



**BUSINESS JUDGMENT RULE: ORIGEN,
APLICACIÓN Y DESARROLLO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

***BUSINESS JUDGMENT RULE:
ORIGIN, APPLICATION AND DEVELOPMENT
IN THE COLOMBIAN LEGAL ORDER***

ALEJANDRO GÓMEZ

PAULA MIRANDA

MARÍA PAULINA SANTACRUZ*

*Fecha de recepción: 2 de mayo de 2019
Fecha de aceptación: 26 de mayo de 2019
Disponible en línea: 30 de junio de 2019*

RESUMEN

El presente trabajo es un acercamiento al concepto del Business Judgment Rule, pasando por los orígenes en el derecho anglosajón, su fundamento o justificación y su aplicación en el derecho colombiano. Se expondrán los problemas que se podrían llegar a dar o que se han dado en Colombia al incluir esta figura jurídica en el ordenamiento colombiano. Las principales dificultades frente a esta regla se refieren a: i) las acciones en contra del administrador; ii) la incongruencia de las entidades en la aplicación de la regla de discrecionalidad; y iii) el desarrollo superficial de la Business Judgment Rule en la Superintendencia de Sociedades.

Palabras clave: *business judgment rule* o regla de discrecionalidad; trasplante jurídico; deberes de administradores; acciones en contra del administrador.

* Estudiantes Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

ABSTRACT

This paper is an approach to the main features of the Business Judgment Rule. In this way, we will talk about the origins of this rule, going through the main decisions in which the rule has been used; the justification of the rule and the way it has been used in Colombia. We also introduce the problems that could arise by including this figure in the Colombian legal system. The main difficulties regarding this rule are: i) Actions against the administrator; ii) Inconsistency of the authority in the application of the discretion rule; and iii) Superficial development of the Business Judgment rule in the Superintendency of Societies.

Keywords: business judgment rule; legal transplant; presumption of fault.

INTRODUCCIÓN

En el marco del mundo empresarial, la asunción de riesgos hace parte del desarrollo de las funciones que debe desempeñar un gerente, director o administrador en su día a día. El universo de los negocios está sujeto a un alto nivel de volatilidad, el cual hace poco previsible el desenlace de los acontecimientos, aún cuando se actúa de forma cuidadosa, diligente e informada.

En este contexto, surge la idea del “Business Judgment Rule” (en adelante BJR) o regla de discrecionalidad judicial, la cual, a grandes rasgos, promueve un principio de abstinencia judicial en el cual los jueces reducen su intervención frente a las decisiones de los administradores o gerentes de las compañías, siempre que éstas hayan sido tomadas de buena fe, en función de los intereses de la sociedad y con base en la información adecuada. En palabras de Marcela Castro de Cifuentes:

“[E]n el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, en últimas, un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las Cortes no entran a cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. Esta sana actitud de los tribunales bajo el common law, que respeta la independencia y criterio de los administradores en

*cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la regla de la discrecionalidad*¹.

Así pues, se observa que esta regla se fundamenta en el respeto por la independencia de los administradores, siempre que sus actuaciones hayan sido razonables y fundamentadas según las condiciones particulares del caso².

Ahora bien, se trata de una figura que nació en el derecho anglosajón y fue trasplantada por la Superintendencia de Sociedades (en adelante “SS”) al ordenamiento jurídico colombiano. En este artículo planteamos como tesis, que la aplicación de la regla de la discrecionalidad de los negocios en Colombia ha tenido o puede tener algunas falencias e incongruencias. Para concluir lo anterior, es preciso observar el origen y la aplicación en Colombia de este principio, pasando por la legislación vigente y la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades. Con base en este recorrido expondremos las posibles falencias que ha tenido, o que puede llegar a tener la aplicación del BJR o regla de discrecionalidad en nuestro ordenamiento.

1. ORIGEN DEL BUSINESS JUDGMENT RULE

Este principio nació en los EE.UU, a finales del siglo XIX, a través de decisiones jurisprudenciales. El primer pronunciamiento realizado sobre el BJR se dió en una Corte de Ohio, en el caso *Dodge v. Woolsey* (1885)³. En éste, se declaró que, para que un accionista pueda demandar judicialmente a su sociedad, tal acción debe tener una justificación, que provenga bien de una acción de los administradores que se encuentre por fuera de las competencias y autoridad que les fueron otorgadas por los estatutos, o que represente una transacción fraudulenta, o también en aquellos eventos en los que los directores estén actuando en interés propio, en perjuicio de la sociedad y de los derechos de los accionistas.

1 Marcela Castro de Cifuentes, La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano, En: Revista de Derecho Privado, junio de 1986. At. 126.

