

# **HACIENDO UN RAZONAMIENTO CONTRAFÁCTICO: ¿CUÁL HUBIERA SIDO LA SENTENCIA SI SE HUBIERA APLICADO LA BUSINESS JUDGMENT RULE?**

Claudia Vallarino Berretta<sup>1</sup>

## **INTRODUCCIÓN**

El Proyecto de reforma de la Ley No. 16.060 del 4 de septiembre de 1989 (en adelante, LSC) elaborado por los Prof. Ferrer, Miller y Olivera García se encuentra por segunda vez a estudio en el Parlamento. En la anterior legislatura perdió estado parlamentario pero vuelve a tenerlo en esta legislatura.

Dicho Proyecto realiza un importante ajuste a las normas en materia de responsabilidad de los administradores sociales, proponiendo la consolidación de las interpretaciones doctrinarias mayoritarias y la moderna regulación societaria establecida para las S.A.S. por la Ley N° 19.820 del 18 de septiembre del 2019.

Unifica en un solo artículo la regulación de la responsabilidad de los administradores y representantes de las sociedades comerciales al entender que no hay razón para que existan dos regímenes diferentes. La solución que se adoptó es modificar el art. 83 de la Ley 16.060 (en adelante, LSC), incorporar los arts. 83 bis, 83 ter y 83 quater y derogar los arts. 391 a 395 de la LSC.

Refuerza conceptualmente algunas ideas en materia de responsabilidad de los administradores y representantes de las sociedades comerciales. Ideas que para algunos ya estaban presentes en el texto original pero que era necesario reforzar frente a opiniones disonantes que surgieron desde la sanción de la LSC.

Las ideas que se consolidan en el texto proyectado son que el estándar de conducta de los administradores y representantes de las sociedades comerciales son el cumplimiento del deber de lealtad y el de la diligencia de un buen hombre de negocios; que su responsabilidad es de carácter subjetivo, siendo los factores de atribución la culpa grave y el dolo y que la responsabilidad es individual y personal. Además, regula la acción individual de responsabilidad por los daños causados a socios o terceros separándola de la acción social por daños ocasionados al patrimonio social y así saldar una discusión que se ha reiterado a lo largo de los años.

El Proyecto, también introduce la figura del administrador o representante de hecho al que define como toda persona física o jurídica que sin ser los administradores y representantes de la sociedad, actúan o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. A esos le asigna el mismo tipo de responsabilidad aplicable a los administradores y representantes que fueran designados por los órganos competentes bajo las mismas reglas.

La solución más disruptiva en la materia es la que introduce el estándar de evaluación o revisión de la conducta de los administradores y representantes, trayendo al derecho uruguayo la figura del common law llamada Business Judgment Rule (en adelante, BJR) o regla del buen juicio empresarial. A ella nos vamos a referir.

## BUSINESS JUDGMENT RULE COMO ESTÁNDAR O REGLA DE REVISIÓN DE LA CONDUCTA DE LOS ADMINISTRADORES Y REPRESENTANTES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

La BJR es una regla de evaluación de la conducta de los administradores de la sociedad comercial.

La regla implica someter las decisiones que éstos adopten a un test o análisis para saber si el administrador cumplió con las condiciones que impone el estándar legal de conducta. Implica que el juez debe evaluar la forma en la que han adoptado decisiones y no su resultado.

Esta regla parte de la presunción de que cuando los administradores y representantes han adoptado decisiones de negocios lo han hecho de buena fe, con la información adecuada, con razonable diligencia y con la honesta convicción de que la decisión o la acción tomada es en el mejor interés de la sociedad.

La BJR pretende reducir el sesgo cognitivo de los jueces que opinan a posteriori de la adopción de las decisiones y juzgan la conducta en función de los resultados. En el mundo de los negocios la decisiones que se adoptan tienen una mayor o menor cuota de riesgo. Y en toda decisión de riesgo no está asegurado su resultado. En muchas ocasiones, el resultado es de ganancia pero también es posible que existan pérdidas.

La regla del buen juicio empresarial persigue el objetivo de constituirse en un “puerto seguro” frente a la tendencia de los jueces a fallar dictando una condena cuando el resultado es adverso sin entrar a analizar la forma en que fueron adoptadas las decisiones.

