

LOS FALLIDOS NO PUEDEN SER DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DEBIDO A QUE EL ART. 264 INC. 2° DE LA LEY 19.550 CONTINÚA INHABILITÁNDOLOS

JAVIER L. MARTÍNEZ PRIETO

I- INTRODUCCIÓN

La temática de la presente ponencia se caracteriza por no ser tratada suficientemente por parte de nuestra doctrina, siendo la intención de este trabajo exponer nuestra postura respecto a la misma, esperando de esta forma poder dar un poco de luz a una cuestión tan poco debatida por los autores y por los tribunales del país.

A partir del momento en que la ley 24.522 entró en vigencia, quedó derogado el instituto de "calificación de conducta" de los fallidos o de sus administradores, que preveía la ley 19.551. La interpretación doctrinaria más generalizada que se produjo dentro del derecho societario es que, al no existir más dicho instituto en nuestro derecho positivo, quedaba derogado o sin aplicación el inciso 2° del art. 264 de la ley de sociedades comerciales.

Pero a lo largo del presente trabajo intentaremos explicar porque para nosotros sigue vigente la norma referida.

II- EL DIRECTORIO. SU IMPORTANCIA

Una cuestión importante que no debemos olvidar, es que las decisiones de la sociedad se toman en su gran mayoría en el directorio, y es allí donde se define el destino del ente, pues en dicho órgano se ejecuta la política empresarial de la sociedad y el destino que se le van a dar a los fondos sociales, sean obtenidos como consecuencia del resultado de la explotación del objeto social, sea por la enajenación del patrimonio social, y este último sea en debida forma o no, etc.

Es decir, tener el dominio del directorio es fundamental para el control de la sociedad, accediendo generalmente a él -por no decir siempre- los que detentan la mayoría del paquete accionario.

Pero no debemos olvidar, que los que son tenedores de las mayorías, habitualmente, y como seres humanos que son, se dejan tentar por los excesos, lo que en doctrina se denomina "abuso de las mayorías".

No desconociendo esta realidad, de que las minorías siempre se ven postergadas, la ley 19.550 implementó varios sistemas que las protege, siendo uno de ellos el que exige imperativamente que por lo menos ocupen dichos cargos personas que, prima facie, tengan cierta diligencia por no encontrarse inmersa en determinados supuestos. Para ello la ley tuvo en miras intereses generales y superiores, tales como las consecuencias que la conducta del director produce sobre la suerte de la empresa y de quienes dependieren de ella, y el grave riesgo social de su reiteración.

La Ley 19.550 se destaca por haber sistematizado estas normas, que con el anterior régimen del Código de Comercio se encontraban dispersas en él y en otras leyes.

La doctrina en general, le dio la bienvenida con los brazos abiertos al artículo 264.

Hay autores que sostienen que este artículo es aplicable para los administradores de todos los tipos societarios¹.

Si es de destacar, que éstas disposiciones son de orden público, por lo tanto son inderogables. En cambio, tenemos aquellas que se pueden fijar estatutariamente, y ulteriormente modificarse o derogarse conforme lo que establezca el estatuto.

¹ NISSEN, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", comentada, anotada y concordada, t. 4, Editorial Ábaco, Bs. As., 1995, p. 319.

En definitiva, la ley 19.550 ha llenado un vacío de la legislación anterior, mediante disposiciones de contenido ético destinadas a sanear el funcionamiento de las sociedades anónimas², a través de nuevas reglas para poder acceder al Directorio, no desconociendo la importancia que tiene el órgano de administración, de cómo y quienes acceden a él, y las consecuencias que todo ello acarrea.

III- LA LEY 24.522 Y SUS INNOVACIONES

Durante el transcurso del año 1995 se sancionó la ley 24.522 -ley de concursos y quiebras-, derogando esta a la ley 19.551, que regía hasta ese momento el régimen concursal.

La entrada en vigencia de una ley de tanta importancia en la vida económica del país, y más aún, teniendo en cuenta algunos cambios sustanciales que se produjeron a través de la misma, trajo aparejado consecuencias en todo el ordenamiento jurídico.