2 De acuerdo con Alejandro Linares: “*en virtud de esta regla, los administradores son autónomos en la toma de sus determinaciones, siempre que sus decisiones sean debidamente fundamentadas, tal como lo haría un buen hombre de negocios. De esta manera, los jueces no deben cuestionar las decisiones de negocios de los miembros de una junta directiva de una sociedad, si estas decisiones fueron tomadas con base en análisis razonables y fundamentados, de acuerdo con las circunstancias existentes al momento de la toma de la decisión*”. (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sociedades-y-economia-solidaria/la-regla-de-la-discrecionalidad-y-la> [15 de Enero del 2013])

3 Supreme Court of Michigan. *Dodge v. Ford Motor Co.* February 7, 1919.

En este sentido, si bien no se establece de forma expresa el principio, por vía negativa debe entenderse que se estableció un límite a la capacidad del accionista (y, por ende, a la competencia del juez) para adelantar acciones en contra de la sociedad y de los administradores, pues debe haber una justificación de éstas. No basta con que se demande *cualquier* decisión tomada por los administradores que haya causado pérdidas o perjuicios para la sociedad.

Posteriormente, la regla de discrecionalidad fue formulada de manera más explícita en octubre de 1888, por la Corte de Apelaciones de Nueva York, a través de la decisión en el caso *Leslie v. Lorillard*⁴. En el caso, la Corte decide que aquellas decisiones que se encuentran dentro del margen de discrecionalidad de los administradores de una sociedad y que no representen un fraude, colusión o conspiración en contra de uno o varios accionistas o terceros, no deberían ser objeto de demanda judicial, por cuanto no es competencia de los jueces juzgar la conveniencia económica de las decisiones administrativas de una junta directiva.

Otro pronunciamiento relevante que ha sostenido la aplicación del BJR se dió en *Kamin vs American Express (1976)*⁵. Tras una decisión de la junta directiva, dos accionistas minoritarios demandaron a American Express y a su junta directiva por considerar que la actuación de los directores había sido negligente. La corte se preguntó si debía intervenir en una actuación de buena fe realizada por los directores de una compañía, desafiando de esta forma su autonomía. Argumentando que los asuntos puramente comerciales, relacionados con las ganancias o pérdidas de una compañía, los precios del mercado o las ventajas tributarias, no debían resolverse en los estrados judiciales sino en las salas de las juntas directivas, la corte se abstuvo de declarar la responsabilidad de las directivas de American Express. Adicionalmente, manifestó que las cortes no deben dilapidar sus recursos para realizar juicios posteriores sobre las decisiones de los administradores.

En *Aronson vs Lewis (1984)*⁶, un accionista de la compañía Meyers Parking System alegó ante una corte del estado de Delaware que las directivas de la empresa habían sido irresponsables en el manejo de las finanzas corporativas al otorgarle al fundador de la empresa (Sr. Fink) un generoso y costoso contrato. El acuerdo establecía entre otras cosas, que la remuneración del Sr. Fink se mantendría independientemente de su capacidad para realizar el trabajo. La corte

4 New York Court of Appeals. *Leslie v. Lorillard*, 110 N. Y. 519, 18 N. E. Rep. 363.

5 Supreme Court NY. *Kamin vs American Express Co. County*, Part 1, 1976.

6 Delaware Supreme Court. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 1984 Del. LEXIS 305 (Del. Mar. 1, 1984).

concluyó que no juzgaría las decisiones de las directivas puesto que el BJR implica una presunción en la cual se considera que los administradores de una compañía actúan de buena fe, de manera informada y con la honesta creencia de que sus actos serán beneficiosos para la sociedad. Por ello, para que un juez entre a valorar decisiones empresariales es necesario desvirtuar dicha presunción.

De los anteriores pronunciamientos judiciales, se puede observar que los tribunales estadounidenses han impulsado la aplicación del BJR con el fin de respetar las decisiones empresariales y económicas que tomen los directivos de las compañías. Para ello, han fijado una serie de elementos esenciales del BJR. En primer lugar, es claro que no toda actuación de los administradores que ocasionen perjuicios a una sociedad implica la responsabilidad del administrador. En segundo lugar, los jueces consideran que únicamente cuando el administrador se ha extralimitado en sus funciones o ha hecho fraude a la ley es posible condenarlo, por ello, en los demás escenarios el juez deberá abstenerse de entrar a valorar la decisiones. Por último, es importante mencionar que el BJR genera una presunción en favor de la buena fe del administrador, lo cual implica que, para que un administrador sea declarado responsable es necesario desvirtuar dicha presunción.

