

XLI ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. SAN ISIDRO, 28 Y 29 DE ABRIL DE 2005.

Guillermo Marcos

PROHIBICIONES E INCOMPATIBILIDADES PARA SER DIRECTOR RESPECTO DE LOS CONCURSADOS PREVENTIVAMENTE Y FALLIDOS. UNA REFORMA NECESARIA PERO SUSCEPTIBLE DE MEJORAS.

1.- Objeto.

El anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedades Comerciales ha propuesto modificar —entre muchas otras disposiciones—, el art. 264 de la ley. Analizaremos brevemente el proyecto a este respecto solamente en relación a los quebrados y concursados, y desde la perspectiva comparativa de las críticas y comentarios doctrinarios al dispositivo, de su finalidad y de la actual propuesta.

2.- Consideraciones generales.

Prescribe el actual artículo 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..

Los términos resultaban evidente excesivos, particularmente para los fallidos por quiebra casual, como lo señaló oportunamente la doctrina¹, pero el sistema de ambas normas resultaba coherente y orgánico.

Con el dictado de las leyes 22.917 y 24.522 el régimen se desordenó, produciendo interpretaciones contradictorias que pueden apreciarse en la doctrina de los autores, tanto en relación a la situación de los concursados preventivamente, como a la de los quebrados².

Por nuestra parte, y en cuanto al concursado preventivamente, propugnamos oportunamente, como única interpretación posible, la derogación de la norma del actual 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'* ya que 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 coexistencia³.

En el mismo trabajo, y en cuanto a la quiebra, sostuvimos que, siendo que los plazos de inhabilitación para ser director se encontraban vinculados a los términos de inhabilitación de la ley concursal; y éstos, a su vez, tenían directa relación con la calificación de la conducta del quebrado, sistema derogado por la 24.522, se encontraba ausente, el antecedente normativo necesario para la aplicación de la ley.

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; Martorell, Eduardo Ernesto, 'Sociedades Anónimas', p. 349, Edit. Depalma. Martorell, Ernesto Eduardo; 'Los Directores de Sociedades Anónimas', pág. 211, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1990.

³ Marcos, Guillermo Andrés; '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'. elDial.com DC4B0.

Por ello postulamos su tácita derogación y 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 señaladas⁴.

3.- Texto del Anteproyecto.

El texto propuesto en el anteproyecto señala:

“Prohibiciones e incompatibilidades para ser director: No pueden ser directores ni gerentes:

.....

2) Los fallidos, y los directores o administradores de sociedad fallida, hasta tres (3) años después de homologado el acuerdo o concluida la quiebra; por el mismo lapso, los concursados y los directores o administradores de la sociedad concursada cuando el juez los separe de la administración; y hasta diez (10) años después de su rehabilitación los fallidos y los directores o administradores de sociedad condenados por quiebra culpable o fraudulenta...”.

4.- En cuanto a los concursados.

De acuerdo al texto de la reforma, los concursados preventivamente se encuentran habilitados inmediatamente para ser directores o gerentes de la sociedades anónimas, salvo que el juez los hubiere separado de la administración.

La separación de la administración se encuentra prevista en el art. 17 de la ley 24.522, para aquellos casos en que el concursado realice los actos prohibidos por el art. 16 de la L.C.Q., se ausente al exterior sin el previo aviso del art. 25 L.C.Q., oculte bienes, omita las informaciones que el

⁴ Marcos Marcos, Guillermo Andrés; ‘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’. eIDial.com DC4B0.

Juez o el síndico le requieran, incurra en falsedades o realice actos en perjuicio evidente para los acreedores.

Las causales resultan de suficiente gravedad como para explicar el sentido del proyecto de reforma.

Es decir, quien ha evidenciado conducta y mala fe en el transcurso del proceso destinado a obtener el acuerdo de sus acreedores para salvar la empresa, no pareciera lucir los atributos personales necesarios para ser administrador de sociedades y resulta razonable que, al menos por un lapso prudencial, se encuentre impedido de ejercer tales cargos.

Compartimos, entonces, los términos de la propuesta de reforma.

5.- En punto a los fallidos.

No podemos coincidir, en cambio, respecto la propuesta destinada de los quebrados.

Según se propone, los fallidos y directores y administradores de sociedad fallida sólo podrían desempeñar cargos directoriales recién “...tres años después de homologado el acuerdo o concluida la quiebra...”.

Debe señalarse, previamente, que no se atina a comprender cuál es el significado de “*homologado el acuerdo*”, en el contexto de un proceso fallencial. Podría suponerse que se ha querido referir a la conclusión de la quiebra por avenimiento, ya que, como es sabido, no hay acuerdo alguno con posibilidades de ser homologado en la quiebra ya que ésta no es más que el proceso encaminado a la realización de los bienes del quebrado para satisfacción de los acreedores. Éste proceso culmina con la realización total de los bienes y la distribución del producido (art. 230 de la L.C.Q.); o, anticipadamente, por pago total (art. 228 L.C.Q.) o avenimiento (art. 225 L.C.Q.) o, anómalamente, por falta de activo (art. 232 L.C.Q.) o, más anormalmente aún, por falta de pasivo.

Pero, en ningún caso existe acuerdo de ninguna clase ni tampoco homologación alguna.

Si esto se compartiera, la inhabilitación del fallido —en los términos del proyecto—, quedaría limitada a los tres años luego de concluida la quiebra. Y es en esto en lo que no estamos de acuerdo.

a) En primer lugar porque se contradice con el sistema de rehabilitación del quebrado según lo ha organizado la ley de concursos y quiebras.

En efecto,

Según lo dispone la ley 24.522, 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.).

Esta inhabilitación 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.).

La contradicción resulta evidente ya que, de acuerdo a los términos de la reforma, el fallido permanecerá inhibido de desempeñar cargos en el directorio de una sociedad anónima, a pesar de encontrarse rehabilitado y autorizado, según la ley falencial a “...*ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones ...*” (art. 238 L.C.Q.).

Si el texto propuesto llegara a aprobarse, su aplicación —contradictoria, como se ha visto, con los términos de la ley concursal—, provocará graves problemas y oscurecerá su interpretación.

b) En segundo lugar, tampoco nos parece razonable que el fallido, que no ha sido responsabilizado penalmente por delitos cometidos en la administración de la empresa cesante, o el ejercicio de la administración de ésta, deba aguardar tres años desde la conclusión de la quiebra, para poder reinsertarse en la vida económica.

Téngase presente, por lo demás, que el trámite de la quiebra hasta su conclusión suele durar extensos períodos y de hecho, algunas no concluyen nunca. Ello importaría una virtual inhabilitación a perpetuidad.

Pero además de ello, el sistema puede resultar más gravoso para los quebrados inocentes que para los condenados penalmente por quiebra culpable o fraudulenta, porque para éstos existe un plazo determinado, que es de diez años desde su rehabilitación (art. 264 del Anteproyecto), y en cambio, para aquellos, como se señaló, puede resultar a perpetuidad.

Desde esta óptica la innovación proyectada es inequitativa e inconducente.

6.- Conclusión.

El proyecto de reforma ha apuntado, acertadamente, a una norma que requería necesariamente una actualización.

Creemos que lo ha logrado en relación a los concursados preventivamente, y a este respecto resulta plausible.

Pensamos lo contrario en lo referido a los quebrados y administradores de sociedades fallidas puesto que la propuesta resulta contradictoria con las disposiciones de la ley de concursos y la solución indicada resulta injusta, desigual e inconducente.