

**La Regla de Discrecionalidad de los Negocios o “Business Judgment Rule”: un
análisis sobre la conveniencia de adoptar positivamente la BJR para
contribuir a la armonización de la política pública de los administradores de
sociedades en Colombia**

Sharon Hasley Guzmán Zambrano

Andrea Delgado Tamayo

Pontificia Universidad Javeriana Cali
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Departamento de Ciencia Jurídica y Política
Carrera de Derecho

Director:

Phd. Carlos Andrés Delvasto P.

Santiago de Cali, 2022

Dedicatoria

“A la familia Cleves Durán, por acogerme en su hogar”.

- Sharon Guzmán

“A mi madre, a Alfredo Marín Rodríguez y a Dios por creer en mí, ser mi guía, fortaleza y sus manos de fidelidad y amor han estado conmigo hasta el día de hoy”.

- Andrea Delgado

Agradecimientos

Esta tesis es sobre todo un símbolo de cierre para este gran paso profesional y personal. Por ello, agradezco primero, a mis padres: Arleydi Zambrano Sepúlveda y Reinerio Guzmán Sánchez, por siempre impulsarme a volar, a mi hermano Andres Felipe Guzmán Zambrano, por enseñarme del amor incondicional, a la familia Cleves Durán, por su gran generosidad, también a mis amigos, por nunca dejar de creer en mí y finalmente, a Daniela Muñoz Sandoval, gracias por brindarme la primera oportunidad. Gracias. Muchas gracias.

-Sharon Guzmán

Esta tesis es el resultado de todos los aprendizajes adquiridos a lo largo de mi carrera y vida. Es así como, agradezco a mi madre por sus grandes enseñanzas sobre la disciplina y el amor, a mi padre, que desde el cielo me ilumina para seguir adelante con mis proyectos, a mis hermanos Lina, German y Camilo a quienes debo agradecer por ser los pilares de mi vida y mi apoyo incondicional, a mi sobrina Luciana por ser mi más grande motivación y a mi segundo padre Alfredo Marín Rodríguez, quien me ha cambiado la vida de todas las maneras posibles y quien fuere una gran bendición en mi vida. Agradezco a la Universidad Javeriana Cali, a mis maestros y compañeros, a Abelardo Hernández por su amistad y enseñanzas sobre el liderazgo y el amor de Dios y a mi hermana de otra madre Alejandra Mazo, por quien solo tengo admiración y agradecimiento. A todos, gracias.

-Andrea Delgado

Resumen

La Regla de Discrecionalidad de los Negocios promueve que los administradores de sociedades asuman riesgos empresariales en busca de maximizar el bienestar para la organización. El presente trabajo tiene como objetivo analizar la conveniencia de adoptar la regla de la discrecionalidad como ley, es decir, de forma positiva, en el contexto legal de Colombia. Nuestro principal argumento es que su adopción contribuye en el funcionamiento de la administración de justicia en el ámbito del derecho societario al armonizar y hacer la regla consistente en su aplicación.

El texto, inicialmente, determina la naturaleza jurídica de la figura y expone el origen anglosajón de la misma. Posteriormente, se realiza un estudio del caso colombiano, específicamente desde el ámbito de la operación judicial. Por último, se aborda una pregunta que hace alusión al proceso de armonización judicial en el contexto del derecho societario de Colombia, ¿qué conflictos representa la desconexión de la jurisdicción respecto de la responsabilidad de los administradores en Colombia y cómo solucionarlos? Concluyendo entre otras cosas, la necesidad de incluir en el ordenamiento legal de forma positiva la figura jurídica en Colombia con un rango de presunción de hecho.

Palabras claves: administrador, Regla de la Discrecionalidad, responsabilidad de administradores de sociedades, derecho societario, trasplante legal, administración de justicia y armonización legal.

Abstract

“The Business Judgment Rule” is a presumption that protects directors against lawsuits whenever the decision was made in good faith, with the care that a reasonable person, and acting in the best interest of the firm. This paper argues that in Colombia, Congress should incorporate the Business Judgment Rule to law, in a positive meaning, because it will contribute to making a consistent legal framework that in the context of corporative law since it harmonizes and creates a law that is consistent in its usage. The text initially determines the legal nature of the judicial form, and it shows the Common Law origin of the principle. Later, a case study is done in the Colombian jurisdiction context, specifically from the context of judicial operation. In the end, we ask ourselves the question that refers to the process of judicial harmonization in the context of corporative law in Colombia: Which are the conflicts generated by the disconnection in the administration of justice regarding to the responsibility of directors in Colombia and how to solve them? Setting as a conclusion, the necessity to include the legal organization as a positive juridical form in Colombia as presumption of fact range”.

Keywords: administrator, firm, Business Judgement Rule, society administrator responsibility, corporative law, legal transplant, justice administration, legal harmonization.

Tabla de Contenido

Introducción	7
Cap. 1 Nociones generales de la Regla de Discrecionalidad de los Negocios - BJR (<i>Business Judgment Rule</i>).....	14
I. ¿Qué es la BJR?	14
<i>¿Qué significa que la BJR posea rango de presunción de hecho en Colombia?.....</i>	<i>16</i>
<i>Otras posiciones de la naturaleza jurídica de la BJR</i>	<i>19</i>
II. ¿Dónde, cómo y cuándo nace la BJR?	19
III. ¿De qué forma opera la BJR?.....	23
IV. ¿Cómo sucede el trasplante legal de la BJR en Colombia?	27
Cap. 2. ¿Cuál es la posición actual de Colombia respecto de la BJR?	30
I. Proyectos de Ley.....	32
II. Jurisprudencia	34
<i>II.I. Superintendencia de Sociedades</i>	<i>34</i>
<i>II.II. Corte Suprema de Justicia.....</i>	<i>38</i>
<i>II.III. Tribunales de Arbitramento</i>	<i>41</i>
Cap. 3. Sobre el efectivo cumplimiento de la BJR y la seguridad jurídica: ¿Qué conflictos representa la falta de unanimidad normativa y jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los administradores en Colombia y cómo solucionarlos?	42
Conclusiones.....	54
Referencias.....	55

“Los administradores se han convertido pues, en los sujetos económicos estelares de la vida moderna” (Laguado, 2004)

Introducción

Desde un aspecto económico las sociedades de capital son un vehículo jurídico que permite el desarrollo de actividades productivas a un menor coste que acudir al mercado, esto se logra cuando las personas al asociarse bajo un tipo societario obtienen beneficios económicos y jurídicos que les permiten poder organizar recursos de tal manera que resulte en la maximización de su utilidad comparado con acudir al mercado.

Lo anterior en virtud de que, la firma, entendida como la organización o la empresa,¹ posee unas características estructurales básicas², como por ejemplo, que cuenta con una administración delegada, personería jurídica propia, y especialmente, en el caso de las sociedades de capital, con una clara separación entre el patrimonio de los accionistas y el patrimonio de la entidad, es decir, esta suscribe obligaciones y asume pérdidas a título propio,

¹ Este término es utilizado como sinónimo de empresa, organización y entidad y está basado en la teoría de La Firma acuñada por el Economista Ronald Coase (1937) quien sostiene que la existencia de las firmas se justifica en virtud de que las organizaciones reducen los costos de transacción gracias el direccionamiento y coordinación de un emprendedor.

² Las características estructurales básicas de la firma son 5: “(1) legal personality, (2) limited liability, (3) transferable shares, (4) centralized management under a board structure, and (5) shared ownership by contributors of capital” (Hansmann & Kraakman, 2017).

incentivando así las inversiones, ya que las personas pueden diversificar su portafolio asumiendo un riesgo limitado al monto de sus aportes.

Así por ejemplo, en un estudio realizado en Colombia por la Superintendencia de Sociedades (2018) se informó que: “Cerca del 98% de las sociedades que se constituyen en el país, según los registros que llevan las cámaras de comercio, son de este tipo (S.A.S)” (párr. 4). Es decir, sociedades de capital; además, “entre enero y diciembre de 2021 se crearon en Colombia 307.106 unidades productivas, de las cuales 78.880 son sociedades” (Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2021, párr. 1), lo anterior como muestra de que en el contexto del mercado colombiano existe una clara influencia de las sociedades de capital.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, es menester realizar un análisis de la institución jurídica anglosajona denominada “la Regla de Discrecionalidad de los Negocios”, en adelante BJR por sus siglas en inglés (*Business Judgment Rule*) en el contexto del derecho societario en Colombia, ya que esta figura jurídica ofrece a los administradores³ de las firmas, la seguridad de que sus decisiones de negocio no serán revisadas ex post por una autoridad judicial con la pretensión de endilgar algún tipo de responsabilidad jurídica.

En este sentido, ya que el administrador de la sociedad es quien detenta el real poder decisorio, es decir, es el agente facultado para tomar las decisiones empresariales que

³ La Ley 222 de 1995 en su artículo 22 establece quién ostenta la calidad de administrador en Colombia: “ARTÍCULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. Además, en virtud de la Ley 1258 de 2008 en artículo 27 el administrador de hecho se suma a la lista.

determinan el alcance y ritmo del crecimiento económico de la empresa, la adopción de este trasplante jurídico en Colombia, trae consigo diferentes implicaciones prácticas desde el punto de vista económico, que resultan favorables, como por ejemplo las siguientes:

1. Incentiva la asimilación de riesgos empresariales en la medida en que amplía el margen de discrecionalidad de las decisiones de los administradores sociales, lo que a su vez resulta en la maximización de utilidades para la firma y la población en general (Lopez, pág. 21).
2. Garantiza un ambiente seguro para el ejercicio de la iniciativa privada de manera tal que las inversiones que se relacionan directa y proporcionalmente con el riesgo se lleven a cabo (Vives, 2013).
3. Protege la libertad económica, pues permite al director tomar decisiones de manera autónoma sin que exista una injerencia del Estado que intervenga en asuntos del manejo de la firma.⁴

Así las cosas, teniendo en cuenta que “cualquier forma de sanción gubernamental a un tipo de producción u organización de mercado lesiona la eficiencia de sistema económico e impide la máxima remuneración a los factores, así como la máxima satisfacción a los consumidores (Murray N, 1970, pág. 142) y que la BJR evita que las decisiones de negocio

⁴ Autores como el economista Murray N. Rothbard han analizado y desarrollado la naturaleza y consecuencias de la intervención del Estado en el mercado estableciendo por ejemplo, que cuando la gente es libre de actuar toma decisiones de tal forma que busca maximizar sus utilidades, por el contrario la intervención coercitiva significa per se que los individuos no habrán hecho lo que hacen sin la intervención, lo que en otras palabras quiere decir que la intervención es ineficiente para el mercado (Murray N, 1970).

tomadas por los administradores de las sociedades sean revisadas ex post por una autoridad judicial, se entiende entonces que la BJR es deseable desde un punto de vista económico, ya que propende por la maximización de las utilidades para la firma y la población en general, es decir, por la eficiencia económica.⁵

En el caso concreto colombiano, la Ley 222 de 1995, sobre el alcance de la responsabilidad de los administradores, en su Artículo 24, dispone lo siguiente;

“Artículo 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así: ARTICULO 200. Los administradores responderán **solidaria e ilimitadamente** de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, **se presumirá la culpa del administrador**. De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el

⁵ Guido, C. y Douglas, M. determinan como parámetro básico para establecer u otorgar un derecho realizar un análisis de su eficiencia económica (1972, pág. 1093).

administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.” Negrilla fuera de texto.

