

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS EMPRESAS EN CRISIS

POR CLAUDIA VALLARINO BERRETTA

Sumario

La Ley de Concursos y Reorganización Empresarial de Uruguay, No. 18.387 del 23.10.2008, coexistiendo con el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales (artículos 83 y 391 de la Ley 16.060), crea una serie de mecanismos que pretenden incentivar a los administradores de las sociedades comerciales a profesionalizarse y a desincentivar toda práctica que provoque o pueda provocar el estado de insolvencia de la sociedad o lo agrave y, si ello ocurre, a solicitar en forma temprana el concurso de la persona jurídica. Embargos preventivos de los bienes de los administradores, inhabilitación para administrar bienes propios y ajenos, obligación de cubrir el déficit patrimonial de la empresa en crisis son alguna de las soluciones que propone nuestra ley concursal y sobre las cuales reflexionaremos.

Introducción

La Ley 18.387 del 23 de octubre de 2008, llamada de Concursos y Reorganización Empresarial (en adelante, LCRE), sancionó una serie de disposiciones que regulan la responsabilidad de los administradores y ex administradores¹, de hecho y de derecho, de las sociedades comerciales en situaciones concursales o garantizan el resultado de una eventual condena.

¹ Las disposiciones legales a las que nos referiremos dan el mismo tratamiento a los liquidadores e integrantes del órgano de control interno. A los efectos del presente trabajo nos referiremos exclusivamente a los integrantes del órgano de administración.

Las soluciones de la LCRE han merecido la crítica de algunos autores y la aprobación de otros. Los críticos vaticinan que la severidad del régimen de responsabilidad de los administradores consagrado en la ley concursal promoverá la proliferación de testaferreros, económicamente inimputables, para ocupar dichos cargos. Otros, opinan que el régimen legal estimula la profesionalización de quienes los desempeñen y la denuncia temprana de las dificultades económicas por las que transitan estas personas jurídicas.

Acción social de responsabilidad

Comencemos diciendo que en materia de acción de responsabilidad, la LCRE no introdujo modificaciones sustanciales respecto del régimen previsto en los artículos 83 y 391 y siguientes de la Ley 16.060 que siguen siendo de aplicación.

De hecho, la única norma que tiene relación con la acción de responsabilidad es la prevista en el artículo 52 de la ley². La disposición, bajo el rótulo de "Acción social de responsabilidad", pone en cabeza del síndico e interventor la representación para la promoción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad comercial. Por lo tanto, en caso de concurso, el síndico o interventor serán lo legitimados para iniciar la acción social de responsabilidad contra los administradores sin requerir para esto la previa conformidad de la reunión o asamblea de socios o accionistas. Para el caso de que estos omitan promover la acción, podrá ser iniciada por los acreedores, quienes legalmente son incentivados a ello³.

Los administradores, con facultades de representación, están obligados a solicitar la declaración de concurso de la sociedad comercial que administran y que se encuentre en estado de insolvencia conforme lo dispone el artículo 6° de la Ley. Dicha solicitud debe presentarse ante los juzgados competentes dentro de los 30 días siguientes en que conocieron o debieron conocer el estado de insolvencia. En el caso de las sociedades

² En lo que hace a la legitimación activa para iniciar acciones sociales de responsabilidad en situaciones concursales, el artículo 256 de la LCRE derogó en forma expresa del artículo 396 de la Ley 16.060 del 4 de septiembre de 1989.

³ Respecto del régimen de incentivos de la LCRE a los acreedores ver también artículos 35, 85 y 110.3.

comerciales, opera la presunción de conocimiento en la fecha en que se preparó o debió preparar los estados contables dado que están obligadas a llevar contabilidad⁴. En caso de incumplimiento, culpable o doloso, de la obligación impuesta legalmente los hará pasibles de responsabilidad en los términos del régimen societario.

Régimen que se aplicará no solo cuando el o los administradores incumplan la obligación de solicitar el concurso voluntario de la persona jurídica sino también cuando son responsables en la producción o agravamiento del estado de insolvencia.

