que esa norma no ha sido traída al Código actual), aunque con mayor proyección: el interés de terceros y accionistas y, más atrás, en el deber de buena fe contractual de los arts. 961, 968, 1061 y 1063, CCyCN (anterior art. 1198, CCiv.), añadiendo que la gestión del administrador societario y, antes de ello, su aceptación para desempeñar las funciones configura en sentido amplio —como se expuso— un contrato, de conformidad con los arts. 957 y 961, CCyCN.

²³ H. ROITMAN, *Ley de Sociedades*, *op. cit.*, t. II, p. 881.

²⁴ Entre los que calificaron al administrador como mandatario de la sociedad, cabe citar a C. VIVANTE, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 119 y 236-7, para quien se trata de un mandatario con caracteres especiales, tales como: se le permitía a veces traspasar límites infranqueables para el mandatario, concurren con el voto propio a crear la propia representación y, cuando la han obtenido en el contrato social, la ejercitan irrevocablemente, aun contra la voluntad y sin la confianza de los otros socios. El fundamento de sostener la figura del mandatario era, precisamente, que no responden con sus bienes propios de las obligaciones que contraen en nombre de la sociedad. El autor, además, agregaba que se trataba de un mandatario *temporáneo*, ya que ejercían el cargo sólo por dos años. La postura del autor también puede encontrarse en C. VIVANTE, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 114, donde se fija el carácter jurídico de mandatario del administrador, bajo los mismos argumentos antes indicados: no responder personalmente por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad, mientras se mantienen dentro de los límites del mandato.

En consecuencia, a las mencionadas normas societarias deben adicionarse los arts. 730, 731, 838, 1747, 1724 y 1738, CCyCN, por cuanto el fundamento general de la responsabilidad de los administradores reposa en el ordenamiento de fondo, más precisamente, dentro del sistema general de la responsabilidad civil.

Sin embargo, la responsabilidad atribuible a los administradores se halla supeditada a la acreditación de los extremos que rigen los principios de la responsabilidad de derecho común, por lo que se requiere ineludiblemente la verificación de los presupuestos básicos que la componen, entre los que se cuenta la antijuridicidad, la conducta reprochable del administrador, la existencia de un daño concreto y una adecuada relación de causalidad entre ambos²⁵.

No obstante, la prelación del art. 150 para la responsabilidad civil de la persona jurídica habrá de estarse a la prelación del art. 1709, CCyCN, dispone el siguiente orden: a) las normas indisponibles de este Código y de ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial, y d) las normas supletorias de este Código. Prevalecerán las normas indisponibles contenidas en el Código y la ley especial relativas a la responsabilidad, sobre cualquier otra ley especial.

Existe acuerdo de la doctrina y jurisprudencia en entender que la obligación de los administradores es de medios y no de resultados. Frente a ello, cabe traer a la vista el siguiente proyectado: art. 59, *quinquies*, que de expreso modo expone el carácter de dicha responsabilidad en los siguientes términos: *“los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible objeto de la resolución respectiva”*.

Lo mencionado implica afirmar que existe en la actividad de los administradores un marco variable de discrecionalidad en que su autonomía decisoria puede justificarse por circunstancias propias de la persona jurídica. En tal sentido, la regla de la discrecionalidad de los administradores *trata de convertir la prestación de los administradores en una obligación de medios*

²⁵ *Uranga, Gabriel c Sugmo S.R.L. y otros*, CNCom., Sala C, 15/02/2000.

(desempeñar su cargo de forma que se intente lograr el éxito de la empresa), y no en una obligación de resultado (lograr efectivamente el éxito de la empresa)²⁶. Por cuanto —cabe insistir— los administradores no están obligados a procurar el éxito; tampoco a tomar decisiones acertadas.

Precisamente, existen precedentes judiciales que han hecho ver que no puede el juez inmiscuirse en decisiones de gestión empresarial, y ello refuerza la noción de obligación de medios y no resultados. Ello por cuanto la posibilidad de atacar las decisiones del órgano de administración presenta el riesgo de paralizar el desenvolvimiento de la entidad que se manifiesta a través del directorio.

