

LOS PRINCIPIOS Y DIRECTRICES DEL DERECHO CONCURSAL COMO NORMAS DE ACCIÓN PARA LA ACTUACION DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD EN CRISIS

Por: Juan Luis ESCOBAR ALVAREZ

I. HIPÓTESIS.

Con nuestra participación en este evento académico buscamos presentar a la audiencia nuestra posición en relación con la importancia normativa de los principios del derecho concursal y en esa medida, demostrar que, más que declaraciones de intención, los enunciados jurídicos conocidos como principios y directrices, constituyen razones para la acción, que en su calidad de tal, deben ser tenidos en cuenta por los sujetos de las relaciones de concursalidad sin miramiento alguno al querer de los mismos en relación con las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación.

Con base en lo anterior, procederemos entonces a formular una tesis en relación con la responsabilidad civil de los administradores de las compañías en crisis, esta vez originada, por el desconocimiento de los principios y directrices del derecho concursal en sus actuaciones al frente de las compañías que dirigen,, en la medida en que, como se verá, los principios son razones para la acción que permiten mantener incólume el *neminem laedere*.

II. PRINCIPIOS, DIRECTRICES Y REGLAS.

Para comenzar esta disertación, debemos delinear el contenido que el concepto principio tiene en la actual teoría general del Derecho, y así diferenciarlo de otros, que pese a su indiscriminada asociación con este, cuentan con características que los diferencian.

En esa medida, digamos para comenzar que se identifican como recurrentes en el estado del arte referente a este tema las siguientes acepciones sobre principios¹:

- a) Principio en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal, las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales, generalidad que se predica de la genericidad de las propiedades relevantes del caso que regula.
- b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, acepción esta que se identifica con lo que se ha venido a llamar *conceptos jurídicos indeterminados*, los cuales solo son concretizables en

¹ Esta clasificación está basada en los escritos de Carrió (Principios jurídicos y positivismo jurídico) y Guastini (Principi di diritto) y se encuentra en la obra de Atienza y Ruiz "Las piezas del derecho".

relación con las particularidades de cada caso y en esa medida su contenido no es anticipable.

- c) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines, en este punto no se trata de un principio en puridad, sino de una directriz propiamente dicha.
- d) Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un determinado ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución que le pertenece, los cuales deben realizarse en la mayor medida posible. Estos son los verdaderos principios
- e) Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.
- f) Principio en el sentido de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Para los efectos de este estudio, y dadas las características que más adelante indicamos, debemos tener como correspondiente al concepto principio aquella contenida en el literal d) del listado anterior, en la medida en que, debe tenerse presente que los principios no son otra cosa que mandatos de optimización, dicho en otras palabras, proposiciones lingüísticas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de tal manera que se atiendan las posibilidades fácticas y jurídicas que rodean la situación (caso) a solucionar y en esa medida brindar al ordenamiento jurídico un mecanismo que solucione el problema cotidiano del que hacer de una manera justificada, esto es, de una manera adecuada a derecho y por ese medio, realizar aquellos valores que el grupo social ha plasmado en el ordenamiento jurídico como relevantes para alcanzar la deseada paz social.

Por su parte la acepción señalada en el literal c) anterior, implica una confusión conceptual en la medida en que principio y directriz son conceptos no sinónimos entre sí. Lo anterior por cuanto las directrices, a diferencia de los principios, deben ser tenidas como normas instrumentales o estratégicas, en la medida en que determinan no cuales son los valores o fines que se deben realizar, sino que acciones (entre otras) permiten realizar dichos fines y por lo tanto indican que su realización acerca a un grado importante de realización de un principio.

De otro lado, a diferencia de los enunciados anteriores, las reglas, implican un mandato rígido en relación con las consecuencias jurídicas a derivar frente a la realización de determinado supuesto fáctico. En esa medida, exigen de los operadores jurídicos la adopción de una sola actitud, la cual se determina en ella frente a la coincidencia fáctica y por lo tanto limita a su contenido la solución del caso que la misma regula.

Así pues, no debemos confundir estas especies de enunciados jurídicos, que aunque usados indistintamente durante un largo periodo, hoy, desde el punto de vista teórico se encuentran ampliamente diferenciados, diferencias estas que guiarán en adelante nuestra exposición.

