

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

Autor: Oscar Sebastián Rojas Flórez¹

Resumen

El presente artículo tiene por objeto establecer cómo el incumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador afecta el interés de los acreedores y socios de la sociedad frente al ingreso al régimen de insolvencia empresarial establecido en la ley 1116 de 2006 de Colombia y proceso de recuperación judicial establecido en la ley 11.101 de 2005 de Brasil. Para alcanzar el objetivo propuesto, en la primera parte se hace una referencia a los administradores de los entes económicos, determinando quiénes ostentan tal calidad.

En segundo lugar, se analiza el concepto de la relación fiduciaria y se ahonda en los deberes fiduciarios del administrador desde la legislación colombiana y brasileña, desde la doctrina y la jurisprudencia. A continuación, se hace referencia a las generalidades del proceso de insolvencia empresarial en Colombia y el proceso de recuperación judicial en Brasil, determinando las obligaciones y facultades de los administradores.

Finalmente, en la cuarta parte se propone una aproximación interpretativa de la forma en que debe actuar el administrador, con base en los deberes fiduciarios, para salvaguardar los intereses de la empresa, los asociados y los acreedores. De contera, se presentan algunas conclusiones.

Palabras Clave: Administrador, deberes fiduciarios, obligaciones de los administradores. Régimen de Insolvencia empresarial, proceso de recuperación judicial.

Os deveres fiduciários frente aos processos de Recuperação empresarial na Colômbia e no Brasil

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo estabelecer como o não cumprimento dos deveres fiduciários do administrador afetam o interesse dos credores e sócios da sociedade, diante a entrada no regime de insolvência empresarial estabelecido pela lei colombiana número 1.116 de 2006 e processo de recuperação judicial estabelecido pela lei 11.101 de 2005 no Brasil. Para alcançar o objetivo proposto, na primeira parte se faz uma referência aos administradores das entidades econômicas, determinando quais deles ostentam tal qualidade.

¹ Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre de Bogotá, Maestrando en Derecho de Privado de Universidad Santo Tomas de Tunja. Correo electrónico: sebasrojasf@hotmail.com

Em segundo lugar, analisamos o conceito da relação fiduciária e se concentra nos deveres fiduciários do administrador com base nas legislações colombiana e brasileira, a partir da doutrina e da jurisprudência. A partir disso, se faz referência às generalidades do processo de insolvência empresarial na Colômbia e o processo de recuperação judicial no Brasil, determinando obrigações e competência dos administradores.

Por fim, se propõe uma aproximação interpretativa da forma em que o administrador deve atuar, com base nos deveres fiduciários, para salvaguardar os interesses da empresa, os associados e os credores, apresentando algumas conclusões.

Palavras-chave: Administrador, Deveres Fiduciários, Obrigações dos Administradores, Regime de Insolvência Empresarial, Processo de Recuperação Judicial.

Fiduciary duties in the face of business recovery processes in Colombia and Brazil

Abstract:

The purpose of this article is to establish how non-compliance with the administrator's fiduciary duties affects the interest of the company's creditors and partners, given the entry into the business insolvency regime established by Colombian law number 1,116 of 2006 and the judicial reorganization process established by law 11,101 of 2005 in Brazil. To achieve the proposed objective, in the first part, a reference is made to the managers of economic entities, determining which of them bear such quality.

Second, we analyze the concept of the fiduciary relationship and focus on the fiduciary duties of the administrator based on Colombian and Brazilian legislation, based on doctrine and jurisprudence. Based on this, reference is made to the generalities of the business insolvency process in Colombia and the judicial reorganization process in Brazil, determining the obligations and powers of the administrators.

Finally, an interpretative approach to the way in which the administrator should act, based on fiduciary duties, is proposed to safeguard the interests of the company, associates and creditors, presenting some conclusions.

Keywords: Administrator, Fiduciary Duties, Administrators' obligations, Corporate insolvency Regime, Judicial Reorganization Process.

Introducción

Los deberes fiduciarios son obligaciones que tienen los administradores con la sociedad y sus accionistas orientadas a garantizar el bienestar de la empresa o sociedad comercial, deberes que pueden extenderse a los acreedores de la misma. Las discusiones sobre la aplicación de estos deberes frente a la decisión de ingreso a procesos de recuperación empresarial generan, sin embargo, un gran interrogante sobre situaciones que se pueden contraponer en el contexto de trabajo del administrador y que pueden afectar, de un lado, a los socios y accionistas y, de otro, a los acreedores. El administrador puede ser determinante en la decisión de ingreso al proceso de recuperación y su actuación tardía podría generar perjuicios a diversos actores.

La situación ha sido poco estudiada, el análisis en torno a los deberes fiduciarios ha tenido enfoques más generales, por ejemplo, si es necesaria una colocación taxativa de situaciones que resultan en su vulneración (Díaz, 2007). Se han enfocado en la influencia del derecho norteamericano sobre la comprensión de estos deberes en legislaciones como la colombiana (Castro, 1986). Otro tema estudiado sobre los deberes fiduciarios gira en torno a la responsabilidad de los administradores desde la ley 222 de 1995 (Arbeláez, 2013). También se ha estudiado la relación de estos deberes con el crecimiento y los beneficios de las empresas desde el principio de creación de valor para los accionistas (Villegas, 2001). Estos por citar los temas frecuentemente analizados sobre el asunto.

El estudio de los procesos de recuperación empresarial acogidos por diversas legislaciones abrió un nuevo escenario de reflexión en torno a los deberes fiduciarios que se buscan profundizar en el presente artículo. Partiendo de una premisa, la cual es que dependiendo de la legislación la relación del administrador con la empresa puede tener una connotación orgánica mientras que en otros países es una relación contractual, lo que podría cambiar el alcance de los deberes fiduciarios.

En miras a establecer este alcance, se realizó el análisis en Colombia, donde se acoge una tesis primordialmente orgánica sobre la figura del administrador, frente a Brasil donde se acoge una tesis contractual -bajo el mandato- en la relación administrador y sociedad. El interrogante en concreto es ¿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? Se partió así de una hipótesis principal según la cual la inobservancia de los deberes fiduciarios de los administradores societarios, en lo relativo a los procesos de recuperación empresarial de Colombia y Brasil, supone un acogimiento tardío a los mismos; comportamiento que afecta los intereses de los acreedores de la persona jurídica.

Es objetivo principal de este artículo establecer cómo el comportamiento de incumplimiento de los deberes fiduciarios del administrador societario afecta el interés de los socios y de los acreedores, en el marco del Régimen de Insolvencia empresarial colombiano y su figura equivalente en Brasil denominada Proceso de Recuperación Judicial. Para lograrlo se empezó por establecer ¿Quiénes son administradores?, para después analizar uno a uno de los deberes fiduciarios de buena fe, lealtad y diligencia, y finalmente observar la aplicación de estos deberes frente a la solicitud del concurso de acreedores en Colombia y al proceso de recuperación judicial en Brasil.

Se pudo establecer que existen diversas tesis que podrían resultar en una mayor responsabilidad del administrador frente a uno u otro actor, socio o acreedor respectivamente.

