

ESTUDIO ZEINAL ABOGADOS

Junio, 2016

DIRECTORES, ADMINISTRADORES Y SOCIOS I

SU RESPONSABILIDAD POR LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL

Ante escenarios recesivos en materia económica, recobran vigencia y aplicación la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial N° 18.387 (en adelante "Ley Concursal") como alternativa de solución de las crisis empresariales.

Esta ley ha dotado a los distintos agentes económicos de un instrumento adicional a efectos procurar advertir tempranamente hipótesis de insolvencia, evitando con ello la permanencia en el mercado de aquellos agentes que ya no tienen capacidad de sobrevivencia y contemplando la de aquellas que si se muestran viables.

Uno de los aspectos en los que la Ley Concursal ha hecho especial hincapié se refiere a la conducta de quienes llevan adelante la gestión empresarial: directores y administradores y socios dependiendo del tipo de empresa frente a la que estemos.

Se dispuso para ellos un esquema sumamente estricto y severo lo cual sugiere un revisionismo del marco que los regulaba.

1. Alertar en forma temprana = evita consecuencias personales negativas

Se señala expresamente que la empresa tiene la obligación de solicitar su propio concurso dentro de los 30 días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, recordando que en el caso de las sociedades comerciales esta obligación recae sobre cada uno de los administradores.

La normativa presume, con carácter absoluto, que los administradores tomaron conocimiento de la insolvencia a la fecha en que se prepararon o debieron prepararse los estados contables previamente al cierre del ejercicio. A efectos que el deudor valore correctamente los supuestos de insolvencia, el legislador se ha encargado de describir un elenco amplio de hipótesis en las que se presume dicho estado.

En un primer grupo se anotan las *presunciones relativas de insolvencia*, las que admiten la producción de prueba que las desacredite, que son: a) pasivo superior al activo; b) dos o más embargos por un monto superior a la mitad del valor de sus activos; c) obligaciones vencidas hace más de tres meses; d) omisión en el pago de obligaciones tributarias por más de un año; e) suspensión de una o más cuentas corrientes por parte del BCU.

Luego la norma enumera aquellas *presunciones absolutas de insolvencia*, las que, puestas en conocimiento de la justicia especializada, obligan a decretar la apertura del concurso. Dos de ellas refieren concretamente a la actividad de los administradores: a) cuando el deudor hubiera realizado actos fraudulentos para la obtención de crédito o para sustraer bienes a la persecución de sus acreedores; o b) cuando exista ocultación o ausencia del deudor o de los administradores sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones.

25 DE MAYO 529
MONTEVIDEO – URUGUAY
CP 11000
TEL: 00 598 2916 9390
FAX: 00 598 2916 9394

ESTUDIO ZEINAL ABOGADOS

2. La responsabilidad de administradores, directores y socios

Bajo el supuesto de un concurso *necesario* (aquellos declarados cuando el administrador o socios debieron denunciar el estado de insolvencia de la empresa y no lo hicieron) el tribunal actuante podrá disponer el embargo preventivo de los bienes personales de los administradores. Esta medida puede extenderse inclusive a las personas de los ex administradores que durante el plazo de dos (2) años anteriores a la declaración del concurso conocieron el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora. Esta medida se mantendrá hasta la finalización de los procedimientos judiciales.

Si por el contrario asistiéramos a un concurso *voluntario* (que opera cuando es la propia empresa deudora que solicita el concurso), su admisión solamente produce la *limitación de la legitimación* de administradores y directores, quienes actuarán bajo el control de un interventor designado judicialmente que autorizará la afectación de bienes de la sociedad concursada y controlará las operaciones ordinarias del giro del deudor mientras duren los procedimientos.

Asimismo, se reconoce en forma indistinta al síndico o interventor, según el caso, el derecho de promover las correspondientes acciones sociales de responsabilidad contra los administradores y directores, acciones contra los socios y la administración de las cuentas bancarias del deudor sin que les sea oponible el secreto bancario.

Como medidas adicionales la legislación concursal faculta al Juez a disponer la intervención de las comunicaciones de los administradores relacionadas con la actividad comercial, la prohibición de cambiar de domicilio y/o salir del país sin previa autorización judicial, imponiéndose adicionalmente un deber genérico de colaboración que se traduce en la asistencia ante el Juez cada vez que sean requeridos, a la Junta de Acreedores y la obligación de facilitar toda la información que se estime conveniente para el interés del concurso.

