

Igal GUERTEIN BABIC

Universidad de Montevideo (Uruguay)

guerteinigal@gmail.com

ORCID iD:<https://orcid.org/0009-0004-5593-0886>

Recibido: 30/04/2023 - Aceptado: 09/05/2023

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Guertein Babic, Igal (2023). El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo. *Revista de Derecho*, 22(43), 41-54. <https://doi.org/10.47274/DERUM/43.3>

El estándar del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano y el estándar del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

41

Resumen: El presente artículo propone analizar la regulación y aplicación del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano con la finalidad de compararlo con el estándar del Buen Hombre de Negocios en Uruguay. También de discutir la aplicabilidad de los criterios del Derecho Americano en el Derecho Uruguayo a la luz del proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales, y proponer una suerte de “test de dos pasos” a nivel judicial para la revisión de la responsabilidad de los administradores societarios. Asimismo, será objeto del artículo el estudio de las divergencias entre el régimen de revisión judicial y de comportamiento de los administradores societarios.

Palabras clave: *Duty of Care*, *Business Judgment Rule*, Buen Hombre de Negocios, responsabilidad de administradores societarios.

The Duty of Care and the Business Judgment Rule standard in American law and the *Buen Hombre de Negocios* standard in Uruguayan law

Abstract: This article proposes to analyze the regulation and application of the Duty of Care and the Business Judgment Rule in American Law in order to compare it with the *Buen Hombre de Negocios* standard in Uruguay. Also to discuss the applicability of American law criteria in Uruguayan law in the light of the draft reform of the Commercial Companies Act, and finally to propose a sort of “two-step test” at the court level for the review of the liability of company directors. The article will also study the divergences between the regime of judicial review and the conduct of company directors.

Keywords: Duty of Care, Business Judgment Rule, standard good businessman, liability of company directors.

42

O standard do *Duty of Care e Business Judgemente Rule* no Direito Americano e o standard do *Buen Hombre de Negocios* no Direito Uruguaio

Resumo: Este artigo propõe analisar a regulamentação e a aplicação do *Duty of Care* e da *Business Judgment Rule* no Direito Americano a fim de o comparar com a norma do *Buen Hombre de Negocios* e discutir a aplicabilidade dos critérios do Direito Americano no Direito uruguaio à luz do projecto de reforma da Lei das Empresas Comerciais, e finalmente propor uma espécie de “teste em duas fases” a nível judicial para a revisão da responsabilidade dos directores de empresas. O artigo estudará também as divergências entre o regime de revisão judicial e a conduta dos directores de empresa

Palabras-chave: Duty of Care, Business Judgment Rule, padrão do bom empresário, responsabilidade dos directores de empresas.

1. Introducción

A nivel de Derecho Comparado se le ha dado a lo largo de la historia mayor preponderancia al *Duty of Loyalty* (deber de lealtad) que al *Duty of Care* (deber de diligencia) de los administradores societarios. Esta situación de menor relevancia del *Duty of Care* no solamente se evidencia en Uruguay, sino también, en menor medida en los sistemas del *Common Law*, como es el caso del Derecho Americano¹ (Velasco, 2015).

A pesar de ello, a nivel de la jurisprudencia Americana, el *Duty of Care* tuvo un desarrollo considerable y fue incorporado tanto a los *Principles of Corporate Governance*² como en el *Model Business Corporation Act*³ (MBCA). Por otra parte, en la evolución del *Common Law*, además de establecerse el estándar de diligencia del *Duty of Care*, se creó el estándar de revisión judicial denominado como *Business Judgment Rule* (BJR).

A diferencia de lo mencionado, a nivel del Derecho Societario Uruguayo la Ley N° 16.060 (LSC), reguló el deber de diligencia en forma expresa estableciendo en el artículo 83 que “Los administradores y los representantes de la sociedad deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. A pesar de ello, el deber de diligencia no tuvo un grado de desarrollo sustancial en comparación con el Derecho Americano, ni tampoco estableció en forma específica el contenido del estándar ni diferenció un estándar específico de revisión judicial. Sin embargo, esta situación podría cambiar en caso de aprobarse el proyecto de reforma de la LSC (Proyecto)⁴, en el que se pretende incorporar la BJR al Derecho Uruguayo.

