



LOS IMPACTOS DE LA REFORMA DE LA LEY DE QUIEBRAS Y RECUPERACIÓN JUDICIAL EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN RECUPERACIÓN JUDICIAL

ARTÍCULO DE REVISIÓN

PIMENTEL JUNIOR, Washington Luiz Dias¹, COÊLHO, Bruno César de Carvalho², OLIVEIRA FILHO, João Glicério de³

PIMENTEL JUNIOR, Washington Luiz Dias. COÊLHO, Bruno César de Carvalho. OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **Los impactos de la reforma de la ley de quiebras y recuperación judicial en la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en recuperación judicial.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Año. 08, Ed. 06, Vol. 04, pp. 16-31. Junio de 2023. ISSN: 2448-0959, Enlace de acceso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/ley/recuperacion-judicial>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/ley/recuperacion-judicial

RESUMEN

La responsabilidad de los socios y administradores por las obligaciones de la empresa en el ámbito de la Recuperación Judicial y la Quiebra es un tema que adquirió contornos específicos a partir de la promulgación de la Ley n. 14.112/2020, que modificó la Ley n. 11.101/2005 (Ley de Recuperación y Quiebra). A través de una investigación bibliográfica y cualitativa, el presente artículo tiene como objetivo evaluar, desde la perspectiva de los deberes fiduciarios, cuáles son los límites de la responsabilidad de los administradores frente a las obligaciones de la empresa en proceso de recuperación, mediante un análisis de las modificaciones introducidas por la Ley n. 14.112/2020 y sus efectos. Por esta razón, se considera que no es el mero incumplimiento o cualquier "mala decisión" lo que impondrá responsabilidad a los administradores, siendo fundamental el incumplimiento de los deberes fiduciarios de diligencia, lealtad y de información para la acción de responsabilidad o el incidente de desconsideración de la personalidad jurídica, siempre de manera



excepcional, favoreciendo la independencia de la administración de la compañía y excluyendo la aplicación jurisprudencial que antes estaba vigente.

Palabras clave: Insolvencia empresarial, Recuperación judicial, Responsabilidad de los socios y administradores, Desconsideración de la personalidad jurídica.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se centra en el impacto de la nueva ley de quiebras y recuperación judicial en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores de las sociedades empresariales, especialmente cuando se encuentran en una situación de recuperación judicial.

El instituto de la Recuperación Judicial puede definirse como el movimiento y la convergencia de una serie de normativas, tanto sociales, económicas como legales, con el fin de reorganizar y aprovechar de la mejor manera posible la estructura y la capacidad productiva de una empresa.

En este contexto, la Recuperación Judicial busca revitalizar la actividad empresarial, no solo considerando el aspecto financiero involucrado, ya que también tiene un componente social en el que se ven afectados los empleados, los acreedores, los consumidores, los socios y los administradores.

El papel de los administradores de la sociedad empresarial, que difiere del desempeñado por el administrador judicial, es representar los intereses de la propia empresa en recuperación, gestionar y aplicar medidas para superar la crisis.

Una vez presentado el contexto de la recuperación judicial y definido el sujeto de análisis, esta investigación se centra en evaluar, desde la perspectiva de los deberes fiduciarios, cuáles son los límites de la responsabilidad de los administradores frente a las obligaciones de la empresa en recuperación, a través de un análisis de las modificaciones introducidas por la Ley n. 14.112/2020 y sus efectos.



Este artículo se basará en una investigación bibliográfica y cualitativa, ya que, en un primer momento, se abordará la problemática a través del estudio de diversas concepciones y tesis, analizando sus diversas variables, para luego utilizar un enfoque cualitativo en la validación de las hipótesis presentadas. Este método es esencial para comprender la evolución del problema planteado, sus posibles consecuencias y soluciones.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES Y LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Los administradores desempeñan un papel importante en la empresa, ya que actúan como órgano de gestión de negocios y sus deberes abarcan los intereses de todas las partes interesadas, buscando armonizarlos siempre en atención a la función social de la sociedad empresarial.

