

El embargo preventivo respecto de los administradores de hecho en la Ley de Proceso Concursal

*The preventive embargo with respect to de facto administrators
in the Bankruptcy Process Law*

Embargo preventivo contra administradores de fato na lei de processo de falências

Joaquín García Scavino

ORCID: 0000-0002-6851-8450

Universidad Católica del Uruguay

Correo: joaquin.garcia.scavino@gmail.com

Recibido: 14/10/2022

Aceptado: 20/03/2023

Resumen: Este trabajo analiza el embargo de los administradores de hecho desde la óptica de la Ley de Proceso Concursal en armonía con el Código General del Proceso, desde su procedencia, así como sus requisitos y su apelabilidad, en contraposición con el administrador de derecho.

Palabras clave: derecho concursal; administrador de hecho; embargo; administrador de derecho; protección de acreedores.

Abstract: This work analyzes the embargo of de facto administrators from the perspective of the Bankruptcy Process Law in harmony with the General Code of Procedure, from its origin, as well as its requirements and appealability, in contrast to the de jure administrator.

Keywords: bankruptcy law; de facto administrator; embargo; de jure administrator; protection of creditors.

Resumo: Este trabalho analisa o embargo dos administradores de fato a partir da ótica da lei do processo de falência em harmonia com o Código Geral do Processo, desde sua origem, bem como seus requisitos e sua apelabilidade, em contraposição ao administrador de direito.

Palavras-chave: lei de falências; administrador de fato; embargo; administrador de direito; proteção do credor.

Introducción

Este trabajo versa sobre cuáles son los presupuestos requeridos para trabar embargo a un administrador de hecho en un proceso concursal, si los establecidos en la Ley de Proceso Concursal (artículo 24 de la ley 18.387) o los que surgen del Código General del Proceso (artículos 311 a 317); así como cuál es el régimen de apelabilidad. Corresponde distinguir primariamente los dos tipos de administradores que existen en el ordenamiento jurídico uruguayo: el administrador de hecho y el de derecho, figuras que la propia ley 18.387 se encarga de asimilar en ciertas situaciones. Ejemplos de esto se pueden observar en los artículos 112.2 literal b, 192 y 201 e inclusive en los casos de extrema severidad como el art. 248 referido a normas penales, en palabras de Ferrer: “En caso de que el concursado sea la sociedad, considera que incurren en esta figura delictiva los socios, directores, administradores de hecho o de derechos que hayan aprobado la realización o hayan realizado los actos consumativos del delito” (2006, p. 276). Por otro lado, en otros artículos la ley refiere a *administrador* a secas, por lo que corresponde revisar la definición de cada uno.

Un **administrador de derecho** es aquel que surge del estatuto de la sociedad o de una modificación posterior mediante asamblea o reforma del estatuto (o del contrato social). Por otra parte, el **administrador de hecho** es aquel que, sin figurar formalmente, desempeña las funciones propias de la persona que se encuentra en la cúspide de una sociedad, encargándose de la gestión o dirección de los negocios sociales como establece el art. 79 de la ley 16.060.

La ley 19.820, conocida como la ley de Sociedades por Acciones Simplificadas, dedica el artículo 31 a establecer la responsabilidad de los administradores y del representante legal, así como se establecen las características de los administradores de hecho:

Las personas físicas o jurídicas que, sin ser administradores o representantes legales de la sociedad actúen o desempeñen de hecho, en forma estable y permanente, una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores o al representante legal

La doctrina ha tratado de definir la figura del administrador de hecho, lo cual dio lugar a infinidad de acepciones, todas ellas con muchas similitudes. A los efectos de este trabajo se tomó una definición propiciada por Blengio, que diferencia a los dos tipos de administradores:

En primer lugar, debe señalarse que la misma se construye por comparación a (y diferenciación de) la del administrador de *iure*. Éste, en general, puede describirse como el sujeto designado para desempeñar el cargo de administrador (cualquiera sea su especie o denominación) de conformidad a los requisitos legales y estatutarios (o del contrato social), reuniendo los requisitos correspondientes, encontrándose en los marcos temporales de la vigencia del cargo, y sin que medien circunstancias que hayan determinado el cese. En cambio, el administrador de hecho, es el sujeto que actúa como tal, no habiendo sido designado en la forma indicada (no habiéndolo sido en absoluto) o que, habiéndolo sido, no reúne las cualidades requeridas para el cargo o lo hace aun cuando falta o a pesar de haber sido destituido por una autoridad competente. O sea que, en sustancia, el administrador de hecho es un sujeto que ejercita efectivamente la administración, sin que esté investido (ni por consiguiente legitimado) para hacerlo de acuerdo a las exigencias legales y estatutarias (2006, pp. 551-552).