En coincidencia con Atienza²⁷, debe decirse que la clave para el ejercicio de la autonomía personal no es la idea de discrecionalidad, sino la de límite, la de que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes. Frente al tradicional liberalismo con que el legislador ha tratado el régimen legal de los administradores en sede de deberes, se plantea la necesidad de que tanto los administradores como los terceros que con ellos se relacionan, dispongan de una *mayor seguridad jurídica*.

La inspiración de la discrecionalidad empresarial la encontramos, entonces, en la figura estadounidense de la *Business Judgment Rule*, objeto de la recepción por algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán²⁸ y el español²⁹, por ejemplo. En otros países europeos, como ocurre con Italia, la *Business Judgment Rule* —aun sin expresa recepción normativa— juega un

²⁶ J. ALFARO (DIR.), *Comentario...*, op. cit., p. 327. En consideración del autor, la regla 226 del derecho español puede entenderse como una “concretización legal del deber de diligencia objetivo del administrador” cuando adopta una decisión que no viene determinada por la ley o, en términos semejantes, como una *disgregación entre el estándar de conducta –diligencia– y el estándar de responsabilidad –actuación informada y desinteresada en el ámbito de decisiones discrecionales–*, lo que significa que el estándar de conducta se deja incólume pero su infracción sólo genera responsabilidad fuera del ámbito de aplicación de la *Business Judgment Rule*.

²⁷ M. ATIENZA; J. RUIZ MANERO, *Ilícitos...*, op. cit., p. 96.

²⁸ El § 93, 1, 2 AktG, recoge la *Business Judgment Rule* de manera muy amplia.

²⁹ Art. 226, de la LSC española. Puede citarse, además, a Australia, *Corporations Act 2001*, Sec. 80, en <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00129>.

papel relevante en la jurisprudencia³⁰. Dicha regla califica el *arbitrio* del administrador³¹.

Fueron los tribunales quienes decidieron proteger a los administradores sociales en sus decisiones honradas y sensatas al gestionar negocios ajenos, puesto que consideraban que una estricta aplicación del deber de diligencia podía tener efectos disuasorios perjudiciales para el desarrollo económico³².

Surge, entonces, el siguiente interrogante: ¿son responsables los administradores que han actuado de mala fe, sin diligencia y sin contar con la información necesaria o suficiente en infracción a una norma sin causar un daño? La respuesta la brinda la norma proyectada, pero, sin embargo, debe necesariamente completarse con el sistema de responsabilidad derivado del derecho de fondo.

Ello significa que para atribuir responsabilidad deben, en principio, darse los presupuestos que hacen a la responsabilidad, es decir, en primer lugar, debe haberse ocasionado un daño, debe existir un factor de atribución, antijuridicidad y nexo de causalidad. Luego, esta “protección” de la discrecionalidad debe actuar como un “factor de exclusión” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, precisamente, por hacer al *riesgo propio de su gestión*.

De tal manera, el art. 59 *quinquies* proyectado fija una regla de exención de responsabilidad que se funda en la *incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores*. El objetivo de maximizar el valor de la compañía no es un resultado que pueda obtenerse indefectiblemente aplicando determinadas reglas de conducta. Frente a ello, cabe observar que a través del

³⁰ C. GUERRERO TREVIJANO, *El deber...*, *op. cit.*, p. 37.

³¹ F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho societario en los Estados Unidos...*, *op. cit.*, p. 41, donde advierte: “Es dable recordar que el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, se encuentra contenido en tres fuentes diferentes: por un lado, el *Common Law*, la *equity* y la legislación escrita. Cuando el fallo se profiere en *equity* ‘los principios jurídicos aplicables son adoptados con amplitud por el juez y, aunque la decisión depende en parte de la discrecionalidad del funcionario, éste debe guiarse por los precedentes judiciales sobre hechos semejantes y observar las máximas propias de esa forma de actuación judicial”.

