



USTATUNJA.EDU.CO



@santotomastunja

Deberes Fiduciarios frente a Procesos de Recuperación Empresarial en Colombia y Brasil

Oscar Sebastian Rojas Flórez



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
SECCIONAL TUNJA

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732



USTATUNJA.EDU.CO



@santotomastunja

OBJETIVO PRINCIPAL

Establecer cómo el comportamiento de incumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador societario, frente al ingreso al Régimen de Insolvencia empresarial colombiano y su figura equivalente en Brasil denominada Proceso de Recuperación Judicial, afecta el interés de los socios y de los acreedores.



Ley 1116 de 2006

¿Cómo el comportamiento de acogimiento tardío a los procesos de recuperación empresarial en Colombia y Brasil constituye una inobservancia de los deberes fiduciarios de los administradores societarios que afecta los intereses de los socios y los acreedores de la persona jurídica?



Ley 11.101 de 2005



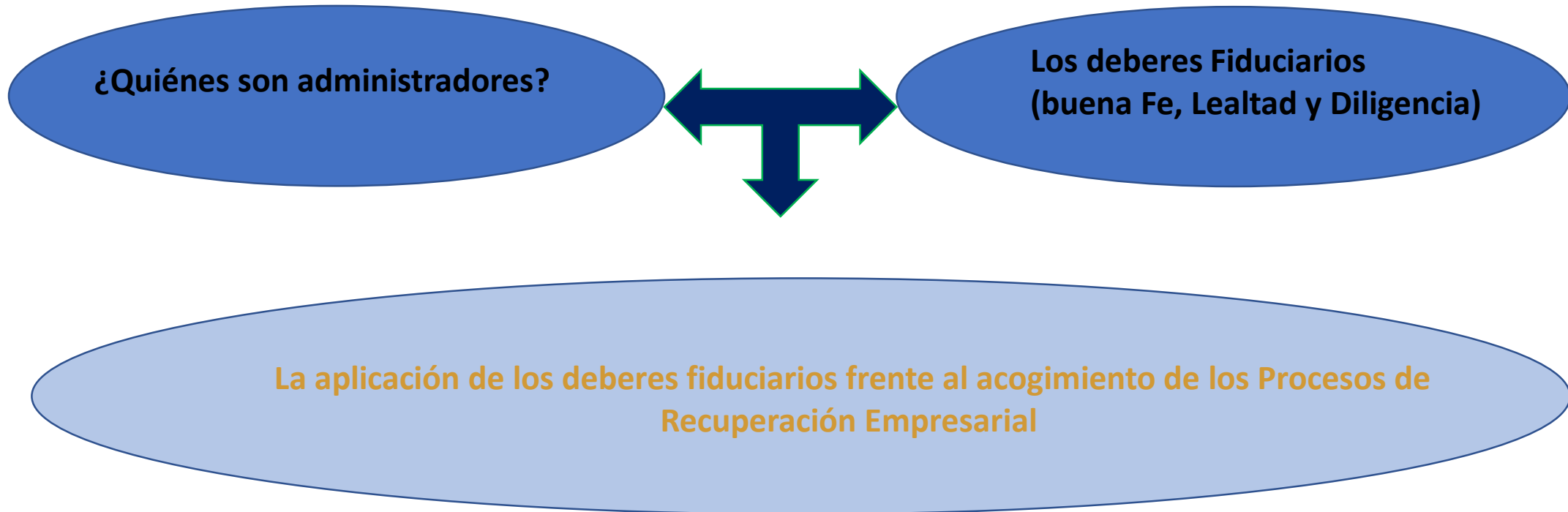
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
SECCIONAL TUNJA

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732





Enfoque metodológico: Cualitativo



¿Quiénes son administradores?



COLOMBIA

Artículo 22 de la ley 222 de 1995


- ✓ El representante legal
- ✓ El liquidador
- ✓ El factor
- ✓ Los miembros de juntas o consejos directivos
- ✓ Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten funciones administrativas.
- ✓ Administrador de hecho.

BRASIL

Código Civil de 2002, numeral 1 del artículo 1.011

Las personas impedidas por ley especial

Los condenados:

- ✓ A pena que impida el acceso a cargos públicos.
 - ✓ Por crimen de falencia.
 - ✓ Malversación o soborno.
 - ✓ Concusión.
 - ✓ Peculado.
 - ✓ Contra la economía popular.
 - ✓ Contra el sistema financiero nacional.
 - ✓ Contra las normas de defensa de la libre competencia, contra las relaciones de consumo
 - ✓ La fe pública o la propiedad.
- 
- ✓ Consejo Fiscal (orgánica)
 - ✓ Varios administradores (socios, un socio o terceros)

¿Quiénes son administradores?