Como se observa, el administrador de hecho es una patología, que sucede, pero que no es lo común y mucho menos lo deseado. El legislador no regula pensando en la patología y en el caso de que lo hiciera es para aplicar una sanción, como en el artículo 248 de la ley 18.387 previamente citado. Cada vez que el legislador decide utilizar el término *administrador* corresponde interpretar su sentido lógico, natural y obvio: el administrador de derecho. Cuando la ley 18.387 refiere al administrador de hecho y de derecho en la misma disposición, se pretende plantear un caso de excepción y con ese carácter debe interpretarse, lo cual cobrará extrema relevancia al analizar qué tipo de administrador es al que se hace referencia en el art. 24 de la ley 18.387.

Respecto al administrador de hecho, la jurisprudencia ha tratado de esbozar una serie de presunciones en las cuales encuadraría esta figura. Dichas presunciones fueron elaboradas por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de segundo turno (quien tenía la competencia para resolver las sentencias apeladas en materia concursal) y por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de séptimo turno (quien asume la competencia actualmente).

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de segundo turno, respecto a la figura del administrador de hecho en sentencia número 0005-000145/2013 de fecha 20 de noviembre de 2013 expresó: “Función esta que supone la gestión día a día de los negocios sociales y la toma de decisiones y exceden claramente la de un asesor”.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de séptimo turno, conforme la sentencia 24/2019 del 20 de febrero del 2019, estableció la presunción de que el administrador de hecho realiza las tareas de gestión y decisión, donde se ejerce un poder con influencia determinante en la conducción de la empresa. Por último, la sentencia 29/2019 del 27 de marzo del 2019 estableció como presunción que la actividad que se le imputa al administrador de hecho constituya el principal medio o un trascendente medio de vida de esa persona.

En cuanto a cómo debe interpretarse la figura del administrador de hecho, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de séptimo turno en sentencia 88/2019 del 5 de setiembre del 2019 propuso lo siguiente:

Para calibrar cuál es la naturaleza y alcances de la figura del “administrador de hecho”, el Código Civil ofrece un criterio interpretativo que nada menos que por provenir del legislador debe considerarse obligatorio por el Juez para iluminar dicho concepto, que es entenderlo en su sentido natural y obvio con el alcance que puede darle el común de las personas (art. 18 del Código Civil), sin perjuicio de las elaboraciones de la Jurisprudencia y de la Doctrina. Además, debe analizarse cómo la situación de hecho enmarca la conducta que se analiza, porque eso permitirá encartarla en la categoría del administrador de hecho, término jurídico pero que se nutre de las raíces de la Vida. Por tanto, el concepto de “administrador de hecho” se construye dentro de la realidad viva que no es necesariamente jurídica, pero que ilumina o nutre al Derecho.

El embargo en el Código General del Proceso y en la Ley de Proceso Concursal

Se abordan a continuación las diferencias sustanciales entre el embargo establecido en el Código General del Proceso (CGP) y el de la Ley de Proceso Concursal. El embargo es un instituto de protección de acreedores que busca asegurar la eficacia práctica de una sentencia o resolución definitiva que recaerá en un proceso, al cual se halla necesariamente ligado por un nexo de instrumentalidad. En el Código General del Proceso

se debe acreditar, para la mayoría de los casos, la sumatoria de tres requisitos: el humo de buen derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

Tales requisitos surgen expresamente de los artículos 311, 312 y 313 (y también del 314 al 317) del Código General del Proceso; tanto el humo del buen derecho como el peligro en la demora deben justificarse sumariamente. En cuanto al humo del buen derecho, se requiere una posibilidad de que el derecho exista, de modo tal que sea posible anticipar que se declarará la certeza de este:

El art. 312 exige simultáneamente la existencia de un derecho que debe ser protegido y que esa existencia del derecho pueda justificarse sumariamente. De la combinación de ambas exigencias resulta, claramente, que la ley no exige la certidumbre absoluta de la existencia del derecho, sino solamente su probabilidad o verosimilitud (Tarigo, 2004, p. 362).

Para el peligro en la frustración del derecho se exige: “la alegación y prueba de un riesgo cierto, objetivo, de lesión o frustración del derecho, que debe reflejarse en actos o situaciones concretas de las que pueda derivarse la inejecución de la eventual resolución” (Landoni, 2006, p. 1187).

El último requisito es la contracautela, que se encuentra en el artículo 313 núm. 5 del Código General del Proceso, que es la garantía del deudor y lo asegura en los casos que el acreedor litigue sin razón o con mala fe, a los efectos de reparar todo el daño que este generó, en palabras del Tarigo:

La contracautela es la caución, la seguridad, la garantía —garantía real o personal, decía el art. 62 LAJ— que, a su turno, debe ofrecer y prestar quien solicita el dictado de una providencia cautelar, la adopción de una medida cautelar, en previsión de los daños y perjuicios que de ella pueden derivarse para el cautelado (2004, p. 364).