III) CARACTERISTICAS DE LOS PRINCIPIOS

De conformidad con la precisión realizada en el numeral anterior podemos decir que los principios se caracterizan y a su vez se diferencian de las reglas y las directrices por que:

1. Son de configuración abierta. Esta característica hace referencia a la cualidad por todos conocida en relación con las posibilidades indeterminadas para la aplicación de los postulados principialísticos presentes en los ordenamientos jurídicos, característica que parte de la consideración fundamental de la formulación de las normas jurídicas ordinarias en relación con el conjunto limitado de situaciones fácticas que pueden contar con la regulación normativa contenida en la regla jurídica no principialística, es decir, el principio como enunciado jurídico permite enmarcar en sus previsiones un número no finito de situaciones jurídicas, mientras que otros enunciados, caducan en su operatividad frente a la ocurrencia de un número finito de situaciones fácticas.

2. Límite en la persecución de intereses. Aunque otros postulados normativos determinen consecuencias jurídicas expresas frente a determinadas situaciones de hecho, siempre será posible que esa única consecuencia jurídica sea variada en razón a la no afinidad que tiene frente a los fines sociales que la regulación de la conducta busca asegurar. Es decir, cuando enunciados jurídicos no principialísticos prevén solo una consecuencia jurídica derivada de la realización de los presupuestos de hecho que configuran su supuesto, pueden hacer que el operador jurídico llegue a un resultado excluyente de fines sociales declarados y en esa medida contradecir los mismos de manera lógica, esto es, quedar en una posición contradictoria legitimada por las técnicas de argumentación empleadas en la resolución de un caso concreto que, aunque definan la prevalencia de uno de los intereses en conflicto, tal solución se encuentra en contravía con las metas sociales de la comunidad de que se trate. Por ejemplo, las cláusulas abusivas en la contratación predispuesta imponen como deducción argumentativa obligar a la parte débil del contrato a acatarlas irrestrictamente. Sin embargo existen ocasiones en que el cumplimiento de las mismas implica la vulneración de un derecho fundamental.

3. Su aplicación permite la ponderación del operador. A diferencia de otros enunciados normativos como las reglas, los principios permiten, al menos en su empleo inicial, una deliberación, una ponderación entre los pros y contras de una determinada decisión.

4. Poseen un mayor poder explicativo. Dada la indeterminación de situaciones que encajan en sus previsiones y su limitación referida a la mayor medida posible, los principios permiten la justificación de un universo infinito de posibilidades jurídicas y fácticas, cuya concreción permite dar desarrollo pleno a los valores que pretende asegurar el principio de que se trata.

IV.- RAZONES PARA LA ACCIÓN.

Pese a las diferencias señaladas entre los enunciados jurídicos determinados como reglas, principios y directrices, todos, constituyen razones para la acción, tanto en su faceta institucional (referida al los órganos sistemáticos encargados de la aplicación del orden jurídico) como en aquella referida a la faceta sustantiva, esto es, la que toca con las actuaciones de los particulares.

Sin embargo, en tratándose de los principios, esta razón para la acción cobra relevancia en la medida que, la conducta que se suma (el hacer) no se lleva a cabo en razón a la obediencia de la autoridad normativa.

Lo anterior por cuanto, si bien dada su característica extremadamente vaga, permite elegir la mejor manera de cumplir de manera optima con el postulado contenido en ellos, lo cual se logra a través de la ponderación, la cual permite contrastar el contenido del principio con el de otros principios o reglas que vayan en contra de sus postulados, por lo que una vez agotado el proceso de ponderación, el resultado de prevalencia debe coincidir con el de optimización, y en esa medida al tener como mejor manera de realizar un valor la aplicación del principio determinado, el mismo se vuelve obligatorio en razón al mandato de optimización envuelto en el principio, pues no resultaría lógico argumentar el acatamiento de una norma principialística si no se hace aquello que en nuestro sentir es lo optimo, cuando eso es justamente lo que ordena el principio. Se concluye que se toman en cuenta los valores descritos para actuar de la manera elegida.

Sin embargo, téngase en cuenta que de no ser convincente el argumento anterior, existe uno adicional, más positivista si se quiere, según el cual, los principios son razones para la acción, en la medida en que se hayan vinculados al ordenamiento jurídico a través del sistema de fuentes imperante, vinculación que se verifica gracias la presencia de la regla de inclusión presente en cada ordenamiento jurídico.

De la misma manera y teniendo en cuenta el entono de esta conferencia, me gustaría con todo respeto, proponer junto con la tesis del profesor mexicano ROLANDO TAMAYO SALMORÁN que los principios en la medida en que, son mandatos de optimización, implican en virtud del proceso volitivo de ponderación, una consideración por parte del sujeto de las normas concursales, en la medida en

que este, guiará su actuación en razón a los argumentos tenidos en cuenta para determinar que la conducta a asumir desarrolla los valores propios del orden jurídico concursal. Así, los principios, pese a su condición de normas (genero) sí constituyen razones para la acción, en la medida en que su consideración para responder a la pregunta filosófica del “que hacer?” implica no la consolidación de una consecuencia jurídica cerrada, única y prevista en la proposición normartiva, si no en la necesidad de realizar las conductas que desarrollen en una forma optima los valore a que se refieren los principios de conformidad con la acepción dada antes.