Justificación

En contextos de crecimiento y desarrollo se ha comprendido la necesidad de proteger a la empresa como unidad básica de generación de empleos y movilización de recursos en un país. Inspirados por la legislación norteamericana, los poderes legislativos latinoamericanos comenzaron a adoptar nuevos modelos de recuperación empresarial en los primeros años de siglo XXI. Con el establecimiento de figuras como los regímenes de insolvencia y los procesos de recuperación judicial, se ha hecho clave el papel de los administradores societarios en su aplicación.

De acuerdo con datos aportados por la Superintendencia de Sociedades (2017) en el caso colombiano desde la entrada en vigencia (2007) de la ley 1116 de 2006 se han acogido 1.747 empresas a las posibilidades de reorganización que ofrece el régimen de insolvencia. De estas 1.433 fueron sometidas a proceso de liquidación judicial y sólo 444 han terminado su proceso de reorganización. (Portafolio, agosto de 2017). El caso de Brasil es aún más desalentador, entre los años 2005 y 2016 han entrado 3500 empresas en proceso de recuperación judicial y sólo 206 de ellas se consideran compañías activas con cumplimiento total de su plan de recuperación. (Sarraff, 2019, p.28)

Estos son dos ejemplos de modelos de recuperación empresarial en Latino América, relativamente contemporáneos en su implementación, que no han mostrado el éxito esperado en la consecución de su principal objetivo de preservación de la empresa. Con más de 10 años de puesta en práctica, es pertinente analizar las razones de su bajo índice de éxito. Creemos que una de las miradas posibles, que le corresponde al derecho, es el análisis del comportamiento de los administradores societarios. La responsabilidad de estos en la acogida a la figura de recuperación empresarial de una manera oportuna es una muestra de su compromiso con las obligaciones y los deberes societarios que le guían como son la buena fe, la lealtad y la diligencia.

Comprender la implicación del cumplimiento de estos deberes en el momento de tomar la decisión de acogerse a un régimen de insolvencia (Colombia) o un proceso de recuperación judicial (Brasil) es de gran utilidad. Se aportarán criterios de reflexión críticos sobre el diseño de las figuras y la comprensión de quienes están llamados a aplicarlas. Se espera de esa manera dar un importante elemento a la revisión de estos modelos de recuperación empresarial y contribuir a su mejor implementación. Aporte pertinente en un escenario de exploración reducida de la situación planteada.

Enfoque metodológico

Para la construcción de esta propuesta de corte cualitativo, se combinan dos caminos metodológicos; primero la revisión documental de las normas civiles y comerciales del sistema colombiano y brasileño, además de la literatura que presenta alguna cercanía con esta discusión. A partir de la elección y lectura de esos elementos, como segundo camino, se utiliza la metodología del derecho comparado, ya que es fundamental para examinar y contrastar las leyes de los dos países, considerando sus puntos similares y sus incompatibilidades para encontrar evidencias de la tesis propuesta.

Como fuentes de consulta se utilizan los buscadores oficiales de normatividad en cada uno de los países, Portal de la Legislación “Planlto” para el caso de Brasil y Secretaría General del Senado en el caso de Colombia. Se usan palabras clave de búsqueda pertinente a los objetivos planteados como: administrador, deberes fiduciarios, obligaciones de los administradores, régimen de insolvencia empresarial y proceso de recuperación judicial. De forma inductiva se parte de la comparación general de las figuras de recuperación empresarial que se aplica en cada uno de los países para contextualizar las situaciones específicas de interés para el análisis propuesto.

Se parte de identificar la influencia de sistemas internacionales como por ejemplo el derecho anglosajón y su adaptación a sistemas con influencia continental europea. Así en el análisis de los datos se trata de buscar convergencias y divergencias en la implementación de la figura de recuperación empresarial y los deberes fiduciarios altamente influenciados por el derecho anglosajón pero que necesitan de una adaptación institucional de acuerdo a la tradición de los sistemas dominantes donde comienzan a ser interpretadas y aplicadas las figuras.

1. ¿Quiénes son administradores?

El tema de los administradores de los entes económicos, transversal al derecho de sociedades, derecho comercial y derecho de la empresa, ha adquirido relevancia jurídica,

económica y social. En el caso de Colombia el criterio formal establecido en el artículo 22 de la ley 222 de 1995, no precisó una definición de la figura, señaló que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten funciones administrativas.

En la legislación brasileña la mención de la función del administrador se encuentra en el Código Civil de 2002 y, al igual que en Colombia, no se define de manera exacta esta figura. El numeral 1 del artículo 1.011 de esta norma señala, a diferencia del caso colombiano, quienes no pueden ser administradores para el caso de sociedades personificadas de carácter simple:

No pueden ser administradores, además de las personas impedidas por ley especial, los condenados a pena que impida, aunque temporalmente, el acceso a cargos públicos; o por crimen de falencia, de malversación o soborno, concusión, peculado; o 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, en cuanto duren los efectos de la condena. (Traducción propia)

La Corte Constitucional de Colombia, ha proferido escasa jurisprudencia frente a los administradores de las sociedades mercantiles. Respecto a quiénes son los administradores se resaltó, en sentencia C-123 de 2006, que “desempeñan una importante labor por los poderes que detentan, la cual puede repercutir en el desarrollo social”. Sin embargo, se reitera la definición legal, ley 222 de 1995, señalando que es administrador quien por ley (representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos) y estatutos ejercen funciones administrativas en la sociedad.

En similar sentido, la Superintendencia de Sociedades colombiana en Circular externa 100-006 del 25 de marzo de 2008, señaló que:

... además del representante legal, el liquidador y los miembros de las juntas o consejos directivos, son administradores el factor y quienes de acuerdo con los estatutos detenten funciones administrativas. Por lo tanto, es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas.

En el caso de Brasil, el administrador nombrado en instrumento separado posterior al registro de la sociedad simple, debe registrar el nombramiento en nota al margen. Antes de esta anotación el administrador responderá personal y solidariamente con la sociedad. Se señala igualmente que, si nada se estableció en el contrato social, la administración le compete separadamente a cada uno de los socios, lo cual abre la posibilidad de una

administración conjunta de varios administradores para lo que se impone una toma de decisiones basada en mayorías. (Art. 1.012 y 1.013 del Código Civil Brasileño)

La doctrina de los dos países parece coincidir con la importancia del administrador. En la visión del colombiano Reyes Villamizar, un administrador 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 (2014). En el mismo sentido, asumiendo la teoría orgánica, 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 (Córdoba Acosta, 2014, p. 569). En la perspectiva del brasileño Gonçalves Neto (2014) una sociedad necesita de un o unos administradores que respondan jurídicamente por la empresa y sean responsables por la conducción de su actividad productiva.

En el análisis de las aproximaciones conceptuales observadas sobre los administradores, se hace necesario hacer tres precisiones frente a los administradores en Colombia: en primer lugar, se consideran administradores a las personas que, a pesar de no actuar, permanentemente, en tal condición si tienen la posibilidad en caso de ausencia de los administradores principales, es decir, son administradores los suplentes de los representantes legales y de miembros de las juntas directivas (Circular Básica Jurídica Superintendencia de sociedades, P. 42 julio de 2015). Respecto de los miembros de las Juntas Directivas, “se consideran administradores por cuanto tienen atribuciones suficientes para ordenar la ejecución de actos o contratos comprendidos en el objeto social y determinaciones para lograr los fines societarios” (Reyes Villamizar, 2016. p. 680).