Ahora bien, el embargo preventivo establecido en la Ley de Proceso Concursal respecto a los administradores, establecido a texto expreso en el artículo 24 de la ley 18.387, es mucho más severo, como afirman las profesoras Eva Holz y Rosa Poziomek:

Las previsiones en materia de embargos preventivos que acabamos de analizar son una de las claras muestras de la severidad con que la Ley trata no solo a los actuales o antiguos directores, administradores o liquidadores

sociales, sino también a los integrantes de los órganos de control interno de dichas personas jurídicas (2016, p. 466).

Este embargo es preceptivo, siempre y cuando, se configuren dos situaciones de manera simultánea. Primero, el concurso debe ser necesario, y, en segundo lugar, debe surgir del estado patrimonial del deudor que el activo no va a ser suficiente para satisfacer el pasivo.

Entonces, parece claro que la Ley de Proceso Concursal pretendió establecer un sistema distinto al del Código General del Proceso:

Entendemos que el art. 24 es una excepción al régimen general aplicable a las medidas cautelares en el C.G.P. la existencia de una previsión expresa se debe, precisamente, a la necesidad de facultar al juez para que, de oficio, decreta esta medida cautelar. Si no lo hace, cualquier interesado puede instar al juez a que decreta el embargo (López Rodríguez, 2012, p. 183).

Por cómo se encuentra redactado el artículo parecería que no es necesario acreditar los extremos del Código General del Proceso recientemente explicitados o que estos se encuentran implícitos en la propia ley 18.387. Conforme expresa López Rodríguez (2016, p. 303), la apariencia de buen derecho se justificará cuando existan elementos suficientes para que la sede pueda anticipar que el concurso será calificado como culpable.

El riesgo procesal en la demora va a consistir en el peligro de que los administradores puedan insolventarse disponiendo de sus bienes, lo cual queda acreditado desde el momento que el concurso es necesario. Respecto a este punto, Cardinal y Elizalde (2009, p. 891) expresan que el peligro en la demora se presume como una consecuencia inexorable de un estado de insolvencia que ya fue judicialmente declarado. Ahora bien, es claro que el interés de protección a los acreedores es loable, pero no parece lógico que la simple existencia de un concurso torne peligrosa la situación de los deudores.

Por último, se debe hacer referencia a la contracautela, punto realmente debatido en el proceso concursal en lo que respecta a su exoneración. En ninguna parte de la ley se exonera de tal requisito al acreedor instante o al síndico/interventor y por eso se discute si es procedente o no. Cardinal y Elizalde (2009, p. 896) afirman que la contracautela puede ser exigida por el juez a quien solicite la medida, ya que existe una armonización (en este aspecto) entre la ley concursal y el Código General del Proceso. Mientras que López Rodríguez (2016, p. 303) entiende que el embargo es preceptivo y debe ser dispuesto de oficio por el juez, por lo cual carece de sentido la exigencia de contracautela.

La contracautela podría exigirse en el caso de que el juez no disponga el embargo, por lo cual debería solicitarlo el síndico/interventor (o un acreedor) y no parece que exista razón por la cual no deban prestar contracautela. El eximir de contracautela puede derivar en una costumbre muy peligrosa, dando lugar a embargos que causen graves daños a los deudores y que a fin del proceso se demuestre su innecesidad. En tal caso sería realmente complejo accionar contra el síndico/interventor, ya que este se excepcionará alegando que el juez lo exoneró de contracautela.

Uno de los argumentos para exonerar de contracautela al síndico es el hecho de que no cuenta con fondos a su disposición, no obstante, esto no es una regla de todos los concursos, habrá algunos en los que exista una cuantiosa masa activa para responder en virtud de las retribuciones de los síndicos/interventores, que se encuentran en el art. 91 numeral 2 de la ley 18.387. Pero aquí se ingresaría en un nuevo debate: si esas retribuciones establecidas a texto expreso pueden ser disponibles.

Resta por analizar el alcance del embargo preventivo del artículo 24 de la Ley de Proceso Concursal. Una opción es que el embargo deba abarcar la diferencia entre activo y pasivo, aunque es realmente complejo determinar esa cifra al momento de decretar el concurso. La segunda opción es trabar un embargo genérico sobre todos los bienes, derechos y créditos, lo que genera un enorme perjuicio a los administradores embargados.

Por lo cual no parece concebible que en la primera oportunidad el juez trabe embargo sobre todos los bienes, derechos, créditos y acciones de los concursados, cuando la diferencia entre el activo y el pasivo es mínima. Parece cuestionable interpretar que la posición del legislador fue quitar de la vía comercial al empresario y colocarlo en una jaula donde no podrá realizar ningún movimiento hasta que el concurso culmine.

Al momento de dictar la sentencia, que declarará el concurso, el juez no posee medios idóneos para la determinación de la masa activa y pasiva, sin embargo, tal situación debería entenderse a favor del concursado. Si efectivamente ninguna parte del proceso puede acreditar a cabalidad que el activo no es suficiente para satisfacer el pasivo, no correspondería aplicar una medida tan perjudicial, que se basa en el informe del síndico.