El proceso de ponderación al que nos referimos (la consideración de razones) ha sido expuesto por Alexy en cuanto según él, se refiere a un proceso síquico que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, proceso que se sintetiza en afirmar: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”

V.- PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO CONCURSAL.

Algún autor expresó en su momento, que el hacer una lista de principios era una tarea destinada al fracaso, o al menos, decimos nosotros a la perpetuidad, en la medida en que cada vez es aparecen más y más principios. Por eso, en este escrito abordaremos tan solo aquellos conocidos como conservación y protección.

Pasamos entonces, a describir brevemente su contenido, con lo cual queremos sentar igualmente nuestra posición en relación con los que para nosotros son los valores del ordenamiento jurídico concursal. Advertimos además que este escrito no se refiere a un método concursal específico bien sea recuperatorio o liquidatorio, sino simplemente a aquellos que ha estatuido el legislador para hacer frente a la escasez de bienes y a la imposibilidad de cumplir con las obligaciones exigibles.

CONSERVACIÓN

No puede perderse de vista que en la sociedad moderna y ante las nuevas realidades ideológicas, ha llegado a un consenso en cuanto a la utilidad de la empresa para generar crecimiento económico, el cual, con la adecuada intervención del estado, hará posible el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos en general.

En esa medida el hecho de desaparecer la empresa por una crisis, hace que a la economía de un país pierda dinamismo y por lo tanto se esfumen las posibilidades de crecimiento y con ello, el estado se aleje de la meta de procurar una vida digna para sus asociados.

Por lo anterior, se hace necesario que se diseñen mecanismos que permitan mantener a la empresa a flote y en esa medida no afectar las dinámicas económicas.

PROTECCIÓN

Dada la generalidad de este análisis de la concursalidad, no vamos a referirnos a la protección del crédito y la empresa, pues ambos valores dependerán del estilo liquidatorio o recuperatorio que tenga la concursalidad en determinados momentos.

En esa medida, creemos que el escenario concursal debe acatar siempre la finalidad de protección que el mismo implica, en la medida en que siempre será un remedio a una enfermedad, bien sea esta incurable o no. Así entonces, debe siempre tenerse presente que el proceso concursal busca proteger a un grupo social de los efectos nocivos de la insolvencia, propiciando, de un lado, una profilaxis en relación con el falente como agente de disfunción, caso en el cual se busca aminorar los efectos del mal, o de otro, aplicando al falente una medicina recompositiva, que permita eliminar definitivamente el mal, el cual será en ambos casos, la impotencia del concursado para cumplir adecuadamente sus obligaciones.

VI. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES.

Dado el alcance de este escrito, debemos aplicar los postulados anteriores al escenario concursal en el cual el falente sea una persona jurídica, para determinar en concreto la posición de los órganos de gestión administrativa de dichos entes frente a la realización del principio de protección descrito y relacionado con los intereses de los demás actores del escenario concursal. En esa medida advertimos, con consideración práctica, asumiremos dicho análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano, en particular desde las previsiones normativas del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) y de la ley 222 de 1995.

Es indiscutible que la vida de los negocios actuales, en particular aquella en la que intervienen sociedades, ha llegado a un nivel de complejidad tal, que se ha hecho necesario alcanzar un nivel de especialización y competencia técnica que permita afrontar el hacer negocios.

Tal circunstancia, aunada a la conocida teoría organicista que explica el funcionamiento de las personas jurídicas y en particular de las sociedades comerciales, hace que dichos órganos, estén en manos de personas que no tienen ninguna participación en la propiedad de la empresa y en esa medida hace que las decisiones que tomen, solo tienen repercusión en la estabilidad de su empleo y así, quienes arriesgan su capital en la aventura societaria, bien sea

como acreedores internos o acreedores externos tengan interés en exigir que su conducta desarrolle, de manera optima, el principio de protección que cubre sus intereses y por lo tanto exijan de estos un nivel de responsabilidad claro y estricto.

Hoy en Colombia algunos de esos órganos de gestión societaria tienen la calidad de administradores, en referencia concreta a ciertos cargos que dentro de la infraestructura societaria manejan los intereses internos de la sociedad bien sea desarrollando actividades administrativas hacia adentro o ejerciendo la mismas en relación con terceros. Así hoy en Colombia de conformidad con el artículo 22 de la ley 222 de 1995 se consideran administradores:

El representante legal, quien tiene a su cargo la gestión externa de la sociedad y por tanto el deber de relacionar a la sociedad con otras personas naturales o jurídicas y adquirir en su nombre obligaciones y ejercer en su nombre sus derechos.