En segundo lugar, al ser una norma de carácter restrictivo no es viable la aplicación análoga a personas diferentes a las señaladas (Reyes Villamizar, 2016), consecuencia de lo anterior, los funcionarios que no están señalados en la norma no responderán como administradores sino a través del régimen general de responsabilidad. Entonces, se entiende que el artículo 22 de la ley 222 de 1995 determina quienes son administradores para efectos de la responsabilidad civil. (Arrubla Paucar, 2016, p. 486)

Por último, la precisión respecto de la figura del *administrador de hecho*, creada en el parágrafo del artículo 27 la ley 1258 de 2008. Son administradores de hecho las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores, formalmente, se inmiscuyen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. Razón por la cual, incurrir en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores en caso de incumplimiento de los deberes fiduciarios propios del administrador.

De contera, se observa que en muchas sociedades los asociados adquieren el carácter de administradores, caso en el cual asumen la responsabilidad solidaria e ilimitada señalada en el artículo 24 de la ley 222 de 1995. Es decir, que el beneficio de la limitación de la responsabilidad, propio de las sociedades de capitales, se elimina cuando el socio es administrador. (Córdoba Acosta, 2014)

En Brasil la extensión de la condición de administradores a otros sujetos y su responsabilidad también se puede identificar. Para sociedades simples² por ejemplo, como ya se mencionó, mientras no se registra la nominación del administrador este responde personal y solidariamente con la sociedad (Art. 1012 de la ley 10.406 de 2002). De otro lado, coloca en cabeza de todos los socios la administración cuando se guarda silencio sobre este nombramiento (Art. 1012 de la ley 10.406 de 2002). En este último cada socio puede impugnar la operación pretendida por otro, al final se tiene que decidir por mayoría de votos (Num 1, art. 1013 de la ley 10.406 de 2002). En consecuencia, ante esta posibilidad, se genera una responsabilidad por daños y pérdidas para el administrador que actúa, sabiendo o debiendo saber, en desacuerdo con la mayoría. (Num 2, art. 1013 de la ley 10.406 de 2002).

En la legislación de Brasil se considera que, en la situación en la que existan varios administradores, para la toma de decisiones se hace necesario el concurso de todos, excepto en los casos urgentes en que la omisión o retardo de las providencias pueda ocasionar daño irreparable o grave (Num 2, art. 1013 de la ley 10.406 de 2002). En conclusión, puede ser administrador uno de los socios, todos los socios y hasta un tercero no socio. (Ribeiro, 2016)

Frente a la administración en cabeza de órganos específicos las sociedades en Brasil tienen el Consejo Fiscal regulado de los artículos 1.066 a 1.070 de Código Civil. Un órgano que puede ser o no obligatorio de acuerdo al tipo societario. Es un órgano integrante de la empresa, aunque con independencia para actuar. Su finalidad es acompañar a los socios, fiscalizando las actividades practicadas por los administradores y opinando sobre ellas (Loterio, 2017, s.p.). Es por ello que de las cuentas rendidas por los administradores o liquidadores ante él debe informar a la junta de socios. La responsabilidad entonces de acuerdo con el artículo 1.070 del Código Civil es la misma prevista para los administradores, es decir “los administradores responden solidariamente delante de la sociedad y los terceros perjudicados, por culpa en el desempeño de sus funciones.” (Art. 1.016 de la ley 10.406 de 2002)

² Se utiliza la referencia de sociedades simples ya que en general en las sociedades contractuales cuando hay lagunas se aplican las reglas generales dispuestas en el código civil sobre las sociedades simples.

En lo relativo al administrador de hecho el Código Tributario Nacional de Brasil en interpretación del artículo 135 se puede deducir que los administradores de hecho están también sujetos a la responsabilidad de los administradores.

Art. 135. Son personalmente responsables por los créditos correspondientes a obligaciones resultantes de actos practicados con exceso de poderes o infracción de ley, contrato social o estatutos: [...]

III. Los directores, gerentes o representantes de personas jurídicas de derecho privado. (Código Tributario Nacional de Brasil) (Traducción propia)

Según la interpretación doctrinaria de este artículo, este se puede aplicar para responsabilizar no sólo al administrador de derecho, sino también al administrador de hecho de la empresa. Así, cuando el estatuto o contrato social no entregue poderes a uno de los socios para practicar actos de gerencia, si este es el administrador de hecho de la persona jurídica, debe ser igualmente responsabilizado por la práctica de actos ilícitos. (Cordeiro Lopes, 2008)

Vemos que tanto en Brasil como en Colombia la función de administración tiene particularidades que comprenden a varios sujetos. De este análisis se desprende otra discusión que tiene diferente respuesta en los diversos sistemas jurídicos, discusión sobre el vínculo del administrador con la sociedad. Al respecto, se debatía, y se debate en la doctrina, si se trata de una relación contractual o una relación orgánica. “La relación contractual emana de un negocio jurídico bilateral, contrato de mandato, entre el órgano societario que realiza el nombramiento y el administrador” (Sánchez Calero, 2007, p. 100). La relación orgánica, impulsada en Alemania y desarrollada en Italia, implica que el administrador es un órgano de la sociedad y la voluntad de la sociedad se forma y se manifiesta a través de ese órgano. (Sabogal Bernal, 2010)

En Colombia se acogió la teoría orgánica, es decir, que los administradores tienen la categoría de órgano social (Córdoba Acosta, 2014), sin perjuicio de la relación intersubjetiva que se establece entre la persona que ejerce el cargo respecto de sus prestaciones y obligaciones (teoría contractual - mandato), por lo cual, el cumplimiento de los deberes fiduciarios implica la materialización de la voluntad de la sociedad. Para el tema que nos ocupa, la decisión de acogerse a la ley de insolvencia. Por eso se señala que la sociedad se encuentra en manos de los administradores en primera instancia, y de la junta directiva en segunda. (Maldonado, 2017)

En Brasil de acuerdo con el Código Civil en su artículo 1.011 numeral 2 debe aplicarse a las actividades de los administradores, en lo que cabe, las disposiciones

concernientes al mandato. Así que se genera una diferencia entre la administración que ejercen los socios y el consejo fiscal y la que ejerce el administrador, los primeros actúan como delegados y los segundos como mandatarios de la sociedad. Así que se puede concluir que “La representación de la sociedad por las personas delegadas del Consejo de Administración es orgánica, al paso que la representación social por mandatario es contractual.” (Carreira, 2008, s.p.)

Habiendo señalado, sucintamente, quien es administrador y la relación con la sociedad, nos enfocaremos en los deberes fiduciarios, tratados ampliamente en el *common law* con el título de *fiduciary duties*.

2. Los deberes Fiduciarios (buena Fe, Lealtad y Diligencia)

El concepto de deberes fiduciarios, como institución jurídica, tiene su génesis 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 (Sabogal Bernal, 2017). La doctrina clásica de las escuelas de derecho estadounidense, “señalan dos deberes fiduciarios básicos que deben los directores a los accionistas, a saber: *the duty of loyalty and the duty of care*, es decir, el deber de lealtad y el deber de cuidado” (Black, B., 2001), señalado en nuestra legislación como el deber de diligencia.

