

UNIVERSIDAD ESAN



**La aplicación de la Business Judgment Rule en la determinación de la
responsabilidad de los directores de las sociedades BIC en el Perú.**

**Trabajo de Investigación para la obtención del grado de Maestro en Finanzas y
Derecho Corporativo por:**

Gustavo Alejandro Cusman Barriga 
David Nicander Dominguez Valera 
Cesar Elias Muguruza Maguiña 

Programa de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo

Lima, 21 de agosto de 2024

Tesis BIC Responsabilidad directores 21.11.2024

Turnitin.docx

INFORME DE ORIGINALIDAD

11 %	11 %	4 %	3 %
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

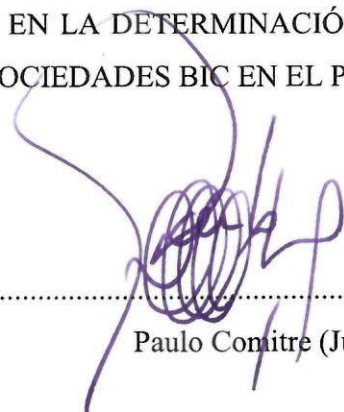
FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2 %
2	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	1 %
3	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
4	andrescusi.files.wordpress.com Fuente de Internet	<1 %
5	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
6	mall.trunojoyo.ac.id Fuente de Internet	<1 %
7	ijj.ucr.ac.cr Fuente de Internet	<1 %
8	www.coursehero.com Fuente de Internet	<1 %
9	www.deleyes.pe Fuente de Internet	

Esta tesis

LA APLICACIÓN DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES BIC EN EL PERÚ.

ha sido aprobada.



Paulo Comitre (Jurado)

DocuSigned by:



89BDCC58BB5A489...
Juan José Hopkins (Jurado)



Patricia García Santillan (Asesor)

Universidad Esan

2024

A mis padres, por ser mis primeros maestros y los más importantes en mi vida.
Y a mi hermana por su apoyo incondicional.

Gustavo Alejandro Cusman Barriga

A mis padres, por su constante apoyo y a mis hijos, Killary, Mikela y Diego.

David Nicander Domínguez Valera

A mi esposa Johanna, por su amor y su apoyo constante y a mis padres,
por haber sido mis pilares durante mis primeros años de estudios

César Elías Muguruza Maguiña

GUSTAVO ALEJANDRO CUSMAN BARRIGA

Máster en Derecho y Negocio Marítimo por la Universidad Abat Oliba CEU. Abogado de la Universidad de Piura. Experiencia en derecho corporativo y M&A. Conocimientos de inglés y dominio de las herramientas computacionales de gerencia.

FORMACIÓN

2016 - 2017 Universidad Abat Oliba CEU

Máster Derecho y Negocio Marítimo.

2009 - 2014 Universidad de Piura

Bachiller en Derecho.

EXPERIENCIA

Ago. 2021- Actualidad	Asociado líder del área de Derecho Corporativo. Líder del área de Derecho Corporativo, responsable de asesorar en temas societarios, contractuales y mercantiles a clientes. Encargado de negociar y llevar a cabo operaciones de fusiones y adquisiciones.
Oct. 2017- Ago. 2021	Abogado Senior del área de Derecho Corporativo en Deloitte & Touche S.R.L. Abogado a cargo de asesoría corporativa y contractual, así como apoyo en operaciones de fusiones y adquisiciones.
Ene 2017- Mar 2017	Practicante en el área de Arbitrajes Internacionales, Comercio Exterior y Aduanas y Derecho de Transporte en Estudio Blas de Lezo Abogados. Responsable de apoyar en arbitrajes de derechos marítimo respecto a responsabilidad de mercancías y consultoría respecto derecho de transporte.
Set. 2015- Set 2016	Asistente en el área de Derecho de Transporte y Derecho Corporativo en Soportes Marítimos & Logísticos. Responsable de apoyar en la absolución de consultas respecto a derecho societario, elaboración de actas y contratos. Seguimiento de procesos judiciales respecto a responsabilidad por el transporte de mercancías.
Set. 2013- Ago. 2015	Asistente en el área de Derecho Corporativo en Estudio Meza & Jimenez S.A.C. Responsable de apoyar en la absolución de consultas respecto a derecho societario, elaboración de actas y contratos.
Oct. 2012- Ago. 2013	Practicante en el área de Derecho Corporativo en Estudio Valle Mansilla, Sociedad Civil. Responsable de apoyar en la absolución de consultas respecto a derecho societario, elaboración de actas y contratos.

DAVID NICANDER DOMÍNGUEZ VALERA

Contador Público Colegiado, egresado de la Universidad Alas Peruanas. Experiencia en análisis e interpretación de ratios y evaluación financiera, especialista en adopción de IFRS, Cash Flow y Tax Planning. Conocimientos de inglés y portugués; dominio de las herramientas computacionales de gerencia.

FORMACIÓN

2019 – 2021 Universidad ESAN (Estudios Concluidos)

Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo

2008 - 2011 Universidad Alas Peruanas

Contador Público.

EXPERIENCIA

Ene. 2016- Actualidad	Jefe de contabilidad en Terminales Portuarios Peruanos S.A.C. Responsable de la elaboración financiera, análisis de ratios e indicadores financieros y tributarios individuales y consolidados. Evaluación y reporte de información a fideicomisos producto de préstamos sindicados. Encargado de la coordinación antes fiscalizaciones financieras y tributarias.
Set. 2012- Dic. 2015	Coordinador de Contabilidad en Autorex Peruana S.A.C. Líder del área, en encargado en la elaboración de estados financieros individuales y consolidados. Planificación tributaria y financiera para futuros proyectos. Declaraciones y supervisión antes la Administración Tributaria.
May 2005- May 2012	Supervisor de auditoria en Paredes y Asociados S.C. Encargado del plan de auditoría, identificación de riesgos y puntos críticos, supervisión de trabajo en campo y elaboración de control interno. Destacado en el área de outsourcing, elaboración de estados financieros, declaraciones de impuestos, planificación de devoluciones de impuestos e identificación de riegos tributarios. Determinación de costos de importación y detección de riesgos financieros.

CÉSAR ELÍAS MUGURUZA MAGUIÑA

Magíster en Derecho Notarial y Registral por la Universidad San Martín de Porres. Abogado Titulado de la Universidad San Martín de Porres de la Especialidad de Derecho Corporativo. Conocimientos de inglés y dominio de las herramientas computacionales de gerencia.

FORMACIÓN

2019 – 2021 Universidad ESAN (Estudios Concluidos)

Maestría de Finanzas y Derecho Corporativo

2013 – 2014 Universidad San Martín de Porres

Maestría en Derecho Notarial y Registral

2006 – 2011 Universidad San Martín de Porres

Abogado con Especialidad en Derecho Corporativo

EXPERIENCIA

Enero 2012 - Actualidad	Abogado del Área Corporativa y Civil de la Notaría Julio Antonio Del Pozo Valdez. Abogado encargado de asesorar en temas societarios, civiles, notariales y registrales.
Febrero. 2016 - Actualidad	Abogado del Área Corporativa de Villegas Calle Consultores. Abogado externo encargado de asesorar en temas societarios y civiles.
Marzo 2008- Diciembre de 2011	Asistente en la Notaría Julio Antonio Del Pozo Valdez. Encargado de asesorar en temas societarios, civiles, notariales y registrales.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN EJECUTIVO.....	1
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN.....	3
1.1. Planteamiento del problema	5
1.2. Objetivos	6
1.2.1. Objetivo general	6
1.2.2. Objetivos específicos.....	7
1.2. Justificación.....	7
1.4. Metodología.....	8
1.4.1. Descripción de la metodología	8
1.4.2. Fuente de investigación	9
1.5. Alcance.....	9
1.6. Contribución.....	9
CAPITULO II: LAS SOCIEDADES BIC EN EL PERÚ: ANTECEDENTES, MARCO LEGAL Y ANÁLISIS.....	11
2.1. Las Sociedades BIC.....	11
2.1.1. Origen de las Sociedades BIC	11
2.2. Definición de Sociedades BIC en la doctrina.....	12
2.2.2. Doctrina nacional.....	13
2.3. Regulación de las Sociedades BIC	14
2.3.1. Public Benefit Corporations	14
2.3.2. Legislación peruana.....	16

2.3.2.1. Las Sociedades BIC en Perú y su comparación con las Public Benefit Corporations	18
2.3.3. Regulación internacional	20
2.3.4. Modelos de sociedades BIC y su propósito de inclusión jurídica.....	24
2.4. Rol del director en las Sociedades BIC	26
CAPITULO III: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA	28
3.1. El Directorio en nuestra legislación.....	28
3.1.1. Naturaleza jurídica del Directorio	29
3.1.2. Características del Directorio	31
3.1.3. Facultades del Directorio.....	35
3.2. Responsabilidad civil de los directores en Perú.....	36
3.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores	38
3.2.2. Presupuestos de responsabilidad de los directores.....	42
3.2.3. Supuestos de responsabilidad de los directores en la legislación societaria peruana.....	45
3.3. El régimen de responsabilidad de los directores en las Sociedades BIC	47
3.4. La posibilidad de juzgar decisiones de negocio en Perú.....	48
CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE Y SU APLICACIÓN EN LAS SOCIEDADES BIC PERUANAS.....	51
4.1. Business Judgement Rule (BJR)	51
4.1.1. Orígenes de la BJR	52
4.1.2. Requisitos para aplicar la BJR.....	55
4.1.3. Inaplicación de la BJR.....	56
4.1.4. Diferencia entre BJR y debida diligencia	57

4.2. La BJR y las Public Benefit Corporations	58
4.2.1. Problemas de las Public Benefit Corporations	58
4.2.2. El problema de la menor rentabilidad en las Public Benefit Corporations	60
4.2.3. La BJR y su aplicación en las Public Benefit Corporations	61
4.2.4. Críticas a la aplicación de la BJR en las Public Benefit Corporations.....	62
4.3. La BJR y las Sociedades BIC Peruanas.....	64
4.3.1. Aplicación del BJR a mercados similares al peruano.....	65
4.4. Aplicación de la BJR en las Sociedades BIC Peruanas	65
4.4.1. Viabilidad de aplicar la BJR en Perú.....	66
4.4.2. Fundamentos de aplicar la BJR en Perú	67
4.5. Propuesta de inclusión de la BJR en la legislación peruana	70
4.5.1. Propuesta de aplicación de la BJR en la Ley de Sociedades BIC.....	70
4.6. Medidas complementarias para fomentar la inclusión de la BJR en la legislación peruana y promover la creación de Sociedades BIC	72
Conclusiones	74
REFERENCIAS	76

RESUMEN EJECUTIVO

Durante los últimos años, ha habido un cambio en la forma de hacer negocios en el mundo, enfocándose cada vez más en generar un impacto positivo en la sociedad y en el medio ambiente, haciendo que las empresas generen valor no solo para los inversionistas, sino también para todos los *stakeholders* relacionados con su actividad. Es así como se está pasando de un capitalismo tradicional a uno denominado “capitalismo de los *stakeholders*”.

Como consecuencia de este cambio, es que surgieron en un primer momento las *Public Benefit Corporations*, en Estados Unidos, como modelo de negocio donde las sociedades incluían dentro de su estatuto el propósito de generar un impacto positivo en la sociedad y en el medioambiente. Este modelo fue extendido más allá de dicho país, llegando incluso a Perú con la Ley No. 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC) o “Ley de Sociedades BIC” que fue publicada el 24 de noviembre de 2020.

Dentro de esta regulación, se reguló la ampliación de los deberes de los directores, a quienes, además de las funciones propias de su cargo, reguladas en la Ley General de Sociedades, les corresponderá evaluar las consecuencias de sus acciones u omisiones para los accionistas, los empleados, la comunidad, el medioambiente, y las expectativas a largo plazo respecto al desarrollo del objeto social y el propósito de beneficio que los socios tengan. Estos deberes ampliados han generado que los directores tengan que enfocarse en generar valor a largo plazo para los *stakeholders*, lo cual implica que no siempre actúen en aras de conseguir un mejor resultado económico, haciendo posible que los accionistas los demanden por responsabilidad al, supuestamente, haber actuado negligentemente por no obtener el resultado económico esperado.

Ante esta situación, consideramos relevante evaluar la *Business Judgment Rule* como alternativa de solución, la cual es una herramienta jurisprudencial creada por las Cortes de Estados Unidos, que establece la presunción de que los directores actúan de forma diligente en la toma de decisiones de negocio, por lo que el análisis de su responsabilidad no aborda la toma de decisiones empresariales ni mucho menos el resultado económico de los mismos. Debiendo probarse que el

director no actuó de forma diligente o que actuó contraviniendo el deber de lealtad para inaplicar dicha presunción.

Como podremos observar a lo largo del presente trabajo, la *Business Judgement Rule* no contraviene el ordenamiento peruano y podría ser la solución necesaria para brindar mayor seguridad a los administradores de este tipo de empresas, quienes no tendrán riesgo de ser considerados responsables por haber actuado en aras lograr desarrollar el propósito de beneficio de la sociedad en detrimento de la obtención del mayor rendimiento económico de los accionistas.

Resumen elaborado por los autores

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

Hace unos años atrás, las empresas se focalizaban en generar rentabilidad bajo el término de generación de valor, con un horizonte muy centrado y verticalizado, hacia un objetivo netamente comercial y lucrativo, muy pocas tenían objetivos que estén orientados a un propósito de interés colectivo para el desarrollo sostenible común, entendiéndose este como la forma de generar un impacto positivo en el estándar de vida de la gente por medio de la gestión integrada de los recursos naturales y actividades de desarrollo ambientalmente compatibles, siendo al mismo tiempo una fuente de estabilidad económica por intermedio de las sociedades con fines de lucro, integrándose de ese modo a la sociedad, la empresa, la comunidad, los terceros relacionados y el medio ambiente (Morales, 2022).

Actualmente, la motivación y objeto de las empresas está cambiando, bajo un nuevo principio de interés colectivo, atravesando la evolución del *Shareholder primacy* al *Stakeholder theory*, partiendo esta última de buscar el interés de otras partes interesadas, además de los accionistas, de todo el entorno que participa en el proceso económico de la compañía, como los clientes, proveedores, trabajadores, comunidades locales y el medioambiente.

En ese sentido, se ha creado un modelo jurídico en el que su implementación al menos en América Latina ha tenido un impacto muy significativo, así como en los Estados Unidos y Europa, denominadas Sociedades de Beneficio e Intereses Colectivo (Sociedades BIC).

De igual manera, la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo es un modelo jurídico que busca implementar una economía de triple impacto, la cual gire alrededor de tres aspectos: igualdad social, sostenibilidad ambiental y crecimiento económico; con una necesidad imperiosa de masificar su implementación no solo en Latinoamérica y en los países donde actualmente acogen este nuevo sistema, sino también en todo el mundo.

De acuerdo a Abramovay y otros (2013, p.22) este modelo jurídico nace desde una iniciativa de sociedades con propósitos o llamados empresas B, estas sociedades buscan mediante su modelo de empresa, extender las responsabilidades fiduciarias de los socios y administradores para añadir beneficios distintos a los financieros, por el cual se obligan a crear un beneficio en la sociedad y el medioambiente, actuar con transparencia y estándares altos, buscando a la vez un desempeño financiero óptimo, y permitiendo la distribución de ganancias entre accionistas. Así es como de las empresas B, nace el modelo de negocio denominado *Public Benefit Corporation*, cuya principal

diferencia con las empresas B es que la obligación de crear un impacto positivo se hace de forma legal en el estatuto de la empresa.

Como consecuencia de la creación de la *Public Benefit Corporation*, cuya popularidad y utilización se extendió en 36 estados, en Estados Unidos, derivan las Sociedades BIC que se difundieron a través de América Latina, cuyas legislaciones han incluido tres elementos principales en este modelo de hacer empresa, que son: (i) tener como propósito generar un impacto positivo; (ii) el incremento de los deberes fiduciarios de los administradores de la sociedad hacia las partes interesadas, y (iii) la transparencia frente a los accionistas.

Es así que las Sociedades BIC son personas jurídicas que buscan tener un impacto social o ambiental positivo, pero a diferencia de otros modelos de negocios impulsados por un propósito y de personas jurídicas sin fines de lucro, tienen fines de lucro y tienen la posibilidad de repartir ganancias a sus socios (Abramovay, 2013, p.23). Por tanto, una de las características más relevantes del modelo de las Sociedades BIC es el otorgamiento de mandatos legales mediante los cuales los accionistas y directivos deben buscar el interés público generando beneficios.

En América Latina, se han presentado proyectos de ley para implementar este modelo, siendo ya materializados en países como Colombia y Ecuador, principalmente, para luego aprobarse en Chile, Argentina y Perú. En nuestro país, la legislación sobre Sociedades BIC tuvo sus inicios el 8 de marzo del 2018, con la presentación del Proyecto de Ley que regula las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo al Congreso de la República, que fue aprobado el año 2020, cuando se publicó la Ley No. 31072, Ley de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC), y el 2021 su correspondiente Reglamento, mediante el cual se creó y reguló el modelo de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo. Además, la creación de esta forma novedosa de hacer empresa en el Perú ha generado una serie de preocupaciones sobre los nuevos roles asumidos por los directores y gerentes de las empresas, el papel de éstas en la comunidad y la forma en que se ponderan los intereses de los demás *stakeholders* que participan en sus actividades. Entre estos temas, este trabajo cubrirá cuestiones relacionadas con el rol de los directores y sus responsabilidades por las decisiones que tomen cuando se busca alcanzar los propósitos de beneficio de la compañía, y como consecuencia de ello no hayan obtenido un resultado económico positivo o esperado por los accionistas o inversionistas pues, como se ha adelantado, este modelo de negocio no implica dejar de buscar una rentabilidad.

1.1. Planteamiento del problema

Ley No. 31072, Ley de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC), se promulgó el año 2020, introduciendo al sistema peruano este nuevo modelo de negocio, cuya característica esencial es buscar impactar positivamente a la sociedad e integrar a sus actividades económicas la consecución de un impacto positivo, ya sea este social y ambiental, lo cual ocurre como consecuencia de la evolución de un capitalismo tradicional basado en el rendimiento para los accionistas, a un nuevo capitalismo de los *stakeholders*¹ donde las compañías velan no solo por sus intereses y el de sus propietarios, sino también por los intereses comunes de todos los agentes económicos interesados y de la comunidad en general.

Este paso del capitalismo tradicional al capitalismo de los *stakeholders* se evidencia en el hecho de que la sociedad incluye dentro de su propio estatuto un propósito de beneficio el cual busca conseguir un objetivo social o ambiental, para lo cual se atribuye a sus directores el deber de velar por alcanzar generar el beneficio establecido en su estatuto social, de forma que los directores estén en la obligación de analizar las consecuencias de sus acciones y omisiones no sólo en la sociedad o sus accionistas, sino también en sus trabajadores, comunidad, medio ambiente local y global.

Como puede verse, los directores de las sociedades BIC ya no deben tomar decisiones de negocio meramente basados en la rentabilidad y conveniencia de la compañía, sino que los directores también deben velar por lograr el beneficio social y ambiental que previamente han establecido, lo cual genera incertidumbre sobre los nuevos alcances de la responsabilidad de los administradores de la sociedad, dado que los deberes de los directores en la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades (“LGS”) son de aplicación íntegramente también para las sociedades BIC.

Esto toma mayor relevancia cuando se tiene en consideración que de acuerdo con la LGS, los directores deberán responder por los daños generados en aquellos casos en que hayan actuado en abuso de sus facultades, con dolo o culpa grave, esto en tanto que, debido a su carácter general permite que los directores sean pasibles de ser demandados por responsabilidad por las decisiones comerciales que hayan sido adoptadas y que hayan tenido como resultado pérdidas para la compañía. Como explicaremos a profundidad en este artículo, la generalidad de la norma y la falta

¹ El profesor Klaus Schwab define al “capitalismo de los *stakeholders*” como una forma de capitalismo en la que las compañías buscan crear valor a largo plazo, sin descuidar los intereses de los *stakeholders*, creciendo los últimos años a un ritmo acelerado.

de reglas claras sobre la responsabilidad por decisiones de negocio originan incertidumbre respecto al alcance de esta, lo cual se agrava en las sociedades BIC, donde hay mayor número de intereses por proteger y donde en aras de cumplir con ese objetivo social o ambiental, se deberá de tomar – seguramente, en muchas ocasiones – decisiones de negocios menos rentables.

Ante este tipo de situaciones en los que se podría demandar por responsabilidad a los directores como consecuencia de las decisiones comerciales que hayan tomado pero que no lograron los resultados esperados, se recomienda analizar la utilización de la *Business Judgment Rule* (“BJR”) con el objetivo de determinar la responsabilidad de los directores de las sociedades BIC en nuestro país. Además, esta figura aplicada en la jurisprudencia estadounidense incluye las reglas de valoración que una corte judicial o arbitral debe aplicar con anterioridad al análisis sobre la responsabilidad civil de los directores en relación con las decisiones empresariales que toman, que incluyen la presunción de que estos cumplieron todas las obligaciones que tienen en atención a su cargo, desplazando la carga probatoria a la persona que demanda. En ese sentido, el demandante debe demostrar que los directores han faltado al deber de diligencia y con las obligaciones propias de su cargo, previamente a la evaluación del caso de fondo. Esta regla no está recogida en nuestro ordenamiento, por lo que será necesario analizar que no sea contraria a nuestro ordenamiento nacional para efectos de su aplicación. Consideramos que esta figura sería de vital importancia para desestimar las atribuciones de responsabilidad a los directores cuando el estándar de diligencia establecido en la norma es debidamente cumplido, más aún cuando el interés es lograr un objetivo social o ambiental y no meramente capitalista para lograr maximizar la rentabilidad de sus accionistas.