Finalmente, es importante destacar que aun cuando este principio surgió en el derecho anglosajón y es en él donde ha tenido su mayor desarrollo, otros Estados de tradición civilista han buscado incorporar el BJR en sus ordenamientos jurídicos ya sea por vía legislativa⁷ o mediante decisiones jurisprudenciales. Lo anterior, dadas las virtudes que trae su aplicación para el desarrollo ágil de los negocios, las cuales son presentadas en el siguiente acápite.

2. JUSTIFICACIÓN DEL BUSINESS JUDGMENT RULE

Teniendo claro el concepto y el origen del BJR, es pertinente dedicar un espacio a exponer la trascendencia e impacto de esta regla tanto en el ámbito jurídico como en el económico.

El primer efecto de la regla de discrecionalidad está relacionado con los incentivos que genera frente a las actuaciones de los administradores. Gracias a esta regla, los administradores pueden tomar decisiones y asumir riesgos sin el temor a ser sometidos a un escrutinio judicial posterior, siempre y cuando

7 Tal es el caso de España que, mediante la Ley 31 de 2014 incorporó la BJR a la Ley de Sociedades de Capital, concretamente al artículo 226.

dichas actuaciones hayan sido efectuadas de buena fe y con el debido cuidado. De esta forma, la regla de discrecionalidad logra evitar que los administradores sean inactivos y que sus decisiones sean extremadamente conservadoras⁸. El principio del BJR busca entonces alinear los intereses de los administradores con los de los socios, impulsando a los primeros a tomar decisiones más arriesgadas con el fin de obtener mayores utilidades y así maximizar los ingresos de los socios⁹.

También es relevante mencionar que el BJR implica un voto de confianza en el mercado y es por esto que esta regla también encuentra fundamento en la no intervención estatal en los asuntos económicos. Por ello, las cortes no consideran necesario que los operadores judiciales monitoreen las decisiones empresariales puesto que el mismo mercado se encarga de realizarlo castigando las decisiones negligentes. Esto se refleja, en que los socios y accionistas pueden forzar, a través del voto, la renuncia de los administradores cuando su actuar no haya sido satisfactorio. La posibilidad de ser despedido, junto con las consecuencias reputacionales que ello implica en mercados laborales altamente competitivos, incentivan a los administradores a ser diligentes y eficientes en su actuar. Es por eso que las fuerzas del mercado cumplen a cabalidad la función de orientar y moldear la conducta de los administradores, sin necesidad de intervención estatal a través del poder judicial.

Además, la regla de discrecionalidad implica proscribir el fenómeno del “Second Guess Decision”, lo cual implica rechazar aquellas valoraciones que son realizadas con posterioridad a la toma de una decisión, teniendo mejor información y mayor conciencia de las posibles consecuencias. Para los defensores del BJR, el Second Guess Decision es particularmente nocivo en el ámbito judicial, puesto que los jueces no son hombres de negocios y por ello no entienden las circunstancias en las que un administrador debe tomar decisiones difíciles, que a la postre pueden ser positivas o negativas en el desarrollo de las empresas. El permitir juicios de responsabilidad a partir de valoraciones posteriores que se realizan desde una posición mucho más cómoda y favorable, es sumamente injusto con los directores.

8 Así lo ha dicho Feuer: “La tendencia de las Cortes a no interferir con las decisiones tomadas de buena fe en el ejercicio de su discrecionalidad por los administradores se ha justificado sobre la base de que soporta todo el sistema capitalista americano, alegando que de no ser así, la toma de riesgos típica en el mundo de los negocios se vería diluida al penalizarse conductas que incluyen la toma de riesgos mencionada” (Feuer Mortimer, *Personal liabilities of corporate officers and directors*, En: Prentice Hall, 1974. At. 28).

9 Felipe Suescún De Roa, *The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva*, Universitas, 2013.

En relación con lo anterior, el BJR también protege a los administradores de un fenómeno conocido en EE.UU. como “Hindsight Bias” o sesgo retrospectivo. Según éste, los jueces suelen cometer el error de asignarle una alta probabilidad de ocurrencia a un evento por el simple hecho de que terminó ocurriendo. Nuevamente, se busca impedir que los administradores sean juzgados en un contexto distinto al del mundo empresarial y bajo unas condiciones que distorsionan las particularidades de los hechos al ser analizados a posteriori.

Por último, la norma también promueve la economía judicial, impidiendo que todo tipo de decisiones empresariales sean llevadas ante la justicia, contribuyendo así a la descongestión de los tribunales, evitando que los jueces se desgasten resolviendo asuntos de carácter eminentemente empresarial y ahorrando los recursos de los sistemas de justicia.

