
La Declaración Judicial de Quiebra y sus Consecuencias: Análisis Crítico Sobre la Atribución de Responsabilidades Relacionadas con la Situación de Crisis Patrimonial de Agentes de Mercado en el Sistema Concursal Peruano

Daniel Schmerler Vainstein*

Profesor de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Secretario General de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) de OSINERG

I. Introducción

La institución de la quiebra es uno de los temas jurídicos que menos estudios ha motivado por parte de los investigadores en el Perú porque, aparentemente, se le asume como una materia carente de matices, cuya finalidad responde a problemas y situaciones de carácter marginal¹ lo que motiva que, muchas veces se desdeñe su importancia y se le considere incluso como de escaso interés.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, las presunciones antes esbozadas resultan erradas en la medida que la quiebra en nuestro país, conforme se advertirá del análisis que posteriormente se realiza en el presente artículo, presenta una estructura peculiar cuyas características y efectos han ido variando a la par de la expedición de los distintos dispositivos normativos concernientes al tema concursal en el ordenamiento jurídico nacional.

Debido a ello, el principal objetivo del presente trabajo radica en conocer y analizar la evolución legislativa sobre la quiebra en el Perú y sus diversas implicancias a lo que nos avocamos en el presente trabajo.

II. Breve Revisión Histórica de la Quiebra en el Perú

Los juristas entienden, según comenta Alfredo Ferrero Diez Canseco², que «existe una situación

concursal cuando un deudor se revela imposibilitado de pagar a la pluralidad de sus acreedores, lo que exige establecer normas especiales para la protección de todos los intereses en presencia».

Originalmente en nuestro país, cuando una persona afrontaba una situación de crisis patrimonial se le sometía a un proceso judicial de quiebra (primer mecanismo de carácter concursal vigente en la legislación peruana), el cual se orientaba necesariamente a la liquidación de su patrimonio.

Pedro Flores Polo³ refiere que, dentro de ese contexto, la quiebra «insurge como una institución que persigue dos finalidades jurídicas perfectamente definidas: 1) el pago a todos los acreedores del quebrado (...)» y «2) (...) la sanción o represión penal de la culpa o dolo (fraude) del deudor en sus relaciones con los acreedores».

Debe señalarse que los principales dispositivos que regularon en un inicio esta institución en el Perú fueron el Código Civil y el Código de Enjuiciamiento Civil (ambos de 1852) y tiempo después, el Código de Comercio y la Ley N° 7566 – Ley Procesal de Quiebras (vigente desde el 2 de agosto de 1932).

Más adelante, con la promulgación del Decreto Ley N° 26116 – Ley de Reestructuración Empresarial en 1992 se adoptó un nuevo modelo (en reemplazo del anterior) para enfocar y afrontar la problemática de la

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

1 Ciertamente, en todas las legislaciones, el concepto de la quiebra se construye sobre una premisa fundamental: La anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor o la incapacidad patrimonial para afrontar los compromisos adquiridos.

2 FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. Del Derecho de Quiebras al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial. Revista de Derecho N° 47. Lima, 1993. Página 385.

3 FLORES POLO, Pedro. Derecho de Quiebras. Lima, Marsol Perú Editores S.A. 1989. Segunda Edición. Páginas 16 – 17.



crisis económica de los agentes de mercado⁴, creándose para ello una figura distinta a la quiebra: el estado o situación de insolvencia. Está incorporaba una serie de interesantes características distintivas tales como la desjudicialización parcial del proceso y la asignación de competencias y atribuciones a un ente administrativo (INDECOPI), la privatización en la toma de decisiones que se vieron en buena medida trasladadas de la autoridad al colectivo de acreedores afectados por la incapacidad patrimonial del deudor común y, por último, la creación de opciones alternativas y distintas a la liquidación que era hacia lo que siempre y de forma irremediable conducía la quiebra.

Sobre el último de los temas mencionados en el párrafo precedente, es relevante anotar que, en efecto, la Ley de Reestructuración Empresarial introdujo la posibilidad de que los acreedores, reunidos en Junta, opten por la posibilidad de reestructurar a la empresa insolvente como forma de conservación de la deudora en calidad de agente operativo en el mercado. Ciertamente, la citada norma mantuvo también la alternativa liquidatoria o de salida del mercado que caracterizó a la regulación precedente, sólo que, en este caso existían dos variables para ello por las que podían pronunciarse también los acreedores y que se distinguían básicamente por la autoridad que se encargaría de monitorear el proceso liquidatorio. En efecto, mientras que en el caso de la disolución y liquidación extrajudicial⁵, el rol supervisor permanecía en INDECOPI, en el supuesto de quiebra (que en el fondo era una liquidación judicial) éste se trasladaba a sede jurisdiccional.