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo general

Como consecuencia de la problemática antes presentada, el objetivo general de este trabajo es efectuar un análisis sobre el régimen de responsabilidad de los directores de las Sociedades BIC bajo el marco legal vigente, principalmente regulado por la Ley Nro. 31072, Ley de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC) y la Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades (“LGS”), sobre aquellos casos en que las decisiones de negocio tomadas por los

directores no hayan tenido el resultado esperado para efectos de la rentabilidad de los accionistas al haberse actuado en beneficio de la consecución del objetivo social o ambiental de la sociedad, así como analizar la conveniencia y posibilidad de aplicar la BJR como alternativa para determinar la responsabilidad de los directores y en atención de nuestro ordenamiento nacional en este tipo de supuestos donde no se haya obtenido el resultado económico esperado por la misma naturaleza de este modelo de negocio y a pesar de haber actuado diligentemente.

1.2.2. Objetivos específicos

Los objetivos específicos considerados para lograr el objetivo general son los siguientes:

- Evaluar la posibilidad de aplicar la BJR en los casos donde se demande por responsabilidad a los directores de Sociedades BIC por obtener un resultado económico no esperado debido a sus decisiones de negocio.
- Analizar si la regulación actual de responsabilidad de los directores se adecúa a la realidad y circunstancias en que se desarrollan las Sociedades BIC.
- Evaluar si los criterios de la BJR se adecúan a la normativa peruana.
- Proponer la inclusión de la BJR dentro de la normativa BIC y/o societaria en general.

1.2. Justificación

Consideramos relevante el análisis de la responsabilidad de los directores en las Sociedades BIC y los criterios para determinar la existencia de esta en caso las decisiones de negocio no tengan el resultado esperado para los accionistas, pues el modelo de negocio de las Sociedades BIC implica dejar de lado la visión tradicional de capitalismo que buscaba conseguir la máxima rentabilidad para los accionistas para pasar a preocuparse también por los intereses de terceras partes relacionadas con la compañía, los cuales pueden ser sus trabajadores, proveedores, comunidad en que se desarrollan, etc.

Este cambio de visión necesariamente implicará dejar de buscar la máxima rentabilidad para los accionistas en aras de conseguir otros objetivos y proteger otros intereses, por lo que la responsabilidad de los directores no puede ser la misma en caso de no obtener los resultados

esperados cuando hayan actuado diligentemente y también protegiendo este interés social o ambiental propio de las Sociedades BIC.

No analizar los matices de esta nueva forma de realizar actividad empresarial y aplicar el mismo régimen de responsabilidad a los directores y administradores de las Sociedades BIC que a las del régimen general, podría conllevar a que los juzgados tomen decisiones injustas o incluso que los empresarios y profesionales no encuentren conveniente conformarse como Sociedad BIC o asumir cargos en ellas. Ante esta situación, proponemos analizar la aplicación de la BJR como regla para determinar la responsabilidad de los directores en las Sociedades BIC, la cual es ampliamente utilizada en la jurisprudencia estadounidense.

Nuestra propuesta implica analizar la posibilidad de aplicar esta regla a la normativa peruana y tener una mejor normativa respecto a las Sociedades BIC, que fomente la utilización de esta forma societaria y de asumir el cargo de director en las mismas, logrando también que se obtengan sentencias justas respecto a la responsabilidad de los administradores.

1.4. Metodología

1.4.1. Descripción de la metodología

Para la elaboración de la presente tesis utilizaremos el enfoque cualitativo, empleando como metodología de investigación los métodos y técnicas descriptivas y explicativas, empleando para ello, las fuentes primarias y secundarias que se detallan a continuación.

En ese sentido, a nivel descriptivo revisaremos el origen y desarrollo internacional de las Sociedades BIC, así como los motivos, medidas y metas adoptadas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU. Asimismo, revisaremos el régimen de responsabilidad vigente para los directores de Sociedades BIC y sociedades en general bajo la regulación de la LGS.

Por otro lado, a nivel explicativo, abordaremos los conceptos de responsabilidad, la figura del BJR, así como los lineamientos y principios para su aplicación y viabilidad de incorporación a la normativa peruana.

1.4.2. Fuente de investigación

Es imprescindible recurrir a fuentes de información adecuadas y diversas para poder realizar una investigación completa que nos permita tener un conocimiento a detalle del tema materia de la presente tesis.

Como fuente de información primaria realizaremos la investigación de jurisprudencia estadounidense donde se aplicó la BJR para verificar los principios y lineamientos de su empleo. Así se puede analizar a profundidad los casos y formas en que se empleó la regla jurisprudencial, lo cual nos permite determinar si es viable su utilización en el ordenamiento peruano.

Como fuentes secundarias de la tesis recurrimos a doctrina nacional e internacional, artículos, tesis, charlas sobre la materia, sitios web y legislación nacional y comparada.

1.5. Alcance

El alcance de nuestro trabajo consiste en elaborar una propuesta de innovación normativa que permita llevar a cabo un mejor estudio del régimen de responsabilidad de los directores en las Sociedades BIC en aquellos casos donde no hayan obtenido los resultados económicos y/o financieros esperados en la búsqueda de cumplir con el objetivo social o ambiental de la sociedad. De esta forma podremos darle mayor seguridad a quienes ostenten o deseen ostentar cargos de directores de sociedades BIC, así como asegurarles – de ser el caso - sentencias más justas y en general, ofrecer una mayor seguridad jurídica que fomente y permita el correcto desarrollo y actividad de las Sociedades BIC.

Para lograr esto, realizaremos el estudio de la responsabilidad de los directores a la luz del ordenamiento jurídico actual; así como la figura del BJR, la cual ha sido utilizada por los tribunales estadounidenses para asegurar el correcto análisis de la responsabilidad de los administradores en las llamadas *Public Benefit Corporations* y en sociedades en general.

1.6. Contribución

La contribución de nuestro trabajo será la de establecer una propuesta de innovación normativa incluyendo las reglas de análisis para determinar la responsabilidad de los directores de

las Sociedades BIC en aquellos casos donde sus decisiones de negocio no hayan tenido los resultados esperados para los accionistas, pero que hayan actuado diligentemente en aras de alcanzar su objetivo social o ambiental. De esta forma, se podrá tener una mejor regulación y sentencias justas que favorezcan el correcto desarrollo de las Sociedades BIC.

Asimismo, buscamos fomentar el uso de este nuevo modelo de negocio, que consideramos que se adapta mejor a esta nueva forma de hacer empresa que está enfocado en los *stakeholders* y que debemos fomentar y regular de la mejor manera en esta etapa inicial de su implementación en Perú.

CAPITULO II: LAS SOCIEDADES BIC EN EL PERÚ: ANTECEDENTES, MARCO LEGAL Y ANÁLISIS

2.1. Las Sociedades BIC

En este caso, el régimen de las Sociedades BIC es un nuevo modelo de negocio que tiene su origen en las *Public Benefit Corporations* creadas en Estados Unidos cuya característica principal es que están legalmente obligadas a buscar un beneficio social y ambiental, razón por la cual sus administradores no deberán velar únicamente por los intereses de la compañía y de sus socios, sino que también deberán defender ese propósito de beneficio que busca la sociedad.

2.1.1. Origen de las Sociedades BIC

Como bien se mencionó y conforme se detallará más a profundidad en la presente tesis, las Sociedades BIC tiene su origen en las *Public Benefit Corporations* de los Estados Unidos, mediante las cuales se buscó crear un nuevo modelo de hacer negocios donde las empresas se obliguen de forma legal a perseguir un objetivo social y medioambiental y se preocupara, junto con la generación de rentabilidad para sus accionistas, en la protección y promoción de algún fin social y medioambiental.

Este modelo de negocio tuvo una potenciación y su importancia se resaltó cuando en 2015 se aprobó la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que fue aprobado mediante Asamblea General de las Naciones Unidas, el cual es un plan de acción hasta el año 2030 que busca que la comunidad internacional beneficie a cada individuo, al mundo y al bienestar general. La Agenda propone 17 objetivos con 169 metas de carácter integrado que buscan abarcar los aspectos ambientales, sociales y económicos para lograr la capacidad de erradicar la pobreza y el hambre, la igualdad de género, tomar medidas contra el cambio climático y promover el crecimiento económico, promover el acceso a los servicios básicos, todos estos llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible u ODS (Centro de Noticias de las Naciones Unidas, 2015). Una característica importante de la Agenda 2030 es el hecho de que el sector privado se ha convertido en un socio clave el cumplimiento de los ODS, pasando de ser tener una función de consultoría y estrategia para pasar a ser un personaje clave para resolver los problemas desarrollados en la Agenda 2030.

Es en ese marco que se generó un mayor impulso de las Sociedades BIC, como nueva forma de hacer empresa donde no solo se busca maximizar la rentabilidad de los accionistas e inversionistas, sino que además se asumen legalmente unos compromisos sociales y ambientales, razón por la cual se les ha llamado empresas de triple impacto (Taborda, 2021).

Como se ha podido observar, es como parte de la Agenda 2030 y en aras del cumplimiento de los ODS que se refuerza la idea cambiar el paradigma de negocio clásico que continúa desarrollándose en todo el mundo y que ha ido poco a poco perdiendo los lazos con sus comunidades por el excesivo enfoque en maximizar ganancias para sus accionistas en el corto plazo. En ese sentido, como nueva propuesta se ha presentado el denominado “capitalismo de los *stakeholders*”, entendiéndolo a este último a una nueva versión de capitalismo donde vemos redefinido el concepto de “valor”, el cual se ve ampliado no sólo a términos económicos sino también al bienestar general, buscando que a largo plazo se cree valor considerando los intereses de los *stakeholders* y de la sociedad considerada en su generalidad (Hunt, Nuttall y Yamada, 2021). Este nuevo modelo busca la interrelación entre economía, sociedad y medio ambiente, considerando que, en el largo plazo, el verdadero valor y bienestar se conseguirá con el desarrollo y protección de esos tres elementos.

Es bajo este principio y con el objetivo de potenciar la utilización de este nuevo modelo económico surgido que las Sociedades BIC aparecen y se comenzaron a desarrollar en diversos países alrededor del globo.

2.2. Definición de Sociedades BIC en la doctrina

Como punto de partida de la presente tesis, abordaremos diversas definiciones y apuntes que se han tomado en la doctrina internacional y nacional sobre las Sociedades BIC.

2.2.1. Doctrina internacional

Yira López (2020), en su artículo “*Las Sociedades BIC y su potencialidad para contribuir a la superación de la crisis*”, señala que las Sociedades BIC son empresas que incluyen dentro su objeto social, objetivos obligatorios con la finalidad de que su actividad comercial esté alineada con los ODS mencionados anteriormente, y que buscan alcanzar un desarrollo económico que proteja también el planeta y fomente el desarrollo de la sociedad en general.

Es por ello que la principal característica de una Sociedad BIC es su visión social y ambiental; sin embargo, es necesario reflejar el propósito de beneficio en el ordenamiento jurídico aplicable para el desarrollo híbrido (social-ambiental y corporativo tradicional) de las Sociedades BIC.

Es en consecuencia de ello que Julieta Zanassi (2019) indica que el objetivo principal de la regulación de las Sociedades BIC es identificar, reconocer y promover compañías que produzcan un beneficio social y medioambiental. En consecuencia, expone la necesidad de incluir en la normativa el impacto social y ambiental que buscarán estas compañías que adopten este modelo de negocio con la finalidad de alcanzar a cumplir con la Agenda 2030, pues Zanassi explicó que la implementación de lo anterior ayudará a establecer indicadores, así como un listado de acciones a incluir en los estatutos de la compañía para alcanzar los objetivos antes mencionados.

Siguiendo con la importancia que representa la Agenda 2030 en el desarrollo de las Sociedades BIC, tenemos lo desarrollado por Alicia Susana (2019) quien establece que el pacto de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se observa la necesidad de evolucionar en la forma de hacer los negocios y el compromiso que asumen los países para impulsar el desarrollo de un ecosistema corporativo de triple impacto que tenga como objetivos proteger el medio ambiente.

Por eso sugiere que las leyes que regulen las Sociedades BIC busquen reconocer a las empresas de triple impacto como actores claves en el desarrollo económico inclusivo y sostenible, donde se preserve el principio de protección de los derechos humanos, garantizando leyes laborales dignas, protegiendo el medioambiente y erradicando la corrupción.

2.2.2. Doctrina nacional

Dentro de la doctrina nacional podemos ver que autores como Constanza Connoly, Juan Diego Mujica y Soledad Noel (2016) en el informe “*Movimiento legislativo de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (B.I.C.) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*”, han definido a las Sociedades BIC como las personas jurídicas que llevan a cabo actividades económicas y distribuyen ganancias a los socios; reconociéndose legalmente a estos últimos y a los administradores de la empresa como actores que buscan alcanzar intereses públicos sociales o ambientales.

Es en razón a ello que comentan acerca de la importancia de realizar una modificación a los modelos y normativas societarias, para regular y proteger el objetivo de las compañías y su efecto positivo en la comunidad y el medio ambiente encuadrado en las políticas del país encauzadas a alcanzar las metas de la Agenda 2030.

Por su parte, Juan Diego Mujica (2018), menciona que la Sociedad BIC es definida como un ente jurídico que desarrolla actividades económicas distribuyendo ganancias a sus accionistas, caracterizándose porque estos últimos y los administradores de la empresa buscan alcanzar beneficios públicos, sociales y ambientales, los cuales están especificados en sus estatutos.

Asimismo, agrega que el Beneficio de Interés Colectivo es definido como el compromiso de una empresa de encontrar y generar impactos beneficiosos o reducir impactos que perjudiquen a la comunidad y el medioambiente.

Respecto a la regulación que debe hacer sobre las Sociedades BIC, Adrián Simons y Gabriel Politis (2020); en su artículo “*Las Sociedades de Beneficio e Interés colectivo reconocidas en el Perú*”, presentan un amplio análisis de la Ley de Sociedades BIC, donde establecen claramente que la ley regula mecanismos y parámetros para verificar el logro efectivo de los fines sociales y ambientales, los mismos que deberán incluirse en los estatutos de las empresas constituidas como tal y en aquellas existentes que decidan, por decisión propia, adoptar ese modelo de negocio.

2.3. Regulación de las Sociedades BIC

Acto seguido, pasaremos a revisar cómo han sido reguladas las Sociedades BIC en distintos ordenamientos, empezando por las *Public Benefit Corporations*, la cual son el origen de la regulación de las Sociedades BIC, para pasar a revisar el estado actual de su regulación en Perú y su tratamiento en distintos países.

2.3.1. *Public Benefit Corporations*

Como se comentó anteriormente, la primera regulación de las Sociedades BIC se da con las *Public Benefit Corporations*, que son un modelo de negocio, a través del cual las compañías se imponen un propósito que va más allá de maximizar los beneficios de sus accionistas, sino que buscan crear un impacto positivo para la comunidad y el medioambiente. Este modelo de negocio

fue creado en el 2010 en Maryland a través de la *Benefit Corporation Law* y luego fue implementado en otros 30 estados más (Ovbiagele, 2017). Lo característico de este modelo de negocio es que estas compañías, en las cuales se inspiró el legislador peruano para crear las Sociedades BIC, es que están legalmente obligadas a buscar un beneficio público, rendir cuentas y ser transparentes; es por eso que sus administradores no deberán velar únicamente por el interés de la compañía y de sus socios, sino que también deberán defender ese propósito de beneficio que busca la sociedad.

No deben confundirse las *Public Benefit Corporations* con las llamadas *B-Corporations* o empresas B, si bien ambas tienen nombres similares, tienen un régimen legal diferente pues, las *B-Corporations* obtienen su calidad a través de un certificado creado y administrado por B-LAB, la cual es un ente jurídico sin fines de lucro que evalúa el impacto social y medioambiental de las compañías (Stracqualursi, 2017), mientras que las *Public Benefit Corporations* son empresas registradas bajo este tipo social que no requieren de una certificación para sus actividades, las cuales tienen un impacto positivo en la comunidad y el medio ambiente, que es asumido por las compañías de forma legal, y no como una estrategia de marketing para dar credibilidad a la publicidad sobre el enfoque social de la empresa ante sus clientes.

En ese sentido, en virtud de esa obligación que asume legalmente la compañía, en contraste con lo que pasa en las *B-Corporations*, los directores y administradores de las *Public Benefit Corporations* se encuentran obligados a ir más allá de sus deberes fiduciarios, debiendo considerar factores sociales y medioambientales en la toma de sus decisiones, estando obligados a equilibrar los intereses económicos de la compañía con los fines no económicos en aras de perseguir ese propósito de beneficio asumido por la empresa; de esta manera, se extiende los beneficios de la compañía a los *stakeholders*, tales como la comunidad donde se desarrolla y sus empleados.

Por otro lado, se considera legal la búsqueda de este objetivo de beneficio pues en virtud de su constitución como *Public Benefit Corporation*, los directores y administradores de la sociedad asumen determinadas obligaciones legales en virtud de dicho propósito, como lo es la obligación de hacer un reporte a los accionistas detallando sus avances en la consecución del propósito de beneficio, por lo menos cada dos años, conforme está establecido por el artículo 366 de la *Delaware General Corporation Law*. Conforme a dicha ley, el reporte que deberán presentar los directores a los accionistas deberá contener cuanto menos lo siguiente:

- a) Los objetivos que el directorio ha establecido para que la compañía logre realizar el propósito de beneficio;
- b) Los estándares o criterios que el directorio ha adoptado para medir el progreso de la compañía en el desarrollo del objetivo de beneficio autoimpuesto;
- c) Información objetiva basada en los estándares o criterios que el directorio ha elegido con la finalidad de medir el progreso en el desarrollo de los objetivos; y
- d) Una evaluación del avance de la sociedad en el desempeño del desarrollo de los objetivos y en la realización del propósito de beneficio.

Bajo la *Delaware General Corporation Law*, este reporte no debe ser obligatoriamente puesta en conocimiento del público, a diferencia de lo que establecen otras legislaciones estatales dentro de los Estados Unidos, aunque en la gran mayoría de estas es obligatorio realizar un reporte público del avance en el desarrollo del propósito de beneficio, el cual normalmente debe ser realizado por un auditor o perito externo, lo que supone uno de los beneficios de las *Public Benefit Corporation* por implicar mayor transparencia de cara los accionistas y a los *stakeholders* en general (Rubicon Law, 2007).

Sin perjuicio de estas mayores obligaciones y de las dificultades, que como veremos, supone la promoción de una mayor cantidad de intereses y no sólo los de la sociedad y de los accionistas, la figura de la *Public Benefit Corporation* ha sido bien acogida en los Estados Unidos por la ventaja que supone no estar obligada a tener como único objetivo el de maximizar la rentabilidad de sus accionistas, lo cual permite a los administradores tener más libertad para proporcionar un beneficio para la comunidad donde se desarrolla. Del mismo modo, el figurar como *Public Benefit Corporations* permite que la compañía sea presentada con una mejor imagen a consumidores e inversionistas, quienes se verán más motivados a consumir o invertir en este tipo de compañías por el beneficio social que suponen. Finalmente, también permite una mejor percepción frente a sus trabajadores, quienes saben que sus labores tiene un fin mayor, razón por la cual fomenta la retención de talento.

2.3.2. Legislación peruana

El Perú es el tercer país en Sudamérica en establecer dentro de su ordenamiento jurídico la normativa de las sociedades BIC a través de la Ley No. 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e

Interés Colectivo (Sociedad BIC) o “Ley de Sociedades BIC” que fue publicada el 24 de noviembre de 2020; y del Decreto Supremo No. 004-2021-PRODUCE, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley No. 31073, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC) publicado el 23 de febrero de 2021 los cuales establecen el régimen de las Sociedades BIC en Perú.

En dichas regulaciones se indicó que la Sociedad BIC es un ente jurídico creado mediante la figura de uno de los tipos de sociedad prevista en la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades, con la finalidad voluntaria de producir un impacto positivo o reducir un impacto negativo en la comunidad y el medioambiente, incorporando a sus actividades económicas la consecución de los fines de beneficio social o medioambiental que sean determinados por esta. Por lo tanto, el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Sociedades BIC regula que las Sociedades BIC deben establecer en sus estatutos el objetivo de beneficio que pretenden llevar a cabo en el marco de la observancia de una gestión medioambiental sostenible, y deberán orientar sus acciones hacia el desarrollo de un fin superior al cumplimiento del marco legal vigente y los objetivos de responsabilidad social empresarial, de forma que busquen la crear un impacto económico, social o medioambiental positivo.

Asimismo, conforme hemos detallado ya, nuestra legislación no es ajena a la importancia que tiene la Agenda 2030 y el cumplimiento de los ODS, por lo que establece expresamente que se permitirá a las Sociedades BIC dar prioridad a las actividades tendientes a generar un beneficio que contribuyan al cumplimiento de dichos objetivos. Con ello, Perú busca también dar el primer paso a este nuevo modelo económico denominado “capitalismo de los *stakeholders*”.

Otro de los aspectos relevantes de la normativa sobre Sociedades BIC en Perú son las obligaciones relativas a la transparencia que se han impuesto a las empresas que adopten este modelo de negocio, el cual se refleja en la obligación de formular un informe de gestión anual, en el que se debe llevar a cabo la verificación de cumplimiento del propósito de beneficio de la Sociedad BIC, verificación que deberá ser llevada a cabo por profesionales independientes, y que deberá presentarse y publicarse dentro de los tres primeros meses del año.

