

## **“Relaciones entre el derecho societario y el derecho concursal en el Uruguay”**

por Israel Creimer

### **I) Introducción-**

He leído con gran interés la conferencia dictada por el eminente jurista alemán Karsten Schmidt “El Derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán”<sup>1</sup>. Se trata de un enfoque muy alemán que nos muestra como se resuelven algunos problemas que, entre nosotros, no son los que más urgen.

Los autores uruguayos que comentan la ley concursal uruguaya N° 18.387 del año 2008 ya han señalado esta cuestión<sup>2</sup>. Pero se refieren básicamente a la probable adición de responsabilidad que hace la ley concursal cuando juzga la conducta de los administradores de las sociedades. Esa sería la gran diferencia.

Respecto de éste tema, presenté con otras colegas un trabajo para el último Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Málaga (2018)<sup>3</sup>. En esta investigación se empieza por señalar la dificultad que el tema supone en todos lados<sup>4</sup>. Trasladamos gran parte del trabajo conjunto adaptado a la actual publicación.

### **II) La Ley societaria N° 16.060 de 1989.**

La ley societaria uruguaya se inspiró en la Ley argentina N° 19.550. Pero, conociendo las críticas que la doctrina había realizado sobre la misma, se

---

<sup>1</sup> Me la hizo llegar gentilmente el Prof. Héctor Osvaldo Chomer quien me invitó a referirme a este tema.

<sup>2</sup> López Rodríguez, Carlos “Ley de declaración judicial de concurso y reorganización empresarial” T.II. LA LEY. Pág.334 y ss.

<sup>3</sup> Rodríguez Mascardi, Teresita - Ferrer, Alicia – Creimer, Israel “Deberes del administrador societario y responsabilidad en los supuestos de insolvencia de la sociedad” (inédito)

<sup>4</sup> Pacileo, Francesco (Prof. de la Sapienza en Roma) “Difficile posizione” “Le mobili frontiere fra diritto societario e diritto concorsuale nei finanziamenti “anomali” dei soci”. Publicado en “Il nuovo diritto della società” (Rev. Electrónica del año 2018, Pág.307 y ss.

cuidó de no incluir alguna norma que había sido muy criticada, por ejemplo, el famoso art. 30, y el voto acumulativo, por citar un par de ellas.

Conozco bastante de cerca, las pesquisas de mi maestro, el Prof. José Ferro Astray, que analizó la ley argentina –que conocía muy bien- y también se asesoró con relevantes figuras de la excelente doctrina argentina. Recuerdo nítidamente una reunión con el querido Prof. Julio Otaegui a la que tuve el placer de asistir personalmente.

No hay, en el tema de responsabilidad de los directores mayores diferencias en la ley uruguaya respecto de la ley argentina, salvo que ahora por efecto del Código Civil y Comercial la responsabilidad de los directores no es más solidaria sino mancomunada.

Los administradores deben actuar como un buen hombre de negocios (art. 83) y en sede de Sociedades Anónimas, son responsables solidarios por cualquier violación de la ley o el estatuto (art. 391).

El mal desempeño o el abuso es una zona algo gris que debe ser apreciada por el juez. La jurisprudencia ha sido severa en la apreciación de la prueba para condenar al director. Debe verse en cada caso y se insiste que no se responde por “toda falta”, que se debe acreditar una “malicia grave”. Los jueces son conscientes que el empresario para ser exitoso debe tomar riesgos y sostiene que, para juzgarlos, hay que tener en cuenta el momento en que se toma la decisión. No juzgar “con el diario del lunes”<sup>5</sup>.

Es frecuente, tanto en jurisprudencia como en doctrina, que se consulte a los eminentes tratadistas argentinos. Es que, por su dimensión, todo ya ha pasado en la república hermana.

### **III) Responsabilidad en caso de Concurso según la Ley Concursal vigente N° 18.387.**

---

<sup>5</sup> Creimer, Israel “Límites de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas” F.C.U. Obra colectiva “Responsabilidad del Administrador y socios de la sociedad Comercial”. Coordinadores Alicia Ferrer- Gerardo Caffera. Año 2006. Pág. 195 y ss.

# DECONOMI

AÑO II – NÚMERO 2

Aquí la responsabilidad se agrava e incluso –para algún autor- hay casos de responsabilidad objetiva.

