

# ÓRGANOS SOCIETARIOS Y CONCURSOS

*Israel Creimer*

## SUMARIO

El trabajo plantea la cuestión del funcionamiento de los órganos de las sociedades cuando estas se concursan. Propugnan que los órganos sigan funcionando con adecuado control. Está enfocado primordialmente al derecho uruguayo.



### 1. Introducción

La Ley Concursal uruguaya (No. 18.387 de 23 de noviembre de 2008) comprende tanto la etapa de Convenio, como la de liquidación.

En todo caso, la empresa sigue funcionando pero la permanencia de los órganos de una persona jurídica concursada pueden o no seguir funcionando, según el caso.

El funcionamiento de la empresa preserva su valor para todos los intervinientes en el concurso.

La ley se ha inclinado por la teoría del órgano superando largamente la teoría del mandato<sup>1</sup>. Incluso hay normas en que se habla de órganos de la sociedad (ej. arts. 95, 397 referidos a “los órganos de control”).

Cada vez que puede, el Maestro Efraín Hugo Richard, nos recuerda que un correcto funcionamiento de los recursos previstos en la Ley Societaria permitirían evitar la situación de crisis empresarial.

---

<sup>1</sup> BRUNETTI, A., “Tratado de Derecho de las sociedades”, tomo II, fs. 357 lo explica con toda precisión. En la doctrina argentina esto no se discute: ROITMANN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales”, tomo III pág. 187 y NISSEN, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, tomo 3, fs. 314.

No se trata solamente que la ley societaria de las herramientas para resolver la crisis sino que también las personas “*uti singuli*” tomen decisiones adecuadas. Así si el directorio informa adecuadamente de una situación difícil en la empresa. Digamos, y esta debe ser la causa más frecuente, la sociedad está descapitalizada o —más precisamente— con un patrimonio débil o poco líquido. Esto debe ser informado en la asamblea anual o aún antes en una asamblea extraordinaria si la situación así lo amerita.

El directorio debe proponer medios para salir de la crisis o aconsejar directamente la liquidación de la sociedad. Los accionistas, a su vez, deben tomar esas recomendaciones o proponer otras y llevarlas a cabo por su propia iniciativa.

Las soluciones pueden ser desde el extremo de la liquidación privada hasta otras soluciones menos dramáticas: ampliar el capital social por aportes realizados por los mismos socios o atraer a terceros o tomar préstamos en caso de falta de liquidez, fusionarse o tomar cualquier medida para sanar la empresa y mantenerla “*in bonis*”.

Es sabido que la solución concursal es mucho más traumática y que, los porcentajes de salvación de una empresa concursada anda en un 10% aproximadamente. Esto es así en casi todo el mundo y, en particular, en nuestras latitudes.

Sin embargo, las cosas no son tan así. El ser humano no se mueve siempre racionalmente.

Después de nuestra larga experiencia en la materia encontramos que los empresarios tienen una suerte de confianza que, a un tercero puede parecerle ingenuo. Pero es que los que crean riqueza tienen esa cuota de atrevimiento pensando que ellos triunfarán en el mercado. Pero ello no siempre sucede.

El planteo de Richard sería pertinente si los operadores y sus asesores fueran perfectos. Pero son apenas, humanos optimistas. Generalmente incluso, al concurso llegan tarde. Al concurso es relativamente fácil entrar, pero salir es el problema, en general insoluble para los interesados en la cuestión.

Hay también otras situaciones donde el operador opera fraudulentamente. De esto no nos ocuparemos ahora. Existen, pero son menos de los que la gente cree.

Estas reflexiones quizás no tienen que ver exactamente con el tema que vamos a tratar pero se emparentan.

¿Qué es lo que vamos a abordar? La cuestión del funcionamiento de la estructura societaria en concurso de acreedores.

En los viejos modelos, en el concurso meramente ejecutivo no tiene sentido la pregunta. El establecimiento se lacraba a la espera de que, algún día, se llegue al remate de bienes, generalmente, muy desvalorizados.

Pero ahora que la legislación busca la conservación de la empresa quizás haya que pensar el tema de otra manera.

En las legislaciones más modernas, como la uruguaya, el concurso es un procedimiento único que tiene por fin mantener la empresa viable en beneficio de todos los actores involucrados o liquidarla lo más rápido y eficazmente posible.

En principio la ley uruguaya busca la autocomposición, favoreciendo todo tipo de convenios. Sólo si ello no es posible se licitará y venderá la empresa en marcha. Pero mientras no se llegue a la etapa de liquidación es bueno y esa es mi ponencia que los órganos funcionen para lograr el objetivo que la ley propone.

El concepto de órgano ha sido tomado del Derecho Administrativo.

## 2. Legitimación suspendida o limitada

¿Qué intervención le cabe al deudor en la administración de la empresa concursada?

Si el Concurso es Voluntario (pedido por el propio deudor) y los activos son superiores a los pasivos la legitimación del deudor es sólo limitada. Permanece al frente de su establecimiento y puede realizar los actos normales del giro. Estos son controlados por un Interventor quien además puede autorizar actos por fuera del giro normal.