Esto se debe a que, en palabras de Unie Caminha (2017), los administradores son "aquellos que expresan la voluntad de la sociedad anónima, no como representantes, sino como la propia sociedad". Por lo tanto, existe una relación jurídica orgánica entre la sociedad y el administrador, en la cual este último no es un simple mandatario de la sociedad, sino un medio de expresión de la voluntad (GATAZ, 2016, pp. 53-70).

El concepto de deberes y responsabilidades de los administradores viene acompañado de la determinación de un comportamiento activo y honesto (BRASIL, 2002), indicando el deber de actuar en la gestión de los negocios con diligencia, siempre observando el deber de actuar en función de las actividades indicadas en el objeto social de la compañía, persiguiendo la obtención de beneficios para su posterior distribución entre los socios y accionistas (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2019, p. 115).



La idea de probidad que se emplea aquí merece atención, ya que la referencia al concepto del derecho romano del *bonus pater familiae* (MAGALHÃES, 2014, p. 167) indica la necesidad de un comportamiento diligente del administrador que va más allá de la preservación del patrimonio social, que debe ejercer el objeto social y obtener beneficios para el socio/accionista, con el claro objetivo de aumentar el patrimonio bajo su administración (EIZIRIK, 2015, p. 117), lo que, obviamente, implica asumir los riesgos inherentes a cualquier actividad empresarial.

A pesar de que las Leyes 6.404/76 y 10.406/2002 proporcionen conceptos de los deberes y responsabilidades del administrador, se nota que no hay una delimitación específica debido a la multiplicidad de situaciones que se presentan a diario para la toma de decisiones y la gestión de la administración, y los deberes fiduciarios sirven como verdaderos puntos de referencia en la gestión del negocio por parte de los administradores (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2019, p. 115).

Marcelo Vieira Von Adamek (2010, p. 113) enseña que el legislador patrio acertó al otorgar conceptos generales y abstractos a la conducta y actuación de los administradores, ya que, de lo contrario, habría contribuido a generar más situaciones ineficaces a través de un sistema inflexible.

Profundizando en el tema, se pueden dividir los deberes fiduciarios de los administradores en tres: el deber de diligencia (BRASIL. Ley 6.404, 1976, art. 153 y Ley 10.406, 2002, art. 1.010), el deber de lealtad (BRASIL. Ley 6.404, 1976, art. 155) y el deber de informar (BRASIL. Ley 6.404, 1976, art. 157). Estos deberes se derivan de la finalidad de las funciones de los administradores por su naturaleza fiduciaria y orgánica, siendo un "derecho-función" (BULGARELLI, 1998, p. 158).

En cuanto al primero, el deber de diligencia, se puede afirmar que el administrador de la compañía debe emplear, en el ejercicio de sus funciones, el cuidado y diligencia que todo hombre activo y probado suele emplear en la administración de sus propios negocios. Este es el concepto legal del deber de diligencia, el primero



de los deberes, que al parecer es el más relevante y el que supuestamente garantiza los demás (BULGARELLI, 1998, p. 120), pero es de difícil caracterización.

El deber de diligencia, como se ha señalado, implica una obligación de medios, el cuidado que debe preceder a la toma de decisiones, la preparación constante para ocupar el cargo de administrador. Este deber implica prestar atención al desarrollo del negocio, analizar cuidadosamente los datos e información de la compañía, intervenir cuando sea necesario para el bien de los propósitos sociales.

El deber de lealtad, por otro lado, establecido en el artículo 155 de la Ley 6.404 (BRASIL, 1976), establece que el administrador debe servir con lealtad a la compañía, imponiendo ciertas restricciones en el sentido de no permitir que el administrador utilice su posición para obtener ventajas personales en detrimento de los intereses de la sociedad.