Finalmente, y con relación al tema que nos concierne en la presente tesis, se establece que los directores y gerentes de una Sociedad BIC tendrán los mismos deberes y responsabilidades previstos en la Ley General de Sociedades, pero deberán asegurar que se actúe en aras de lograr el propósito de obtener beneficios sociales y medioambientales, y sopesar el efecto que sus acciones

o u omisiones puedan tener en los accionistas, empleados, la sociedad en general, el medio ambiente, y las expectativas a largo plazo de lograr realizar el propósito de beneficio que los socios impusieron.

2.3.2.1. Las Sociedades BIC en Perú y su comparación con las *Public Benefit Corporations*

Para fines explicativos, a continuación, detallamos las características que tienen en común las Sociedades BIC en Perú y las *Public Benefit Corporations*, de ese modo, podrán analizarse las similitudes de este modelo de negocio en ambos ordenamientos:

- a) En primer lugar, al igual que en las *Public Benefit Corporations*, las Sociedades BIC deben incluir dentro de su estatuto un propósito de beneficio, el cual es un objetivo social o medioambiental que la empresa pretende desarrollar, dirigiendo para ello, su actuación a desarrollar este fin. En ese sentido, el artículo 9 del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Nro. 31072, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC) o Reglamento de la Ley de Sociedades BIC, establece que las Sociedades BIC tienen la posibilidad de desarrollar actividades que busquen un beneficio para la comunidad y medioambiente y sean de interés colectivo, de modo que contribuyan a alcanzar los Objetivo de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU, o priorizar aquellas actividades que estén orientadas a fomentar los derechos de las personas vulnerables reconocidos por la legislación peruana.
- b) Asimismo, al igual que en el ordenamiento estadounidense, las Sociedades BIC, deben tomar en consideración a las partes interesadas al realizar sus actividades, de modo que el artículo 9, literal 3 del Reglamento de la Ley de Sociedades BIC estipula claramente que las Sociedades BIC deberán considerar los intereses de los trabajadores, clientes, proveedores, y comunidades donde se encuentren ubicadas sus oficinas, instalaciones, sucursales o la de sus proveedores, y el medioambiente, de forma adicional a los intereses de los accionistas.
- c) Por otro lado, al igual que en las *Public Benefit Corporations*, las Sociedades BIC deben cumplir con deberes de transparencia que finalmente resultan beneficiosos para sus inversionistas. Por ello, el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Sociedades BIC establece que estas empresas podrán implementar en sus actividades las prácticas

contenidas en el capítulo “Transparencia de la Información” del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas promulgado por la Superintendencia del Mercado de Valores el año 2013. Asimismo, lo dispuesto en la Ley de Sociedades BIC establece la obligación de encomendar a una organización externa a la empresa un informe de gestión anual donde se detalle, entre otros:

- 1- La descripción del método utilizado al momento de hacer la medición del impacto de la Sociedad BIC en los objetivos sociales y medioambientales propuestos y la medición del impacto material social y medioambiental de la compañía en atención de los criterios anteriores.
- 2- Las acciones específicas que se han desarrollado durante el año para darle cumplimiento al propósito de beneficio.
- 3- Cualquier circunstancia que haya podido resultar beneficiosa o perjudicar la consecución del propósito de beneficio durante el año.

Dicho informe debe ser presentado para la evaluación de los accionistas simultáneamente con los estados financieros del ejercicio económico anterior para su aprobación, lo cual deberá llevarse a cabo durante los primeros tres meses del año, incorporándose como punto de agenda en la Junta Obligatoria Anual.

Por otro lado, el informe debe ser publicado en la página web de la Sociedad BIC dentro de los diez días hábiles siguientes de su aprobación en la Junta Obligatoria Anual y también debe estar a disponibilidad de cualquier persona en el domicilio de la empresa y así se pueda conocer el trabajo de la Sociedad BIC para lograr sus fines benéficos.

No cumplir con esta obligación de realizar el informe de gestión y proceder a su publicación, está sancionado con la pérdida de la condición de Sociedad BIC, con lo cual, la empresa volvería a ser considerada una sociedad regida únicamente por la Ley General de Sociedades.

- d) Por último, como se adelantó en el punto anterior del presente trabajo, al igual que en las *Public Benefit Corporations*, los directores de las Sociedades BIC deben cumplir determinadas obligaciones adicionales en virtud del propósito especial de este tipo de compañías.

Así lo establece el artículo 7 de la Ley Nro. 31072, Ley de Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC) o Ley de Sociedades BIC, pues indica que los

administradores de dichas compañías deben velar por alcanzar los beneficios sociales y medioambientales establecidos de conformidad con los estatutos, debiendo actuar y tomar decisiones sopesando el impacto que sus acciones u omisiones puedan tener sobre los accionistas y otras partes interesadas. Por ello, la Ley de Sociedades BIC establece claramente que las acciones judiciales por responsabilidad derivadas de cualquier incumplimiento por parte de los directores a sus deberes como administradores de una Sociedad BIC únicamente podrán ser entabladas por los accionistas, estando los terceros ajenos a la sociedad imposibilitados reclamar la responsabilidad de los directores.

Como podemos ver, las *Public Benefit Corporations* y las Sociedades BIC tienen aspectos en común sustanciales y muy importantes, siendo una de las más importantes el hecho de que en el ordenamiento peruano, el director de una Sociedad BIC podría verse afectado por los mismos problemas que atraviesa un director de una *Public Benefit Corporation* respecto al balance que estos deben hacer entre el interés de cada uno de los *stakeholders* de la empresa, siendo posible que un accionista inicie una acción por responsabilidad al reclamar una falta de diligencia por parte del director por las decisiones empresariales que hubieran tenido el resultado por haberse actuado en aras de beneficiar al propósito de beneficio, en perjuicio de la rentabilidad de los accionistas. Como se verá más adelante, esta problemática es viable en las Sociedades BIC peruanas con el ordenamiento que rige actualmente, lo cual podría afectar el fomento de este tipo de sociedades o que los profesionales más capacitados acepten administrar este tipo de compañías por el riesgo que supone.

2.3.3. Regulación internacional

2.3.3.1. Legislación Colombiana

Colombia es el país que más impacto positivo ha tenido en América Latina con la implementación de la normativa de Sociedades BIC, reconociendo y dando seguridad jurídica, además de beneficios tributarios, uniéndose así a países que ya la habían implementado en su ordenamiento jurídico como Estados Unidos, Italia, España y Reino Unido, operando así con el denominado triple impacto: económico, social y ambiental.

Desde su implementación con la Ley No. 1901 emitida el 18 de junio del 2018 y tras su reglamentación con el Decreto No. 2046 de fecha 2019, a febrero del 2021 ya cuentan con un poco más de 300 empresas constituidas bajo este tipo de Sociedades.

Según información obtenida de la Superintendencia de Sociedades de Colombia para finales de 2021, se registraron 1,000 sociedad BIC en Colombia, la mayoría registradas en las regiones centro y oriente y más de la mitad perteneciente al sector de servicios, siendo según cifras hasta inicios de octubre del 2021.

La Ley Colombiana establece ciertos fines fundamentales para el cumplimiento del régimen legal de las Sociedades BIC, entre los que se encuentran los siguientes: Incorporación de fines sociales y medioambientales más allá de la maximización de los intereses económicos de los accionistas, exigiendo el cumplimiento de los fines descritos para que los administradores de las empresas puedan maximizar los beneficios sociales y medioambientales descritos en el propósito, e informar con transparencia sobre el impacto de la compañía en todos los aspectos, incluido el modelo de negocio, , las prácticas laborales, el gobierno corporativo, las prácticas comunitarias y las prácticas ambientales.

La Ley Colombiana es uno si no el único ordenamiento que otorga beneficios tributarios por ser una Sociedad BIC, el cual consiste en que las empresas pueden distribuir hasta el 10% de sus utilidades a los empleados en forma de acciones, siendo estos beneficios considerados como ingresos que no tributan renta, con el fin de fidelizar y comprometer a los empleados y aumentar la productividad. También, otros beneficios que ofrece incluyen tarifas preferenciales en servicios de registro de propiedad industrial y condiciones más favorables para líneas de crédito.

2.3.3.2. Legislación Ecuatoriana

La Asamblea Nacional de Ecuador presentó en agosto del 2019 el proyecto de Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, con el objetivo de reconocer a las Sociedades BIC, el proyecto fue aprobado el 7 de enero de 2020, fecha con la promulgación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, norma que regula a las Sociedades BIC, con el objetivo de brindar seguridad jurídica y reconocer a las empresas que hayan incorporado en su estatuto fines u objetivos adicionales a la generación de ganancias económicas, y trabajen por crear un efecto beneficioso en la sociedad y el medioambiente.

La regulación de la ley para este tipo de Sociedades permite dar estabilidad jurídica reconociendo a los agentes económicos cuyo propósito se basa en la gestión social y medioambiental, promoviendo el triple impacto, generando valor a través del medio económico, social y ambiental, manteniendo esta misión a lo largo de su vida empresarial-económica.

En este sentido, la promulgación de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación implicó que la adopción de la condición de Sociedad BIC por parte de las sociedades supervisadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de dicho país, esto deberá ser aprobado por la junta general de socios o accionistas, cuya mayoría represente, al menos, dos tercios del capital.

Como podemos apreciar en este último párrafo, la legislación ecuatoriana pone limitaciones para ser Sociedades BIC, es decir, no abarca a todas las empresas o tipos de sociedades, si no solo aquellas que se encuentren controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de Ecuador, lo cual limita la posibilidad de todo tipo de compañías a convertirse en Sociedades BIC.

Por su parte, la Ley Ecuatoriana también señala que las Sociedades BIC deberán establecer en sus estatutos que sus objetos sociales están orientados en lograr un impacto material positivo en el beneficio de los intereses de la comunicada y el medioambiente.

2.3.3.3. Legislación Chilena

En cuanto a, Chile aún no cuenta con leyes y regulaciones que respecto a las Sociedades BIC; no obstante, cuentan con un número importante de entidades con certificación B, liderando América Latina con 112 empresas con certificación B en 2017.

Asimismo, Chile ha realizado evaluaciones técnicas para certificar a las empresas como empresas B; al respecto, si bien estas empresas no son iguales a Sociedades BIC, estas, sin embargo, comparten la misma filosofía, de ser empresas con propósito y de triple impacto.

2.3.3.4. Legislación Uruguay

Uruguay es otro de los países que ha implementado en su legislación la regulación de Sociedades BIC, el cual fue aprobado por su Parlamento el 14 de julio del 2021. Así en su

legislación definieron a las Sociedades BIC como las empresas cuyo objetivo es de generar un valor económico y, a la vez, un valor social y medioambiental, lo cual no implica el origen de un nuevo tipo de sociedad, siendo una forma de ensamble con las figuras comerciales ya existentes.

Los principales aspectos que esta normativa contempla son: (i) la denominación, dado que las Sociedades BIC tendrán una denominación extensiva que se adicionará la expresión BIC, el mismo que debe adecuarse en sus estatutos, (ii) sus requisitos dado que debe incluirse en los estatutos con el objetivo de crear un efecto positivo y verificable en la sociedad y el medioambiente, (iii) los deberes de los administrados ya que la toma de decisiones se tomará en base al triple impacto, (iv) la transparencia pues la norma garantiza un marco de transparencia, el cual debe realizarse un reporte anual y de acceso público y (v) las sanciones por incumplimiento a los requisitos, que implica perder la calificación de Sociedad BIC.

Por ello, la legislación normativa uruguaya no prevé beneficios fiscales, el mismo que podría desincentivar la aplicación de la norma a nuevos accionistas o inversionistas que tienen el interés de crear sociedades con triple impacto.

2.3.3.5. Legislación Europea

En cuanto a la legislación europea, tenemos en primer lugar a Italia, que cuenta con la ley Società Benefit, la cual fue aprobada en el 2015, siendo el primer país de Europa en contar con una base jurídica y normativa sobre Sociedades BIC.

Los puntos que destacan de la legislación italiana son la necesidad de que las Sociedades BIC deban identificar a una o más personas como responsables internos de la administración del triple impacto positivo de la sociedad, esto con el objetivo de dar seguimiento y reportar sobre los avances de la empresa en sus avances para conseguir sus objetivos sociales y ambientales.

Asimismo, dentro de la normativa, establece multas para aquellas Sociedades BIC que no cumplan con su propósito de beneficio de acuerdo a lo definido en sus estatutos, de esta forma la Autoridad de Competencia Italiana busca asegurar el cumplimiento de las disposiciones normativas y controlar que las Sociedades BIC que se creen cumplan con su finalidad o propósito de beneficio.

Por su parte, España ha aprobado en junio del año 2022 la creación de la figura de Sociedades BIC en su legislación con la inclusión en su denominada “Ley Crea y Crece” de las regulaciones de las empresas con propósito de beneficio. Al igual que ocurre en otras legislaciones,

lo que establece esta normativa es que se brindará el reconocimiento de Sociedades BIC a las empresas que incorporen en sus estatutos el objetivo triple de generar valor económico, social y medioambiental, teniendo que cumplir, a su vez con obligaciones de transparencia y actuando siempre en beneficio de ese triple objetivo.

La creación de esta normativa en el ordenamiento español supuso un avance importante para darle impulso a la nueva forma de hacer negocio enfocado en la generación de valor a largo plazo para la comunidad en general y el medio ambiente, de hecho, antes de esta norma, en España únicamente existía regulación sobre finanzas sostenibles para que los inversionistas pudiesen canalizar sus inversiones a causas o empresas que tuvieran objetivos más allá de la creación de rentabilidad, lo cual se verá mucho más beneficiado por la plena identificación de Sociedades BIC (B Corp Spain, 2022).

2.3.4. Modelos de sociedades BIC y su propósito de inclusión jurídica

Las sociedades de triple impacto o de beneficio no suelen alejarse mucho de una sociedad tradicional, en el sentido de que ambas buscarán generar rentabilidad, maximizar ganancias; sin bien en la primera bastará con precisar en sus estatutos ser una empresa de beneficio, esto no quiere decir que se aleje de su otro propósito que es la de generar ganancias económicas.

En ese sentido, la intención de crear empresas con propósito es que sean reconocidas como tal por la comunidad en general, y que sus valores corporativos puedan ser informados y conocidos, esto con la finalidad de atraer inversiones, talento humano y hasta consumidores.

Es así que para conformar una Sociedad BIC, los socios de esta deberán evaluar varios temas diversos, incluyendo, además del modelo de negocio para la generación de ganancias y la obtención de una rentabilidad de acuerdo a sus expectativas, también las circunstancias sociales y ambientales que este negocio se desarrollará, abordando y definiendo la creación de un efecto positivo en algún fin social y medioambiental, actos que deberán ser realizados dentro de determinados principios morales y valores corporativos que sean definidos y en virtud de los cuales actuará la Sociedad BIC.

Como puede advertirse, este nuevo modelo de negocio no es igual a las empresas tradicionales, donde es común que los accionistas juzguen el bienestar de la compañía en función del éxito financiero a corto y largo plazo, así como en la rentabilidad que esta actividad que esto

les genere, siendo esto además de la percepción del público y la calidad de sus productos. Esta anterior concepción del negocio conllevaba indudablemente a que los directores prioricen siempre el buscar maximizar el valor para los socios de la compañía.

No obstante, no ocurre lo mismo en las Sociedades BIC, donde la maximización de la rentabilidad ya no es el único propósito de la empresa y de sus administradores, sino que también deberá tomarse en cuenta y realizar actos y tomar decisiones para generar un efecto positivo en la comunidad y medioambiente. Con ello, lo que ocurrirá es que naturalmente, la consecución de estos propósitos de beneficio se realizará en desmedro de la mayor rentabilidad de los accionistas, pues, los directores y administradores de la compañía no se moverán únicamente basados en aspectos financieros, sino que además deberán descartar o tomar determinadas decisiones de negocio en virtud de ese fin social y ambiental autoimpuesto. Esto de todas maneras implicará redefinir el rol de los directores, quienes, sin perjuicio de la búsqueda de crear valor para los accionistas, también deberán utilizar los recursos financieros de la compañía y su misma *expertise* en para impactar de forma positiva en la comunidad y medioambiente.

Dentro de este nuevo rol que adquieren los directores en las Sociedades BIC, están las disposiciones de transparencia, que les requieren, en su calidad de administradores, publicar informes anuales donde se detalle el desempeño de la compañía en la búsqueda de desarrollar esos objetivos de generar un efecto positivo en la comunidad y medioambiente, recurriendo para ello a un tercero independiente, que asegure la transparencia y autenticidad de esta información, que deberá presentarse a los accionistas durante los primeros 3 meses de cada ejercicio, así como también al público en general, al deber ser publicado por la Sociedad BIC. No obstante, esta obligación, es importante traer a colación que son pocos los países cuyas legislaciones contienen disposiciones para eliminar el estatus de Sociedad BIC si no se presenta dicho informe, o si el mismo muestra un mal desempeño en los avances en el cumplimiento del propósito de beneficio (José Pizzaferrí, 2020).

Adicionalmente a las particularidades del modelo de negocio que representan las Sociedades BIC, es preciso detallar que las legislaciones que incorporaron con éxito y dieron reconocimiento jurídico a este nuevo modelo de negocio han coincidido en incluir determinados parámetros y requisitos mínimos en su legislación para que una compañía pueda obtener la calificación de Sociedad BIC, entre estos detallamos:

- a) La gran mayoría de legislaciones ha coincidido en la obligación de que la Sociedad se constituya como tal o que una ya existente decida expresamente transformarse en una Sociedad BIC, incluyendo dentro de su estatuto la creación de un efecto beneficioso para la comunidad y el medioambiente.
- b) El establecimiento de deberes específicos que deben cumplir las Sociedades BIC como lo es el compromiso de cumplir con el de generar un efecto positivo, lo cual debe constar expresamente dentro de sus estatutos.
- c) Establecer obligaciones de transparencia como lo es el informe anual, el cual debe ser elaborado por un tercero externo a la compañía que actúe con independencia y tenga especialización en las áreas en las que la empresa que pretende generar un impacto positivo bajo estándares mínimos reconocidos a nivel internacional.
- d) Establecer el plazo para publicar el informe a los accionistas, el cual normalmente se dará en la misma oportunidad que el reporte de la gestión económica anual.
- e) Establecer mecanismos de publicidad para revelar al público los informes de avances en la consecución del objetivo social y ambiental.
- f) Especificar o reglamentar las sanciones que podrían ocasionar que una Sociedad BIC pierda dicha condición por no cumplir con el propósito de beneficio impuesto en sus estatutos, o en caso no hayan cumplido con el deber de realizar y publicar el informe de avances en la consecución del objetivo social y ambiental.

2.4. Rol del director en las Sociedades BIC

Como se ha podido advertir hasta el momento, son nuevos los retos que se presentan a los directores con la implementación de este nuevo modelo económico denominado “capitalismo de los *stakeholders*”, que han sido plasmados dentro de la legislación de las Sociedades BIC en diversos ordenamientos pero que, en nuestro país, se ha visto reflejado como una adición de deberes y obligaciones a los administradores más que como un cambio de paradigma y una modificación integral de sus deberes. Esto radica en el hecho de que las Sociedades BIC no se han concebido como un nuevo tipo societario especial, sino que, como ya hemos podido observar, se configura como una condición que implica nuevas formas de realizar actividades empresariales a los que sociedades constituidas bajo los tipos de sociedad regulados en la Ley General de Sociedades,

pueden acogerse, debiendo para ello incluir el referido propósito de beneficio dentro de su estatuto, asumiendo además determinadas obligaciones en virtud de dicho propósito.

Es en consecuencia de ello, que la figura del director tendrá unos deberes extendidos, adicionales a los deberes previstos a los deberes previstos para su cargo en la Ley General de Sociedades, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Sociedades BIC. Es en consecuencia de ello, que con el objetivo de analizar más a profundidad el tema que nos aborda, pasaremos a analizar el régimen general de responsabilidad de los directores, para luego aterrizar dicho régimen de responsabilidad en las Sociedades BIC.

CAPITULO III: RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

3.1. El Directorio en nuestra legislación

Elías (1999) al momento de definir al Directorio, nos señala que se trata de un órgano colegiado, que está encargado de gestionar y representar a las sociedades anónimas. Estos encargos de gestionar y representar a la sociedad se deben a la desconexión entre la propiedad accionaria y la gestión de la compañía, ya que en principio, de acuerdo a lo regulado en nuestra Ley General de Sociedades, no es requisito ser accionista para poder llevar a cabo las funciones de un director a menos que los estatutos de la empresa así lo requieran.

De igual manera Corcuera y Muro (1995), al momento de definir al directorio, señalan que es el “*órgano de administración y representación de la sociedad anónima, tanto para su vida interna como para la externa, toda vez que la sociedad necesita de un órgano ejecutivo y representativo (...)*”. Además, agregan que el directorio es el órgano que se encarga de tomar las decisiones que tienen mayor nivel administrativo, ejerciendo sus funciones interpretando y desarrollando el objeto social de la compañía.

Como bien se ha descrito anteriormente, nuestra legislación, sigue el mismo pensamiento que la doctrina y señala que la administración de la compañía es responsabilidad del Directorio y de la Gerencia, considerándose al primero de ellos como el órgano de administración por excelencia, pues se trata de un órgano especializado, técnico y capacitado, en donde se adoptan las decisiones de negocios que buscan generar la mayor rentabilidad para los accionistas, ya que como menciona Montoya (2006), en la actualidad, las sociedades anónimas están compuestas por grandes masas de inversionistas, quienes ven en esta forma de negocio no un interés en controlar la sociedad ni conducirla sino, en alcanzar la mayor rentabilidad posible para su inversión, dejando bajo la responsabilidad del Directorio el gobierno y la administración de la compañía, reservándose los accionistas, la facultad de fiscalizarlos y exigirles los resultados ofrecidos por su gestión.