Entre las novedades de la nueva ley, se encontraba la derogación del instituto de "Calificación de conducta", cuya abrogación era propugnada por muchos autores desde larga data³.

Esto último, también trajo aparejado consecuencias en la ley sociedades comerciales -ley 19550-, debido a que en su art. 264 inc. 2º expresa:

"No pueden ser directores ni gerentes: ... inc. 2º) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o frau-

² MARTORELL, Ernesto E., "Los directores de sociedades anónimas", editorial Depalma, Bs. As., 1990, p.208, citando a Arecha y García Cuerva; MARTORELL, Ernesto E., "El concursado preventivamente: ¿puede ser director de una sociedad anónima?", La Ley, 1.990-E, p. 945. Este autor dice: "es que, evidentemente, el tema posee hondas connotaciones éticas, y gran parte del aluvión de concursos y quiebras que ha debido soportar nuestro país en los últimos años, ha de deberse no sólo al virtual caos económico del que se intenta hacernos salir, sino también a la excesiva bondad de un sistema que no castiga como corresponde a quien infringe sus leyes.

³ ROMERA, Oscar E., "La eliminación de la calificación de conducta y sus consecuencias en la legislación concursal y el derecho penal", DyE (Derecho y Empresa), Universidad Austral - Facultad de Ciencias Empresariales, año 1995, n° 4, p. 263. Este autor manifiesta que: ni motivos principistas, ni de utilidad, pudieron dar algún atisbo de fundamento al mantenimiento de este instituto anacrónico. Su derogación no fue más que un acontecer natural ya advertido, según hemos visto, por calificada doctrina y por la contundente realidad manifestada en su escasa aplicación.

dulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación; ...”

Así, con relación a la norma transcrita, la doctrina de autores, en general, no se ocupó de realizar una interpretación acabada del artículo transcrito. Y más aún, conforme nuestro punto de vista, tratándose de una norma de tanta importancia respecto de quienes son las personas que pueden dirigir la actividad económica privada de nuestra Nación, no debiendo olvidar tampoco, el estado de desmoralización, inmoralidad y falta de ética que impera en nuestra sociedad.⁴

En definitiva, la interpretación que ha hecho la mayoría de la doctrina, expresa que al no existir más el instituto de calificación de conducta, no se aplica más este inciso o ha quedado derogado.⁵

IV- ANÁLISIS DEL INCISO 2 DEL ART. 264 DE LA LEY 19.550

Vamos a analizar los efectos que produce la ley 24.522 sobre la ley 19550, y si la misma ha dejado sin operatividad al inc. 2 del art. 264.

El inciso 2º del artículo y de la ley referida, se compone de dos partes: a)- una primera, que refiere a los **fallidos** cuya conducta se calificare de fraudulenta, culpable y casual, como también a los concursados, y b) una segunda, que menciona a los **directores o administradores de sociedades** cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta.

La ley 19.551 incorporaba el instituto de calificación de con-

⁴ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, 2ª edición, actualizada y ampliada, ediciones Depalma, Bs. As., 1998, p. 464. En la nota cita al profesor Enrique Bacigalupo, diciendo que el mismo ha criticado esta inhabilitación porque incrementa la represión penal y traba la rehabilitación del condenado. A ello el profesor Halperin le responde que la crítica no es justa porque el art. 264 inc. 2 de la ley 19.550: 1) no es una sanción penal, sino que contempla la idoneidad moral que la ley exige para el desempeño de esa función; 2) esas disposiciones tienen en cuenta los intereses generales, superiores, no contemplados en el Código Penal en su dimensión actual, código cuyas deficiencias en materia de delitos societarios son notorias. Olvida la crítica de que la delincuencia económica –que la que toma en cuenta el art. 264 analizado- asume especial peligrosidad social en el mundo contemporáneo; 3) no tiene en cuenta las consecuencias de la conducta del director sobre la suerte de la empresa y de quienes dependieren de ella, y el grave riesgo social de su reiteración; 4) no considera las dificultades de prueba y represión de los delitos, enterrados en una montaña de documentos, generalmente ocultos y ordinariamente destruidos por los culpables antes de que sea posible la investigación penal. Idem, Martorell, Ernesto E., ob. cit., p. 945.