Embargo preventivo sobre los bienes de los administradores y ex administradores de la sociedad comercial

Relacionado con la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales y como novedad respecto del antiguo régimen concursal, la LCRE reguló las medidas cautelares que se adoptan en el ámbito de la declaración del concurso (artículos 24 y 25). Son medidas cautelares que tienden a proteger el patrimonio de los afectados por las mismas ante una eventual condena por responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales.

Nos referiremos en primer lugar, al artículo 24 de la LCRE. La norma establece que: *“En caso de concurso necesario de las personas jurídicas, siempre que de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor resulte que su activo no es suficiente para satisfacer a su pasivo, conjuntamente con la sentencia o en cualquier momento posterior, el Juez dispondrá el embargo preventivo de los bienes de los administradores...”*

En la hipótesis del concurso necesario⁵, cuando el activo de la sociedad no sea suficiente para satisfacer su pasivo, la

⁴ Ver artículos 89 y siguientes de la Ley 16.060.

⁵ En la LCRE los concursos son necesarios toda vez que los solicite alguno de los legitimados previstos en el artículo 6° de la ley, excluido el propio deudor. Nos referimos a: acreedores con créditos vencidos o no vencidos; administradores o liquidadores de una persona jurídica sin facultades de representación o integrantes del órgano de control interno; los socios de sociedades civiles o comerciales que sean personalmente responsables por las deudas sociales; codeudores, fiadores o avalistas del deudor; Bolsas de Valores e instituciones gremiales de empresarios con personalidad jurídica y heredero, legatario o albacea en el caso del concurso de una herencia.

norma obliga al juez a decretar el embargo de los bienes de los administradores de la sociedad comercial. La LCRE no confiere una potestad al magistrado actuante sino que le impone una obligación.

La medida cautelar se decreta siempre y cuando sea antecedida "de un examen preliminar del estado patrimonial del deudor" del cual resulte que "su activo no es suficiente para satisfacer su pasivo...". Deberíamos determinar cuándo opera ese "examen preliminar" y a qué refiere la norma cuando habla "del estado patrimonial del deudor".

A nuestro criterio, el examen puede ser realizado en etapas bien diferenciadas del proceso. En el incidente previo a que da lugar la solicitud del concurso por un tercero (artículo 16) o como consecuencia del informe que realice el síndico o interventor respecto de la relación activo-pasivo (artículo 123) del concursado. Si de ese examen preliminar, se constata que el activo no es suficiente para satisfacer al pasivo, el juez debe decretar la medida.

En cuanto a qué refiere la norma cuando habla del "estado patrimonial del deudor" entendemos que la referencia no es a la situación patrimonial que reflejan los estados contables sino a la que deriva de todos los medios de prueba de los que dispone la sede para constatar el desequilibrio patrimonial.

Nótese que la redacción del artículo es diferente a la del inciso 1° del artículo 4°, que refiere a las presunciones relativas del estado de insolvencia. Al definir la presunción, el legislador habla de la existencia de un pasivo superior al activo, determinado de acuerdo a normas contables adecuadas. En esta hipótesis la constatación del estado de insolvencia debe surgir en forma clara y directa de los estados contables. Si así fuera, los administradores de la persona jurídica están obligados a solicitar el concurso dentro de los 30 siguientes en que prepararon o debieron preparar los estados contables⁶, dado que se presume *iuris et de jure* el estado de insolvencia (artículo 10). Y si los administradores, con facultades de representación⁷, solicitan el concurso por haber constatado en sus estados contables que el pasivo era superior al activo, se tratará de un concurso

⁶ Las sociedades comerciales están obligadas a llevar contabilidad de acuerdo a normas contables adecuadas según lo disponen los artículos 87 y ss. de la Ley 16.060 del 4 de septiembre de 1989 y sus Decretos Reglamentarios.

⁷ Las personas jurídicas deben solicitar el concurso a través de sus órganos con facultades de representación (artículo 6.1 LCRE).

voluntario y no de uno necesario. Por lo que estaríamos fuera de la hipótesis del artículo 24.

