

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**La Responsabilidad de los Administradores Societarios:
la aplicación de la denominada Business Judgment Rule
como límite de responsabilidad del deber de diligencia de los
administradores**

Aurelio José Cordovez Dalmau

Directora: Bárbara Terán

Trabajo de Titulación presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Fecha: 12 de diciembre, 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La responsabilidad de los Administradores Societarios: la aplicación de la denominada Business Judgment Rule como límite de responsabilidad del deber de diligencia de los administradores”

Aurelio José Cordovez Dalmau

Bárbara Terán
Directora del Trabajo de Titulación

Esteban Pérez
Lector del Trabajo de Titulación

Leyre Suárez
Lectora del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed above a horizontal dotted line. From top to bottom, the signatures correspond to Aurelio José Cordovez Dalmau, Bárbara Terán, Esteban Pérez, and Farith Simon. The signatures are stylized and cursive.

Quito, diciembre del 2019

**La Responsabilidad de los Administradores Societarios:
la aplicación de la denominada Business Judgment Rule
como límite de responsabilidad del deber de diligencia de los
administradores**

Aurelio José Cordovez Dalmau

EVALUACIÓN

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado es importante en el caso de que un Administrador de una Compañía se enfrente a un reclamo por parte de sus accionistas, en relación a la diligencia con la que ejecutó sus actuaciones. El problema resaltado por el estudiante es que la valoración judicial dentro de un caso como este, no se apoya en parámetros objetivos. Por lo tanto, el alumno los propone, a través de la adopción de una regla desarrollada por la jurisprudencia del sistema anglosajón.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el estudiante no es tan trascendente en este momento, pues en Ecuador, como el propio autor indica, no existe demasiada conflictividad entre administradores y accionistas de compañías en relación a la diligencia tomada en sus decisiones, sobretodo porque la mayoría de empresas son familiares y los accionistas son los mismos administradores. Sin embargo, en la evolución del mundo de los negocios, llegará a ser trascendente esta hipótesis, sobre todo para prevenir la discrecionalidad judicial en caso de tener que conocer estos conflictos.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

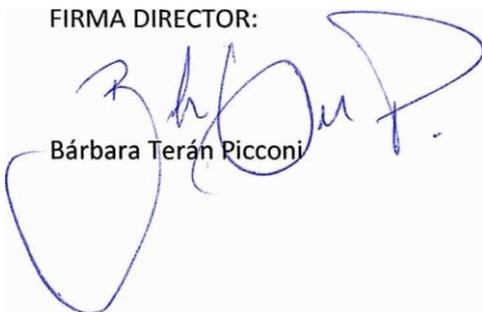
El alumno ha revisado doctrina, jurisprudencia, legislación, así como derecho comparado. Considero aceptables las fuentes y los documentos empleados.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El desarrollo argumental del presente trabajo abarca tres capítulos más conclusiones. Lo primero que hace es explicar el origen y concepto de la doctrina Business Judgment Rule, así como los principios detrás de la misma. En el segundo capítulo, explica La responsabilidad del administrador societario en la legislación ecuatoriana. En el tercer capítulo indica cómo se podría aplicar la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la crítica y argumenta que tendría un efecto positivo en materia de buen gobierno corporativo. Por último, concluye con una sugerencia normativa para incorporar esta Doctrina en nuestra legislación.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

Aurelio ha sufrido un largo proceso durante la elaboración de su tesis, ha tenido que restringir su tema después de varios primeros documentos que tenían un contenido muy amplio y sin enfoque. Finalmente, después de un año y varios borradores, ha logrado encontrar un problema jurídico concreto y abordarlo de forma integral. Ha llevado a cabo las correcciones que le ha sugerido la Directora.

FIRMA DIRECTOR:

Bárbara Terán Picconi

Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

Nombres y apellidos: Aurelio José Cordovez Dalmau

Código: 00126918

Cédula de identidad: 1714504394

Lugar y fecha: Quito, diciembre de 2019

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia por todo el apoyo y cariño en cada etapa de mi vida. A mi tutora Bárbara Terán por su paciencia, consejos y enseñanzas a lo largo de mi carrera universitaria y durante todo este proceso. Una mención especial a todos los profesores de la Universidad San Francisco de Quito, quienes han sido un ejemplo a seguir durante todos estos años como excelentes profesionales y personas. A mis amigos quienes me han dado su incondicional apoyo en cada dificultad presentada. Por último, quisiera agradecer a Sebastian Araujo y a Banco Internacional S.A. por darme una primera oportunidad y la preparación para desarrollarme profesionalmente.

RESUMEN

Ecuador es un país que ha implementado una vasta cantidad de normativa en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de sus administradores societarios. Aunque esta normativa fue establecida para otorgar mayor seguridad a los inversionistas y promover un deseable desarrollo económico, sus resultados han sido justamente los contrarios. Los administradores, parecen sofocados por sus responsabilidades mercantiles, estableciendo políticas conservadoras y actuando como meros conservadores de riqueza. Por lo tanto, parece óptimo incorporar una figura que establezca límites a la responsabilidad de los administradores, otorgando mayor seguridad jurídica y claridad sobre el concepto de la diligencia mercantil. Como resultado, se considera proponer la aplicación de la denominada Business Judgment Rule en la legislación ecuatoriana como un complemento a la normativa ecuatoriana, incentivando así a una mayor toma de riesgos por parte de los administradores.

ABSTRACT

Ecuador is a country that has implemented a vast amount of regulations regarding the obligations and responsibilities of its corporate administrators. Although these regulations were established to grant investors greater security and promote a desirable economic development, their results have been exactly the opposite. Administrators seem suffocated by their commercial responsibilities, establishing conservative policies and acting as mere conservatives of wealth. Therefore, it seems optimal to establish a figure that limits the responsibility of administrators, granting legal certainty and clarity about the concept of commercial diligence. As a result, it is considered to propose the application of the so-called Business Judgment Rule in Ecuadorian legislation as a complement to Ecuadorian regulations, thus encouraging greater risk taking by administrators.

Índice

Introducción	1
Capítulo I. Concepto de la doctrina Business Judgment Rule	3
1.1 Preámbulo	3
1.2 La doctrina Business Judgment Rule	4
1.3 Origen de la doctrina Business Judgment Rule	5
1.4 Fundamentos detrás de la doctrina	7
1.5 ¿Cuándo se aplica?	9
1.5.1 Decisión racional e informada	10
1.5.2 Buena Fe	11
1.5.3 Evitando conflictos de interés	11
1.6 Ordenamientos donde ha sido aplicada	12
Capítulo II. La responsabilidad del administrador societario en la legislación ecuatoriana....	16
2.1 La doctrina Business Judgment Rule ¿Se encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?	16
2.2 ¿Existe algo parecido en la legislación ecuatoriana?	18
Capítulo III. La aplicación de la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	21
3.1 La incorporación de la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	21
3.2 Ventajas de la aplicación de la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	22
3.2.1 En miras a un buen Gobierno Corporativo.....	22
3.2.2 Determinación del deber de diligencia	25
3.2.3 Seguridad jurídica.....	28
3.2.4 Límites a la responsabilidad del administrador mercantil.....	29
3.3 Críticas a su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	30
3.4 Implementación de la denominada Business Judgment rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	31
3.5 Análisis económico del derecho de su aplicación en la legislación ecuatoriana.....	32

Capitulo IV. Conclusiones.....35
4.1 Propuesta normativa35
4.2 Reflexiones finales36
Bibliografia.....40

Introducción

En el mundo de los negocios existe una frase que sobresale por sobre todas: a mayor riesgo, mayor retorno. Esto, justamente define el propósito del presente trabajo de investigación que plantea adoptar la doctrina del Business Judgment Rule en el Derecho Mercantil ecuatoriano, como una manera de fomentar la toma de riesgos informados de los administradores mercantiles dentro de sus decisiones en relación al giro de sus negocios.

Mediante la creación del Derecho Mercantil, se estableció una rama del Derecho Privado más flexible y adaptable en un intento por regular las relaciones comerciales entre privados. Sin embargo, en el ámbito ecuatoriano, este ha impuesto una serie de responsabilidades y deberes a los administradores, para así otorgar una mayor seguridad a los inversionistas, promoviendo un régimen conservador en un intento por incentivar inversiones a negocios privados. No obstante, el resultado ha sido justamente el contrario, creando un ordenamiento jurídico que asfixia al administrador, desincentivando la toma de riesgos e innovación, derivando en un lento desarrollo económico. En base lo anterior, dentro de esta investigación se propone implementar la doctrina norteamericana del Business Judgment Rule. Esto, no presupone reemplazar la normativa vigente en cuanto a la responsabilidad del administrador, sino complementarla, como un instrumento que otorgue un “puerto seguro” en sus actuaciones, cumpliendo así con el propósito para el cual es nombrado: el generar riqueza.

No cabe duda que el administrador mercantil, al ser un gestor de dinero ajeno, precisa de un alto nivel de diligencia en el manejo del negocio. Sin embargo, la subjetividad que va envuelta en lo que se puede definir como negligente dentro del ámbito mercantil, ha causado incertidumbre en cuanto a las actuaciones que aquel puede tomar, o en caso contrario, que pueden ser reprochables, acarreando responsabilidad civil. Por lo tanto, en este trabajo se analizará si la implementación de la Business Judgment Rule puede ser un complemento a la normativa vigente, estableciendo de manera clara cuándo se puede reclamar una indemnización, por una decisión que puede ser catalogada como negligente.

En este trabajo se estudiará cómo la legislación ecuatoriana ha impuesto una serie de deberes y responsabilidades al administrador al momento de cumplir con su gestión, en un intento por monitorear las obligaciones emanadas de su cargo. Dicha normativa, prohíbe expresamente el absolver o limitar dichas responsabilidades, para de esta forma garantizar un correcto desempeño

de su cargo. La aplicación de la Business Judgment Rule no presupone limitar las obligaciones del administrador, sino implementar un estándar de revisión previo, al momento de juzgar sus conductas.

El presente trabajo se divide en tres partes fundamentales. Primero, en un análisis de lo que supone la *Business Judgment Rule*, estableciendo su origen, fundamentos y presupuestos de aplicación. Del mismo modo, se plantea establecer qué ordenamientos han adoptado dicha doctrina, analizando de qué manera estos la han implementando en sus legislaciones. Segundo, un análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a fin de establecer si existe normativa que de manera directa o indirecta, haga referencia a lo establecido por la *Business Judgment Rule*. Por último, cabe determinar las ventajas y críticas de la implementación de dicha figura en la legislación ecuatoriana, estableciendo cómo esta puede complementar la legislación vigente, para de esta manera, mediante un análisis económico del derecho, determinar cuál podría ser una correcta aplicación de la Doctrina *Business Judgment Rule* dentro de la misma.

Para la realización de este trabajo, se han consultado fuentes doctrinarias que sostienen la tesis planteada, así como un análisis normativo para determinar si es viable aplicar dicha doctrina en nuestro ordenamiento. El derecho comparado permitirá sintetizar de mejor manera los argumentos planteados para dar una mayor claridad sobre el problema jurídico antes expuesto. De esta manera, el autor del presente trabajo plantea determinar si es beneficioso para la seguridad jurídica del ámbito mercantil el establecer la denominada *Business Judgment Rule*, exponiendo una propuesta legislativa que incentive la inversión privada y mitigue los riesgos legales a los cuales se somete el administrador mercantil.

Capítulo I. Concepto de la doctrina Business Judgment Rule

1.1 Preámbulo

El presente capítulo, analiza la doctrina denominada *Business Judgment Rule* como figura del Derecho Societario anglosajón. Profundizando sobre su noción, cabe determinar su origen y fundamento, para luego poder establecer de forma concisa cómo funciona y dónde ha sido aplicada modernamente.

El Derecho Societario, es una rama del Derecho Privado, el cual puede ser definido como “[e]l sector de Derecho patrimonial privado que regula el estatuto profesional de los empresarios mercantiles, así como el tráfico realizado por éstos para colocar en el mercado los bienes y servicios producidos en el espacio de su actividad”¹. Este, basado en la realidad económica moderna, se ha articulado en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad económica².

En cuanto al empresario, el Derecho otorga la facultad de comerciar a personas naturales y personas jurídicas. Estas últimas, son concebidas como una ficción creada por el legislador, las cuales, en consecuencia, son un ente inmaterial al que el derecho suministra capacidad jurídica y poder de representación. Dicha ficción pretende separar las autonomías patrimoniales de las personas constituyentes del ente societario naciente.³ La normativa, en concordancia con la doctrina, establece a las personas jurídicas como entes ficticios que son sujetos de derecho. Sin embargo, dentro de estas atribuciones, es preciso separar la capacidad de goce de la de ejercicio. La primera, es inherente a la sociedad y emana por la expresión libre de los socios o accionistas constituyentes al determinar el objeto social del ente societario.⁴ Lo anterior, difiere de la capacidad de ejercicio, la cual precisa de una persona natural que pueda realizarla. Esta figura, es la del administrador o representante legal, mediante el cual la persona jurídica es representada.