Por ende, actualmente en Colombia, según las disposiciones normativas vigentes, existe una presunción de culpa en contra del administrador social.

En este sentido, no se conoce ningún pronunciamiento efectivo en el cual se realice una referencia directa a la BJR en las decisiones judiciales tomadas desde la Corte Suprema de Justicia, por el contrario, en casos como el de Construcciones Capital Tower S.A., se declaró responsables solidarios a Capital Tower S.A. y Víctor Sasson en su calidad de Representante Legal de la entidad, por los daños causados con ocasión a la muerte del padre de la demandante, la cual se produjo cuando iba caminando por una construcción a cargo de Capital Tower luego de ser impactado por una viga.

Sin embargo, la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales en el año 2013, realizó el trasplante jurídico de la BJR a través del Caso Pharmabroker S.A.S., en el cual los accionantes pretendían que se declarara la responsabilidad solidaria e ilimitada de su antiguo representante legal, entre otras cosas, porque las decisiones de negocio fueron perjudiciales para la compañía, en este sentido el despacho señaló que “no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique” (2013, pág. 2),. Finalmente, resolvió desestimar las pretensiones de la demanda, siendo este el primer caso colombiano en el cual se hace referencia a la BJR y

tomando así una posición claramente diferenciada a la postura de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, actualmente en Colombia, existe una clara problemática por la desconexión latente entre las decisiones de la Superintendencia de Sociedades, que da aplicación a la BJR, la Corte Suprema de Justicia, quien desconoce la BJR y el régimen legal positivo, el cual establece la presunción de culpa de los administradores de las sociedades, creando así una confusión en la política pública⁶ que gobierna el régimen de la responsabilidad de los administradores de sociedades en Colombia.

El objetivo de la investigación es analizar la conveniencia de adoptar positivamente la BJR en el contexto legal de Colombia, con el propósito de contribuir al funcionamiento de la administración de justicia en el ámbito del derecho societario. Para esto se pretende describir la naturaleza de la BJR, identificar el proceso de adopción de la figura jurídica en Colombia y exponer las ventajas de incorporar positivamente la regla como opción para armonizar la política pública de responsabilidad de los administradores en Colombia y así, contrarrestar los posibles efectos adversos como el desdibujamiento de la figura jurídica por la desconfianza en el

⁶ El concepto de política pública que se adopta en esta monografía es el siguiente: la política pública es el conjunto de acciones implementadas por las instituciones de los tres poderes públicos, las cuales cuentan con algún grado de formalidad y se ejecutan con el objetivo de cumplir fines sociales y económicos, lo anterior, en el marco del concepto desarrollado por profesor Ordoñez en su libro Manual de Análisis y Diseño de Políticas Públicas (2013).

ejercicio de la administración de justicia producto de la falta de unanimidad normativa y jurisprudencial.

Es así como, el cuerpo de este documento se compone, en primer lugar, de la determinación de la naturaleza jurídica de la BJR y de la exposición acerca de cómo, cuándo y dónde se origina la figura, en segundo lugar, se realiza el estudio del caso colombiano, y finalmente, en el tercer y último capítulo, se plantea lo siguiente: ¿Qué conflictos representa la falta de unanimidad normativa y jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los administradores en Colombia y cómo solucionarlos? De esta manera, se determinan que en virtud de la salvaguarda de la seguridad jurídica para el efectivo cumplimiento de la figura, es menester una adopción positiva de la BJR como presunción de hecho.

Finalmente, es importante resaltar que gracias a los resultados de esta investigación se concluye la viabilidad e importancia de incorporar de manera adecuada una institución jurídica de origen extranjero a nuestra política pública, pues, cabe mencionar, que la academia de hoy nos permite lograr avances interesantes en la construcción de un camino jurídico globalizado e idóneo que acompañe el crecimiento económico para las generaciones venideras.

Cap. 1 Nociones generales de la Regla de Discrecionalidad de los Negocios - BJR

(Business Judgment Rule)

Este capítulo pretende determinar la naturaleza jurídica de la BJR, estudiar su origen anglosajón y exponer la manera en la que se ha desarrollado el trasplante legal en Colombia.

I. ¿Qué es la BJR?

La BJR es una figura jurídica que nace del derecho anglosajón construida a través del desarrollo jurisprudencial, la cual busca promover la asimilación de riesgos por parte de los administradores sociales y de esta manera, maximizar las utilidades de la firma, así pues en casos como *Cede & Co. v. Technicolor Inc. (1993)*, se definió a la BJR como una presunción de hecho que protege al administrador.

En el caso concreto uno de los accionistas de la empresa solicitaba le fuere reconocida y pagada una suma de dinero por concepto de indemnización de perjuicios, bajo el sustento de que la junta directiva fue en contravía de su deber legal y estatutario de cuidado, lo anterior dado que aprobó un acuerdo de fusión donde se determinó un precio de las acciones muy por debajo del que debería ser el justo.

Al respecto, el Tribunal Superior de Delaware manifiesta que, teniendo en cuenta que la BJR fue creada con el fin de proteger y brindar garantías a quienes se encuentran al frente de la firma (los administradores), cuando la responsabilidad de estos sea invocada en un proceso judicial con ocasión de las consecuencias perjudiciosas que sus decisiones de negocio hayan tenido para con la organización, se abstendrá de sancionar, esto bajo el entendido de que dichas decisiones deben haberse gestado desde la lealtad, la buena fe y el cuidado, determinando para el caso concreto que en virtud de la falta de cuidado probada no operaba la BJR (*Cede & Co. v. Technicolor Inc, 1993*).

También, en casos como Aronson contra Lewis, se estableció que esta figura jurídica busca que las decisiones del administrador y/o la toma de riesgos empresariales en favor de la firma, sean exentas de ser revisadas y profundizadas sustancialmente por el juez ante quien se esté reclamando que se declare la responsabilidad del administrador (1984), enfatizando así la finalidad práctica de la BJR, la cual busca que los administradores jueguen un papel activo y arriesgado en contravía de que sus decisiones sean excesivamente conservadoras.

Así lo han dicho autores anglosajones como Feuer, quien afirma que el sistema capitalista americano propende por secularizar el poder judicial del ejercicio de la actividad empresarial administrativa, es decir que las Cortes no deben pronunciarse sobre las decisiones de negocio tomadas por los administradores en ejercicio de su discrecionalidad, siempre que las mismas sean tomadas de buena fe, enfatizando que de lo contrario la toma riesgos habitual y natural del mundo de los negocios se vería penalizada conllevando a su desincentivo (Mortimer, 1974), en esta medida, la regla de discrecionalidad en si misma se manifiesta como un respaldo a la toma de decisiones del administrador que en gran medida dependen del riesgo que estas conllevan, las cuales a su vez tienen naturalmente el espíritu de propender por el crecimiento y beneficio de los socios y de la firma, que a su vez directa e indirectamente beneficia a la economía nacional.

En este sentido, para el efectivo cumplimiento de la figura, en principio los jueces no deben pronunciarse sobre la responsabilidad de los administradores al tomar decisiones empresariales que resulten eventualmente desfavorables, a no ser que el accionante interesado en endilgar la responsabilidad demuestre que el administrador primero, tomó una decisión perjudicial que se encuentra fuera de la órbita de los negocios y/o segundo, esta decisión perjudicial aunque sea de carácter empresarial se ejecutó en virtud del incumplimiento de sus deberes fiduciarios (los cuales serán explicados con posterioridad).

En resumen, la naturaleza jurídica de la BJR comprende una presunción de hecho, a favor de los actos realizados por los administradores, una especie de “in dubio pro-administrador”, de no responsabilidad (Sabogal, 2012), la cual ha evolucionado a partir de la jurisprudencia estadounidense hasta nuestros días, de tal manera que hoy por hoy propende por brindar una garantía de protección real para el administrador social, pues siempre que tome decisiones de negocio en cumplimiento de sus deberes fiduciarios, podrá asumir riesgos y tendrá vía libre para ejecutar sus decisiones de negocio en función de maximizar las utilidades de la firma, sin que de manera ex post una autoridad judicial lo pueda llegar a sancionar en caso de un eventual fracaso de negocios.

¿Qué significa que la BJR posea rango de presunción de hecho en Colombia?

Si bien es cierto, en el derecho anglosajón la BJR es definida como presunción de hecho en varios de los casos como los expuestos con anterioridad, es pertinente definir el alcance de dicho rango (presunción de hecho), en el contexto jurídico colombiano, por ende, este acápite tiene como fin analizar las consecuencias de estipular un supuesto normativo como presunción de hecho en el ordenamiento jurídico doméstico. En la regulación positiva colombiana vigente, específicamente en el artículo 6 del Código Civil colombiano, se define como presunciones aquellos hechos que se deducen de circunstancias conocidas, de la siguiente manera:

“ARTICULO 66. <PRESUNCIONES>. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o

circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

Es decir, que la presunción de hecho o legal aunque establece como ciertas determinadas circunstancias previamente establecidas en la Ley, en el caso concreto que la decisión de negocio del administrador fue tomada bajo el cumplimiento de los deberes fiduciarios de buena fe, lealtad y cuidado, otorgando un grado de protección al administrador, admitirá prueba en contrario, para así dar paso a la declaración de la imputación de responsabilidad y las consecuencias jurídicas correspondientes.

De igual manera, según el tratadista Jairo Parra Quijano (Quijano J. P., 2007) las presunciones de hecho o “juris tantum”, son aquellas que producen una certeza provisional pues, admiten prueba en contrario, lo cual es importante ya que, permite a endilgar las responsabilidades pertinentes en los casos de incumplimiento a los deberes fiduciarios, de conformidad con lo expuesto en el acápite precedente.

En este sentido, la BJR al ser catalogada como una presunción de hecho, admitirá prueba en contrario, requiriendo para su ejecución: i) Que se encuentre reglada en la ley, es decir, positivizada, pues así se exige de acuerdo con nuestra tradición jurídica civilista⁷ y ii) Que la

⁷ Atienza, M. (2012), en su exposición de las Concepciones del derecho menciona que “en el civil Law el Derecho es, sobre todo, Derecho legislado”.

carga de la prueba esté en cabeza del accionante, lo que quiere decir que solo en los casos en los que el accionante desvirtúe la presunción, el juez puede entrar a escudriñar sobre las decisiones tomadas por el administrador para evaluar la posible responsabilidad.