Si la legitimación es suspendida (totalmente) quien tiene legitimación para disponer es sólo el Síndico y éste sustituye al deudor<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> **Art. 44, ley 18.387:** (Continuación de la actividad del deudor). La declaración judicial de concurso no implica el cese o clausura de la actividad del deudor, salvo que el Juez disponga lo contrario, lo que podrá hacer en cualquier momento durante

el concurso, a solicitud del deudor, de los acreedores, del síndico o interventor, o de oficio.

**Art. 45** (Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso). La declaración judicial de concurso producirá los siguientes efectos en la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso:

1. Si el concurso fuera necesario se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, sustituyéndolo en la administración y disposición de sus bienes por un síndico.

2. Si el concurso fuera voluntario, se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, con el alcance dispuesto en el numeral 1, solamente cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos, se limitará la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa y se designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo.

3. En el caso de concurso voluntario, si durante el desarrollo de los procedimientos se pusiera de manifiesto que, en el momento de la declaración judicial, la relación entre activo y pasivo era distinta a la tenida en cuenta para suspender o limitar la legitimación del deudor, el Juez modificará de oficio la medida adoptada, transformando la suspensión en limitación o la limitación en suspensión, según corresponda.

4. En caso de haberse dispuesto la limitación de la legitimación del deudor, en cualquier momento el Juez, previa solicitud fundada de los interventores y vista al deudor, podrá disponer la suspensión de la legitimación del deudor, cualquiera sea la situación patrimonial de éste.

5. En todos los casos de conversión de la limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa en suspensión o viceversa, el Juez dispondrá las mismas medidas de publicidad acordadas para la sentencia de declaración judicial de concurso.

6. Se exceptúan de la suspensión o limitación de la legitimación del deudor los actos personalísimos o referidos a bienes inembargables, la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales”.

**Art. 46:** “Efectos generales de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso). La suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso, dispuesta en la sentencia de declaración judicial de concurso o en cualquier resolución judicial posterior, producirá los siguientes efectos:

1. Serán ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, incluida la aceptación o repudiación de herencias, legados y donaciones.

2. Solamente el síndico estará legitimado para realizar actos de administración y disposición sobre los bienes y derechos que forman la masa activa del concurso, en los términos de la presente ley.

3. El síndico sustituirá al deudor en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso en que éste sea parte, con excepción de aquellos fundados en relaciones de familia que no tengan contenido patrimonial.

### 3. Régimen de los órganos de las personas jurídicas

En caso de suspensión es el Síndico quien ejercita las facultades conferidas a los administradores o liquidadores y se suspende la obligación legal o estatutaria de convocar a asambleas<sup>3</sup>.

Si sólo se limita a la persona jurídica los órganos siguen funcionando pero la convocatoria a cualquier reunión o asamblea requieren la autorización del Interventor. Este también puede solicitar al Juez la suspensión del órgano de control<sup>4</sup>.

---

4. En los casos de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso, los pagos realizados al deudor no tendrán efecto liberatorio para los acreedores, salvo los realizados de buena fe en el periodo que medie entre la sentencia declaratoria del concurso y la registración y publicación de la misma”.

**Art. 47:** “(Efectos generales de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso). La limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso, dispuesta en la sentencia de declaración judicial de concurso o en cualquier resolución judicial posterior, producirá los siguientes efectos:

1. El deudor requerirá de la autorización del interventor para contraer, modificar o extinguir obligaciones, conferir, modificar o revocar poderes: o para realizar cualquier acto jurídico relativo a bienes de la masa activa.

2. Se exceptúan del régimen establecido en el numeral 1 las operaciones ordinarias del giro del deudor, las cuales serán realizadas por éste bajo el control del Interventor. No se considerarán operaciones ordinarias del giro los actos relativos a bienes de uso registrables, la venta o arrendamiento del establecimiento comercial y la emisión de obligaciones negociables.

3. Serán ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición detallados en el numeral 1, que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, sin autorización del interventor.

<sup>3</sup> **Art. 48:** “(Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso). La suspensión de la legitimación de las personas jurídicas para disponer y obligar la masa del concurso producirá además los siguientes efectos respecto al funcionamiento de sus órganos sociales:

1. El síndico ejercerá las facultades conferidas por la ley y los estatutos a los administradores o liquidadores, que perderán el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración.

2. Se suspende la obligación legal o estatutaria de convocar reuniones o asambleas de socios o accionistas. Si las mismas fueran convocadas, cualquier resolución que éstas adopten requerirá, para su validez, que sea ratificada por el síndico.

3. El órgano de control interno quedará suspendido en sus funciones”.

<sup>4</sup> **Art. 49:** (Régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso). La limita-

#### 4. Situación del personal de alta dirección

El privilegio laboral no se extiende a los créditos de directores o administradores de derecho o de hecho, miembros del órgano de control interno y liquidadores de la deudora, los cuales serán quirografarios.