La doctrina colombiana lo define como:

La persona que de conformidad con las disposiciones legales estatutarias pertinentes, ejerce la representación inherente a las personas jurídicas societarias, que por disposición expresa de

¹ Guillermo J. Jimenez Sanchez. *Nociones del Derecho Mercantil*. Sexta Ed. Marcial Pons. 2012. p. 15.

² Rosa María Montoro Rueda. “Economía, Poder y Derecho Mercantil.” *Anales de Derecho*. Vol. 27. (2009) Universidad de Murcia. p. 192.

³ Oscar Humberto Gonzales Benjumea. “Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles.” *Ratio Juris* Vol. 11 No. 23.(2016). p. 103.

⁴ *Id.*, p.113.

claras reglas de derecho, imponen su existencia como órgano de gestión, lo cual entre otras implica fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia misma de la persona jurídica.⁵

Así, el administrador es quien, bajo normas legales, actúa como representante de la persona jurídica, dotando a la misma de capacidad de ejercicio y permitiendo que esta contraiga obligaciones.

1.2 La doctrina Business Judgment Rule

En su mayoría, los ordenamientos jurídicos occidentales han impuesto una serie de estrictos deberes de comportamiento a los administradores mercantiles. De esta manera, se ha buscado evitar que, en el ejercicio del desarrollo de su cargo, actúen de manera negligente o perjudicial hacia la sociedad o sus inversionistas. Como establece el profesor Martín Abdala, “El soslayo o inobservancia de sus obligaciones tiene como obvia consecuencia la posibilidad de imputar al *manager* la responsabilidad de resarcir los daños que provoque esa conducta reprochable.”⁶ Sin embargo, en el marco del mundo empresarial, la asunción de riesgos hace parte de las funciones que debe desarrollar un gerente, un director o un administrador en su día a día⁷. El universo de los negocios está sujeto a un alto nivel de volatilidad, el cual hace poco previsible el desenlace de los acontecimientos, aún cuando se actúa de forma cuidadosa, diligente e informada⁸.

Con base en lo expuesto, las demandas entabladas civilmente hacia los administradores gozan de un nivel de complejidad sumamente alto. Su complejidad se basa en dos argumentos, por un lado, obligan a los jueces a hacer un análisis retrospectivo de sus comportamientos, mientras que, por otro lado, muchas veces compelen a sopesar y juzgar decisiones que, en realidad, pertenecen al corazón del negocio de la compañía donde prestan sus funciones⁹. Si bien el realizar un análisis retrospectivo de la responsabilidad de los administradores no es una característica cualificante de estos casos, ya que se emplea al existir un daño o perjuicio, el segundo problema si resulta más complejo¹⁰. La intromisión de jueces en este tipo de decisiones, fuera de su esfera de conocimiento, puede tener importantes consecuencias colaterales, pues si no se hace un análisis cuidadoso, puede

⁵ Superintendencia de Sociedades de Colombia. 220-009892. 16 de marzo de 2004.

⁶ Martín Abdala. “La aplicación de la denominada Business Judgment Rule en el derecho argentino”. Revista de Derecho, Universidad del Norte. N.42. (2014). p. 266.

⁷ Alejandro Gómez, Paula Miranda y María Paula Santacruz. “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano.” *Universitas Estudiantes*. N.19. (2019). p. 40.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Vid. *Supra* nota 6.

¹⁰ Vid. *Supra* nota 6.

provocar una excesiva reserva por parte de los administradores societarios, que termine ralentizando y hasta paralizando su accionar, perjudicando así los intereses de la compañía¹¹.

En este contexto, nace la denominada *Business Judgment Rule* en el derecho anglosajón. Esta doctrina, de manera resumida, establece que los jueces no revisarán las decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores societarios, quienes, en consecuencia, no podrán ser responsabilizados por realizar negocios o tomar acciones que resulten perjudiciales para la sociedad¹², siempre que estas actuaciones se hayan tomado con la diligencia necesaria.

1.3 Origen de la doctrina *Business Judgment Rule*

Como se mencionó en el acápite anterior, la doctrina del *Business Judgment Rule* tiene sus inicios en el derecho anglosajón. Su origen y principal desarrollo se ha dado dentro del derecho jurisprudencial norteamericano, aparentemente en una sentencia de 1829¹³, donde se planteaba la idea de que el administrador, entonces entendido como gestor de asuntos ajenos, no podía excusarse del incumplimiento de sus obligaciones con fundamento en su propia ignorancia o inexperiencia, pues toda decisión del administrador debía aparejar la preparación y conocimientos necesarios en la empresa y en los problemas que allí se planteaban¹⁴.

Esta referencia inicial es posteriormente desarrollada luego de la Gran Depresión como un mecanismo de estimulación del crecimiento económico, cuando se admitió que los administradores, en relación a su deber de diligencia, no detentaban frente a la sociedad una relación fiduciaria, ampliando el margen de discrecionalidad de estos a través de la regla del *Business Judgment Rule*, conforme a la cual todo gestor debía aplicar la cantidad de cuidado que todo hombre prudente y cuidadoso hubiera utilizado en similares circunstancias, ajustando su responsabilidad al estándar de negligencia grave¹⁵.

Posteriormente, esta doctrina fue profundizada por las cortes de Delaware. En el caso *Smith v. Van Gorkom*¹⁶ se amplió su margen de aplicación, utilizándose como un instrumento de defensa

¹¹ Vid. *Supra* nota 6. p. 267.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Percy v. Millaudon. Corte Suprema de Luisiana. 1829. Citado por Hernando Cebría. 2009. p. 106.*

¹⁴ Luis Fernando Sabogal Bernal. “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?” *Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia.* (2012). p. 110.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Smith v. Van Gorkom. 488A.2d. 858. Corte Suprema de Delaware. 1985.*

del administrador, alegando que no le es imputable responsabilidad cuando aquel demuestre haber actuado correctamente con la información, los procedimientos e instrumentos a su alcance que hubiese utilizado una persona razonablemente prudente. Así, se determinó que el juez no puede valorar la cuestión de fondo cuando el administrador hubiese actuado conforme a estos parámetros, siempre y cuando, su conducta no afecte el deber de lealtad.

Durante los siguientes años, la doctrina fue moldeándose a lo que se conoce en el presente, siendo esta constantemente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana. Como establece Hernando Cebriá:

[U]na serie de sentencias posteriores delinearon las condiciones de aplicación y excepción a la mencionada Regla. Así pues, en 1985 [Unocal Corp. Vs. Mesa Petroleum Co. (1985) Delaware] se estableció, además de la carga de la prueba en cabeza del administrador, dos requisitos a saber: i) que los administradores realicen una investigación razonable a efectos de conocer los riesgos que la decisión pudiera causar a la sociedad; y ii) que las medidas adoptadas fueran razonables en atención al asunto empresarial planteado. En años posteriores [Revlon vs. Mac Anderews & Forbes Holding Inc. (1986) Delaware; Mills Acquisition Co. Vs. Macmillan Inc. (1989) Delaware; Paramount Communications Inc. Vs. QVC Network Inc. (1994) Delaware], la jurisprudencia destacó el rol que desempeña la "buena fe" como vía de escape a la limitación de revisión judicial (la incorporada por la BJR), pues si la buena fe no está presente en la actuación del administrador los perjudicados pueden válidamente reclamar la inaplicabilidad de la Regla. Por último, entre finales del siglo XX y principios del XXI, otras sentencias [Unitrin Inc. Vs. American General Corp. (1995) Delaware; Brehm vs. Eisner (2000) Delaware] se dieron a la tarea de delimitar el alcance de la "racionalidad de las decisiones del administrador" reiteradamente exigida por la jurisprudencia para la aplicación de la BJR, y a estos efectos se sostuvo que una decisión es razonable cuando, de un lado, aquella decisión no sea manifiestamente contraria al interés de la sociedad, y de otro lado, que en esa misma decisión exista una cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y los beneficios esperados¹⁷. (Citado en Luis Fernando Sabogal Bernal, 2012)

La doctrina, fue incorporada dentro de los principios del derecho corporativo norteamericano, no obstante, no ha sido adoptada en la legislación de ningún estado norteamericano. Actualmente, el caso denominado como *The Walt Disney Co. Derivative Litigation*¹⁸ ha figurado como emblemático, pues su precedente despertó el interés de la doctrina norteamericana especializada, al debatir, una vez más, la aplicación de la *Business Judgment Rule* como regla de inmunidad para los directores societarios, cuando éstos son llevados a los estrados judiciales por tomar decisiones

¹⁷ Luis Fernando Sabogal Bernal. "El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?" *Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia*. (2012). p. 112.

¹⁸ The Walt Disney World Company Derivative Litigation. The Supreme Court of the State of Delaware. No. 411,2005.

de negocios perjudiciales a la compañía¹⁹. Dicho caso radica en la contratación y posterior despido del director Michael Ovitz como presidente no ejecutivo, por lo cual, Walt Disney Co. se vio obligado a pagar US\$ 170,000,000 en concepto de indemnización por rescisión incausada²⁰. En respuesta a esto, accionistas minoritarios promovieron una demanda en contra del Consejo de Administración, acusándolos de obrar de forma culposa y negligente, causando un daño al patrimonio social, mismo que debe ser reparado.

Sin embargo, los jueces exculparon al consejo de toda responsabilidad, alegando que las decisiones que toman los administradores en el mundo de los negocios siempre implican la asunción de un riesgo²¹. El juez Chandler, evaluó el potencial impacto que su veredicto pudiese generar sobre las prácticas de buen gobierno corporativo²² y sobre la economía, argumentando que, en caso de juzgar este tipo de decisiones por su resultado, se incentivaría a una conducta contraria al mercado puesto que alentaría a los gestores a tomar decisiones de bajo o nulo riesgo cuando, en rigor, ellos están llamados a tomar riesgos adecuados que permitan maximizar la renta esperada de capital²³. La Corte señaló que la esencia de toda decisión son los riesgos, estableciendo como prioridad el premiar el riesgo empresarial como el motor de actuación de la empresa frente al criterio conservador de mantener el capital sin invertirlo, donde se aplican decisiones informadas para prevenir contingencias, pero cuyos resultados muchas veces no pueden ser esperados²⁴.

1.4 Fundamentos detrás de la doctrina

Analizado su desarrollo histórico, cabe determinar cuales son los fundamentos detrás de la doctrina. Como punto de partida podemos decir que se trata de una norma que pretende proteger a los administradores de las responsabilidades que pudieren derivar del mal resultado económico de sus decisiones. Así, se busca evitar que exista temor por parte de estos al momento de una toma de decisiones, misma que podría acarrear responsabilidad civil. De esta forma, el primer

¹⁹ Pablo Augusto Van Thienen. “Responsabilidades del director por decisiones de negocios y la regla del Business Judgment. ¿Es posible bajo la ley de sociedades? (Enseñanzas del caso Walt Disney)” *CEDEF Law & Finance*. No.43/2010. p. 3.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Jose María Garreta Such. *La diligencia y responsabilidad de los administradores y contabilidad*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2014. p.61.

²² Vid. *Supra* nota 19. p. 5.

²³ Vid. *Supra* nota 21.

²⁴ In Re The Walt Disney World Company Derivative Litigation. The Supreme Court of the State of Delaware. No. 411,2005. “[I]t is easy, of course, to fault a decision that ends in failure, once hindsight makes result of that decision plain to see. But the essence of business is risk, the application of informed belief to contingencies whose outcomes can sometimes be predicted, but never known.” Citado por José María Garreta Such.

argumento para su aplicación es mitigar la aversión al riesgo, misma que es inherente al objetivo de creación de riqueza y desarrollo económico encomendada a los administradores.

La función de los administradores en una sociedad es la gestión y representación de la misma, por lo que, estos tienen dos deberes de gran importancia, el deber de diligencia y el deber de lealtad²⁵. Estos deberes, traen consigo una finalidad, que es el actuar en el mejor interés de la sociedad. Sin embargo, una postura conservadora puede ser contraria al interés social, ya que, al obligarse a actuar de manera determinada por lo establecido en la norma, los estatutos y el contrato social, se puede inferir que la obligación del administrador es de medio y no de resultado. Una conducta basada en la aversión al riesgo puede tener efectos negativos en el devenir económico, frenando el desarrollo de la compañía a su cargo²⁶.

Un segundo argumento para su aplicación, es la de eliminar cualquier sesgo retrospectivo. Como expresa Aurelio Gurrea Martínez:

[L]a instauración de la business judgment rule también permite reducir el sesgo cognitivo en el que, por lo general, se incurre cuando se opina a posteriori sobre una decisión que, a la postre, se ha mostrado insuficiente o errónea. En términos generales, este sesgo retrospectivo suele definirse como la tendencia a sobreestimar los sucesos pasados. Como consecuencia de este sesgo, normalmente asociado a factores cognitivos, metacognitivos y emocionales, los seres humanos -y los jueces no son una excepción- tienden a exagerar las conductas que se habrían podido tomar a priori para evitar o, al menos minimizar las consecuencias perjudiciales derivadas de una determinada conducta.²⁷

La eliminación de este fenómeno suprime la falta de objetividad con la que pueden ser juzgados los administradores después de una decisión que tenga como consecuencia efectos negativos hacia la sociedad. Así, los tribunales deben tener en cuenta los cambios económicos y los tiempos efectuados por el administrador, para de esta manera, poder tomar una decisión correcta en cuanto a sus actuaciones.