Esta serie de ventajas no pasaron desapercibidas para la entidad competente en Colombia de conocer los procedimientos mercantiles sobre responsabilidad de los administradores: la Superintendencia de Sociedades¹⁰. Sin embargo, la regla de discrecionalidad no tiene una consagración explícita en la legislación, por lo que la SS comenzó a aplicarla a partir de sus decisiones jurisdiccionales. Este trasplante jurídico se expone a continuación.

3. APLICACIÓN EN COLOMBIA

La presente sección expone de manera general el régimen actual que guía la conducta de los administradores en Colombia. Posteriormente, presenta la evolución de la jurisprudencia de la SS que permite concluir que la entidad respalda la aplicación de la regla de discrecionalidad en el ordenamiento colombiano.

3.1. Normas en el Código de Comercio¹¹ y en la Ley 222 de 1995 (en adelante “Ley 222”)¹²

El artículo 200 del Código de Comercio establece un régimen de responsabilidad para los administradores, en virtud del cual éstos responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados a la sociedad, a los socios o a terceros, por un actuar doloso o culposo. Asimismo, la norma fija una serie

10 Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. Artículo 24. 12 de julio de 2012 (Colombia).

11 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. 16 de junio de 1971 (Colombia).

12 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156.

de presunciones de culpa. Finalmente, la norma determina la imposibilidad de absolver o limitar las responsabilidades del administrador al valor de las cauciones que éste haya prestado para ejercer el cargo.

El régimen descrito en el párrafo anterior se mantuvo hasta 1995, cuando con la expedición de la Ley 222, se consagró un estatuto de los administradores que estructuró en mayor medida y de manera más detallada y sistemática los deberes, responsabilidades y sanciones a las que estarían sujetos los administradores en razón de su cargo.

En concreto, el artículo 23 de dicha ley define los principios generales que deben observar los administradores, así como una serie de deberes legales específicos derivados de su cargo. Esta norma configuró un avance crucial en cuanto al estándar de conducta, exigiendo al administrador el deber de obrar “*de buena fe, con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”.

De manera general podría afirmarse que los deberes anteriores configuran un estándar de conducta exigente derivado de los llamados “deberes fiduciarios” de los administradores, que como varias de las instituciones societarias, tiene origen en el derecho anglosajón.

En primer lugar, el deber de buena fe consagrado en el estatuto de los administradores hace referencia al concepto general de buena fe en el derecho privado, y de él se derivan los demás deberes en cabeza del administrador de la sociedad. Se refiere a la “actitud leal en el desempeño de las funciones del administrador”¹³. En segundo lugar, el deber de lealtad implica que todas las actuaciones de los administradores deben estar orientadas al interés de la sociedad, absteniéndose de tomar decisiones con base en intereses que resulten conflictivos con el interés social¹⁴. Por último, en cuanto al deber de diligencia o cuidado, el profesor Reyes¹⁵ señala que “*las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplirse con una forma de particular de diligencia que representa una forma de actuar, propia de personas conocedoras de las técnicas de administración*”.

El estándar de comportamiento del buen hombre de negocios implícito en el deber de cuidado o diligencia, representa un cambio en relación con las normas tradicionales del Código Civil, que establecen el estándar del buen padre de fa-

13 Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo I, Ed. Temis, 2016.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

milia. Y es precisamente a partir de este elemento que se ha desarrollado en la jurisprudencia de la SS el trasplante jurídico del concepto del BJR.

3.2. Jurisprudencia de la SS

Una vez aclarado el panorama normativo sobre el régimen de responsabilidad de los administradores y la ausencia de una consagración normativa de la regla de discrecionalidad, es pertinente pasar a analizar cómo la SS desarrolló y aplicó esta teoría en sus decisiones jurisdiccionales. A continuación, se presentan algunos casos representativos al respecto.

*Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez (Pharmabroker SAS)*¹⁶

En esta decisión proferida en diciembre de 2013, la SS acude por primera vez, sin decirlo expresamente, al BJR o regla de discrecionalidad. En este caso, los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad de Alexander Ilich León, representante legal de Pharmabroker SAS, por los perjuicios generados a la empresa al fijar una política de precios en ejercicio de sus funciones como administrador. En sus consideraciones, la entidad es muy clara al señalar que:

“[...] no le corresponde a esta entidad, en ejercicio de facultades jurisdiccionales, escudriñar las decisiones de negocios que adopten los empresarios, salvo en aquellos casos en los que se acrediten actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés”¹⁷.

Por consiguiente, la SS resuelve desestimar las pretensiones de la demanda, al encontrar que la política de precios fijada por el señor León consiste en una decisión de negocios en la cual no debe inmiscuirse el juez, al no demostrarse por parte de los demandantes la existencia de conflictos de interés o circunstancias irregulares que afectan el ejercicio objetivo de la administración de la sociedad.