La jurisprudencia norteamericana, durante el siglo pasado reconoció, en varios fallos, las obligaciones fiduciarias³ del administrador. Se ha afirmado que los deberes fiduciarios se crearon para compensar la incapacidad de observar, evaluar y controlar a los administradores por parte de los propietarios de la compañía. (Ribstein, 2003)

En Colombia, hasta la entrada en vigencia del Código del Comercio 1971, la relación del administrador con la sociedad era un contrato de mandato (teoría contractual). Dicha norma no determinó con precisión el vínculo de la sociedad con el administrador y se limitó a señalar que su actuación se sometería al contrato social. Razón por la cual, con la expedición de la ley 222 de 1995, especialmente en su artículo 23, aplicable a todos los tipos de sociedades existentes en el ordenamiento nacional, se establecieron estándares de conducta para los administradores y a su vez, sin ser taxativas, se establecieron situaciones en las cuales

³ el administrador es la persona sujeta, en virtud de un compromiso, a la obligación de actuar primariamente para el beneficio de otro en las cuestiones relativas a dicho compromiso. Es una persona o institución que maneja dinero o bienes ajenos y que debe ejercer un deber de cuidado en tal manejo impuesto por la ley o por el contrato. El estatus fiduciario hace surgir ciertos incidentes y obligaciones legales. (Black, 1981, p.56).

existe una exigencia especial de diligencia y lealtad (Córdoba Acosta, 2014), dentro de las cuales, lógicamente, no se estipuló nada respecto de los deberes fiduciarios frente al proceso de insolvencia empresarial, creado más de una década después de la entrada en vigencia de la ley 222 de 1995. Esta ley buscó consagrar un verdadero estatuto para lograr la especialización respecto de las responsabilidades y sanciones de los administradores, creó pautas comunes de conducta y mecanismos de responsabilidad homogénea (Reyes Villamizar, 2016).

En Brasil el artículo 1.011 del Código Civil señala frente a la actuación del administrador de la sociedad que este deberá tener, en ejercicio de sus funciones, el cuidado y la diligencia que un hombre activo y honesto acostumbra emplear en la administración de sus propios negocios. Se consagra la teoría contractual de forma expresa en el numeral segundo de dicho artículo al indicar que se aplicará a la actividad de los administradores, en lo que quepa, las disposiciones del contrato de mandato. Esto nos remite a la regulación del mandato, el artículo 667 del código civil brasileño establece que el mandatario es obligado a aplicar toda su diligencia habitual en la ejecución del mandato.

De una manera más detallada los denominados deberes de los administradores se encuentran regulados para las sociedades por acciones en la ley 6.404 de 1976 que menciona de manera específica la diligencia y la lealtad. La buena fe no se encuentra vinculada directamente en relación a las labores de la administración de las sociedades, sin embargo su vinculación se da desde normas superiores como la Constitución Política de 1988.

2.1. Deber de la Buena Fe

El primer deber de los administradores que señala el artículo 23 de la ley 222 de 1995 es la buena fe. Si bien, este deber no se desarrolló, autónomamente, dentro de los *fiduciary duties*, el mismo es un principio fundamental de derecho privado del cual parten todos los demás deberes que asume el administrador (Reyes Villamizar, 2016). Al ser un principio general del derecho, la misma constitución lo impone para todas las actuaciones en las esferas públicas y privadas. (Arrubla Paucar, 2016)

La Superintendencia de Sociedades, en Circular externa 100-006 del 25 de marzo de 2008, señaló en el numeral 2.1.1 que:

la buena fe es un principio de Derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad

de la sociedad, y de los negocios que ésta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. (Circular externa 100-006 del 25 de marzo de 2008)

De la anterior definición, es relevante señalar, que el deber de buena fe es un principio de rango Constitucional, según el artículo 83 de la Constitución Política, interpretado por la Corte Constitucional la buena fe pasó de ser un principio general del derecho para transformarse en un postulado constitucional en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre particulares -frente a los cuales se pueden establecer casos específicos para la presunción de la buena fe-... (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194 de 2008)

En el derecho privado se hace referencia al deber de buena fe en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código del Comercio. A partir de este principio, se interpretan los demás deberes establecidos en la ley (Sabogal Bernal, 2017) y el mismo impone a las partes de un contrato el deber de comportarse con lealtad en la ejecución de ese negocio.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha 2 de febrero de 2015 señaló que la palabra fe, fidelidad, implica que la persona se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en observancia de sus obligaciones, se trata, entonces, de comportarse como se espera en el tráfico jurídico, con rectitud, corrección y lealtad. (Ospina Fernández, 2005).

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 definir las acciones y motivaciones leales del fiduciario –administrador- en interés de la corporación y de los accionistas. (Strine L. E. et al., 2009)

El derecho privado de Brasil en el año 2002, en su actual Código Civil, estableció tres dimensiones que contempla la buena fe. Como criterio esencial de interpretación de las normas jurídicas y de los actos jurídicos, como limitación de la autonomía privada y como deber general de conducta de las obligaciones (Lobo, Paulo, 2018). La relación de la sociedad con los administradores en Brasil está orientada desde un criterio contractual de mandato. Lo anterior nos remite a la aplicación de la buena fe en esta relación con el artículo 422 del Código Civil Brasileño: “Los contratantes son obligados a guardar, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución los principios de honestidad y buena fe.” (Traducción propia)

Para la doctrina brasileña la buena fe es un deber general de conducta que cubre todas las fases de una relación contractual, por lo que se vuelve un criterio necesario de

interpretación del contrato, así como un criterio de invalidez total o parcial (Lobo, Paulo, 2018) De igual forma como principio general del derecho se entiende que obliga, a quienes intervienen en negociaciones, a un comportamiento con diligencia y consideración a los intereses de la otra parte, respondiendo por el perjuicio que les pudieran causar (Lobo, Paulo, 2018). Finalmente, la buena fe en su alcance pos contractual, importante para el caso que nos ocupa, el recurso a la buena fe en casos de responsabilidad debe fundarse al menos uno de los que denominan elementos mediadores que serían los principios de confianza, lealtad y protección. (Cordeiro y Menezes, 1991)

Una particularidad que no se puede dejar de mencionar es la estipulación del deber de informar como una de las aplicaciones específicas de la buena fe. Considerado un deber general de conducta y una forma de proteger jurídicamente en el Estado Social a la parte vulnerable de una relación obligacional. Aplicado tradicionalmente para del consumidor o el inquilino, consiste en una exigencia de informar para quien se encuentra en una situación más favorable frente al dominio de las informaciones, lo anterior antes, durante y después de la relación jurídica (Lobo, Paulo, 2018). Criterio que bien podría ser aplicado a los administradores en relaciones con los socios.