A raíz de lo mencionado, el presente trabajo propone analizar la regulación y aplicación del *Duty of Care* y la *Business Judgment Rule* en el Derecho Americano con la finalidad de compararlo con el estándar del Buen Hombre de Negocios en Uruguay y de discutir la aplicabilidad de los criterios del Derecho Americano en el Derecho Uruguayo.

43

2. La necesidad de un régimen dual de responsabilidad para las violaciones al *Duty of Care* y al *Duty of Loyalty*

Previo a comenzar con el desarrollo del *Duty of Care* en el Derecho Americano, se presentarán los postulados de Paz-Ares (2003), en cuanto a la necesidad de que el Derecho regule en forma diversa la responsabilidad por violación del *Duty of Care* y del *Duty of Loyalty*.

El criterio propuesto por Paz-Ares (2003) es que “el régimen de responsabilidad de los administradores ha de configurarse de modo que sea tan severo con las infracciones del deber de lealtad como indulgente con las infracciones del deber de diligencia” (p. 5).

1 El Derecho Americano y la jurisprudencia Americana para propósitos de este artículo significa el Derecho de Estados Unidos.

2 Son una sistematización de los Principios del Derecho Corporativo de Estados Unidos realizadas por juristas de sumo prestigio que reflejan los principios jurisprudenciales en esta materia.

3 Es el modelo de Ley societaria adoptada por 35 Estados en Estados Unidos.

4 Es el proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales presentado por los integrantes de la cátedra de Derecho Comercial y del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

En relación a la propuesta de ser indulgente con la negligencia, el citado autor sostiene que dicha política se justifica principalmente por tres razones. En primer lugar, existe una suerte de “alineación” de los intereses de los accionistas y de los administradores societarios para no incurrir en conductas negligentes. En segundo lugar, en el mercado se evidencia la presencia de distintos mecanismos disciplinarios que hacen innecesaria la regulación jurídica severa en esta materia. Por último, en caso de judicialización de situaciones de negligencia de los administradores societarios al no existir certeza sobre la resolución, se crean costos crecientes para la sociedad (Paz-Ares, 2003).

A raíz de lo mencionado, Paz-Ares propone (2003) la aplicación de la BJR para juzgar determinadas conductas negligentes de los administradores societarios. Mediante la aplicación de dicho estándar es posible crear un espacio seguro para la adopción de decisiones empresariales.

Por último, el autor sostiene que la BJR solamente se debería aplicar cuando se cumplan las condiciones clásicas establecidas por la jurisprudencia Americana⁵ y para situaciones de negligencias limitados como por ejemplo los “casos de deficiencia de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas” (Paz-Ares, 2003, p 33.).

3. El *Duty of Care* en Estados Unidos en tanto estándar de conducta de los administradores societarios

El primer caso en el Derecho Americano en que surgiera una aproximación el *Duty of Care* fue en *Percy v. Millaudon*. Sin embargo, en la jurisprudencia no existió unanimidad en cuanto al estándar de conducta que debía adoptar el administrador societario para dar cumplimiento del *Duty of Care* (Casanova, 2013).

Entre las posibles variantes de estándares, se distinguen las siguientes: “i) negligencia grosera; ii) la diligencia del administrador ordinario prudente en circunstancias similares y (iii) la diligencia que una persona ordinaria prudente tendría al administrar su propio negocio” (Casanova, 2013, p. 23). Siendo el estándar de “la diligencia del administrador ordinario prudente en circunstancias similares” el de mayor recibo a nivel de los diferentes Estados de Estados Unidos (Casanova, 2013).

A pesar de ello, la tendencia actual en la jurisprudencia Americana es considerar al *Duty of Care* como “that directors and officers exercise the degree of care that an ordinarily prudent person in a like position under similar circumstances would exercise” (McMurray, 1987, p. 609).

Por otra parte, se puede destacar que el contenido específico del *Duty of Care* fue conceptualizado tanto a nivel de los *Principles of Corporate Governance* como en el MBCA.

En cuanto a los *Principles of Corporate Governance*, la sección 4.01 dispuso:

(...) que los administradores y ejecutivos tienen el deber de desempeñar su cargo de buena fe, de la manera que, razonablemente, entiendan en el mejor interés de la

5 Que será analizada con mayor detenimiento en este artículo.

sociedad (best interest of the corporation) y con la diligencia con que razonablemente se esperaría que actúe una persona prudente (ordinarily prudent person) en posición y circunstancias similares, de acuerdo a la regla del “buen juicio empresarial” (business judgment rule), cuando resulte aplicable. (Casanova, 2013, p. 29).