En cuanto a la carga probatoria el accionante tendrá la posibilidad de exigir la desestimación de la presunción y por ende, pretender la imputación de responsabilidad para ser indemnizado, probando alguna de las siguientes circunstancias de las cuales la BJR brinda certeza:

1. Que no se trata de un perjuicio producto de una decisión de negocio, sino que el daño se ocasionó fuera de la órbita empresarial.
2. Que el administrador incumplió con sus deberes fiduciarios.

En otras palabras, para que el juez pueda inmiscuirse en las decisiones del administrador, el demandante deberá desestimar los preceptos de la BJR probando alguna de las anteriores circunstancias.

En resumen, con la estipulación previamente determinada en la Ley, los interesados legitimados por activa que pretendan una indemnización tendrán los supuestos de hecho claros que los habilita para acudir ante el aparato jurisdiccional, e igualmente por su parte el administrador de la sociedad tendrá la garantía de que el juez solo podrá inmiscuirse en sus decisiones y por ende, sancionarlo, en los casos en los que se desvirtúe tal presunción, creando así un marco de acción claro dentro de los parámetros de la BJR, para tomar decisiones de negocio riesgosas, cumpliendo así con el fin de la figura jurídica.

Otras posiciones de la naturaleza jurídica de la BJR

Diferentes juristas y doctrinantes han denominado de distintas maneras la BJR, por ejemplo, como un estándar, en la cual, se establece un escudo protector en el que solo si su conducta es negligente o sin fundamentos que pudieren ser justificados de manera razonable se puede revisar posteriormente por parte de una autoridad judicial (Arsht, 1979) o como ha dicho Londoño (2016) se trata de un “estándar de revisión judicial, tanto procedimental como sustancial, que protege la discreción de los administradores” (Partnoy, 2019. Pag. 23).

También, han denominado a la BJR como una doctrina de la abstención, es decir, como aquella en la que el juzgador encuentra una barrera a la hora de hacer un estudio e inmiscuirse en las decisiones del administrador (Peeples, 1985).

Sin embargo, tal como se expuso con anterioridad, las diferentes fuentes del derecho posicionan a la institución jurídica de la BJR como una presunción que busca ampliar el margen de discrecionalidad del administrador social, para que este asuma riesgos con el propósito de lograr mayores ganancias para la empresa, otorgándole una certeza provisional jurídica que garantiza el ejercicio de su profesión mediante la toma de decisiones de negocios, en cumplimiento de sus deberes fiduciarios de buena fe, lealtad y cuidado que lo beneficia.

II. ¿Dónde, cómo y cuándo nace la BJR?

En el presente acápite, se procede a identificar bajo qué contexto se gestó la BJR, y desarrollar un estudio breve de los casos que le dieron origen, lo anterior, con el objetivo de dilucidar de manera concreta la forma en la que se fue alimentando, hasta determinar las máximas que componen su naturaleza.

En primer lugar, el origen de la BJR le pertenece a la tradición jurídica anglosajona⁸, específicamente, el Common Law, el cual tiene la particularidad de que se nutre de la casuística a partir de los precedentes jurisprudenciales (Michael, 2007).

En cuanto al contexto histórico, su gestación se proporcionó como una de las medidas para superar La Gran Depresión. Durante el periodo que va desde finales del siglo XIX hasta La Gran Depresión, se tuvo como máxima, que el administrador detentaba ante la empresa una “Fiduciary Relationship” (Cebria, 2009), dicho paradigma de relación entre el administrador y la firma se vio reflejado en casos como Williams vs. Mckay (1989)⁹.

Así las cosas, dadas las condiciones sociales que se vivenciaban en aquel momento, el reconocimiento de la responsabilidad desde una perspectiva fiduciaria que podría ser evaluada por un juez con posterioridad, se transformó a una visión, en la que se optó, desde la jurisprudencia, por generar un margen de discrecionalidad que fuere más amplio y más sugestivo para el administrador, por medio de la aplicabilidad de la BJR que limitaba esa intervención judicial posterior e incentivaba la toma de negocios.

A partir de comienzos del siglo XIX surge una comprensión más clara de la figura jurídica que se desarrolla a partir de los diferentes casos judiciales como el caso (Caso Percy vs.

⁸ En dicha tradición jurídica, el juez, valiéndose del método inductivo, además de interpretar las normas, dicta lineamientos de cómo debiera ser aplicada la norma a casos entre particulares y/o similares, que pudieren presentarse en el futuro (Caslav, 2000).

⁹ También, en casos como: Nueva Jersey; Lofland vs. Cahall (1922) Delaware; Allaun vs. Consolidated Oil Co. (1929).

Millaudon, 1829)¹⁰, este se constituye como uno de los primeros precedentes jurisprudenciales, en el cual la Corte se encontraba frente a tres administradores a quienes se les endilgaba responsabilidad frente a la entidad financiera de cual ostentaban la administración, luego de que esta fuere desfalcada por el presidente de la misma y uno de sus tesoreros, en el cual, la Corte manifestó que dadas las condiciones vigentes nadie quisiera figurar de administrador en una firma, si la condición para ello es que deba responder con su patrimonio en caso de que sus decisiones resulten en un perjuicio para la misma.

A su vez, un caso muy famoso y además, determinante en la construcción de todo este entramado es el caso *Smith vs. Van Gorkom* (1985), que se surtió ante la Corte Suprema de Delaware, en el cual, los demandantes Alden Smith y John Gosselin, por medio de una demanda colectiva contra Trans Union, y sus directores, dada la aprobación de la junta directiva de una fusión propuesta por el director ejecutivo de Trans Union, el señor Jerome Van Gorkom, quien también fue demandado, determinó que el deber del director, es el de cuidado y no de lealtad como bien invocaban los demandantes, en el cual no se extendió la protección de la BJR.

¹⁰ Así, cualquiera que fuere la decisión a tomar por el "gestor de asuntos ajenos", debía tener dos componentes indispensables, el primero: "judgment", que hace alusión al conocimiento y a la preparación suficiente y necesaria para conocer y comprender las cuestiones atinentes a la organización, sus necesidades y la determinación de los procesos para el progreso de la misma y los problemas que esta pudiere vivenciar, y es esto último justamente el segundo elemento el "business". (Caso *Percy vs. Millaudon*, 1829). A su vez, el tribunal manifestó que el administrador en el caso en el que hubiere obrado con fundamento en la buena fe, no estaba obligado a responder con su propio patrimonio frente a negocios que hubieren tenido un efecto negativo y/o contrario al esperado. (Arsht, 1979)

Es así como, la Corte realizó una ampliación de la BJR “como instrumento de defensa del administrador, cuando éste demuestre haber actuado correctamente con los mismos instrumentos y procedimientos que hubiera utilizado una persona razonablemente prudente” (Sabogal, 2012. Pag, 111).

Igualmente, la BJR es claramente delimitada en casos como el de Shlensky contra Wrigley. En dicho caso la Corte de Apelaciones de Illinois fue llamada a decidir sobre la responsabilidad de Philip Wrigley, quien ostentaba la calidad de administrador de una sociedad que además era propietaria de un estadio de béisbol en el cual, se dio la negativa de instalar la iluminación correspondiente necesaria para el desarrollo de juegos que se realizaban en la noche. La Corte con fundamento en todo lo aportado al proceso, determino que dada la falta de prueba de fraude, ilegalidad o conflicto de interés en la toma de la decisión de Wrigley optó por abstenerse de revisar las decisiones adoptadas frente al problema planteado por parte del administrador. Esto en la medida que, el juicio de los directores de corporaciones goza del beneficio de la presunción de que se formó de buena fe y fue diseñado para promover los mejores intereses de la corporación a la que sirven (Shlensky contra Wrigley, 1968, pag. 3).

Todo ello es muy importante para el derecho económico y para el derecho societario, porque en el fondo le garantiza al administrador que puede actuar de forma en la que haga lo que mejor le corresponde, de esta manera maximiza el bienestar de la compañía y no será responsable de una decisión empresarial riesgosa que tome conforme a los parámetros preestablecidos.

Así las cosas, la BJR se gesta en todo el contexto del Common Law, como una figura jurídica que cambia el paradigma para la operación judicial, pues el juez societario no se inmiscuye en las decisiones de negocio que tome el administrador, en virtud de que no ostenta la calidad de

administrador, así, el juez reconoce su limitación al revisar las decisiones de negocios de los administradores sociales en el mercado y se abstiene de emitir pronunciamientos ya que presume que el administrador ha tomado las decisiones en ejercicio de la buena fe, el cuidado y la lealtad.

III. ¿De qué forma opera la BJR?

Luego de definir y contextualizar la figura y sus implicaciones jurídicas, se procede en el presente acápite a desarrollar una descripción de sus requisitos característicos, entre los cuales tenemos:

a. **Racionalidad en su actuar:** el administrador ha de actuar conforme a los parámetros objetivos de una conducta diligente. En este orden, la decisión debe ser "racional", esto es, no puede tratarse de una decisión que sea manifiestamente inexplicable, es decir, que carezca de una motivación suficiente que la justifique, de la misma manera, la decisión no puede ser producto del abandono de las obligaciones propias del cargo, en especial, no puede direccionarse en contra de los intereses de la compañía (Guerra, 2003).

b. **Actuar de buena fe:** la observación irrestricta de este requisito, no implica solo la actuación diligente o libre de culpa, sino también la actitud leal en el desempeño de sus funciones (Reyes Villamizar, Derecho societario : tomo II, 2017) “con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración” (Ospina Fernandez, 2000, pag. 107).

c. **Información:** este en sí mismo, es un requisito procedimental que impone al administrador contar con información necesaria y suficiente con la cual él se pueda documentar a profundidad y con claridad, que le permitan comprender y vislumbrar los posibles efectos y

consecuencias que traen consigo las decisiones a tomar, que afecten a la sociedad. (Martinez, 2017).

Es así como, en el proceso de configuración de la BJR como presunción, la ausencia de alguno de dichos requisitos, conllevaría a que no se pudiese realizar una aplicación de la misma, lo que a su vez significaría que el juzgador, estaría autorizado para entrar de manera sustancial a evaluar de fondo las decisiones tomadas por el administrador y determinar si se configura la responsabilidad invocada por la parte actora en un proceso judicial, a su vez el administrador deberá reunir el acervo probatorio que dé cuenta de que obró conforme a derecho

Hasta aquí, se ha estructurado mediante casuística que la BJR se considera una presunción de hecho a favor del administrador que le transfiere la carga de la prueba al accionante para que desestime que el actuar del administrador ha sido conforme a la buena fe, en interés de la sociedad y de forma informada, pues de lo contrario, el juez no podrá revisar la decisión y el proceso de responsabilidad deberá terminar.