El liquidador, quien durante el período de su actuación tiene a su cargo la gestión externa de la compañía y por lo tanto su labor reviste las características de las del representante legal.

El factor, quien según las voces del artículo 1332 del código de comercio es un mandatario que en virtud de un contrato denominado preposición administra un establecimiento de comercio o un ramo de la actividad del mismo.

Los miembros de juntas o concejos directivos, quienes cumplen con funciones de orientación de la sociedad.

Quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten dichas funciones, así quienes de conformidad con los estatutos tengan esas funciones de dirección o representación legal quedarán arropados con el rotulo de administradores, por lo que deben tenerse por tal ente otros, los gestores de las sociedades comanditarias, y los socios de las sociedades de responsabilidad limitada.

Finalmente debe tenerse claro que otros órganos integrados por cargos no relacionados en esta lista no están exentos de la obligación de acatar el principio de protección, simplemente el régimen de la responsabilidad que su incumplimiento acaree no será el previsto en la ley 222 sino el general del artículo 2341 del Código Civil Colombiano.

En esa medida, la legislación colombiana impone a aquellos la obligación de observar la regla de protección enunciada antes y dispone que:

Artículo 200 del Código de Comercio:

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extraliminación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.

Como se ve, en la normatividad colombiana los administradores en sus actuaciones deben realizar sus actuaciones teniendo en cuenta la preponderancia que tiene el principio de la protección (salvaguardado por los de protección y conservación) frente a los intereses individuales de la compañía o de terceros, en la medida en que la afectación injustificada de los mismos, generará en cabeza del administrador un deber de reparación.

Frente a esta realidad, la ley conciente de la indeterminación de las conductas que hacen posible dar cumplimiento óptimo al principio de protección, ha consagrado ciertas directrices que indican medios idóneos para alcanzar ese fin de optimización.

Tales directrices se encuentran enlistadas en el artículo 23 de la ley 222 de 1995 se encuentran las directrices de conducta:

Artículo 23 ley 222:

“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.” (negrilla nuestra).

En esa medida, la ley ha considerado que cuando los administradores emplean en sus actuaciones la buena fe (intención recta y positiva en la celebración de los

actos jurídicos), la lealtad (corresponsalía a la confianza depositada en el administrador para que desarrolle su cargo) y la diligencia del arquetipo del buen hombre de negocios (emplear los medios que tenga a su alcance para que los riesgos que deba asumir en el desarrollo de los negocios, de conformidad con la especialidad y profesionalidad propias de su gestión) estarán desarrollando conductas que en principio optimizarían la operatividad del valor (principio) de protección y respeto de los derechos ajenos.

Adicionalmente, el legislador colombiano se ha tomado la molestia de concretar aún más en que dichas directrices, de tal manera que ha ejemplificado que conductas permiten realizar tales directrices así:

Dice la misma norma:

”En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. (...)”

Adicionalmente para el efecto de los escenarios concursales existen otras directrices que tienden a la óptima realización de los principios expresados antes los cuales en nuestro sentir son:

La oficiosidad. Entendida como la posibilidad de actuar por parte de las agencias encargadas de dar inicio o tramitar en su totalidad las figuras concursales existentes aún contra la voluntad del deudor o en ausencia de ella.

La universalidad. De conformidad con este principio, la institución concursal debe asegurar de un lado, la inclusión de todos y cada uno de los pasivos que no han

sido solucionados por el falente, de tal manera que por medio de estos se asegure la participación de del titular del derecho subjetivo que las mismas acreencias representan. Esta finalidad ha sido referida por la doctrina como universalidad subjetiva o como universalidad pasiva, en la medida en que hace referencia a la necesidad de fomentar la participación de todos los interesados en el desarrollo del concurso, interés que ha de estar determinado en la ley y que radica básicamente en el Estado, el falente y sus acreedores tanto internos como externos, y procura que el concurso sea una solución integras para todas aquellas situaciones de incumplimiento.

Junto a esta faceta de la universalidad se encuentra aquella referente a la apertura de un espacio de participación en el cual todos los interesados puedan (y en cierta medida tengan la carga de hacerlo) participar activamente de la actividad concursal, de tal manera que no se presenten exclusiones frente a la posibilidad de reclamar o simplemente de contribuir en relación con el cúmulo de derechos subjetivos que subyace bajo el manto de la insolvencia. Esta universalidad podría rotularse como universalidad de concurrencia.