De acuerdo a Eisenberg (2004) es posible entender que el estándar engloba aspectos subjetivos y objetivos en la definición:

(...) This standard of conduct has both subjective and objective elements. Requiring the “care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances” is an objective standard. Requiring the director or officer to act “in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation” is both subjective and objective. First, the director or officer must subjectively believe that his conduct is in the best interests of the corporation. Second, that belief must be objectively reasonable (p.6).

A diferencia de la formulación comentada previamente en los *Principles of Corporate Governance*, en lo que respecta al artículo “8.30.a) MBCA, establece que cada miembro del órgano de administración debe actuar de buena fe y de la manera que razonablemente considere mejor para el interés de la sociedad (reasonably believes to be in the best interest)” (Casanova, 2013, p. 43).

En el apartado 8.30.b) se destaca:

(...) los administradores, una vez informados debidamente, deben actuar con la diligencia con la que razonablemente actuaría una persona en posición y circunstancias similares (with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances (Casanova, 2013, p. 43).

Tal como sostiene Eisenberg (2004), esta descripción se aparta de la descripción tradicional adoptada por los *Principles of Corporate Governance*. En este sentido es que Casanova (2013) considera que se “aparta del notablemente del estándar contractual tradicional que exige solamente la diligencia de la persona prudente común (ordinary prudent person) semejante a la del “buen padre de familia”” (p. 43).

Del *Duty of Care* se derivan distintos deberes. En primer lugar, los administradores societarios tienen el deber de control o de monitorear (*Duty to Monitor*) la gestión social y los negocios sociales con el objetivo de analizar si la sociedad se encuentra en la dirección correcta de acuerdo al manejo que realizan los superiores jerárquicos. Como menciona Eisenberg (2004), los administradores societarios deben controlar que la información fluya adecuadamente y los sistemas de información funcionen correctamente. Si bien en cierta medida el deber de control es reactivo, también los administradores deben ser proactivos en el cumplimiento de este deber. Resulta necesario también que los administradores seleccionen correctamente a los superiores jerárquico y evalúen el sistema de control en forma periódica para analizar que funcione de la manera prevista (Eisenberg, 2004).

Como argumenta Ferrer (2009) en un sentido similar, los administradores societarios no deben realizar personalmente las tareas administrativas de la sociedad, sino que

“deberá disponer la contratación de personal idóneo para llevar adelante la actividad social” (p. 106). Asimismo, el autor menciona que los administradores societarios:

(...) deben disponer de un sistema o método de trabajo que facilite contar con la información para el desempeño de su función, que establezca un sistema de controles y verificaciones razonables, y por cierto recabar toda la información y verificar si, el funcionamiento de ese sistema (p. 106).

Como sostiene Valer (2017), en esta área es donde en el pasado se promovieron juicios de responsabilidad contra los administradores societarios por no haber cumplido con su deber de control. El autor citado menciona que, hasta la década de 1960, en Delaware se creó la falsa premisa de que “directors should not be liable for failure to detect illegality or similar problems unless they had ignored a “red flag”” (p. 3). Siendo el *Duty to Monitor* una especie de deber pasivo.

Sin embargo, esta situación cambió en 1996, con una decisión de la Delaware Court of Chancery que dispuso “it clear that directors could not comply with their duty of care in overseeing corporate business and affairs by passively waiting for “red flags”” (Valer, 2017, p. 3).

A raíz de dicho pronunciamiento de acuerdo a Valer (2017) puede sostenerse que se requiere una actitud activa por parte de los administradores societarios para actuar dentro del estándar. A su vez, en el caso *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* se confirmó este enfoque, sin perjuicio de que en el año 2006 la Supreme Court of Delaware estableció “that liability for breach of this duty required “sustained or systematic failure” that was known by the directors” (p.3).

En segundo lugar, los administradores societarios tienen el deber de investigar o *Duty of Inquiry*, este deber se puede sintetizar de la siguiente manera:

(...) The duty of inquiry is a duty to follow up on information that is either deliberately produced by these information systems, or fortuitously comes to the attention of one or more directors or the board as a whole, which a reasonable person would follow up by further inquiry (Eisenberg, 2004, p. 29).