*Caso María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda*¹⁸

En sentencia del 2014, la SS conoció de este proceso en el que los demandantes pretendían la declaración de nulidad de la decisión, por medio de la cual se auto-

16 Superintendencia de Sociedades. Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez. Número del proceso: 2013-801-082. Fecha: 11 de diciembre de 2013.

17 Ibidem.

18 Superintendencia de Sociedades. Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación. Número del proceso: 2014-801-054.

rizó al liquidador para vender el único bien de la sociedad, al no haberse obtenido la autorización por parte del máximo órgano social para participar en dicho negocio. La SS aplica la denominada regla de discrecionalidad y afirma que:

“[L]os jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones”¹⁹.

Asimismo, la SS justifica la regla sobre la base de decir que, de no existir discrecionalidad a la hora de tomar decisiones, los administradores no tendrían incentivos para asumir riesgos, imputándose cualquier pérdida por una decisión arriesgada al administrador. Esta interpretación iría en línea con lo establecido por la Ley 222²⁰, en virtud de la cual los administradores deben actuar como un buen hombre de negocios, entendiendo que dicha expresión implica, por un lado, diligencia en la gestión de la compañía, pero además requiere la asunción de riesgos en el curso de los negocios.

Con todo, el despacho asegura que la regla de la discrecionalidad no significa que las actuaciones de los administradores están libres de control judicial, dado que no puede permitirse que éstos den prevalencia a sus intereses por encima del interés social. En este caso concreto, la entidad concentra sus consideraciones en la existencia de un conflicto de interés, y concluye desestimar las pretensiones de la demanda.

Caso Morocota Gold SAS contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez²¹

En 2015, la SS ratificó su postura en relación con la regla de la discrecionalidad. Entre otras cosas, los demandantes solicitan una indemnización de los perjuicios derivados de una presunta violación al deber de diligencia por parte del señor Rincón (representante legal), al haber sido multado por la Corporación

19 Ibídem

20 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156. Art. 23

21 Superintendencia de Sociedades. Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara. Número del proceso: 2014-801-084. 8 de julio de 2015.

Autónoma Regional del Centro de Antioquia por la violación de normas ambientales. En esta ocasión la entidad señala que:

“[...] aunque la deferencia de los jueces cobija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios”²².

Los demandantes lograron demostrar que el representante legal habría construido una vía sin contar con las licencias ambientales necesarias, por lo que dicha violación al ordenamiento ambiental desembocó en la imposición de una sanción a Morocota Gold SAS.

En consecuencia, el despacho concluye que tuvo lugar una omisión negligente de las funciones de representación legal en cabeza del señor Rincón, por lo que éste es condenado a resarcir los perjuicios derivados de dicha infracción.

Caso José Gerardo Díaz y Orlando Jaimes contra Ana Yolanda Villamizar²³

En este caso resuelto por la SS en 2017, los demandantes consideran, entre otras cosas, que la señora Villamizar (representante legal) habría incurrido en faltas al deber de cuidado, al celebrar ventas a crédito que habrían perjudicado los intereses de la compañía Materiales Metales Ltda.

El despacho reafirma lo expuesto en decisiones anteriores, al señalar que el régimen de los administradores busca un equilibrio entre la autonomía que éstos necesitan para llevar a cabo sus negocios y la responsabilidad que debe atribuirse a los mismos al incumplir dicha gestión. En ese sentido, los administradores tendrían una dificultad a la hora de emprender el desarrollo de la empresa si los jueces indagan y examinan todas las decisiones adoptadas. Por ello, la entidad concluye que, sin la regla de discrecionalidad, el administrador no podría actuar como le es exigido, es decir, como un buen hombre de negocios.

En todo caso, la entidad destaca que en ningún caso puede extenderse la regla de la discrecionalidad a violaciones al deber de lealtad. Incluso, la SS manifiesta que será posible estudiar y juzgar el contenido de las decisiones admi-

22 Ibidem

23 Superintendencia de Sociedades. José Gerardo Díaz y Orlando Jaimes contra Ana Yolanda Villamizar. Sentencia n° 800-35 del 2 de mayo de 2017.

nistrativas, “cuando tales sujetos realicen actuaciones dolosas o viciadas por conflictos de interés o incumplan con sus cargas mínimas [...]”²⁴.

En definitiva, en relación con el deber de diligencia de la demandada, el despacho considera que, aun cuando la decisión de basar la política comercial de la compañía en la celebración de ventas a crédito no debe ser examinada por el juez, una vez elegida la estrategia de negocio, corresponde a la representante legal velar por su desarrollo adecuado. Dicho lo anterior, la entidad concluye que la demandada habría infringido su deber general de diligencia consagrado en el artículo 23 de la Ley 222.