En el caso del artículo 24, entendemos que el legislador, al eliminar la referencia a los estados contables, no limitó la constatación del déficit patrimonial a los mismos. Estimamos que fue una decisión consciente del legislador, dado que los estados contables no necesariamente reflejan el desequilibrio patrimonial. Todos conocemos infinidad de situaciones en las que los administradores de la sociedad ocultan la verdadera situación patrimonial de la misma. A veces, con la esperanza de lograr modificar esa realidad y, otras veces, con la intención de no dejar bienes al alcance de sus acreedores. La existencia de otras presunciones –relativas y absolutas– de insolvencia presuponen que la relación pasivo superior a activo puede no derivarse de los estados contables y que aun así estamos frente a indicios de un estado de insolvencia.

La medida cautelar será ordenada de oficio, no siendo necesario para su adopción la solicitud de un acreedor o del Síndico o Interventor del concurso. Sin perjuicio, éstos podrán instar a la sede su adopción cuando hubiere omitido decretarla. Si quien instara el celo del juez de la causa fuera un acreedor, ¿debería cumplir con todos los presupuestos que las normas procesales imponen para quien solicita una medida cautelar? Es conocido por todos que quien solicita tales medidas debe probar la apariencia de su derecho, el peligro de frustración de la medida y ofrecer una contracautela. Creemos que si bien el régimen concursal aligera la carga de quien solicita la medida, deberá acreditar su legitimación activa y el déficit patrimonial que constituye el presupuesto para que la sede adopte la medida. Respecto de la contracautela, entendemos que no corresponde exigirla, en tanto, se trata de un tercero que insta el celo del magistrado que no decreto la medida por no contar con los elementos de prueba necesarios para constatar el déficit patrimonial.

En lo que refiere al momento en que el juez debe adoptar la medida, puede hacerlo conjuntamente con la providencia que declara el concurso o, en un momento posterior, si a lo largo del proceso concursal logra constatar el desequilibrio patrimonial.

Pero, la LCRE no solo cautela los bienes de quienes son los administradores de la sociedad al momento de la declaración del concurso. La reforma concursal fue más allá y extendió este tipo de medidas a quienes fueron administradores de la persona jurídica dentro de los dos años anteriores a la declaración del

concurso, siempre y cuando, conocieran el estado de insolvencia.

Así el artículo 25 establece: *“El juez, de manera fundada, también podrá trabar embargo sobre los bienes de los ex administradores..., siempre que de un examen preliminar de los hechos surja que, durante el plazo de dos años anteriores a la declaración del concurso, conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora. Estos embargos se conservaran hasta la finalización de los procedimientos concursales, salvo que haya recaído una sentencia judicial sobre la responsabilidad de los administradores”*.

A diferencia del presupuesto objetivo del artículo 24 (activo insuficiente para cubrir el pasivo), el artículo 25 refiere al estado de insolvencia. Entendemos que el presupuesto objetivo de esta norma es más amplio. Si bien no ingresaremos en el análisis del concepto de “estado de insolvencia” basta con decir que la ley considera tal a aquel en que el deudor no puede cumplir con sus obligaciones.

Los artículos 4 y 5 de la ley refieren a las presunciones relativas y absolutas del estado de insolvencia. Dentro de la enumeración que la LCRE hace de las presunciones relativas, ya vimos la hipótesis de la existencia de un pasivo superior al activo, determinados de acuerdo con normas contables adecuadas. Pero dijimos que el estado de insolvencia se revela, además, a través de otras presunciones relativas tales como: existencia de dos o más embargos por demandas ejecutivas o por ejecuciones contra el deudor por un monto superior a la mitad del valor de sus activos pasibles de ejecución; una o más obligaciones del deudor, que hubieran vencido hace más de tres meses; omisión de pago de obligaciones tributarias por más de un año; cierre permanente de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad; la suspensión o clausura de una o más cuentas corrientes del deudor dispuesta por el BCU; en el caso de acuerdo privado de reorganización, el deudor omita presentarse en plazo al Juzgado (artículo 220), no se inscriba en el auto de admisión (artículo 223), se rechace, anule o incumpla el acuerdo.

Además, el legislador previó una serie de presunciones absolutas de insolvencia, tales como: declaración de concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal del deudor por Juez competente del país donde aquel tenga su domicilio principal; cuando el deudor hubiera realizado actos fraudulentos para la obtención de créditos o para sustraer bienes de la

persecución de los acreedores; ocultación o ausencia del deudor o de los administradores, en su caso, sin dejar representantes con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones.