4. La *Business Judgment Rule* en tanto estándar de revisión judicial de las decisiones de los administradores societarios

Cuando a nivel judicial en las cortes de Estados Unidos se entablan reclamaciones judiciales cuyo objeto versa sobre la calidad⁶ de las decisiones de los administradores societarios, la jurisprudencia Americana, ha desarrollado un estándar de revisión denominado como la BJR. Dicho estándar, como sostiene Eisenberg (1993), resulta menos riguroso para el administrador que si la conducta debiera ser juzgada a la luz del

6 La BJR no se aplica para la revisión del deber de controlar o de informarse, de investigar o de emplear un proceso razonable de decisión, el cual se analiza bajo el estándar de negligencia grosera (Eisenberg, 1993)

estándar de conducta del *Duty of Care*, basado en analizar si las acciones del administrador societario fueron razonables o prudentes.

A raíz de lo mencionado, en el *Common Law* de Estados Unidos, se evidencia por un lado un “*standard of review*” (estándar de revisión) y por otro lado un “*standard of conduct*” (estándar de conducta o de comportamiento). Refiriéndose el primero al estándar de revisión judicial que deberían aplicar las cortes a la hora de juzgar las decisiones de los administradores societarios y el segundo a las “reglas de conducta” a las que los administradores societarios se deberían ceñir (Allen, Jacobs y Strine, 2022).

Si bien en diversas áreas del Derecho estos estándares coinciden, en otras áreas como por ejemplo el Derecho Societario, y específicamente en cuanto a la responsabilidad de los administradores societarios, estos se diferencian. (Allen, et al).

Esta divergencia en los estándares obedece a diversas razones, entre las que Eisenberg (2004) distingue las siguientes:

(...) The first reason is that able persons should not be discouraged from serving as directors by the prospect of liability that vastly exceeds the monetary gains from such service. The second reason is that an inappropriate standard of conduct might lead to the unfair imposition of liability. The third reason is that the law should not provide an incentive to directors to make less risky rather than more risky business decisions, because more risky business decisions often have a higher expected value than less risky decisions (pp. 8-9).

De manera complementaria, Eisenberg (2004) considera que si las decisiones de calidad de los administradores societarios fueran juzgadas a la luz de un estándar de razonabilidad (*reasonableness*), se derivaría en la imposición de sanciones injustas a estos, porque resultaría sumamente complejo distinguir “between bad decisions and proper decisions that turn out badly” (p. 444). Se puede destacar que es de interés de los accionistas que los administradores societarios tomen decisiones arriesgadas y asuman riesgos por las posibles ganancias que dichas decisiones les puedan ocasionar.

Luego de haber analizado las razones que justifican un estándar de revisión distinto al estándar de conducta exigido a los administradores societarios, resulta necesario analizar las condiciones para que la BJR resulte aplicable. En este sentido, en caso de que se cumplan con todas las condiciones que serán descritas a continuación, el estándar de revisión aplicable a las decisiones de calidad de los administradores no será bajo el estándar de conducta del *Duty of Care*, sino que será bajo el estándar de la BJR el cual consiste en un estándar de racionalidad. Para resultar aplicable el estándar de revisión de la BJR existe un cierto consenso a nivel jurisprudencial en que se deben cumplir las siguientes cuatro condiciones:

(...) First, a judgment must have been made. So, for example, a director’s failure to make due inquiry, or any other simple failure to take action as opposed to a decision not to act--does not qualify for protection of the rule. Second, the director or officer must have informed himself with respect to the business judgment to the extent he reasonably believes appropriate under the circumstances--that is, he must have employed a reasonable decision-making process. Third, the decision must have been made in subjective good faith--a condition that is not satisfied if, among other things,

the director or officer knows that the decision violates the law. Fourth, the director or officer may not have a financial interest in the subject matter of the decision. For example, the business-judgment rule is inapplicable to a director's decision to approve the corporation's purchase of his own property. (Eisenberg, 1993, p. 441).

Como sostiene, Eisenberg (1993), resulta menos exigente para el administrador societario cumplir con estándar de racionalidad que con el estándar de prudencia o razonabilidad "It is common to characterize a person's conduct as imprudent or unreasonable, but it is very uncommon to characterize a person's conduct as irrational" (p. 443).