No se puede dejar de lado en este aparte hacer referencia a otra manifestación de la universalidad como valor a realizar por las figuras concursales. Esta toca con la necesidad de cobijar con el concurso la totalidad de los bienes que constituyen el patrimonio (en sentido jurídico) del concursado, de tal manera que pueda realizarse eventualmente la práctica civilizada de la relación obligacional entendida como una vinculación entre patrimonios, de tal manera que sean los bienes del deudor los que permitan llevar a cabo la solución de la insolvencia. En esa medida los ordenamientos jurídicos han previsto mecanismos de separación patrimonial y de reconstitución patrimonial, de tal manera que se garantice que los bienes cobijados por el concurso sean solo los del falente y todos los del falente.

Igualdad. En pocas palabras podemos definir esta directriz, la cual ha sido la más analizada y utilizada en los últimos años, gracias en gran medida a la constitucionalización del derecho. Digamos pues que la igualdad hace referencia de un lado al deber de tratar de la misma manera a todos aquellos que se encuentran en la misma situación de hecho mientras no existan otras circunstancias objetivas que permitan imprimir al agente que en ellas se encuentra un trato diferente a aquel que ha de darse a todos los sujetos que lo acompañan.

En el ambiente concursal se manifiesta, o mejor, se condensa en el aforismo *par conditio creditorum*, o en lengua viva, igualdad de trato entre todos los acreedores con el cual, de acuerdo con Francisco Junyent Bas, se consolidan los cimientos del derecho concursal en la medida en que implica la aceptación de un ideal de justicia distributivo “que exige la satisfacción de todos los acreedores, de conformidad con la naturaleza de su crédito (...)”.

Matizando esta descripción de igualdad con lo dicho en relación con los principios, podemos citar a Piero Pajardi, citado por Junyent, cuando dice "(...) la igualdad de trato constituye la "regla medio" respecto de la "regla fin", representada por el pago a los acreedores en la medida más amplia posible".

Con lo dicho tenemos entonces que uno de los valores más de mayor peso que buscan desarrollar las instituciones concursales es la de procurar satisfacer a TODOS los acreedores que participaron en la vida empresarial del falente, de tal manera que se logre pagar los créditos de que son titulares bien en su totalidad o al menos en la mayor medida posible.

Somos concientes del tema de las preferencias o privilegios que en relación con cada una de las modalidades de los créditos pueden contemplar las legislaciones. Frente a esto podemos decir que las mismas constituirán entonces esas razones de diferenciación en el trato en relación con unos acreedores en relación con otros, en la medida en que, por la fuerza vinculante de la obligatoriedad de la normas jurídicas que los consagran, debe acatarse, legitimándose entonces ese trato diferencial en la relación de mandato existente entre los sujetos y las reglas jurídicas.

Dignidad del Falente. No puede perderse de vista que el hecho de padecer una imposibilidad patrimonial no priva al falente de su condición de persona y en esa medida, no le priva de los derechos que su calidad de tal le confiere. Así, quienes participan en el escenario concursal deben mantenerse a raya en cuanto se refiere a vulnerar por disminución o por omisión esos derechos fundamentales que conserva el falente en su condición de persona.

Con lo anterior plasmado de manera clara, podemos concluir en este momento que los principios enlistados y descritos comportan la promoción de ciertos valores que a juicio de quien esto escribe, deben ser realizados en su integridad por las formas jurídicas que se adopten para tratar la institución de la impotencia económica.

Esa realización dependerá en gran medida del señalamiento de las reglas que en sentir del legislador cumplen con esa finalidad de realizar principios, bien desde el punto de vista sustancial como desde el punto de vista procedimental. Sin embargo, y dada la no plenitud regulativa de los sistemas jurídicos, existe la posibilidad que ciertas situaciones jurídicas queden por fuera del ámbito hipotético de las proposiciones que integran dichos sistemas, o bien que ante la pregunta referente al que hacer en determinada situación, el orden jurídico no brinde soluciones restringidas a una sola consecuencia jurídica a aplica.

Frente a lo anterior, se erigen los principios analizados, toda vez que estos permitirán que el agente que se pregunta que hacer pueda encontrar una razón para la acción, es decir, para hacer algo dentro del marco de los proceso concursales.

Tal utilidad, debe medirse siempre a la luz del ejercicio de las propuestas líneas arriba, de tal manera que la acción elegida honre de la manera más óptima posible los principios antes enunciados, es decir, que la consecuencia de la respuesta al que hacer no implique la selección de una actuación que no privilegie los principios que expresan los valores a realizar de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Así y a partir de esta conclusión, no dudamos en afirmar que, de privilegiarse por alguno de los sujetos de la institución concursal alguna respuesta a la pregunta sobre que hacer en el marco de las relaciones reguladas por dicha institución que contraría o no realice óptimamente el valor expresado en el principio, no estaría justificando su actuación, y en esa medida, de ocasionar algún perjuicio con su desconocimiento del ordenamiento jurídico estaría en la obligación de indemnizarlo a la luz de los postulados del derecho de daños.