El descartar el problema de la competencia institucional parece ir de la mano con el argumento previamente planteado. Esto, se basa en que los tribunales de justicia, que son expertos en leyes,

²⁵ Miguel Megino Nieto y Eva Recaman Graña. *La tipificación de la Business Judgment Rule en el derecho español*. Tesis de Grado. Colegio Universitario de Estudios Financieros. 2018. p. 4.

²⁶ Id., p. 5.

²⁷ Aurelio Gurrea Martínez. *La cuestionada deseabilidad económica de la Business Judgment Rule en el derecho español*. Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo. 2015. p. 9.

pero no en la gestión de negocios, decidan sobre una cuestión meramente empresarial. Por lo tanto, se fundamenta en que los jueces no son expertos en la actividad de administración de empresas, por lo que estos no deben convertirse en administradores de segundo grado al evaluar las decisiones económicas. Como expresa Luis Fernando Sabogal Bernal, “Si el margen de revisión de los jueces es muy amplio, ello se traduce en una amplia inseguridad jurídica en detrimento de las decisiones de empresa”²⁸. Por lo tanto, la doctrina traslada un eventual juicio basado en resultados económicos a valorar los parámetros impuestos por dicha norma, previamente a emitir una resolución sobre la actuación tomada por el administrador.

Por último, la aplicación de la *Business Judgment Rule* puede tener un impacto hacia la seguridad jurídica, toda vez que tiene un efecto más beneficioso en jurisdicciones en las que no existe jurisprudencia consolidada que tienda a proteger, de manera general, la toma de decisiones empresariales realizadas de buena fe por los administradores²⁹. La regla del buen juicio empresarial puede favorecer también la reducción de la incertidumbre contractual, al ofrecer a los operadores del mercado certeza de que la persona que decidirá sobre el futuro de sus intereses económicos será aquella a la que han confiado dichos intereses³⁰.

1.5 ¿Cuándo se aplica?

Aunque la *Business Judgment Rule* consiste en evitar que los jueces no revisen decisiones de carácter empresarial tomadas por los administradores societarios, dicha doctrina también establece una presunción legal, según la cual, cuando los administradores toman una decisión empresarial lo hacen de manera informada, de buena fe y en interés de la sociedad³¹. La Corte Suprema del Estado de Delaware señala que, “cuando el administrador actúe bajo esos presupuestos, al juez le estaría vedado entrar a valorar la bondad de su decisión quedando indemne de ser atacada la responsabilidad del administrador.” (Citado en Sabogal, 2012)³². Se ha establecido igualmente, que la regla no será aplicable, “únicamente en los casos en que el administrador hubiere actuado

²⁸ Vid. *Supra* nota.14. p. 121.

²⁹ Vid. *Supra* nota. 27. p.10.

³⁰ Vid. *Supra* nota. 27. p. 10

³¹ Vid. *Supra* nota 14. p. 117.

³² Luis Fernando Sabogal Bernal. “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?” *Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia*. (2012). p. 117.

con violación al deber de lealtad, de mala fe, en incumplimiento de los deberes legales o estatutarios o con dolo o negligencia grave.”³³

De esta forma, en virtud de lo establecido por dicha doctrina, las decisiones adoptadas por los administradores de forma sensata sobre información razonable son válidas y protegidas frente a la sociedad³⁴. Esto deriva en una presunción en favor del administrador, pues cumplidos dichos requisitos la decisión no puede ser revisada, entregando un espacio de inmunidad a sus actuaciones. Así, se ofrece un alto grado de protección a los administradores, y ello obedece fundamentalmente a que la carga de la prueba recae en quién quiera desvirtuar dicha presunción.³⁵ Por lo tanto, analizado el alcance de esta doctrina, cabe profundizar sobre los requisitos exigidos para hacerla viable.

1.5.1 Decisión racional e informada

En primer lugar, la aplicación de la *Business Judgment Rule* presupone que los administradores societarios se hayan informado en forma adecuada antes de tomar una decisión empresarial que resulte perjudicial para la compañía³⁶. El analizar si sus actuaciones son informadas se convierte en un elemento sustancial para eximir de cualquier responsabilidad al administrador. Como explica Martín Abdala:

Los administradores societarios deben, entonces, antes de realizar un negocio, actuar con profesionalismo, invertir tiempo y esfuerzo y recurrir a asistencia técnica en caso de ser ello necesario, para lograr tener un nivel de conocimiento suficiente que les permita tomar decisiones empresariales solo luego de evaluar el mercado, sopesar las oportunidades, mensurar los riesgos, etc.³⁷

Profundizado en este parámetro, cabe establecer que dicha doctrina desalienta la toma de decisiones de manera imprudente y desinformada. Como sostiene José María Garreta Such:

El mensaje para el mercado es el siguiente: la regla no protege a los administradores que funcionan por instinto o intuición. La regla busca proteger a quienes, no siendo quizá tan inteligentes, toman sus decisiones de una manera racional y prudente y menos intuitiva. Lo que importa es que el gestor aplique una razonable ponderación del riesgo asumido, incluso con un estándar superior al del propietario del capital. Y eso no es extraño puesto que el director siempre administra dinero ajeno.³⁸

³³ Vid. *Supra* nota 14. p. 117.

³⁴ Vid. *Supra* nota 14. p. 117.

³⁵ Vid. *Supra* nota 14. p. 118.

³⁶ Vid. *Supra* nota 6. 268.

³⁷ Vid. *Supra* nota 6. 268.

³⁸ Vid. *Supra* nota 21. p.62.

Así, el primer elemento para su aplicación es tomar acciones de negocios informadas, basadas en un correcto análisis previo mediante el cual el administrador puede sostener que su actuación tenía un correcto fundamento analítico detrás.

1.5.2 Buena Fe

Como segundo requisito a la aplicación de la *Business Judgment Rule*, nos encontramos ante la buena fe. Este término no tiene una definición concreta, sin embargo, puede ser entendido como ciertas normas de conducta que exigen comportarse según un modelo determinado³⁹. En cuanto al administrador, la buena fe puede ser definida como las actuaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad, teniendo en cuenta el objeto social de la misma. Contrariamente, la mala fe se daría en caso que el administrador tome decisiones con deslealtad, o en un intento de crear un perjuicio a la compañía. El actuar deslealmente, mediante dolo, o el incumplir conscientemente a sus obligaciones pueden ser comprendidos también dentro del mismo concepto.

Así, para juzgar la diligencia tomada en las decisiones del administrador, es preciso determinar qué acciones cometidas por el mismo son contrarias a la buena fe. Quien alega debe probar que las decisiones del administrador fueron conscientemente contrarias al objeto de la compañía, contrarias a sus obligaciones o con intención de crear un perjuicio a la sociedad. En consecuencia, al incumplir una obligación legal o estatutaria y en contra del interés de la sociedad, la conducta se tipificaría como desleal y los jueces entrarían así a valorarla⁴⁰.

1.5.3 Evitando conflictos de interés

Por último, las decisiones tomadas por el administrador deben ser meramente en beneficio de la sociedad. Este presupuesto “pretende favorecer el interés de la sociedad con las actuaciones de los administradores, para lo que es necesaria una neutralidad, independencia e imparcialidad cuando adopta y ejecuta su decisión.”⁴¹ Así, cuando la única pretensión del administrador sea diferente a la de favorecer a la sociedad, decaerá dicha presunción⁴². Del mismo modo si existiesen

³⁹ Ángel Rojo Fernandez y Emilio Beltrán. *Comentarios a las sociedades de capital*. Pamplona. 2011. p. 1609.

⁴⁰Cristina Guerrero Trevijano. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de sociedades de capital*. Madrid. 2015. p. 311-313.

⁴¹Ariadna Fatsini Duran. *El deber de diligencia de los administradores y la incorporación de la Business Judgment Rule en nuestro ordenamiento*. Tesis de Grado. Universitat Rovira I Virgil. 2015. p.45.

⁴² *Ibíd.*

intereses propios o de terceros de por medio, pues sus actuaciones fueran contrarias a la imparcialidad esperada de estas.

Mediante este presupuesto, se plantea limitar las actuaciones del administrador para que no pueda perseguir intereses ajenos a los establecidos por la sociedad. Estos intereses deben ir acorde al común de los socios, dependiendo el momento y sus circunstancias, buscando lo mejor para la sociedad⁴³.

1.6 Ordenamientos donde ha sido aplicada

La *Business Judgment Rule* no es un concepto que ha sido definido de manera clara o precisa, por lo que han existido diferentes maneras de asimilarla en los países europeos. La mayoría de doctrina de los Estados Unidos considera la regla como un principio llevado a cabo por los tribunales paralelamente al deber de diligencia, consistente en aplicar un estándar de revisión a las decisiones tomadas por los administradores⁴⁴. Aunque como se mencionó previamente, esta doctrina no ha sido tipificada en las legislaciones de ningún Estado norteamericano bajo el argumento de que continúa en desarrollo. No obstante, el *American Law Institute*, en sus *Principles of Corporate Governance* ha establecido lo siguiente:

[L]os administradores de una compañía tienen frente a la misma la obligación de actuar de buena fe, en una forma que estos razonablemente creen que es en el mejor interés de la compañía, y con la diligencia que razonablemente se esperarí que ejerciera una persona prudente en una posición similar y bajo circunstancias similares. Los principios también señalan que un administrador que tome una decisión de buena fe, cumple con el deber de diligencia si: (i) no tiene un interés personal en la decisión de los negocios, (ii) está debidamente informado; y (iii) razonablemente cree que la decisión de negocios ha sido tomada en el mejor interés de la compañía. Consecuentemente, si las condiciones para la aplicación de la regla son cumplidas, no hay posibilidad de que proceda una demanda contra los administradores sustentada en una violación al deber de diligencia⁴⁵.

Así, la jurisprudencia norteamericana y los principios establecidos por el *American Law Institute* han inspirado a los legisladores de otros ordenamientos a contemplar y, en su caso, incorporar la *Business Judgment Rule*⁴⁶.

La primera legislación en adoptarla ha sido la Alemana, misma que en su Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz*) del año 2005, la recoge expresamente. El artículo 95 de dicha ley señala que no se consideraría incumplimiento por parte del Órgano de Dirección cuando se haya tomado

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Id.*, p. 21.

⁴⁵ Felipe Suescún De Roa. "The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva". *127 Universitas*. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. 2013. p. 346-347. Citando a American Law Institute, Principle of Corporate Governance.

⁴⁶ Vid. *Supra* nota 14. p. 114

una decisión empresarial tras contrastar información adecuada y actuando en beneficio de la sociedad⁴⁷. Como establece Luis Fernando Sabogal Bernal en relación a esta norma, “[e]l margen de inmunidad que confiere esta disposición otorga una presunción de no responsabilidad del administrador, que se debe aplicar bajo un criterio de razonabilidad, siempre y cuando se cumplan dos requisitos, (i) haber actuado de forma informada; y, (ii) no haber actuado en conflicto de interés.”⁴⁸

Portugal es el segundo país que resulta fundamental citar, pues basado en la reforma Alemana, y la tradición jurídica norteamericana, introdujo la *Business Judgment Rule* a su ordenamiento en el año 2006. Mediante una modificación de su artículo 72.2 del *Código das Sociedades Comerciais*, prescribe que, “tratando de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por violación de sus deberes legales o contractuales, aquellos podrán ser excluidos de la mencionada responsabilidad cuando puedan probar que actuaron de manera informada, libre de cualquier interés personal y conforme a los criterios de racionalidad empresarial”⁴⁹.

Por su parte, en el Reino Unido, ha existido desde hace tiempo el reconocimiento jurisprudencial de no interferir judicialmente en el fondo de las decisiones comerciales de los administradores⁵⁰. Curiosamente, la *Companies Act 2006-2008* de este país, pese a una detalladísima descripción de deberes y obligaciones, no contiene una referencia expresa a la *Business Judgment Rule*⁵¹. Dentro de esta norma, se mencionan los deberes de la promoción del éxito de la compañía, la adopción de juicios independientes, evitando conflicto de interés, no aceptando beneficios para terceros en contra de la sociedad y naturalmente el deber de diligencia⁵². Aunque se incorporaron ciertos elementos similares a los establecidos por la *Business Judgment Rule*, se rechazó la posibilidad de adoptarla como norma legal, toda vez que la encontraron innecesaria y difícil de incorporar ante el peligro de formular un principio que resultare demasiado

⁴⁷ Luis Fernando Sabogal Bernal. “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?” *Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia*. (2012). p. 114. Citando al Aktiengestetz. “They shall not be deemed to have violated the aforementioned duty if, at the time of taking the entrepreneurial decision, they had good reason to assume they were acting on the basis of adequate information for the benefit of the company.”