Eisenberg (1993), pone de manifiesto el caso *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, como un ejemplo en el que no se cumplió con el estándar de la racionalidad ya que se tomó una decisión que no podía ser coherentemente explicada. En este caso los administradores societarios decidieron invertir en el desarrollo de una planta a pesar del conocimiento de que la misma no podía operar económicamente en forma adecuada por diferentes factores.

Por lo mencionado, en caso de resultar aplicable el estándar de la BJR y de haber sido racional la decisión de los administradores:

Under this standard, a director or officer will not be liable for a decision that resulted in a loss to the corporation, even if the decision is unreasonable, as long as the conditions of the business-judgment rule have been met and the decision is rational. (Eisenberg, 1993, p. 443).

Casanova (2013) también en un sentido similar:

(...) La BJR pasó a ser considerada un puerto seguro (safe harbour) por los administradores en la medida en que les garantizaba que, cumpliendo sus requisitos (no tener interés personal en el objeto de decisión, estar adecuadamente informado respecto del mismo, actuar en lo que se considera mejor interés de la sociedad), les protegería de eventuales acciones de responsabilidad (p. 23).

Se puede destacar que cuando se aplica el estándar de revisión de la BJR, el actor tendrá la carga de la prueba para la destrucción de la presunción establecida por ella. En caso de lograrlo, será abandonado el estándar de revisión de la BJR, pero esta situación por sí sola no implicará la responsabilidad del administrador societario como sostiene Lyman (1999), sino que el mismo tendrá que probar que la decisión fue "entire fairness" o totalmente justa.

El caso de mayor notoriedad en materia de la no aplicación de la BJR fue *Smith v. Van Gorkom*, cuando la *Supreme Court of Delaware* consideró que los administradores societarios de *Trans Union Corporation* no estaban protegidos por el estándar de la BJR:

(...) the Delaware Supreme Court rocked the corporate legal world by holding that disinterested directors of Trans Union Corporation were not protected by the business judgment rule in their decision to sell the corporation to an affiliate of the Pritzke

family at a price per share of \$55 when Trans Union stock was trading on the New York Stock Exchange at \$38 per share! The Van Gorkom court found that the Trans Union board had been grossly negligent in failing to inform itself before committing the corporation to the acquisition (p. 4).

En dicha oportunidad, como sostiene Valer (2017), la *Supreme Court of Delaware* consideró que los administradores:

(...) The court pointed to many inadequacies in the deliberative process, including approval of the acquisition agreement draft or other relevant materials to directors ahead of the meeting, and approval of the acquisition without a fairness opinion by investment bankers or other financial information or reports or studies aimed at establishing the “intrinsic value” of the corporation (pp. 4-5).

A raíz de lo mencionado, debido a que la BJR no resultó aplicable, los administradores tendrían la carga de la prueba de probar que la decisión había sido “justa”:

(...) The court held that the directors would now bear the burden of proving that \$55 was a fair price and that they would be personally liable to shareholders for the difference between \$55 and a fair price (if the fair price was higher).

Ante el riesgo que la situación implicaba para los administradores, el caso terminó con una transacción.

Luego de *Smith v. Van Gorkom*, la legislación de Delaware estableció la sección 102(b) (7), en la cual se dispuso:

(...) to include a provision in their certificate of incorporation that would limit or eliminate altogether director liability to the corporation or its shareholders for monetary damages. Such provisions could only apply to directors (not officers) and could only apply to money damages (not injunctive relief) (Valer, 2017, p.5)

5. La Diligencia del Buen Hombre de Negocios en el Derecho Uruguayo

En cuanto al contenido del estándar del Buen Hombre de Negocios establecido por la LSC, la doctrina uruguaya ha precisado su alcance de acuerdo a los aspectos que serán analizados en la presente sección.

Olivera García (2015) sostiene que el estándar puede ser comprendido como:

(...) una regla de conducta impuesta a los administradores societarios. Se trata de un criterio objetivo y abstracto, que pretende establecer cuál hubiera debido ser razonablemente el comportamiento debido por un administrador diligente colocado en la misma situación que aquella que se pretende evaluar (p. 944).

Asimismo, el autor sostiene que el estándar es un patrón ideal de conducta al que el administrador debe ajustarse. El apartamiento o incumplimiento de este estándar objetivo e ideal implica para Olivera García (2015) un comportamiento antijurídico.