Dentro del desarrollo de sus funciones, el Directorio, tiene la facultad legal, para realizar cualquier acto de administración comprendiendo además los actos de disposición, siempre y cuando estos no hayan sido excluidos por mandato legal o reservados expresamente, ya sea por acuerdo de la Junta de Accionistas o por haberse regulado así en el Estatuto.

3.1.1. Naturaleza jurídica del Directorio

A lo largo del tiempo, la doctrina ha esbozado una serie de teorías respecto a la naturaleza jurídica del Directorio, con el objetivo de determinar la relación que hay entre la sociedad anónima y los miembros que conforman el Directorio.

A continuación, pasaremos a revisar algunas de las principales teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del Directorio.

3.1.1.1. Teoría del Mandato

Dicha teoría fue recogida por la Ley de Sociedades por Acciones de Francia de 1867 y el Código de Comercio de Italia de 1882. Esta teoría utiliza las reglas del mandato civil para poder explicar el vínculo existente entre la sociedad y los administradores.

En esta teoría se consideraba a la sociedad como mandante, y al Directorio como mandatario, vinculados mediante un contrato de mandato con representación, en donde se relaciona de forma directa a la sociedad por los negocios celebrados por los mandatarios en ejecución de este contrato. Esta teoría fue fuertemente criticada porque no dejaba en claro quien actuaba como mandante, si la sociedad o los accionistas de esta, lo cual desvirtuaba de alguna forma la naturaleza contractual del mandato.

Del mismo modo, tal y como señalaba Giraldi (1964) el Directorio no es nombrado por un contrato, sino mediante una resolución o un acuerdo de la Junta de Accionistas, el cual tiene una naturaleza totalmente distinta del contrato de mandato, ya que se trata de un acto netamente unilateral por parte de este órgano, motivo por el cual no pueden ser equiparados.

Otra crítica importante a esta teoría indicaba, que existe una independencia funcional del directorio frente a la junta de accionistas, ya que tanto la ley como el estatuto, establecen competencias claras para cada uno de estos órganos, por lo cual no puede decirse que se encuentran subordinados unos a otros.

3.1.1.2. Teoría de la Representación

Esta teoría señala que los gestores de la empresa actúan sus como representantes, establecidos por ley, pero nombrados por la Junta de Accionistas, debido a que la sociedad no podría actuar por sí misma ya que no cuenta con una existencia física. En esta teoría, la sociedad requiere de estos representantes para manifestar su voluntad, equiparándola a la representación que se da en el caso de los incapaces de hecho, lo cual según Giraldi (1964), es un uso inadecuado de una figura pensada para el Derecho de Familia, a un contexto totalmente distinto, como es el Derecho Societario o de Empresa.

Por otro lado, esta teoría también es criticada debido a que la representación es un vínculo, que une a dos personas, el representante y el representado, en el cual el primero expresa su voluntad, pero por un interés ajeno a él, ya que es el interés del representado; en cambio el directorio es únicamente el vehículo por el cual este ente abstracto, denominado sociedad, busca expresarse y relacionarse frente a terceras personas, con la finalidad de lograr su objeto social y de esta forma generar una rentabilidad para sus accionistas.

3.1.1.3. Teoría del Trust o Fiduciario

Esta teoría es de origen anglosajona y está basada en el trust norteamericano. Para esta teoría, el Directorio es considerado un fiduciario y por tal razón los directores se encuentran en la obligación de administrar el patrimonio de la compañía en provecho de sus socios y de la sociedad misma.

La crítica a esta teoría señala que las labores que realiza el Directorio no pueden ser comparadas con las labores u obligaciones que realiza un fiduciario, porque tal y como dice Taquía (2020) es imposible pensar que el Directorio, ostente el “derecho de propiedad” de los bienes que administra como lo ostenta el *trustee*.

3.1.1.4. Teoría del Contrato de Trabajo

Esta teoría señala que entre el Directorio y las sociedades existiría una relación laboral, en la cual el primero se encontraría en condición de subordinación respecto del segundo. Esta teoría fue recogida por la Ley de Sociedades por Acciones de Alemania del año 1937.

Esta teoría no cuenta con ningún asidero, debido a que los directores no tienen ninguna subordinación ni frente a los accionistas ni a la junta general de accionistas, ya que ellos no actúan según instrucciones exactas como sí lo hace un trabajador o empleado, sino que tienen cierta independencia en el ejercicio de sus funciones.

3.1.1.5. Teoría del Órgano

Esta teoría es la que recoge nuestra Ley General de Sociedades. En ella se considera al Directorio como parte de una estructura mucho mayor que es la sociedad. Asimismo, en contraste de las dos primeras teorías anteriormente indicadas, no se considera al Directorio como un mandatario o un representante, sino como un medio por el cual se da a conocer la voluntad de la persona jurídica, considerando a esta última como incapaz por sí sola de expresar su voluntad ya que es un ente abstracto y necesita de estos órganos para poder expresarla.

Por otra parte, esta teoría refuerza el fundamento de la independencia del Directorio, de cara a los socios que la conforman, porque ellos mantendrán sus funciones y facultades conforme a lo establecido en Estatuto y en la ley.

3.1.2. Características del Directorio

Nuestra Ley General de Sociedades se ha encargado de señalar las condiciones que deben cumplir las personas naturales que vayan a ejercer las funciones de director en una compañía. Estas características son las que detallaremos a continuación.

3.1.2.1 Carácter Personal

Según la Ley General de Sociedades, en su artículo 159, el cargo de director, ya sea titular, suplente o alterno, tiene carácter personal, a no ser que el propio estatuto social regule la posibilidad de la representación.

En ese sentido, Elías (1999) al desarrollar el referido artículo, señaló que, al referirse al ejercicio del cargo, la Ley está destacando, el carácter personalísimo de la designación. Este carácter de personal se tiene en cuenta, debido a que el director es elegido por sus cualidades profesionales y técnicas, por lo que es entendible que se quiera que sea él y no otro que éste delegue sea quien ejerza el cargo.

Cabe agregar que el hecho de que el artículo 159 permita la representación del director, se debería entender que esta representación no está destinada para sus actividades principales ni mucho menos fundamentales, ya que como lo mencionamos anteriormente somos de la posición que el director es elegido por sus cualidades profesionales, técnicas y muchas veces personales y allí radica la importancia de este tanto para la gestión como la responsabilidad que el cargo conlleva.

3.1.2.2 No es necesario ser accionista

La actual Ley General de Sociedades, al igual que la Ley de Sociedades Mercantiles del año 1966, establece que no se requiere ser accionista para poder ejercer el cargo de director de la sociedad. La razón de esta norma la encontramos, en una de las finalidades principales de los accionistas de la sociedad anónima, la cual es obtener rentabilidad a sus inversiones y no lograr la dirección de la empresa, dejando esto en manos de personas calificadas tanto técnica como profesionalmente.

Otro aspecto en la que esta característica ha calado en el manejo de la sociedad es el surgimiento de los directores independientes en diversas corporaciones, como muestra de un Buen Gobierno Corporativo, cualidad que ha ido tomando relevancia en estos tiempos modernos, en búsqueda de enriquecer las tomas de decisiones en beneficio del negocio de la empresa, hasta tal punto de incluir esto como una obligación en la regulación de diversos países para algunos tipos de sociedades.

3.1.2.3 Desempeño Diligente y Deber de Lealtad

Ley General de Sociedades, en su artículo 171, regula que los directores deben llevar a cabo sus ocupaciones con la diligencia de ordenados empresarios y leales representantes. La presentación de este artículo indica el estándar de diligencia que debe seguir todo director en la gestión de una empresa, pero no especifica qué debemos entender como *ordenado comerciante* y *representante leal*. Para poder entender de forma clara qué comprenden los términos antes mencionados, debemos acudir a la doctrina.

Elías (1999), al comentar el artículo 171 de nuestra ley, comentó que si bien los estatutos aún no definen ni desarrollan los requisitos de “ordenado comerciante” y “representante leal”, estos conceptos se aplican en el desempeño de las funciones de un director, quien, como miembro del directorio, debe ser diligente y cumplir con lograr el propósito de la empresa.

Asimismo, Verón (1982), hablando de la diligencia que debe tener un ordenado comerciante, señaló que nuestra legislación pretendía establecer estándares de diligencia que los directores y demás gestores deben cumplir para poner todas sus cualidades técnicas, conocimientos y experiencias al servicio de la sociedad, buscando implementar una gestión acorde con lo que se espera de ellos.

Del mismo modo, Paz-Ares (2003), nos detalla que cuando la normativa señala que el administrador deba actuar como un ordenado comerciante o empresario, deberían concurrir los siguientes supuestos:

- a) Las decisiones de negocio se toman con suficiente información, esto requiere una inversión de tiempo y esfuerzo en obtener información fidedigna que le permita conocer los alcances de la decisión a tomar;
- b) Que el administrador haya actuado en defensa del interés social; esto conlleva a desterrar cualquier interés personal que pudiese influenciar de manera negativa al momento que el directorio pudiese tomar la decisión;
- c) Son decisiones tomadas dentro de un procedimiento preestablecido y son objetivamente razonables, sin presiones de ningún tipo, tanto de sujetos externos ajenos a la compañía como de los propios accionistas.

De igual forma, la OCDE, también ha recogido entre los principios del Buen Gobierno Corporativo, el actuar diligente de los gobiernos de administración de la sociedad, lo cual ha sido

recogido por nuestros organismos estatales, como por ejemplo la Superintendencia del Mercado de Valores, para reglamentar y difundir las prácticas del Buen Gobierno Corporativo a sus empresas supervisadas.

En cuanto al deber de lealtad, Garrigues (1987) señala que la diligencia de un representante leal hace alusión a un deber de fidelidad que debe de mantener el administrador, en búsqueda de la protección de los intereses de la compañía, que este representa, anteponiéndolos incluso a sus propios intereses.

El deber de lealtad de los directores constituye un pilar fundamental en la organización de las sociedades, debido a que los directores se encuentran administrando un patrimonio que no les pertenece, a través de la confianza delegada a ellos por la junta general de accionistas, por lo que una falta a este deber ocasionaría un conflicto de intereses y un perjuicio directo para los socios.

De la misma manera, Hernández (2022), señala que la base del deber de lealtad reside en la confianza que una empresa otorga a un administrador para dirigir las políticas económicas y administrativas de la empresa. Designar a una persona ajena a la empresa para que la gestione supone confianza: (i) en que esta persona tiene los mismos intereses que los de la empresa; (ii) confianza en las capacidades técnicas, académicas y comerciales del administrador.

La falta de este deber de lealtad, se puede transgredir cuando contrario a todo lo mencionado anteriormente, el director celebra contratos a su favor o a favor de otras personas a las que él representa o ejerce el control, perjudicando de esta manera a la sociedad y a la confianza depositada en él por la junta de socios para la administración de la compañía.

De igual forma, este deber también es transgredido, cuando se divulga información sensible que él posea, tales como operaciones realizadas, inversiones o estrategias, no solo incumpliendo en este caso el deber de lealtad, sino también el deber de reserva que tocaremos en el siguiente punto.

3.1.2.4 Deber de reserva

Ley General de Sociedades, en su artículo 171, menciona que los directores tienen el deber de confidencialidad respecto de la información con la que puedan entrar en contacto en el desempeño de sus funciones debiendo guardar confidencialidad sobre la misma, ya que una divulgación de esta pudiese causar graves perjuicios a la sociedad y a sus intereses.

De igual manera, el deber de reserva y de lealtad se encuentran intrínsecamente vinculados, motivo por el cual la doctrina considera que el primero de ellos, se encuentra subsumido en el segundo, no siendo esa la posición de la Ley General de Sociedades, que los menciona de forma separada.

Asimismo, el deber de reserva, en nuestra legislación, ha sido desarrollado en forma más amplia por la Superintendencia de Mercado de Valores, la cual está centrado únicamente para compañías que tengan valores registrados ante el Registro Público del Mercado de Valores. Mediante el Decreto Supremo N° 093-2003, EF, la Superintendencia de Mercado de Valores, ha regulado el deber de reserva de los directores de las sociedades que tengan valores registrados ante el Registro Público del Mercado de Valores, señalando que existe la presunción de que los directores poseen información privilegiada del emisor y por ende se encuentran prohibidos de divulgarla.

Si bien lo mencionado en este último párrafo, aplica únicamente para las sociedades bajo la supervisión de la Superintendencia de Mercado de Valores, lo señalado por el artículo 171 de la Ley General de Sociedades es de aplicación para todas las sociedades anónimas, motivo por el cual si un director infringe el deber de reserva, y esto causa un daño o un perjuicio a la compañía, el director incurriría en responsabilidad de acuerdo a lo regulado en el artículo 177 de la Ley, lo cual veremos en extenso más adelante.

3.1.3. Facultades del Directorio

Como detallamos al inicio de este capítulo al momento de definir al Directorio, la Ley General de Sociedades Peruana regula dos aspectos fundamentales que comprenden las facultades de este órgano, los cuales son la facultad de gestión y representación legal de la sociedad.

Respecto al primer aspecto de esta facultad, la facultad de gestión o administración abarca todos los actos que tengan que ver con la vida interna de la sociedad, circunscribiéndose estos actos a lo que señala el objeto social de la sociedad, entendiéndose esto como un límite a esta facultad, el cual es previamente establecido por los accionistas, buscando con estos actos lograr que se genere para incrementar el valor de la compañía, es decir, incrementar el patrimonio de los socios o accionistas. Cabe señalar que cualquier actuación fuera de estos límites, sería considerado un acto ultra vires, lo cual daría lugar a responsabilidad personal por parte de directores.

Del mismo modo, la facultad de gestión y administración del Directorio, también se encuentra limitada a los asuntos que el Estatuto y la Ley reservan para la Junta General de Accionistas. A propósito de ello, Echaiz (2009), al momento de analizar esta facultad, señala que la Ley ha puesto límites a esta facultad, en los casos que impliquen un compromiso sustancial del capital social, como, por ejemplo, el numeral 5 del artículo 115 que señala que si se quiere enajenar activos cuya cuantía sea superior al cincuenta por ciento del capital contable de la compañía, deberá ser aprobado por la junta general de socios.

Este límite a la facultad que tiene el Directorio se debe a la envergadura de la operación, la cual conlleva un compromiso importante del capital de la empresa, por lo cual la Ley ha creído por conveniente poner un límite a esta. De igual forma, así como la Ley ha establecido estos límites, la propia Junta General de Accionistas podrá poner otros límites que considere convenientes para de esta forma regular la gestión del Directorio.

En lo que respecta a la representación legal, esta se trata de la vinculación que generan para la compañía las declaraciones de voluntad hechos por el Directorio frente a terceras personas. Esta representación que ejerce el Directorio no tiene la naturaleza de un mandato, ni tampoco se encuentra regulada por las normas de la representación civil, sino que se trata de una representación de carácter especial, derivada de la propia Ley.

Al igual que la facultad de administración, la representación que ejerce el Directorio está limitada por el objeto social establecido en el Estatuto, es decir que los poderes y facultades de los representantes de la sociedad se encuentran limitados por la regulación y alcance establecidos por los accionistas respecto a la actividad empresarial de la compañía.

Asimismo, cabe señalar que la representación que ejerce el Directorio, la realiza en calidad de órgano colegiado, es decir en conjunto, motivo por el cual conforme indica Elias (1999), ningún director de forma independiente podría atribuirse a sí mismo la facultad de representación de la sociedad ni ejercer individualmente estas facultades, porque ello desnaturalizaría la institución del Directorio.

3.2. Responsabilidad civil de los directores en Perú

Como hemos mencionado anteriormente, nuestra Ley General de Sociedades ha encargado al Directorio, la administración de la empresa, siendo una parte importante de su

organización. Los miembros del Directorio son designados en virtud de las características profesionales, éticas y personales que ostentan; y sus funciones engloban administrar, gestionar y representar a la sociedad que ellos representan, para que puedan llevar a cabo su objeto social, buscando maximizar el valor de las inversiones de quienes los han elegido en el cargo.

El Directorio debe llevar a cabo sus labores observando siempre cumplir con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. De esta forma lo describe nuestra Ley General de Sociedades y también lo hacen otras legislaciones, considerando estos dos deberes como los pilares en el desempeño de las funciones propias de un director, lo cual nos va a ayudar para delimitar de forma clara los alcances de la responsabilidad del Directorio en la toma de decisiones propias del negocio.

Como se ha indicado en este capítulo, el Directorio tiene depositada la confianza de los socios, quienes le han encargado la conducción del patrimonio que a ellos les pertenece y por este motivo, se requiere que esté legislada de forma clara y específica la responsabilidad de los directores. En cuanto a la forma en que está normada la responsabilidad de los directores, Sánchez (1991) nos dice que el régimen de responsabilidad de los directores busca asegurar que cumplan de forma diligente con las responsabilidades y obligaciones que les asigna la legislación, de forma tal que si cometen un comportamiento ilícito que cause daño a la sociedad, será responsable de indemnizarla.

De igual forma, Paz (2003) agrega que los propósitos que se buscan a través del régimen de responsabilidad son disuadir a los directores de causar cualquier perjuicio o daño a los inversores y limitar los costos de transacción que puedan surgir en la relación entre el directorio y los accionistas de una empresa. Asimismo, Elías (1999) explica que es ampliamente aceptado en la doctrina que la responsabilidad de los directores debe legislarse de la manera más estricta posible y que existe una fuerte tendencia en las legislaciones a agravarla, de esta manera señala que en Alemania la ley de 1937 incluso estableció la presunción de culpabilidad de los administradores.

Es por esto que diferentes leyes han sido modificadas, logrando adecuarse a estos nuevos tiempos, consiguiendo que se eleve el rigor de la responsabilidad de los directores, ya que este órgano es en quien los socios han puesto su total confianza para administrar la sociedad, y su función deber ser fiscalizarlos y controlarlos, de la manera contemplada en el Estatuto y la Ley.

Además, hoy en día, la crisis de los mercados que estamos viviendo en todo el mundo ha exacerbado el conflicto entre diferentes intereses relacionados entre los administradores y los

accionistas, por lo cual, es necesario, que nuestra Ley General de Sociedades regule los casos en que los directores incurrirían en responsabilidad. No obstante, como toda normativa que confiere responsabilidad, no debe ser una norma general y sujeta a diversas interpretaciones, sino que debe regular causales claras de responsabilidad, sino esto significaría un riesgo respecto de la interpretación, dado que corresponde a un tercero, a un juez o a un árbitro, determinar la presencia o ausencia de responsabilidad de parte de los directores.

Por este motivo, es conveniente precisar que la responsabilidad del Directorio surge cuando el incumplimiento de sus funciones causa un perjuicio directo a la compañía e indirecto a los accionistas o personas terceras o causa un perjuicio directo a los intereses de los accionistas o de personas terceras. Por lo tanto, en el primer caso, puede surgir una acción social de responsabilidad, es decir, cuando se produce un perjuicio a la empresa, o una acción individual por responsabilidad personal en caso se hayan vulnerado los intereses de un socio o de un tercero en perjuicio directo.

3.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores

Según la teoría clásica de la sociedad-contrato, la responsabilidad de los directores estaban concentradas en las normas relativas al mandato que los accionistas encomendaban a los directores. Esta concepción fue cambiada en la doctrina moderna, en la que se reconoció que la responsabilidad de los directores debía ser establecida en base a sus actuaciones en su condición de responsable de la administración de la empresa. Luego de la concepción del mandato como naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores, han surgido diversas teorías: la contractual, la extracontractual, la responsabilidad orgánica o legal, hasta incluso algunos como Garrigues (1987) señalan que carece de importancia práctica la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad y los límites que imponía la doctrina clásica casi se han esfumado, resultando para tal efecto irrelevante.

Para nosotros para establecer la naturaleza jurídica de la responsabilidad, debemos mirarla desde tres ángulos; la primera tiene su origen en la vinculación que existe entre los directores y la empresa; en segundo lugar, la vinculación existente entre los directores y los socios; y, en tercer lugar, la relación que se mantiene frente a terceros, que suelen ser acreedores de la sociedad. Para algunos autores, como por ejemplo Montoya (2006), no existen estos tres frentes, sino solamente

dos, considerando como una sola la relación que existe entre el Directorio y los accionistas y terceros.

Como bien hemos indicado en el párrafo anterior, la responsabilidad civil de los directores puede enmarcarse en tres aspectos, el primero de ellos, es la responsabilidad que tiene su origen de la vinculación de los directores y la empresa, la cual tiene una naturaleza contractual y; la que abarca el segundo y tercer aspecto, es decir la responsabilidad de los miembros del directorio ante los socios y terceros, la cual tiene una naturaleza extracontractual. De esta misma opinión resulta Espinoza (1998), quien indica que la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los miembros del directorio por los actos contrarios a la ley realizados que hayan ocasionado perjuicio a los accionistas considerados de forma individual o a aquellos que tengan una acreencia frente a la sociedad es de carácter extracontractual. Asimismo, menciona que no es lo mismo un daño ocasionado directamente a un accionista o a alguien ajeno a la compañía, dado que el último no tiene su origen en la reducción del patrimonio de la empresa y es resultado inmediato de la actividad de los miembros del directorio, como lo es naturalmente en el caso de la responsabilidad extracontractual; mientras que, en el caso del daño ocasionado a un socio derivado del daño directo al patrimonio de la empresa, la responsabilidad de los directores podrá ser considerada como contractual.

De igual forma, Halperin (1974) afirma que la responsabilidad entre los miembros del directorio y la compañía es contractual, debido a la naturaleza de la vinculación jurídica que existe entre ellos y es extracontractual respecto de terceras personas, pueden incluirse entre estos a los acreedores e incluso empleados, y los accionistas, quienes se verán perjudicados en sus derechos personales, por el actuar negligente del administrador.