Por último, el deber de informar establece que el administrador debe proporcionar información sobre la compañía a los inversionistas, empleados, accionistas, socios comerciales y, en definitiva, a la comunidad, así como cualquier hecho relevante que tenga el potencial de afectar los negocios de la sociedad (BITTAR, 2010, p. 159). Esta información es necesaria para el control del mercado y la situación real de las compañías que operan en él.

Estos deberes no son reglas rígidas, funcionan más como guías para las actividades de la administración, estableciendo principios claros y explícitos sobre cómo tomar las mejores decisiones, siempre privilegiando los intereses de la compañía.

3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

A la luz de lo expuesto, se puede observar que la administración tiene deberes claros hacia la compañía, deberes que se rigen por los parámetros de diligencia, lealtad y la necesidad de informar. Por lo tanto, en las situaciones en las que los



administradores no cumplan con estos deberes, se les hará responsables por los daños causados.

La responsabilidad civil del administrador se inserta inicialmente en el contexto más amplio de la responsabilidad civil en general (ADAMEK, 2012, p. 94), y también deben observarse regulaciones específicas de las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, sociedades en participación y sociedades en comandita simple, especificidades que no son objeto del presente análisis.

De todos modos, existe la previsión en el ordenamiento jurídico de que la responsabilidad de los socios constituidos con responsabilidad limitada y de los administradores dependerá de casos extremadamente específicos con la instauración de un procedimiento propio, lo que introduce la idea de la *Business Judgment Rule*, una importante regla de decisión empresarial aceptada por el Derecho brasileño, que se tratará a continuación.

3.1 BUSINESS JUDGMENT RULE

El "*Business Judgment Rule*" es una regla creada en los Estados Unidos que busca limitar el análisis del mérito de las decisiones de los administradores, incluso cuando estas resultan perjudiciales para la actividad empresarial, en los casos en que se respeten los deberes de los administradores (VERGUEIRO, 2015, p. 29).

El primer punto a destacar aquí es que esta regla no es un salvoconducto, sino un *standard* de análisis de conducta que, por simple error y juicio honesto, no puede calificarse como negligente (MAGALHÃES, 2014, p. 166), quedando la responsabilidad del administrador sujeta a la evaluación de las precauciones tomadas antes de la toma de decisiones, presumiendo, para todos los efectos, que su administración siempre se lleva a cabo de buena fe y en el mejor interés de la compañía.



Así, para la aplicación de esta regla, como explica Eizirik (2015, p. 125), se han desarrollado sus requisitos: (i) la existencia de una decisión, no estando protegidas por la regla las conductas omisivas; (ii) la inexistencia de cualquier interés financiero o beneficio personal en el asunto por parte del administrador; (iii) el cumplimiento de la obligación de informarse antes de tomar la decisión; (iv) el administrador persiguió el interés social; y (v) el administrador actuó de buena fe.

Una vez comprobados los elementos indicados, la decisión tomada por la administración, aunque haya causado daños a la compañía, está protegida por la *Business Judgment Rule*, ya que el razonamiento de la decisión se ve afectado por variables subjetivas que requieren el análisis de su momento, las tendencias del mercado y los participantes en el acto (MAGALHÃES, 2014, p. 172). Si la sociedad se encuentra en un período de solvencia, el enfoque estará en los socios y/o accionistas, así como en la maximización de las ganancias. Sin embargo, si se trata de una empresa en situación de insolvencia, especialmente en un proceso de Recuperación Judicial o Quiebra, el enfoque deberá estar en los acreedores.

4. LOS DEBERES DEL ADMINISTRADOR EN LA RECUPERACIÓN JUDICIAL

Desde una perspectiva contractualista, los deberes de los administradores están relacionados con los accionistas, en una visión *interna corporis*, o *ab intus* (FRANÇA, 2014, p. 58). Sin embargo, buscando ampliar su alcance, es posible afirmar que merecen una interpretación un poco más amplia, ya que se presta poca atención a los intereses de otros grupos de interés, como los acreedores, empleados, proveedores y toda la comunidad en la que la empresa está inserta.