⁵ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., ob. cit., p. 465; En el mismo sentido opinan BARRAVALLE, R., GRANADOS, E., ERBETTA, D., “Ley de Concursos y Quiebras 24.522”, comentada y anotada, t. 2, Editorial Liber, Rosario, 1996, p. 365, en donde expresan que “... a partir del sistema consagrado por la ley 24.522 ha perdido virtualidad y vigencia la parte pertinente del art. 264 de la ley de sociedades por efecto de una derogación tácita ...”

ducta, que mantenía el sistema de la triple alternativa calificatoria⁶, es decir que la conducta de los fallidos o de los administradores de sociedades podían calificarse de fraudulenta, culpable o casual. No había más posibilidades que estas. Siempre que se calificaba debía hacerse con alguna de esas tres posibilidades, no existía ninguna otra calificación.

Por lo tanto, los sujetos pasivos de esta primer parte del inciso 2º del artículo citado son los fallidos y los concursados.⁷

Después, en una segunda instancia, el inciso en cuestión pasa a calificar si los mismos actuaron fraudulenta, culpable o casualmente, es decir, cualquiera de todas las calificaciones de conducta.

En una tercera instancia, y a partir de esa calificación, es cuando la norma cuantifica la inhabilitación, es decir, recién en esta etapa interpretativa es cuando comienza a jugar el instituto de calificación de conducta. Aquí, es cuando notamos que este instituto no está más vigente en el derecho positivo argentino.

Continuando con el análisis de la norma, y con relación a la segunda parte del inciso 2º del art. en cuestión, cuando el mismo refiere a los administradores, solo menciona a los que se les califique la conducta como fraudulenta o culpable, dejando fuera a los fallidos casuales y a los concursados. Es decir, no comprende todos los casos de calificaciones de conducta en las quiebras, como tampoco a los concursados. No entraremos aquí a profundizar si comprende también a los concursados preventivamente y/o a los concursados civilmente, y dentro de estos si es a los concursados civiles preventivos o a los liquidativos, atento que escapa al objeto de este trabajo.

Igualmente, nuestra postura es que solo entran los concursados civilmente en forma liquidativa, y no comprende a los concursados preventivamente.

V- LAS INHABILIDADES DEL ARTÍCULO 264 INC. 2º, CONTINÚAN VIGENTES? – NUESTRA OPINIÓN

Desde nuestro punto de vista la inhabilitación a los fallidos para ser director o gerente de sociedades por acciones, continúa vigente.

⁶ ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de los Concursos. Ley 19.551", edit. Astrea, Bs. As., 1994, p. 205.

⁷ NISSEN, Ricardo A., ob. cit., t. 4, p. 319; MASCHERONI, Fernando H., "Sociedades Anónimas", Editorial Universidad, Bs. As., 1.984, p. 259.

Ello es así, debido a que la primera parte del inciso 2° del artículo 264 Ley 19.550, prima facie refiere a todos los fallidos, para después pasar a cuantificar las inhabilidades (10 y 5 años) al calificar la conducta de los mismos.

En cambio, la segunda parte del inciso 2°, no refiere a los administradores de todas las fallidas, sino solo a aquellos cuya conducta se califique de fraudulenta o culpable, dejando afuera a los administradores de fallidas cuya conducta se haya calificado como casual y a los concursados.

Conforme lo expuesto, la primera parte del inciso segundo, continúa vigente porque refiere a todos los fallidos (como también a los concursados), sin realizar distinción respecto a sus conductas, es decir, basta con el solo hecho de encontrarse en estado de falencia, pues esta es la inhabilidad en sí misma, no depende en modo alguno de la calificación de conducta. Perderá vigencia la norma en estudio, cuando dejen de existir los fallidos o los concursados en nuestro derecho.