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Luis Fernando Sabogal Bernal. “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?” *Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia*. (2012). p. 115. Citando al Código das Sociedades Comerciais. “actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.”

⁵⁰ Vid. *Supra* nota 14. p. 115.

⁵¹ Vid. *Supra* Nota. 21. p.59

⁵² Vid. *Supra* Nota. 21. p.59

estrecho o rígido⁵³. Lo mismo se argumentó en las legislaciones canadiense y australiana. Al incorporar la *Consolidated Canada Business Corporations Act* o *Consolidated Ontario Business Corporation* dentro del territorio canadiense, como la *Australia Corporations Act 2001* en territorio australiano, ninguna optó por incorporar de manera expresa la *Business Judgment Rule*. Sin embargo, cabe enfatizar que estas codificaciones implementan normativa referente al ejercicio informado, de buena fe y sin conflicto de intereses en la toma de decisiones de los administradores⁵⁴, elementos fundamentales en cuanto a la doctrina previamente mencionada.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico español no se ha quedado atrás al momento de incorporar la *Business Judgment Rule* dentro de su legislación mercantil. Primero, mediante La Ley de Sociedades de Capital establecida en el año 2010, introduce un estándar de diligencia mercantil uniforme. En el artículo 225 de la norma previamente establecida, se expresa:

Deber general de diligencia.

1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por la ley y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.
2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad.
3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁵.

Dentro de esta norma, el legislador introduce el deber general de diligencia hacia los administradores, figurando que estos deben cumplir con la diligencia de un ordenado empresario.

El Tribunal Supremo de España, se pronunció sobre este concepto alegando:

Tampoco es óbice que a la exigencia de responsabilidad la alegación de que la actuación del administrador recurrente no haya sido dolosa. Para que el administrador sea responsable del daño causado a la sociedad no es necesario que su actuación sea dolosa, basta con que se haya tratado de una acción voluntaria y consciente, que puede ser meramente culposa, y que el daño haya sido efectivamente causado...⁵⁶

Estableciendo así un estándar de diligencia de mera culpa, donde se refiere a las obligaciones que debe tener el administrador. Sin embargo, es mediante la reforma normativa implementada en el año 2014, donde se introduce el concepto de la Protección de la Discrecionalidad Empresarial. Como expresa Uría Menéndez, “[t]ras llevar acogida años por nuestros tribunales, el legislador por fin incorpora la regla del *business judgement rule* o protección de la discrecionalidad

⁵³ Vid. *Supra* nota 14. p. 115-116.

⁵⁴ Vid. *Supra* Nota. 21. p.59.

⁵⁵ Ley de las Sociedades de Capital. Art. 225. Real Decreto Legislativo 1/2010. De 2 de julio de 2010

⁵⁶ Tribunal Supremo de España. 11 de Diciembre de 2015. Resolución 695/2015.

empresarial como estándar para el deber de diligencia de los administradores.”⁵⁷ La norma, expresa en su artículo 226 lo siguiente:

Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado⁵⁸.

De esta forma, España se ha convertido en la última legislación en adoptar de forma positiva los presupuestos establecidos en la *Business Judgment Rule*.

⁵⁷ Uria Menendez. *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. p.10

⁵⁸ Ley de las Sociedades de Capital. Art. 226. Real Decreto Legislativo 1/2010. De 2 de julio de 2010

Capítulo II. La responsabilidad del administrador societario en la legislación ecuatoriana.

2.1 La doctrina Business Judgment Rule ¿Se encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Aunque existe una vasta normativa que se refiere a la responsabilidad de los administradores y sus obligaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no parece existir una norma que se refiera o pueda ser comparada con la doctrina del *Business Judgment Rule*. El ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla el deber de diligencia en el Código Civil y la Ley de Compañías.

La primera de estas normas, concibe al administrador como un mandatario de la compañía. Así, la relación que existe entre el administrador y la sociedad se encuentra basada en un negocio jurídico bilateral de carácter contractual, formado por el cruce de declaraciones de voluntad que se produce en virtud de: (i) el nombramiento por parte de la junta general; y, (ii) la aceptación por parte del administrador⁵⁹. El contenido del contrato existente, se compone por lo establecido en la Ley, los estatutos y los acuerdos mutuos que hayan adoptado las partes⁶⁰. Por lo tanto, el desapego a lo establecido dentro de estos instrumentos faculta a los afectados a reclamar civilmente por cualquier daño causado. El artículo 2033 del Código Civil hace referencia a esto, estableciendo:

El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado. Por el contrario, si el mandatario ha manifestado repugnancia a su encargo, y se ha visto en cierto modo forzado a aceptarlo, cediendo a las instancias del mandante, será menos estricta la responsabilidad que sobre el recaiga⁶¹.

El mismo Código, establece dentro de sus normas el estándar de negligencia a la que corresponde cada grado de culpa. Este concepto, se define en el artículo 29, al expresar:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

⁵⁹ Luis Fernando Sabogal Bernal. “La relación administrador-sociedad”. *Revista de Derecho Privado*. N. 18. (2010). p. 127.

⁶⁰ Tomas Bronusas. *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*. Universidad de Almería. 2014.

⁶¹ Código Civil del Ecuador. Artículo 2033. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2015.

Culpa o descuido levisimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma de diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intencion positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.⁶²

El grado de diligencia esperado por el administrador corresponde a un cuidado ordinario o mediano. La norma hace alusión a “administrar un negocio como un buen padre de familia”. Sin embargo, al ser remunerado, este estándar pasaría a un nivel más estricto en concordancia con lo establecido en la legislación ecuatoriana.

Dentro de la normativa mercantil, se establecen de forma más específica las obligaciones de los administradores, dejando claro bajo qué supuestos deben responder. En el ámbito societario ecuatoriano han tomado relevancia tanto las compañías de responsabilidad limitada como las sociedades anónimas⁶³, por lo que se estudiarán las obligaciones de los administradores en este tipo de compañías. El artículo 255 de la Ley de Compañías, en relación a las sociedades anónimas, define las responsabilidades de los administradores al expresar:

Los administradores, tendrán la responsabilidad derivada de las obligaciones que la ley y el contrato social les impongan como tales y las contempladas en la ley para mandatarios; igualmente, la tendrán por la contravención a los acuerdos legítimos de las juntas generales.

Es nula toda estipulación que tienda a absolver a los administradores de sus responsabilidades o a limitarlas. Los administradores no contraen por razón de su administración ninguna obligación personal por los negocios de la compañía.⁶⁴

La ley prohíbe limitar la responsabilidad de los administradores, pero protege su patrimonio, indicando que las obligaciones adquiridas no son de ámbito personal. Este artículo tiene una especial importancia en este trabajo, pues la aplicación de la doctrina *Business Judgment Rule* dio paso a posteriores reformas a la Ley de Corporaciones de Delaware estableciendo la posibilidad de prever limitaciones a la responsabilidad de los administradores dentro de los estatutos de la compañía.⁶⁵

En cuanto a las compañías de responsabilidad limitada, el artículo 126 dispone:

Los administradores o gerentes que incurriesen en las siguientes faltas responderán civilmente por ellas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudieren tener:

a) Consignar, a sabiendas, datos inexactos en los documentos de la compañía que, conforme a la ley, deban inscribirse en el Registro Mercantil; o dar datos falsos respecto al pago de las aportaciones sociales y al capital de la compañía;

⁶² Código Civil del Ecuador. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2015.

⁶³ Cecilia Irene Salazar Sanchez. *La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina*. Tesis de Posgrado. Universidad de Buenos Aires. 2018. p.51.

⁶⁴ Ley de Compañías. Art. 255. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999

⁶⁵ Vid. *Supra* nota 41.

- b) Proporcionar datos falsos relativos al pago de las garantías sociales, para alcanzar la inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras de disminución del capital, aún cuando la inscripción hubiere sido autorizada por el Superintendente de Compañías y Valores;
- c) Formar y presentar balances e inventarios falsos; y,
- d) Ocultar o permitir la ocultación de bienes de la compañía⁶⁶.

Estableciendo de manera taxativa, las faltas por las que deben responder. Esto va de la mano con lo dispuesto en el artículo 128 al dictar que:

Sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, los administradores o gerentes responderán especialmente ante la compañía por los daños y perjuicios causados por dolo, abuso de facultades, negligencia grave o incumplimiento de la ley o del contrato social. Igualmente responderán frente a los acreedores de la compañía y a los socios de ésta, cuando hubieren lesionado directamente los intereses de cualquiera de ellos.

Si hubieren propuesto la distribución de dividendos ficticios, no hubieren hecho inventarios o presentaren inventarios fraudulentos, responderán ante la compañía y terceros por el delito de estafa.⁶⁷

Dicho artículo, establece un estándar de responsabilidad diferenciado al determinado previamente bajo el Código Civil, señalando de manera expresa que los administradores responderán por la negligencia grave ante cualquier daño causado. Adicionalmente, el régimen mercantil establece un sistema de responsabilidad suplementario al establecido en el artículo 128. Los artículos 125⁶⁸ y 262⁶⁹ de dicho cuerpo normativo obligan a los administradores a “proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente”, estableciendo así, un deber de diligencia mercantil. Por lo tanto, se puede concluir que, aunque el ordenamiento jurídico ecuatoriano no establece de manera expresa una norma que haga referencia a la *Business Judgment Rule*, sí dispone un estándar de conducta esperado por parte del administrador. Sin embargo, dicho estándar radica en un concepto ambiguo, dejando un amplio margen de valoración a los jueces al momento de decidir sobre el cumplimiento de dicha obligación.

2.2 ¿Existe algo parecido en la legislación ecuatoriana?

Aunque el ordenamiento jurídico ecuatoriano no recoge íntegramente la denominada *Business Judgment Rule*, sí contempla exenciones de responsabilidad al administrador. El artículo 265 de la Ley de Compañías establece:

⁶⁶ Ley de Compañías. Art. 126. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

⁶⁷ Ley de Compañías. Art. 128. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999. Art. 128.

⁶⁸ Ley de Compañías. Art. 125. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999. Los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, solidariamente si fueren varios, ante la compañía y terceros por el perjuicio causado.

Su responsabilidad cesará cuando hubieren procedido conforme a una resolución tomada por la junta general, siempre que oportunamente hubieren observado a la junta sobre la resolución tomada.

⁶⁹ Ley de Compañías. Art. 262. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999. El administrador desempeñara su gestión con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente.

La responsabilidad de los administradores frente a la compañía quedará extinguida:

1. Por aprobación del balance y sus anexos, excepto cuando:
 - a) Se lo hubiere aprobado en virtud de datos no verídicos; y,
 - b) Si hubiere acuerdo expreso de reservar o ejercer la acción de responsabilidad;
2. Cuando hubieren procedido en cumplimiento de acuerdos de la junta general, a menos que tales acuerdos fueren notoriamente ilegales;
3. Por aprobación de la gestión, o por renuncia expresa a la acción, o por transacción acordada por la junta general; y,
4. Cuando hubieren dejado constancia de su oposición conforme a lo indicado en el artículo anterior⁷⁰.

Del mismo modo, el artículo 264 del mismo cuerpo normativo dispone lo siguiente:

La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones no se extiende a aquellos que, estando exentos de culpa, hubieren hecho constar su inconformidad, en el plazo de diez días a contarse de la fecha en que conocieron de la resolución y dieron noticia inmediata a los comisarios⁷¹.

Así, estos se convierten en los únicos supuestos en los que se limita la responsabilidad del administrador en materia societaria. Al ser el contrato social y los estatutos un acuerdo de voluntades amparado bajo el régimen de derecho privado, puede parecer absurdo que el legislador se preocupe de limitar su responsabilidad. Como expresa Marta Llaveros Rodríguez Porrero:

[L]a institución societaria tiene unas particularidades ajenas al contrato, no por ello debe negarse las bases contractualistas de dicha institución, toda vez que, en definitiva, se da un acuerdo de voluntades que consiste en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, sometándose las partes a una ordenación que regula sus relaciones internas y su actividad social. (Citado en Jugo, 2011)⁷²

Es el acuerdo de voluntades el elemento que configura este tipo de relación jurídica. Sin embargo, si el legislador ha dejado sin efectos las cláusulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad de los administradores, es porque ha considerado que esta última es de interés no solo para quienes participan en el contrato, sino también para terceros, tales como acreedores, inversionistas, trabajadores y la sociedad como tal.⁷³ Al ser las sociedades piezas claves dentro del sector económico del país, se ha justificado su intervención y control legislativo. Aunque la regulación de las compañías es de derecho privado, y se basa en pilares contractualistas, el ordenamiento ha sacrificado dicha libertad contractual para dar mayores beneficios a intereses de terceros en un intento por precautelar el sistema económico nacional.