2.1 Deber Fiduciario de Lealtad (loyalty)

Señala el artículo 23 de la ley 222 de 1995 que: “Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados...”. De lo dispuesto, se observa que el deber de lealtad se plasma como deber fiduciario “con lealtad” y, a la vez, el mismo artículo reitera el deber de lealtad frente al interés de la sociedad (Superintendencia de Sociedades, en Circular externa 100-006, 2008). La Superintendencia de Sociedades señaló que:

... la lealtad 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. (Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica 100-000003 del 22 de julio de 2015)

De acuerdo con la doctrina del *common law* y el desarrollo jurisprudencial de los *fiduciary duties* se puede afirmar que es el deber fiduciario más importante y consiste, en su acepción básica: “...en que los tomadores de decisiones dentro de la empresa deben actuar en interés de la misma y no en sus propios intereses. En cumplimiento de lo anterior, no deben realizar transacciones que impliquen un conflicto de intereses”. (Black, B., 2001, p. 2)

Es importante, para efectos del presente artículo, entender la distinción entre el interés de la sociedad y el interés de los asociados. “El interés social es el propio de la compañía – persona jurídica-y no el interés común de los asociados” (Córdoba Acosta, 2014, p. 610). Los numerales 4, 5 y 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995, establecen dichos deberes específicos de acción u omisión, derivados del deber de lealtad (Sabogal Bernal 2017). 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 y, finalmente, el numeral 7 que establece el deber de no competencia y la abstención del conflicto de intereses.

Respecto al último punto, los deberes fiduciarios no contemplan todas las situaciones fácticas en las cuales se puede materializar el conflicto de intereses, por tanto, se debe hacer referencia al concepto jurídico de interés social y determinar cuándo se materializa el conflicto de intereses.

El interés social respecto del deber de lealtad, de acuerdo a una teoría dualista, puede comprenderse en los siguientes términos: el administrador cumpliría adecuadamente con su deber de lealtad cuando desempeñe sus funciones garantizando de forma equilibrada los intereses de todos los sujetos reconocidos como “*stakeholders*” – socios, trabajadores, medio ambiente. (Esteban Velasco, 2005)

En cuanto al conflicto de intereses, la norma no determina los casos en los cuales puede surgir un conflicto de intereses, el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 establece genéricamente la obligación de abstenerse de ejecutar actuaciones que impliquen conflicto de intereses. La Superintendencia de Sociedades ha señalado eventos que implican tal situación.

a. Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación. b. Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia. c. Cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente; d. Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor; e. Cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor; f. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores; g. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos. (Circular Básica Jurídica No. 100 – 000005 del 22 de noviembre de 2017)

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.

La lealtad en el derecho brasileño se encuentra de manera taxativa señalada en el artículo 155 de la ley 6.404 de 1976 que regula las sociedades por acciones. La norma, de manera general, indica que el administrador debe servir con lealtad a la compañía y mantener reserva sobre sus negocios (Traducción propia). 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, bien o derecho que se sabe necesario a la compañía.

A diferencia de la legislación colombiana, en Brasil el artículo 156 de la norma citada refiere de manera directa a la situación que se considera conflicto de intereses. Así es prohibido para el administrador 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. Para esto debe ponerlos en conocimiento y hacer constar en acta la extensión de su interés. Lo anterior con un carácter enunciativo ya que se entiende que los deberes fiduciarios tienen este carácter, luego la disposición legal refiere a la abstención de conductas que impliquen conflicto de intereses (Dias Mendes, G. 2016). La doctrina entiende este deber como una necesidad de que el administrador actúe para asegurar los mejores intereses de la sociedad, incluso en detrimento de sus intereses particulares. (Dias Mendes, G. 2016)

2.3 Deber Fiduciario de Diligencia (deber de cuidado “duty of care”)

Se desarrolló como *fiduciary duties* con el nombre de *duty of care* que al ser traducido al español es el deber de cuidado. Señala el artículo 23 de la ley 222 de 1995 que el administrador debe obrar con “la diligencia de un buen hombre de negocios”. Este deber, desde su concepción anglosajona, implica que los directores –administradores- exhiban la diligencia cuidado ejercido por hombres ordinariamente prudentes bajo circunstancias similares “-ordinarily prudent men under similar circumstances-” (A.S.G, 1978, p. 453), criterio reiterado en la ley tipo de sociedades norteamericanas.

El criterio del “buen hombre de negocios”, plasmado en nuestra legislación, no es el tradicional criterio del “buen padre de familia”, establecido en el artículo 63 del Código Civil, exigible en el contrato de mandato tradicional, sino que establece como una categoría más alta (Córdoba Acosta, 2014). Al establecerse como deber la diligencia de un buen hombre de negocios, 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 (Reyes Villamizar, 2016).

En ese sentido, la Circular Básica Jurídica No. 100 – 000005 del 22 de noviembre de 2017 señala que:

la diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa. (Circular Básica Jurídica No. 100 – 000005 del 22 de noviembre de 2017)

De lo transcrito, se tiene el alcance de la expresión “buen hombre de negocios” es la diligencia de un comerciante sobre sus propios asuntos por lo cual al analizar su responsabilidad –hasta por culpa levísima- por el cumplimiento de sus deberes de cuidado. Así, estos deberes son informarse con suficiencia antes de tomar decisiones, el deber de investigar y el deber de vigilancia respecto del desarrollo y cumplimiento de las decisiones adoptadas. (Sabogal Bernal, 2017)

Finalmente, la obligación de diligencia es una obligación de medio no de resultado, es decir, que el administrador debe prodigar a la sociedad el mayor tiempo y profesionalismo posibles, sin que estén obligados a lograr el éxito de la empresa, pero si están obligados a hacer todo lo posible para lograr tal fin.

En el derecho brasileño se indica es deber de la 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. Es entonces evidente la coincidencia en las dos legislaciones analizadas. Que podrían entenderse influenciadas por la idea del derecho norteamericano según la cual los administradores deberán emplear el cuidado que una persona medianamente prudente aplicaría puesta en una posición semejante o bajo las mismas

circunstancias... El administrador debe mirar siempre el objeto social de la compañía y el lucro que es su finalidad. (Dias Mendes, G., 2016)

En Brasil, la doctrina ha relacionado la diligencia con aspectos como el deber de formación para el ejercicio del cargo, el deber de administrar bien, el deber de informar, el deber de investigar y el deber de vigilar, sin que el cumplimiento de los mismos significa que las decisiones del administrador deban ser siempre acertados; al igual que en Colombia es una obligación de medio y no de resultado. (Dias Mendes, G., 2016)

3. La Aplicación de los deberes fiduciarios en el los Procesos de Recuperación Empresarial

En Colombia la aplicación de este proceso se denomina “Régimen de Insolvencia”, regulado por la 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... (Art. 1, ley 1116 de 2006). Para proceder a su admisibilidad deben haberse consolidado bien una cesación de pagos o bien una incapacidad de pago inminente. El artículo 10 adiciona otros requisitos:

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. (Ar. 10, Ley 1116 de 2006)

El inicio del proceso de reorganización sólo puede ser solicitado, para la cesación de pagos, por el respectivo deudor, uno o varios acreedores o iniciado de forma oficiosa por la Superintendencia de Sociedades. En la situación de incapacidad de pago inminente, por el deudor o por un número plural de acreedores externo sin vínculos con el deudor o con sus socios. En ambos casos de manera directa o por intermedio de abogado.

En Brasil este proceso se denomina de Recuperación judicial y La Falencia, se encuentra regulado en la ley 11.101 del 2005. Allí la recuperación judicial tiene por objetivo viabilizar la superación de la situación de crisis económico financiera del deudor, a fin de permitir 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.