Por lo tanto, aunque los accionistas o socios sean el enfoque para el cumplimiento de ciertos parámetros por parte de los administradores, no son los únicos, como se señaló anteriormente (CEREZETTI, 2012, pp. 41-58), a pesar de que exista un entendimiento diferente (ADAMEK, 2012, p. 144).



Especialmente desde esta perspectiva, la posición de la administración debe cambiar necesariamente cuando se enfrenta a una sociedad en Recuperación Judicial o Quiebra. Para comprender este cambio de enfoque, es decir, el cambio del enfoque de los accionistas y/o socios a los acreedores, dado que la legislación misma establece deberes fiduciarios de los administradores hacia los acreedores, aunque en su mayoría se entienda que la administración empresarial debe mantenerse, como se verá a continuación.

4.1 MANTENIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL DEUDOR DE LA COMPAÑÍA EN RECUPERACIÓN

La empresa deudora puede seguir al mando de las operaciones a través de sus administradores, lo cual funciona como un incentivo para la utilización del instituto de la Recuperación Judicial.

De hecho, esta es una de las premisas utilizadas por el modelo de ley para el tratamiento de la insolvencia empresarial disponible desde 2013 por la Comisión de las *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), que se ocupa específicamente de las obligaciones de los directores y administradores en períodos previos a la insolvencia (UNCITRAL, s/d).

La ley modelo de UNCITRAL muestra una clara preocupación por no crear contingencias excesivas para los administradores, de manera que sea posible involucrarlos en el proceso de construcción de una solución para enfrentar la crisis empresarial.

4.2 LOS DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LOS ACREEDORES

La Ley n. 11.101 (BRASIL, 2005) establece que se decretará la quiebra del deudor que transfiera un establecimiento a un tercero, sea o no acreedor, sin el



consentimiento de todos los acreedores y sin disponer de bienes suficientes para liquidar su pasivo, a menos que esté previsto en un plan de Recuperación Judicial (BRASIL. Ley 11.101, 2005, art. 94, III), lo que constituye un claro ejemplo de deberes fiduciarios ante los acreedores en estado de insolvencia, como también se observa en el art. 1.145 de la Ley n. 10.406 (BRASIL, 2002).

En otro dispositivo, la Ley de Recuperación y Quiebra establece que son ineficaces respecto a la masa fallida, incluso si el contratante desconoce el estado de crisis, la venta o transferencia de un establecimiento sin el consentimiento expreso o el pago de todos los acreedores existentes en ese momento, cuando el deudor no tenga recursos suficientes para saldar sus deudas, solo será válida si, dentro de un plazo de 30 (treinta) días, no hay objeciones de los acreedores después de ser debidamente notificados, ya sea por notificación judicial o por el oficial de registro de títulos y documentos (BRASIL. Ley 11.101, 2005, art. 129, IV).

Dado el deber de informar a los acreedores, que parece claro en los dispositivos que se analizan aquí, para que el negocio se considere eficaz, hay una indicación de que existe un deber de diligencia e información de los administradores hacia sus acreedores cuando sus decisiones afecten los derechos de estos y les causen un riesgo en el cumplimiento de sus créditos.

El mismo razonamiento se encuentra en la legislación tributaria, que en dos momentos diferentes indica la sucesión de sus deudas o la invalidez de los actos jurídicos cuando los actos violen su derecho a ver satisfechos los créditos tributarios. El primero se indica en el artículo 133 y el segundo en el artículo 185 y su párrafo único, ambos del Código Tributario Nacional, Ley n. 5.172 (BRASIL, 1966).

Una vez más, se observa el deber de actuar diligentemente inherente al administrador de la empresa deudora que pretende enajenar o gravar bienes, así como el deber de informar al fisco/acreedor, so pena de transferir a un tercero su



obligación de pagar el impuesto, o de que se considere fraudulenta tal enajenación o gravamen de sus bienes y rentas, a menos que haya reservado bienes o rentas suficientes para el pago total de su deuda.