Los administradores en el embargo del artículo 24 de la ley concursal

Corresponde analizar la procedencia de la traba de embargo establecido en la ley concursal a los administradores de hecho, ya que la ley hace referencia a los “administradores” a secas. Artículo 24 de la ley 18.387:

Embargo preventivo de los bienes y derechos de administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno: 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 su pasivo, conjuntamente con la sentencia o en cualquier momento posterior, el Juez dispondrá el embargo preventivo de los bienes de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno.

Como se referenció anteriormente, existen algunos artículos que tratan al administrador de hecho y al de derecho de manera similar, por ejemplo, el artículo 192 de la ley 18.387 establece:

El concurso se calificará 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.

Por otra parte, el artículo 201 de este cuerpo normativo establece que la sentencia podrá contener la condena de los administradores de derecho o de hecho a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva; así como la inhabilitación para administrar bienes propios o ajenos por un período de cinco a veinte años y representar a cualquier persona durante ese período. Esta es una medida feroz para los administradores ya sean de derecho o de hecho. Aunque se debe mencionar que para algunos autores tal artículo es de gran acierto, como afirma Nicolás Brause:

En efecto, respecto a sobre quiénes puede aplicarse la sanción, la loable decisión del legislador fue desdeñar las viejas formas aplicando en cambio la verdad sustancial, habilitando expresamente a que la culpabilidad recaiga sobre todo “administrador o liquidador”, sea de “hecho o de derecho”. No interesa quien es el que pone el puño en las actas, sino quien toma las decisiones, por cuanto fácil sería huir de los castigos si fuera lo inverso poniendo un insolvente hombre de paja a obrar como director (2014, p.225).

Lo establecido a texto expreso en el art. 24 de la ley 18.387 es una excepción, cuestión que la doctrina ha entendido de esa manera: “Por nuestra parte, entendemos que, los arts. 24 y 25 de la LCU constituyen una excepción al régimen general aplicable a las medidas

cautelares, hipótesis que se encuentra prevista en el art. 311.3 del CGP” (López Rodríguez, 2012, p. 290). Tal posición es totalmente compartible, ahora bien, como toda excepción su interpretación debe ser restrictiva y en consonancia con el artículo 17 del Código Civil el cual establece:

Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción.

Como se observa, parte de la doctrina considera que para trabar embargo sobre los administradores —cualesquiera sean— basta con lo dispuesto por el art. 24 de la ley concursal, sin recurrir a ninguna integración procesal, como afirma Carlos López Rodríguez:

En nuestra opinión, no es necesario integrar disposiciones de carácter excepcional, como la de los arts. 24 y 25 de la lcu o del art. 48 ter de la lce. No estamos ante situaciones de vacío legal que lo justifiquen. La normativa concursal exime al juez de relevar la existencia de los presupuestos que exige la normativa procesal general, siempre que se den los presupuestos que esa legislación exige. Por lo tanto, no corresponden las remisiones a las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en la legislación procesal (2012, p. 303).

Sin embargo, no se comparte totalmente dicha interpretación. Si se configuran los supuestos de hecho, el artículo 24 es aplicable únicamente a los administradores de derecho. Cuando el embargo se quiere trabar sobre el administrador de hecho, no es procedente dicho artículo, por lo cual se debe regir por lo dispuesto pura y exclusivamente en el Código General del Proceso.

El legislador al redactar el artículo 24 de la ley concursal, además de dotarlo de una extrema severidad, optó por la fórmula de “administrador” sin ningún agregado. Como ya se explicó, el legislador conoce y entiende la diferencia entre ambos tipos de administradores, razón por la cual en algunas disposiciones los asimila y en otros los diferencia. Si el legislador utilizó tal técnica esto obedece a que entiende que no son el mismo sujeto.

El artículo 24 de la ley concursal es una norma que impone una restricción a las personas, por lo cual así debe ser su interpretación. Es claro que el término que se utiliza es el del administrador de derecho, aquel que es designado formalmente y oponible a todos los terceros surgiendo del registro (mediante declaratoria). Una interpretación amplia no correspondería con el carácter de la norma y menos cuando el legislador conocía al administrador de hecho y prefirió no agregarlo en esta norma de carácter sancionadora; aunque sí eligió mencionarlo unos artículos más adelante. Esta interpretación no obedece a una lectura caprichosa, sino a una lógica sistemática de toda la normativa.

Por tal razón se entiende que no corresponde la aplicación del embargo del art. 24 de la ley 18.387 a los administradores de hecho. Sin perjuicio de eso, esto no es un cheque en blanco para que los administradores de hecho realicen cualquier actividad y resulten impunes, tal pensamiento resulta ingenuo. Al administrador de hecho sí se le puede trabar embargo y deberá hacerse siempre que el síndico/interventor, o los acreedores, lo entiendan pertinente, pero únicamente a instancia de parte, no admitiendo que sea trabado de manera preceptiva por el juez.