A diferencia de la medida prevista en el artículo 24, la posibilidad de embargar los bienes de ex administradores se presenta como una "potestad" del juez concursal y no como una obligación.

No sabemos si calificar como diferencia entre ambas disposiciones, la mención que hace el artículo 25 a que la medida debe ser adoptada de "manera fundada". La expresión no figura en el artículo 24. De todas maneras, entendemos que en ambos casos la decisión del juez debe ser fundada. En un caso, luego de un examen preliminar del estado patrimonial que determine que el pasivo es superior al activo. En el otro, luego de un examen preliminar de hechos que revele que los ex administradores conocían durante el ejercicio de su función el estado de insolvencia en el que estaba inmerso la sociedad comercial. En este último, la prueba del conocimiento del estado de insolvencia implica retrotraerse dos años antes a la declaración del concurso, lo que implicará un trabajo probatorio muy importante.

Por último, respecto del plazo de duración del embargo, el artículo 25 es específico al determinar que se conservaran hasta la finalización de los procedimientos concursales, salvo que haya recaído una sentencia sobre la responsabilidad de los sujetos mencionados en la norma. El artículo 24 no refiere al plazo de duración de la medida. No obstante, debería entenderse que rige el mismo plazo de duración en tanto la finalidad perseguida por ambas normas es la misma: promover que los administradores soliciten en forma temprana el concurso en el caso de que la persona jurídica se encuentre en estado de insolvencia y que sus patrimonios constituyan una garantía frente a eventuales responsabilidades en la producción o agravamiento de aquél.

Las opiniones doctrinarias que han merecido las soluciones legales en materia de medidas cautelares son diversas. Según CREIMER⁸, el legislador ha optado por una solución severa, pero no exenta de justicia, tratando de provocar que quienes ocupan cargos en la sociedad denuncien el estado de insolvencia patrimonial. El autor hace una evaluación de la norma legal

⁸ Creimer, Israel. *Concursos*, F.C.U., Montevideo, 2ª edición, agosto de 2009, p. 39.

sosteniendo que “soluciones drásticas... aparejan a veces, que figuren testaferros como directores, y quienes tienen experiencia y conocimiento para ser directores se niegan a ocupar estos cargos por el peligro que entraña para el propio patrimonio personal. Pero (...) se procura una especie de garantía del sistema societario para darle buena fe y credibilidad”. HOLZ y RIPPE, por su parte, manifiestan: “Se podría sostener que la ley, como contrapartida de tamaña responsabilidad, les permitiría actuar como alertadores tempranos desde el órgano que integran y en defecto de la actuación de éste, tomar la iniciativa a título personal (artículo 6.3) (...) Clara muestra de la severidad con que la ley trata no solo a los actuales o antiguos directores y administradores⁹. En sentido positivo, MARTINEZ BLANCO¹⁰, expresa “Entendemos que se trata de una medida conveniente y necesaria para dotar de seriedad al procedimiento concursal (...) Nuevamente se intenta aventar con normas como esta aquel aforismo de “Empresas fundidas, empresarios florecientes”. Además se convierte en un incentivo muy interesante para que los soportes humanos de las personas jurídicas, se sientan impelidos a promover en forma diligente y voluntaria la apertura del concurso de “su” entidad (...) La medida forma parte del mecanismo de incentivos y desincentivos que arbitra la ley, pues mediante esta amenaza se promueve la presentación tempestiva del concurso, por parte de quienes tienen que adoptar las decisiones.”

Inhabilitación para administrar y condena a cubrir el déficit patrimonial en caso de calificar al concurso de culpable

Por último, también relacionada con la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en situaciones concursales, nos referiremos brevemente a las disposiciones relativas a la calificación del concurso y sus consecuencias.

Los concursos según la LCRE pueden ser calificados como culpables o fortuitos.

⁹ Holz, Eva y Rippe, Siegbert. *Reorganización Empresarial y Concursos*, F.C.U., Montevideo, diciembre de 2009, p. 107.

¹⁰ Martínez Blanco, Camilo. *Manual de Derecho Concursal*, F.C.U., Montevideo, 1ª edición, mayo de 2009, p. 188.

El artículo 192 define al concurso como culpable: “... cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho”. El fortuito se define por defecto.