Esto, sin perjuicio de que pueden ser declarados cómplices de concurso culpable en cuyo caso incurrir en responsabilidad bastante severa, incluso la pérdida de los derechos y pasar a ser responsables patrimonialmente frente a los acreedores.

#### 5. Evaluación del régimen

En el escaso tiempo transcurrido desde la sanción de la ley y la relativa bonanza económica que se vive en el Uruguay, ha habido pocos concursos como para hacer una evaluación seria de la ley.

Con todo, en muchas circunstancias en que se suspende la legitimación de un directorio y, de alguna manera, se destrata al personal de alta dirección nos encontramos con que los Síndicos tienen dificultades para seguir con la empresa en marcha, cumpliendo el paradigma de la ley.

Si bien el deudor tiene un deber de colaboración e información<sup>5</sup> no siempre ello se cumple, ya sea porque quien tiene la información no quiere darla o simplemente no está.

---

ción de la legitimación de las personas jurídicas para disponer y obligar la masa del concurso producirá además los siguientes efectos respecto al funcionamiento de sus órganos sociales:

1. Los órganos de la persona jurídica se mantendrán en funcionamiento, con las limitaciones establecidas en este artículo.

2. La convocatoria de cualquier reunión o asamblea de socios o accionista, por parte de administradores o liquidadores, requerirá la autorización del interventor.

3. El interventor podrá solicitar al Juez, en forma fundada, la suspensión del órgano de control interno, asumiendo sus funciones”.

<sup>5</sup> **Art. 53:** “(Deber de cooperación y de información del deudor). Están alcanzados por el deber de cooperación e información el deudor y los administradores y liquidadores de la persona jurídica, así como los que hubieran revestido esta calidad en los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso. De acuerdo con el mismo, deberán comparecer personalmente ante el Juez del concurso y ante el síndico o el interventor cuantas veces sean requeridos y facilitar toda la cooperación e información necesaria o conveniente para el interés del concurso”.

Pueden haber situaciones aún más complejas donde en una pequeña o mediana empresa el “dueño” es indispensable que esté detrás del mostrador o dando una fórmula química en la fábrica. Personas físicas o directores que también necesitan el sustento de personas físicas —sustitutos de los órganos— quienes saben donde se compran las materias primas, por qué vía se comercializa, etc.

Podría decirse que quizás no sea tan sabia la Ley cuando desplaza al deudor persona física o administrador de una sociedad.

Un abogado o un contador que sea Síndico no puede pasar ocho horas diarias detrás de un mostrador.

Se dirá que se puede acudir a empleados. A veces sí y, a veces, no. No sólo por la experiencia o capacidad para desempeñar una función sino por la desconfianza que genera tener que acudir a alguien que ha trabajado como subordinado del concursado que, eventualmente puede retomar las riendas de su empresa, si logra un Convenio con los acreedores, lo que es bastante común.

La reciente reforma de la ley alemana de 2012 tiene por objeto mejorar un plan ante la insolvencia y autoadministración como herramientas para llegar a una reestructuración de la empresa en crisis. Véase que al deudor se le permite que él siga al frente.

La ley uruguaya que ha recibido influencias indirectas de la ley alemana presume que la presentación temprana permite una mejor reestructura que solicitar un concurso.

Aunque ello nos lleva a otros problemas que no vamos a tratar aquí.

## **6. Ley argentina**

La ley concursal argentina trata el tema indirectamente. En principio, el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del Síndico (art. 15).

Comentando el artículo se ha dicho: “Con la sentencia que abre el concurso preventivo, aunque el concursado mantiene la facultad de administrar y disponer de sus bienes, se encuentra restringido y limitado respecto de los mismos, pues la administración queda sujeta a la vigilan-

cia del síndico, y se le prohíbe realizar un sinnúmero de actos, así como otros sólo se permiten bajo un régimen de expresa autorización judicial<sup>6</sup>.

Se establece que los actos realizados en violación de esta normativa son “ineficaces de pleno derecho respecto de los acreedores”.

El juez puede, además, según el caso separar al deudor de la administración o limitarlo (art. 17).

Son normas que resultan consecuencia del “desapoderamiento del deudor concursado”.

Pero no hay una específica referencia a los órganos societarios.

## **7. Conclusiones**

La separación del deudor concursado o de los directores de sociedades, en su caso, puede ser pernicioso para el mejor funcionamiento de la empresa en marcha.

Esto se ve agravado con el hecho de que el personal de alta dirección puede también ser alejado de la administración, por otras vías.

A la separación debe acudirse sólo en casos excepcionales en que la presencia del deudor sea totalmente contraproducente para los intereses de los acreedores.

De cualquier manera esta es sólo una idea para cuando llegue el momento de una reforma de la Ley Concursal uruguaya.

---

<sup>6</sup> RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO, “Concursos y Quiebras”, ed. Rubinzal - Culzoni, pág. 36. Más recientemente VÍTOLO, Daniel Roque en “Concursos y Quiebras”, Ad-Hoc págs. 154 y ss. CÁMARA, Héctor en “El Concurso Preventivo y la Quiebra” tenía un enfoque similar, Depalma, vol. 1, pág. 459 y ss.