Mediante la adopción de esta regla se pretende reducir la aversión al riesgo de los administradores y evitar que estos levanten verdaderas murallas de papel sobredocumentandose cuando adoptan decisiones. Esto solo trae incrementos en los costos de funcionamiento de las sociedades y en las demandas salariales de quienes se desempeñan como administradores.

En principio tengo una visión favorable a la consagración legal de esta regla de evaluación de la conducta de los administradores aunque tengo dudas sobre la utilidad de su incorporación y de su aplicabilidad en un sistema legal completamente diferente al que le dio origen.

Como una suerte de experimento en la búsqueda de respuestas a estas interrogantes realicé un razonamiento contrafáctico y apliqué la BJR a algunos casos que llegaron a los tribunales uruguayos tanto en acciones de responsabilidad o de incidentes de calificación del concurso. El objetivo era analizar cuál hubiera sido la sentencia si en el momento de su dictado hubiera estado vigente la BJR. ¿Se habría condenado a los administradores o se los habría eximido de responsabilidad? El resultado surge a continuación.

¿LAS CONDENAS JUDICIALES HUBIERAN CAMBIADO DE ESTAR CONSAGRADA LA BJR?

En esta oportunidad, he seleccionado algunas sentencias recaídas en acciones sociales de responsabilidad y en incidentes de calificación del concurso. En todas ellas se ha constatado la actuación dolosa o culpable de los administradores de las sociedades comerciales involucradas.

Como se ha mencionado, la BJR no ha sido recogida en nuestro régimen legal societario y tampoco hemos visto reflejada su admisión en el poder judicial uruguayo. A la luz del proyecto de ley de reforma de la ley de sociedades comerciales y ante una eventual aprobación, nos propusimos analizar si las decisiones judiciales hubieran cambiado si al momento de su dictado hubiera estado consagrada legalmente la BJR.

De la lectura de la sentencia No. 31/2018 dictada por el TAC 7° el 2/5/2018 surge que se constató que, estando en trámite el concurso, desaparecieron mercaderías facturadas y entregadas al administrador de la sociedad concursada. Dichas mercaderías debieron venderse a favor de la ejecución colectiva pero su producido no ingresó en favor de la masa. También se acreditó que en los seis meses previos a la declaración del concurso los administradores constituyeron hipotecas sobre bienes inmuebles de la concursada a favor de una institución bancaria de plaza y tres acreedores, para garantizar deudas que no habían sido contraídas con dichas garantías. En el caso, los inmuebles hipotecados volvieron a ingresar a la masa activa del concurso porque la sindicatura inició una acción revocatoria. También quedó acreditado en el trámite del concurso que dos años antes de la fecha de declaración del concurso los fondos y bienes propios de las concursadas eran manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad de las sociedades. De los informes contables agregados en autos y de las propias declaraciones de la concursada al solicitar la declaración de su concurso surge la existencia de problemas financieros y la falta de recursos para solventar las deudas de la sociedad. Al mismo tiempo surge acreditado que los administradores recurrieron a los servicios de prestamistas aún cuando sabían que no iban a poder devolver las sumas de dinero obtenidas. Esos préstamos aumentaron considerablemente el pasivo y se tradujeron en una disminución de los activos, con mucha anterioridad al pedido del concurso, generando con una sensible diferencia entre el activo y el pasivo. Varios de los hechos expuestos ingresan en las presunciones absolutas de culpabilidad previstas en el artículo 193 de la Ley de Concursos. Como consecuencia, el incidente de calificación culminó con una declaración de culpabilidad del concurso y una condena a sus dos administradores de inhabilitación para administrar patrimonios propios y ajenos por el espacio de diez y cinco años así como la condena a cubrir el 50 % del deficit patrimonial.

Aún cuando la sociedad no hubiera llegado al estado de insolvencia que ameritó el pedido del concurso, surge de la sentencia judicial que los administradores contaban con información contable que acreditaba que, por lo menos, dos años antes de la declaración del concurso la sociedad no tenía los fondos y bienes propios como para desarrollar su actividad. De acuerdo a las circunstancias de hecho relatadas en la sentencia, contar con la información contable, ignorarla y continuar solicitando préstamos sin respaldo, habla de un obrar de mala fe, con culpa grave y sin la diligencia profesional exigible. Con lo cual, los accionistas hubieran podido revocar de sus cargos a los administradores e iniciarles una acción social de responsabilidad. En el caso concreto, la ausencia de la BJR no hubiera impedido juzgar la conducta de estos administradores. Y, su consagración legislativa no hubiera modificado el resultado del juicio dada la existencia de elementos de prueba que acreditan una actuación de mala fe, con culpa grave y sin la diligencia profesional debida.