Frente a quienes son los habilitados para solicitar la recuperación judicial se enuncia el deudor que, que en el momento del pedido, ejerza regularmente sus actividades hace más de dos años y que atienda los siguientes requisitos en su conjunto: no declararse en quiebra y en caso de que si, estén declaradas extintas, por sentencia en firme las responsabilidades que de ella se deriven; durante los últimos cinco (5) años no tener concesión de recuperación judicial; no tener hace más de cinco (5) obtención de concesión de recuperación judicial con base en el plano especial de recuperación judicial para microempresas de pequeño porte; no haber sido condenado o no tener, como administrado o socio controlador, persona condenada por delitos previstos en esa ley. La recuperación judicial también podrá ser requerida por el cónyuge sobreviviente, herederos del deudor, inventariante o socio remanente.

Se observa en ambos casos que no se menciona al administrador directamente como responsable en el inicio de los procesos de recuperación empresarial, sin embargo, observados los deberes fiduciarios de los administradores es posible establecer algunas relaciones.

Frente a la Buena fe como conducta esperada de los administradores en Colombia se ha interpretado como el parámetro que le impone a este órgano actuar más allá de sus funciones formales. Se relaciona también desde su aplicación en el derecho privado con la lealtad en la ejecución de negocios, la rectitud y la corrección, por lo que aplicado a la administración de la sociedad implica un actuar a favor de la corporación y de la totalidad de los socios.

Para el caso del Brasil, en el que el administrador es considerado un mandatario, la buena fe es un deber general de conducta que se acompaña de la honestidad y que debe orientar la conducta de las partes de un contrato en todas las fases de su ejecución. Impone de igual, forma la consideración de los intereses de la otra parte, vinculando a la lealtad, pero también a la protección. Y no menos trascendente, la relación directa con el deber de informar que se espera de la parte que tiene privilegio frente a la información.

En las legislaciones analizadas siendo el deudor uno de los legitimados para tomar la decisión de acogerse a los procesos de recuperación, no podría hacerlo sin los elementos de juicio que le permitieran una adecuada decisión. Bien sea desde la confianza en el caso del mandato o la responsabilidad como órgano de la de la sociedad, es el administrador quien por su posición conoce y tendría los elementos privilegiados de información para la toma de una decisión. Es por ello un deber actuar en consonancia y presentar todas las posibilidades a los socios o accionistas, no se trata de trasladar en él 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 para presentar de forma oportuna la posibilidad que implicará mayores posibilidades de éxito para la sociedad directamente y para sus acreedores.

La lealtad, como deber fiduciario es discutida tanto en Colombia como en Brasil, bajo la idea del conflicto de intereses. Impone al administrador una actuación recta y positiva frente a la sociedad que garantice realizar el objeto social de la empresa. Se espera que cada acción realizada por el administrador deba 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.

En las conductas relacionadas, tanto en Colombia como en Brasil, no se ha identificado esta situación de conflicto de intereses en relación con los procesos de recuperación empresarial. Sin embargo, todas estas situaciones son de carácter enunciativo, es decir, no es óbice para que ellas puedan encuadrarse en un contexto de necesidad frente a esta decisión. Bien sea por intenciones de favorecer acreedores relacionados al administrador e incluso de proteger su propio prestigio. Es un espacio en el que el administrador puede encontrar enfrentados sus propios intereses con los de la sociedad, situación en la que retrasar el proceso de toma de decisión o no entregar la información con pertinencia y resulte favorecido por eso es claramente un desconocimiento del deber de lealtad que lo rige.

Finalmente, el deber de cuidado vinculado a la idea de un “buen hombre de negocios”, es de los deberes fiduciarios de los administradores el que más responsabilidad genera. Las virtudes que se esperan en este caso están relacionadas con su profesionalización, su experiencia y por qué no su formación. Ubicado en una posición privilegiada por los socios o accionistas su elección normalmente se basa en el conocimiento que se espera tenga de los negocios y en saber actuar frente a ellos para guiar y presentar a los socios aquellas posibilidades que por su naturaleza los socios no siempre van a conocer o percibir. De estas características se destacan los deberes de informarse con suficiencia, investigar y vigilar las decisiones en todas sus fases. Frente a esto se observa el más alto grado de participación que el mismo legislador previó para los administradores en todo el proceso de recuperación, si bien tanto en Colombia como en Brasil la obligación de estos funcionarios es de medio la diligencia es un deber que debe ser visible para considerar su buen ejercicio.

En la práctica son varias las situaciones conflictivas en la que la aplicación de estos deberes analizados no puede ser uniforme para asociados y acreedores. En contexto de normalidad y solvencia es muy fácil que los intereses de estos actores estén en consonancia, pero tratándose de insolvencia esta alineación se rompe. En una situación de crisis los socios protegidos por la responsabilidad limitada estarán más dispuestos a asumir riesgos. Los acreedores de otro lado buscarán estrategias para recuperar el valor del negocio (Thorndike y Castro, 2019). Ante esta disparidad el interrogante es sobre los deberes fiduciarios de los administradores, si su cumplimiento debe inclinarse a los acreedores o debe comenzar a considerar los intereses de todas las partes involucradas (socios, trabajadores, proveedores, competidores, familia y clientes). (Thorndike y Castro, 2019)

Algunas legislaciones han optado por cambiar los deberes fiduciarios y ampliarlos hacia todas las partes interesadas en conjunto cuando se trata de situaciones de insolvencia. En ella tiene que 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 (Thorndike y Castro, 2019). Si se trata de buscar la decisión más justa sería a través de una fórmula gana-gana en la que todos puedan ver satisfecho en parte su interés.

Sin embargo, esto es fácilmente discutible sobre todo en una posición como la asumida en Brasil donde la administración se guía por una relación contractual de mandato. Desde esta visión el mandato genera responsabilidades en primer lugar, con el o los mandatarios, lo que implica un parámetro de conducta inicial frente a quien debe su lealtad, fidelidad y diligencia (Villegas, 2001) esto se aproxima más al modelo financiero en el que la única prioridad es maximizar la riqueza de los accionistas. En el caso de la visión orgánica asumida en Colombia, para la administración es más fácil adoptar medidas más abiertas por su vinculación con la empresa en su conjunto, haciendo referencia a todas las partes involucradas.

En el derecho español el interés social es el interés común de los socios y tiene una función integradora. Este principio es el que debe guiar en primera medida a los administradores, para proteger a los acreedores existen otras vías:

Los deberes fiduciarios del administrador en la proximidad a la insolvencia sobre la base del concepto amplio del interés social, no parece la vía más adecuada para prevenir las lesiones al derecho de los acreedores en la fase preconcursal. La sociedad se compone de un conjunto de relaciones contractuales que encuentran en el derecho societario la disciplina que regula su organización, por lo que insertar a los stakeholders dentro del interés social implica invadir el área de los contratantes y vulnerar el principio de relatividad de los contratos, en aras de un fin de justicia redistributiva. (Vizcaíno Garrido, 2014, p. 324)

Así las cosas, sería fácil concluir que los administradores tendrían una responsabilidad por el cumplimiento de los deberes fiduciarios exclusivamente con los socios previo a ingresar en un proceso de recuperación empresarial, sin embargo los deberes de los administradores no emanan del concepto de interés social sino de un principio más general como es el de la buena fe contractual que impone, entre otros, deberes informativos que debe cumplir aunque con la contra carga del acreedor de preguntar y enterarse del estado de la persona con quien contraerá un negocio.