3.2.1.1. Relación de responsabilidad ante la Sociedad

Cuando los directores realizan sus actividades contraviniendo el interés de la compañía, se genera una responsabilidad contractual, la cual tiene su fundamento en el hecho de que el directorio tiene una relación contractual con la empresa, quien le ha otorgado el control y representación de la sociedad.

En ese aspecto, podemos indicar que la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores cuando la empresa sufre un daño entra en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Al respecto, cabe recalcar que debemos de hablar de responsabilidad contractual de los directores, no solo cuando exista un contrato entre ellos y la sociedad, sino que también debe considerarse de esta forma, cuando se encuentra basado en una obligación preconstituida, como lo es la Ley.

De igual modo, Galgano (1999), indica que el nombramiento de un director no es el origen de sus poderes de gestión y de representación, sino que la base de los mismos, son la propia Ley. A ello debemos agregar que el nombramiento de los directores y la aceptación de éstos no puede ser considerado como un acuerdo entre dos partes generador de una relación de naturaleza contractual, distinta del contrato de sociedad, sino que debe ser visto como un acto que da cumplimiento a los órganos propuestos y regulados por la Ley.

Independientemente, de la naturaleza de la relación contractual que tenga la existente entre el miembro del directorio y la sociedad y su origen, es esencial el hecho de que el director está obligado siempre a actuar en virtud de las responsabilidades que le son otorgadas por Ley o en el estatuto.

Teniendo ya en cuenta, que la relación entre la sociedad y el Directorio para el tema de responsabilidad, es de naturaleza contractual, cabría analizar si las obligaciones que ellos realizan, es una obligación de medios (es decir los directores deben cumplir con una actividad con un actuar diligente, sin importar el resultado final) o una obligación de resultados (es decir importa el resultado que se obtiene, prescindiendo de una forma en específica para poder lograrlo), con la finalidad de poder determinar la manifestación del deber de diligencia de los miembros del Directorio y la forma en que debe analizarse la responsabilidad civil ocasionada por la inobservancia del deber de diligencia.

Respecto a lo mencionado en el párrafo anterior O'Donnell (2009) señala, que podría decirse que, respecto de la actuación de los directores, estamos ante pequeñas o parciales obligaciones de resultado. Esto cobra realmente importancia si es que consideramos que la distinción más relevante que existe entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados es, en efecto, probar la culpabilidad. Esto significa que, en el caso de obligaciones de resultado, una vez generado el incumplimiento, se puede presumir la culpa; por otro lado, respecto de las obligaciones de medios, se tendrá que acreditar que no se actuó con la diligencia debida.

Nosotros consideramos, que los administradores solo cumplen obligaciones de medios y no de resultados y el motivo es que, ellos únicamente pueden garantizar a la sociedad y sus

accionistas que pondrán todos sus esfuerzos para conseguir los objetivos propuestos, debido a que en las decisiones de negocios existen muchos factores externos que pueden influenciar de forma negativa en la realización de estos objetivos como, por ejemplo, la inflación, el riesgo país, caídas de la bolsa, entre otros.

En vista de lo comentado anteriormente, en estos casos, la diligencia impone a los administradores un conjunto de obligaciones encaminadas a salvaguardar sus actividades, siempre que sean el único medio por el cual puede satisfacer los intereses de la sociedad.

3.2.1.2. Relación de responsabilidad ante los socios y ante terceros

En su calidad de administradores de la compañía y en virtud las funciones que le fueron encomendadas, los directores no sólo pueden dañar a la empresa, sino también pueden dañar a terceras personas, como son los socios, los acreedores de la sociedad e incluso cualquier otra persona cuyo accionar negligente del Directorio pudiese perjudicar. En cada uno de estos casos, el tipo de responsabilidad que se genera es de naturaleza extracontractual.

Los primeros que pueden verse perjudicados por el accionar negligente de los administradores son los accionistas, quienes depositaron su confianza en ellos y les encargaron el manejo de la sociedad que a ellos les pertenecía. Si bien, el perjuicio hacia los accionistas generalmente puede verse enmarcado en el carácter patrimonial, por un desmedro en su patrimonio, también puede verse afectado en otra esfera, por ejemplo, la restricción de algún derecho societario que ellos ostenten.

El segundo grupo que pueden verse afectados, podemos encontrar a los acreedores de la sociedad. Consideramos que estos son los que corren más riesgos y los que pueden verse más afectados, porque ellos se han vinculado con la sociedad, realizando negocios, en muchos casos, actuando de buena fe y se están viendo perjudicados por el actuar negligente de los administradores.

Por último, en el tercer grupo, podemos encontrar a cualquier tercero que pudiese verse perjudicado por la mala gestión del Directorio. Consideramos que este grupo puede ser el más extenso, ya que no está dirigido a una persona en específico o un grupo, sino que abarca a un universo más grande.

Cabe destacar, la importancia de porqué se debe regular la responsabilidad extracontractual de los directores, la cual radica en la protección de los intereses generales, que

trasciendan los intereses específicos de la empresa, lo cual se corresponde con la correcta administración de la sociedad, debiendo realizarse ésta de forma correcta y en conformidad con lo establecido en el ordenamiento, sin que en ningún momento resulten afectados terceros.

3.2.2. Presupuestos de responsabilidad de los directores

Luego de haber analizado, la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los miembros del directorio y su relación con todas las partes que su comportamiento pudiese afectar es necesario revisar cuales son los presupuestos o condiciones que deben coexistir para poder atribuirle responsabilidad al órgano de administración. En ese sentido, Sánchez (1991) nos señala que la responsabilidad surge cuando concurren ciertos presupuestos además del daño, como sería que ocurra un acto ilícito por parte de los administradores y la existencia de un nexo causal, que vincule el acto de los administradores con el daño que ocasionan.

Del mismo modo, Fernández (2005) señala que, para la mayoría de la doctrina independientemente de determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores, es necesario verificar si existen presunciones de la responsabilidad civil o los elementos del denominado ilícito civil, el cual consiste en una conducta antijurídica, culpabilidad, daño y relación de causalidad.

Por otra parte, Gutiérrez (2004) afirma que la responsabilidad de los directores debe tener tres elementos: daño, negligencia o culpa y causalidad.

Para efectos de esta investigación, nosotros consideraremos como presupuestos de la responsabilidad de los directores: el hecho ilícito, el daño, el nexo causal y el criterio de imputabilidad.

3.2.2.1. El hecho ilícito

El Artículo 177° de la Ley General de Sociedades, señala que el Directorio se encarga de responder por los daños y perjuicios que pudieran causar los actos y contratos ejecutados por este, que causen perjuicio a la sociedad, sus accionistas o a cualquier persona ajena a esta, siempre que dichos actos o contratos contravengan la ley, o el estatuto o sean tomados abusando de sus facultades, con dolo o cuando haya negligencia grave.

La conducta orgánica del Directorio crea responsabilidad si se determina que es contraria al ordenamiento que regula su actividad, o si no se ejerce con la diligencia requerida, la cual, según la Ley General de Sociedades, es la de un ordenado comerciante. Si estamos ante este caso, nos encontramos ante un ilícito civil que origina responsabilidad en el directorio. Si, por el contrario, la actuación del Directorio se hubiese enmarcado en lo señalado por el ordenamiento y los estatutos y además de ello, hubiese actuado de forma diligente, como un ordenado comerciante, el daño ocasionado a los accionistas o terceros no crearía ningún tipo de responsabilidad para el órgano de administración.

Por regla general, los riesgos derivados de la actividad empresarial son asumidos por la misma sociedad. Esto se debe a que la persona jurídica, en su condición de sujeto de derecho es susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, razón por la cual se encuentra plenamente facultada para responder por sus propios actos. Lo mencionado anteriormente, no significa de ninguna manera que todas las consecuencias derivadas de los actos llevados a cabo por los gestores de la sociedad deban ser asumidas por esta, sino solamente, los que sean llevados con la diligencia debida y de acuerdo a la ley y el estatuto.

En conclusión, la antijuricidad de la actuación del Directorio implica un requisito crucial para la determinación de si su actividad rebasó el límite respecto del cual, sus miembros deben asumir responsabilidad, o si su conducta, al ser diligente, los mantiene indemnes de toda responsabilidad por dichas actuaciones.

3.2.2.2. El daño

La acción que causa responsabilidad debe causar daño, puede dirigirse a los bienes de la sociedad, así como a los bienes de los accionistas o de personas ajenas a la compañía. En algunas ocasiones, la actuación podrá causar un daño de forma simultáneamente a la empresa y a los socios o a los terceros que se pudiesen vincular con ella, ocasionando que se pueda ejecutar tanto la acción social como la acción individual.

Para limitar el daño directo a la empresa, que es considerado el requisito indispensable para que se origine la responsabilidad de los administradores, resulta necesario considerar la función que ellos realizan al momento de gestionar la sociedad, lo cual implica inevitablemente que se asuman determinados riesgos, cuyas consecuencias de ser negativas no podríamos

imputarlas a los directores, sin antes evaluar si su actuar fue o no diligente y si esta conducta estuvo enmarcada dentro de lo que consideramos ordenado comerciante porque, tal y como lo señalamos anteriormente, la obligación de los directores es una obligación de medios.

3.2.2.3. El nexa causal

También es requisito para imputar responsabilidad a los directores la existencia de una causalidad que vincule el daño y la conducta delictiva cometida por los administradores, es decir no solamente basta con que existan daños en perjuicio de los accionistas o de algún tercero, sino que dicho perjuicio debe ser consecuencia de un acto realizado contrario a la ley o al estatuto en el marco del desarrollo de sus obligaciones, de lo contrario este daño sería causado, únicamente por una persona natural y no por el administrador.

Respecto al nexa causal, Taboada (2003) ha señalado que la relación de causalidad es un requisito previo para la responsabilidad civil, ya que toda responsabilidad queda excluida si no existe una vinculación causal jurídica del comportamiento típico o atípico con el perjuicio infligido.

3.2.2.4. El criterio de imputabilidad

Nuestro modelo de responsabilidad para los directores está enmarcado en el sistema de responsabilidad subjetiva, debido a que es necesario analizar el comportamiento de la persona encargada de la administración en el caso concreto para verificar si su accionar fue diligente o no.

Hundskopf (2002) sigue este mismo criterio indicando que el artículo 171 de la Ley General de Sociedades, señala que los miembros del directorio llevan a cabo sus actividades observando cumplir con la diligencia de un representante leal y de un ordenado comerciante, lo cual es una regulación propia de la responsabilidad subjetiva.

Como hemos indicado anteriormente, nuestro régimen de responsabilidad de los directores tiene carácter subjetivo, es decir que el elemento base de la responsabilidad del administrador es la culpa, derivada de diversas presunciones como la celebración de contratos que contravienen al estatuto o a la ley, abuso de poder o acuerdo tomados con dolo o negligencia grave, entre otros.

Respecto al abuso de poder, negligencia grave o dolo, cabe señalar que tener la calidad de representante legal y tener facultades de gestión y representación legal no es un factor determinante para establecer tal existencia, ya que estas facultades son elementos que conforman el elemento objetivo de la responsabilidad solidaria, en tanto que el abuso de facultades, la conducta dolosa, y la negligencia grave no tienen tal condición objetiva, sino la necesaria para determinarlas, incluyendo el dolo, la voluntad y el esfuerzo necesario, que caracterizan la responsabilidad subjetiva.

De igual forma, conforme indica la Ley General de Sociedades en su artículo 177 de, los miembros del directorio serán responsables de forma personal, solidaria e ilimitada frente a la compañía, los socios y personas ajenas a la empresa; esto no quiere decir que sea el Directorio, quien, en conjunto como órgano, deba asumir la responsabilidad por los daños ocasionados, sino que serán únicamente los que resulten responsables de ello.

3.2.3. Supuestos de responsabilidad de los directores en la legislación societaria peruana

Ley General de Sociedades en su artículo 177 de la, indica en términos generales, los casos que en que las actuaciones de los directores pueden generar responsabilidad. De forma genérica, se señala que los supuestos de responsabilidad son: (i) acuerdos o actos contrarios a la Ley o al Estatuto; (ii) dolo y abuso de facultades; (iii) negligencia grave; y, (iv) incumplimientos de acuerdos de la Junta General de Accionistas.

A continuación, procederemos a desarrollar cada uno de estos supuestos de responsabilidad.

3.2.3.1. Acuerdos o actos contrarios a la Ley o al Estatuto

La responsabilidad de los miembros del directorio se da por el incumplimiento de las obligaciones que el legislador ha señalado para dicho órgano y las normas del Estatuto que los accionistas han impuesto ya sea al momento de constituirse o durante la vida de la sociedad. Por este motivo, el legislador ha visto por conveniente, establecer en la Ley deberes específicos cuyo cumplimiento debe ser observado por los miembros del directorio para no tener responsabilidad. Este incumplimiento según Elías (1999), puede darse por acción u omisión.

Algunos autores como Torres (2000) consideran a este supuesto como una “causal objetiva”, dado que, según su apreciación, la responsabilidad es generada automáticamente al realizar un acto u omisión que contravenga el estatuto o la ley. Según este criterio, no tendríamos que realizar ningún análisis sobre si el accionar de los directores ha sido diligente o no, o si los directores actuaron con dolo o no.

Nosotros somos de la posición que la responsabilidad de los directores es subjetiva, prueba de ello, es que en cada caso concreto debe analizarse que se haya observado el deber de diligencia propia de los directores o verificar si cumplieron con el deber de lealtad.

3.2.3.2. Dolo y Abuso de Facultades

Las acciones y las omisiones de los directores pueden ser consideradas dolosas o abuso de facultades, siempre que causen perjuicio a la sociedad, a sus socios o a un tercero, los directores asumirán responsabilidad por tales actos.

Elías (1999) considera que el dolo, debe ser entendido en su sentido más amplio, incluyendo en este caso el dolo por omisión, el dolo por acción, el dolo eventual, el dolo directo y el dolo principal, debido a que los directores no solamente asumen responsabilidad civil por sus acciones, sino que también se les puede imputar responsabilidad penal y administrativa.

Por otra parte, en lo que respecta al abuso de facultades que la Ley y el Estatuto, les ha otorgado a los directores, ellos responden cuando se exceden en su ejercicio. Un claro ejemplo que abuso de facultades son los actos ultra vires o la utilización de bienes de la empresa en interés de los propios directores.

3.2.3.3. Negligencia Grave

Conforme indica Hundskopf (2002) en lo que respecta a la negligencia grave, es requerido que los actos u omisiones de los miembros del directorio hayan sido cometidos contraviniendo el deber de diligencia, es decir que su actuación haya sido con imprudencia o con descuido grave, ocasionando esto un grave perjuicio para la empresa, para los accionistas o personas ajenas a la compañía.

Asimismo, la negligencia grave implica la no comprensión de lo que alguien hubiese podido comprender, estableciendo un prototipo de hombre con un conocimiento determinado objetivamente y cuyo actuar hubiera tenido un buen padre de familia.

Cabe agregar que nuestra Ley General de Sociedades, ha limitado la responsabilidad únicamente a la negligencia grave, dejando de lado, al no haberla regulado, la culpa leve ni la levísima, situación que en otras legislaciones si se encuentra regulada.

Por otro lado, la negligencia que ocurra, además de producir daño, debe ser grave, ya que esta forma es catalogada en el artículo 177 de la Ley General de Sociedades, lo cual tendrá que evaluarse caso por caso por el órgano jurisdiccional competente.

3.2.3.4. Incumplimiento de los acuerdos de la Junta General de Accionistas

La Ley General de Sociedades indica que una de las funciones del Directorio es la ejecución y cumplimiento de las decisiones que tome la Junta General de Accionistas. En consecuencia, consideramos adecuado que se regule como un supuesto de responsabilidad, el incumplimiento de esta función, ya que se trata de un desacato a un órgano jerárquicamente superior, lo cual toma más fuerza si como consecuencia de dicho desacato pudiesen generarse perjuicios para la compañía, los accionistas o a terceros acreedores.

3.3. El régimen de responsabilidad de los directores en las Sociedades BIC

Como ya se ha comentado anteriormente, el régimen de responsabilidad de los directores de las Sociedades BIC es regido por la normativa general de la Ley General de Sociedades comentados a lo largo del presente capítulo; no obstante, cuentan adicionalmente con deberes propios del modelo de negocio que realizan las Sociedades BIC para llevar a cabo el objetivo beneficioso para la comunidad o medioambiente.

Estos deberes adicionales que se asignan a los miembros del directorio se encuentran en los artículos 7 y 8 de la Ley de Sociedades BIC, los cuales son los siguientes:

- a) Velar por que se realice verdaderamente el propósito de beneficio previsto en los estatutos de la empresa.

- b) Sopesar el efecto que pudieran tener sus acciones u omisiones en los accionistas, empleados, comunidades, el medioambiente, y los intereses de sus accionistas a largo plazo.
- c) Incluir prácticas de transparencia dentro de la organización.
- d) Encargar a un experto externo a la sociedad la realización del informe de gestión sobre el impacto de la empresa y el progreso en el avance de la realización del propósito de beneficio.

Como es posible observar, de forma adicional a los deberes y funciones de una sociedad tradicional, los directores de Sociedades BIC deberán tomar sus decisiones ponderando y tomando en consideración el impacto de sus decisiones de negocio en los *stakeholders*, así como poner en marcha acciones para cumplir con el propósito de beneficio. Como veremos más adelante, esta multiplicidad de intereses que convergen en las Sociedades BIC, suponen que los directores no necesariamente tomen las decisiones empresariales que más rentabilidad o valor generen en los accionistas, quienes, en perjuicio de la obtención del objetivo de generar un beneficio social o medioambiental establecido en el estatuto de la empresa, podrían ver reducidos los dividendos, incluso llegando a verse afectados de forma que se reclame la responsabilidad de los directores por la obtención de un resultado económico no esperado.

3.4. La posibilidad de juzgar decisiones de negocio en Perú

Conforme a lo indicado anteriormente en este capítulo, la regulación respecto de la responsabilidad de los directores de las Sociedades BIC son las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, cuyo artículo 177 establece que los miembros del directorio serán responsables por los daños y perjuicios causados por un acuerdo o acto que (i) viole una ley o los estatutos, (ii) se realice intencionalmente, (iii) se tome o realice en abuso de sus facultades, o (iv) se lleven a cabo con negligencia grave.

En este sentido, las decisiones comerciales que no lograron los resultados deseados pueden considerarse dentro del alcance del último supuesto, ya que la negligencia grave puede definirse como dejar de hacer algo que haría una persona razonable o llevar a cabo algo que una persona razonable no realizaría (Alva Matteucci, 2012), esto implica un ámbito extremadamente amplio e incluso abstracto dentro del cual imputar responsabilidad a los miembros del directorio, incluso por aquellas decisiones comerciales que no hayan permitido obtener a los accionistas el resultado

esperado por una mala praxis al momento de realizar las decisiones u operaciones de negocio. Como consecuencia de ello, es que podemos afirmar que, en Perú, el juez está habilitado, y de hecho será su deber, analizar el fondo de una decisión de negocios verificando los criterios económicos y circunstancias en que se desarrolló el negocio para determinar la existencia de un actuar u omisión no razonable por parte del directorio cuando no se haya obtenido el resultado económico esperado.

Esto está perfectamente permitido por la Ley General de Sociedades, pero como veremos al hablar de la BJR en las compañías estadounidenses, el hecho de que un juez entre a revisar las decisiones de negocio de una empresa es algo riesgoso que podría acarrear sentencias injustas y crear un perjuicio en el dinamismo de mercado y fomento de la incorporación de nuevas Sociedades BIC. Principalmente, la dificultad de esto radica en que los jueces tienen un área de especialidad ajena al de los directores de una empresa, y pueden perfectamente no conocer las particularidades del giro del negocio. Asimismo, el juez, al hacer la revisión de la decisión u operación de negocio podría caer en el “sesgo retrospectivo” cuyo riesgo consiste en caer en el sinsentido de considerar al infortunio o mala suerte como negligencia grave (Quispe Neira, 2010, p. 26). Esto genera que los directores en Perú estén en constante riesgo de caer en responsabilidad por sus decisiones de negocio que no tengan el rendimiento esperado y que los órganos de administración de las sociedades peruanas sean conservadoras y renuentes a tomar riesgos en el ejercicio de sus funciones, lo cual quita dinamismo a sus operaciones.

Esto es importante considerar pues, hay diversos riesgos de negocio que son ajenos a la voluntad del directorio, como lo son la inflación, crisis financieras, caída de precios de *commodities*, crisis políticas, entre otras, cuya responsabilidad no puede recaer sobre el directorio por el simple hecho de no haber obtenido un resultado positivo. Es así que, debemos tener en consideración que el directorio tiene como responsabilidad una obligación de medios y no de resultados, en el sentido de que el directorio tiene la obligación de actuar poniendo todos sus esfuerzos para el desarrollo de las decisiones administrativas que sean tomadas utilizando todos sus conocimientos y habilidades con el objetivo de salvaguardar siempre el interés de la empresa y sus socios, pero no puede serle imputada responsabilidad por el mero hecho de no tener el resultado positivo esperado. Es por ello que el directorio deberá actuar con la diligencia debida, la cual es el deber de llevar a cabo las acciones requeridas para evitar dichas circunstancias que impiden el cumplimiento de las decisiones de negocio antes indicadas, debiendo ser éste el

razonamiento para imputar responsabilidad y así evitar sentencias injustas y medidas que pudieran perjudicar finalmente al mercado. Es en virtud de ello y al riesgo que la regulación actual acarrea que nosotros proponemos la implementación de la BJR, regla jurisprudencial creada en Estados Unidos de América, que trae numerosos beneficios para las actividades de gestión de los directores.

CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LA BUSINESS JUDGEMENT RULE Y SU APLICACIÓN EN LAS SOCIEDADES BIC PERUANAS

4.1. Business Judgement Rule (BJR)

Sharfman (2017) denomina a la *Business Judgment Rule* (BJR) como la norma jurisprudencial más importante del derecho societario estadounidense y sustenta su importancia en el hecho de que esta supone una protección para el directorio de las sociedades en el marco de procesos de responsabilidad pues, esta establece la “*presunción de que en la toma de una decisión de negocios de los administradores de una compañía actuaron de manera informada, de buena fe y en la creencia sincera de que la medida adoptada era en el mejor interés de la compañía*”². En consecuencia, al momento de analizar la imputación de responsabilidad a los directores y gerentes de una compañía, no se evalúan sus decisiones de negocio en base a los resultados económicos obtenidos, sino que únicamente se evalúa si este administrador ha actuado con la debida diligencia al momento de tomar las decisiones de negocio.

Reyes Villamizar (2006, p. 188-189) explica la razón de ser de la BJR en el hecho de que los administradores de las sociedades son y deben ser autónomos para decidir sus actos empresariales, los que pueden tener resultados buenos o malos pero que deben obedecer a un raciocinio adecuado en atención de las circunstancias en que estas son tomadas. En ese sentido, podemos observar que lo que busca la BJR es establecer una protección para los gestores de las empresas con el fin de evitar reglas de responsabilidad excesivas que finalmente sean contraproducentes dado que, de acuerdo a lo señalado por Payet (2003, p. 87) unas reglas demasiado severas podrían llevar a los administradores a dejar de asumir riesgos empresariales razonables lo cual perjudicaría finalmente a los mismos accionistas y le quitaría dinamismo al mercado. Sumado a ello, no sería conveniente que los jueces determinen la conveniencia o razonabilidad de las decisiones de negocio de los gestores ya que no es su materia de *expertise*, por lo que no es recomendable realizar una revisión judicial respecto a los resultados económicos de las mismas.

² A. v. Lewis, 473. A.2d 805 (Del. 1984).

4.1.1. Orígenes de la BJR

Como se ha comentado anteriormente, la BJR es una norma creada por la jurisprudencia que a la fecha se ha convertido en la más importante en Estados Unidos. Esta regla tiene sus orígenes en el año 1945, en el caso *Otis & Co. V. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. 905 (D.C. Pa. 1945). En este caso, lo que ocurrió fue que los accionistas de la empresa Pennsylvania RR Co. iniciaron una demanda de responsabilidad contra los miembros del directorio de la empresa alegando que no obtuvieron el mejor precio por la compra de bonos financieros emitidos por la compañía ante la reiterada negativa de sus directores de buscar el mejor precio posible con otras casas de inversión, lo cual, provocó que la empresa no percibiera casi un millón de dólares.

En efecto, lo que ocurrió en el caso es que la empresa Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co., tenía en la primavera de 1943 bonos en circulación por un total de USD 28'483,000 por un interés de 4.5% pagadero semestralmente. Tanto el principal como los intereses eran garantizados por Pennsylvania RR Co., el accionista mayoritario de la empresa. No obstante, al ver que el mercado de bonos estaba siendo favorable, el presidente de Pennsylvania RR Co., el Sr. Clement, decidió contactar con la empresa Kuhn, Loeb & Co. para determinar si era posible vender a un precio no menor de la par, una nueva emisión de bonos de Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co. con un interés que no exceda 3.75%, que también sea garantizado por Pennsylvania RR Co.

Las negociaciones con Kuhn Loeb & Co. llegaron a buen puerto y en junio de 1943 los directores de Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co. decidieron emitir los nuevos bonos bajo las condiciones antes descritas, los cuales fueron vendidos en su totalidad a Kuhn, Loeb and Co. a la par. No obstante, de forma previa a la emisión de las acciones y al contrato de venta con Kuhn, Loeb and Co., las empresas Halsey, Stuart & Co., Inc. y Otis & Co. se contactaron con el Sr. Clement y otros directores de Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co. indicando que estaban interesados en participar en las negociaciones por bonos de la compañía en caso se decidiera por una refinanciación; no obstante, el Sr Clement y los otros directores se negaron a dar información o negociar con estas empresas bajo el entendido de que no consideraban que pudiera presentar ofertas competitivas por sus bonos.

Es por esta negación reiterada de los miembros del directorio de Pennsylvania, Ohio and Detroit RR Co. a considerar la oferta de Halsey, Stuart & Co., Inc. y Otis & Co. que los accionistas decidieron iniciar una demanda por responsabilidad contra sus directores sustentado en el presunto

incumplimiento en su deber de cuidado por no haber aceptado la oferta de Halsey, Stuart & Co., Inc. y Otis & Co. con la cual, la compañía hubiese podido ganar USD 1'000,000 más.

Sin embargo, cuando resolvieron la controversia, la Corte Distrital de Pennsylvania estableció que, si bien, en efecto, los directores eligieron un equivocado curso de acción, ellos actuaron en buena fe por lo que no podrían ser considerados negligentes, al respecto, la corte estableció lo siguiente:

“mistakes or errors in the exercise of honest business judgment do not subject the officers and directors to liability for negligence in the discharge of their appointed duties”.

De esta manera, la corte, determinó que para determinar la responsabilidad de los administradores el análisis no debía centrarse en los resultados económicos, sino más bien, en la diligencia de los administradores para llegar a estas decisiones de negocio.

Esta regla, que posteriormente fue difundida y utilizada en otras cortes de los Estados Unidos, lo que hizo fue proteger a los administradores de las compañías, garantizándoles que sus decisiones de negocio y los criterios económicos empleados para la toma de dichas decisiones no les generaría responsabilidad siempre que hayan sido diligentes y hayan actuado de buena fe.

Entre los pronunciamientos más emblemáticos de la aplicación de la BJR se produjo en la corte de Ohio, con el caso de Dodge V. Woolsey (1885); en el cual el tribunal expresó que los accionistas podrán entablar acciones de responsabilidad contra la sociedad, siempre que la acción esté justificada y debe ser originada por actuaciones de los administradores que excedan las funciones y facultades que le fueron delegadas, o cuando las decisiones empresariales representen operaciones fraudulentas, o cuando los administradores actúen en su propio interés perjudicando a la empresa y a los socios.

De esta manera, la regla jurisprudencial, aunque no esté expresamente prevista, debe entenderse que se establecieron límites a la capacidad de los accionistas para entablar acciones en contra de la sociedad y los administradores (y por tanto, también a la competencia de los jueces), dado que estas deben estar justificadas (Alejandro Gómez, 2019, p.4).

Otro pronunciamiento emblemático de la BJR se dio en octubre de 1888, por la Corte de Apelaciones de Nueva York, con la sentencia del caso Leslie v. Lorillard, en el cual, el tribunal dijo que una decisión que caía dentro del arbitrio de los directores y no representaba fraude, colusión o conspiración contra uno o más socios o terceros no debía ser objeto de demanda judicial

porque el juez no tenía obligación de dictaminar sobre la conveniencia económica de las decisiones de negocio tomadas por el Directorio.

Otro pronunciamiento relevante fue en el caso *Kamin vs American Express* (1976). En el cual, tras una decisión del directorio, dos accionistas minoritarios demandaron a American Express y a su directorio, argumentando que los directores actuaron negligentemente. En este caso, el tribunal analizó si se debía interferir en la conducta de buena fe de los directores de la sociedad, cuestionando así su autonomía, explicando que el tribunal no debía desperdiciar recursos realizando juicios posteriores respecto de las decisiones de los directores que están basados puramente en cuestiones económicas y comerciales.

En *Aronson vs Lewis* (1984), un accionista de la compañía *Meyers Parking System* alegó ante la corte del estado de Delaware que el directorio de la empresa otorgó contratos generosos y costosos a los fundadores de la empresa, lo que demuestra un comportamiento irresponsable en la gestión de las finanzas de la compañía. Ante esto, la corte concluyó que no juzgaría las decisiones del directorio porque el BJR implicaba una presunción por la cual se consideraba que los directores habían actuado informados, con buena fe y con la creencia honesta de que sus acciones beneficiarían a la sociedad, por lo que es necesario que quien estable la acción desvirtúe esta presunción para que los jueces puedan entrar a evaluar las decisiones empresariales.

Como se ha podido observar en los pronunciamientos recogidos en líneas anteriores, los tribunales de Estados Unidos han fomentado la BJR sea aplicada para fomentar el respeto de las decisiones de negocio que tomen los directores (Alejandro Gomez, 2019).

En consecuencia, podemos concluir que el BJR puede concebirse como una protección para los directores que actúan con buena fe, colocando, sobre quien pretenda imputar responsabilidad, la carga de probar que el director actuó mal (Gilson, 1981).

Igualmente, la aplicación del BJR no supone una protección absoluta que resguarde a los directores de toda responsabilidad (Bradbury, 1988), puesto que los miembros del directorio deben hacerse responsables frente a la empresa en aquellos casos en que no cumplan con sus funciones, sin perjuicio de que el demandante tenga la obligación de demostrar el incumplimiento de los directores, bajo la presunción que estos últimos siempre actúan de buena fe.

4.1.2. Requisitos para aplicar la BJR

Como hemos podido advertir, la BJR es un método empleado por los magistrados al momento de solucionar conflictos acerca de la responsabilidad de los administradores, sin embargo, para que este mecanismo pueda proteger a los directores, estos deberán de haber actuado con buena fe y creyendo de forma razonable que sus actos conseguirán el beneficio de la empresa. En ese sentido, de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, los elementos que normalmente determinan la aplicación de la BJR son los siguientes (Laguado Giraldo y Díaz Cañon, 2004, p. 20):

- a) Buena fe: los directores deben actuar en buena fe, esto implica que actúen creyendo que lo decidido fue lo más conveniente para beneficiar a la compañía. Al respecto, Monsalve Caballero (2008, p. 36) reconoce que puede entenderse a la buena fe como (i) el desconocimiento del perjuicio ocasionado a otro; (ii) la rectitud y honradez en el actuar; y (iii) causa limitante para ejercer derechos y poderes jurídicos, en forma que no se pueda ejercer este derecho o poder atribuyéndole una dándole una función diferente de aquella para la cual fue atribuida a su titular.
- b) Ausencia de conflictos de interés: esto significa que los directores no actuaron basados en intereses personales, esto es, sin conflictos de interés con la sociedad que pudieran ser materiales, tales como un beneficio ecónimo personal o el beneficio de un tercero respecto del cual tienen el deber de actuar en su nombre y representación.
- c) Información: el estar informado es un aspecto fundamental de la diligencia, es por ello que la BJR defiende a los directores que hayan actuado informados y que hayan tenido la oportunidad de analizar la información adquirida. El nivel de información deberá determinarse en base al tipo de decisión que se tome y la complejidad que tenga la materia. En efecto, como indica Torrillo (2016) la información es un elemento vital del deber de diligencia de los gestores de las sociedades pues, no puede considerarse diligente a un administrador que ignora lo que pasa en la compañía y las circunstancias en que se desenvuelve.
- d) Cumplimiento del procedimiento de decisión aplicable: esto significa que el procedimiento de la toma de decisión haya cumplido con todos los requisitos aplicables para la toma de dicha decisión, lo cual implica el cumplimiento de procesos, protocolos,

políticas, la recaudación de informes, recurrir a asesoría externa, entre otros, siempre que las circunstancias y la transacción a realizar lo requieran.

4.1.3. Inaplicación de la BJR

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, la BJR no podrá ser aplicada y los directores carecerán de su protección cuando la parte interesada en impugnar sus decisiones pueda demostrar que no actuó con alguno de los elementos antes indicados, esto es, sin buena fe, con conflictos de intereses, desinformado o habiendo dejado de observar el protocolo de toma de decisiones correspondiente. En consecuencia, en virtud de la BJR lo que ocurre es la transferencia de la carga probatoria a la parte interesada en impugnar las decisiones del director.

Para lograr que la BJR no sea aplicada, Llewellyn (2013) indica que los demandantes deberán alegar y probar que hubo un fraude, abuso en el ejercicio de facultades, conflicto de intereses, corrupción, mala fe, falta de independencia o desinterés, culpa grave o una insuficiente investigación los hechos por parte de los directores de respecto de los cuales era necesaria su decisión. Y, en caso, esto sea demostrado, lo que ocurrirá es que la obligación de presentar pruebas se invertirá y siendo los directores los que esperarán al denominado *Entire Fairness* de la decisión.

Suescún de Roa (2013, p. 349) indica que *Entire Fairness* implica demostrar la razonabilidad de la transacción, para lo cual, los jueces pasan a analizar el *fair dealing*, que consiste en evaluar el proceso de la toma de decisión, las tratativas, la estructura del acuerdo y la información recopilada por los directores para la toma de la decisión. Por otro lado, el juez verificará que haya habido un *fair price* o precio justo, donde deberá analizar tanto el precio de la operación, así como también las implicancias económicas de la misma y los aspectos financieros que tuvieran implicancia en ella.

En consecuencia, de acuerdo Horton (2020, p. 876-877), al aplicar la *Entire Fairness* la corte intentará responder lo siguiente:

- a) Si el directorio estuvo completamente informado.
- b) Si hubo información que fue ocultada al directorio por la contraparte en la transacción.
- c) Si el directorio tomó el tiempo razonable de tiempo para tomar la decisión, pues en caso de haber una decisión apresurada habrá que verificar si había razón para ello.
- d) Si el directorio fue diligente en proteger los intereses de los accionistas.

- e) Si el directorio estuvo coaccionado ya sea por conexiones con la contraparte o a través de amenazas.
- f) Si se recurrió a un comité independiente dentro del directorio para la transacción.
- g) Si se consideró dentro de la decisión el voto de la minoría.
- h) Si se utilizó una metodología aceptada y razonable para determinar el precio de la operación y si fueron razonables los supuestos introducidos en la fórmula del precio.
- i) Si fue el precio de transacción más alto que le brindaba el mercado.

Finalmente, si se discute algún conflicto de intereses de los administradores de la sociedad, conforme a Block et al, (1998, p. 343) se considerará que hubo interés por parte del director cuando sea parte de la transacción; tenga vinculación familiar, económica o empresarial con algún otro agente involucrado en la operación; tenga interés económico en la operación; o esté bajo la autoridad de alguno de los agentes que participan en el negocio. Asimismo, tal como se estableció en el caso Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993) para romper la presunción de la falta de conflicto de interés, será necesario que la mayoría del directorio tenga interés en la transacción o que aquellos interesados hayan tenido una participación determinante en la toma de la decisión.

4.1.4. Diferencia entre BJR y debida diligencia

Otro aspecto importante para tener en cuenta al momento de analizar la BJR es su diferencia respecto de la debida diligencia. En ese sentido, Miller y Rutledge (2005, p. 343) han establecido su diferencia indicando que mientras que la debida diligencia es un estándar de actuación requerido a los directores para decidir los aspectos comerciales de la empresa; la BJR es una pauta para revisar la actuación de los directores, entendiéndose la misma como la tarea que debe llevar a cabo un juez al momento de evaluar la actuación de los administradores para determinar su responsabilidad.

En consecuencia, la BJR lo que establece es una presunción que protege a los administradores salvo que haya actuado con negligencia grave que corresponderá al demandante probar. Mientras que, por otro lado, la debida diligencia lo que busca es obligar a los directores y administradores en un estándar de diligencia propio de alguien “*prudente y diligente en circunstancias similares*” (Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co., 188 A.2d 125, 130 (Del. 1973)).

Es por ello, que la BJR crea una pauta para revisar de forma menos estricta que la debida diligencia, favoreciendo la buena fe de los directores y administradores para fomentar el ejercicio de la administración de compañías y viabilizar el procedimiento para tomar decisiones de negocio y la toma de riesgos.

4.2. La BJR y las Public Benefit Corporations

Como comentamos anteriormente, la BJR se volvió en una regla jurisprudencial ampliamente utilizada, llegando a ser utilizada en Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, entre otros, consistiendo en una presunción de buena fe y diligencia de los directores de modo que no sea objeto de evaluación para efectos de imputarles responsabilidad, el resultado económico de sus decisiones en el análisis de su responsabilidad, sino únicamente si en efecto actuó de modo diligente y con buena fe en la toma de sus decisiones.

Esta herramienta jurisprudencial ha resultado exitosa en la jurisprudencia estadounidense y su aplicación no dejó de ser observada con la creación de las *Public Benefit Corporations* en las cuales su aplicación ha supuesto una solución importante al momento de determinar la responsabilidad de sus directores por la complejidad que ha supuesto el paso del modelo tradicional de capitalismo al nuevo capitalismo de los *stakeholders*.

4.2.1. Problemas de las Public Benefit Corporations

Para comentar acerca de la aplicación de la BJR en las *Public Benefit Corporations*, es importante precisar que, sin perjuicio de la acogida que tuvo este modelo de negocio y las ventajas que supone, también ha presentado algunas desventajas o problemas que han sido generadas sobre todo por el hecho de ser empresas con un enfoque distinto al de una empresa tradicional enfocada en conseguir la mayor rentabilidad para la empresa misma y para los accionistas, para pasar a ser empresa que voluntariamente ha incluido dentro de su estatuto un objetivo enfocado en conseguir un objetivo social o medioambiental, adoptando el modelo denominado como capitalismo de los *stakeholders*.

En ese sentido, Gil Lan (2015) elaboró un estudio respecto a los problemas más comunes en las *Public Benefit Corporations*, con lo cual identificó y calificó los problemas de este tipo de

empresas, llegando a concluir que había tres tipos de problemas recurrentes en estas compañías, siendo el primero de ellos, el denominado “*Expanded Conflict of Interest Problem*”, el cual puede ser descrito como aquella dificultad que implica el hecho de que, al haber mayor número de intereses dentro de la sociedad, exista mayor posibilidad de que los directores tengan conflicto de intereses y actúen en perjuicio de algunas de las personas interesadas para obtener beneficios personales. Al respecto se pone como ejemplo el caso de una empresa que atraviesa un periodo de recesión, donde los directores tomarán decisiones enfocadas necesariamente en obtener mayores beneficios para compañía para que su desempeño sea aprobado por los accionistas y sean así reelegidos, aun cuando para ello hayan tenido que descuidar la búsqueda del objetivo de crear un beneficio y perjudicar así los intereses de los *stakeholders*.

El segundo problema que identifica Lan es el denominado “*The Unrepresented Public Interest Problem*”, el cual, como indica su nombre, consiste en la dificultad que existen en este modelo empresarial donde es poco probable que una parte interesada que no sea un accionista ejercite una acción para salvaguardar sus intereses y conminar a los directores y administradores a cumplir el propósito de beneficio y garantizar el cumplimiento de este pues no tienen representación ni están habilitados legalmente para iniciar acciones legales contra los directores y gestores que hayan actuado sin observar el propósito de beneficio o que hayan actuado en perjuicio de este. Es por eso que se considera que realmente no se ve representado el interés de los *stakeholders*, dado que no tienen un medio de defensa ni una forma de presionar para que realmente este objetivo social o medioambiental se cumpla y se vean representados de forma efectiva sus intereses.

Finalmente, la última clasificación identificada por Lan es el problema llamado “*No Guidance Problem*”, que se explica en el hecho de que ni la normativa ni el estatuto de la sociedad brindan una guía para que los directores o administradores sepan cuando elegir o priorizar los intereses de todos los *stakeholders* a los que deberán considerar en búsqueda de conseguir el propósito de beneficio. Esto finalmente, puede llegar a ser contraproducente para la operativa de la sociedad pues, generará demoras para tomar decisiones por la falta de certeza para determinar el debido balance que debe haber entre los intereses de los distintos *stakeholders* o podrá ocasionar que se les impute responsabilidad a los directores aun cuando hayan actuado de forma diligente.

4.2.2. El problema de la menor rentabilidad en las Public Benefit Corporations

Es precisamente el “*No Guidance Problem*” es el problema que nos interesa abordar en la presente tesis pues, su origen se da por el hecho de que no existe en la normativa ni en la jurisprudencia una forma de sopesar los intereses de todos los interesados en la empresa. Este vacío legal puede llegar a ocasionar que las partes no vean sus intereses debidamente abordados por el directorio de la compañía y eventualmente inicien acciones de responsabilidad contra ellos por considerar que no están realizando las funciones encomendadas de forma diligente.

Sin perjuicio de ello, como hemos visto anteriormente, al hablar de “*The Unrepresented Public Interest Problem*”, realmente no cabe la posibilidad de que sean los *stakeholders* quienes inicien acciones contra los directores de la empresa por considerar que sus intereses no están siendo considerados ni protegidos por ellos al no tener la capacidad para iniciar acciones legales contra los directores ni un modo de exigirle a la empresa el cumplimiento de este propósito de beneficio; en consecuencia, queda dicha posibilidad en los accionistas de la *Public Benefit Corporation*, quienes sí podrán iniciar acciones legales contra los directores que no protejan sus intereses en virtud de la relación de agencia que existe entre ellos, la cual obliga a los administradores de la empresa a asegurar que esta sirva al mayor interés de los accionistas, que es obtener el máximo rendimiento financiero (Véliz Ortiz, 2018, p. 43).

En consecuencia, y sobre la base de que el interés principal de los accionistas en las sociedades capitalistas tradicionales es alcanzar la mayor rentabilidad posible; es razonable y legalmente posible que en las *Public Benefit Corporations*, al igual que en las sociedades tradicionales, se produzcan procesos de responsabilidad contra los miembros del directorio por tomar decisiones empresariales que generaron pérdidas a la sociedad o que no hayan tenido el resultado esperado cuando no hayan sido diligentes.