Una vez expuesta la posición de la SS, en la siguiente sección se exponen las falencias que puede tener la aplicación de la regla de discrecionalidad en nuestro ordenamiento, no sin antes aclarar que la Corte Suprema de Justicia no ha empleado, ni ha hecho mención alguna al principio del BJR en su jurisprudencia.

4. PROBLEMAS QUE SE HAN DADO AL APLICAR EL BJR

Si bien es claro que emplear el principio del BJR puede implicar muchas ventajas para el derecho societario, a la hora de aplicar esta regla en el derecho colombiano se ha incurrido o podría incurrirse en ciertas falencias.

4.1. Acciones que pueden ejercer los socios contra el administrador

Tal como ha sido mencionado, la regla de discrecionalidad promueve que los jueces y tribunales se abstengan de intervenir en las decisiones empresariales que realicen los administradores. Sin embargo, cabe preguntarse cómo se integra este principio con la acción social que permite a los socios reclamarle a los administradores por los perjuicios patrimoniales que las actuaciones de estos últimos les hayan causado. Para ser más explícitos, el problema radica en que los principios de la regla de discrecionalidad chocan con el ejercicio de la acción social y por ello la aplicación drástica de la primera puede constituir un freno a la reclamación de perjuicios de los socios frente a las actuaciones del administrador.

La acción social está consagrada en el artículo 25 de la Ley 222, norma que, en principio, no impone ninguna limitación sustancial para su ejercicio, dado

24 Ibídem.

que únicamente es necesario contar con la aprobación del máximo órgano social. En relación con la regla de discrecionalidad, esto implica una pugna entre los principios que promueve el BJR y la acción social de responsabilidad, ya que no se han desarrollado de manera clara y completa criterios que le indiquen al juez en qué casos intervenir y en cuáles abstenerse.

En ese sentido, es pertinente cuestionar si los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades conducen a una reducción drástica de la aplicabilidad de la acción social de responsabilidad. Si la política de la SS radica en reducir al máximo la intervención de los tribunales en las prácticas de los administradores societarios, entonces lo normal sería rechazar la interposición de acciones de responsabilidad contra los administradores. En este caso, la no intervención de los organismos judiciales podría desembocar en un desconocimiento de los derechos de los socios quienes verían frustrada la posibilidad de ser indemnizados por los perjuicios sufridos.

Por lo anterior, sería pertinente que a través de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, por jurisprudencia decantada de la SS o incluso mediante una reforma al artículo 25 de la Ley 222, se impongan una serie de parámetros que guíen el análisis que los jueces deben realizar. Lo anterior contribuiría a definir con facilidad y agilidad si el operador judicial debe entrar a estudiar la acción de responsabilidad y posteriormente condenar al administrador a resarcir los daños o si, por el contrario, se observa que lo pertinente es abstenerse de actuar. Lo ideal, sería que el juez únicamente juzgara la responsabilidad del administrador en aquellos casos en los que se evidencie una actuación de mala fe o en aquellos eventos en los que sea claro que éste incumplió de forma flagrante sus deberes de lealtad, diligencia y cuidado, ocasionando perjuicios patrimoniales a la sociedad.

4.2. Incongruencia de las entidades en la aplicación de la regla de discrecionalidad

Resulta incongruente que la SS aplique esta regla de forma reiterada mientras que otros órganos competentes para resolver este tipo de causas (jueces civiles, tribunales superiores y Corte Suprema de Justicia) ignoren por completo la regla de la discrecionalidad. Es fundamental recordar que la competencia de la Supersociedades es una competencia a prevención (art. 24 Código General del Proceso), lo cual significa que un juez conoce de una causa con exclusión de otros que eran igualmente competentes, por haberse anticipado en el conocimiento de ella. Por ello, lo que podría suceder en la práctica es que casos con hechos similares sean fallados de forma completamente distinta. Así pues, en

un caso ante la SS el juez se abstendrá de valorar las conductas del administrador con el fin de aplicar el BJR, mientras que frente a un caso conocido por un juez civil, por un tribunal superior e incluso por la Corte Suprema de Justicia es perfectamente posible que la regla de discrecionalidad sea completamente ignorada y el juez decida intervenir en las decisiones del administrador al no encontrar norma alguna que se lo impida.

Es evidente, que esta ausencia de congruencia y uniformidad puede llevar a una violación del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Por ello, es conveniente que todo operador judicial competente para resolver asuntos de carácter societario aplique las mismas reglas y principios, puesto que no tiene sentido que un administrador juzgado por la Superintendencia de Sociedades sea tratado de manera distinta y tenga más beneficios que un administrador que es juzgado por un juez civil de circuito.