La traba de embargo del administrador de hecho deberá hacerse cumpliendo con lo dispuesto por el Código General del Proceso. Por lo que se van a tener que acreditar los tres elementos de cualquier embargo convencional: el humo del buen derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela. Respecto a ese último punto, de acuerdo con la aplicación del CGP, corresponde que la contracautela se exija a cualquier acreedor que solicitare el embargo e inclusive si lo solicita el síndico/interventor.

Se desprende que la mejor solución sería que el legislador adecuara el artículo 24 y expresamente se permitiera trabar embargo sobre el administrador de hecho, empero no se previó y, por tanto, no puede excederse e interpretar un artículo excepcional y sancionador de manera amplia. Como señala Carlos López Rodríguez:

Puesto que el artículo 201 de la LCU prevé que la condena por el déficit recaiga, también, sobre los administradores de hecho, el art. 24 en análisis, también, debió haber previsto el embargo a esta categoría de administradores. La inconsistencia de este art. 24 con lo dispuesto en el 201, se explica porque arrastra la omisión que ya tenía el art. 25 de la PALC. La referencia a estos administradores fue incluida en el art. 48.3 de la LCE, que mejoró en mucho a la PALC pero que nuestro legislador, evidentemente, no tuvo en consideración (2016, p. 309).

Adherirse a lo manifestado por Carlos López Rodríguez en cuanto a que el artículo 24 de la ley 18.387 debió prever el embargo a los administradores de hecho es lógico; sin embargo, las conclusiones difieren. Carlos López Rodríguez concluye: “a pesar de la omisión, entendemos que pueden considerarse comprendidos en el art. 24 a los administradores de hecho, en tanto tampoco limita este artículo su aplicación a los administradores de hecho” (2016, p. 310).

La conclusión que se sostiene en esta publicación es diametralmente opuesta, la ley fue clara en el incidente de calificación y estableció de manera tajante a quiénes puede condenar la sentencia e incluye dentro de los sujetos sancionables a los administradores de hecho y de derecho. Sin embargo, no lo hizo en el artículo 24 de la ley concursal.

En situaciones donde el legislador decidió aplicarle el mismo tratamiento legal, las agregó conjuntamente. Mientras que cuando las quiso diferenciar optó por el término *administrador* a secas para referir al administrador de derecho o al que corresponde por derecho. Por ende, debe interpretarse que cuando en el artículo 24 hace referencia al administrador, no se puede realizar una interpretación extensiva por la cual se afectan derechos de los deudores.

Existe otro argumento: el legislador se inspiró en la ley concursal española (la 22/2003 del nueve de julio del 2003) para la redacción de la ley concursal, que establecía (se utiliza este término porque esta fue modificada en junio del 2022) en su artículo 48:

Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quiénes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley

En España existe una norma restrictiva que no da lugar a discusión, como sostienen las autoras Ana Isabel Blanco y Rosanna Butteri:

La afectación de los bienes de los administradores tanto de derecho como de hecho es una cuestión pacífica en el derecho español por haber quedado resuelta en la propia redacción del artículo 48 ter de la LCE, donde el

embargo afecta al patrimonio de “sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho”. Sin embargo, la ley concursal uruguaya no aclara, pues emplea una terminología más genérica y sin especificación alguna, limitándose a incluir a los “administradores, liquidadores e integrantes de control interno”, sin pronunciarse sobre su naturaleza de hecho o de derecho (2015, p. 409).

No obstante, en Uruguay no existe una distinción en el artículo 24 de la ley concursal en lo referente al administrador de hecho y el de derecho, por lo cual no puede llegarse a la interpretación de afectar los derechos de todos los administradores por igual sin norma que lo habilite expresamente, ya que ha quedado acreditada la diferencia entre ambas calidades.

Régimen del recurso de apelación

Al ser embargos regidos por normativas distintas, cada uno va a tener un sistema de apelación distinto (si es que efectivamente lo tiene). Cabe mencionarse que la apelación y la doble instancia son un derecho y un principio indiscutible en el ordenamiento uruguayo, salvo excepciones establecidas a texto expreso. Como sostiene Jorge Carlos Perera: “como conclusión podemos afirmar la vigencia indiscutible del principio del doble examen principio vigorizado por el código general del proceso proclamándolo para todas las sentencias, sea interlocutorias o definitiva” (2009, p. 27). Tal conclusión se desprende de lo dispuesto tanto en la normativa nacional (artículos 22.3 y 241.1 del Código General del Proceso) como en la supranacional (artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

A favor de la impugnabilidad se ha manifestado también Vescovi:

En favor de la impugnabilidad (en general) y de la segunda instancia (en lo que al recurso de apelación se refiere), se dan múltiples argumentos. Frente a la celeridad, se levantan las garantías; la impugnación, ya vimos, surge de un ansia natural de justicia; la mayor experiencia de los magistrados superiores y la colegialidad, no significa límite a las novedades jurisprudenciales de primera instancia, sino en la medida que ello es razonable y lógico, sopesando mejor las corrientes nuevas y evitando, en cierto sentido, el “snobismo” (1998, p. 21).