Así al realizar estas conductas, el administrador en principio podría pensar en que se encuentra dando desarrollo al principio de protección y respeto de intereses ajenos, sin embargo se encuentra que tales directrices pueden implicar la realización de conductas que no satisfagan el principio propuesto. Ante tales situaciones que debe hacer el administrador?.

La respuesta a tal planteamiento se encuentra en la moderna figura del *business judgment rule* (BJR) la cual para el caso de Colombia y siguiendo la apreciación de LAGUADO GIRALDO es posible transplantarla al ambiente hermenéutico Colombiano con base, creemos nosotros, en el inciso final del artículo 23 de la ley 222 de 1995 cuando dice:

“En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.”

En esa medida y siguiendo los trazos del LAGUADO podemos decir con el que, para el contexto de este escrito, los administradores, deben ponderar su conducta en relación con el principio de protección de los derechos ajenos de cuyo incumplimiento se derivaría la responsabilidad del administrador, para lo cual, además de las directrices de lealtad, buena fe y diligencia y cuidado en el riesgo, deben tener en cuenta esa regla de juicio en los negocios (BJR), la cual, dice nuestro autor, se traduce en tomar decisiones teniendo en cuenta los siguientes elementos:

1. Obrar con una intención diáfana y recta.
2. Obrar sin incurrir en conflicto de intereses.
3. Soportar la actuación en un análisis previo de información sobre el asunto

4. Obrar con la convicción racional de obrar en desarrollo de legítimos intereses que no entren en conflicto con los derechos ajenos.

Obrando de ese modo, creemos que se puede conciliar el interés privado de las actividades económicas con el interés de terceros en relación con el respeto a sus derechos.

VII. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL ESCENARIO CONCURSAL

El hecho que el comerciante societario se encuentre en una situación de crisis frente a la cual se vea abocado a participar en un escenario concursal, no significa que los administradores dado el estado de falencia, puedan hacer caso omiso de los deberes de conducta que les asisten y que deban seguir observando óptimamente el desarrollo del postulado de protección de los derechos ajenos en sus actuaciones.

Sin embargo y para comenzar a concluir, cabe preguntarnos si el desarrollo de conductas por parte de los administradores que desconozcan los principios de la concursalidad que vimos antes (conservación y protección) pueden implicar el desconocimiento del principio de protección y en esa medida, generar para ellos responsabilidad indemnizatoria.

No dudamos en afirmar que sí es posible, por lo que, desconocer esos principios, o lo que es o mismo realizar conductas que debiliten su presencia, implica desconocer el derecho, implica la realización de conductas no justificadas y en esa medida, de causar daño con las mismas, deberá indemnizarse los perjuicios para restaurar el principio de protección.

De esa manera, si el desconocer los principios del derecho concursal conlleva vulnerar el principio de protección, los primeros se convertirán entonces en mandatos de optimización que deben ser tenidos en cuenta por los administradores en su actuar si no quieren verse como autores de vulneraciones de derechos ajenos. Así entonces las directrices de buena fe, lealtad y diligencia y cuidado en el riesgo, son criterios que deben conducir en el escenario de la crisis a ponderar actuaciones que permitan mantener incólume el principio de protección de los socios, los acreedores y la compañía en el escenario de crisis vía realización de los principios de la concursalidad.

En este punto retomamos entonces como criterio de ponderación de los administradores de la empresa falente la BJR, particularmente en su elemento 4 (Obrar con la convicción racional de obrar en desarrollo de legítimos intereses que no entren en conflicto con los derechos ajenos) pues si en los escenarios concursales se da aplicación a los principios enunciados como razones para la

acción, se podrá tener la certeza que la actuación del administrador estará justificada en su totalidad.

Un ejemplo de los dicho, es el artículo 2 de la resolución 100-285 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades colombiana, cuando dice que: “Son principios² que orientan el servicio del liquidador la eficacia, responsabilidad, transparencia, lealtad, imparcialidad, independencia, buena fe y solvencia comercial, económica y moral”

VIII. MANIFESTACIONES CONCRETAS DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EN LOS ESCENARIOS CONCURSALES COLOMBIANOS

En Colombia la misma ley 222 de 1995 se encargó de regular los escenarios concursales de recuperación del empresario falente mediante el concordato³ y la liquidación del mismo mediante la liquidación obligatoria.