El concepto, en este sentido, guarda relación con la sistemática de la insolvencia y, cuando el deudor opta por no declarar su insolvencia, o no se vale de los sistemas de Recuperación Judicial, Extrajudicial y Quiebra, y comienza a enajenar o gravar su patrimonio en contra de los intereses de los acreedores, se somete a estructuras de represión de fraude a los acreedores, responsabilidad civil y, posiblemente, penal.

Frost y Campbell (2006, p. 499), al analizar la estructura legal del derecho estadounidense en cuanto a los deberes fiduciarios de los administradores, explican que en períodos de salud financiera – *normal and solvent periods* – los deberes estarán vinculados al mejor interés y a la maximización de los resultados patrimoniales para los socios/accionistas.

Sin embargo, existe un momento de adaptación de estos deberes según los autores, al analizar la posición de la Corte de Delaware, ya que la protección de otros *stakeholders* ya no puede observar las premisas contractuales, y la administración de la compañía debe observar y actuar en la protección de los derechos de los acreedores cuando se enfrenta a la insolvencia empresarial y la crisis financiera (CAMPBELL; FROST, 2006, p. 500).

Ni la jurisprudencia ni la legislación brasileña abordan este problema, sin embargo, la legislación de quiebras incrementa los deberes fiduciarios de los administradores (CEREZETTI, 2012, pp. 393-394) de la compañía en Recuperación Judicial, que también se extienden a los intereses de las demás partes involucradas. Es decir, aunque el deudor y sus administradores continúen dirigiendo la actividad empresarial sometida a una reestructuración con la intervención estatal, deben actuar teniendo en cuenta a los *stakeholders*.



Así, una vez delineados los deberes de los administradores y dónde se ubican en el contexto de la compañía insolvente, es necesario entender los mecanismos utilizados para responsabilizar a estos administradores por conductas que van en contra de estos deberes.

5. LA RESPONSABILIZACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY N. 14.112/2020

La Ley n. 11.101 (BRASIL, 2005) representó, en su momento de promulgación, un gran avance en el Derecho Brasileño hacia una regulación más sofisticada, con un enfoque en la preservación de la empresa económicamente viable, involucrando a sus socios, acreedores, empleados y socios comerciales.

Sin perjuicio de las buenas modificaciones introducidas en la legislación mencionada, fue necesario reconocer que con el paso de los años muchos aspectos se volvieron desconexos, lo que hizo que la utilización del instituto fuera más compleja y menos efectiva.

Por este motivo, se promulgó la Ley n. 14.112 (BRASIL, 2020), que se conoció popularmente como la "Nueva Ley de Quiebras", la cual trajo cambios significativos en la normativa existente, incluyendo la imposibilidad de extender los efectos de la quiebra, que había sido aplicada indebidamente por la jurisprudencia nacional[4], con la creación de la figura de la extensión como una forma de instrumentalizar la desestimación de la personalidad jurídica en el ámbito del proceso de quiebra, pero sin respetar los requisitos necesarios para su aplicación, lo que generaba una gran inseguridad en los procesos de quiebra.

Para superar esta situación, la Ley n. 14.112 (BRASIL, 2020) agregó los artículos 6º-C y 82-A, poniendo fin a esta controversia y dejando claro que está prohibida la extensión de la quiebra o de sus efectos, permitiendo la desestimación de la personalidad jurídica de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código



Civil y el Código de Procedimiento Civil, según el artículo 82-A, §1º de la Ley n. 14.112 (BRASIL, 2020), y prohibiendo la atribución de responsabilidad a terceros debido al mero incumplimiento de las obligaciones del deudor en quiebra o en Recuperación Judicial, según el artículo 6º-A de la Ley n. 14.112 (BRASIL, 2020).