4.3. Desarrollo superficial de la BJR en la SS

Como fue analizado previamente, es claro que la SS respalda la aplicación de la regla de discrecionalidad en el ordenamiento colombiano, lo cual implica adaptar un principio de origen anglosajón a la normativa colombiana vigente^{25 26}. Sin embargo, el desarrollo de este principio aún es sumamente limitado. Hasta el momento, la SS no ha desarrollado de manera amplia la aplicación de la regla de la discrecionalidad, sino que simplemente se limita a citarse a sí misma de manera reiterada y repetitiva sin añadir nuevos elementos que enriquezcan el análisis, aspecto fundamental para una adecuada aplicación de la norma. Por lo anterior, persiste una fuerte incertidumbre sobre los requisitos necesarios para la aplicación de esta regla, las situaciones y escenarios en que puede utilizarse, así como el manejo que el juez debe darle a situaciones en las que el BJR choca con otros principios del ordenamiento.

En EE.UU. por ejemplo, la regla de la discrecionalidad ha sido desarrollada a tal punto que existen líneas jurisprudenciales consolidadas. De esta manera, se han creado distintas reglas para la aplicación del BJR. De acuerdo con Felipe Suescún de Roa²⁷, a pesar de las distintas interpretaciones, se pueden decantar

25 Código de Comercio. DECRETO 410 DE 1971. 16 de junio de 1971 (Colombia). Artículo 200

26 LEY 222 DE 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156. Artículo 23.

27 Felipe Suescún De Roa, *The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva*, Universitas, 2013.

las reglas del BJR, tales como: (i) que ésta aplica para administradores; (ii) que es aplicada a decisiones de los administradores y no a omisiones; y (iii) que aplica únicamente para las decisiones informadas. Asimismo se han señalado las consecuencias de una decisión desinformada, así como los requisitos para la aplicación del BJR en operaciones de M&A, etc.

La SS podría utilizar estas líneas jurisprudenciales para así desarrollar, de una forma más completa e integral, la regla de discrecionalidad en el ordenamiento colombiano y así, evitar que la aplicación de este principio genere inseguridad jurídica.

5. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las múltiples ventajas que fueron expuestas a lo largo de este escrito, creemos conveniente la aplicación del BJR en Colombia. Sin embargo, es menester prestar atención a los retos y problemáticas que pueden presentarse por la aplicación de esta regla en el ordenamiento jurídico colombiano.

Este principio, como cualquier otro principio que sea trasplantado desde un ordenamiento extraño al colombiano, puede pugnar con las instituciones nacionales. Sin duda, en EE.UU se tiende a confiar mucho más en el mercado que en Colombia. Por esto, la aplicación del BJR supone todo un reto, ya que implica darle un voto de confianza al mercado y a los empresarios en un país donde existe un fuerte populismo normativo y judicial.

Asimismo, creemos necesario que, tal como ha ocurrido en el derecho societario anglosajón, el principio del BJR sea desarrollado ampliamente, incluyendo los requisitos para su aplicación, de manera que la regla de discrecionalidad funcione como un criterio de revisión justo a la hora de estudiar decisiones empresariales. Teniendo en cuenta el carácter legislado de nuestro ordenamiento, es ideal que la regla de discrecionalidad se consagre en la ley, evitando que su aplicación dependa de la doctrina del Superintendente de turno. Por lo tanto, consideramos acertado el proyecto de ley presentado en el 2017 ante el Congreso de la República, el cual consagra expresamente este principio como “la deferencia al criterio empresarial de los administradores”²⁸.

En suma, este principio de origen estadounidense y de alta importancia para el derecho societario, ha sido aplicado en Colombia por la Superintendencia

28 Proyecto de ley 02 de 2017. “Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones”.

de Sociedades. Sin embargo, su desarrollo no ha sido muy profundo. Consideramos que el uso del principio es legal y económicamente recomendable. Con todo, su adopción implica una serie de desafíos que deben ser tratados con sumo cuidado para que su trasplante al ordenamiento colombiano sea claro y no genere distorsiones ni inseguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina nacional