⁷⁰ Ley de Compañías. Art. 265. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999

⁷¹ Ley de Compañías. Art. 264. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999

⁷² Azucena Judith Jugo Oblitas. *La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anonimas en Perú: a la luz de nuevos desafíos*. Tesis de Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2011. p. 154-155

⁷³ Darío Laguado Giraldo. "La responsabilidad de los administradores". *Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Universitas. No. 108*. (2004). p.259.

Por lo tanto, aunque la ley prohíbe limitar o absolver al administrador de sus responsabilidades, establece ciertos supuestos en los cuales el administrador es eximido de responsabilidad. Sin embargo, no se ha podido identificar precepto alguno que admita de forma directa o indirecta la exención de responsabilidad de los administradores por sus decisiones económicas en cuanto a su deber de diligencia.

Capítulo III. La aplicación de la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.1 La incorporación de la doctrina Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Aunque en un principio puede sonar descabellado el adoptar normas de tradición anglosajona en ordenamientos de naturaleza romano-germánica, debido a las diferencias que entre ambos existen, desde hace algunos años se ha vuelto común que en diversos ordenamientos jurídicos se ha tomado en cuenta esta vinculación, esto, puesto que su incorporación trae mayores beneficios a los comerciantes, ya que se trata de un sistema en el que el precedente jurisprudencial ha sostenido la recurrente costumbre de favorecerlos en diversos campos⁷⁴. Sin embargo, cabe recalcar que para que esa comunicación tenga eficacia, es preciso adoptar un correcto trasplante jurídico⁷⁵. Ha existido una discusión doctrinaria sobre si es más viable copiar una normativa de otro país, o crear una normativa original dentro del Estado. Sobre esto, Diego Eduardo López Medina afirma:

La idea de copiar una normativa de otro país supone que América Latina es tan solo una extensión de ideas universales, que conduce efectivamente, como han señalado los teóricos de la dependencia, a una posición intelectual alienada en que la reflexión no cumple el trabajo esencial de diagnosticar las realidades y necesidades locales para ofrecerles caminos de debate y solución; la segunda estrategia consiste en negar la dependencia y reinventar, usualmente mediante la historia de lo más terrígeno o propio, el carácter completamente original de lo local. No se trata, pues, ni de mera copia ni de mera originalidad. El espacio entre producción y recepción de teorías es mucho más interesante que lo que tienden a indicar los conceptos de influencia, mala lectura, imitación, copia y plagio⁷⁶.

Es así, que es preciso analizar la viabilidad que existe de establecer esta reforma legislativa en Ecuador, así como cual es la mejor forma de adaptarla. Como explica Daniela Londoño Restrepo y Juan Diego Riaño Guerrero:

Los trasplantes jurídicos, no pueden ser estigmatizados como una mera copia sin sentido de legislaciones que en su momento han tenido éxito en su aplicación. Por el contrario, un traslado de legislación de un Estado a otro puede ser viable, siempre y cuando previamente se lleve a cabo un análisis de la realidad, en este caso económica y de las necesidades que se les presentan a diario a los posibles afectados directos, como socios, administradores, entre otros⁷⁷.

Por lo tanto, cabe esclarecer las posibles ventajas y críticas de la incorporación de la *Business Judgment Rule* al Derecho ecuatoriano, para tener claridad en cuanto a si debe ser aplicada o no,

⁷⁴ Daniela Londoño Restrepo y Juan Diego Riaño Guerrero. *De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia*. Criterio Jurídico. Cali. 2016. p. 118.

⁷⁵ Alan Watson. *Legal transplants, an approach to comparative law*. 2nd edition. University of Georgia.

⁷⁶ Diego Eduardo Lopez Medina. *Teoría impura del derecho*. Universidad de Colombia y Universidad de los Andres. 1era Edición. 2004.

⁷⁷ Vid. *Supra* nota. 74. p. 119

y en caso de ser incorporada al ordenamiento jurídico, la forma en la que la normativa debe ser redactada.

3.2 Ventajas de la aplicación de la Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Es preciso identificar los beneficios que pudiese tener su incorporación dentro de la normativa ecuatoriana. En un primer plano, se hará referencia a las ventajas emanadas del Buen Gobierno Corporativo, determinando de forma clara el estándar de conducta esperado por el administrador, así como la seguridad jurídica que pudiese otorgar dicha doctrina en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Posteriormente, se hará una referencia a cómo su aplicación pudiese limitar la responsabilidad del administrador, estableciendo un puerto seguro a su favor, que conceda cierta inmunidad al momento de tomar decisiones empresariales.

3.2.1 En mira de un Buen Gobierno Corporativo

Aunque es discutible si la normativa ecuatoriana precisa de la implementación de la doctrina *Business Judgment Rule*, no parece una mera coincidencia que varias legislaciones a nivel global la hayan adoptado expresamente. Su incorporación, se ha basado en gran parte en que dicha doctrina ha sido recogida e impulsada dentro de informes de expertos en el ámbito del Buen Gobierno Corporativo y su relación con la responsabilidad de los administradores.

El movimiento del Buen Gobierno Corporativo, como expresa Ramón Múgica Alcorta, “[d]ista mucho de ser una moda. Su implantación y arraigo resultan definitivos y su expansión espacial y material, imparables.”⁷⁸ Mediante este movimiento, se ha buscado como finalidad, la globalización y uniformidad. Aunque los informes y recomendaciones en relación a este tema son extensos y establecen ciertos parámetros de seguridad, información y transparencia, cabe centrar dicho análisis en lo que corresponde al trabajo de investigación desarrollado, es decir, su relación con el régimen de responsabilidades y deberes del administrador.

Como se mencionó previamente, Estados Unidos fue el primer país en adoptar la *Business Judgment Rule* dentro de sus *Principles of Corporate Governance*. Sin embargo, en el plano del Civil Law, el informe establecido por la Comisión Aldama, fue un detonante para su aplicación en Europa. Dicho informe, publicado el año 2003 por la Comisión Especial para la Transparencia y

⁷⁸ Ramón Múgica Alcorta. “Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores”. *Estudios de Deusto*. Vol. 52/7. (2009). Bilbao.p.201-202.

la Seguridad de los Mercados Financieros y Sociedades Cotizadas, presidida por Don Enrique Aldama, contiene tres recomendaciones destacadas: 1) La obligatoriedad del principio de “cumplir o explicar”, que implica la obligación de las sociedades que se aparten de las recomendaciones de buen gobierno explicar razonablemente el por qué de dicha decisión; 2) La determinación de forma detallada de los deberes de diligencia y lealtad; y, 3) La obligatoriedad de formular disposiciones en materia de gobierno corporativo adaptadas a la realidad empresarial de cada sociedad⁷⁹.

En cuanto a la determinación de los deberes de diligencia y lealtad, el informe establece lo siguiente:

En efecto, la determinación de pautas de actuación concretas incrementa la observabilidad y verificabilidad de las conductas indebidas facilitando el trabajo de quienes han de velar por su cumplimiento y especialmente el de los Jueces, orienta la conducta de los administradores...La Comisión ha analizado la situación actual de la aplicación jurídica del deber de diligencia y propone por ello la necesidad de separar lo más claramente posible las consecuencias de las decisiones adoptadas por los miembros del Consejo en interés de la sociedad, con el debido estudio y asesoramiento, de aquellas que se toman por consejeros en razón de un interés personal, o en conflicto con los de la sociedad, como ya se ha indicado en apartados anteriores.⁸⁰

De esta manera, existe un primer acercamiento hacia limitar y establecer de manera concreta qué actuaciones serían contrarias a dichos deberes. Sin embargo, no es hasta el año 2013 que la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo propone la doctrina *Business Judgment Rule* como medida exculpatoria de responsabilidad, alegando lo siguiente:

También resulta conveniente, en línea con la evolución del derecho de los países de nuestro entorno y – como ya había sugerido en su momento el Informe Aldama -, consagrar legislativamente la denominada *business judgment rule*, cuyo objeto es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio. Se trata de una exigencia necesaria para fomentar una cultura de innovación y facilitar la sana asunción y gestión de riesgos. En el mismo sentido se orienta la propuesta relativa a hacer explícito el derecho y deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar decisiones informadas.⁸¹

Estableciendo de manera expresa la incorporación de dicha doctrina. Profundiza al respecto Hernán Cebriá, quién en relación al régimen español sostiene:

⁷⁹ Irene San Martín García. *El gobierno de las sociedades cotizadas: los códigos de buen gobierno como herramienta para mejorar la transparencia y la eficacia empresarial*. Tesis de grado. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. 2015. p. 28.

⁸⁰ Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas. 2003.

⁸¹ Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo. *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*. Acuerdo del Consejo de Ministros. Publicado por orden ECC/895/2013, de 21 de mayo de 2013.

[A]tribuye a la regla del buen gobierno empresarial una triple función económica: a) potenciación del riesgo empresarial, puesto que la exculpación de responsabilidad por decisiones empresariales honestamente adoptadas pero de resultados negativos, no penaliza a los administradores que actúan en interés de la sociedad, infamadamente adoptando el riesgo inherente a cualquier decisión empresarial; si no existiera tal exculpación se promovería el conservadurismo en las decisiones económicas, afianzando el patrimonio social antes que su desarrollo con riesgo; b) el segundo criterio que justifica la aplicación de la regla del buen juicio empresarial se refiere a la existencia de mecanismos de mercado que aseguran la bondad de las decisiones adoptadas. Los administradores se someten a la supervisión de su gestión por parte de los socios y no resultaría en consecuencia, trasladar a los socios, vía la sociedad, los beneficios de las decisiones empresariales y a los administradores la responsabilidad por las decisiones de las cuales resulten pérdidas; c) finalmente, la tercera función que desempeña la regla del buen juicio es el fortalecimiento del mercado de administradores⁸².

En función de dichos argumentos, cabe analizar si su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano puede ser deseable. El Ecuador, en un intento por establecer un Buen Gobierno Corporativo dentro de sus sociedades, participó en la discusión regional que dio paso al nacimiento del documento titulado Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo, en el año 2004. Sin embargo, dicho documento no menciona la incorporación de la doctrina *Business Judgment Rule* ni trata sobre los deberes de diligencia, lealtad y buena fe por parte de los administradores. No obstante, cabe mencionar lo establecido en el prólogo de dicho documento al expresar lo siguiente:

Los mercados de capital en los países de América Latina - y en particular en los países andinos – se caracterizan por un escaso nivel de desarrollo relativo que se refleja en una baja profundización financiera e incipiente capitalización bursátil. Esta situación limita las oportunidades de acceso a mayores y más eficientes fuentes de financiamiento para la producción e inversión del sector empresarial, constituyéndose en un importante obstáculo para incrementar la competitividad en la región.

Varios factores explican este comportamiento, problemas de inestabilidad macroeconómica, debilidad del estado de derecho y limitaciones en el marco regulatorio y en las instituciones responsables de la supervisión de los mercados. Sin embargo, uno de los factores que más ha captado la atención de analistas financieros es la falta de transparencia empresarial y las débiles prácticas de Buen Gobierno Corporativo.

Se podría definir Gobierno Corporativo como el conjunto de prácticas, formales e informales, que gobiernan las relaciones entre los administradores y todos aquellos que invierten recursos en la empresa, principalmente accionistas y acreedores. Es obvio que buenas prácticas de Gobierno Corporativo garantizan un mejor uso de los recursos de las empresas, contribuyen a una mayor transparencia contable y mitigan los problemas información asimétrica que caracterizan a los mercados financieros. En estas circunstancias, unas buenas prácticas de Gobierno Corporativo son la clave para el acceso de las empresas a los mercados de capital.⁸³

⁸² Jose María Garreta Such. *La diligencia y responsabilidad de los administradores y contabilidad*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2014. p.63-64. (Citando a Hernan Cebriá).

⁸³ Lineamientos para un Código Andino de Buen Gobierno Corporativo. 2da Ed. 2010.

De esta forma, parece razonable el adoptar dicha doctrina en miras a incorporar mejores prácticas de Gobierno Corporativo en el ámbito ecuatoriano.

3.2.2 Determinación del deber de diligencia

Como se estableció en el capítulo anterior, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el administrador se basa en el estándar de conducta emanado por las obligaciones de una administración mercantil ordinaria y prudente. Sin embargo, la norma no parametriza dicho estándar, por lo que no existen pautas de actuación concretas al momento de verificar si sus conductas pueden ser catalogadas como indebidas o negligentes en el ámbito societario. Aunque el concepto de diligencia mercantil ordinaria y prudente se encuentra exclusivamente en la normativa ecuatoriana, muchas otras legislaciones hacen referencia a conceptos similares. Por ejemplo, la legislación española establece que el administrador debe actuar con *la diligencia de un ordenado empresario*⁸⁴, mientras la legislación peruana hace referencia a *un ordenado comerciante y representante leal*⁸⁵; y, finalmente, la legislación colombiana expresa que el estándar de actuación es *la diligencia de un buen hombre de negocios*⁸⁶. Todas estas normas parecen coincidir en el mismo concepto de diligencia, por más que existan ciertos cambios léxico-semánticos.