COLOMBIA

Es el representante de la Persona Jurídica, el cual está facultado para desarrollar el objeto social de la compañía, ateniéndose a los deberes y responsabilidades que la ley y los estatutos le establecen.

Son administradores los funcionarios de las compañías cuya actividad se enfoca a la operación de la sociedad, en el ámbito interno y externo, es decir, la representación y gestión de la compañía

RELACIÓN ORGÁNICA

BRASIL

Una sociedad necesita de un o unos administradores que respondan jurídicamente por la empresa y sean responsables por la conducción de su actividad productiva.

RELACIÓN CONTRACTUAL

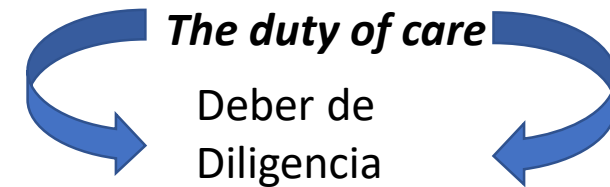
LOS DEBERES FIDUCIARIOS



Tienen origen en el concepto de la relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad.

El concepto de relación fiduciaria se creó a finales del siglo XVII en el derecho inglés y se basó, tanto en lo legal, social o personal, en el elemento de la confianza –*trust*- aplicado, también a la relación del administrador con la sociedad

The duty of loyalty



Artículo 23 de la ley 222 de 1995:

Deber de Buena Fe
Deber de Lealtad
Deber de Diligencia



Artículo 1.011 del Código Civil

Deber de Diligencia
Deber de lealtad

LOS DEBERES FIDUCIARIOS



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
SECCIONAL TUNJA
VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732



1. DEBER DE LA BUENA FE

Es un principio fundamental de derecho privado del cual parten todos los demás deberes que asume el administrador. Al ser un principio general del derecho, se impone para todas las actuaciones en las esferas públicas y privadas. Se trata, entonces, de comportarse como se espera en el tráfico jurídico, con rectitud, corrección y lealtad



Arts. 1603 del C.C y 871 del C.Co
Con base en la buena fe, se interpretan los demás deberes establecidos en la ley.

Art 83 C.P: Función integradora del ordenamiento.



Artículo 422 del C.C: Los contratantes son obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución los principios de honestidad y buena fe.

Criterio necesario de interpretación del contrato, así como un criterio de invalidez total o parcial.

La buena fe no se desarrolló como deber fiduciario separado del deber de lealtad y en la práctica, además de la función interpretativa, la buena fe es un elemento clave para definir las acciones y motivaciones leales del fiduciario – administrador- en interés de la corporación y de los accionistas.

2. DEBER FIDUCIARIO DE LEALTAD (LOYALTY)

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios.

INTERÉS DE LA SOCIEDAD



INTERÉS DE LOS ASOCIADOS

El administrador deberá garantizar de forma equilibrada los intereses de todos los sujetos reconocidos como “*stakeholders*” – socios, trabajadores, medio ambiente.

Si los intereses de los asociados se apartan de los intereses de la sociedad, deben prevalecer los intereses de la sociedad.



Los tomadores de decisiones dentro de la empresa deben actuar en interés de la misma, y no en sus propios intereses.

2. DEBER FIDUCIARIO DE LEALTAD (LOYALTY)



Artículo 23 Ley 222 de 1995

Los numerales 4, 5 y 7 establecen dichos deberes específicos de acción u omisión, derivados del deber de lealtad:

- ✓ El deber de secreto –reserva comercial e industrial– señalado en el numeral 4-
- ✓ El deber de no utilización o usar indebidamente la información, numeral 5.
- ✓ El deber de no competencia y la **abstención del conflicto de intereses.**

A la fecha, no se ha establecido por parte de la Superintendencia de Sociedades el conflicto de intereses frente al acogimiento al régimen de insolvencia empresarial.

¿interés social?
¿“stakeholders” ?
¿Acreedores?
¿Reputación profesional?



2. DEBER FIDUCIARIO DE LEALTAD (LOYALTY)

Artículo 155 de la ley 6.404 de 1976

El administrador debe servir con lealtad a la compañía y mantener reserva sobre sus negocios. Se estipulan así las conductas en las que **NO** debe incurrir:

- ✓ Usar en beneficio propio o de un tercero, con o sin perjuicio de la compañía, las oportunidades comerciales que conozca en razón del ejercicio de su cargo.
- ✓ Omitir en el ejercicio o protección de derechos de la compañía, buscando una ventaja para él o para terceros, dejando de aprovechar oportunidades de negocio del interés de la compañía.
- ✓ Adquirir para vender con lucro bienes o derechos que se saben necesarios a la compañía.