Otra sentencia que conlleva la responsabilidad del director de una sociedad comercial es la No. 86/2019 dictada por el Tribunal de Apelaciones de 2° turno el 22/5/2019 en la que se establece *“La pericia contable realizada fue contundente en concluir en que la sociedad no tenía capital para pagar los cheques reclamados por la mencionada (fs. 305) y que tampoco llevaba la documentación conforme a la ley 16.060 así como que tampoco en el balance del año 2002 (último realizado) se reflejó el pasivo total (fs. 326 ampliación de la pericia). Se comparte con la recurrida que al momento de emitir los cheques (setiembre de 2001) para un hombre de*

*negocios y experiencia como el Sr. XX no le podía ser ajeno la crisis económica Argentina, ni las probables repercusiones que tendría en el inmediato plazo en nuestro país y como ello afectaría a ZZ S.A. lo cual lleva a compartir por parte del Tribunal la calificación de la conducta de XX como director de la sociedad con sus consecuencia jurídicas correspondientes que fueron correctamente encuadradas en la recurrida*". El libramiento de cheques sin que la sociedad tuviera los fondos suficientes para cubrirlos, la acreditación de que la contabilidad no era llevada en forma sumado al contexto en el que fueron adoptadas dichas decisiones habla de un administrador (*"hombre de negocios y experiencia"*) que no actuó con la diligencia profesional exigible.

¿Hubiera cambiado el fallo si en el momento en que se dictó la sentencia el director hubiera podido oponer como defensa la BJR?. Creemos que no y que tampoco hubiera cambiado la decisión si esta hubiera estado vigente. La ausencia de una contabilidad llevada en forma que refleje el estado económico y financiero real de la sociedad sumado al libramiento de cheques sin fondos son prueba de que al adoptar la decisión el director obró sin la información necesaria amén de la falta de diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo.

En la Sentencia No. 99/2023 dictada por el TAC 7° el 10/5/ 2023 se indica*"... hemos advertido a lo largo de este pronunciamiento un rosario de inconductas que nos muestran que estamos ante una aventura comercial sin mayor cuidado ni responsabilidad, falta de debido respaldo y de solvencia, que desembocó en una crisis irreversible que no puede explicarse sin atribuirla a un proceder de grave culpabilidad. En los Considerandos anteriores hemos apreciado que las supuestas causales planteadas como externas o insobrepajables de la crisis empresarial no están corroboradas con prueba pericial amén de que quedó en claro que los bienes y fondos eran notoriamente insuficientes para mantener la actividad empresarial, siendo que además no tenía bienes en el país, que los retiros de dinero de la empresa deudora no están justificados, que la empresa pese a mover ingentes capitales no poseía contabilidad acreditable, que los involucrados fueron renuentes a proporcionar información que fuere requerida por la Sindicatura. Todas estas acciones u omisiones son demasiado importantes y relevantes como para configurarse una actitud e inconducta gravemente culpable y reprochable de la concursada y de sus ex administradores"*. Esto valió la declaración culpable del concurso y la inhabilitación a su director para administrar bienes propios o ajenos y a representar a cualquier persona durante veinte años (máximo legal) así como a cubrir todo el déficit patrimonial. Las pruebas de la causa concursal perfectamente hubieran podido formar parte de una acción social de responsabilidad por los perjuicios ocasionados al patrimonio social. No creo que la sanción de la BJR hubiera podido impedir que se juzgase su conducta y, de hacerlo, que no se lo encontrara culpable.

Otro caso surge de las resultancias de la Sentencia No. 130/2024 del 30/5/2024, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° turno por la que se condenó al director de una sociedad por no haber efectuado los controles debidos sobre las actuaciones y manejos de fondos de clientes que realizaba una empleada. El director no atendió a las advertencias de otros empleados sobre las irregularidades de la actuación de la citada empleada. Constatadas sus maniobras, el director permitió que continuara llevando a cabo la documentación de la empresa aún cuando la gravedad de los hechos imponía su desvinculación inmediata. En este sentido la sentencia indica que la conducta del director *"... resulta incompatible con el estándar de actuación de un buen hombre de negocios, entendiéndose por tal la cumplida con la idoneidad propia de una persona media en una especialidad a los efectos del control de la gestión una sociedad y de la evaluación adecuada de riesgos"*. La omisión en actuar como un buen hombre de negocios se traduce en culpa grave como factor de atribución de la responsabilidad por el mal desempeño del cargo tal como dispone el art. 391 de la Ley 16.060. También, en este caso, hubiera recaído una condena aún existiendo la BJR porque es claro que el director al omitir actuar no cumplió con la diligencia profesional exigible.