La norma antes referida atiende, en el caso de las personas jurídicas a la conducta de los administradores de hecho o derecho de la sociedad. Si los administradores, de hecho o derecho, realizaron actos de producción o agravamiento de la insolvencia y dichos actos fueron realizados con dolo o culpa grave, el concurso será calificado como culpable.

Así como para definir el estado de insolvencia, la ley recurre a presunciones absolutas y relativas para calificar el concurso de culpable (artículos 193 y 194). En ambos casos se enumera una serie de conductas, que si fueran desplegadas por los administradores de la persona jurídica, calificaría al concurso de culpable. Si la conducta es una de las descritas como de presunción absoluta de culpabilidad, solo admite prueba para destruir su ocurrencia. Pero, probada que fuera su existencia, el concurso se calificará de culpable¹¹. Si la conducta es una de la descrita como presunción relativa de culpabilidad, se invierte la carga de la prueba.

¹¹ Son presunciones absolutas de culpabilidad: 1) Deudor que se hubiere alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con la finalidad de retrasar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución que se hubiere iniciado o fuera de previsible iniciación; 2) Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado; 3) Cuando, antes de la declaración de concurso de acreedores, hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor bienes o derechos; 4) Cuando no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, estando legalmente obligado a ello, o cuando hubiere llevado doble contabilidad o hubiere cometido falsedad en la contabilidad; y 5) Cuando el deudor hubiera cometido falsedad en cualquiera de los documentos adjuntados a la solicitud de declaración judicial de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento. Son presunciones relativas de culpabilidad: 1) Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso; 2) Cuando el deudor hubiera incumplido el deber de cooperación con los órganos concursales, no les hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiera asistido a la Junta de Acreedores; 3) Cuando el deudor hubiera incumplido con su obligación de preparar, en tiempo y forma, los estados contables anuales, estando legalmente obligado a ello.

Quien invoca la conducta debe probar que se produjo o agravó la insolvencia como consecuencia de ese acto culpable o doloso del administrador. El acusado de incurrir en esa conducta tiene que probar que no actuó con culpa grave o dolo.

En caso de que el concurso se declare culpable, la sentencia dispondrá la inhabilitación de los administradores, aun de hecho, para administrar bienes propios o ajenos, por un período de cinco o veinte años, así como para representar a cualquier persona (artículo 201.3). Nótese la gravedad de la sanción: inhabilitado para administrar todos los bienes propios y ajenos. Medida que se puede durar hasta veinte años.

Pero aún más, la sentencia que califique al concurso como culpable puede contener la condena a los administradores, de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva. Si se estuviera ante un convenio en el que se hubiere acordado una quita al deudor de parte de sus créditos quirografarios, los importes que se obtengan en la ejecución de la condena a cubrir parte o todo el déficit patrimonial, se destinarán al pago de la parte condonada.

No cabe duda de que, de constarse alguna de las conductas tipificadas en sede de calificación del concurso, además de la condena de inhabilitación y cubrir el déficit patrimonial, aquellas podrán dar lugar a acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades comerciales (artículos 83 y 391 de la Ley N° 16.060).

CREIMER¹² y RODRÍGUEZ OLIVERA¹³, advierten sobre la gravedad de las sanciones. MARTÍNEZ BLANCO¹⁴ en opinión divergente establece que esta es una de las “innovaciones más aplaudidas de la reforma”. “Sancionar civilmente no solo al deudor persona física, sino a los administradores de la persona jurídica concursada es lo adecuado”.

Conclusión

La LCRE, coexistiendo con el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales (artículos

¹² Creimer, *ob. cit.*, p. 103.

¹³ Rodríguez Olivera, Nuri. *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, V. 6, Derecho Concursal, F.C.U., Montevideo, noviembre del 2009, p. 270.

¹⁴ Martínez Blanco, *ob. cit.*, p. 391.

83 y 391 de la Ley 16.060) crea una serie de mecanismos que pretenden incentivar a los administradores de las sociedades comerciales a profesionalizarse y a desincentivar toda práctica que provoque o pueda provocar el estado de insolvencia de la sociedad o lo agrave y, si ello ocurre, a solicitar en forma temprana el concurso de la persona jurídica.