

LAS PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES PARA SER DIRECTOR DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN RELACIÓN A LOS CONCURSADOS Y FALLIDOS LUEGO DEL DICTADO DE LA LEY 24.522.

1.- Objeto.

El presente trabajo fue motivo de una ponencia presentada en el XXXIX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires "En Homenaje Al Dr. Angel Mauricio Mazzetti", realizado en Lomas de Zamora en el mes de mayo del año 2004.

Solamente se limita a la exposición de algunas breves reflexiones sobre la incapacidad de los concursados preventivamente, de los fallidos y de los directores de sociedades en concurso preventivo o en quiebra para ser directores de sociedades anónimas.

El interés de estas escuetas consideraciones tiene vinculación con las consecuencias que se producen en las sociedades de familia ante el concursamiento de sus directores y que pueden dificultar la integración del órgano de administración.

Con tal finalidad, se procurará analizar cual es la incidencia que, sobre el régimen previsto por las leyes 19.550 y 19.551, ha ejercido la reforma de la ley 24.522.

Se tratará de evaluar si es posible considerar que el sistema se mantiene en los mismos términos luego de la reforma concursal del año 1995 o, caso contrario, cuales son las modificaciones experimentadas y el alcance de éstas.

2.- Consideraciones generales.

Prescribe el art. 264 de la ley 19.550 que no pueden ser directores ni gerentes *"...los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta 10 (diez) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta 5 (cinco) años después de su rehabilitación; los directores o*

administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta hasta 10 (diez) años después de su rehabilitación...”.

La norma se encontraba en consonancia con las previsiones de los arts. 235 y siguientes de la ley 19.551 que, al regular la calificación de la conducta del fallido y de terceros, señalaban que el fallido no rehabilitado no podía ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ni ser socio, administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades civiles o comerciales, ni tampoco ser factor o apoderado con facultades generales para el ejercicio de actividad comercial (art. 244 de la ley 19.551).

Y también resultaba coherente con los plazos de inhabilitación previstos en los arts. 250 y 251 de la L.C..

De tal forma, según el esquema de términos previstos por ambas normativas, los plazos de inhabilitación eran los siguientes:

Los fallidos por quiebra fraudulenta recién podían rehabilitarse a los diez años de la sentencia de quiebra (art. 250 inc. 2º Ley 19.551) y adquirirían la capacidad para ser directores a los diez años desde su rehabilitación (art. 264 inc. 2 L. 19.550); vale decir que debían esperar veinte años para recuperar su plena capacidad.

Los fallidos por quiebra culpable se rehabilitaban a los cinco años de la sentencia de quiebra (art. 250 inc. 1º L. 19.551) y adquirirían la capacidad para ser directores a los diez años de su rehabilitación (art. 264 inc. 2 L. 19.550); vale decir que debían aguardar quince años para recuperar su plena capacidad.

Los fallidos por quiebra casual se rehabilitaban inmediatamente del dictado de la sentencia de quiebra si no se había incoado proceso penal o hubiere sido sobreseído definitivamente o absuelto en la causa (art. 249 L. 19.551) y adquirirían la capacidad para ser director a los cinco años desde su rehabilitación.

El mismo plazo se aplicaba a los concursados, quienes podían ser directores a los cinco años de su rehabilitación (art. 264 inc. 2 L. 19.550).

Finalmente, términos idénticos se aplicaban a los administradores de sociedades fallidas cuya conducta se hubiere calificado de fraudulenta, culpable o casual (art. 252 L. 19.551 y 264 inc. 2º L. 19.550).

Sin perjuicio de que la doctrina consideró excesivos los plazos señalados, particularmente para los fallidos por quiebra casual¹, el sistema funcionó armónicamente hasta el dictado de las leyes 22.917 y 24.522.

Analizaremos, de modo separado, lo que ha ocurrido respecto del concurso preventivo y la quiebra luego de las modificaciones de las leyes 22.917 y 24.522.

3.- En relación al concurso preventivo.

Ya antes del dictado de la ley 24.522, los autores discurrían sobre el alcance de la locución “*concurados*” del art. 264 de la L.S..

Así Nissen sostenía que solamente podía estar referida a los no comerciantes a los que se les ha decretado el concurso civil liquidativo quedando fuera de la previsión legal los concursados preventivamente ya que éstos, al no estar sometidos al incidente de calificación, no podían encontrarse sometidos a inhabilitación alguna².