No obstante, también cabe la posibilidad de que, por el contrario, los directores y administradores hayan actuado de forma diligente y hayan tomado decisiones de negocios en aras de conseguir alcanzar el propósito social o medioambiental de la compañía y en consecuencia de esto, sin descuidar sus deberes frente a los accionistas, hayan obtenido una menor rentabilidad. Esto es posible y lógico en las *Public Benefit Corporations* pues el modelo de capitalismo de los *stakeholders* establece que el deber de cuidado de los gestores de la sociedad debe alcanzar también los intereses de todos los *stakeholders*, lo cual se manifiesta en que se tomarán decisiones y se

implementarán acciones para alcanzar un objetivo social o medioambiental específico. Dicho interés deberá considerarse y sopesarse para la toma de decisiones de negocio, lo cual puede conllevar un detrimento al interés de los accionistas de obtener el mayor rendimiento posible.

En estos casos que originaron una problemática importante para la *Public Benefit Corporations*, la jurisprudencia estadounidense encontró una solución importante en la BJR.

4.2.3. La BJR y su aplicación en las *Public Benefit Corporations*

Como se indicó al hablar de la BJR, este estándar de revisión ha sido ampliamente aplicado por las cortes de Estados Unidos para asegurar que la determinación de responsabilidad a los administradores de compañías sea realizada en base al incumplimiento de sus deberes frente a ella y no sobre el resultado económico de sus decisiones. Esto es vital pues, el principal deber de los directores de las *corporations* es darles el mayor rendimiento a los accionistas por su aporte al capital, por lo que la BJR matiza y protege a los directores cuando no se obtenga un resultado esperado o se obtenga pérdidas por sus actos y decisiones tomadas en cumplimiento de estos deberes fiduciarios, pero habiendo actuado con la diligencia debida.

Esto es particularmente complejo en la *Public Benefit Corporations*, donde hay unamultitud de intereses que convergen en la empresa y que los directores deberán tener presente en la toma de sus decisiones; pero no hay guías o directivas respecto a la forma en que los directoresdeberán sopesar dichos intereses, que muchas veces podrán ser contrarios al interés tradicional delos accionistas. Esto ha significado para una dificultad para la determinación de responsabilidad delos directores, pues estamos frente a empresas que, sin dejar de tener ese tradicional objetivo de generar utilidades para sus accionistas, han optado por trabajar para alcanzar un objetivo beneficioso para la sociedad o el medioambiente.

Ante esta multiplicidad de intereses que convergen en las *Public Benefit Corporations*, las cortes de Delaware fueron de las primeras en brindar opinión respecto a esta situación, incluso antes de que se haya difundido la regulación y creación de este modelo de compañías en Estados Unidos. Es así, que en el caso *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 33 (Del. Ch. 2010), la corte estableció que la promoción o consecución de objetivos distintos al de la rentabilidad de los accionistas debe conducir en algún punto a crear valor para los accionistas; y bajo dicha premisa, empleó la figura de BJR para revisar la responsabilidad de los directores.

Sumado a ello, de acuerdo a Womack (2018, p. 167-168) lo que han argumentado durante años los tribunales de Delaware para mantener la aplicación de la BJR en las *Public Benefit Corporations* es el hecho de que ha sido generalmente aceptado e implementado políticas u objetivos filantrópicos en las *corporations* tradicionales sin desvirtuar o modificar el estándar de diligencia de los miembros del directorio, a la vez que sus accionistas han optado por limitar la misión de obtener la mayor ganancia posible de su inversión en favor de un propósito específico. Esto sin perjuicio de que, las *Public Benefit Corporations* nunca dejan de perseguir la tradicional rentabilidad para los accionistas, sino que establecen objetivos sociales y medioambientales dentro de su objetivo de obtener utilidades.

Otras de las razones consideradas por la jurisprudencia estadounidense para utilizar la BJR en las *Public Benefit Corporations* son, en primer lugar, el hecho de que sus estatutos no son contrarios a las formas corporativas tradicionales, por lo que mantienen la misma forma de funcionamiento; y, en segundo lugar se encuentra el fundamento de que la BJR no se ve afectado por la existencia de las *Public Benefit Corporations*, pues la razón de ser de esta regla jurisprudencial es verificar la forma en que los directores utilizan el dinero de los accionistas, hecho que no se modifica en este nuevo tipo de empresas que libremente se han obligado a alcanzar objetivos sociales o medioambientales (Womack,2018, p. 168). Es precisamente esta la razón por la cual se ha tomado a la BJR como la solución a la delimitación o la forma de limitar la responsabilidad de los miembros del directorio por aquellas decisiones empresariales que no hayan generado el rendimiento deseado pues, si bien el director deberá considerar los intereses de los *stakeholders* y no únicamente la de los accionistas, los administradores se verán librados de responsabilidad si pueden argumentar que su actuar fue razonable y en buena fe, y que se consideraron los intereses de todas las partes vinculadas a la sociedad en el proceso de toma de decisiones de negocio.

4.2.4. Críticas a la aplicación de la BJR en las Public Benefit Corporations

Cierto es que los argumentos anteriormente empleados para utilizar la BJR en las *Public Benefit Corporations* han sido criticadas por la doctrina, pero no respecto a las ventajas que supone su protección en los administradores de este modelo de empresa y el impulso del dinamismo de la

economía, sino por una eventual desprotección que podría haber en relación al cumplimiento del propósito de beneficio.

Adicionalmente a la BJR tradicional, ya explicada a lo largo de la presente tesis, los tribunales de Delaware desarrollaron criterios de revisión reforzados, uno de ellos es el estándar *Unocal* el cual es utilizado para verificar si el director violó el deber de lealtad que tiene frente a la compañía (*Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946, 955 (Del. 1985)). Esta regla jurisprudencial establece que los directores únicamente podrán tener la protección del BJR si pueden probar que tenían razones sensatas para considerar que de actuar de otra manera se podía poner en peligro la política y eficacia de la empresa y que su decisión se tomó como una medida de defensa ante la amenaza planteada.

Otro de los criterios reforzados de la BJR es la denominada *Revlon* (*Revlon*, 506 A.2d at 182.) el cual aplica en los casos en que la compañía decide iniciar un proceso de oferta activa para proceder a su venta o se decida el proceso de reorganización empresarial. En estos casos, se analiza el accionar de los directores en base a los esfuerzos de generar la mayor cantidad de riqueza para los socios y sin considerar los intereses de otras personas interesadas en la empresa que no sean accionistas.

Como podemos ver, los criterios *Unocal* y *Revlon*, a primera vista no parecen ser de fácil aplicación para las *Public Benefit Corporations*, debiendo, en todo caso matizarse en virtud del caso concreto teniendo en consideración también los intereses de los otros *stakeholders*, sin embargo, y a pesar de las dificultades que las corporaciones de beneficio pudieran tener para la aplicación de la BJR, negarles esta protección podría ser perjudicial para su existencia y desarrollo.

Al respecto, Burba (2017, p. 344-355) ha indicado que a pesar de estas dificultades, la doctrina más difundida ha considerado que es necesario e importante aplicar la BJR en las *Public Benefit Corporations* debido a que la imposibilidad de los directores de acogerse a la protección de esta regla jurisprudencial podría hacer que menos profesionales estén interesados en ejercer la administración de este tipo de empresas para evitar el riesgo de ser imputados responsables aun cuando sea hábiles y se desenvuelvan lealmente en el desarrollo de sus ocupaciones. Por otro lado, la autora comenta que es difícil que los tribunales busquen sustituir su propio juicio por el de los administradores de la sociedad, llegando incluso a estar más reacios que en las *corporations* tradicionales, por la complejidad que reviste la multiplicidad de intereses que convergen en las *Public Benefit Corporations*.

Es por estos motivos que la mayoría de los tribunales y doctrina recomiendan apegarse a lo establecido en la Legislación Modelo de las *Public Benefit Corporations* elaborada y promovida por B-Lab, y en la cual se han basado la mayoría de las regulaciones estatales para regular este tipo de compañías. En ese sentido, en el artículo 301(a)(3) de la ley modelo señala que los miembros del directorio de las empresas de beneficio no deben darle prioridad a un interés en particular, asimismo, establece que los directores no tienen deberes frente a personas que sean beneficiarios del propósito de beneficio de la empresa, en consecuencia, ningún tercero podrá demandar a los directores, manteniendo dicha potestad en los accionistas, frente a los cuales, la BJR aplicaría, no pudiendo argumentarse la responsabilidad de los directores por los resultados económicos del negocio que hayan sido desventajosos siempre estos hayan actuado en cumplimiento de sus deberes frente a la compañía y con diligencia.

4.3. La BJR y las Sociedades BIC Peruanas

Como hemos podido observar, BJR ha resultado una herramienta útil y conveniente para proteger y fomentar la dinámica de los negocios en las corporaciones tradiciones en Estados Unidos, y ha sido aplicada en las *Public Benefit Corporations* dadas las ventajas que esta suponían para emitir sentencias justas sobre responsabilidad de los directores ante el problema de la convergencia de múltiples intereses que estos deben tomar en consideración para la toma de sus decisiones, fomentando que más profesionales se vean interesados en asumir la gestión de este tipo de empresas sin temor a verse expuestos a demandas de responsabilidad a pesar de su actuar diligente, y promoviendo el dinamismo de las operaciones mercantiles.

Coincidimos en que la BJR es una herramienta conveniente y útil para determinar la responsabilidad de los miembros del directorio en las Sociedades BIC Peruanas y más aún cuando existe la posibilidad de iniciar acciones contra estos por no obtener el resultado económico esperado aun cuando estos hayan tomado sus decisiones de negocio por convenir al propósito de beneficio adoptado por la compañía, es por ello que a continuación analizaremos la conveniencia de su aplicación a la legislación peruana, iniciando por analizar a las Sociedades BIC en Perú y el régimen de responsabilidad actual de los directores.

4.3.1. Aplicación del BJR a mercados similares al peruano

Antes de realizar el análisis de si la BJR puede ser aplicada en Perú y la forma en que debería realizarse su inclusión, repasaremos la experiencia en países latinoamericanos donde también se ha desarrollado un análisis en torno a la responsabilidad de los directores, así como de la conveniencia o no de implementar esta regla jurisprudencial.

En primer lugar, tenemos al ordenamiento argentino, donde la BJR no ha sido regulada ni tampoco hay antecedentes jurisprudenciales de su aplicación, pero donde la doctrina reconoce los beneficios de dicha figura y la conveniencia de incorporarla en su legislación (Abdala, 2014, p. 275). Al respecto, en dicha legislación se discute sobre la forma en que debería aplicarse la BJR, ya sea únicamente a los casos de culpa leve y levísima o si deberá aplicarse a todo caso de culpa sin importar su gradualidad. Si bien hay una discusión doctrinaria sobre ello, Abdala (2014, p. 276) comenta que lo más conveniente será realizar una aplicación de la BJR a todo caso de culpa sin importar su gradualidad pues la misma ley de sociedades argentina excluye la responsabilidad de los administradores por culpa leve y levísima, por lo que su aplicación general resulta la más conveniente para poder brindarle a los directores una mejor protección frente a la responsabilidad de sus decisiones de negocio.

Por otro lado, analizamos el caso colombiano, donde tampoco existe la figura de la BJR a nivel normativo, pero donde sus criterios sí han sido utilizados por los juzgados para eximir de responsabilidad a los miembros del directorio por sus decisiones empresariales. En ese sentido, Lopez Gómez ha comentado que, tras infructuosos intentos por incluirlas formalmente en su legislación, la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de Colombia ha buscado en numerosas ocasiones su aplicación a nivel jurisprudencial, lo cual ha sido de apoyo para la inclusión de esta figura, aunque no de un modo integral pues su regulación sigue siendo considerado como un tema pendiente y necesario para proteger debidamente la actividad de los directores.

4.4. Aplicación de la BJR en las Sociedades BIC Peruanas

Habiendo analizado ya la figura de las Sociedades BIC en Perú, sus similitudes con las *Public Benefit Corporation* y habiendo determinado que es posible que sus directores sean imputados responsables por sus decisiones empresariales, así como habiendo analizar el estado de

la aplicación de la BJR en otros países latinoamericanos con mercados similares al nuestro, pasaremos a analizar la viabilidad de aplicar y la forma de incluir la BJR en nuestro ordenamiento, partiendo del análisis actual de nuestra legislación para verificar que no se contradiga con esta figura.

4.4.1. Viabilidad de aplicar la BJR en Perú

Para analizar la posibilidad de aplicar la BJR en Perú es importante tener en cuenta que a la fecha no hay normativa en la legislación civil o societaria peruana que prohíba su aplicación a nivel jurisprudencial, de hecho, al tener como una de las causales de imputación de responsabilidad a la culpa, nuestro ordenamiento permite adentrarnos al análisis de un estándar de diligencia mínimo que debe cumplirse para no incurrirse en esta causal, el cual está delimitado por el deber de la debida diligencia impuesto a los gestores de las empresas al momento de desempeñar sus funciones. Como se ha mencionado anteriormente y en atención a este estándar de conducta, lo que prima para verificar la diligencia de un director no radica en el resultado obtenido en sus decisiones de negocio, sino en la prudencia y diligencia empleadas en el marco del procedimiento establecido para tomar decisiones en aras de salvaguardar los intereses sociales.

Ahora bien, este estándar de conducta, si bien esta mencionado a lo largo de nuestro Código Civil y de nuestra Ley General de Sociedades, no tiene un concepto o valoración uniforme. Es así que la Ley General de Sociedades en su artículo 171, únicamente indica que los miembros del directorio deberán desempeñar sus funciones con “*la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal*”, lo cual hace alusión a los deberes de buena fe y de diligencia, los cuales como deben marcar la pauta en el actuar de los miembros del directorio en el desempeño de su cargo como parámetros de conducta abstractos, cosa que no ha cambiado con la aplicación de la Ley de Sociedades BIC que remite a la Ley General de Sociedades al regular los deberes y responsabilidad de los directores.

En ese sentido, podemos observar que, al momento de que un juez verifique la responsabilidad de un director deberá verificar que haya cumplido con la diligencia ordinaria de un profesional competente en casos similares y haya actuado con buena fe, lo cual, en una Sociedad BIC se da cuando se cumple con el estándar de diligencia establecido en las provisiones de la Ley

General de Sociedad y cuando además se actúa ponderando el impacto que sus actos y omisiones tengan en los *stakeholders* y en el desarrollo del objeto social y del propósito de beneficio.

Es cierto que no existe una fórmula para ponderar dicho impacto ni para determinar los intereses que deben tomarse como prioridad en el desarrollo de la Sociedad BIC, sin embargo, siempre que se haya actuado genuinamente y con prudencia para el desarrollo del propósito de beneficio, los resultados de negocio no deben ser un factor que determine la responsabilidad de los administradores, lo cual es posible con la BJR que se centra en el comportamiento de los mismos y no en la obtención de utilidades durante el mandato, lo cual es posible en el ordenamiento peruano al establecer que la obligación de los directores con la empresa es una obligación de medios.

En consecuencia, dado que la obligación propia de los directores es la de administrar y gestionar la sociedad bajo el estándar de conducta antes mencionado, sin comprender la obligación de obtener una rentabilidad esperada o resultados positivos, la BJR en el Perú sería aplicable bajo el ordenamiento actual, protegiéndose la discrecionalidad de los miembros del directorio en el desarrollo del cargo empresarial y sus decisiones de negocio siempre que se acredite que los mismo actuaron bajo el parámetro de conducta que comprende el actuar diligente y la buena fe.

4.4.2. Fundamentos de aplicar la BJR en Perú

La doctrina ha identificado cuatro fundamentos para aplicar la BJR en un determinado ordenamiento jurídico (Guerra, 2018), que también es aplicable para el ordenamiento peruano y son las principales razones que motivan nuestra propuesta para la inclusión dentro del marco normativo peruano de esta regla jurisprudencial:

- a) Elimina o reduce el riesgo de que los jueces juzguen decisiones empresariales. Lo cual implica evitar que los jueces juzguen el accionar de los directores utilizando sus propios criterios económicos y percepción de los hechos pues, como se comentó anteriormente, los jueces no son expertos en el negocio de la empresa y con su conocimiento externo de los hechos podrían llegar a exigir una diligencia irracional que no realista de cara al mercado ni a las circunstancias en que se dio la decisión de negocio. Con la aplicación de la BJR, los jueces se verían impedidos de analizar el fondo de las decisiones de negocio, limitándose a verificar el actuar diligente y con buena fe de los directores, por

lo que la exigencia de una diligencia desmedida sería limitada al no poder cuestionar los criterios económicos de los mismos basándose en los resultados económicos de su administración.

- b) Evita sesgos retrospectivos. El sesgo retrospectivo o *hindsight bias*, consiste en una alteración en valoración de las probabilidades de que un hecho ocurra al analizarse de forma posterior. En otras palabras, con la BJR, se evitaría que los jueces, al conocer el resultado de las acciones de los directores, asuman que estaban en la posibilidad de haber previsto que el resultado negativo se daría, esto, al igual que el hecho de revisar las decisiones empresariales, generan como perjuicio que los jueces puedan exigir una diligencia desproporcionada que no guarde relación con la realidad y las circunstancias del negocio.
- c) Alentar la innovación y asunción de riesgos. Como se ha comentado a lo largo de la presente tesis, una de las grandes ventajas de la BJR es que, al dar una protección a los directores, protege la discrecionalidad empresarial y alienta la innovación, así como el dinamismo en la toma de decisiones de negocio. Esta ventaja o fundamento es esencial en un mercado tan cambiante como el peruano pues fomentan la adecuación y desarrollo de mejores formas de gestión empresarial. Al respecto, Hernández Peña (2022, p. 63) pone como ejemplo los cambios empresariales que surgieron desde la pandemia por la Covid-19 donde los comercios tuvieron que adecuar su marketing a las nuevas necesidades del mercado; actualizar sus productos y servicios; dependiendo de sus circunstancias económicas, también debieron iniciar la venta de activos y resolver contratos para poder superar la crisis económica; así como revisar sus modelos para determinar las demandas del mercado bajo el marco de la nueva realidad. Todo ello, sumado a las naturales modificaciones al marco regulatorio de los diversos sectores, así como modificaciones laborales y cambios de políticas de gobierno nos permiten observar la importancia de promover la toma de riesgos e innovación por parte de los directores.

Ante estas circunstancias, se torna esencial que los directores tengan cierta libertad para tomar decisiones de negocio y asuman riesgos para proteger los intereses de la empresa, bajo estas circunstancias, el hecho de que puedan responder por negligencia al tener un resultado de negocio negativo es altamente perjudicial para la economía y dinamismo del mercado nacional, lo cual se vería cubierto por la BJR. Las Sociedades BIC no son

ajenas a estas circunstancias, las cuales, deberán tener la posibilidad de ser aún más dinámicas por el número de intereses que convergen en las sociedades que optan por este modelo de negocio, las cuales deben adecuarse a para poder lograr el objeto social y además su propósito de beneficio.

- c) Inexistencia de “lex artis”. De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, se debe entender por “lex artis” al “*conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio*”. A este conjunto de reglas se le debería entender como a aquellas condiciones mínimas de diligencia que debe cumplir un determinado profesional en el ejercicio de esta.

Como es sabido, no existe una “lex artis” para el desarrollo de las obligaciones de los miembros del directorio de una empresa y mucho menos de aquellas que hayan optado por el modelo de Sociedades BIC, por lo cual no hay un estándar para evaluar si un director actuó diligentemente al tomar decisiones, sopesando el efecto de sus actos y omisiones en los intereses de los *stakeholders* y trabajando siempre en aras del cumplimiento del objeto social y del propósito de beneficio. A esta falta de “lex artis” hay que sumarle la dificultad que representa el hecho de no tener jurisprudencia donde se haya desarrollado un estándar de diligencia mínima, como ocurre en Perú donde no existe este desarrollo jurisprudencial.

Frente a esta dificultad, lo que haría la BJR es evitar que los jueces imputen responsabilidad a los miembros del directorio por sus decisiones empresariales basados en criterios económicos, en tanto que dichos criterios serán manifestaciones de la discrecionalidad de estos, en tanto que no existe una “lex artis” que impongan reglas técnicas mínimas para la toma de dichas decisiones, dado que lo contrario supondría entrar a valuaciones de negocio que van más allá de la *expertise* de los jueces.

Como puede verse, los fundamentos para aplicar la BJR en Perú suponen proteger a los miembros del directorio por sus decisiones empresariales ante la falta de una regulación de su actividad que le permitan tomar decisiones oportunas y adecuadas ante el dinamismo y constantes cambios del mercado, motivando a los jueces a observar únicamente el actuar diligente y con buena fe de los directores, de forma que no puedan ser responsables por obtener resultados desfavorables.

4.5. Propuesta de inclusión de la BJR en la legislación peruana

En el siguiente punto de la presente tesis, abordaremos nuestra propuesta para absolverse la problemática planteada consistente en la posibilidad de imputarle responsabilidad a los directores de las Sociedades BIC por los resultados de negocio no esperados o negativos, cuando estos hayan actuado de forma diligente en aras del cumplimiento del objetivo social o medioambiental de la sociedad. Nuestra propuesta consiste en incluir dentro de la Ley de Sociedades BIC modificaciones normativas que permitan la aplicación de la BJR.