3. Situación de los créditos de los administradores y directores contra la empresa

Los directores y administradores caen dentro del elenco de las denominados “*personas especialmente relacionadas con el deudor*”. También quedan comprendidos en dicha condición quienes hubieran ocupado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

Dicha condición determina una situación especialmente crítica para una práctica habitual: los préstamos que realizan socios y/o directores. Estos créditos que tuvieran contra la empresa concursada entrarán en la categoría de *créditos subordinados*, es decir, que en el orden de prioridad para el cobro se encuentran detrás de los prendarios, hipotecarios y comerciales o quirografarios. La subordinación se encontraría justificada en la necesidad de recomponer las asimetrías de la información con que cuentan estos administradores-acreedores, quienes estando en una situación de “privilegiada relación” con el deudor, pueden crear desigualdades frente al resto de los acreedores.

4. La calificación de la conducta de los administradores

Si el concurso fuera *necesario* los administradores deben someterse a lo que se denomina “incidente de calificación”, todo lo cual redundará en otras consecuencias más o menos negativas para su persona. En dicho procedimiento se intentará determinar su grado de participación en la *producción o agravamiento de la situación patrimonial* de su gestionada, siempre que mediere *dolo o culpa grave* (ya fuera por acción como por omisión).

25 DE MAYO 529
MONTEVIDEO – URUGUAY
CP 11000
TEL: 00 598 2916 9390
FAX: 00 598 2916 9394

ESTUDIO ZEINAL ABOGADOS

Por ejemplo, se presumirá la culpabilidad del director cuando durante los dos años anteriores a la declaración del concurso los fondos o bienes hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad; o cuando la sociedad no hubiera llevado contabilidad de ninguna clase, cuando llevara doble contabilidad o se hubiera cometido falsedad en la misma.

La calificación de culpabilidad del concurso determina la inhabilitación de los administradores (de hecho – aquellos que sin aparecer formalmente se compruebe que llevan adelante la gestión de los negocios - o de derecho) para administrar sus propios bienes y los ajenos por un período de cinco a veinte años, así como a representar a cualquier persona durante este período.

De la referida inhabilitación – la cual se traduce para el administrador en una especie “muerte civil”- se dará publicidad a través de la Dirección Nacional de Registros, procediéndose adicionalmente a la designación de un curador que se encargue de la administración de sus bienes.

Desde el punto de vista económico, la resolución judicial que declare la culpabilidad, impondrá la condena a los administradores a reparar el daño patrimonial ocasionado, quedando obligado a cubrir la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.

5. La responsabilidad penal

Finalmente el legislador se encargó de establecer una figura penal denominada “fraude concursal” que determina la aplicación de una pena de prisión de uno a cinco años de penitenciaria cuando los administradores o directores hayan reconocido privilegios inexistentes a acreedores o terceros, oculten o constituyan ilícitamente libros contables o acuerden a sus acreedores ventajas particulares en razón de su voto en la Junta de Acreedores durante la vigencia de los procesos concursales.

Reflexiones finales

Las crisis empresarias no siempre tienen una única explicación, sino que conviven en sus causas circunstancias endógenas y exógenas que colaboran a producirla.

Sin embargo, la Ley Concursal sugiere como relevante la participación de quienes llevan adelante la gestión empresarial. Ello ha despertado cierta alarma en quienes hoy, o en el pasado inmediato, desempeñaban cargos de gestión de empresas, sea como directores o administradores.

Aquellas pautas generales que orientaban la conducta de los administradores como los “deberes de lealtad” o la “diligencia de buen hombre de negocios” se plasman ahora en una norma jurídica que señala hechos o situaciones concretas que les imponen un celo especial, un grado de diligencia particular, una mayor especialización y profesionalización en la gestión y conducción de los negocios sociales procurando una eficacia real.

Dr. Fernando Sosa

25 DE MAYO 529
MONTEVIDEO – URUGUAY
CP 11000
TEL: 00 598 2916 9390
FAX: 00 598 2916 9394