Es menester mencionar que en Colombia también existen los denominados “deberes fiduciarios de los administradores”, similares a las máximas de comportamiento establecidas por la BJR; dichos deberes se encuentran consagrados en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 como “Deberes de los administradores”.

Se trata pues, de parámetros de comportamiento que los administradores están llamados a cumplir ya que, de lo contrario, se activará su responsabilidad; se ha dicho que un administrador debe cumplir sus deberes con el mismo cuidado con el que actuaría una persona prudente puesta en una posición semejante y bajo las mismas circunstancias. Así, dentro de estos deberes fiduciarios, encontramos:

1. **Deber de buena fe:** viene del principio rector del derecho privado que determina la conciencia de actuar con corrección, honestidad y lealtad; es un deber fundacional, pues de este se derivan los demás.
2. **Deber de lealtad:** todas las actuaciones de los administradores deben ir encaminadas al mejor interés de la firma. Lo anterior, por ejemplo, se refleja en una serie de obligaciones específicas de acción u omisión, que se orientan a la protección de secretos de la sociedad, la abstención de actuaciones que resulten conflictivas, el respeto por las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, etc.

Es pertinente mencionar también, que no existe una lista taxativa o siquiera enunciativa en la que se especifique de manera precisa cada una de las situaciones que se consideran faltas al deber de lealtad, pues le corresponde al juez determinar las circunstancias en las que se considere un deber transgredido, en este sentido, “Todo el mundo está de acuerdo en que las estrategias y decisiones empresariales han de ser conformes al interés social, pero deja de estarlo cuando tiene que definir el concepto para pronunciarse sobre la conformidad de esta o aquella decisión con él” (Alfaro, 2016). En otras palabras, es un concepto que dependerá en gran parte, de la interpretación del juez en el caso concreto.

3. **Deber de diligencia o cuidado:** este deber se relaciona con el comportamiento de un buen hombre de negocios, es más exigente desde el punto de vista profesional, pues el debería asumir riesgos en forma consciente y razonada, ya que el riesgo es propio de la vida de negocios.

Ahora bien, el deber de cuidado no equivale a que la decisión tenga que ser acertada en términos de beneficios económicos para la compañía, pues, el ejercicio de la profesión de los administradores es eminentemente de medio y no de resultado.

En el desarrollo del ordenamiento jurídico en Colombia se pueden encontrar muchos otros deberes especiales para el correcto ejercicio de la función administrativa como por ejemplo, dar un trato equitativo a todos los socios de la firma¹¹.

Actualmente en Colombia, el incumplimiento de cualquiera de estos deberes generales o especiales, que al final del día, son bastante amplios en cuanto a su interpretación, puede devengar en una acción social de responsabilidad, que no es deseable para el ejercicio de una profesión como la administración, sumado a que, existe un amplio margen de responsabilidad

¹¹ Artículo 24 de la Ley 222 de 1995 “ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

cuando estas decisiones resultan en daños para la firma, pues los accionistas están legitimados por activa para ejercer la acción social de responsabilidad¹² en busca de declarar solidario al administrador por las consecuencias de sus decisiones, y lo que es aún más contrario a la figura de la BJR, la carga de probar el cumplimiento de los deberes fiduciarios se encuentra en cabeza del administrador.

Así las cosas, es evidente que la estructura original de la BJR es mucho más práctica y le permite al administrador un actuar con mayor rango discrecional respecto de los negocios de la firma, comparada con el régimen de responsabilidad de los administradores de la Ley 222 de 1995 y demás normas que lo desarrollan y que actualmente se encuentran vigentes en Colombia.

IV. ¿Cómo sucede el trasplante legal de la BJR en Colombia?

América del sur se caracteriza porque en gran medida a lo largo de la historia y desde los grandes acontecimientos históricos como la conquista, ha sido receptora de los llamados “trasplantes legales” (Maldonado, 2009), los cuales se definen como “una metáfora del derecho comparado creada para señalar el traspaso normativo que se produce entre diferentes ordenamientos jurídicos” (Casajús, 2019, pág. 262). Trasplantes que han permitido un proceso progresivo de construcción del derecho interno (Maldonado, 2009).

De esta manera, la importancia de dichos trasplantes jurídicos radica en que resuelven problemas que, acorde con nuestra tradición jurídica se deben resolver a partir de la norma

¹² La acción social de responsabilidad se encuentra consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

positiva, de los principios, etc., sin embargo, cuando se presenta una laguna jurídica que no tiene solución a partir del derecho interno, se acude a esta figura, buscando en otros ordenamientos jurídicos soluciones a problemas similares que han dado resultados positivos o incluso para remplazar y/o mejorar instituciones jurídicas vigentes que no son eficientes y contundentes a las necesidades del derecho interno (Maldonado, 2009), tal y como ocurrió en Colombia con la BJR.

Es por lo anterior que, los doctrinantes Delvasto y Barr (2012, pág. 33), determinan que los trasplantes legales han sido el método más común utilizado para crear y modificar leyes comerciales en Colombia, lo que refuerza el postulado de la importancia de los trasplantes legales en la medida en la que son un método ampliamente utilizado para enriquecer y evolucionar en materia de figuras jurídicas que atiendan a las necesidades propias de cada país y que contribuyan en el crecimiento económico al crear, modificar y fortalecer las disposiciones comerciales.

Es así como para el caso colombiano, la BJR ha sido incorporada por medio de un trasplante vía jurisprudencial desarrollado por la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisprudenciales (Londoño-González, 2016) apoyada en la interpretación de normas legales vigentes que estipulan y regulan la responsabilidad de los administradores, dado que legislativamente, los esfuerzos han sido infructuosos, por ende, la normatividad vigente no responde a las necesidades y exigencias de un mundo que se encuentra en permanente cambio. (Superintendencia de Sociedades, 2018).

En particular, esto ha sido posible gracias al rol activo de los doctrinantes y juristas por varias razones, primero, porque la Superintendencia de Sociedades presidida por estudiosos del derecho comparado, ha sido quien ha marcado la pauta en innovar en su jurisprudencia, en

casos como el de la incorporación a sus decisiones de la BJR, contrario a lo que ha sucedido con la Corte Suprema de Justicia, presidida por juristas de corte tradicional, la cual a pesar de citar la figura y tener acercamientos con la misma, se abstiene de acogerla puesto que la BJR es en sí misma una presunción de hecho, lo cual es contrario al régimen de responsabilidad del administrador vigente en Colombia.

A su vez, la Superintendencia en el proceso de desarrollar dicho trasplante legal debía enfrentarse a los impedimentos de la tradición jurídica vigente en Colombia que establece que para que una presunción de hecho pueda aplicarse y ser invocada en un proceso judicial esta debe estar positivizada (Ley 1564 de 2012), sin embargo, dados los fallidos intentos por hacerlo posible, la superintendencia no adoptó a la BJR bajo su versión clásica, es decir (como presunción), opto por aplicarla como “doctrina de la abstención” la cual establece que los jueces deben abstenerse de inmiscuirse en las decisiones adoptadas por los administradores siempre y cuando no se logre acreditar que medio en ellas conductas abusivas o ilegales (Bainbridge, 2019).

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, el factor formativo del jurista ha sido determinante para la globalización del derecho societario, pues, la influencia de Estados Unidos se ha dado progresivamente en países como el nuestro por ejemplo, por las migraciones con objetivos académicos de estudiantes a dicho país, como fue el caso de quien para el año 2013, época en la que se da inicio a la aplicación de BJR en Colombia, ostentaba la dirección de la Corte Especializada, es decir, de la Superintendencia de Sociedades, el doctrinante Fráncico Reyes Villamizar, quien luego de desarrollar sus estudios en el exterior, trajo consigo a Colombia figuras propias de la mencionada tradición jurídica.

Es por lo anterior, que la Superintendencia de Sociedades da paso a la aplicación de la BJR y realiza el trasplante legal, en desarrollo del postulado del buen hombre de negocios, puesto que no hay una figura en el derecho colombiano que le brinde certeza al administrador respecto de la no intromisión en su gestión, más que blindarse con el postulado antes mencionado (Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. , 2014).

Cap. 2. ¿Cuál es la posición actual de Colombia respecto de la BJR?

La BJR en Colombia hace presencia desde el año 2013, en virtud de la cual, se ha avanzado en el proceso conocido como: “globalización del derecho” (Villabona, 2009, pag.100). Lo anterior, se puede vivenciar por ejemplo, desde la celebración de tratados de comercio que dan vía libre a la apertura económica en diferentes países de la región, y a su vez, con la búsqueda de que dichos acuerdos económicos sean compatibles con la normatividad legal actual vigente (Reyes Villamizar, 2008), pues, se ha buscado en el derecho una herramienta de acompañamiento al proceso de globalización, y no una detractora del mismo.

Ahora bien, una particularidad que se debe destacar en todo este entramado, corresponde a que como bien se señaló anteriormente, la BJR, nace en un sistema de tradición jurídica anglosajón, contrario al que rige a Colombia (tradición jurídica civilista), lo cual tiene directa incidencia en la adopción de la institución.

No siendo esta la única razón que se manifiestan contrarias a que se dé un trasplante legal como el que se plantea, puesto que factores como el idioma y las posibles y variadas interpretaciones de las terminologías en el proceso de traducción, afectan de lleno su aplicación (Reyes Villamizar, 2008). Otra razón, aún más contundente se enmarca en la estructura organizacional de quienes son los llamados a aplicar esta regla de discrecionalidad, puesto que en estados unidos, son los jueces, en Colombia, tenemos no solo a las cortes sino también a la

Superintendencia de sociedades, quienes hoy por hoy manifiestan posiciones contrarias frente a la BJR y los mandatos legales vigentes (Reyes Villamizar, 2009).

De ahí que, el desarrollo de dicho trasplante jurídico en gran medida deberá ir acompañado de modificaciones legislativas que permitan una correcta armonización normativa. Es así, como se puede dialogar de cómo las barreras entre las tradiciones jurídicas van siendo derribadas en el paso del tiempo (Spamann, 2009). Especialmente, en materia societaria y para el caso colombiano, autores como Spamann, dan cuenta de cómo la legislación societaria de origen estadounidense y por medio de la doctrina ha sido traída a Colombia desde aproximadamente 1995 (Spamann, 2009), a su vez, ha sido por medio de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, que se ha dado aplicación de la BJR.

Sin embargo, La Corte Societaria ha venido introduciendo figuras de manera expedita, como la BJR, por medio de sus decisiones, atendiendo a las necesidades propias no solo del mercado, sino del desarrollo mismo de la actividad del administrador y de la importancia de que se puedan asumir riesgos en pro de la firma y la sociedad.