Es que en Uruguay se siguió el camino de la ley española y la francesa. En cambio, en la Argentina tenemos un sistema similar al italiano.

He luchado –no sin ciertas vacilaciones- en varios frentes para que se elimine la calificación del concurso que tiene claros antecedentes en “*decoctor ergo fraudator*”. Pero no he tenido éxito.

Propuse la eliminación del capítulo en sede de la comisión revisora del proyecto de la ley y se aceptó. Pero luego, volvió a reaparecer en el Proyecto sancionado.

Se ha criticado, la inclusión, con trabajos de doctrina, pero la cuestión sigue allí. Últimamente he tratado de que se suavice, al menos, el régimen vigente que tiene efectos muy graves.

Es que, como siempre que puede, recomienda Richard que si se aplica bien el derecho societario, no hay porqué –en muchos casos- acudir al concurso. Ahora si el deudor entra en un proceso concursal, no se debe presumir que sea un grave infractor. Hay que analizar las circunstancias. Esto no es óbice de que cuando haya dolo, se le inculpe penalmente. Esa es la posición que he sustentado. Hay que sacar la función sancionatoria del concurso, al menos en principio.

El Prof. Richard lo escribió y dijo muchas veces. Transcribo textualmente una de sus ponencias : “*Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no*

*ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país”<sup>6</sup>.*

Debe reconocerse, sin embargo, que no hay rigor en la aplicación de la norma societaria y que, incluso el propio concurso se pide tarde en todos los lugares del mundo, salvo excepciones.

Está entonces vigente en el Uruguay el llamado “Incidente de Calificación” (arts. 192 y ss.) de la ley.

En los casos en que: a) el concurso es voluntario y b) que el convenio aprobado permite la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años no hay calificación. Tampoco se tramita el incidente en caso de liquidación (cuando no hay convenio) y resulta que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo (art. 196). Muy dura la ley por cierto. Es muy difícil que, en la práctica, se den estas hipótesis.

La ley establece, que hay una presunción relativa de culpabilidad (por tanto admite prueba en contrario) en los siguientes casos: 1) cuando incumplió el deber de solicitar el concurso; 2) cuando incumplió con el deber de colaboración con los órganos concursales; y 3) cuando no preparó en tiempo y forma los estados contables anuales.

Pero lo peor es que hay presunciones absolutas de responsabilidad donde obviamente, no habría chance de prueba en contrario, en los siguientes casos: 1) el caso de alzamiento; 2) cuando en los años anteriores a la declaración de concurso hubiere incurrido en infracapitalización o infrapatrimonialización; 3) cuando antes del concurso salieron indebidamente de su patrimonio bienes o derechos; 4) cuando no hubiera llevado contabilidad; y 5) cuando comete falsedad en los documentos que presenta para concursarse.

Esto podría ser –como se ha señalado- un caso de responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que hay una norma general que establece que el concurso se calificará como culpable cuando, en la producción o en la

---

<sup>6</sup> Richard, Efraín Hugo – Veiga, Juan Carlos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades” Ponencia presentada en VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal. VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A) Set. 2012.

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.

He criticado, más de una vez, esta norma.

Es muy difícil determinar el momento de decisión, el “timing” para pedir concurso. Incluso se ha sostenido que debería accederse a modelos matemáticos que determinen, lo más precisamente posible, el momento de la presentación. Ahora si el empresario se equivoca y resulta que los bienes de la masa activa no alcanzan, será culpable siempre. La infracapitalización o infrapatrimonialización no es fácil de determinar<sup>7</sup>.

La llevanza de libros es también un tema complejo para pequeñas empresas. En el Uruguay el 97% de las empresas son pequeñas o medianas y no todas tienen, por diversos motivos, su contabilidad al día. Si esto no le causa daño al acreedor no debería –en mi opinión– ser sancionado tan severamente.

Lo mismo puede observarse para otras hipótesis.

Las sanciones, que se extienden a los cómplices, son diversas. El Juez puede inhabilitar al deudor o los administradores de derecho y de hecho para administrar bienes ajenos y aún propios y para representar a terceros, ¡por un plazo de hasta 20 años! Muerte civil en los tiempos que corren.

Además pueden ser condenados a cubrir todo o parte del déficit patrimonial de la deudora.