En ambos trámites la permanencia de los administradores de la empresa en crisis es diferente, en la medida en que el concurso recuperatorio permite la permanencia de todos ellos en la gestión social, mientras que la liquidación obligatoria impone la separación de los mismos, sin embargo, este último trámite impone la presencia de un liquidador, quien, como lo vimos antes, tiene el cariz de administrador.

Así, en el escenario concursal de recuperación, los administradores deberán mantener la observancia de los deberes analizados antes a título de directrices, para así realizar plenamente los principios del derecho concursal y en esa medida el valor supremo de protección.

El escenario de crisis ofrece una nueva gama de directrices, esta vez expresadas con el argumento a contrario, es decir, la ley no expresa que se debe hacer, si no que dice que no se debe hacer:

Artículo 117 ley 222: “La Superintendencia de Sociedades, de oficio o por información del contralor o a petición de la Junta Provisional de Acreedores, ordenará la remoción del o de los administradores en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando por su negligencia la sociedad no esté cumpliendo los deberes de comerciante.
2. Cuando estén inhabilitados para ejercer la función o el comercio.

² Directrices diríamos nosotros.

³ Téngase en cuenta que en la actualidad la recuperación de los empresarios personas jurídicas se rige por lo dispuesto en la ley 550 de 1999.

3. Cuando sin justa causa no cumplan las obligaciones que les impone esta ley.
4. Cuando no denunciaron oportunamente la situación que impone la apertura del trámite concursal, o habiéndole hecho, no se aportaron los documentos necesarios.
5. Cuando debidamente citados, dejen de asistir a las reuniones de la Junta Provisional de Acreedores, sin justa causa.
6. Cuando no cumplan las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades.
7. Cuando hagan enajenaciones, pagos, arreglos relacionados con sus obligaciones o reformas estatutarias, sin autorización de la Superintendencia de Sociedades.
8. Cuando sin justa causa no adopten las medidas que les hubiere solicitado la junta provisional de acreedores.”

En estos términos la ley considera que las conductas mencionadas, no contribuyen a realizar los valores de recuperación y conservación de la concursalidad y en esa medida son contrarios a las directrices que ordinariamente y en escenario de crisis deben observar los administradores.

Además de lo anterior, y nuevamente con el argumento a contrario el artículo 143 de la misma ley dice que:

ARTICULO 153. INHABILIDAD. Además de la remoción prevista en esta ley, los administradores de la entidad deudora serán inhabilitados para ejercer el comercio, cuando quiera que se den uno o varios de los siguientes eventos o conductas:

1. Se compruebe que constituyeron o utilizaron la empresa con el fin de defraudar a los acreedores.
2. Llevar la empresa mediante fraude al estado de crisis económica.
3. La destrucción total o parcial de los bienes que conforman el patrimonio a liquidar.
4. La malversación o dilapidación de bienes, que conduzca a la apertura del trámite liquidatorio.
5. El incumplimiento sin justa causa del acuerdo de recuperación suscrito con sus acreedores.
6. Cuando antes o después de la apertura del trámite, especule con las obligaciones a su cargo, adquiriéndolas a menor precio.
7. La distracción, disminución, u ocultamiento total o parcial de bienes.

8. La realización de actos simulados, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.
9. Cuando sin justa causa y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una pretensión patrimonial cierta.
10. La ejecución de cualquier acto similar, con el cual se cause perjuicio a la entidad deudora, sus asociados o en general a los terceros.

En esa medida las acciones de remoción buscan propiciar en el ambiente del falente las condiciones necesarias para la recuperación y la sanción de inhabilidad busca disuadir a quienes sean administradores de la realización de las conductas descritas en los tipos sancionatorios expuestos.

Por otra parte en relación con el liquidador y aunque el proceso liquidatorio no busca la recuperación de los negocios y en esa medida no desarrolla el principio de conservación, si busca proteger el crédito mediante la realización ordenada de los activos del falente. En esa medida la ley ofrece como directrices las siguientes conductas:

ARTICULO 166 de la ley 222. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR. El Cuidador tendrá la representación legal de la entidad deudora y como tal desempeñará las funciones que adelante se le asignan, y en ejercicio de ellas deberá concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del trámite y en especial las siguientes:

1. Ejecutar todos los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación del patrimonio rápida y progresiva.
2. Gestionar el recaudo de los dineros y la recuperación de los bienes que por cualquier circunstancia deban ingresar al activo a liquidar, incluso los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad, así como las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias. Igualmente, exigir de acuerdo al tipo societario las obligaciones que correspondan a los socios.
3. Elaborar el inventario de los activos que conforman el patrimonio a liquidar, el cual deberá presentar a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los treinta días siguientes a la aceptación del cargo.
4. Ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos y celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación, con las limitaciones aquí establecidas, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten la cancelación del pasivo.
5. Continuar con la contabilidad del deudor en los mismos libros, siempre y cuando se encuentren debidamente registrados. En caso de no ser posible, deberá proveer a su reconstrucción e iniciar la contabilidad de la liquidación, en libros que deberá registrar en la Cámara de Comercio.