La inclusión del artículo 6º-C (BRASIL. Ley 11.101, 2005) de la misma ley buscó evitar la responsabilidad secundaria de los agentes como socios y administradores debido al mero incumplimiento del deudor en un procedimiento de insolvencia, ya que el simple incumplimiento de una obligación no constituiría confusión patrimonial a efectos de la desestimación de la personalidad jurídica (SACRAMONE, 2021, p. 152).

El artículo 82-A de la Ley n. 11.101 (BRASIL, 2005), por su parte, prohibió la práctica de los tribunales de extender los efectos de la Recuperación Judicial y la Quiebra sin el procedimiento adecuado.

Ante estos cambios, es necesario analizar el incidente de desestimación de la personalidad jurídica en el ámbito del proceso de Recuperación Judicial y Quiebra, así como las teorías adoptadas en el ordenamiento jurídico brasileño para identificar los posibles efectos de las modificaciones legislativas en la práctica forense.

5.1 EL INCIDENTE DE DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO DE RECUPERACIÓN JUDICIAL Y QUIEBRA

Con el fin de evitar situaciones de abuso de la personalidad jurídica, en las que la persona física detrás de la persona jurídica intenta utilizar la limitación de responsabilidad para cometer ilícitos, se hace necesario contar con el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica, ya que sería poco factible imaginar que todos los individuos utilizarán la personalidad jurídica de manera ideal (TOMAZETTE, 2014, 238).



De este modo, teniendo en cuenta que ningún principio es absoluto, siempre que el principio de la autonomía patrimonial sea un obstáculo o un disfraz para que estos sujetos cometan ilícitos o violen los derechos de la sociedad, el juez podrá apartarlo para responsabilizar directamente a sus participantes (ANDRADE JUNIOR, 2017, p. 2).

No obstante, la desestimación es una hipótesis excepcional y solo debe utilizarse en casos en los que esté completamente comprobado que la personalidad jurídica se utilizó de manera ilícita o fraudulenta (SILVA, 2014, p. 30), pero no solo eso, ya que también se han establecido criterios más objetivos y seguros para su aplicación, como el análisis del desvío de finalidad y la confusión patrimonial (DRESCH; KLOCK, 2016, pp. 177-178).

La desestimación de la personalidad jurídica está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño con tres teorías aplicables: la teoría mayor, la teoría menor y la desestimación inversa. Se puede afirmar que la primera se aplica en las relaciones civiles y empresariales, mientras que la segunda se aplica en situaciones específicas como en la legislación de consumo, laboral y ambiental.

La desestimación inversa está prevista en el artículo 133, §2º (BRASIL. Ley 13.105, 2015), y se entiende como la eliminación del principio de autonomía patrimonial para que la sociedad sea responsable de las obligaciones del socio, respaldando las relaciones laborales, de consumo, tributarias y ambientales, entre otras, pero sobre todo el derecho de familia, cuando hay una ruptura del vínculo matrimonial o de unión estable, en la que la división de bienes comunes puede resultar en fraude (COELHO, 2014, p. 68).

La Ministra Nancy Andrighi, en su voto en el Recurso Especial n. 948.117/MS (BRASIL, 2010), destaca la importancia de que el juez actúe con precaución al aplicar la desestimación de la personalidad jurídica, especialmente en su figura inversa, y siempre debe tener en cuenta el interés social de la persona jurídica.



En la teoría menor, si la personalidad jurídica representa algún tipo de obstáculo, se desestimará, independientemente de la intención fraudulenta, el abuso de personalidad o otros requisitos (DINIZ, 2014, p. 594). Aquí, el principio de autonomía patrimonial se ignora y se da más importancia a la protección de los considerados vulnerables (ANDRADE JUNIOR, 2017, p. 6) y al medio ambiente.