- Alejandro Linares <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/sociedades-y-economia-solidaria/la-regla-de-la-discrecionalidad-y-la> (15 de Enero del 2013)
- Clara Sabogal, ¿Necesitamos adoptar la regla de la discrecionalidad o ‘business judgment rule’?, *Ámbito Jurídico*, 23 de Marzo del 2018.
- Daniela Lattanzio Carrioni, *Aplicación de la regla de la discrecionalidad*, Asuntos Legales, 2017
- Darío Laguado Giraldo, *LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES*, En: *Vniversitas*, 2004.
- Felipe Suescún De Roa, *The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva*, *Universitas*, 2013.
- Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, Ed. Temis, 2016.
- Marcela Castro de Cifuentes, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano*, En: *Revista de Derecho Privado*, junio de 1986. At. 126.
- Sebastian Morales Boada, *MODERNIZING COLOMBIAN CORPORATE LAW: THE JUDICIAL TRANSPLANT OF THE BUSINESS JUDGMENT RULE*, In: *The Indonesian Journal of International & Comparative Law: Socio-Political Perspectives*, April 2018. At. 147
- Sergio Rodríguez Azuero, *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades*, En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 312, noviembre de 1998. At. 40-93.

2. Normativa nacional

- Código de Comercio. DECRETO 410 DE 1971. 16 de junio de 1971 (Colombia). Artículo 200.
- Código General del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. Artículo 24. 12 de julio de 2012 (Colombia).
- LEY 222 DE 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156.
- Proyecto de ley 02 de 2017. “Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones”.

3. **Jurisprudencia nacional**

- Superintendencia de Sociedades. Aldemar Tarazona y otros contra Alexander Ilich León Rodríguez. Número del proceso: 2013-801-082. Fecha: 11 de diciembre de 2013.
- Superintendencia de Sociedades. Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación. Número del proceso: 2014-801-054.
- Superintendencia de Sociedades. Morocota Gold S.A.S. contra Wbeimar Alejandro Rincón Ocampo y Luz Mery Martínez Vergara. Número del proceso: 2014-801-084. 8 de julio de 2015.
- Superintendencia de Sociedades. José Gerardo Díaz y Orlando Jaimes contra Ana Yolanda Villamizar. Sentencia n° 800-35 del 2 de mayo de 2017.

4. **Doctrina del derecho comparado**

- Adina Ponta, Business Judgement Rule - Approach and Application, Juridical Trib. 25 (2015) / Juridical Tribune, December 2015. At. 25-44.
- Aurelio Gurrea-Martínez, Re-examining the law and economics of the business judgment rule: Notes for its implementation in non-US jurisdictions, En: Journal of Corporate Law Studies, 3 July 2018.
- Carlos Andrés Laguado Giraldo, Factors governing the application of the business judgment rule: an empirical study of the US, UK, Australia and the EU, en Vniversitas No. 111, enero-junio de 2006. At. 115-166.
- Felipe Suescún De Roa, The business judgment rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva, Universitas, 2013.
- Feuer Mortimer, Personal liabilities of corporate officers and directors, En: Prentice Hall, 1974. At. 28.
- Gianfranco Pietrafesa, Application of the Business Judgment Rule to Corporate Officers, New Jersey Lawyer, December 2006. At. pp. 79-82.
- Jenifer Varzaly, Protecting the Authority of Directors: An Empirical Analysis of the Statutory Business Judgment Rule, Journal of Corporate Law Studies, October 2012, At. 429-464.
- Lyman Johnson, Unsettledness Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose, Delaware Journal of Corporate Law, 2013. At. 405-452.
- Matthew Bricker, Arbitral Judgment Rule: Using the Business Judgment Rule to Redefine Arbitral Immunity, In: Texas Law Review, November 2013. At. 197-230
- Michael Rich, Business Judgment Rule: Partial Armor for Directors and Officers, New Jersey Lawyer, April 2014. At. 55-58.
- Todd Aman, Cost-Benefit Analysis of the Business Judgment Rule: A Critique in Light of the Financial Meltdown, Albany Law Review, 2010-2011. At. 1-46.

5. **Normativa del derecho comparado**

- COMPANIES ACT (2006) - UK.
- Ley 31 de 2014 Ley de Sociedades de Capital - España.
- MODEL BUSINESS CORPORATION ACT (2016 Revision) - EE.UU.

6. Jurisprudencia del derecho comparado

- Court of Chancery. *The Charitable Company v. Sutton Case*. 13 August 1742.
- New York Court of Appeals. *Leslie v. Lorillard*, 110 N. Y. 519, 18 N. E. Rep. 363. 1888.
- Supreme Court of Michigan. *Dodge v. Ford Motor Co.* February 7, 1919.
- Court of Appeal of England and Wales. *Re Smith and Fawcett Ltd.* 1942. Ch 304.
- Court of Chancery of Delaware. *Gimbel v. Signal Companies, Inc.* January 10, 1974.
- Supreme Court NY. *Kamin vs American Express Co.* Part 1, 1976.
- Delaware Supreme Court. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 1984 Del. LEXIS 305 (Del. Mar. 1, 1984).
- Supreme Court of Delaware. *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985).