Previo a abordar dichos conceptos, cabe hacer un breve repaso de lo que supone actuar con diligencia, lo que implica actuar sin negligencia. Una persona que actúa con diligencia, tiene un eximente de culpa, puesto que actuó con el debido cuidado esperado por la normativa. Por otro lado, la actuación negligente, es la base de la culpa establecida en el ámbito legal, y quien actué así puede tener responsabilidad por cualquier daño causado. La negligencia es la base de la culpa que justifica la obligación de reparar el daño: si es culpable es responsable⁸⁷. Sin embargo, la culpa es más que la simple actuación negligente, es una infracción de una regla de conducta que la ley entiende como exigible⁸⁸. En resumen, se puede establecer que existe culpa cuando la actuación

⁸⁴ Ley de las Sociedades de Capital. Art. 225. Real Decreto Legislativo 1/2010. De 2 de julio de 2010. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario...

⁸⁵ Ley General de Sociedades. Art. 171. Los directores desempeñaran el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal.

⁸⁶ Ley 222/95. Art. 23. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

⁸⁷ Vid. *Supra* nota 21. p. 38.

⁸⁸ Vid. *Supra* nota 21. p.38

de un sujeto es negligente, es decir, sin el cuidado necesario para prevenir cualquier resultado dañoso.

No obstante, en lugar de referirnos a la diligencia como expresión contraria a la culpa o negligencia, es preciso afirmar positivamente cuál es la diligencia exigible al empresario para determinar su responsabilidad.⁸⁹ La Superintendencia de Sociedades de Colombia, aborda dicho concepto al establecer en su circular 100-006 lo siguiente:

La diligencia del buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante bajo sus propios asuntos, de manera que su actividad, siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma este ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de empresas⁹⁰

Por lo tanto, dentro de la normativa ecuatoriana, esta parece adaptarse al estándar esperado de un mandatario remunerado. Sin embargo, la adopción de riesgos para el crecimiento económico de la sociedad ha impulsado que la doctrina diferencie dicho estándar de la diligencia esperada del estándar impuesto hacia el actuar de un buen padre de familia. Esto, radica en que estándar de diligencia de los administradores se basa en el cumplimiento de ciertas obligaciones, como un ejercicio responsable del cargo, con profesionalidad y dedicación, obteniendo la información necesaria para actuar racionalmente y con previsibilidad de resultados, actuando en definitiva de buena fe en interés de la sociedad⁹¹. Como expresa José María Garreta Such:

[L]a diligencia del buen padre de familia no es la exigible al administrador. El buen padre de familia, actúa como lo haría la media de las personas razonables, mientras que el administrador debe actuar con un plan de diligencia, como lo haría un ordenado empresario, no ya como gestionaría su domus, sino su hacienda, con criterios económicos, de producción, con conocimientos técnicos específicos superiores a los conocimientos de las personas medias y con la exigencia de mayor dedicación y cuidado por tratarse de bienes ajenos⁹².

Sin embargo, dicha diligencia no puede ser valorada por el resultado obtenido en consecuencia de una acción u omisión tomada. Como expresa el mismo tratadista:

[e]l administrador, no es en lo absoluto responsable del éxito o fracaso de su actuación, y nadie puede cuestionarla en función, únicamente de lo infructuoso de su labor, el fracaso del negocio, las pérdidas sufridas; mucho menos cuando tal juicio de responsabilidad se efectúa a posteriori cuando ya han sido develadas aquellas incógnitas que constituían el riesgo de la actuación.⁹³

Esto, ya que el ordenamiento jurídico solicita al administrador que actúe con *la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente*, pero no expresa nada en cuanto a

⁸⁹ Vid. *Supra* nota 21. p.46

⁹⁰ Superintendencia de Sociedades de Colombia. Circular Externa 100-006. 26 de marzo de 2008.

⁹¹ Vid. *Supra* nota 21. p.58.

⁹² Vid. *Supra* nota 21. p.44.

⁹³ Vid. *Supra* nota 21. p.44.

resultados. La diligencia del administrador debe ser determinada con base en si la acción u omisión adoptada fue tomada informadamente y valorada racionalmente, ya que, si se tuvieran que juzgar las responsabilidades del administrador por el éxito o fracaso de las operaciones emprendidas, el resultado sería que no se adopte riesgo alguno, forzando al administrador a convertirse en un mero conservador de la riqueza confiada⁹⁴.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla cuándo se puede entender que se ha cumplido con dicho estándar de diligencia. Por lo tanto, mediante la incorporación de la *Business Judgment Rule*, se entenderá que el administrador cumple con una diligencia mercantil ordinaria y prudente, cuando ha cumplido con los presupuestos establecidos en dicha doctrina. El estándar de diligencia mercantil ordinario y prudente, “exige un comportamiento determinado en su actuar, por lo que se podría concluir, que ambas reglas de alguna manera se complementan, es decir, al no existir una definición de qué puede comprenderse dentro de un comportamiento de un buen hombre de negocios, el ámbito de aplicación se vuelve subjetivo para el juez, y entonces utilizar un test de aplicación podría de alguna forma garantizar seguridad jurídica.”⁹⁵ De esta forma, el estándar de diligencia esperado por el administrador se entenderá cumplido, siempre y cuando este haya tomado sus decisiones informadamente, en el interés de la sociedad y de buena fe. Esto, conllevaría a que los jueces basen su decisión en el análisis de los medios empleados por el administrador para actuar, en lugar de juzgar los resultados de sus decisiones.

Por lo expuesto, se puede argumentar que la incorporación de la *Business Judgment Rule* conlleva a determinar de forma expresa las pautas de actuación concretas por las cuales el administrador pudiese ser eximido o imputado por sus actuaciones. Esto, va del a mano con lo establecido por los expertos en Buen Gobierno Corporativo, otorgando claros parámetros a observar en caso de que el administrador tome una decisión que pudiese ser catalogada como negligente. De esta forma, se reduce el amplio margen de valoración subjetiva de los jueces en cuanto a sus actuaciones dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sustituyendo el concepto subjetivo de diligencia por un concepto más objetivo y centrado en el proceso de la toma de decisiones⁹⁶.

⁹⁴ Vid. *Supra* nota 21. p.44.

⁹⁵ Vid. *Supra Nota*. 63. p.73.

⁹⁶ Aurelio Gurrea Martinez y Cesar Coronel Jones. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.30

3.2.3 Seguridad Jurídica

En un segundo plano, cabe abordar la seguridad jurídica que proporciona la aplicación de la doctrina en nuestro ordenamiento. La seguridad jurídica es directamente proporcional a los precedentes judiciales que hagan previsible la decisión del juez y reduzcan la incertidumbre⁹⁷. Sin embargo, en nuestro país e incluso en países vecinos, encontramos una escasísima litigiosidad en cuanto a los deberes de diligencia del administrador. Esto, ha desembocado en que el régimen de responsabilidad de los administradores sea sustanciado casi exclusivamente por las reglas del Código Civil. Por lo tanto, solo cabría determinar la existencia de culpa en un hecho ilícito, daño y el nexo causal para imputar al administrador de responsabilidad. Lo expuesto anteriormente, se puede ver recogido en lo que la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sostenido, al expresar:

De acuerdo con los principios generales que gobiernan el régimen de responsabilidad civil, el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de los administradores del ente social, es decir, de quienes tuvieron a su cargo la representación y el manejo de sus bienes y negocios, sea que desarrollan funciones de representación de la sociedad o solamente de gestión, estaba supeditado a que incurrieran en una acción u omisión dolosa o culposa, y que este comportamiento se derivara en para un daño de los sujetos mencionados, es decir, que entre su conducta y el perjuicio ocasionado existiese una relación de causalidad adecuada, responsabilidad que debía y debe deducirse dentro del marco de responsabilidad civil...⁹⁸

Por lo tanto, los administradores que incurriesen en cualquier acción culposa, que cause un daño, pudiesen ser imputados de responsabilidad civil.

Sin embargo, mediante la implementación de la *Business Judgment Rule*, los administradores gozarían de mayor seguridad jurídica en torno a su protección. Como sostiene Aurelio Gurrea Martínez:

[L]a implementación de la business judgment rule en el derecho positivo puede mejorar la seguridad jurídica, especialmente, en aquellas jurisdicciones en las que no exista una jurisprudencia consolidada o *case law* que tienda a proteger, de manera generalizada, la toma de decisiones empresariales realizadas de buena fe por administradores independientes. De esta manera, mediante la implementación legal de la business judgment rule, podría garantizarse a los administradores honestos, cuya toma de decisiones se produjere de buena fe, en completa ausencia de conflicto de interés, y con un grado de información adecuado, que no podrán ser demandados como consecuencia de un eventual fracaso – solo conocido ex post – en sus decisiones de gestión⁹⁹.

Adicionalmente, Gurrea Martínez junto a Cesar Coronel Jones establecen:

[C]onviene tener en cuenta que, en países con una judicatura menos eficiente y sofisticada, la actuación de los jueces debería ser limitada a casos excepcionales y, en la medida de lo posible, prever mecanismos de protección ex ante, máxime si, como ocurre en Ecuador, tampoco existen mecanismos de mercado suficientes para la protección de terceros. Por tanto, con la

⁹⁷ Vid. *Supra* nota 78 .p. 232.

⁹⁸ Vid. *Supra* nota 14. p. 132.

⁹⁹ Vid. *Supra* nota 27. p. 10.

implementación de la regla del buen juicio empresarial, los jueces no intervendrán en las decisiones empresariales tomadas por los órganos de administración de las sociedades ecuatorianas, salvo que exista un conflicto de interés, falta de información en la toma de decisiones, o, a la luz de la información disponible, la decisión empresarial sea objetivamente contraria al interés de la compañía¹⁰⁰

Por lo tanto, los administradores tuviesen claridad al momento de determinar qué conductas pudiesen ser contrarias a la normativa, evitando imputar de responsabilidad a quienes han tomado su decisión bajo los parámetros establecidos por la *Business Judgment Rule*. Del mismo modo, su aplicación restringiría la actuación judicial a casos excepcionales, otorgando protección a las decisiones empresariales.

3.2.4 Límite a la responsabilidad del administrador mercantil

Por último, con la aplicación de esta doctrina, existiría un límite de responsabilidad impuesto a los administradores basado en un estándar de revisión impuesto normativamente para juzgar sus decisiones, lo que crearía una diferencia entre la *Business Judgment Rule* y el deber de diligencia exigido. Dicha diferencia, “radica en que el estándar de debida diligencia es el nivel de conducta esperado por los administradores en su toma de decisiones, mientras que la *Business Judgment Rule*, es un estándar de revisión que permite determinar si estos pueden ser declarados responsables por una decisión.”¹⁰¹ Este estándar de revisión es una tarea que lleva a cabo el juez para determinar si mediante su actuación, el administrador violó alguno de sus deberes¹⁰². Como resultado, se crea un estándar menos estricto en cuanto a la conducta esperada de los mismos, basado en los parámetros previamente establecidos.

La finalidad de proveer a los administradores con este “puerto seguro” es la de crear un espacio de inmunidad, donde sus decisiones no sean valoradas como negligentes, incluso habiendo errores, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos establecidos por la *Business Judgment Rule*¹⁰³. Esta inmunidad no es absoluta, y solo se concede si no se ha incurrido en dolo o en actuaciones contrarias a la ley o los estatutos sociales. Del mismo modo, no se pretende beneficiar a los administradores, sino crear un entorno de confianza, en el cual estos pudiesen desarrollar su gestión sin verse en una constante amenaza.

¹⁰⁰ Vid. *Supra* nota 96. p.32

¹⁰¹ Vid. *Supra* nota. 45. p.356-357.

¹⁰² Vid. *Supra* nota. 45. p. 357.

¹⁰³ Vid. *Supra* nota. 37. p.39.

3.3 Críticas a la aplicación de la Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Aunque los argumentos expresados anteriormente parecen justificar la deseabilidad de la aplicación de la *Business Judgment Rule*, existen determinados factores en la realidad ecuatoriana que pudiesen abogar en contra de la incorporación de la determinada doctrina. En primer lugar, su aplicación pudiese incrementar el costo asociado a la toma de decisiones: solicitando un excesivo número de informes al momento de una toma de decisión, mismos que deberán ser asumidos por los inversionistas¹⁰⁴. Las escasas acciones planteadas en contra de los administradores por sus deberes fiduciarios podrían hacer menos creíble la amenaza a estos, reduciendo de esta manera la necesidad de proteger a los administradores sociales en sus decisiones empresariales¹⁰⁵. Por último, se podría alegar que la existencia de accionistas menos diversificados, a causa de menos inversionistas institucionales y mercados de valores poco desarrollados, podría provocar una mayor aversión al riesgo de los accionistas ecuatorianos, que, por lo tanto, podrían justificar una menor asunción de riesgos por parte de los administradores sociales¹⁰⁶.