³² B. ALEJOS GARMENDIA, *Los deberes...*, *op. cit.*, p. 128.

texto proyectado nuestro ordenamiento tendrá plena coincidencia y, así, se identificará con el sistema establecido por la tradición estadounidense, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones para la *Business Judgment Rule*.

De esa manera, la regla indicada hará presumir que un administrador ha actuado de manera discrecional y, por tanto, los jueces no deberán intervenir *a posteriori* sobre la operación en cuestión imponiendo su criterio, aun cuando las decisiones no hubieren sido acertadas, lo que supone, o la vuelve, una norma de tutela de la actuación discrecional de los administradores. En tal énfasis, dicha protección debe actuar como un “*factor de exclusión*” para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable por hacer al riesgo de su gestión. Su finalidad es, entonces, la de evitar que las decisiones de carácter empresarial sean sustituidas por las de los jueces.

El fundamento, por demás, reside en observar que los objetivos de la actividad mercantil de cada empresa implican siempre —como se ha dicho— asumir riesgos, de los más variados. En tal sentido, los administradores deberán elaborar objetivos y delinear diversas estrategias, con el fin de aprovechar las oportunidades que el mercado le presente. La toma de este tipo de decisiones impone a los administradores el desafío de escoger una de entre diversas alternativas de negocios, sin poder conocer en muchas ocasiones —*a priori*— si la decisión escogida será exitosa o, de otro modo, si de esa decisión resultará, eventualmente, alguna pérdida o perjuicio para la sociedad que representa. Será imprescindible, por tanto, que los administradores sociales establezcan una determinada estrategia empresarial y una adecuada planificación del riesgo.

En resumidas cuentas, la inmunidad de las decisiones de gestión empresarial alcanza a casos de deficiencia de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas, y no los casos en los que el administrador no se ha informado adecuadamente o no ha seguido el protocolo establecido (legal, contractual o estatutariamente) o se ha comportado de forma perezosa, indolente o tiene interés personal en la decisión. Cuando el administrador actúe de modo diligente, con buena fe, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia, ni responsabilidad.

El art. 59 *quinquies*, entonces, no hace más que receptar de modo expreso la regla de la discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*), aun cuando pueda válidamente sostenerse que en el ordenamiento argentino se encuentra tácitamente admitida, en tanto sus elementos (buena fe, diligencia e información suficiente) surgen y se identifican con los deberes establecidos en nuestro sistema jurídico de normas tanto de la LGS como en el CCyCN³³. Lo manifestado permite concluir que a través de la norma proyectada —art. 59 *quinquies*—, *los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad cuando prueben haber actuado conforme a los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.*

Es la ausencia de certeza que existe al momento de realizar cualquier acción empresarial lo que provoca una situación de duda y malestar, ante la materialización de determinados escenarios. La *falta de previsibilidad* y el *error humano* deben quedar fuera del escrutinio judicial. Ello, siempre y cuando no merezca reproches la conducta del administrador, en los términos del art. 59 proyectado.

Mas allá de todo lo mencionado, y en orden a reforzar la trascendencia de la norma analizada, resulta necesario posar la vista sobre el art. 1763, CCyCN, que ha zanjado el camino para que el art. 59 *quinquies* resulte posible en tanto establece: “*La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o en ocasión de sus funciones*”. Nótese el claro avance en la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica, en atención al art. 43, CCiv. (ley 17.711), que establecía: “*no se puede ejercer contra personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, individualmente, hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ellas*”.

La señalada norma tiene singular relevancia dado el sistema de prelación de normas fijado por el art. 150, CCyCN, y asimismo, da cuenta de la importancia de sostener la premisa que indica que *las malas decisiones empresarias no son prueba de mala fe.*

³³ A ello puede adicionarse, además, la LMC, LRP, entre otras.