No obstante, en Colombia se ha intentado positivizar la BJR, aunque sin llegar a su cometido. Lo anterior, en busca de que la institución pueda incorporarse en el ordenamiento interno y de esta manera armonizar la política pública de responsabilidad del administrador, por medio de una necesaria modificación del régimen de responsabilidad, actualmente estipulado en la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, en el presente acápite se desarrolla una descripción de algunos de los proyectos de Ley por medio de los cuales se buscaba positivizar la BJR, y a su vez, se procede a desarrollar un estudio de la línea jurisprudencia que ha establecido la Delegatura de

Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, además, se analizan las interacciones jurisprudenciales que han tenido la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de arbitramento, en los casos asociados a La BJR de Discrecionalidad de los Negocios.

I. Proyectos de Ley

I.I. Proyecto de Ley 70 de 2015

El 13 de agosto de 2015 se publicó en la Gaceta del Congreso el Proyecto de Ley 70 de 2015, por medio del cual, en general, se buscaba reformar el régimen societario vigente y lo que es más importante, especialmente para el tema que nos ocupa, la adopción de la BJR, sin embargo, dicho proyecto fue retirado el 5 de abril de 2016.

El proyecto de Ley 70 de 2015, disponía en su tercer capítulo, la propuesta de modificación del régimen de responsabilidad de los administradores¹³. De manera puntual, disponía en el artículo 17: “la regla de deferencia al criterio empresarial de los administradores” que es también, la BJR.

Dicho artículo prosa:

“Artículo 17. Principio de deferencia al criterio empresarial de los administradores. Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su

¹³ Actualmente se encuentra regulado por la Ley 222 de 1995.

cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la Ley o de sus deberes, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios.” (Proyecto de Ley 70 de 2015).

Es así como, de la lectura de dicho artículo, es posible extraer dos cuestiones principales, la primera de ellas se relaciona con que se limita el proceder de aplicación de la BJR únicamente a los jueces, dejando de lado los organismos administrativos que pudieren sancionar y/o juzgar el proceder de los administradores de una sociedad. Y por el otro lado, determina cuáles son los requisitos que se deben configurar para que efectivamente se pueda dar aplicación a la misma.

I.II. Proyecto de Ley 002 DE 2017

Un año después de haber sido retirado el proyecto de Ley 070 de 2015 del Congreso de la República, se tramita ante este mismo, el proyecto de Ley 002 de 2017, con el cual, se buscaba una vez más, abogar por la actualización del régimen societario vigente en Colombia, sin embargo, de nuevo, dicho proyecto de Ley no prosperó, por lo cual, fue archivado el 20 de junio de 2019.

A su vez, el proyecto de ley, buscaba incorporar la BJR, al ordenamiento jurídico colombiano, de la siguiente manera:

“Artículo 90. Deferencia al criterio empresarial de los administradores. Los jueces respetarán el criterio adoptado por los administradores en la toma de las

decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se compruebe la mala fe o la violación de la Ley o del deber de lealtad, los administradores no serán responsables por los perjuicios que se originen en sus decisiones de negocios.” (Proyecto de Ley 002 del 2007).

En esta medida, y desarrollando un contraste de ambos proyectos de ley, hay claridad en que no se encuentran muy distanciados el uno del otro, sin embargo, el proyecto 002, era claro al manifestar una adición que no se encontraba específica en el proyecto de Ley 070, la cual se suman a los requisitos para la configuración de la BJR, el respeto y debido cumplimiento del deber de lealtad.

II. Jurisprudencia

En materia jurisprudencial, se procede a desarrollar un estudio sobre algunos de los casos que ha fallado la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, además, se analizan las interacciones jurisprudenciales que han tenido la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Arbitramento, en los casos asociados a la BJR.

II.I. Superintendencia de Sociedades

En materia jurisprudencial, es menester mencionar que la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades goza de facultades jurisdiccionales que le fueron otorgadas por el legislador, dado que se configura como un órgano mixto, puesto que también desarrolla funciones de vigilancia, inspección y control a las sociedades mercantiles (Garzon, 2001).

En esta medida se procede a hacer un análisis a manera de recuento histórico del proceso jurisprudencial que ha desarrollado esta entidad.

Así, la Corte Especializada en materias mercantiles y de derecho económico, ha sido quien ha dado aplicabilidad a la BJR, por medio de sus decisiones, donde se fijaron parámetros de implementación de la figura de acuerdo a la plataforma fáctica de cada caso.

Inicialmente, en el año 2013 realiza el trasplante jurídico de la BJR a través del Caso Pharmabroker S.A.S C.I., 2013, en el cual los accionantes pretendían que se declarara la responsabilidad solidaria e ilimitada del antiguo representante legal de Pharmabroker S.A.S. C.I. entre otras cosas, porque no convocó a la asamblea y vendió acciones por debajo del margen de utilidad, resultando en consecuencias patrimoniales perjudiciales para la compañía.

En este sentido, el despacho señaló que “no suele inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, a menos que se demuestre la existencia de alguna irregularidad que lo justifique” (2013, pág. 2). Finalmente, resolvió desestimar las pretensiones de la demanda. Siendo así este el primer caso en el que se incorpora la BJR en el ámbito del derecho societario en Colombia.

Así mismo, ratificando su posición frente a la BJR, la Superintendencia en resolución **801-00072** del 11 de diciembre de 2013, manifestó 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” (Sentencia, 2013).

Igualmente, sobre las infracciones al deber de cuidado en sentencia del 02 de mayo de 2017, sobre la demanda presentada por José Gerardo Díaz Ardila y Orlando Jaime Landazábal, en la cual pretendían que se declarare que la ex gerente de Materiales y Metales Limitada en Liquidación Ana Yolanda Villamizar Bermúdez incumplió los deberes como administradora de la sociedad señalados en la Ley y en los Estatutos Sociales, ya que se configuran los presupuestos que dan lugar a la acción social de responsabilidad y que por lo tanto, esta debe responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionó a la sociedad Materiales y Metales Limitada en Liquidación y a sus socios.

En este caso la Corte Especializada decide declarar el incumplimiento de los deberes fiduciarios de la ex gerente de Materiales y Metales en Liquidación en virtud de que “la señora Villamizar Bermúdez infringió su deber de diligencia por no fijar en forma precisa los criterios para la celebración de ventas a crédito” (2017), sin embargo, también consideró que estos incumplimientos no consolidaron la generación de perjuicios para la compañía o a sus socios y en este sentido, no la exhorta a pagar ningún tipo de reparación.

En este mismo sentido, en sentencia del 31 de octubre del 2019 la Superintendencia emite uno de los pronunciamientos más recientes sobre el régimen de responsabilidad del administrador en el cual se condena al representante legal por el pago de más de tres mil millones de pesos

(\$3.000.000.000) por concepto de los perjuicios derivados de la infracción de sus deberes como administrador.

Se trata del caso Husqvarna Colombia S.A. contra Raúl Navarro Belalcázar, en el cual el accionante pretendió la declaración de la responsabilidad de Raúl Navarro Belalcázar por la posible infracción de los deberes que le correspondían como administrador de Husqvarna Colombia S.A.S.. La corte resolvió que Raúl Navarro Belalcázar violó los deberes de lealtad y cuidado en su condición de representante legal de Husqvarna Colombia S.A.¹⁴.

A su vez, frente a la BJR la Corte Especializada mencionó que por regla general “los administradores sociales cuentan con la mayor autonomía para gestionar los negocios sociales sin temer la intromisión de esta Superintendencia en sus decisiones de negocio. Lo anterior no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales”. Tal y como sucedió en el caso expuesto.

En síntesis, desde el año 2013 la Superintendencia ha sido coherente y reiterativa en la posición que adoptó respecto de la institución jurídica de la BJR como una garantía para el administrador, siempre que no se desvirtúe el

¹⁴ Es menester resaltar que la Superintendencia aclaró que los deberes fiduciarios se exigían solo en los momentos en los cuales el señor Navarro actuaba como representante legal principal de la empresa.

cumplimiento de los deberes fiduciarios del mismo, pues de lo contrario ejecutará el control legal correspondiente.

II.II. Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia por su parte, se ha manifestado acerca de la responsabilidad de los administradores estableciendo que la misma es autónoma e ilimitada de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o terceros, como también que no estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten, reafirmando lo que predica la legislación vigente, específicamente la Ley 222 de 1995, la cual dispone que a los administradores se presumen culpables.

En este sentido, en casos como el de Construcciones Capital Tower S.A., en el cual la señora Loren Alejandra Bustos Moreno pretende que se declare responsables a Capital Tower S.A. y Víctor Sasson como Representante Legal de la entidad, por los daños que le causaron con ocasión a la muerte de su padre, ya que se el padre de la accionante iba caminando por una construcción a cargo de Capital Rower cuando lo impactó una viga que le causó la muerte.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte resuelve declarar solidariamente responsables a Capital Tower S.A. y a su administrador el señor Victor Sasson, específicamente sobre el último en virtud de que las circunstancias comprometen su “responsabilidad civil extracontractual”.

De esta manera, la Corte estimó que:

“se presentó un hecho que afectó o le causó daño a la demandante, esto es, la muerte de su padre y se originó por fallas injustificadas que guardan relación con las funciones de “administrador” en el ámbito de la actividad operativa o de ejecución de una obra encomendada a la empresa constructora por él representada, lo que evidencia que no se comportó con la diligencia de un buen hombre de negocios, es decir, como ese profesional conocedor de las técnicas de administración necesarias para el desarrollo adecuado del objeto social de la sociedad y el cumplimiento de las disposiciones que regulan sus actividades”. (Sentencia , 2013).

Como resultado de lo anterior, es pertinente mencionar que en las consideraciones del caso citado, la Corte extiende la responsabilidad de los administradores frente a los terceros, por medio de la responsabilidad extracontractual, desconociendo varias de las características estructurales básicas de las sociedades de capital, las cuales exhortan a las firmas para contraer obligaciones a título propio, es decir, sin comprometer a los accionistas o administradores (Hansmann & Kraakman, 2017).

Sin embargo, de manera posterior y puntual frente a la BJR, la Corte en sentencia SC 2749-2021 en el caso de Ladrillera S.A. vs. Pedro Juan Navarro Patrón, en el cual el demandante pretendía que se declarara que el administrador había incumplido sus deberes y obligaciones legales y por ende, se condenara a la consecuente reparación por daños y perjuicios. En este caso, la Corte realiza una breve mención de la institución jurídica de la BJR , sin embargo, no desarrolla ni analiza la figura jurídica y por el contrario, reitera la presunción “iuris tantum” que establece la culpa del administrador en la Ley 222 de 1995.

A su vez, en el pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema de Justicia sobre la responsabilidad de los administradores en Colombia, en sentencia del 15 de diciembre de 2021 la Corte resuelve ordenar un dictamen pericial para determinar algunas cuestiones técnicas de los negocios efectuados por los administradores del Centro de Facturas CEFRA S.A. contra quienes se inició la acción pretendiendo que se declarara su responsabilidad y consecuentemente se ordenara la indemnización por concepto de perjuicios, además de la declaración de la nulidad de los negocios que estos habían celebrado.