6. Enajenar a cualquier título, los bienes consumibles del deudor, de lo cual dará inmediata información a la junta asesora.

7. Enajenar, con las restricciones aquí establecidas, los bienes del deudor.

8. Atender con los recursos de la liquidación, todos los gastos que ella demande, cancelando en primer término el pasivo externo, observando el orden de prelación establecido en la providencia de graduación y calificación.

9. Exigir cuentas comprobadas de su gestión a los liquidadores anteriores, y a los secuestres designados en los juicios que se incorporen a la liquidación.

10. Rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en esta Ley.

11. Realizar, con la aprobación previa de la junta asesora, los castigos contables de activos que resulten pertinentes, caso en el cual deberá informar a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los quince días siguientes a la adopción de tal determinación.

12. Mantener y conservar los archivos del deudor.

13. Solicitar a la Superintendencia de Sociedades, el decreto y práctica del secuestro provisional de los bienes que constituyen el patrimonio a liquidar.

14. Promover acciones de responsabilidad civil o penal, contra los asociados, administradores, revisores fiscales y funcionarios de la entidad en liquidación obligatoria, y en general, contra cualquier persona a la cual pueda deducirse responsabilidad.

15. Intentar con autorización de la junta asesora, todas las acciones necesarias para la conservación y reintegración de los bienes que conforman el patrimonio a liquidar, lo mismo que atender y resolver las solicitudes de restitución de los bienes que deban separarse del mismo patrimonio.

16. Presentar a consideración de la junta asesora, un plan de pago de las obligaciones, teniendo en cuenta el inventario y la providencia de calificación y graduación de créditos.

En cuanto a directrices negativas, es decir conductas que no se deben hacer por los liquidadores se encuentra únicamente la del no cumplimiento de las funciones.

Así si el cumplimiento de las directrices ofrecidas por el legislador, junto con las directrices generales de lealtad, buena fe y diligencia y cuidado en el riesgo

optimiza los valores de protección y conservación, se tiene que el valor de protección de los intereses ajenos estará satisfecho de lo contrario se abre la puerta para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, en la medida en que con su actuar no justificado, quebranten efectivamente derechos e intereses de terceros, si que, nos extendamos a analizar si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual.

Para lo anterior, junto con las acciones ordinarias de responsabilidad civil, el legislador colombiano ha previsto la acción social de responsabilidad contra los administradores así:

Ley 222 de 1995 artículo 25. ACCION SOCIAL DE RESPONSABILIDAD. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros.

Valga anotar que esta se trata de una acción de la sociedad contra los administradores, la cual se extiende a los acreedores insatisfechos, no a título individual sino para recomponer un poco la cuenta de activos de la sociedad pero la acción en últimas tiene como beneficiario a la sociedad. Sin embargo no se descarta la acción individual de socios y acreedores, la se tramitará como una acción ordinaria de responsabilidad civil.

IX. CONCLUSIÓN

La necesidad de mantener la empresa como factor de gestión social, hace que los estados busquen diseñar mecanismos que permitan optimizar la gestión de dichos

factores o bien, evitar que su desaparición cause graves trastornos en la vida económica de la sociedad civilmente organizada.

Igualmente la necesidad de introducir en las diferentes legislaciones regulaciones y reglamentaciones claras y estrictas en materia de Responsabilidad de los Administradores que faciliten el cumplimiento de la finalidad de las normas concursales.

Así surgen como valores de las constituciones modernas la conservación y la protección de la empresa en parte también como manifestaciones del derecho a la libre iniciativa económica.

Así y para asegurar esos valores, hoy contamos con un decantado derecho de los concursos que describe el actuar en los escenarios de crisis.

Así, las herramientas concursales surgen como protectoras de los factores empresariales y en esa medida buscan la realización de los valores de conservación y protección, por lo que de ellos surgen normas (reglas, valores y directrices) que dirigen la conducta hacia esos valores.

Así al amoldar la conducta a esas normas se realizarán os principios descritos y en esa medida se actuará dentro de os márgenes de la juridicidad y así se justificarán las conductas a realizar (al responder al interrogante qué hacer?) y así mantener incólume el *neminem laedere*.

JUAN LUIS ESCOBAR ALVAREZ
Socio Instituto Hispanoamericano de Derecho Concursal