Por lo que la apelabilidad se convierte en un instrumento necesario para todos los litigantes, punto que será importante al analizar la apelabilidad del artículo 24 de la ley concursal.

Apelabilidad del embargo en la ley concursal

Tanto el embargo de la ley concursal como el Código General del Proceso poseen diferencias en cuanto a su apelabilidad. El primero es general para la mayoría de los procesos y el segundo es restringido a los procesos concursales. El artículo 252 de la ley concursal establece: “admitirá además recurso de apelación las resoluciones judiciales que se establecen a continuación...”, posteriormente agrega en su primer punto las apelaciones con efecto no suspensivo y las que tienen efecto suspensivo.

A simple vista parecería que el artículo plantea una especie de *númerus clausus* de situaciones que el legislador estableció como únicas sentencias apelables. Sin perjuicio de eso y de acuerdo con el capítulo anterior, se entiende que el artículo 252 de la ley concursal no es una cortapisa al Código General del Proceso, sino que viene a complementarlo al establecer de manera concreta y determinada los efectos con los cuales tramitan los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias del artículo 252 de la ley 18.387. Situación que incluso fue prevista por el legislador en el artículo siguiente, el artículo 253 establece: “En lo no previsto por la presente ley para la tramitación procesal del concurso de acreedores se estará a lo establecido por el código general del proceso”.

Parte de la doctrina comercialista entiende que el artículo 252 limita la apelación a las sentencias que especifica la ley y les establece un efecto determinado: “El artículo a estudio establece a texto expreso resoluciones que admiten recurso de apelación, consagrando en algunos casos el efecto suspensivo y en otros el no suspensivo de los procedimientos” (López Rodríguez, 2015, p. 831).

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de la apelación, Alejandro Abal Oliu señala:

Surge que para que una resolución jurisdiccional admita ser impugnada por apelación deben, acumulativamente, reunirse los siguientes requisitos: a) se debe tratar de una sentencia definitiva o de una sentencia interlocutoria (sea interlocutoria simple o con fuerza de definitiva, e incluso “encubierta” o “anómala”) b) se debe tratar de una sentencia de primera instancia. c) se debe tratar de una sentencia que la ley no haya declarado inapelable... (2016, p. 237).

Corresponde entonces analizar si la ley de concursos declaró inapelable la sentencia que traba el embargo preceptivo del artículo 24 de la ley concursal. Parecería que lo que pretende establecer la ley es únicamente los efectos del recurso de apelación, por lo cual el art. 252 de la ley 18.387 establece en su numeral 1 cuáles sentencias son apelables con efecto no suspensivo y en su numeral 2 cuáles con efecto suspensivo.

Esta interpretación no es caprichosa, sino que responde a principios generales del derecho como son la igualdad procesal. Resultaría poco garantista afirmar que se permita la apelación, por ejemplo, de la sentencia que resuelve las oposiciones al acuerdo privado de reorganización y no se permita la apelación de una sentencia que puede perjudicar de manera extrema y severa al deudor. Por lo cual el embargo preventivo del artículo 24 de la ley 18.387 contra los administradores de derecho es apelable, aunque la ley de concurso no le estableció un efecto específico, debiendo regirse por lo dispuesto en el Código General del Proceso.

Cuando el legislador quiso prohibir la recurribilidad de una sentencia lo estableció a texto expreso, como lo hizo respecto a la casación en la Ley de Proceso Concursal artículo 252 *in fine*: “ninguna resolución judicial recaída en el procedimiento judicial o en alguno de sus incidentes admitirá casación con excepción de la sentencia que hubiera calificado el recurso como culpable”. Esta situación es clara, no da lugar a una doble lectura, no se admite la casación en el proceso concursal con excepción de la establecida por ley.

Si efectivamente se pretendía que la apelación fuese restringida en la ley concursal, se debería haber utilizado un giro tal que prohibiera expresamente la apelación. Sin embargo, el legislador utilizó un criterio distinto, positivo y afirmó: “Admitirán además recurso de apelación...” Este artículo 252 numeral primero y segundo de la ley concursal viene a facilitar la tarea del decisor en cuanto al elenco de sentencias que se encuentran incluidas. Por lo cual este no deberá remitirse a los artículos 248 y siguientes del Código General del Proceso para determinar el efecto de los recursos.

Martínez Blanco refiere al artículo 252 y expresa: “le quita pues al tribunal de alzada la potestad de disponer y administrar el efecto suspensivo” (2012, p. 467). Se le quita al decisor la posibilidad de disponer y administrar el tipo de efecto que se le conferirá a la sentencia, pero es lo único que consagra la ley. Tal artículo se agota en lo que refiere al tipo de efecto que va a tener la apelación, por lo que las sentencias que no se encuentran en el artículo 252 de la ley concursal no son inapelables, sino que la ley no les estableció un determinado efecto. Es indiscutible que la ley concursal limita la apelación, como afirma el autor citado y conforme lo expresa López Rodríguez (2015, p. 831), pero no

respecto a cuáles sentencias son apelables, sino únicamente en cuanto a los efectos que previamente el legislador estableció.