En este contexto surge preguntarse cuáles serán las reglas procesales aplicables a esta nueva regla o, más aún, sobre quién recaerá la carga de la prueba. Será, por tanto, tarea de la doctrina y jurisprudencia delinear los contornos, en cada caso particular. Sin embargo, cabe afirmar que, dado que la regla de discrecionalidad empresarial protege las decisiones de los administradores del escrutinio judicial, la parte interesada en impugnar dichas decisiones tiene la carga de demostrar los hechos que puedan rebatir la aplicación de la presunción. A menos que el demandante pueda rebatir la presunción contenida en la regla de discrecionalidad empresarial.

En tal sentido, la regla juega como una *presunción a favor del administrador*, es decir, se presume que los administradores actuaron cumpliendo el estándar de diligencia a menos que se pruebe que concurrió en dicha conducta una infracción de su deber lealtad —el administrador incurrió en un conflicto de interés de la sociedad.

Sobre ello, debe decirse que el art. 1734, CCyCN, establece que, “*a excepción de disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*”, es decir, en este caso, el administrador. Sin embargo, el principio de carga de la prueba en nuestro derecho no es absoluto, en tanto el art. 1735 del mismo cuerpo establece que “*el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla*”³⁴.

Desde otro punto de vista, pero íntimamente relacionado con el tema que se analiza, merece especial mención el hecho de que el texto proyectado incorpora ahora la posibilidad de *impugnar* las resoluciones emanadas del órgano de administración social. Como se sabe, en la actualidad la LGS no regula dicha posibilidad, ya que en virtud de los arts. 251 y 252, exclusivamente, podrán atacarse o suspender la ejecución de los actos de gobierno.

³⁴ En ese sentido, puede citarse la ley alemana (§93, 1, 2 y 3, *AktG*), que al receptar la regla de la discrecionalidad empresarial dispone expresamente: “*de discutirse si han aplicado la diligencia de un administrador ordenado y leal, les corresponderá la carga de la prueba*”. Así, la *AktG* pone en cabeza del administrador la carga de rechazar y probar las acciones en su contra.

Pues bien, el art. 20 que cobija nuevamente aquí, dentro de la esfera general de la ley, los arts. 251 y 252 antes indicados (que en el texto proyectado remiten al art. 20), trae la novedosa posibilidad de atacar actos del órgano de administración por: *falta de competencia atribuida por la ley, contrato o estatuto y por las mismas causales establecidas para atacar actos asamblearios*.

Y agrega, como una limitación, que no serán impugnables debido a *criterios empresarios o de negocios*, lo que refuerza enormemente la regla de discrecionalidad introducida en el art. 59 *quinquies* y, tampoco —como es lógico—, serán impugnables las resoluciones que no causaren daño, ya que, como se ha indicado en ciertos precedentes, no puede haber nulidad por la nulidad misma.

5. Notas finales:

A la luz de lo mencionado hasta aquí, es menester señalar la importancia del art. 59 *quinquies* proyectado, en tanto —como se dijo—, fija una regla de exención de responsabilidad que *se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores*, del mismo modo que el sistema establecido por la tradición norteamericana, Alemania, España, Australia y otras importantes legislaciones que expresamente han recogido la *Business Judgment Rule*.

En virtud de lo expuesto, cabe sostener firmemente la idea que lo discrecional³⁵ -aquello que se hace *libre y prudentemente*-, es lo opuesto a lo reglado, y que como se señalara discrecionalidad equivale a libertad; empero, las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes (límites). Si bien estamos en el ámbito de la autonomía de la voluntad pueden observarse aquí dos objetivos un tanto difíciles de conciliar: 1) la *seguridad en el desarrollo de la gestión social*, por un lado, junto con la *estabilidad societaria* y, por el otro, 2) el *necesario control y supervisión de la actividad*, que deben llevar a cabo los administradores.

³⁵ RAE, <http://dle.rae.es/?id=DsxCEW8>.