4.5.1. Propuesta de aplicación de la BJR en la Ley de Sociedades BIC

Es conveniente precisar la Ley de Sociedades BIC para delimitar la responsabilidad de los miembros del directorio ante un posible incumplimiento a su deber de evaluar las consecuencias que sus acciones y omisiones puedan tener en los *stakeholders*, y los intereses de los accionistas a largo plazo respecto del desarrollo del objeto social y el propósito de beneficio. Es por ello que proponemos el texto siguiente:

“Artículo 7-A.- Criterios para la limitación de responsabilidad de los directores

Los directores no serán responsables por los resultados económicos o financieros de sus decisiones estratégicas o de negocio para la administración de la sociedad en tanto que estos hayan actuado:

- a) con buena fe;*
- b) sin conflicto de intereses sobre el objeto de la decisión;*
- c) debidamente informados; y*
- d) en cumplimiento del procedimiento de decisión aplicable.*

Se entiende que, si los directores han actuado en cumplimiento de estos requisitos mínimos, no han incurrido en los supuestos de responsabilidad a los que se refiere el primer párrafo del artículo 177 de la Ley General de Sociedades.

Se presume que los directores actúan en cumplimiento de estos requisitos mínimos, salvo que la parte que demande su responsabilidad pueda probar lo contrario.

Se entiende por decisiones estratégicas o de negocio a aquellas decisiones relativas a la gestión y administración de la sociedad que sean relevantes para el desarrollo de su objeto social.”

Puede verse, en nuestra propuesta de artículo 7-A de la Ley de Sociedades BIC, que establecemos la protección de los miembros del directorio de dichas compañías que hayan actuado bajo los requisitos mínimos de aplicación de la BJR en los Estados Unidos, que delimitan de forma probadamente adecuada los criterios para determinar un actuar diligente de los miembros del directorio en el desarrollo de su gestión.

Del mismo modo, se establece la presunción de que los miembros del directorio ejercieron el cargo en cumplimiento de dichos requisitos mínimos, transfiriendo la carga probatoria al demandante, a quien corresponderá probar la mala fe, conflicto de interés, falta de información o el incumplimiento del procedimiento de toma de decisión. Todo esto, como vimos, podría ser probado a través de documentación que prueba el estándar interno de la sociedad de consultar determinados temas a asesores externos, el actuar buscando el beneficio personal por cercanías con proveedores o clientes, o en interés específico de un accionista en particular, una deficiente recopilación de información, o haber puesto en ejecución la decisión u operación sin la autorización o consulta al órgano societario correspondiente.

Asimismo, se incluye dentro de nuestra propuesta establecer un concepto amplio de decisión de estratégica o de negocio, estableciendo que deberá considerarse a estas como aquellas decisiones tomadas por el directorio en ejercicio de sus facultades de gestión y que tengan incidencia o sean relevantes para desarrollar el objeto social de la compañía. Se optó por mantener una definición amplia de decisión estratégica o de negocio debido a que la naturaleza y número de este tipo de decisiones es variado, distinto y dependerá del tipo de actividad económica que realice la empresa, así como de su estructura interna o tamaño que esta tenga, o si se trata de una empresa familiar o corporativa.

En conclusión, nuestra propuesta es que ante el dinamismo del mercado y de las condiciones en que se desarrolla el negocio, nuestra propuesta no es establecer una fórmula única para evaluar las consecuencias de las acciones u omisiones del directorio en los *stakeholders* y en los intereses de los accionistas a largo plazo respecto al objeto social y el propósito de beneficio, sino establecer que la forma en que se realizará dicha ponderación deberá quedar a discreción de los directores, para brindarle la flexibilidad que esta requiere en atención al ámbito cambiante y dinámico en que se llevan a cabo las actividades económicas. De esta forma, los directores podrán establecer sus formas de ponderación, respondiendo por estas únicamente cuando se hayan incumplido con

cualquiera de los requisitos mínimos propuestos en el artículo 7-A, lo cual deberá ser probado por la parte demandante.

4.6. Medidas complementarias para fomentar la inclusión de la BJR en la legislación peruana y promover la creación de Sociedades BIC

Entendemos que el cambio normativo propuesto por sí mismo requerirá mayores actividades para su aplicación y también para fomentar que se constituyan más Sociedades BIC en Perú, en consecuencia, proponemos las siguientes medidas para poder complementar la solución normativa:

- a) Realizar charlas y capacitaciones a jueces para delimitar la forma de evaluar la responsabilidad de los directores al tomar decisiones, velando por fomentar la celeridad en la toma de decisiones y para que se verifique que las demandas hayan sido debidamente motivadas por parte de los accionistas que pretendan iniciar este tipo de actos.
- b) Fomentar la discusión doctrinaria respecto al régimen de responsabilidad de los directores y gerentes en las Sociedades BIC, promoviendo artículos de opinión por diversos medios para dar visibilidad a esta problemática y evaluar la alternativa de solución propuesta.

Asimismo, para fomentar la constitución de Sociedades BIC, sabemos que no es suficiente con la seguridad jurídica que este cambio normativo pueda generar, por lo que proponemos tomar iniciativas como las realizadas en Colombia, donde la creación de Sociedades BIC está ampliamente difundida. En ese sentido, proponemos implementar en Perú beneficios que se han implementado en dicho país, tales como:

- a) Brindar créditos preferenciales a este tipo de compañías dada la finalidad positiva de su actividad.

- b) Brindar tasas preferenciales para el registro de signos distintivos y nuevas tecnologías ante Indecopi a Sociedades BIC.
- c) Establecer la condición de Sociedad BIC como un factor de desempate en procesos de selección con el Estado.
- d) Brindar beneficios tributarios que hagan atractiva la creación de Sociedades BIC y las diferencien de las demás formas de hacer empresas que puedan haber acogido fines altruistas dentro de su actividad social.

Conclusiones

- 1- Las Sociedades BIC son un nuevo modelo de negocio que tiene el objetivo de cambiar el concepto de valor tradicional, para buscar la obtención de valor a largo plazo en beneficio de la comunidad y el medioambiente.
- 2- Nuestra Ley de Sociedades BIC y su Reglamento establecen que los directores tendrán deberes ampliados, incluyendo el deber de evaluar las consecuencias de sus acciones u omisiones para los accionistas, los empleados, la comunidad, el medioambiente, y las expectativas a largo plazo respecto al desarrollo del objeto social y el propósito de beneficio que los socios tengan.
- 3- Estos deberes ampliados han ocasionado que los directores no se tengan que centrar únicamente en el beneficio de la sociedad o de sus socios, buscando únicamente la mayor rentabilidad, sino que además se les ha asignado el deber de velar por el interés de los *stakeholders*.
- 4- La ampliación de los deberes de los directores han generado que su objetivo no se centre únicamente en la rentabilidad, sino también en generar ese valor a largo plazo en beneficio de la comunidad y el medioambiente, lo cual necesariamente implicará que no siempre actuará en aras de obtener el mejor resultado pues, ello podría implicar el descuido o el perjuicio de los intereses de los otros *stakeholders*.
- 5- El problema que ello genera es que no se ha modificado o matizado el régimen de responsabilidad general de los directores regulado en la Ley General de Sociedades, cuyo régimen permite que los socios puedan demandar la responsabilidad del director ante un juzgado por no haber obtenido los resultados económicos esperados, siendo este supuesto de responsabilidad subsumido en la responsabilidad por negligencia grave, lo cual puede generar que los directores de las Sociedades BIC sean demandados por negligencia por no obtener el resultado económico esperado al actuar en aras del propósito de beneficio o en virtud de su deber de cuidado de los intereses de los otros *stakeholders*.
- 6- Es por ello, que proponemos como alternativa de solución la aplicación de la BJR, que es una regla jurisprudencial creada en Estados Unidos que establece la presunción de que los

directores actúan de forma diligente en la toma de decisiones de negocio, por lo que el análisis de su responsabilidad no aborda la toma de decisiones empresariales ni mucho menos el resultado económico de los mismos.

- 7- Esta presunción únicamente podrá ser inaplicada con las pruebas de que el director no actuó de forma diligente o si actuó contraviniendo el deber de lealtad al actuar en beneficio propio o en interés de agentes externos.
- 8- La BJR no contraviene el ordenamiento peruano y puede ser una forma de fomentar la incorporación e impulso de las Sociedades BIC al brindar mayor seguridad a los administradores de este tipo de empresas, quienes no tendrán riesgo de ser imputados con responsabilidad por haber actuado en aras de la consecución del propósito de beneficio de la sociedad en detrimento de la obtención del mayor rendimiento económico de los accionistas.
- 9- Por ello, proponemos incluir la BJR en la regulación de la Ley de Sociedades BIC, estableciendo que los directores deberán sopesar los intereses de todos los *stakeholders* de la compañía actuando con buena fe; sin conflicto de intereses sobre el objeto de la decisión; debidamente informados; y en cumplimiento del procedimiento de decisión aplicable. En ese sentido, su ponderación no podrá ser rebatida por los jueces, salvo que se pruebe que esta decisión no haya sido tomada bajo los criterios antes indicados.
- 10- Adicionalmente, proponemos también, que para fomentar la constitución de sociedades BIC, se debería incluir en nuestra legislación diversos beneficios como (i) brindar créditos preferenciales; (ii) brindar tasas preferenciales para el registro de signos distintivos y nuevas tecnologías ante Indecopi a las Sociedades BIC; (iii) establecer la condición de Sociedad BIC como un factor de desempate en procesos de selección con el Estado; y, (iv) brindar beneficios tributarios a las Sociedades BIC; en búsqueda de que el número de sociedades BIC se incrementen.

REFERENCIAS

- Abdala, Marín (2014). La aplicación de la denominada *business judgment rule* en el derecho argentino. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*. Vol. 42, p. 264.
- Adrian, Simons y Gabriel Politis (2020). Las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo reconocidas en el Perú, recuperado el 06 de agosto del 2022, de: <https://ius360.com/las-sociedades-de-beneficio-e-interes-colectivo-reconocidas-en-el-peru-adrian-simons-y-gabriel-politis/>
- Alicia, Susana (2019). Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo. Sociedades BIC o de triple impacto. El compromiso de nuestro país al pacto mundial de Naciones Unidas. XIV congreso argentino de derecho societario, X congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de La Empresa (Rosario, 2019).
- Alva Matteucci, Mario (2012). DOLO, NEGLIGENCIA GRAVE O ABUSO DE FACULTADES: Elementos que el fisco considera para asignar responsabilidad solidaria al Gerente. *Blog.pucp.edu.pe*. Recuperado el 11 de julio de 2022, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/blogdemarioalva/2012/12/10/dolo-negligencia-grave-o-abuso-de-facultades-elementos-que-el-fisco-considera-para-asignar-responsabilidad-solidaria-al-gerente/>
- B Corp Spain (2022). El Congreso aprueba la figura legal de las Empresas Con Propósito. Recuperado el 07 de agosto de 2022, de <https://www.bcorpspain.es/blog/empresas-con-proposito/el-congreso-aprueba-la-figura-legal>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN (2017). Empresas B: Certificación B Lab y Empresas Chilenas certificadas. Departamento de estudios extensión y publicaciones del 29 de diciembre de 2017, obtenido de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/24921/1/Empresas_B_certificacion_y_empresas_chilenas_Final.pdf.
- Block, Dennis J., Barton, Nancy E. y Radin, Stephen A (1998). *The Business Judgment Rule- Fiduciary Duties of Corporate Directors*. Aspen Publishers.

Boletín N° 10321-03 de la Cámara de Diputados de Chile, Proyecto de ley que regula las empresas sociales. (07 de octubre de 2015). Recuperado del sitio de internet de la Cámara de Diputados de Chile el 06 de agosto del 2022 de, <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11420%20&prmTIPO=TEXTOSSESION>

Burba, Tiffany M. (2020). *To “B” or not to “B”: Duties of Directors and Rights of Stakeholders in Benefit Corporations*. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 22, p. 842.

Centro de Noticias de la ONU (2015). La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Recuperado el 06 de agosto de 2022 de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/#:~:text=View%20Larger%20Image-.La%20Asamblea%20General%20adopta%20la%20Agenda%202030%20para%20el%20Desarrollo,el%20acceso%20a%20la%20justicia>.

Connolly, Constanza; Mujica, Juan Diego y Noel, Soledad (2016). *Movimiento legislativo de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) en America Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*.

Corcuera, Marco y Muro, A. (1995) “Manual de la Ley General de Sociedades”, 1ra impresión, Editorial Marsol.

Del Brutto, Oscar (2022). Regla de discrecionalidad. Recuperado el 13 de abril de 2022 de <https://www.elcato.org/regla-de-discrecionalidad>.

Echaiz Moreno, Daniel (2001), *Derecho Societario un enfoque jurídico de los temas societarios*, Gaceta Jurídica, p. 164.

Elías Laroza, Enrique (1999). *Derechos Societario Peruano: Ley General de Sociedades*. Editora Norma Legales.

Espinoza Espinoza, Juan (1998) *Algunas consideraciones respecto de la responsabilidad de los directores y gerentes de una sociedad y el problema del denominado abuso de la mayoría*.

Recuperado el 03 de julio del 2022 de
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11692>

Fernández Cruz, Gastón (2005) Introducción a la Responsabilidad Civil. Recuperado el 04 de junio del 2022 de
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170701/46%20Introducci%C3%B3n%20a%20la%20responsabilidad%20civil%20con%20sello.pdf>

Galgano, Francesco (1999) Derecho Comercial, las sociedades, Editorial Temis. p.379.

Garrigues, Joaquín (1987), Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Temis, pp. 105-107.

Giraldi, Pedro Mario (1964) Naturaleza Jurídica del Directorio de la Sociedad Anónima. Recuperado el 10 de julio de 2022 de
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/naturaleza-juridica-del-directorio-de-la-sociedad-anonima.pdf>.

Gomez, Alejandro; Miranda, Paula y Paulina, Maria (2019). Business Judgment Rule: Origen, aplicación, y desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano.

Guerra, Alberto (2018). La ‘business judgement rule’, un balón de oxígeno para el riesgo en las decisiones estratégicas. Garrigues. Recuperado el 30 de julio de 2022, de
https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/la-business-judgement-rule-un-balon-de-oxigeno-para-el-riesgo-en-las-decisiones-estrategicas

Gutierrez Urtiaga, María, A contractual approach to the regulation of corporate directors “fiduciary duties”. Recuperado el 08 de junio del 2022 de <https://virtusinterpress.org/A-CONTRACTUAL-APPROACH-TO-THE.html>

Halperin, Isaac. (1974). Manual de Sociedades Anónimas. Editorial Astrea, p. 240.

Hernández Peña, Jesús (2022). La Business Judgment Rule (BJR) en el Perú: ¿Es necesaria su inclusión en el Derecho Societario peruano? Forseti. Revista de Derecho. Vol. 11, p. 63.

Horton, Brent J. (2020). *Terra Incognita: Applying the Entire Fairness Standard of Review to Benefit Corporations*. U. of Pennsylvania Journal of Business Law. Vol. 70, p. 329.

Hundskopf Exebio, Oswaldo (2002) Derecho Comercial - Temas Societarios, Tomo VII, Fondo Editorial Universidad de Lima.

Hunt, Vivian; Nutthall, Robin y Yamada, Yuito (2021). Del principio a la práctica: cómo hacer que funcione el capitalismo de stakeholders. Recuperado el 06 de agosto de 2022, de <https://www.mckinsey.com/featured-insights/destacados/del-principio-a-la-practica-como-hacer-que-funcione-el-capitalismo-de-stakeholders/es>

Julieta, Zanazzi (2019). Las empresas de Triple Impacto y su reconocimiento legal como Sociedades de Beneficio e Interés a la Comunidad (Sociedades BIC). XIV congreso argentino de derecho societario, X congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de La Empresa (Rosario, 2019).

Laguado Giraldo, Carlos Andrés y Díaz Cañon, María Paula (2005). Modern conception of Business Judgement Rule: A case of study on Delaware jurisprudence. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Núm. 5, p. 20.

Lan Gil (2015). *Benefit Corporations: A Persisting and Heightened Conflict for Directors*. 21 Journal of Law, Business & Ethics 113. Recuperado el 20 de junio de 2022, de <https://ssrn.com/abstract=3731215>

Llewellyn, L. C. (2013). *Breaking down the business-judgment rule*. Winston.com. Recuperado el 15 de junio de 2022, de <https://www.winston.com/images/content/1/5/1535.pdf>

Lopez Gómez, Lina (2020). Business judgment rule en Colombia: una mirada desde el análisis económico del derecho. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 29 de julio de 2022, de: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/47713>

Miller, Elizabeth S. y Rutledge Thomas E. (1998). *The Duty of Finest Loyalty and Reasonable Decisions: The Business Judgment Rule in Unincorporated Business Organizations?* Delaware Journal, 30(1998), p. 343.

Monsalve Caballero, Vladimir (2008). La Buena Fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: una doctrina europea en construcción. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 30, p. 36.

Montoya Manfredi, Ulises (2006) Responsabilidad de los Directores en las Sociedades Anónimas. Recuperado el 13 de julio del 2022, de <https://vlex.com.pe/vid/responsabilidad-directores-anonimas-365665810>.

Mujica Filippi, Juan (2016). Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo; Un aporte societario al bienestar social y medioambiental. *Revista Universidad de Lima*, p.29.

Mujica Fillipi, Juan (2018). LeyBIC: A la espera del debate final para su aprobación del congreso. Recuperado el 06 de agosto del 2022, de: <https://stakeholders.com.pe/compromiso-empresarial/rse/leybic-la-espera-del-debate-final-aprobacion-congreso/>

Noboa, Paúl (2020). El reconocimiento de la “Business Judgment Rule” en el Derecho Societario de Ecuador. Recuperado el 21 de diciembre de 2020 de <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador/#:~:text=El%20reconocimiento%20de%20la%20business,del%20crecimiento%20econ%C3%B3mico%20del%20Ecuador.>

O’Donell, Gastón (2009). La culpa como factor de atribución de responsabilidad de directores de sociedades anónimas y la gobernanza corporativa. Recuperado el 26 de junio de 2022 de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/714/La_culpa_como_factor.pdf?sequence=1

Ovbiagele, E. (s/f). *The rise of benefit corporations: Show me the money...and the good*. Marquette.Edu. Recuperado el 16 de junio de 2022, de <https://law.marquette.edu/facultyblog/2017/10/the-rise-of-benefit-corporations-show-me-the-moneyand-the-good/>

Payet, Jose Antonio (2003). Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la protección de las minorías. THEMIS-Revista de Derecho. Núm. 46 p.87.

Paz-Ares, Cándido (2003) La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. Recuperado el 17 de junio del 2022 de <https://indret.com/la-responsabilidad-de-los-administradores-como-instrumento-de-gobierno-corporativo/>

Pizzaferrri, José (2020). Algunas consideraciones sobre el proyecto de ley de Sociedades de Beneficio e Interés colectivo. Comisión de estudios sobre sustentabilidad económica, social y medioambiental, p. 8.

Quispe Neira, Kristhian Gerónimo (2010). La Responsabilidad de los Directores por las Decisiones de Negocio y la necesidad de implementar la figura del Business Judgment Rule en la Ley General de Sociedades. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Reyes Villamizar, Francisco (2006). El Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada. Editorial Legis.

Rubicon Law (2017). *Mythbusters: B Corp certification versus Public Benefit Corporation (PBC)*. Recuperado el 18 de junio de 2022 de <http://www.rubiconlaw.com/bcorp-versus-pbc/>

Sabogal, L.F. (2012). El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “regla del buen juicio empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia?. Revista e-mercatoria. 11,1 (jun.2012), 102-163.

Sánchez Calero, Fernando, (1991) Principios de Derecho Mercantil, Editorial Aranzadi. p. 248.

SCHWAB , KLAUS (2019). ¿Que tipo de capitalismo queremos?. <https://es.weforum.org/agenda/2019/12/que-tipo-de-capitalismo-queremos/>

Sharfman, B. S. (2017). *The importance of the business judgment rule*. SSRN Electronic Journal. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2888052>

Sistema B Argentina. (2016). Fundamentos y Anteproyecto de Ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo. Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 06 de agosto del 2022, de: <http://www.comunicarseweb.com.ar/sites/default/files/anteproyecto.pdf>

Stracqualursi, Maria (2017). *The rise of the public benefit corporation: Considerations for start-ups* —. BC LAW LAB. Recuperado el 18 de junio de 2022 de <http://bclawlab.org/eicblog/2017/3/21/the-rise-of-the-public-benefit-corporation-considerations-for-start-ups>

Suescún de Roa, Felipe (2013). The Business Judgement rule en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva. Universitas.

Taboada Córdova, Lizardo (2003) Elementos de la responsabilidad civil. Segunda Edición. Grijley. p. 36.

Taborda, Alejandra (2021). Empresas BIC: el camino para un mundo sostenible. Recuperado el 06 de agosto de 2022 de <https://saludsapyens.com/2021/03/30/empresas-bic-el-camino-para-un-mundo-sostenible/>

Taquía Gutierrez, Rossana Pilar (2020) El directorio en las sociedades anónimas y el buen gobierno corporativo. Recuperado el 20 de junio del 2022 de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1958>

Torres Morales, Carlos (2000) “La responsabilidad de los directores, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa – Balance de la ley General de Sociedades a 3 años de su vigencia. Estudio de Torres y Torres Lara. p. 5

Torrillo, María Paula (2016). El alcance-deber de información de los directores. Recuperado el 23 de junio de 2022 de <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1729/EI%20alcance%20del%20derecho.pdf?sequence=1>

Véliz Ortiz, Samuel Jair (2018). Los deberes inherentes al cargo de director de una sociedad anónima. Forseti Revista de Derecho. Núm. 9 p. 39.

Verón, Alberto (1982) “Sociedades Comerciales”, Editorial Astrea, T° 4, p. 314

Womack, Dustin (2018). *Solely Beneficial: How Benefit Corporations May Change the Duty of Care Analysis for Traditional Corporate Directors in Delaware*. Michigan Business & Entrepreneurial Law Review. Vol. 8, p. 151.

Yira, Lopez (2020). Empresas sociales: Las sociedades BIC y su potencialidad para contribuir a la superación de la crisis. Vol. 1, (372), p. 329-342.