Artículo 156 de la ley 6.404 de 1976:

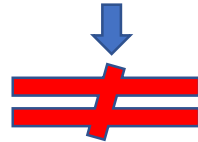
Conflicto de interés: intervenir en cualquier operación social en que tuviera interés conflictivo con el de la compañía, así como la deliberación que al respecto hagan los otros administradores.

3. DEBER FIDUCIARIO DE DILIGENCIA (DEBER DE CUIDADO “DUTY OF CARE”)

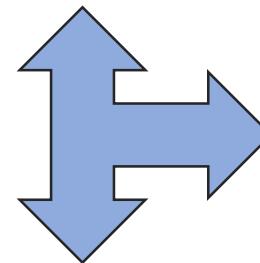
Desde su concepción anglosajona, implica que los directores –administradores- exhiban la diligencia y cuidado ejercido por hombres ordinariamente prudentes bajo circunstancias similares “-ordinarily prudent men under similar circumstances-”, criterio reiterado en la ley Tipo de sociedades norteamericanas.



El artículo 23 de la ley 222 de 1995
“la diligencia de un buen hombre de negocios”



Art 63 del C.C



- Informarse
- Investigar
- Vigilar



Se tiene un importante efecto en cuanto a la responsabilidad de los administradores y se establece un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Entonces, las determinaciones de los administradores son propias de las personas conocedoras de las técnicas de administración.

3. DEBER FIDUCIARIO DE DILIGENCIA (DEBER DE CUIDADO “DUTY OF CARE”)

Es deber del administrador de la compañía emplear, en el ejercicio de sus funciones, el cuidado y la diligencia que todo hombre activo y honesto emplea en la administración de sus propios negocios.

- ✓ Formación para el ejercicio del cargo.
- ✓ El deber de administrar bien.
- ✓ El deber de informar.
- ✓ El deber de investigar.
- ✓ El deber de vigilar.

Tanto en Brasil como en Colombia las obligaciones del administrador son de medio y no de resultado.





LA APLICACIÓN DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN EL LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN EMPRESARIAL

RÉGIMEN DE INSOLVENCIA (Ley 1116 de 2006)



Tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial

ADMISIBILIDAD



1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.
2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.

RECUPERACIÓN JUDICIAL Y LA FALENCIA (Ley 11.101 de 2005)



Tiene por objetivo viabilizar la superación de la situación de crisis económico financiera del deudor, a fin de permitir que se mantenga la fuente productora de empleo de los trabajadores y de los intereses de los acreedores, promoviendo la preservación de la empresa, su función social y el estímulo a la actividad económica.

HABILITADOS

DEUDOR:

- ✓ Cónyuge sobreviviente.
- ✓ Herederos del deudor.
- ✓ Socio remanente

Ejercer regularmente sus actividades durante más de dos años.

- ✓ No declararse en quiebra y en caso de que sí, estén declaradas extintas, por sentencia en firme las responsabilidades que de esta se deriven.
- ✓ Durante los últimos cinco (5) años no tener concesión de recuperación judicial;
- ✓ No haber sido condenado o no tener, como administrado o socio controlador, persona condenada por delitos previstos en la ley.

¿Y el administrador?



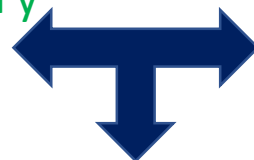
DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR FRENTE AL ACOGIMIENTO A LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN

BUENA FE



- ✓ Parámetro para actuar más allá de sus funciones formales.
- ✓ Lealtad en la ejecución de negocios.
- ✓ Rectitud y la corrección.
- ✓ Actuar a favor de la corporación y de la totalidad de los socios.

- ✓ Deber general de conducta.
- ✓ Honestidad en la ejecución del contrato.
- ✓ Deber de informar.



- El Administrador debe actuar en consonancia y presentar todas las posibilidades a los socios o accionistas.
- No se trata de trasladar al administrador la responsabilidad de acogerse al proceso, pero en cumplimiento de la buena fe, traducida en la honestidad, y la preocupación de los intereses de las partes, debe presentar de forma oportuna la posibilidad y/o necesidad de acogimiento al proceso de recuperación.
- Con base en la teoría dualista debe proteger los intereses de todos los *stakeholders*.

DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR FRENTE AL ACOGIMIENTO A LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN

DEBER DE LEALTAD

CONFLICTO DE INTERESES



Cada acción del administrador debe procurar el interés de la sociedad y no de sus propios negocios e intereses, una situación que incluso se traslada a los intereses de los mismos socios, es más importante la responsabilidad con la persona jurídica como unidad.