Ello cobra aún mayor relevancia si tenemos en cuenta la tendencia a la globalización, el avance tecnológico y la modernización que ha protagonizado nuestro Derecho de sociedades en las últimas décadas. Hoy no es difícil imaginar a un administrador que participe de sus reuniones directoriales a miles de kilómetros de distancia, de hecho, el Derecho ha debido ocuparse de ello. Tampoco es difícil imaginar un alto directivo de una compañía que sus líneas medias adopten y ejecuten decisiones de enorme envergadura sólo con la supervisión remota de aquel, por estar en otro lugar del hemisferio o, simplemente, por haber diversificado la gestión o así distribuido con ello su autoridad, si la talla de la entidad así lo exige. Y más aun, los casos en que deben tomarse resoluciones por apresuramiento y urgencia – ante fuerte presión temporal-, que den lugar a decisiones azarosas, por tanto, de gran riesgo. Todos estos supuestos hacen que resulte imprescindible “tutelar” la discrecionalidad empresarial.

Llegados a este punto debe decirse que cuando el administrador actúe con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento, no puede haber infracción del deber de diligencia y, por ende, responsabilidad porque justamente de darse estos supuestos estaremos ante lo que puede denominarse “protección de la discrecionalidad” que actuará como un *“factor de exclusión de responsabilidad”* para los casos en que se evidencie que el error en la actuación del administrador no le resulta imputable, por hacer al riesgo propio de su gestión.

Por consiguiente, se estima que los responsables de las decisiones harán mejores elecciones si confían en que sus evaluadores sean justos y si esperan que su decisión se juzgue por el modo en que se toma y no por el resultado que se obtiene, justamente, porque aquello de que el deber de diligencia de los administradores es una obligación de medios y no una obligación de resultados lo cual no tiene otro fin que el de limitar el control judicial de las decisiones empresariales. En consecuencia, los administradores no están obligados a procurar el éxito de la compañía aún cuando puedan alcanzar el éxito derivado de tales decisiones; tampoco están obligados a tomar decisiones acertadas, cuando escojan una de entre varias posibles.

Por el contrario, es necesario remarcar que para que ello pueda darse los administradores deben poder actuar dentro de un margen *razonable* de discrecionalidad siempre y cuando sus decisiones, -las malas o desacertadas-, tomadas dentro del marco antes establecido puedan ser calificadas como *honradas y sensatas*. La elección de una entre varias alternativas razonables y, asimismo, las decisiones tomadas de manera errada no deben calificarse de manera contraria al deber de diligencia ni deben contradecir a su responsabilidad, aunque luego se demuestre que no fue una decisión acertada.

En este contexto, la regla pretende promover una mayor innovación y la asunción de nuevos riesgos. En otras palabras, la regla de exención de responsabilidad se funda en la incertidumbre que rodea la actuación gestora de los administradores. Cuando se tiene que decidir en relación con la introducción en nuevos mercados, el desarrollo de nuevos productos, la creación de nuevas estrategias de organización de los recursos o de comercialización, la de recabar nuevos recursos financieros de los socios, o de entidades crediticias, muchas veces no puede tenerse la absoluta certeza que la decisión será acertada o no y, mucho menos, si llegará a ser exitosa. A menudo, además, no hay una única decisión apta para resolver un problema, sino que se abre un abanico de posibilidades cuya repercusión patrimonial y riesgos, así como las probabilidades que éstos se produzcan, son impredecibles e imprevisibles.

En estos casos la responsabilidad habrá de recaer sobre la sociedad, sencillamente, porque sería injusto culpar al administrador por situaciones que hagan de error humano o que escapen de las posibilidades humanas de haberlo conocido de antemano, pero, asimismo, porque ha llegado a considerarse que el riesgo de que la compañía sufra daños por la actuación más o menos osada del administrador es un precio que los accionistas están dispuestos a pagar a cambio de retener las ganancias derivadas de esa asunción de riesgo por parte del administrador. De ahí que el administrador deba responder no por los resultados (ese es el riesgo asumido por los accionistas), sino por la forma o el procedimiento en que se tomaron las decisiones dañosas.