Desde diferentes legislaciones se han establecido formas por medio de las cuales el administrador demuestra el cumplimiento de sus deberes fiduciarios frente a los acreedores ante situaciones de insolvencia de manera general. En Inglaterra, en el caso de la diligencia relacionada con esta idea de “saber o deber de haber sabido”, el administrador debe demostrar que dio todos los pasos necesarios para evitar la insolvencia. Pasos que según la jurisprudencia son el seguimiento del consejo de profesionales, cesión del negocio o 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 (Vizcaíno Garrido, 2014). Esto identifica la figura denominada *wrongful trading* como regla de responsabilidad concursal de los administradores que aparece ante la “crisis irreversible como punto de inflexión, que determina el surgimiento de un concreto deber frente a los acreedores” (Vizcaíno Garrido, 2014, p. 184) definiendo como momento de insolvencia “aquel en que existe una insuficiencia de activos de la sociedad para el pago de las deudas, o situación de iliquidez”. (Vizcaíno Garrido, 2014, p. 184)

En Estados Unidos, en donde las normas cambian de uno a otro estado, en la mayoría de ellos se les permite a los administradores de manera libre y voluntaria considerar perseguir otros intereses diferentes a los de los accionistas, pero en esta concepción estos terceros sólo pueden responsabilizar al administrador por vía contractual y no por el incumplimiento de los deberes fiduciarios ya que estos son para con la compañía y sus socios. (Vizcaíno Garrido, 2014) Sin embargo, en situaciones de insolvencia esta regla cambia, la jurisprudencia sí reconoce los deberes fiduciarios para proteger a los acreedores de la compañía. Ha sido determinante identificar lo que ellos han llamado la zona de insolvencia en la que si bien no hay una insolvencia hay un riesgo de la misma y en la que 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 y ser tratados por igual. (Vizcaíno Garrido, 2014)

Un contra argumento a los anteriormente presentados podría presentarse en aplicación de la denominada regla de discrecionalidad:

... presunción, que busca la protección de los administradores de la intervención de los tribunales, teniendo en cuenta que sólo podrán ser declarados responsables en relación con su actuación, si sus decisiones están en contravía de los requisitos que ella misma contempla; esto es que la decisión no se tome de manera informada, buena fe y en interés de la sociedad. (Gil, 2017, p.58)

En aplicación de esta norma la doctrina interpreta que el administrador no cumple estos requisitos cuando, a guisa de ejemplo, no realiza la investigación debida sobre la operación de su compañía o no observa fallas en su actividad empresarial o no toma las

medidas adecuadas, sólo esto garantiza que se ha decidido adecuadamente o de manera racional. De otro lado, debe tener a su alcance la información adecuada para tener un buen juicio sobre su actividad comercial. Finalmente, de actuar de buena fe o sin intereses indebidos (Gil, 2017) o simplemente apartándose de la terquedad de salir adelante de las obligaciones confiando en su pericia a pesar de la inviabilidad económica señalada.

Demostrados estos puntos ante una situación de posible insolvencia, no tendría cómo establecerse responsabilidad para los administradores, ya que no se está en una insolvencia inminente ni actual. No tendría cómo probarse que conoce algo que aún no se ha definido o consolidado, para autores como Recamán (2016) se crea una inseguridad jurídica cuando se pretende establecer un estatuto de deberes que pesan sobre los administradores durante la concurrencia de tal estado de indeterminación. Sin embargo, en lo que parece un argumento contrario, también es evidente la reunión de ciertas condiciones para que se configure la responsabilidad ante la decisión de un proceso reorganización, así como la determinación de las circunstancias de ese momento previo que permitan tomar acciones.

4. Conclusiones

En general son unánimes las legislaciones estudiadas sobre los elementos mínimos que comportan los deberes fiduciarios de los administradores. Sin embargo, la interpretación de los mismos 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).

En una lectura contractual de la relación administrador- sociedad las posiciones se inclinan hacia una tendencia por los intereses de los socios o accionistas que nombraron al administrador. Esta posición no debe ser mal interpretada porque la vía de responsabilidad frente a terceros puede abrirse desde la interpretación amplia de los deberes fiduciarios. Luego el desconocimiento de los mismos puede generar una afectación a terceros que no se puede disculpar desde el cumplimiento de un contrato de mandato.

En una lectura orgánica de la relación del administrador frente a la sociedad, se puede interpretar una aplicación directa de los intereses que debe proteger implicando a todos los *stakeholders* ante un proceso de recuperación empresarial. Frente a esto también se debe tener cuidado ya que podría estar asumiendo responsabilidad más allá de su capacidad, la cual se puede garantizar no sólo vía derecho societario sino desde otras áreas en las cuales se protegen estos intereses.

Pocos países han establecido de manera concreta la responsabilidad de los administradores antes de un proceso de insolvencia. De los mencionados Inglaterra y Estados Unidos lo han realizado bien sea por vía legislativa o vía jurisprudencial. En legislaciones donde esto no se ha definido, 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 un 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.

Envuelve, en contra posición para los administradores, demostrar que actuaron con acciones concretas para no defraudar a las partes como el seguimiento del consejo de profesionales, la cesión del negocio o convocar a los acreedores para informarlos del estado financiero de la empresa, o de una forma más difusa demostrar que tomaron decisiones con conocimiento, de manera racional, con la debida observación e investigación sobre las actividades de la empresa y de esta manera proteger en el alcance de sus posibilidades los intereses de acreedores, socios y/o accionistas y demás interesados.

La referencia a los deberes fiduciarios en legislaciones como la brasileña en su mayoría 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. Es así como países, que influenciaron la adopción de la figura de recuperación empresarial en América Latina, han establecido el alcance de las funciones fiduciarias en este contexto a partir de la jurisprudencia.

En el caso colombiano la mayoría de los pronunciamientos sobre los deberes fiduciarios en relación a situaciones del proceso de insolvencia proviene de autoridades administrativas como la superintendencia. La competencia prevista por el legislador para esta entidad en este tipo de procesos explica en gran medida este resultado. 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. Lo anterior exige reflexionar si el empresario desde la concepción del proceso se ha dejado solo y con poco respaldo en sus decisiones, respaldo que se esperaría provenga de quien tiene el conocimiento no sólo de la unidad empresarial sino de la ciencia administrativa. Esto no fue previsto por el legislador ni ha sido previsto por la jurisprudencia colombiana con profundidad, pero abriría una posible contribución al éxito de la figura del proceso de insolvencia por el mayor grado de compromiso para los administradores en, desde el cumplimiento de sus deberes fiduciarios,

apoyar en la decisión de ingreso y puesta en marcha de un proceso de recuperación empresarial.