Sin embargo, dichas críticas no parecen ser suficientes para optar por abstenerse a la implementación de la *Business Judgment Rule*. En cuanto al costo asociado en la toma de decisiones, la implementación de dicha doctrina incentivaría una mayor profesionalización en la toma de decisiones empresariales en los órganos de administración de las sociedades ecuatorianas, donde, aunque se generen mayores costos de información, los beneficios resultarían superiores, no solo en términos de calidad de las decisiones sino también en la protección de terceros, otorgando mayor confianza a futuros inversionistas¹⁰⁷. Por otro lado, aunque en Ecuador existe escasez de acciones planteadas hacia administradores, el hecho de que los administradores cuenten con la protección de la regla a su favor, puede incentivar una mayor asunción responsable de riesgos en las actividades empresariales de sociedades ecuatorianas¹⁰⁸. Por último, en cuanto a la aversión al riesgo que pudiesen tener ciertos accionistas, esto sería meramente una presunción, a diferencia de las fallas de mercado existentes en el ámbito económico ecuatoriano en base a una menor cultura

¹⁰⁴ Aurelio Gurrea Martínez y Cesar Coronel Jones. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.32.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Aurelio Gurrea Martínez y Cesar Coronel Jones. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.32.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

de innovación¹⁰⁹, mismas que pudiesen ser subsanadas mediante la aplicación de la *Business Judgment Rule*. Del mismo modo, en caso de que los inversionistas opten por una mayor aversión al riesgo, pudiesen limitar las actuaciones del administrador dentro de los estatutos de la compañía, permitiendo que las sociedades que se inclinen a una mayor asunción de riesgos sean beneficiados por dicha doctrina.

3.4 Implementación de la denominada Business Judgment Rule en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Una vez analizadas las críticas y beneficios de la incorporación de la *Business Judgment Rule* en la realidad ecuatoriana, cabe determinar si es preciso adoptarla. Las ventajas de su aplicación, parecen ser superiores a las críticas establecidas hacia la realidad ecuatoriana. La profesionalización que dicha regla pudiese incentivar en los administradores, así como una toma de riesgos diligentes y mayor innovación, parecen traer mayores beneficios al mercado que la normativa establecida actualmente. También, la eliminación del sesgo retrospectivo y el claro estándar de diligencia establecido, pudiese otorgar un panorama de mayor seguridad jurídica y Buen Gobierno Corporativo dentro del espectro ecuatoriano. Por lo tanto, los argumentos a favor sugieren justificar la deseabilidad de su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para esto, cabe examinar cómo debe plantearse la normativa para maximizar sus beneficios en la realidad mercantil ecuatoriana. Por lo tanto, debemos referirnos a lo expresado por Aurelio Gurrea Martínez y Cesar Coronel Jones:

[H]abida cuenta de la menor litigación derivada que existe en países como Ecuador, y la menor sofisticación de los inversores minoritarios, debería invertirse la carga de la prueba para el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores por incumplimiento del deber de diligencia, siguiendo el modelo alemán. Por tanto, no serán los accionistas sino los administradores quienes tengan que probar los requisitos del blindaje en su decisión empresarial. En consecuencia, la regla del juicio empresarial no se convertiría en una presunción en favor de los administradores, como existe en países como Estados Unidos, sino simplemente, en un puerto seguro como se permite en jurisdicciones como Alemania. De esta manera, se promoverá un mejor *enforcement* del deber de diligencia, aunque permitiendo en todo caso que los administradores puedan probar que cumplieron todos los requisitos exigidos para quedar blindados en sus decisiones empresariales¹¹⁰.

De esta forma, no se elimina totalmente la existencia de disputas judiciales, sin embargo, se reduciría el uso de tribunales. Adicionalmente, estos tratadistas sostienen que:

[E]xisten poderosos argumentos y fallos de mercado (principalmente asociados a una judicatura poco sofisticada, una menor profesionalización del órgano de administración, y una menor cultura

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Aurelio Gurrea Martínez y Cesar Coronel Jones. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.33.

de innovación, en parte motivada por el entorno legal e institucional) que justificarían la implementación imperativa de la regla de juicio empresarial¹¹¹.

Su aplicación imperativa, radica en que, en el Ecuador, existe falta de familiarización con la *Business Judgment Rule*, por lo tanto, si no resulta debidamente entendida, podría entenderse como una norma que reduce el nivel de diligencia cuando, en realidad, sólo supone un cambio en el modo en que este nivel de diligencia debe ser acreditado¹¹². De esta manera, los argumentos parecen establecer que es viable y necesaria su aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.5 Análisis económico del derecho de su aplicación en la legislación ecuatoriana.

Previamente a establecer una propuesta normativa hacia la aplicación de la *Business Judgment Rule* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cabe hacer un análisis económico del derecho para determinar la correcta aplicación de la norma. Partimos de tres posibles escenarios: 1) eliminación del sistema de responsabilidad de los administradores; 2) insistir en el escenario de responsabilidad del buen hombre de negocios; 3) acoger la *Business Judgment Rule*¹¹³.

En el primer escenario, el costo total de monitoreo, recaería sobre los inversionistas (socios o accionistas) que tendrían dos opciones: 1) limitar contractualmente todos los posibles comportamientos del administrador; o, 2) tener sistemas de monitoreo tan eficientes que eviten la desviación del comportamiento del administrador de los intereses de la sociedad¹¹⁴. Dentro de la primera opción, la imposibilidad de abarcar todos los futuros problemas tendría como consecuencia que los inversionistas asuman cualquier costo o responsabilidad residual. Mientras que, por otro lado, “si elevan los costos de monitoreo, podría ser este tan elevado, que el costo marginal resultaría negativo generando más pérdidas que ganancias, con el perjuicio adicional, de que en caso de que el sistema de control exponga alguna situación anómala por parte del administrador, entonces solamente operaría la separación del administrador sin consecuencia alguna.”¹¹⁵

Dentro del segundo escenario, donde sí se encuentran reglas de responsabilidad, Aciarri establece lo siguiente:

¹¹¹ *Ibíd*

¹¹² *Ibíd*.

¹¹³ Vid. *Supra Nota*. 63. p.73.

¹¹⁴ Vid. *Supra Nota*. 63. p.74.

¹¹⁵ Vid. *Supra Nota*. 63. p.74.

[S]upone que la conducta de las personas puede reaccionar ante estímulos positivos y negativos y que, por lo tanto, si alguien puede prever que realizando un acto o actividad recibirá consecuencias más disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar... Las reglas de responsabilidad en ese sentido, imponen consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización, o sea por verse imposibilitado de reclamarlo. Un sistema correcto de responsabilidad civil, por lo tanto, servirá para poner en línea los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación posible¹¹⁶.

Por lo tanto, las reglas de responsabilidad sí son necesarias para evitar un reparto de ganancias ineficiente. Sin embargo, cabe determinar si el estándar de diligencia contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir, el de una administración mercantil ordinaria y prudente, puede ser concebido como eficiente. Como se estableció previamente, este nivel de diligencia es mayor al exigido al hombre medio o al buen padre de familia, ya que el grado de especialización y profesionalización genera una exigencia mayor. Por lo tanto, “el grado de mayor exigencia en el estándar de cuidado es directamente proporcional al costo de diligencia e inversamente proporcional al coste del daño y la probabilidad de que este suceda.”¹¹⁷ Por lo tanto, el administrador podría gastar excesivamente en precautelar el daño, para de esta forma, no ser responsable de indemnización alguna.

Del mismo modo, en los casos en que se ha establecido un mayor estándar de diligencia, el administrador contrata pólizas de seguros de responsabilidad civil para protegerse de cualquier daño causado. Este contrato, tiene por objeto dar cobertura a los directores, gerentes y administradores, de todas las consecuencias económicas que pueda sufrir su patrimonio presente y futuro por los perjuicios de sus errores, omisiones y negligencias¹¹⁸. En general, en virtud de las legislaciones societarias, los administradores responden de los perjuicios que ocasionen en el desempeño de sus funciones gestoras por actos realizados sin la debida diligencia¹¹⁹, siendo el legitimado para reclamar la responsabilidad emanada de dicha póliza cualquiera que hubiese sufrido un daño por la actuación negligente del administrador, sean estos terceros, accionistas o la sociedad. Sin embargo, tiene un costo económico para la sociedad y sus inversionistas, además de

¹¹⁶ Cecilia Irene Salazar Sanchez. *La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina*. Universidad de Buenos Aires. 2018. Citando a Hugo Acciarri y Andrea Castellado. *El análisis económico del derecho de daños*. p.75.

¹¹⁷ Cecilia Irene Salazar Sanchez. *La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina*. Universidad de Buenos Aires. 2018. p.76.

¹¹⁸ Andrea Signorino Barbat. *Los seguros de responsabilidad civil de los directores y gerentes: la utilidad que brinda su cobertura*. RIS. Bogota. 2013. p. 17.

¹¹⁹ *Id.*, p.18.

causar mayores actuaciones negligentes por parte del administrador, ya que traslada a las aseguradoras los perjuicios patrimoniales causados.

Por último, nos enfrentamos ante el tercer escenario: la adopción de la *Business Judgment Rule*. La aplicación de esta doctrina, trae consigo dos claras ventajas previamente establecidas: un manejo adecuado de la aversión al riesgo y evita la aplicación del sesgo retrospectivo al momento de juzgar¹²⁰. En relación a estos preceptos, se puede establecer que:

[L]a Business Judgment Rule permite que el administrador actúe de una forma segura, en el sentido que su actuar descansa sobre parámetros claramente establecidos, sin que el resultado conlleve necesariamente una consecuencia jurídica, en otras palabras le concede un esquema objetivo de aplicación y por ende le dota de seguridad jurídica; por otro lado, en cuanto al sesgo retrospectivo, elimina el hecho de que un resultado negativo conlleva, al menos a priori, la sensación de un actuar inadecuado por el agente, pues conocer el resultado genera la sensación de que la toma de precaución podría haber sido mayor o que la sensación de la probabilidad del daño era más esperada¹²¹.

Analizados dichos escenarios, cabe establecer ciertas reflexiones previamente a establecer una propuesta normativa. En primer lugar, las normas de responsabilidad son necesarias al asumir un costo de monitoreo, reduciendo los costos de transacción para los inversionistas. Sin embargo, después de analizar el segundo escenario, se puede concluir que establecer una mayor cantidad de normas y obligaciones, así como un elevado estándar de diligencia, no conlleva a tener mayores beneficios económicos a la sociedad y los inversionistas, pues el administrador, emplearía mayores recursos en satisfacer dicha normativa. Por último, la regla del *Business Judgment Rule*, dota de seguridad jurídica al administrador, fomentando una toma de riesgos informados en sus actuaciones empresariales.

¹²⁰ Vid. *Supra Nota*. 63. p. 78.

¹²¹ Cecilia Irene Salazar Sanchez. *La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina*. Universidad de Buenos Aires. 2018. p.78.

4. Conclusiones

4.1 Propuesta Normativa

Como se ha podido observar, la implementación de la doctrina *Business Judgment Rule* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, parece ser viable además de ser un excelente complemento a la normativa ya establecida dentro del régimen mercantil. Sus beneficios, no se limitan al ordenamiento jurídico, sino a la realidad económica del país. La Ley de Compañías, prohíbe de manera expresa el limitar las responsabilidades y obligaciones del administrador, basado en el argumento de que existe un interés público detrás. Por lo tanto, dicha doctrina debe estar expresamente establecida dentro de la legislación ecuatoriana para surtir efectos. Para dar mayor claridad y evitar subjetividades, también parece óptimo establecer expresamente en la normativa ciertas obligaciones básicas emanadas del deber de lealtad, para que pueda ser aplicada la doctrina con objetividad.

Basado en lo dispuesto en este trabajo de investigación, se invita a los doctrinarios, académicos y legisladores, a discutir el tema planteado, para de esta forma crear una normativa que otorgue mayor seguridad jurídica a los administradores, incentivando un mejor desempeño de su cargo, así como fomentando la toma de riesgos y la innovación dentro del ámbito económico.

Por lo tanto, se propone una reforma legislativa a la Ley de Compañías, para implementar dicha doctrina en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Está, se compone en las siguientes inclusiones normativas:

Ley de Compañías

Sección IV.

De la Compañía Anónima

8. De la Administración y los Agentes de la Compañía.

Art...- Protección de la Discrecionalidad Empresarial. –

En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente, se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

Art...- Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

- a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.
- b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
- c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.
- d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia.
- e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

4.2 Reflexiones Finales

Actualmente, Ecuador se encuentra en una crisis económica de gran magnitud. Con una economía lenta y en proceso de ajuste, las cifras estiman que el PIB ecuatoriano será negativo los próximos años¹²². Sin embargo, a puertas de su entrada a la Alianza del Pacífico y una futura incorporación al Mercado Integrado de América Latina, parece ser el momento ideal de una modernización de ciertos aspectos de la legislación societaria en Ecuador. Por lo tanto, cabe recapitular lo establecido en mira de comprender la importancia y los impactos que puede tener la adopción de la regla de discrecionalidad empresarial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las constantes regulaciones normativas hacia los administradores han causado que las normas que buscaban dar protección a los inversionistas, sofoquen al administrador hasta el punto donde los impactos negativos sobrepasan los beneficios que estas pueden traer. Ecuador, al ser un país en desarrollo, precisa de Inversión Extranjera Directa, un factor que puede ser un motor económico en un país que carece de recursos financieros y tecnológicos para poder crear un notable desarrollo. Sin embargo, las regulaciones normativas en materia económica han sido un importante pilar al momento de ahuyentar y desincentivar este ingreso. Es por esto que el Estado ecuatoriano, además de garantizar seguridad jurídica, debe incentivar la inversión, la innovación y los riesgos basados

¹²² Cámara de comercio de Guayaquil. *Cifras macroeconómicas del Ecuador. Una economía lenta y en proceso de ajuste*. 29 de marzo de 2019.

en decisiones diligentes, para que, de esta manera, se pueda ver un impacto positivo hacia la economía ecuatoriana.