Pese a ello, la cuestión no resulta tan simple. El órgano de administración no podrá ampararse sin más-, y pretender que cualquier decisión pueda ser tenida como errada, equivocada o desacertada bajo los pretextos del

error humano o decisiones desacertadas en tanto que su obligación es de medios y no de resultados para así eludir la responsabilidad que le quepa. De resultar ello posible estaríamos en un ámbito de inmunidad o dispensa y, por tanto, confusión y absoluta inseguridad jurídica que conduciría, no solo a alivianar nuestro sistema de responsabilidad social, sino que, además, daría lugar a conflictos de intereses y a los problemas típicos entre agencia y propiedad. Por tanto, el administrador social para proteger la discrecionalidad en sus decisiones no solo deberá demostrar haber actuado con buena fe, sin interés personal, con información suficiente y siguiendo el procedimiento; *deberá también, demostrar que no ha causado un daño a la sociedad o a terceros vinculados a ella.*

A la luz de todo lo mencionado, resulta menester traer a la vista algunos textos que del Derecho comparado (EE.UU., Alemania, Australia, España), han manifestado y, así lo han establecido en sus normas, la enorme significancia que la regla de discrecionalidad empresarial tiene en la actualidad, ello por cuanto, si el administrador ha cuidado celosamente aquellos presupuestos que protegen la discrecionalidad de sus decisiones, aun cuando hayan asumido un gran riesgo, pues deben quedar fuera del escrutinio o revisión judicial, tales decisiones. No sólo porque esas decisiones, cumplidas aquellas condiciones, deben quedar necesariamente fuera del ámbito de la revisión judicial sino, además, por cuanto resulta imprescindible quitar incertidumbre al administrador para que ajuste su conducta al ordenamiento vigente y, asimismo -quizás ello sea más importante-, porque a la inseguridad jurídica que deriva de la variabilidad interpretativa que agudiza la inconcreción normativa del deber de diligencia, se añade un doble defecto del que pecan las decisiones judiciales vertidas sobre temáticas empresariales.

En tal sentido, cabe sostener firmemente la enorme mejora que significa el art. 59 *quinquies* proyectado. Sin embargo, no puede dejar de advertirse, también, que *aun no habiendo sido regulada por nuestro derecho los administradores sociales podrán rechazar la reclamación de responsabilidad cuando prueben los requisitos de aplicación de la regla a sus decisiones discrecionales.* En tal escenario, es nuestro propio ordenamiento jurídico el que contiene plena identidad con los requisitos que hacen a la procedencia de la

regla de discrecionalidad (*Business Judgment Rule*), aun cuando ello suceda de modo tácito.

Debe decirse, entonces, que sólo si hay *certeza* puede lograrse un ámbito de confianza y previsibilidad que necesariamente requiere la alta dirección. Allí la importancia del art. 59 *quinquies* y la necesidad de su necesario tratamiento legislativo, pues, sólo con seguridad jurídica -sólida, sostenida en el tiempo y que no dependa de vaivenes políticos o económicos-, puede alcanzarse la anhelada calidad y respeto por las instituciones. Los beneficios derivados de la mejora de las condiciones de seguridad jurídica, protección de las decisiones discrecionales y, por tanto, la estabilidad societaria no se limitan únicamente a la protección de las relaciones *intra* y *extra* sociales sino que, además, benefician a los terceros que con ella contratan a las relaciones de internacionalización de las empresas en virtud de la confianza que ello despierta a inversores externos, volviendo más competitiva a la sociedad, internamente y en el tejido económico mundial. La función del Derecho es aquí fundamental por cuanto, ha de servir como medio para superar los conflictos de intereses.

Alcanzar dichas ideas y, asimismo, concebir que las libertades sólo pueden ejercitarse dentro de ciertos márgenes -estrictamente establecidos-, favorecerá reducir la incertidumbre en la toma de decisiones sociales y, por ende, brindará -como se dijo-, una *mayor seguridad jurídica lo que redundará en garantizar la estabilidad societaria y, además, contribuirá a reforzar la posición jurídica de socios y administradores sociales* y, así, podrá otorgarse *mayor fijeza a sus acuerdos y resoluciones sociales*.-