En las consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, si bien hace un análisis de los deberes fiduciarios reitera que “a diferencia del régimen común de responsabilidad civil contractual, los damnificados no tienen la carga de demostrar la culpa del administrador, pues esta se presume en los casos de “incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la Ley o de los estatutos” (2021), en este sentido, desconoce la aplicación de figura jurídica de la BJR como presunción de hecho en la cual la carga de la prueba se encuentra en cabeza del “damnificado” o accionante.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil por un lado, ha desconocido la aplicación de la figura jurídica de la BJR, pues en el único caso en el que la menciona no la desarrolla y por el otro, ha endilgado responsabilidad solidaria hacia el administrador de acuerdo con los parámetros que presumen la culpa de este.

II.III. Tribunales de Arbitramento

En cuanto a los tribunales arbitrales y los laudos que se han emitido con respecto a la BJR, tenemos una aproximación en cuanto a la responsabilidad de los administradores, en el laudo arbitral del Tribunal de Arbitraje de Nelly Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza Vs. CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte, el tribunal planteó que la BJR se debe tener en cuenta a la hora de evaluar la culpa del administrador por un juez, concretamente expuso: “El juzgamiento de la debida diligencia no está sometido a parámetros rígidos sino que en su fijación debe tenerse en cuenta la dinámica propia de las relaciones comerciales” (Laudo arbitral, 2016).

A su vez, el tribunal estableció conforme a dicha institución que la carga de la prueba estaba en cabeza del demandante, y no al contrario como bien obra en la normatividad vigente en Colombia.

Ahora bien, la BJR se ha incorporado por vía jurisprudencial por medio de la Superintendencia de Sociedades, quien gracias a las cabezas visibles de su administración quienes se han formado en escuelas de tradición jurídica anglosajona, han dado soluciones a los problemas jurídicos con conceptos que no se encuentran en la norma legal vigente, dado que esta no atiende a las necesidades del cambiante mundo del derecho corporativo, con lo cual, han ido traspasando las barreras de la tradición jurídica civilista.

Sin embargo, el problema que se presenta consiste en que al ser introducida jurisprudencialmente no es de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, lo cual se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien a pesar de

hacer una alusión muy somera de la BJR en alguna de sus decisiones, solo se ha limitado a honrar la tradición jurídica civilista en la que impera lo escrito, lo positivizado.

En conclusión, aunque en Colombia la BJR no se encuentra positivizada, pese a algunos intentos de incorporarla por medio de proyectos de ley que no cumplen su cometido, sumado a que la CSJ la desconoce, lo cierto es que la Superintendencia de Sociedades por medio de la Delegatura para Asuntos Económicos y Societarios, la reconoce y la incorpora por medio de sus decisiones, creando así un panorama desarmónico respecto de la política pública de responsabilidad de los administradores sociales.

Cap. 3. Sobre el efectivo cumplimiento de la BJR y la seguridad jurídica: ¿Qué conflictos representa la falta de unanimidad normativa y jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los administradores en Colombia y cómo solucionarlos?

Una vez estructurado el concepto y alcance de la BJR como presunción de hecho en Colombia y expuesto sobre la desarmonización en la política pública de la responsabilidad de los administradores de sociedades en Colombia desde la Ley vigente, los proyectos de Ley que han fracasado, algunas decisiones de las Altas Cortes, la posición actual de la Superintendencia de Sociedades, los tribunales de arbitramento y demás, este capítulo pretende responder a la pregunta: ¿Qué conflictos representa la falta de unanimidad normativa y jurisprudencial respecto de la responsabilidad de los administradores en Colombia y cómo solucionarlos?

Lo anterior, retomando y profundizando sobre los fines de la BJR, los cuales la constituyen como una institución jurídica de deseable adopción y posteriormente, analizándolos desde la problemática de desarmonización que afecta la seguridad jurídica, concluyendo así, la necesidad de positivizar la figura jurídica como solución ante el posible desdibujamiento de la BJR y en salvaguarda del correcto ejercicio de la administración de justicia

Fines de la BJR: la asimilación de riesgos empresariales

Ya que el administrador de la sociedad es quien detenta el real poder decisorio, es decir, es el agente facultado para tomar las decisiones empresariales que determinan el alcance y ritmo del crecimiento económico de la empresa, la adopción de la BJR en Colombia, trae consigo diferentes implicaciones prácticas desde el punto de vista económico, que resultan favorables, como por ejemplo las siguientes:

- I. Incentiva la asimilación de riesgos empresariales en la medida en que amplía el margen de discrecionalidad de las decisiones de los administradores sociales, lo que a su vez resulta en la maximización de utilidades para la firma y la población en general (Lopez, pág. 21).
- II. Garantiza un ambiente seguro para el ejercicio de la iniciativa privada de manera tal que las inversiones que se relacionan directa y proporcionalmente con el riesgo se lleven a cabo (Vives, 2013).
- III. Protege la libertad económica, pues permite al director tomar decisiones de manera autónoma sin que exista una injerencia del Estado que intervenga en asuntos del manejo de la firma.

Así las cosas, teniendo en cuenta que “cualquier forma de sanción gubernamental a un tipo de producción u organización de mercado lesiona la eficiencia de sistema económico e impide la máxima remuneración a los factores, así como la máxima satisfacción a los consumidores (Murray N, 1970, pág. 142) y que la BJR evita que las decisiones de negocio tomadas por los administradores de las sociedades sean revisadas ex post por una autoridad judicial, se entiende entonces que la BJR es deseable desde un punto de vista económico, ya que propende por incentivar la asimilación de riesgos en busca de la maximización de las utilidades para la firma y la población en general, es decir, por la eficiencia económica.

Además, es válido mencionar que la BJR fue desarrollada dadas las condiciones sociales que se vivenciaban después de la Gran Depresión en Estados Unidos, como uno de los incentivos para el crecimiento económico de la región (Sabogal, 2012), ya que se trasladó a una visión, en la que se optó, desde la jurisprudencia, por generar un margen de discrecionalidad que fuere más amplio y más sugestivo para el administrador.

De igual manera, autores como Feuer afirman sobre la BJR que la misma “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” (Mortimer, 1974), es decir que el agente administrador que confía en que sus decisiones de negocio no serán penalizadas por una autoridad judicial, propenderá por el ejercicio de su profesión de manera más eficiente

Ahora bien, en Colombia la doctrina entorno a la BJR da cuenta del significado que tiene la adopción de dicha presunción en el ordenamiento jurídico interno y las necesidades a las que responde la misma desde diferentes perspectivas como el derecho económico y societario, todas

ellas orientadas a una globalización del ordenamiento jurídico colombiano que responda a las necesidades de los cambiantes mercados internacionales.

Así pues, entre los diferentes planteamientos tenemos lo manifestado por el doctor Francisco Reyes Villamizar, quien fue Superintendente de Sociedades y expuso la necesidad de llevar a cabo la modernización del derecho societario en Colombia por medio de la adopción de figuras como la BJR, ya que ello implicaba un giro positivo para las empresas, generando relaciones comerciales interesantes que fueran de la mano con la normatividad interna vigente para que así se pudiera dar un desarrollo y crecimiento económico efectivo, con el fin de que la Ley no estuviera en contravía de la evolución de los mercados (2015).

Si bien es cierto, los administradores asumen un rol protagónico en la toma de decisiones, a su vez los ordenamientos jurídicos deben procurar incentivar la toma de dichas decisiones riesgosas, muestra de ello es que en Colombia la Ley 222 de 1995, indica que el administrador debe proceder con la diligencia de un “buen hombre de negocios”, diferenciándolo del criterio de actuación existente en la normatividad civil interna del “buen padre de familia”, de esta forma lo exhorta para que tome riesgos en favor de la firma, sin embargo se requiere una protección jurídica más contundente que lo proteja de las consecuencias adversas que puedan tener aquellas decisiones riesgosas tomadas de buena fe y conforme a sus deberes fiduciarios (Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. , 2014).

Ahora bien, aunque a los administradores se les exhorte a negociar, como se mencionó en el párrafo anterior, en el ordenamiento interno, estos no cuentan con un respaldo como el que brinda la BJR para actuar sin temor a que sus decisiones de negocios tomadas en cumplimiento de los deberes fiduciarios, puedan ser revisadas ex post por una autoridad

judicial, por ende, no hay una confianza adecuada que permita al administrador actuar como un “buen hombre de negocios”, así sus acciones serán más cercanas al del “buen padre de familia”, es decir, más precavidas.

En la búsqueda del crecimiento económico de la firma y claramente en la apuesta por el desarrollo económico, es necesario convivir con el riesgo y sobre todo, asumirlo, actuar como un “buen hombre de negocios”, de modo que, “La aversión al riesgo o el gusto por el mismo se ve reflejada en las decisiones que se adoptan, y de la manera como tales riesgos sean administrados dependerá el éxito o fracaso” (Mejía, 2009, pág. 102).

En esta medida, ya que el riesgo es propio de la vida de negocios, el buen hombre de negocios debe asumir riesgos, siempre de forma consciente y razonada. Es decir, su actuar va ligado a una serie de deberes fiduciarios.

Dicho lo anterior, el administrador debe honrar por medio de su actuar el pilar de los deberes: el deber de cuidado y diligencia; es necesario recalcar que el deber de cuidado no equivale a que la decisión tenga que ser acertada en términos de beneficios económicos para la compañía, pues, la obligación de los administradores es de medio y no de resultado (como se explicará posteriormente). Por lo tanto, si a pesar de haber actuado diligentemente y de buena fe, los resultados de la gestión no son buenos, no se genera responsabilidad para el administrador (Laguado, 2004).

En concreto, la estipulación que impulsa a los administradores a proceder como lo haría un buen hombre de negocios, no guarda concordancia con la estipulación legal que lo exhorta a ser responsable solidario de sus decisiones para con la firma.

Es importante crear un ambiente de confianza que incentive la asimilación de riesgos para mejorar las dinámicas de juego en el mundo de los negocios, puesto que es determinante para el efectivo progreso económico de las regiones, al respecto, la “destrucción creativa”, teoría acuñada por el economista Schumpeter (2003), asegura que en el camino hacia la creación de algo nuevo, primero es necesario destruir el todo o la parte de lo viejo, pues, tal y como también lo menciona Schumpeter (2003), el capitalismo, es por naturaleza cambiante y nunca será estacionario, en sentido, si pretendemos maximizar las utilidades de la empresa, debemos destruir creativamente y ello solo es posible en la medida en la que se asimilen los riesgos que el ejercicio de la administración conlleva.

Sírvase de ejemplo, el crecimiento y cambio económico que vivió Colombia en siglo XX, tras pasar de una economía de haciendas e incursionar en las economías de unidades productivas, este se debió en gran parte a la capacidad de innovación y la asimilación de riesgos por parte de los empresarios de la época.