En la teoría mayor, por otro lado, la medida será excepcional, y se requerirá que se configure el desvío de finalidad (teoría mayor subjetiva) o la confusión patrimonial (teoría mayor objetiva) (BARROS, 2018, p. 6), y está prevista en el artículo 50 del Código Civil de 2002. Se caracteriza por ser una regla general que exige la configuración de actos ilícitos entre los miembros de la sociedad empresarial y sus bienes en el caso concreto, y se aplica a los créditos de naturaleza civil, comercial o tributaria.

La Ley de Libertad Económica, Ley n.º 13.874 (BRASIL, 2019), que introdujo algunas modificaciones en el Código Civil, no innovó al abordar los conceptos de desvío de finalidad o confusión patrimonial, pero intentó explicarlos de manera más detallada en sus párrafos y cláusulas. El párrafo 1º establece que el desvío de finalidad es "la utilización de la persona jurídica con el propósito de perjudicar a los acreedores y para la práctica de actos ilícitos de cualquier naturaleza", mientras que el párrafo 2º indica que la confusión patrimonial sería la falta de separación efectiva entre el patrimonio de la personalidad y el de sus miembros (BRASIL. Ley 13.874, 2019).

Es posible extraer aquí dos supuestos fundamentales para la desestimación de la personalidad jurídica, el fraude y la ilicitud (KOURY, 2020, p. 63). En lo que respecta a la ilicitud, Fábio Ulhoa Coelho señala que este supuesto es importante para distinguir la desestimación de la personalidad jurídica de otros escenarios de responsabilidad de socios o administradores, escenarios que no están relacionados con el uso fraudulento de la autonomía patrimonial (COELHO, 2014, p. 68).



En cuanto a los efectos de la decisión que desestima la personalidad jurídica, es importante destacar que en ningún momento se despersonaliza, extingue o disuelve la sociedad empresarial, simplemente se levanta temporalmente el velo de la persona jurídica para que sus miembros sean responsables (DINIZ, 2014, pp. 598-599).

Por lo tanto, si es necesario responsabilizar a un socio en el marco de la Recuperación Judicial, esto se hará de manera excepcional y deberá seguir el procedimiento de desestimación de la personalidad jurídica, respetando el debido proceso y la defensa adecuada.

6. CONCLUSIÓN

En una zona de insolvencia, se requiere que el administrador observe y actúe en interés de las partes interesadas, no solo considerando las ganancias de las empresas, y es en este contexto que se evaluará el cumplimiento de los deberes fiduciarios de diligencia, lealtad e información del administrador.

La ruptura de estos deberes desde la perspectiva señalada implicará la revisión de los actos del administrador en un procedimiento separado, a través de la acción de responsabilidad establecida en el artículo 82 de la Ley n.º 11.101 (BRASIL, 2005), exportando la idea nacida en los Estados Unidos del *Business Judgment Rule*.

En este contexto de responsabilidad, las modificaciones legislativas de la Ley n.º 11.101 (BRASIL, 2005), por la Ley n.º 14.112 (BRASIL, 2020), establecen que no es el mero incumplimiento o cualquier "mala decisión" lo que impondrá responsabilidad a los administradores. Es esencial que se incumplan los deberes fiduciarios para la acción de responsabilidad o el incidente de desestimación de la personalidad jurídica, según corresponda, pero siempre de manera excepcional, privilegiando la independencia de la administración de la compañía, excluyendo la aplicación jurisprudencial que anteriormente estaba vigente.



Por lo tanto, este artículo busca analizar si las conductas de los administradores están en conformidad con los deberes fiduciarios establecidos en la legislación brasileña, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos de los acreedores. Además, explora las posibles formas de responsabilidad de los administradores en caso de incumplimiento de estos deberes.

La contribución científica de este artículo radica en el análisis de los deberes fiduciarios de los administradores de empresas de capital abierto en situación de insolvencia, llenando un vacío en la legislación brasileña que no contiene disposiciones claras sobre cómo deben actuar los administradores en un escenario de crisis económico-financiera.

REFERENCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**, São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela. **A Obrigatoriedade (?) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Doutrinas Essenciais, Novo Código de Processo Civil. RT, v. 977, mar/2017.