Tanto Olivera García (2015), como Ferrer y Mascardi (1991) toman en consideración los aspectos mencionados por Halperin a la hora de analizar el estándar del Buen Hombre de Negocios en la legislación argentina:

(...) La noción de “buen hombre de negocios” establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad; b) su objeto; c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado; d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia; acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.), y cómo cumplió su deber de diligencia (2015, p. 944).

Se puede destacar que la LSC no precisó el alcance concreto y la extensión del deber del estándar. Una explicación posible para la falta de precisión de este deber, puede deberse al carácter aleatorio de las operaciones sociales, lo cual no permite la formulación de reglas concretas del deber de diligencia exigido (Olivera García, 2015). Por ello, se trata de un concepto jurídico indeterminado, como sostiene Rinsky (2016):

(...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante, la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (p. 368).

Asimismo, Olivera García (2015) menciona que el estándar tiene su antecedente en el estándar del buen padre de familia establecido por el Código Civil. A pesar de ello, el autor citado considera que el estándar del Buen Hombre de Negocios se aparta del estándar civil, principalmente por las diferencias de naturaleza entre la actividad civil y la comercial, en el sentido de que la actividad empresarial conlleva riesgos:

(...) una eficiente administración societaria implica necesariamente la adopción de decisión de riesgo, lo cual determina que el administrador se encuentre permanentemente expuesto a que los proyectos promovidos y las decisiones adoptadas fracasen y tengan efectos perjudiciales para el patrimonio social. No obstante, la adopción de decisiones de riesgo no puede considerarse un comportamiento negligente (p. 947).

El autor considera que la obligación que asume el director es una obligación de medios y no de resultado. Asimismo, sostiene que el estándar no es único ni uniforme, sino que varía en cada caso concreto dependiendo de la sociedad en cuestión, de la función y tarea concreta del administrador. (Olivera García, 2015)

Ferrer y Mascardi (1991) sostienen también la necesidad de que los administradores asuman riesgos:

(...) Los directores de una sociedad anónima, por ejemplo, están al frente de un patrimonio ajeno, pero su gestión será juzgada no solo por conservar, sino por hacer fructificar, no descartando todo riesgo, sino asumiéndolos en forma inteligente, como lo impone la vida económica moderna (p. 165).

También las autoras en una línea similar a la mencionada por Olivera García (2015) manifiestan la diferencia con el estándar del buen padre de familia:

(...) que la conducta exigida, no es tan solo la diligencia normal de un buen padre de familia sino una diligencia más severa que se rige por pautas peculiares primando una mayor rigurosidad en la apreciación de la conducta, diligencia y pericia del deudor (Ferrer y Mascardi, 1991, p. 164).

Producto de lo anterior, se le exige una mayor diligencia al Buen Hombre de Negocios que al buen padre de familia, siendo por ende más rigurosa su apreciación. De acuerdo a las autoras está latente la idea de la culpa “Pero la imputación de culpa basada en la fórmula contenida en el art. 83 parte de un modelo o tipo de comparación: es la figura del hombre medio capaz en esta especialidad.” (Ferrer y Mascardi, 1991, p. 164)

Ferrer (2009) está de acuerdo en considerar a la obligación como una de medios y analizando la normativa societaria argentina sostiene que es una responsabilidad profesional “que importa un conocimiento y una capacidad en la materia que no es la del hombre medio, es mayor que ésta” (p. 102), exigiendo de la conducta del administrador un nivel mayor de diligencia que la del hombre medio. También comparte que la actividad comercial implica la adopción de riesgos:

(...) permite al administrador adoptar riesgos más riesgos por cuenta de la sociedad que el hombre medio por sus derechos. Tal vez la conducta que para un hombre medio es irresponsable o de un riesgo excesivo, no lo sea para una sociedad. (para estandarizar el hombre medio) podría resultar demasiado arriesgado hipotecar su vivienda para un determinado emprendimiento, y sin embargo para un hombre de negocios hipotecar la sede social para el desarrollo de los negocios podría resultar total y absolutamente razonable (p. 103).