Referencias

- A. C. G. (Apr. 1978). The Fiduciary Duties of Loyalty and Care Associated with the Directors and Trustees of Charitable Organizations *Source: Virginia Law Review*, 64 (3), (449-465). <http://www.jstor.com/stable/1072555>.
- Arbeláez Calderón, Carolina. (2013). *Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades comerciales en Colombia*. [Tesis de Grado no publicada]. Facultad de Derecho Universidad ICESI. Santiago de Cali: Colombia. https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/76499/1/arbel%C3%A1ez_analisis_jurisprudencial_2013.pdf.
- Arrubla, J. (2016). Contratos Mercantiles. Teoría General del Negocio Jurídico. Décimo tercera edición actualizada. Legis, Bogotá.
- Black, B. (4 April 2001). The Principal Fiduciary Duties of Boards of Directors. Presentation at Third Asian Roundtable on Corporate Governance Singapore, *Stanford Law School*. <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf>.
- Black, Henry C. (1981). Blacks law dictionary (5th Edition). West publishing.
- Carreira Calvo, Adriana. (2008). O regime jurídico do Diretor nas Sociedades em confronto com as alterações trazidas pelo novo Código Civil. *Conteúdo Jurídico*. <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15336/o-regime-juridico-do-diretor-nas-sociedades-em-confronto-com-as-alteracoes-trazidas-pelo-novo-codigo-civil>.
- Carrera Calvo, Adriana. (2003). O regime jurídico do Diretor nas Sociedades em confronto com as alterações trazidas pelo novo Código Civil. *Conteúdo Jurídico*. <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15336/o-regime-juridico-do-diretor-nas-sociedades-em-confronto-com-as-alteracoes-trazidas-pelo-novo-codigo-civil>.
- Castro de Cifuentes, Marcela. (1986). Responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: Enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado* 1 (1), (123-141). https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri46.pdf.
- Circular Básica Jurídica 100-000003. 22 de julio de 2015. [Superintendencia de Sociedades].

Circular Básica Jurídica No. 100 – 000005. 22 de noviembre de 2017. [Superintendencia de Sociedades].

Circular externa 100-006. 25 de marzo de 2008. [Superintendencia de Sociedades].

Código Civil. Lei No. 10.406 de 2002. (Brasil). 10 de janeiro de 2002.

Cordeiro Lopes, Anselmo Henrique. (2008) A responsabilidade tributária dos administradores. A incidência do art. 135, III, do CTN. *Jus Navegandi*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10854>.

Cordeiro, A. M. da R. e Menezes. (1991). *Estudos de direito civil*. 1, (168).

Córdoba Acosta, P. (2014). *El Derecho de Sociedades y el Gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-1194/2008. (Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; 2008)

Dias Mendes, Givago. (2016). Proteção aos sócios minoritários e a aplicação dos deveres fiduciários aos acionistas controladores nas sociedades anônimas. Em A.L. Pinto Basto Lupi; R. J. Feitosa. *Direito empresarial II*, (75-93). Curitiba: CONPEDI/UNICURITIBA. <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/s724w721/VB5wqj1830k0maCR.pdf>.

Díaz Tolosa, Ingrid. (Julio, 2007). Deber de los Administradores de no competir con la sociedad anónima que administran. *Revista de Derecho Valdivia*, XX (1), 85-106. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n1/art04.pdf>.

Esteban Velasco, Gaudencio, (2005). Interés Social, Buen Gobierno Y Responsabilidad Social Corporativa (Algunas Consideraciones Desde Una Perspectiva Jurídico-Societaria). En AA.VV. *Responsabilidad Social Corporativa (Aspectos jurídicos y económicos)*, pp.13-62. Ed. Universitat Jaume I, Castello de la Plana (España).

Gil Marín, Jorge Iván. (2017). Límites de la autonomía de la voluntad en las relaciones empresariales con ocasión del proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2006 y sus efectos en la conservación de la empresa. [Tesis de Maestría no Publicada]. Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia. http://bdigital.unal.edu.co/61978/1/1038407296_2017.pdf.

Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. (2014). *Direito de empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se Dictan otras disposiciones. 27 de diciembre de 2006. Diario Oficial 46.494.
<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/about/submissions#authorGuidelines>.
- Ley No. 11.101 de 2005. Por la cual se regula la recuperación judicial, la extrajudicial y la falencia del empresario y de la sociedad empresaria. 9 de febrero de 2005. Brasil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/11101.htm.
- Ley No. 6.404 de 1976. Por la cual se dispone sobre la Sociedad por Acciones. 15 de diciembre de 1976. Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm
- Lobo, Paulo. (2018). Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. *GENJurídico*. http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/#_ftn10.
- Lotero, Rafael. (2017). Conselho Fiscal Sua empresa precisa de um?. *Jusbrasil*.
<https://rloreto.jusbrasil.com.br/artigos/486883624/conselho-fiscal>.
- Maldonado, Marlon (2017) La importancia de la acción con dividendo preferencial y la necesidad de protección de sus titulares. En *Revista de Derecho Privado*, No. 57, Universidad de los Andes.
- Ospina Fernández y Ospina Acosta. (2005). Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7ª ed. Bogotá: Editorial Temis.
- Portafolio. (Agosto, 2017). La Ley de Insolvencia ha salvado a casi 450 empresas.
<https://www.portafolio.co/economia/la-ley-de-insolvencia-ha-salvado-a-casi-450-empresas-508472>.
- Recamán Graña, Eva. (2016). Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Reyes Villamizar, Francisco. (2014). Derecho Societario. *Capítulo XII Administradores*. Bogotá: Temis.
- Reyes Villamizar, Francisco. (2016). Derecho Societario. (Tercera Edición. Vol. I). Bogotá: D. C. Temis.
- Ribeiro. (2016). Da administração da sociedade empresarial. *Jusbrasil*.
<https://marianarlbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/336960211/da-administracao-da-sociedade-empresarial>.

- Ribstein, Larry E. (2003). The Structure of The Fiduciary Relationship. *Illinois Law and Economics Working Papers Series*, Working Paper No. LE03-003.
- Sabogal Bernal Luis Fernando. (2017). *El deber de lealtad y los conflictos de intereses de los administradores de sociedades*. [Tesis Doctoral publicada]. Madrid.
- Sabogal Bernal, Luis Fernando. (2010). La relación administrador-sociedad. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, n.º 18, (125 a 156).
- Sánchez Calero, Fernando. (2007). Los administradores en las sociedades de capital. Navarra: Ed.Thomson.
- Sarraf, Michel. (2019). *Fatores Críticos de Sucesso para a Geração de Valor nos Processos de Recuperação Judicial em Empresas de Capital Aberto*. [Tesis de Maestría no publicada]. Fundação Instituto de Administração. Programa de Mestrado Profissional em Gestão de Negócios. São Paulo.
- Strine, Leo E., Jr.; Hammermesh, Lawrence A. R.; Jeffrey, Franklin Balotti y M. Gorriss. (2009). Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law. *Harvard Law School Cambridge*, MA 02138.
- Thordike, Thomas y Castro, Cayetano. (2019). Deberes fiduciarios: ¿deben celar los administradores por los intereses de los acreedores en situaciones previas a la insolvencia?. *Enfoque Derecho*. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2019/04/24/deberes-fiduciarios-deben-velar-los-administradores-por-los-intereses-de-los-acreedores-en-situaciones-previas-a-la-insolvencia/>.
- Villegas, Marcelo. (2001). El “Corporate goverance”, “los deberes fiduciaros” de los administradores y el principio de “creación de valor para los accionistas”. La regla de “juicio de los negocios.”. VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario. Recuperado de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/918/CDS08030773.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Vizcaíno Garrido, Pedro Luis. (2014). Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis. Acreedores frente a socios. (Tesis de Doctorado). Departamento de Derecho Privado, Universidad Carlos III. Madrid: España. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19143/pedroluis_vizcaino_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.