¿interés social?



Favorecer acreedores relacionados al administrador.

Evitar los efectos de la solicitud de admisión o la graduación de créditos.

Que se nombre a un liquidador y pierda el empleo.

¿“stakeholders” ?



No entregar la información a tiempo para retrasar el proceso o la toma de decisiones. Continuar adquiriendo créditos u obligaciones sin contar con patrimonio para el respaldo de los mismos.

¿Reputación profesional?



Al ser un profesional, considerar que ingresar a procesos de recuperación afectaría su prestigio y buen nombre.

DEBERES FIDUCIARIOS DEL ADMINISTRADOR FRENTE AL ACOGIMIENTO A LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN

DEBER DE CUIDADO

Deber de informarse con suficiencia, investigar y vigilar las decisiones en todas sus fases



ASOCIADOS

Buscaran asumir riesgos para continuar el objeto social y las utilidades.



ACREEDORES

Buscaran estrategias para recuperar el valor del negocio.

El administrador debe disminuir sustancialmente los incentivos de acreedores, accionistas y demás partes interesadas para lograr maximizar el negocio de la sociedad de forma integral y de los denominados *stakeholders* en su conjunto. “Gana-Gana”

APLICACIÓN DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN LOS PROCESOS DE RECUPERACIÓN



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
SECCIONAL TUNJA
VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732



DEBER DE CUIDADO

Relación contractual: La responsabilidad es, en primer lugar, con los mandatarios, por lo cual sus deberes de lealtad, fidelidad y diligencia son con los asociados para preservar o maximizar la riqueza.



Relación orgánica, la administración debe adoptar medidas más abiertas por su vinculación con la empresa en su conjunto, haciendo referencia a todas las partes involucradas.



El interés social es el interés común de los socios. Los deberes fiduciarios en la proximidad a la insolvencia, sobre la base del concepto amplio del interés social, no previenen las lesiones al derecho de los acreedores en la fase preconcursal.



El administrador debe demostrar que dio todos los pasos necesarios para evitar la insolvencia. Uno de los cuales, es convocar a los acreedores para informarlos del estado financiero de la empresa, así el acreedor informado es capaz de asumir decisiones acerca del riesgo de su crédito



El administrador debe mantener una conducta conservativa de los activos sociales, no como atención a los intereses de los acreedores sino como deber de procurar que estos puedan cobrar sus créditos. (zona de insolvencia)



CONCLUSIONES

1. La interpretación de los deberes fiduciarios varía según los casos en que estos tienen que ser aplicados. La responsabilidad de los administradores previa a un proceso de recuperación empresarial lo sitúa en una posición en la cual puede ver enfrentados diversidad de intereses (socios o accionistas, acreedores y hasta los propios administradores).
2. En una lectura orgánica, se puede interpretar una ampliación directa de los intereses que debe proteger implicando a todos los *stakeholders* ante un proceso de recuperación empresarial.
3. En legislaciones donde esto no se ha definido la responsabilidad en la etapa pre concursal, se acude a los deberes generales del administrador y las situaciones generales que dan origen a acciones de responsabilidad contra estos, como es el caso de Colombia y Brasil. Se convierte así en una accionar clave para quienes buscan endilgar responsabilidad en los administradores por un retraso en el ingreso a un proceso de recuperación empresarial, demostrar el actuar de mala fe, negligente y desleal que contribuyó a un detrimento de la posibilidad de recuperación para todos los intereses implicados.
4. El administrador deberá demostrar con acciones concretas para no defraudar a las partes.

CONCLUSIONES



La referencia a los deberes remite a normas generales del derecho civil. El grado de generalidad implica una necesidad de desarrollo jurisprudencial que permita acercar la interpretación y el alcance de estos deberes fiduciarios a situaciones particulares de actividad de los administradores.



La mayoría de los pronunciamientos sobre los deberes fiduciarios en relación a situaciones del proceso de insolvencia proviene de autoridades administrativas como la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, las situaciones que, desde el análisis teórico realizado, muestran la influencia del incumplimiento de los deberes fiduciarios sobre el acogimiento tardío a un proceso de recuperación empresarial no se han contemplado. Pero contribuiría al éxito de la figura del proceso de insolvencia por el mayor grado de compromiso de los administradores para apoyar y motivar la decisión de ingreso y puesta en marcha de un proceso de recuperación empresarial.



Gracias



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

SECCIONAL TUNJA

VIGILADA MINEDUCACIÓN - SNIES 1732