Ferrer y Mascardi (1991) sostienen que además de administrar un patrimonio ajeno, se requiere que sean activos y aptos desde el punto de vista mental. Asimismo, sintetizan lo siguiente:

(...) El director o administrador no debe acreditar una competencia superior a la que pueda razonablemente esperarse de una persona de su cultura y experiencia. Tampoco cabe exigirle una dedicación exclusiva (...) el director debe aportar al ejercicio de sus funciones el cuidado y la diligencia que se puede razonablemente esperar de una persona juiciosa, colocada en las mismas circunstancias y hacer prueba de la idoneidad y competencia que puede razonablemente requerirse de una persona que ocupa tal rol laboral (p. 165).

6. La incorporación de la BJR al Derecho Uruguayo

En la exposición de motivos del Proyecto se menciona expresamente la incorporación de la BJR al Derecho Uruguayo:

(...) Al respecto se adopta el principio del *business judgement rule*, traducido de diversa manera, pero como la regla de buen juicio empresarial, acuñado en el derecho anglosajón y hoy aceptado mayoritariamente por el derecho continental comparado, como forma de incentivar la eficiencia y evitar la aversión a la toma de decisiones en la administración societaria (Exposición de motivos, 2021, p. 23).

Si bien el Proyecto presenta diversas modificaciones en el régimen de responsabilidad de los administradores, será exclusivamente objeto de análisis el cambio relativo a la BJR.

El Proyecto en su artículo 83 mantiene con cambios menores en la redacción que los administradores societarios deben obrar con la Diligencia del Buen Hombre de Negocios. Asimismo, establece:

(...) Los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión (Proyecto, 2021, pp. 5-6).

52

De la propuesta del artículo mencionado, surgen los siguientes tres interrogantes: i) ¿Se está efectivamente incorporando el estándar de revisión judicial de la BJR al Derecho Uruguayo?; ii) ¿En cuáles situaciones debería ser aplicado?; iii) En caso de que se destruyera la presunción para la aplicación del estándar, ¿debería implicar necesariamente la responsabilidad del administrador societario por el resultado de los negocios?

Sobre primer interrogante, la solución propuesta por el Proyecto implica confusión con el estándar de conducta exigible a los administradores y la mezcla de aspectos de dicho estándar, dentro del estándar de revisión. Esto se debe a que el artículo del Proyecto menciona que los administradores “no son responsables del resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron con culpa grave o sin la diligencia profesional exigible”. Por lo anterior, puede concluirse que no resulta totalmente equivalente a la BJR del Derecho Americano, ya que existiría una superposición de ambos estándares.

En lo que respecta al segundo interrogante, el estándar debe ser aplicado exclusivamente para analizar casos de responsabilidad derivados de decisiones de calidad de los administradores societarios y no para otros casos, como por ejemplo las consecuencias dañosas ocasionadas por no haber monitoreado o investigado. En estos últimos supuestos es donde la conducta de los administradores societarios debería ser comparada y analizada a la luz del estándar del Buen Hombre de Negocios.

Por último, en caso de que el actor probara y destruyera la presunción establecida para la aplicación de la BJR y que la decisión de los administradores societarios hubiera derivado en un resultado inoportuno de los negocios sociales, los administradores no necesariamente deberían ser responsabilizados, ya que les correspondería tener

la oportunidad de defender su actuación probando que su decisión fue “justa”. Esto implicaría establecer una suerte de “test de dos pasos” en materia de responsabilidad de los administradores societarios a nivel jurisprudencial, tal como sucede en relación a la finalización de los contratos de distribución (Cerisola y Hernández, 1997). El primer paso, debería de ser analizar si el actor logró destruir la presunción de la aplicabilidad del estándar de la BJR y en caso de que el actor no destruyera la presunción, el análisis judicial debería terminar allí y concluir que no hubo responsabilidad. En caso que sí, como segundo paso, el administrador societario debería poder probar que actúa en forma legítima o “justa”. Es por ello, que tal como sucede en el Derecho Americano, la BJR funciona como una presunción simple a favor del administrador societario, pero en caso de prueba en contrario, este último tendría la carga de la prueba de la legitimidad de su decisión, sin que el decaimiento de la misma implique necesariamente su responsabilidad.