Luego de sostener la posición contraria³, Martorell se adhirió a la postura recién citada explicando que, si por rehabilitación se entiende la supresión de todas las consecuencias de la quiebra que disminuían la capacidad del fallido, solamente podrían incluirse en la veda para desempeñarse como directores “*...aquellos que, concursados civilmente, fueron declarados en situación de falencia pues de otra manera, no habría porqué requerir su rehabilitación...*”⁴

¹ Nissen, Ricardo Augusto; ‘Ley de Sociedades Comerciales’, Tomo 4, pág. 320; Editorial Abaco.

² Nissen, Ricardo Augusto; ‘Ley de Sociedades Comerciales’, Tomo 4, pág. 321; Editorial Abaco.

³ Martorell, Eduardo Ernesto, ‘Sociedades Anónimas’, p. 349, Edit. Depalma.

⁴ Martorell, Ernesto Eduardo; ‘Los Directores de Sociedades Anónimas’, pág. 211, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1990.

Puestas así las cosas, admitida tal inteligencia del texto legal, el sistema funcionaba coherentemente, destinado –como se ha visto–, exclusivamente para los fallidos aún cuando la norma del art. 264 se refiriera a los “*concurados*”.

Sin embargo, el dictado de la ley 22.917, de setiembre de 1983, trajo consigo una complicación inesperada, porque derogó el concurso civil unificando las normas de la ley de concursos para comerciantes y no comerciantes, pero mantuvo sin alteraciones el art. 264 de la ley 19.550. Años más tarde, la ley 24.522 modificó de modo trascendente a la ley 19.551, pero también mantuvo la unificación de las normas para comerciantes y no comerciantes.

Ello impide seguir identificando a los ‘*concurados*’ del 264 L.S. con los sujetos protagonistas de los concursos civiles liquidativos y da pábulo a pensar sobre dos alternativas interpretativas posibles:

O bien los autores de la ley 22.917 –y luego la 24.522–, omitieron inadvertidamente la presencia de la locución “*concurados*” en el art. 264 de la ley de sociedades y hay que seguir pensando –como lo enseñaban Nissen y Martorell–, que se sigue refiriendo de modo exclusivo a los fallidos y que debe ser considerada como una mera inadvertencia terminológica.

O bien debemos suponer que tanto el legislador de 1983 y el de 1995, de modo deliberado, han mantenido en sus términos originales el inciso 2º del art. 264 L.S. porque han estimado que el concursado preventivamente y el administrador de esas sociedades debían encontrarse inhibidos de desempeñar cargos directoriales por un tiempo determinado.

Nos inclinamos por la primera de las alternativas:

En primer lugar porque la regla general básica de la habilitación para ser director de S.A. se identifica con la capacidad para ejercer el comercio (art. 264 inc. 1º L.S.)⁵. Y tanto el concursado preventivamente, como el ad-

⁵ Sasot Betes – Sasot; ‘Sociedades Anónimas. El Órgano de Administración’, Editorial Aabaco, pág. 291.

ministrador de esas sociedades, se encuentran sometidos a un desapoderamiento atenuado que no les impide el ejercicio del comercio.

En segundo lugar, porque es sabido que el concursado preventivamente no se encuentra sometido a ninguna discapacidad para el ejercicio del comercio sino que conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del Síndico, encontrándose impedido solamente de realizar los actos descriptos en los art. 16 y 25 de la L.C.Q..

Ello resulta congruente con el principio de conservación de la empresa, que debe mantenerse en funcionamiento en manos del propio deudor quien, por su preponderante interés en evitar la quiebra, se convierte en el sujeto más apropiado para tal menester⁶.

Si ello se compartiera, no podría existir la rehabilitación para quien no se encuentra inhabilitado.

Sin embargo, habiendo desaparecido el concurso civil liquidativo, no puede hoy sostenerse –como lo hacían Nissen y Martorell–, que la voz concursados se refería a aquellos y no a los concursos preventivos.

Es que la actual incompatibilidad de la norma del art. 264 L.S. con las que rigen el concurso preventivo resulta tan absoluta que resulta imposible su conciliación o armonización.

Ello nos inclina a pensar en la derogación de la norma del art. 264 inc. 2º L.S. en tanto prescribe la prohibición del concursado para ejercer el cargo de director de la sociedad anónima, por aplicación del principio de *'lex posterior derogat priori'*⁷.

En efecto, las leyes 22.917 y 24.522, posteriores a la ley 19.550, han operado su derogación ya que la notoria discordancia entre el art. 264 L.S. y el sistema concursal, no admite ningún tipo de conciliación o coexistencia.

⁶ Quintana Ferreyra, Francisco; 'Concursos', Tomo 1, pág. 225, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

⁷ Llambías, Jorge Joaquín; Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I, pág. 62, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980.

Derogada en su parte pertinente la norma del art. 264 L.S., nada impide entonces al concursado preventivamente el desempeño de cargos directoriales.