Por su parte, el instituto de calificación de conducta, recién comienza a jugar su rol dentro de la norma, a partir del momento en el cual se deba definir el lapso durante el cual quede inhabilitado, si cinco o diez años. Sólo para eso. Para cuantificar.

No debemos confundir calidad con cantidad.

En cambio, la segunda parte del inciso 2° sí depende de la calificación de conducta, ya que esta parte de la norma no es comprensiva de la totalidad de los fallidos, es decir, no hace una referencia genérica a todos los que hayan caído en estado falencial. Y ello es así, porque los administradores de fallidas cuya conducta se califique de casual (como así también los concursados), quedan fuera de la norma.

Es decir, aquí si es necesario ab-initio, el instituto de calificación de conducta para cualificar el sujeto pasivo de la norma, ya que este fragmento del inciso no hace una referencia a todas las clases de fallidos, como si remite la primera parte del inciso.

Por lo tanto, y manteniendo el mismo razonamiento jurídico, esta última parte del inciso 2° del art. 264, sí queda sin aplicación a partir de la sanción de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, ya que la misma derogó el instituto de calificación de conducta; y al desaparecer dicho instituto no podemos diferenciar entre las distintas conductas de los fallidos y en consecuencia nos quedamos sin sujeto pasivo de la norma.

VI- INTERPRETACIÓN. PRINCIPIOS. JURISPRUDENCIA DE LA C.S.J.N.

El Mensaje de Elevación del Anteproyecto de Ley - posteriormente ley 24.522- en el punto 11 manifiesta que "se elimina el incidente de calificación de conducta -como lo han propiciado proyectos anteriores-". De la escueta referencia que realizó el legislador con relación a la derogación del instituto, podemos sacar una sola conclusión, que la única intención era derogarlo y que no tuvo la más mínima intención de derogar el inciso 2º del artículo 264 de la ley 19550.

Todos los autores que están a favor de la derogación del instituto de calificación de conducta se refieren al mismo, en general, como el último resabio, quizás, de la impronta represiva que caracterizó desde sus orígenes a la legislación concursal⁸. Pero ningún doctrinario, menciona entre las razones que dan a favor de la abrogación, que a través de la misma se dejará sin efectos el artículo 264 inciso 2º de la ley 19.550.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y a ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma."⁹

Desde hace unos treinta años en algunos votos y decisiones, generalmente en causas de significativa trascendencia, la Corte fue admitiendo principios más progresistas de interpretación (finalista, teleológico), dando paso a una aplicación teñida de valoración de las normas¹⁰

⁸ ROMERA, Oscar E., ob. cit., p. 263.

⁹ LOPEZ MESA, Marcelo J., "Interpretación de la ley", publicado en la revista jurídica La Ley, del jueves 11 de enero de 1996, p. 3.

¹⁰ LOPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit., p. 3. este autor, además, comenta que "resulta destacable el acierto de esta tesitura. La misma sigue la línea de los criterios modernos de hermenéutica, que han sido recogidos por leyes extranjeras ya de alguna antigüedad. Por caso el art. 3º, párr. 1º del Cód. Civil español establece: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

En conclusión, y atendiendo la doctrina sentada por la C.S.J.N., no debemos darle a la ley 24.522 una aplicación más allá que la que buscó el mismo legislador, que era simplemente derogar el instituto de calificación de conducta de los fallidos o sus administradores, y no la de dejar sin aplicación el artículo 264 inciso 2° de la ley 19.550.

VII- CUANTIFICACIÓN

Al comienzo del presente trabajo, surgieron distintos problemas que tuvimos que ir solucionándolos para poder seguir adelante con el mismo.

Así, el primero y fundamental que debimos dilucidar, es si el artículo 264 inciso 2° LSC continuaba vigente después de la entrada en vigencia de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, y más aún teniendo en cuenta que muchos autores, o no emitían opinión, o manifestaban que el mismo no tenía más vigencia.