En un principio la jurisprudencia se afilió a la postura restringida, en la cual solo eran apelables las sentencias establecidas a texto expreso en el artículo 253 de la ley 18.387. El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de segundo turno en su sentencia número 182/2013 decretó:

En el actual régimen concursal rige la regla de impugnación restringida o de taxatividad para la apertura de la alzada. Así lo ha sostenido invariablemente el tribunal [...] la ley no prevé más excepciones a las reglas de inapelabilidad que las consignadas en la norma referida.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de séptimo turno atemperó el criterio de la inapelabilidad para interpretar que se permite la apelación de sentencias que no se encuentran expresamente en el artículo 253 de la ley 18.387.

En la sentencia n.º 21/2017, del 29 de marzo de 2017, respecto a la sentencia de primera instancia que excluyó a un acreedor en una verificación tardía, el tribunal abogó por la apelabilidad (criterio que mantuvo en la sentencia n.º 130/2018, del 20 de diciembre de 2018), aun cuando dicha situación no se encuentra expresamente en el artículo 254 de la ley 18.387:

Si bien en el caso en análisis podría discutirse la apelabilidad de la sentencia recurrida, conforme a lo establecido en el artículo 252 de la ley 18.387, la Sala se ha pronunciado por su admisión, dado que estamos ante una situación equivalente o asimilable a la impugnación de la lista de acreedores.

Posteriormente, en la sentencia n.º 24/2022 el tribunal entendió admisible agregar al elenco de las sentencias apelables aquella que decreta la clausura del proceso al hacer una interpretación extensiva del artículo 252 inciso segundo numeral 2 de la ley 18.387, esto es la apelación que resuelva las oposiciones o impugnaciones a la suspensión del concurso (artículo 208 de la ley 18.387):

La resolución que decreta la clausura del proceso Concursal es, en el criterio de este Tribunal, apelable con efecto suspensivo. Si bien el art. 252 inc. 2º num. 2º de la Ley No. 18.387 establece como apelable la decisión que

resuelva las oposiciones o impugnaciones a la suspensión del concurso por (art. 208). por inexistencia o agotamiento de la masa activa, por la razón de quien al respecto puede lo menos debe poder lo más, es admisible apelar justamente el pronunciamiento que clausura (esto es, que ya no suspende sino que cierra) el Concurso por la causal de satisfacción integral de los acreedores.

Por ende, la apelabilidad de las sentencias es un principio y la no apelabilidad una excepción. Por tal razón su interpretación debe ser restrictiva y el artículo 252 de la ley concursal prevé el efecto que se le dará a la apelación de las sentencias. Este es el caso siempre y cuando se refiera al administrador de derecho, mientras que al administrador de hecho no se le aplica tal disposición.

A los administradores de hecho, al concluir que no procede su embargo por la ley concursal sino por el Código General del Proceso, corresponde entonces su apelabilidad en mérito al artículo 315 de ese cuerpo normativo. Por ende, al administrador de hecho se le aplica el régimen general previsto en el Código General del Proceso, por ello no puede sostenerse que existe un régimen que no permita su apelación, ya que, al ampararse plenamente en la norma general, esta no establece ningún tipo de prohibición o limitación a la apelación más que lo consagrado en el artículo 315 antes mencionado.

Conclusiones

En conclusión, el administrador al que se refiere el legislador en el artículo 24 de la ley 18.387 es únicamente al de derecho. La disposición no distingue entre administrador de hecho y de derecho como lo hace en otras disposiciones, así como tampoco imita a la ley concursal española, que expresamente los distingue en lo que al embargo se refiere.

Por tal razón el embargo del administrador de derecho se rige por lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 18.387 siempre que se cumplan los requisitos; mientras que al administrador de hecho se le aplica el embargo previsto en el Código General del Proceso de acuerdo a todos sus requisitos. Obviamente esto no genera un sistema equitativo, ya que es más célere y eficaz la medida dispuesta en la ley 18.387; mientras que el embargo general, al ser más garantista, se torna más lento. Por lo que debería modificarse el artículo 24 para ampliar su espectro a los administradores de hecho de manera específica, esta modificación parece incluso de entera necesidad dadas las ventajas que posee sobre el embargo general.

También se concluye que esto da lugar a dos sistemas de apelación distintos: uno para el embargo de los administradores de derecho, regido por la ley de proceso concursal, y otro para el embargo de los administradores de hecho, que transcurre por la normativa general. Al primero se le aplican los artículos 252 y 253 de la ley concursal, que establece una limitación a la apelación (únicamente en el efecto que se le dará), pero no la prohíbe; mientras que al segundo se le aplica el artículo 315 del Código General del Proceso, siendo apelable con efecto suspensivo si deniega o dispone el cese de la medida, o sin efecto suspensivo si la admite, modifica o sustituye.