BARROS, André Borges de Carvalho. **O atual panorama da desconsideração da personalidade jurídica nas relações privadas (empresariais, consumeristas e trabalhistas) no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 994, p. 411-435, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas**. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, RT, v. 3, p. 153-173, jan/2010.

BRASIL. Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Lei de Falências e Recuperação Judicial**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. Lei Nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Lei de Liberdade Econômica**. Brasília, 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7.htm. Acesso em: 06 nov. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 948.117/MS**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/06/2010. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_948117_MS_1281646442564.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1682041725&Signature=iAFgO8ovcbuJB31UySh%2BaeEJqK4%3D. Acesso em: 06 nov. 2021.

BULGARELLI, Waldirio. **Regime jurídico de proteção às minorias nas S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAMINHA, Uinie. **Responsabilidade de administradores em sociedades anônimas**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CAMPBELL JR, Rutheforf B. FROST, Chistopher W. **Managers' Fiduciary Duties in Financially Distressed Corporations: Chaos in Delaware (and Elsewhere)**, The Journal of Corporation Law, Vol. 32, No. 3, 2007, pp. 491-525. Disponível em: https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1331&context=law_facpub. Acesso em: 17 out. 2021.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – direito de empresa**. v. 8. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DRESCH, Angela Adélia; KLOCK, Andrea Bulgakov. **A desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa: do advento do código civil de 2002 à sua processualização no novo código de processo civil de 2015**. Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR. Umuarama. v. 19, n. 2, p. 167-185, jul./dez. 2016.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. Artigos 138 a 205. Volume III. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.); ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). **Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GATAZ, Luciana de Godoy Penteado. **A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O**.



Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 74, pp. 53-70. Out - Dez/2016, p. 2. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500001879b7471d99883e20a&docguid=l67f86850a7de11e6a09d010000000000&hitguid=l67f86850a7de11e6a09d010000000000&spos=1&epos=1&td=836&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 06 set. 2021.

KOURY, Felipe Frota de Almeida. **Desconsideração da personalidade jurídica na recuperação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23248>. Acesso em: 07 nov. 2021.

MAGALHÃES, José Carlos de. **A Responsabilidade dos Administradores em Alienações e Aquisições de Ativos Relevantes**. IN: FRANÇA, Erasmo Valladão; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). Temas de Direito Empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães. São Paulo: Malheiros, 2014.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. **Intervenção judicial na administração de sociedades**. São Paulo: Almedina, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. **United Nations Commission On International Trade Law**. s/d. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law. Acesso em: 12 out. 2021.

APÉNDICE - REFERENCIA A NOTA AL PIE

4. Ejemplo: REsp 1.266.666/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, DJe 25/8/11; RMS 12.872/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, julgado en 24/6/02, DJ 16/12/02; y REsp 63.652/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª turma, DJ 21/8/00.



Enviado: 24 de mayo de 2023.

Aprobado: 29 de mayo de 2023.

¹ Máster en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Master en Administración de Empresas ("MBA") en Gestión Empresarial de la Fundación Getúlio Vargas, Especialista en Derecho y Proceso Laboral, Derecho Procesal Civil y Derecho Tributario de la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Bahía y Graduado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Estácio de Sá. ORCID: 0009-0003-0429-2397.

² Máster en Políticas Sociales y Ciudadanía de la Universidad Católica de Salvador/UCSal. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Fundación Facultad de Derecho de Bahía/UFBA. Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Salvador/UCSal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2652479313820512>.

³ Orientador. Doctorado en Derecho Público. Universidad Federal de Bahía, UFBA, Maestría en Derecho Privado y Económico. Universidad Federal de Bahía, UFBA, Graduado en Derecho. Universidad Federal de Bahía, UFBA. ORCID: 0000-0002-9370-7368. Currículo Lattes: <Http://Lattes.Cnpq.Br/2865196765668319>.