En cuanto a la quiebra.

Analícemos ahora la situación frente a la quiebra:

Ya hemos visto que –vigente la ley 19.551–, los plazos de incapacidad de la ley 19.550, para ejercer el cargo de director, se encontraban vinculados a los términos de inhabilitación de la ley concursal. Y estos, a su vez, tenían directa relación con la calificación de la conducta del quebrado.

La ley 24.522 ha derogado el sistema de calificación de conducta y también, obviamente, los términos de inhabilitación que de ella derivaban.

Según el nuevo sistema el fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra (art. 234 L.C.Q.); lo que implica que no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones y tampoco integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas (art. 238 L.C.Q.).

Pero además, la nueva ley ha modificado de modo trascendente la duración de la inhabilitación, la que ahora cesa de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra, en plazo que puede ser reducido o dejado sin efecto por el Juez, a pedido de parte, y previa vista al Síndico si, verosímilmente, el inhabilitado, no estuviere prima facie incurso en delito penal, según el criterio del magistrado (art. 236 L.C.Q.).

Desaparecidos los plazos de la inhabilitación –o mejor dicho–, sustituidos por uno más breve, queda por ver cual es la situación de los lapsos del art. 264 de la ley 19.550, que aún continúan vigentes.

Los términos de la norma en comentario continúan incólumes a pesar de las reformas habidas y que, en nuestra opinión, las tornarán también en letra muerta.

Es que todos esos períodos se encontraban directamente vinculados con la calificación de conducta ya que eran de diez años para los fallidos o administradores de sociedades fallidas cuya conducta se declarare culpable o fraudulenta y de cinco cuando se tratase de quiebra casual.

Habiendo desaparecido las calificaciones, a pesar de mantenerse el texto del art. 264 inc. 2º L.S. sin alteraciones, no es posible ya mantener una limitación cuya base sustentatoria se encuentra en una norma hoy inexistente.

Nos basamos para ello en las siguientes razones:

En primer lugar, y tal como lo sostuvimos en el apartado anterior, porque la regla general básica de la habilitación para ser director de S.A. se identifica con la capacidad para ejercer el comercio (art. 264 inc. 1º L.S.). Siendo ello así, el fallido sólo se encuentra incapacitado para el ejercicio del comercio hasta su rehabilitación, la que se produce de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra, según el art. 236 de la L.C.Q..

Si este sistema se mantuviera se produciría la incongruencia de que una persona física podría carecer de capacidad para ser director de una sociedad a pesar de encontrarse legalmente habilitado para ejercer el comercio.

En segundo lugar porque, como adelantáramos, la premisa de aplicación del arts. 264 inc. 2º de la L.S. se encuentra en el trámite previo de calificación de conducta que, como hemos dicho, ha desaparecido del sistema concursal argentino.

Se encuentra ausente, así, el antecedente normativo necesario para la aplicación de la ley.

En tercer lugar porque el espíritu que ha guiado la reforma de la ley 24.522 en cuanto a la derogación de la calificación de la conducta del deudor ha implicado un cambio aún más profundo, y que traduce –al decir de calificada doctrina–, una mutación radical de filosofía que reposa sobre el princi-

pio de que el deudor pueda ser rápidamente insertado, tras su fracaso, para que pueda volver a producir⁸.

En la forma en que lo venimos proponiendo, entonces, y al igual que hemos postulado en el apartado anterior, la imposibilidad de empleo del segundo inciso del art. 264 L.S. por ausencia sobreviniente de sus recaudos de aplicación, debería conducir a su tácita derogación.

De tal forma, proponemos, como único modo de interpretación de la norma que la inhabilitación para ocupar cargos directoriales prevista en el inc. 2º del art. 264 L.S., no podría extenderse más allá del plazo del art. 236 de la ley 24.522, sin perjuicio de su eventual alongamiento o reducción por las causales allí señaladas.

Conclusión.

Por las razones expuestas sostenemos que las incapacidades para la designación de director de sociedad anónima, previstas en el inc. 2º del art. 264 L.S. han sido derogadas por leyes posteriores cuyas previsiones resultan incompatibles de modo absoluto con esa norma.

Debe así entenderse derogada la incapacidad derivada de la presentación en concurso preventivo.

En cuanto a la quiebra, los plazos de inhabilitación previstos en la norma en comentario deben entenderse reducidos a los períodos señalados en el art. 236 de la L.C.Q. sin perjuicio de su eventual alongamiento o reducción por las causales allí señaladas.

Guillermo Andrés Marcos.

⁸ Iglesias, José; 'Concursos y Quiebras', Ley 24.522 Comentada, pág. 250, Depalma.