He dicho alguna vez que si la sociedad da dividendos: todos, acreedores y socios, contentos. Pero, si hay problemas, puede que los directores sean responsables. Dicho así no es justo. Tal como lo señalé anteriormente en un trabajo antes citado y que fue publicado, incluso antes que se sancionara la ley de concursos de 2008.

---

<sup>7</sup> Creimer, Israel “Cuando el deudor debe solicitar concurso”. Publicado en Anuario español de Derecho Concursal N° 30. 2013 Pág. 295 y ss.

En todo caso deben darse todos los elementos que configuren responsabilidad, según los principios generales del Derecho. Esa es mi posición.

#### IV) Otras intromisiones.

Siguiendo la terminología de Karsten Schmidt analizaré otras intromisiones del derecho concursal en el societario.

La Ley Concursal al fijar los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, está reglamentando el funcionamiento de las sociedades comerciales (arts. 44 y ss.) Básicamente nos remitiremos a lo que dice el texto legal.

La pretensión del legislador de la Ley Concursal es la preservación de la empresa y, por tanto, aún declarado el concurso no implica, en principio, el cese o la clausura de la actividad del deudor.

Usando la terminología española los “administradores concursales” no son siempre los mismos.

Si el concurso es “necesario” se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso nombrándose un síndico.

Si el concurso es voluntario existe la misma inhibición, salvo que el activo sea superior al pasivo según los estados contables que presente el propio deudor. En este caso, en vez de un síndico se designa un interventor que coadministra con la concursada.

Cuando se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (en nuestro caso la sociedad concursada) son ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integran la masa activa. La legitimación sólo la tiene el síndico, y este sustituye a la deudora en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en que sea parte. Los pagos hechos al deudor no tienen efecto liberatorio.

Si sólo se limita la legitimación del deudor, la deudora requiere autorización del interventor para contraer, modificar o extinguir obligaciones, u

otorgar poderes. Se exceptúa en este caso las “operaciones ordinarias del giro del deudor”, lo que es fundamental para un normal funcionamiento de la empresa.

¿Qué pasa con los órganos de la persona jurídica deudora en caso de **suspensión** de la legitimación para disponer y obligar a la masa? El síndico es quien ejercerá las facultades conferidas por la ley y el estatuto a los administradores o liquidadores, que pierden el derecho a percibir cualquier retribución. No habrá más asambleas de socios o accionistas. Si tomasen resolución, sólo valdrán si son ratificadas por el síndico. Se suspende, asimismo el órgano de control interno.

Pero si sólo **se limita** la legitimación para disponer y obligar a la masa, los órganos de la persona jurídica se mantienen en funcionamiento, con limitaciones. La convocatoria de cualquier reunión, asamblea de socios o accionistas por parte de administradores o liquidadores, requerirá la autorización del interventor. En este caso, el interventor tiene la facultad de suspender el órgano de control interno, pidiéndolo al juez en forma fundada.

Está previsto que, ya sea en caso de suspensión o limitación de la legitimación de la deudora, los acreedores quirografarios que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario, pueden nombrar un administrador del patrimonio o del giro del deudor. Este administrador sustituye al síndico o al deudor en la función de conservación o administración y del giro de la deudora. Pero esto no significa que sustituya al administrador concursal en las funciones técnicas que le son propias, tales como la verificación de créditos, o valuación de la masa activa y otros<sup>8</sup>.

Las acciones contra los socios corresponden exclusivamente al síndico o interventor ya sea la promoción de la acción contra los socios personalmente responsables por las obligaciones sociales anteriores a la declaración del concurso (excepto las obligaciones laborales y tributarias).

Ejercitará la acción para obtener el pago de aportaciones comprometidas, así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias. Esto

---

<sup>8</sup> Olivera García, Ricardo “Designación del administrador concursal por los acreedores” Publicado en “Semana Académica” 2012. F.C.U. Montevideo. Pág. 533 y ss.

# DECONOMI

AÑO II – NÚMERO 2

se puede hacer aún cuando no estuviera vencido el plazo para el cumplimiento de esta obligación.

También para ejercer la acción social de responsabilidad contra administradores, integrantes del órgano de control interno y liquidadores, sin previa conformidad con asamblea de socios o accionistas.

## V) Conclusión.

Como se advierte existen diversos puntos de contacto entre la ley societaria y la ley concursal.

Esta última invadió la normativa societaria cuando la sociedad se concursa.



# DECONOMI