## CONCLUSIÓN

No tenemos certeza de que se vaya a aprobar el Proyecto de reforma de la LSC y que, de aprobarse, se mantengan todas las modificaciones propuestas por sus autores. De aprobarse el texto proyectado del artículo 83 de la LSC ingresará a nuestro régimen societario la BJR. En principio tengo una visión favorable a la consagración legal de esta regla de evaluación de la conducta de los administradores aunque tengo dudas sobre la utilidad de su incorporación y de su aplicabilidad en un sistema legal completamente diferente al que le dio origen. El tiempo dirá si su incorporación fue útil y supo adaptarse a nuestro régimen legal.

El razonamiento contrafáctico aplicando la BJR a algunos casos en los que nuestros tribunales dictaron sentencia de acuerdo al régimen legal existente, no arrojó soluciones disímiles.

## BIBLIOGRAFIA:

COHEN VENTURA, M. (2010). El movimiento pendular en la responsabilidad de directores. Más del “Business Judgement Rule”. *Sociedades y Concursos en un mundo de cambios. Semana Académica 2010*, (pp. 135 – 139). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

FERREIRA TAMBORINDEGUY, H. (2011). Estandares de conducta y de revisión de la actuación de los directores: la regla del buen juicio empresarial, *Revista de Derecho Comercial*, No. 4, (pp. 121 - 130). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

FERRER MONTENEGRO, A. (2007). Modelos de conducta de administradores y directores. *Derecho Societario, In Memoriam Ferro Astray*, (pp. 457 – 475). Montevideo: B de F.

FERRER MONTENEGRO, A. (2009). Conducta de los Directores: la factibilidad de aplicar el criterio del Business Judgment Rule para juzgarla. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 633 - 640). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

FERRER MONTENEGRO, A. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T. (2022). La redacción del art. 83 del Proyecto de Ley. Reflexiones acerca de cambios muy relevantes. *Agudezas y Laberintos: el Derecho Comercial de Cara a un nuevo paradigma, Semana Académica 2022*, (pp. 403 – 408). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

FERRER MONTENEGRO, A. (2023), Reforma de la Ley 16.060. La perspectiva con que debe mirarse la conducta de los administradores de la sociedad. Nuevas reglas de valoración de la misma. *Semana Académica 2023*, (pp. 301 – 306). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GURREA MARTINEZ, A. (2014) La cuestionada deseabilidad económica de la business judgment rule en el derecho español. SSRN. Recuperado de: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2445545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2445545)

JUSTE MENCÍA, J. (2020). Deber de diligencia y protección de la discrecionalidad empresarial de los administradores en sociedades de capital. *Estudios de derecho comercial: homenaje al Prof. José A. Ferro Astray. En el centenario de su nacimiento (1919 – 2019)*. T. 1, (pp. 479 – 503). Montevideo: La Ley.

MILLER, A. (2009). Responsabilidad del director en la gestión y la Business Judgment rule. *Evaluación de la ley de sociedades comerciales. A los 20 años de su promulgación. Semana Académica 2009*, (pp. 647 - 654). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

OLIVERA GARCÍA, R. (2015). Responsabilidad del Administrador Societario, *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, Tomo II, Olivera García, R. (Dir.), (pp. 891 - 1051). Montevideo: La Ley.

OLIVERA GARCÍA, R. (2019). *Responsabilidad del Administrador Societario*, Montevideo: Ricardo Olivera García.

PAZ ARES, C., *La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo*, 30 – 34. InDret. Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/162\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf)

Uruguay (1989, septiembre, 4), Ley no. 16.060. Ley de Sociedades Comerciales. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16060-1989>

Uruguay (2008, octubre, 23), Ley no. 18.387. Ley de Concursos y Reorganización Empresarial. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>

Uruguay (2019, septiembre, 18), Ley no. 19.820. Declaración de interés nacional el fomento de los emprendimientos. Promoción de Emprendedurismo. Recuperado de: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19820-2019>

Sentencias. Base de Jurisprudencia Nacional. Recuperado de: <https://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>