En este trabajo de investigación, se ha demostrado que la incorporación de la denominada *Business Judgment Rule* al ordenamiento jurídico ecuatoriano, es una evidente necesidad en base a las siguientes razones. En primer lugar, detallar de forma expresa las pautas de conducta a las cuales se debe regir el administrador, recomendación emanada en base a un Buen Gobierno Corporativo, para que de esta manera, exista claridad por parte de los jueces y inversionistas al momento de juzgar y monitorear una conducta que se presume negligente. Segundo, otorgar mayor seguridad jurídica, restringiendo así valoraciones subjetivas de los jueces en relación a las obligaciones emanadas de una administración ordinaria y prudente, limitando la actuación de jueces a casos excepcionales y otorgando un mecanismo de protección ex ante, mediante el cual se mitigarían sentencias condenatorias en base a un sesgo retrospectivo. Tercero, implementar un estándar de revisión mediante el cual se establece un “puerto seguro” a favor del administrador, derivando en un margen más amplio de inmunidad al momento de la toma de decisiones empresariales, limitando así su responsabilidad civil en relación a su deber de diligencia. Por último, su aplicación podría incentivar una mayor profesionalización en la toma de decisiones empresariales por parte del órgano de administración, derivando una toma de riesgos diligente en beneficio del crecimiento económico de la sociedad, incentivando una cultura de innovación.

Aunque una incorrecta concepción de la doctrina *Business Judgment Rule* pudiera suponer que la norma reduce el nivel de diligencia, esta solo supone un cambio en el modo en que este debe ser acreditado, moviéndose de un concepto subjetivo a un concepto objetivo centrado en el proceso de la toma de decisiones¹²³. Dicha norma, establece los parámetros que debe seguir el administrador para de esta forma evitar ser juzgado a posteriori por un juez que puede no tener el conocimiento suficiente sobre el giro del negocio. Su implementación, no afecta el estándar de diligencia mencionado, es más, lo complementa, estableciendo mayor libertad en su toma de decisiones, siempre y cuando, dichas decisiones sean tomadas de buena fe, evitando conflicto de intereses y mediante una decisión informada y racional.

¹²³ Aurelio Gurrea Martínez y Cesar Coronel Jones. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.30.

La objetividad del concepto, tampoco impone un impacto negativo hacia los inversionistas, sino que entregaría claridad hacia cuando estos pueden proceder a entablar demandas indemnizatorias en caso de pérdidas económicas. Como explica el tratadista José María Garreta Such, en cuanto al régimen español previo a la implementación de la *Business Judgment Rule*:

Con mayor frecuencia, las quejas a actuaciones negligentes o desleales se canalizan a través del derecho penal, imputándoseles delitos de malversación de caudales, administración desleal, infracciones fiscales, etc. Pero ello no deja de ser el camino último a seguir cuando la actuación de aquellos administradores ha incurrido dolosamente en el ámbito penal; sin embargo existen muchas otras situaciones en donde el dolo es inexistente o difícilmente demostrable y sin embargo la culpa o negligencia es evidente y, pese a ello, no se plantean litigios ante los tribunales reclamando por negligencia en la gestión de los negocios o simplemente por haberse comportado con frivolidad en la conducción de los negocios, sin la atención precisa a las circunstancias concurrentes y con los resultados perjudiciales para la sociedad; encontramos a faltar mayores exigencias de responsabilidad frente a este tipo de actuaciones¹²⁴.

Esto, parece hacer alusión a la realidad ecuatoriana, donde a falta de claridad, los juzgados mercantiles han tenido escaso acercamiento hacia este tipo de acciones.

Como se pudo determinar, la aplicación de la *Business Judgment Rule* no sugiere que el legislador deba suprimir las obligaciones impuestas al administrador. El fin de establecer esta regla en el derecho ecuatoriano no es el de trasladar los costos a los inversionistas, quienes deberán incurrir en mayores gastos para asegurarse de un correcto cumplimiento de obligaciones y funciones. Las normas de responsabilidad, parecen indispensables en cuanto asumen el costo de monitoreo que si no se debería trasladar a los inversionistas. Sin embargo, parece económicamente beneficioso el aplicar dicha regla para subsanar ciertas lagunas legales existentes en la legislación ecuatoriana, y complementar el estándar de diligencia impuesto actualmente.

Consecuentemente, se debe reflexionar sobre las siguientes preguntas. ¿Es viable la aplicación de la regla de discrecionalidad empresarial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano? ¿Puede esta regla traer mayores incentivos económicos a la industria ecuatoriana? Abordando la primera pregunta, la aplicación de dicha regla no solo que es viable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, si no que parece ser la tendencia a la cual muchas legislaciones parecen dirigirse en mira a un Buen Gobierno Corporativo.

¹²⁴ José María Garreta Such. *La diligencia y responsabilidad de los administradores y contabilidad*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2014. p.34

Abordando la segunda pregunta planteada, su aplicación parece ser beneficiosa en cuanto a los incentivos económicos que puede traer. En primer lugar, establece un estándar de diligencia claro como se mencionó previamente, además de un mejor Gobierno Corporativo al registrarse bajo los parámetros de buena fe y lealtad. En segundo lugar, el incentivar la toma de riesgos diligentes puede atraer mayor innovación al país, haciendo que los administradores pasen de un plano en el cual se han convertido en meros conservadores de riqueza, a un plano en el cual desarrollen nuevas estrategias e innovaciones sin miedo a tener represalias patrimoniales en un futuro.

Frente a estas circunstancias, se plantea la aplicación normativa de la figura de la regla del buen juicio empresarial, basándose en la legislación adoptada recientemente en España. Esta figura, aunque ya ha sido utilizada en ciertos casos, como argumento de tribunales latinoamericanos en casos de negligencia mercantil, no ha sido desarrollada positivamente por ninguna legislación. Por lo tanto, se considera que, al adoptar esta figura dentro del derecho societario ecuatoriano, se podría unificar el estándar de diligencia esperado, exponiendo parámetros objetivos, claros y efectivos.

En conclusión, es en beneficio del Estado ecuatoriano que se debe adoptar la figura del *Business Judgment Rule* en el Derecho Mercantil, ya que, no solo atraería innovación y crecimiento económico, si no que dotaría al ordenamiento jurídico ecuatoriano de mayor seguridad respecto a las actuaciones de los administradores. No obstante, y de manera subsidiaria, se propone un cambio en la legislación ecuatoriana en cuanto a los artículos que restringen la aplicación de límites y exoneraciones a la responsabilidad del administrador, por parte de los estatutos y contratos. Esto, como una forma de incentivar la toma de riesgos y desarrollo económico de las sociedades mercantiles en la realidad ecuatoriana.

Bibliografía

- Martín Abdala. “La aplicación de la denominada Business Judgment Rule en el derecho argentino”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*. N.42. (2014).
- Bronusas, Tomas. *Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles*. Universidad de Almería.
- Camara de comercio de Guayaquil. *Cifras macroeconómicas del Ecuador. Una economía lenta y en proceso de ajuste*. 29 de marzo de 2019.
- Cebriá, Luis Hernando. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del buen juicio empresarial*. Marcial Pons. 2009.
- Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo. *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas*. Acuerdo del Consejo de Ministros. Publicado por orden ECC/895/2013, de 21 de mayo de 2013.
- Fatsini Duran, Ariadna. *El deber de diligencia de los administradores y la incorporación de la Business Judgment Rule en nuestro ordenamiento*. Tesis de Grado. Universitat Rovira I Virgil. 2015.
- Garreta Such, José María. *La diligencia y responsabilidad de los administradores y contabilidad*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2014.
- Gómez, Alejandro, Miranda, Paula y Santacruz, María Paula. “Business Judgment Rule: origen, aplicación y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano.” *Pontificia Universidad Javeriana*. N.19. 2019.
- Gonzales Benjumea, Oscar Humberto. “Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles.” *Ratio Juris Vol. 11 No. 23*. (2016)
- Guerrero Trevijano, Cristina. *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de sociedades de capital*. Madrid. 2015.
- Gurrea Martinez, Aurelio. *La cuestionada deseabilidad economica de la Business Judgment Rule en el derecho español*. Facultad de Derecho de la Universidad CEU San Pablo.
- Gurrea Martinez, Aurelio y Coronel Jones, Cesar. *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador*. Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. 2019. p.33.
- Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas. 2003.
- Jimenez Sanchez, Guillermo J.. *Nociones del Derecho Mercantil*. Sexta Ed. Marcial Pons. 2012.

- Jugo Oblitas, Azucena Judith. *La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anonimas en Perú: a la luz de nuevos desafíos*. Tesis de Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2011.
- Laguado Giraldo, Darío. “La responsabilidad de los administradores”. *Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Vniversitas. No. 108*. (2004).
- Lineamientos para un Código Andino de Buen Gobierno Corporativo. 2da Ed. 2010.
- Londoño Restrepo, Daniela y Riaño Guerrero, Juan Diego. *De la fallida reforma al régimen de responsabilidad de los administradores en Colombia*. Criterio Jurídico. Cali. 2016.
- Lopez Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Universidad de Colombia y Universidad de los Andres. 1era Edición. 2004.
- Megino Nieto, Miguel y Recaman Graña, Eva. *La tipificación de la Business Judgment Rule en el derecho español*. Tesis de Grado. Colegio Universitario de Estudios Financieros. 2018.
- Menendez, Uria. *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.
- Montoro Rueda, Rosa María. “Economía, Poder y Derecho Mercantil.” *Anales de Derecho. Vol. 27*. (2009) Universidad de Murcia
- Mugica Alcorta, Ramón. “Desde el gobierno corporativo a la responsabilidad de los administradores”. *Estudios de Deusto. Vol. 52/7*. (2009). Bilbao.p.201-202.
- Rojo, Ángel y Beltran, Emilio. *Comentarios a las sociedades de capital*. Pamplona. 2011.
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. *El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la Regla del Buen Juicio Empresarial en el ámbito de su deber de diligencia?* Revista de Derecho Universidad Externado de Colombia. 2012.
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. “La relacion administrador-sociedad”. *Revista de Derecho Privado. N. 18*. (2010).
- Salazar Sanchez, Cecilia Irene. *La relación de agencia entre socios – administradores problemas y soluciones en la legislación ecuatoriana y argentina*. Tesis de Posgrado. Universidad de Buenos Aires. 2018.
- San Martín García, Irene. *El gobierno de las sociedades cotizadas: los códigos de buen gobierno como herramienta para mejorar la transparencia y la eficacia empresarial*. Tesis de grado. Universidad Pontificia Comillas de Madird. 2015.

Signorino Barbat, Andrea. *Los seguros de responsabilidad civil de los directores y gerentes: la utilidad que brinda su cobertura*. RIS. Bogota. 2013.

Suescún De Roa, Felipe. “The Business Judgment Rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva”. *127 Vniversitas*. Pontifica Universidad Javeriana de Colombia. 2013.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. 220-009892. 16 de marzo de 2004.

Superintendencia de Sociedades de Colombia. Cicrular Externa 100-006. 26 de marzo de 2008.

Van Thienen, Pablo Augusto. “Responsabilidades del director por decisiones de negocios y la regla del Business Judgment. ¿Es posible bajo la ley de sociedades? (Enseñanzas del caso Walt Disney)” *CEDEF Law & Finance*. No.43/2010.

Watson, Alan. *Legal transplants, an approach to comparative law*. 2nd edition. University of Georgia.

Marco Normativo

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2015.

Ley de Compañías. Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999

Ley de las Sociedades de Capital. Real Decreto Legislativo 1/2010. De 2 de julio de 2010.

Ley General de Sociedades de Perú. Diario Oficial de 05 de Diciembre de 1997.

Ley 222/95. Ley 222 de 1995 de la Camará de Comercio de Bógota. Diario Oficial 42.156 de 20 de Diciembre de 1995.

Jurisprudencia

Smith v. Van Gorkom. 488A.2d. 858. Corte Suprema de Delaware. 1985.

The Walt Disney World Company Derivative Litigation. Corte Suprema del Estado de Delaware. 907 A 2d 693 (2005),2005.

Tribunal Supremo de España. 11 de Diciembre de 2015. Resolución 695/2015.