Referencias

- Abal Oliu, A. (2016). *Derecho procesal, las funciones procesales, resolución e impugnación, incluyendo la ley 19.090* (1^{ra} edición, tomo V). Fundación de Cultura Universitaria.
- Blanco, A. & Butteri, R. (2015). “El embargo preventivo en la ley concursal. Visión comparada entre Uruguay y España”. En Instituto de Derecho Comercial (Ed.), *Los retos de la modernidad: cuestiones de derecho comercial actual* (1^{ra} edición, pp. 405-412). Fundación de Cultura Universitaria.
- Blengio, J. (2006). La cuestión de la administración de facto en materia societaria. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, (36), 547-560.
- Brause, N. (2014). “La jurisprudencia concursal interpela a los administradores societarios” En C. Martínez Blanco (Coord.), *Estudios de derecho concursal uruguayo* (1^{ra} edición, tomo I, pp. 219-236). Universidad de Montevideo.
- Cardinal, F. & Elizalde, L. (2009). Medidas cautelares en la ley 18.387 de concursos y reorganización empresarial. *La Ley Uruguay legislación, doctrina y jurisprudencia*, 2(8), 883-900.
- España. (2003, 10 de julio). Ley n.º 22/2003: Concursal. <https://acortar.link/CEc8AB>
- Ferrer, A. (2006). “Sobre la responsabilidad de administradores y socios en el anteproyecto de ley de concursos y reorganización empresarial”. En A. Ferrer & G. Caffera (Eds.), *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales* (1^{ra} edición, pp. 273-277). Fundación de Cultura Universitaria.
- Holz, E. & Poziomek, R. (2016). *Curso de Derecho Comercial* (3^{ra} edición). Amalio M. Fernández.
- Landoni, A. (Dir.). (2006). *Código General del Proceso comentado, anotado con jurisprudencia Volumen III-A* (1^{ra} edición). BDEF.

- López Rodríguez, C. (2016). *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina* (1^{ra} edición). La Ley.
- López Rodríguez, C. (Dir.). (2012). *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial: análisis exegetico. Tomo 1: artículos 1 a 114* (1^{ra} edición). La Ley.
- López Rodríguez, C. (Dir.). (2015). *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial: análisis exegetico. Tomo 2: artículos 115 a 264* (1^{ra} edición). La Ley.
- Martínez Blanco, C. (2012). *Manual de derecho concursal, de las causas de las crisis empresariales a la aplicación de la reforma concursal* (2^a edición revisada, actualizada y ampliada). Fundación de Cultura Universitaria.
- Perera, J. (2009). *Apelación segunda instancia proceso civil y penal* (2^a edición actualizada). Amalio M. Fernández.
- Tarigo, E. (2004). *Lecciones de derecho procesal civil según el nuevo código* (3^{ra} edición, Tomo II). Fundación de Cultura Universitaria.
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno. (Uruguay). (2013, 20 de noviembre). Sentencia 0005-000145/2013 del 20 de noviembre de 2013 (sentencia n.º 0005-000145/2013).
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno. (Uruguay). (2015, 6 de mayo). Sentencia 0005-000024/2015 del 06 de mayo de 2015 (sentencia n.º 0005-000024/2015).
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno. (Uruguay). (2017, 29 de marzo). Sentencia 21 del 29 de marzo de 2017 (sentencia n.º 21).
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno. (Uruguay). (2019, 5 de septiembre). Sentencia 88 del 05 de setiembre del 2019 (sentencia n.º 88).
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno. (Uruguay). (2022, 23 de febrero). Sentencia 24 del 23 de febrero de 2022 (sentencia n.º 24).
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam>
- Uruguay. (1988, 11 de noviembre). Ley n.º 15.982: Código General del Proceso.
<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-general-proceso/15982-1988>
- Uruguay. (1989, 1 de noviembre). Ley n.º 16.060: Ley de Sociedades Comerciales.
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16060-1989>
- Uruguay. (2008, 3 de noviembre). Ley n.º 18.387: Ley de Proceso Concursal.
<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>

Uruguay. (2019, 27 de setiembre). Ley n.º 19.820: Ley de Declaración de Interés Nacional el Fomento de los Emprendimientos - Promoción del Emprendedurismo. <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19820-2019/10>

Vescovi, E. (1998). *Código General del Proceso comentado. Tomo 6: segunda parte.* (2ª edición corregida y actualizada). Idea.

Cómo citar: García Scavino, J. (2023). El embargo preventivo respecto de los administradores de hecho en la Ley de Proceso Concursal. *Revista de Derecho*, (27), e3083. <https://doi.org/10.22235/rd27.3083>

Contribución autoral: a) Concepción y diseño del trabajo; b) Adquisición de datos; c) Análisis e interpretación de datos; d) Redacción del manuscrito; e) revisión crítica del manuscrito.

J. G. S. ha contribuido en a, b, c, d, e.

Editora científica responsable: Dra. María Paula Garat.