Como muestra, expone Londoño (2019) sobre la vida de Jorge Garcés Botero que: “se trató de un hombre que supo practicar constantemente la destrucción creativa para mantenerse vigente en las lógicas económicas de los contextos en los que vivió, tanto local y regional como internacionalmente” (Pág. 262), lo anterior da cuenta de que la destrucción creativa es en sí misma la capacidad del empresario para asumir y aceptar riesgos de nuevas visiones, no es pues un concepto extraño o misterioso, se trata del coherente proceder de los administradores para mantener vigente a sus empresas desde siempre.

De conformidad con lo anterior, la vida de los empresarios nos demuestra que para crear hay que destruir, y como tal, destruir implica tomar riesgos, pues, la destrucción creativa establece que “cada actor económico asume su propia cuota de riesgo en el proceso productivo:

quién aporta el capital soporta el riesgo económico, y quien contribuye con el ingenio empresarial asume el riesgo de la pérdida de su reputación en caso de fracaso” (Pérez & Patlán, 2011, pág. 23).

Por ende, cabe mencionar que en el mercado ya existen otro tipo de incentivos eficientes que influyen en la labor del administrador para que este asuma riesgos de manera informada y leal, en esta medida, la estipulación de la presunción de culpa para los administradores, no es un incentivo a su buen comportamiento, pero sí, a la aversión al riesgo.

El trasplante legal de instituciones sencillas como la BJR que pretenden que el mundo jurídico avance de la mano de las necesidades cambiantes del mundo de los negocios, es deseable, siempre que se realice de manera armónica por todas las ramas del poder público, toda vez que de lo contrario, si existen de manera concomitante una presunción de culpa y una presunción de no responsabilidad, las reglas de juego del país adoptante no estarían claras y esto llevaría consigo el posible desdibujamiento del fin de la figura jurídica, la cual pretende dar certeza respecto de la no injerencia del Estado en las decisiones de negocio.

La seguridad jurídica como respaldo para la toma de decisiones y los límites del ejercicio de la jurisdicción

En este acápite, se estudiará el concepto de seguridad jurídica aplicada sobre los dos sujetos más importantes para la BJR, el administrador y el juez, lo anterior desde la perspectiva de Vives (2013), el cual determina que la seguridad jurídica tiene una doble connotación, la primera positiva, como consistencia y certeza en la operación judicial, y la segunda negativa, desde el reconocimiento de los límites del juez en función de proteger a las personas de la arbitrariedad.

Ya que la pretende generar un clima de confianza para que los administradores puedan arriesgarse a tomar negocios importantes y planificar con la certeza de que no serán juzgados siempre que tomen decisiones informadas, en el interés de la sociedad y de buena fe, la seguridad jurídica resulta siendo sin duda uno de los presupuestos más importantes para el efectivo cumplimiento de la misma.

Los administradores necesitan reglas de juego claras y decisiones judiciales consistentes para ejercer sus funciones, pues les interesa seriamente proyectar sus decisiones a futuro. Como muestra de lo anterior, la ANDI en la Encuesta de Opinión Conjunta del año 2021 en el módulo sobre internacionalización, incluye en una lista de seis motivos a la falta de seguridad jurídica como uno de los factores que motivan a una empresa colombiana a ubicarse en otro país (Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, 2021).

Si bien es cierto que “en la propia noción de la acción va implícita la incertidumbre” (Von Mises, 1986), es por esto mismo que “las medidas para tratar el riesgo han existido desde el inicio de la humanidad (..) En Grecia se recurría al Oráculo de Delfos para indagar sobre los acontecimientos que deparaba el futuro (...) con ello trataban de predecir el futuro para prevenir los riesgos que les podría deparar, analizando los puntos a favor y en contra de las alternativas que consideraban viables y recomendando las más favorables” (Kolluru, 1998).

De ahí que, la confianza sea un punto neurálgico en el funcionamiento de la jurisdicción, en suma, si existe confianza y seguridad respecto de las reglas de juego que gobiernan la actividad, los agentes podrán estructurar planes a largo plazo, por ejemplo, inversiones, que resulten beneficiosas para su firma y la sociedad en general, tal cual, pretende la BJR.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional establece que “la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias.” (SU 072 de 2018). De ahí que, la seguridad jurídica en sí misma es el resultado de la confianza generalizada en virtud de la coherencia y consistencia de las diferentes autoridades respecto de la política pública.

Aunque la Superintendencia de Sociedades ha sido reiterativa en su posición, para la jurisprudencia de la rama judicial no es vinculante la posición de la misma, con lo cual aún existe un riesgo jurídico de diferencia de criterios respecto al alcance de la responsabilidad de los administradores, pues también es competencia de la rama judicial el conocimiento de casos societarios, como ya ha ocurrido en casos como el de la constructora Capital Tower S.A., en el cual la Corte condena solidariamente al administrador.

Lo anterior, se puede evitar si creamos un ambiente de decisiones predecibles, en virtud de normas sencillas y claras, que responden a una política pública unificada, de esta forma, el administrador confía en la jurisdicción y asume riesgos, puesto que la predictibilidad de las decisiones le permite proyectar y planear sus negocios.

Por otro lado, la segunda cara de la seguridad jurídica es evitar la arbitrariedad, que para el caso concreto se puede extrapolar a una de las máximas de la BJR la cual predica que los jueces deben abstenerse de pronunciarse sobre las decisiones de negocio, es decir, el reconocimiento de las limitaciones del juez genera confianza en la administración de justicia y por ende, seguridad jurídica.

Lo anterior, “en la medida en que los jueces no son expertos en la actividad de administración de empresas, estos no deben convertirse en administradores de segundo grado a efectos de evaluar la conveniencia empresarial de las decisiones de los administradores en ejercicio” (Sabogal, 2012). En otras palabras, el juez como especialista en el ámbito del derecho y no en el mundo de los negocios reconoce su ámbito de acción delimitado por el análisis de los componentes de la BJR y de esta forma, se aleja de la arbitrariedad.

Ahora bien, aun cuando se proponga involucrar a un perito en la actuación procesal para estudiar la decisión de negocio tomada por el administrador y suplir las limitaciones de la experticia del juez, es menester resaltar que como lo menciona el jurista Reyes Villamizar (2017) “Debe recordarse que la obligación de los administradores no es de resultados, sino, más bien, de medios” (p.701), pues, “Las obligaciones son de medios, cuando no se garantiza el resultado; pero se deben cumplir las normas de la ciencia, la técnica y el arte en la realización de la prestación debida” (Ortiz, 2013, pág. 6).

En este sentido, el administrador ostenta una relación de carácter fiduciario con la firma, es decir, como mencionó en capítulos anteriores, debe cumplir con unas exigencias de diligencia en beneficio de la organización, de ahí que quien asume irresponsablemente los riesgos empresariales falta a sus deberes y no es merecedor de la BJR.

Por lo cual, tal y como lo menciona el doctrinante Ortiz (2013) quien pretenda endosarle la responsabilidad de una mala decisión al administrador, deberá demostrar que no se actuó conforme lo exigía la profesión, de lo contrario, el cumplimiento de los deberes fiduciarios claramente exigidos por la BJR tendrá la vocación de absolver al administrador de cualquier tipo de responsabilidad que se le pretenda endilgar en virtud del mero fracaso económico.

Además, no solo se trata de que el juez deba abstenerse de revisar de fondo las decisiones en virtud de una categoría jurídica, al determinar la obligación del administrador como de medio y no de resultado, sino también de un componente natural de la acción humana, pues tanto el juez como el perito están eminentemente sometidos al sesgo retrospectivo.

En ese sentido, el profesor Bainbridge, M. (2019, pág. 114) expuso que los tomadores de decisiones tienden a asignar una probabilidad erróneamente alta de ocurrencia a un evento probabilístico simplemente porque terminó ocurriendo. Si un jurado sabe que el demandante resultó lesionado, el jurado estará sesgado a favor de imponer responsabilidad por negligencia incluso si, visto ex ante, había una probabilidad muy baja de que tal lesión ocurriera.

Incluso cuando los casos de deber de cuidado se juzgan sin jurado, como en Delaware, los jueces que saben en retrospectiva que una decisión empresarial resultó mal, podrían así mismo estar sesgados hacia encontrar un incumplimiento en el deber de cuidado. Así las cosas, con mayor razón un tercero experto en la materia encontrará muy probable, un resultado que en el pasado, con mucha menos información, tal vez no lo era.

De acuerdo con lo anterior, el establecimiento de la BJR de manera expresa en la legislación positiva colombiana, implica entre otras cosas, la claridad para que los demandantes acudan ante el aparato judicial, lo cual también conlleva a la reducción de costos de la administración de justicia toda vez que minimiza el error judicial (Rojas, Schenone, & Stordeur, 2012) y; la armonización de la política pública sobre la responsabilidad del administrador en Colombia.

En este sentido es necesario precisar lo siguiente:

- El papel del administrador de justicia ha sido fundamental en todo este entramado, pues es valioso que el mismo operador judicial colombiano en un ejercicio proactivo haya dado un paso adelante y decidido abstenerse de escudriñar las decisiones de negocios, de esta forma se puede generar un clima de confianza para que el administrador pueda planificar y asumir riesgos en un futuro.
- Es un hecho que en Colombia existe desarmonización de la política pública sobre la responsabilidad de los administradores, por ende, el ejercicio de la jurisdicción tal cual se ejecuta en la actualidad representa el riesgo del desdibujamiento de la figura jurídica de la BJR, puesto que, generar desconfianza en la jurisdicción, lo cual afecta a la seguridad jurídica, importante para la asimilación de riesgos empresariales.

En salvaguarda de la confianza y por ende, de la seguridad jurídica de Colombia, se requiere del trabajo armónico de las tres ramas del poder público que la consistencia de sus decisiones se dirija en virtud de una presunción de hecho a favor del administrador que se encuentre estipulada en las normas vigentes y por otro lado, de jueces que no revisen de fondo y en retrospectiva decisiones de negocio.

Así pues, con la positivización de la figura jurídica de la BJR como presunción de hecho, se unifica la política pública de la responsabilidad del administrador en Colombia, con el fin de establecer una administración de justicia coherente, consistente, y claramente delimitada en su ámbito de acción que propenda por generar un ambiente de confianza para la asimilación de riesgos empresariales.

Conclusiones

1. La BJR es una figura jurídica cuya naturaleza corresponde a una presunción un hecho a favor del administrador, de esta forma, debe ser incorporada de manera positiva en nuestro ordenamiento jurídico para que sea vinculante a todas las autoridades competentes con el fin de materializar los beneficios que trae consigo la figura.
2. La posición actual de Colombia en relación con la BJR no es armónica, pues existe una clara desconexión en las motivaciones de las diferentes autoridades con la normatividad vigente de la responsabilidad de los administradores que puede entre otras cosas, afectar la confianza en la administración de justicia.
3. Si bien es cierto que la realización del trasplante jurídico por medio de la Superintendencia de Sociedades ha sido beneficioso en la construcción de los lineamientos del derecho societario en Colombia, aún tenemos una gran oportunidad de mejora con la adopción positiva de la BJR de manera que logremos la armonización de política pública, en función de generar un ambiente de seguridad jurídica y confianza que respalde la realidad propia de la ejecución de la administración.
4. Con el objetivo del mejoramiento de la administración de justicia en el ámbito del derecho societario, es menester resaltar que la formación de los jueces en derecho comparado es deseable y ha sido determinante para la toma de decisiones que responden a las necesidades del mercado internacional, por ejemplo, con la adopción de la BJR se ha dado paso a la construcción de un camino jurídico globalizado para las generaciones venideras.