Superado el primer escollo, respecto a que la norma analizada continúa vigente con relación a los fallidos, nos queda por determinar cuantos años de inhabilitación va a aplicársele, si cinco o diez años.

Antiguamente, cuando se calificaba la conducta del fallido o el administrador, la buena fe o casualidad se presumía. En cambio, la configuración del fraude o del accionar negligente debían probarse en concreto, dentro de la investigación que supone el trámite de la calificación.¹¹

Como consecuencia de ello, al fallido o al administrador de la misma, siempre se le aplicaba la inhabilitación para ser director, que como mínimo era de cinco años, siempre y cuando no se llegase a probar algún tipo de culpa o dolo en su accionar, pues con esto se incrementaría dicho lapso. Al no requerir la ley (19.551) un factor de atribución para su aplicación, imponía (ley 19.550), en definitiva, una inhabilitación basada en una circunstancia objetiva, que era la sola declaración de quiebra de quien pretendía ser director y la posterior calificación de conducta, aunque en este último incidente nada se probase. Es decir, aquí sinónimo de buena fe era quedar inhabilitado para ser director durante cinco años, contados desde la rehabilitación concursal. Si no se probaba nada, cinco años. No existía inhabilitación menor.

¹¹ ROUILLON, Adolfo A. N., ob. cit., p. 205.

En la actualidad, la ley 24.522 dispone que el fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra¹², cesando de pleno derecho al año de la fecha de la sentencia de quiebra¹³.

De la norma se puede inferir que estamos ante una inhabilitación de carácter objetivo, debido que no requiere indagar si los sujetos pasivos de la misma actuaron con dolo o culpa, solo basta con la circunstancia objetiva de la quiebra y sin necesidad de que tal inhabilitación esté expresamente declarada en la sentencia¹⁴.

Además, al no existir más la posibilidad de investigar y de calificar las conductas a fin de probar en concreto el fraude o la culpa, queda subyacente la presunción de un accionar de buena fe o casual, debiéndose aplicar por lo tanto la misma inhabilitación o incapacidad que se le aplicaba a la misma, cinco años.

Así también, la inhabilitación de la ley 19.551 (quiebra casual) y la de la ley 24.522 (inhabilitación automática), genéricamente hablando se asemejan en cuanto al carácter objetivo que revestían o revisten ambas, porque las dos se aplican sin que sea necesario indagar respecto a si existe culpa o dolo.

Por otra parte, si hacemos una estimación de todo el tiempo que queda comprendido en la inhabilitación, ahora la inhabilitación para los fallidos de la Ley 24.522 es de un año y cesa de pleno derecho una vez acaecido dicho término, viéndose por lo tanto disminuido drásticamente el tiempo total de inhabilitación para ejercer el cargo de director o gerente, pues sería un año de la Ley de Concursos y Quiebras más cinco de la Ley de Sociedades Comerciales, que comienza su cómputo automáticamente una vez vencido el plazo de un año antes mencionado.

VIII- CONCLUSIÓN

A nuestro entender, el artículo 264 inciso 2º de la ley 19.550, continúa vigente en su primer parte, no así la segunda.

Por lo tanto, los fallidos no pueden ser directores de sociedades anónimas, por estar comprendidos expresamente en la norma en estudio.

En cambio, respecto a los administradores de las fallidas, éstos

¹² Ley 24.522, art. 234.

¹³ Ley 24.522, art. 236.

¹⁴ BARAVALLE, R., GRANADOS, E., ERBETTA, D., ob. cit., p. 369.

si pueden ser directores de sociedades anónimas, por haber quedado sin aplicación la parte de la norma que los comprende.

Respecto al plazo de inhabilitación, pensamos que se aplica el de cinco años.

De *Lege Faren*, proponemos una modificación del artículo 264 inciso 2º de la ley 19.550, a fin de que se adapte a la normativa vigente y recobre nuevamente vigencia la inhabilitación respecto de los administradores de la fallida.