7 A modo de conclusión: comparación del *Duty of Care* y de la Diligencia del Buen Hombre de Negocios

Como se pudo evidenciar en las secciones previas, la conceptualización del *Duty of Care* en *Principles of Corporate Governance* y en el MBCA es bastante similar a las consideraciones de la doctrina de Uruguay en cuanto al contenido de la diligencia del Buen Hombre de Negocios. A pesar de ello, la diferencia más notoria se observa en cuanto a que en Uruguay hasta el momento no existe una diferencia entre el estándar de conducta exigible y el estándar de revisión de las decisiones empresariales de calidad por parte de los administradores societarios. A raíz de ello, el estándar de revisión judicial que tienen que afrontar dichos administradores es de mayor exigencia que la situación que enfrentan en Estados Unidos. El que sea aplicado el mismo estándar de conducta que de revisión, provoca que los administradores societarios se vean alcanzados de forma más fácil por sanciones por responsabilidad ante decisiones societarias “malas”.

El Proyecto es interesante, ya que permite la introducción de la BJR en Uruguay, sin perjuicio de que mezcla aspectos del estándar de conducta en el estándar de revisión.

En caso de aprobarse el Proyecto y para juzgar decisiones de calidad a nivel jurisprudencial debería aplicarse una suerte de “test de dos pasos” para determinar la responsabilidad de los administradores societarios y en caso de no resultar aplicable la BJR no debería concluirse necesariamente que los administradores societarios son responsables del resultado de los negocios.

Por último, la introducción de un estándar de revisión de la BJR es sumamente relevante para que los administradores societarios tengan “un puerto seguro” para animarse a adoptar decisiones empresariales arriesgadas. Esta necesidad de contar con un estándar de revisión judicial especial y distinto se encuentra estrechamente ligado a los postulados de Paz-Ares de ser más indulgentes con las situaciones de negligencia.

Referencias bibliográficas

2020. Proyecto de Reforma de Ley de Sociedades Comerciales.

Allen, W. T., Jacobs, J. B. y Strine, L. E. Jr. (2002). Realigning The Standard Of Review Of Director Due Care With Delaware Public Policy: A Critique Of Van Gorkom And Its Progeny As A Standard Of Review Problem. *Northwestern University Law Review*, (96), (499- 466).

Casanova, M. (2013). *Deberes fiduciarios de los administradores societarios*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

Cerisola, A. y Hernández, A. (1997). El test jurisprudencial de dos pasos para determinar la existencia de una rescisión abusiva. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, (28), 708-717.

Eisenberg, M. A. (1993). The divergence of Standars of conduct and standards of review in corporate law. *Fordham Law Review*, (62), (437-468).

Eisenberg, M. A. (2004). The Duty Of Care in American Corporate Law. *Law Institute For Law And Finance Johann Wolfgang Goethe-Universität* (22), (1-46).

Ferrer Montenegro, A. y Rodríguez Mascardi, T. (1991). La noción buen hombre de negocios en la ley No 16.060. *Anuario de Derecho Comercial*, (5), 161-168.

Ferrer, L. G. (2009). *Responsabilidad de los administradores societarios: con especial referencia al supuesto de insolvencia*. Montevideo, Uruguay: La Ley.

Lyman, P. Q. J. (1999). Re thinking Judicial Review of Director Care. *24 J. Corp. L.* (787), (788-833).

McMurray, M. M. (1987). An Historical Perspective on the Duty of Care, The Duty of Loyalty, and the Business Judgment Rule. *Vanderbilt Law Review*, (605), 605-627.

Olivera García, R. (2015). Responsabilidad del administrador societario, en Olivera García, R. (Ed.). *Ley de sociedades comerciales estudios a los 25 años de su vigencia*. Montevideo, Uruguay: La Ley.

Paz-Ares, C. (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret*, (162), (1-61).

Rimsky, S. (2016). Fideicomisos y seguros en Uruguay. La gestión fiduciaria, el buen hombre de negocios y la confianza. En Olivera García, R. (Ed). *Algunas proyecciones al respecto Realidad del Derecho Comercial: tensiones y sinergias en su práctica*. (pp. 343-352). Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

Valer, B. (2017). An Overview of Director Fiduciary Duties. *Dorsey*, (1-14).

Velasco, J. (2015). A Defense of the Corporate Law Duty of Care. *40 J. Corp. L.* (64), (647-703).

El autor es responsable intelectual de la totalidad (100 %) de la investigación que fundamenta este estudio.

Editor responsable Miguel Casanova: mjcasanova@um.edu.uy