Referencias

- Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera, 2013-801-082 (Superintendencia de Sociedades 2013).
- Alfaro, J. (2016). El Interés Social y los Deberes de Lealtad. *AFDUAM*, 313-336.
- Aronson contra Lewis (Tribunal Supremo de Delaware 1 de marzo de 1984).
- Arsht, S. S. (1979). "The Business Judgment Rule Revisited" . *Hofstra Law Review*, Vol. 8: Iss. 1, Article 6.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia. (Junio de 2021). *EOIC - Encuesta de Opinión Industrial Conjunta*. Obtenido de <http://www.andi.com.co/Uploads/Informe%20EOIC%20Junio%202021.pdf>
- Association, A. B. (2003). *International Developments in Corporate Governance*. Obtenido de <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0026/materials/46.pdf>
- Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. España: Ariel.
- Auto 801-0525 (Superintendencia de sociedades 9 de abril de 2014).
- Bainbridge, S. M. (2019). "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine". *Vanderbilt Law*, 57, 83-130. Obtenido de <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol57/iss1/3>
- Casajús, C. J. (2019). Transplante jurídico. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad, Universidad Autónoma de Madrid*, 262-275. Obtenido de Universidad Autónoma de Madrid.

Caslav, P. (2000). *Civil Law Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal*.
Kyushu University.

Caso Percy vs. Millaudon (Sentencia de la Corte Suprema de Lusiana de 1829 1829).

Caso Pharmabroker S.A.S. C.I., 2012-801-052 (Superintendencia de Sociedades 2013).

Cebria, H. (2009). *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La Regla del –buen– juicio empresarial*. Madrid: Marcial Pons.

Cede & Co. v. Technicolor Inc, 634 A.2d 345 (Delaware Supreme Court 1993).

Coase, R. (1937). The Nature of the Firm. *Económica*, 386-405.

Cobos, P. d. (2019). *La Discrecionalidad Empresarial en el Derecho Español y Derecho Americano: Origen, Evolución, y Análisis Comparado de Jurisprudencia*.

Código Civil , Ley 84 de 1987 Diario Oficial No. 2.867 (Congreso de la República 1873).

Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. (2021, párr. 1). Dinámica de Creación de Empresas en Colombia., (págs. 1-13). Colombia.

Delvasto - Barr, C. J. (2012). The Evolution of Business Law in Colombia: Is it Possible to End Colombia's Legal Dependency? *Revista de Derecho Privado N.o 47*, 4 - 38.

Enriques, L., Hansmann, H., & y Kraakman, R. (2008). «The basic governance structure: the interest of shareholders as a class», en AA.VV. *en AA.VV. "The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Fuctional Approach. Segunda Edición, Ed. Oxford, Estados Unidos,, pp. 55-87.*

- Falcón, M. J. (2005). “La Equity Angloamericana”. *Foro Nueva Época - Universidad Complutense de Madrid* 1, 79–108.
- Garzon, A. A. (2001). “Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades en el Derecho Comercial”. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10554/55334>
- Guerra, G. (2003). El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses (su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo). *Revista de Derecho de Sociedades, Número 20, Navarra*.
- Guido, C., & A. Douglas, M. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review* 6, 1089-1128.
- Hansmann, H., & Kraakman, R. (2017). *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*. Oxford University Press.
- Jhon Fredy Díaz Arbeláez contra Álvaro Antonio Noreña Noreña, Auto No. 801-21426 (Superintendencia de Sociedades 23 de 12 de 2013).
- Kolluru, R. V. (1998). *Manual de Evaluación y Administración de Riesgos*. México D.F.
- Laguado, D. (2004). La responsabilidad de los administradores. *Vniversitas, núm. 108*, 225-279.
- Laudo arbitral, 3830 (Tribunal Arbitral de Nelly Daza de Solarte y Maria Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte 07 de 12 de 2016).
- Ley 1564 de 2012 (Congreso de la República).

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., Diario Oficial No. 42.156 (EL CONGRESO DE COLOMBIA 20 de diciembre de 1995).

Ley 31 de 2014 Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (Boletín Oficial del Estado 2014).

Londoño, J. E. (2019). *Optimismo, tensión y labor. Jorge Garcés Borrero, 1844-1944*. Cali: Universidad Icesi.

Londoño-González, S. (2016). Administrador Blindado, Juez Amordazado: ¿Se Justifica Adoptar la Business Judgment Rule en el Ordenamiento Jurídico Colombiano? *Revista de Derecho Privado*, 1-38.

Lopez, L. M. (s.f.). *Business Judgment Rule en Colombia: Una Mirada Desde el Análisis Económico del Derecho*. Obtenido de <https://docplayer.es/208466640-Business-judgment-rule-en-colombia-una-mirada-desde-el-analisis-economico-del-derecho.html>

Maldonado, D. B. (2009). Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos: la Estructura del Debate. *Teoría Del Derecho y Trasplantes Jurídicos*, 11–28.

Martinez, A. G. (2017). "Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule from a Comparative". Obtenido de Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/306959508_Re-Examining_the_Law_and_Economics_of_the_Business_Judgment_Rule_from_a_Comparat

Mejía, R. (2009). El empresario y el manejo del riesgo. El Caso Carlos E. Restrepo (1867-1937). *AD-minister, núm. 14*, , 79-104.

- Michael, S. (2007). Tendiendo un Puente Entre el Common Law y el Derecho Continental. ¿Constituyen las Diferentes Metodologías de Trabajo un Obstáculo Contra una Mayor Armonización del Derecho Privado Europeo? *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 15.
- Murray N, R. (1970). Poder y Mercado El Gobierno y la Economía. Leviatán.
- Ordoñez-Matamoros, G. (2013). *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz, Á. (2013). *Manual de Obligaciones*. Bogotá: Temis S.A. .
- Ospina Fernandez, G. (2000, pag. 107). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- Partnoy, A. R. (2019. Pag. 23). *Corporations a Contemporary Approach*. West Academic Publishing,.
- Peeples, R. A. (1985). *The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in Close Corporations*. Notre Dame: Notre Dame Law Review,.
- Pérez, P., & Patlán, J. (2011). The innovating entrepreneur and its relation to economic development. *Tec Empresarial*, 21 - 27.
- Procolombia. (12 de mayo de 2014). *Colombia Alcanzó Récord de Inversión Extranjera Directa en 2013*. Obtenido de <https://investincolombia.com.co/es/articulos-y-herramientas/articulos/colombia-alcanzo-record-de-inversion-extranjera-directa-en-2013#:~:text=Colombia%20alcanz%C3%B3%20r%C3%A9cord%20de%20inversi%C3%B3n%20extranjera%20directa%20en%202013,-Newsletter&text=E>

Proyecto de Ley 002 del 2007 (Congreso de la República).

Proyecto de Ley 70 de 2015 (Congreso de la República).

Quijano, J. P. (2007). *Manual de Derecho Probatorio* (Décimo Sexta Edición ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Quijano, R. C. (2009). El empresario y el manejo del riesgo. El caso Carlos E. Restrepo. *ADMINISTER, Universidad EAFIT*, 120.

Rattner v. Bidzos, WL 22284323, (Court of Chancery of Delaware 30 de septiembre de 2003).

Reyes Villamizar, F. (2008). Gobierno Corporativo en América Latina: Un Análisis Funcional. *Revista de Derecho Interamericano de la Universidad de Miami*, vol. 39, núm. 2,.

Reyes Villamizar, F. (2009). Sociedad por Acciones Simplificadas: Una Alternativa Útil Para los Empresarios Latinoamericanos. *Temis revista de derecho*, 73 - 87.

Reyes Villamizar, F. (2017). *Derecho societario : tomo II*. Bogotá : Editorial Temis, c2017.

Reyes, F. (2013). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea. 4ta ed.* Bogotá D.C: LEGIS.

Rojas, R., Schenone, O., & Stordeur, E. (2012). *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado*. Guatemala : Universidad Francisco Marroquín.

Sabogal, L. F. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la "Regla del Buen Juicio Empresarial" [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia? *Universidad Externado*.

Schumpeter, J. A. (2003). *Capitalism, Socialism & Democracy* . USA: Routledge.

Sentencia , Exp. 11001-3103-003-2001-01402-01 (Corte Suprema de Justicia 08 de agosto de 2013).

Sentencia, 801-00072 (Superintendencia de sociedades 11 de diciembre de 2013).

Sentencia, 800-35 (Superintendencia de Sociedades 2017).

Sentencia, Rad. 11001-31-99-002-2016- 00315-01. (M.P. Hilda González Neira, 15 de diciembre de 2021).

Sentencia del 20 de junio de 2011, Ref: exp. 11001-0203-000 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. 20 de junio de 2011).

Shlensky contra Wrigley, Gen. No. 51,750 (Tribunal de Apelaciones de Illinois, Primer Distrito. Tercera División 25 de abril de 1968, pag. 3).

Smith contra Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Corte Suprema de Delaware 1985).

Spamann, H. S. (2009). “*Contemporary Legal Transplants- Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law.*”. Obtenido de <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss6/11>

Stüner, M. (s.f.). *Tendiendo Un Puente Entre El Common Law Y El Derecho Continental. ¿Constituyen Las Diferentes Metodologías De Trabajo Un Obstáculo Contra Una Mayor Armonización Del Derecho Privado Europeo?* Obtenido de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4585/30552_A8.pdf?sequence=1

SU 072 de 2018 (Corte Constitucional 2018).

Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. , Sentencia Proceso 2014-801-054, (Superintendencia de Sociedades, Delegatura de Procedimiento Mercantiles. 2014).

Superintendencia de Sociedades. (Abril de 2018). *Boletín Jurídico*. Obtenido de <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2018/boletin-abril-2018.pdf>

Unocal Corp. contra Mesa Petroleum Co. (Tribunal Supremo de Delaware. 10 de 06 de 1985).

Villabona, A. A. (2009, pag.100). *“La Interacción Entre Ordenamientos Jurídicos: Trasplante, Recepción, Adaptación e Influencia En El Derecho”*. IUSTA.

Vives, F. (2013). Seguridad jurídica y desarrollo económico. *España: Crecer en la nueva economía global*, 75-89.

Von Mises, L. (1986). *La acción humana*. Madrid: Unión Editorial.