Puede afirmarse luego que, si bien con la dación del Decreto Ley N° 26116, la institución de la quiebra perdió el carácter de exclusividad que durante muchos años le correspondió como herramienta de solución a la crisis patrimonial en el Perú, al punto que se le incorporó como variante dentro de un procedimiento más complejo como es la insolvencia, manteniendo su característica de proceso liquidatorio tramitado en sede judicial.

Posteriormente, se expidió el Decreto Legislativo N° 845 – Ley de Reestructuración Patrimonial, a través del que se modificó notoriamente las características de la quiebra en el Perú. Dicha ley, entre otros cambios, redujo el número de las opciones con las que contaban las Juntas de Acreedores para decidir en los procedimientos de insolvencia el destino del concursado de tres a dos: reestructuración patrimonial o disolución y liquidación. Además, el trámite de cualquiera de las citadas alternativas se seguirá necesaria e íntegramente en sede administrativa. Tal como se advierte, la nueva norma eliminó la posibilidad de que los acreedores se inclinen por la quiebra como mecanismo para la solución a la crisis del deudor.

Al respecto, es interesante atender a la explicación contenida en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 845, respecto de los nuevos elementos distintivos de la figura de la quiebra. Dicho documento refiere lo siguiente⁶:

«Es importante establecer que a efectos de la presente Ley, el proceso judicial de quiebra tiene una connotación distinta a la del denominado proceso de quiebra establecido en la legislación anterior. Actualmente, el proceso de quiebra es de trámite sumario y destinado a que previa verificación de la extinción del patrimonio de la empresa⁷, el Juez Especializado en lo Civil declare la quiebra del deudor, la extinción de la empresa y la incobrabilidad de sus deudas».

En otras palabras, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, la quiebra se vio reducida en su campo de acción, convirtiéndose en un mecanismo judicial de corte residual a la disolución y liquidación seguida bajo fiscalización de la autoridad administrativa y que, más bien, representa el colofón de aquella.

Al respecto, Luis Francisco Echeandía, refiriéndose a las mutaciones sufridas por el Sistema Concursal Peruano y al carácter totalmente original y creativo de nuestra legislación ha expresado que⁸ «sólo

4 Alfredo Ferrero, en su artículo anteriormente citado, comenta (ver páginas 396 y 397) apoyándose en la opinión del jurista francés Jean Paillesseau que, se ha producido un movimiento desde un derecho de quiebras hacia uno de empresas en dificultades, acotando luego que «El derecho concursal moderno, en síntesis, subordina el interés de los acreedores y el interés al resarcimiento vía sanción, al objetivo principal de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento, con el objeto y fin de lograr la reactivación de la empresa. La liquidación y quiebra declarada de la empresa debe ser la última alternativa a la cual deberá acceder, ya sea el juez o las partes en conflicto interesadas».

5 Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que el artículo 30 del Decreto Supremo N° 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, establecía que «si los bienes no alcanzan para cubrir todos los créditos, el liquidador deberá solicitar la declaración judicial de quiebra de la empresa, de lo que dará cuenta a la Junta».

6 Publicada en el diario oficial «El Peruano» el 21 de setiembre de 1996.

7 Se entiende que tal agotamiento del patrimonio es consecuencia del desarrollo del procedimiento de disolución y liquidación.

8 ECHEANDIA CHIAPPE, Luis Francisco. *Odisea Concursal y Crisis Empresarial: Verdades, Mentiras y Leyendas tras el Mito de una ley con fama de flotador*. Publicado en Revista *Ius Et Veritas* N° 48 (Lima, 2001). Página 200.

un peruano identificaría una quiebra con las disposiciones contenidas en el Título VII de nuestra Ley⁹, pues los foráneos insistirían en sostener que el proceso de quiebra es lo que nosotros llamaríamos declaración de insolvencia». Ciertamente, tal como se explicó anteriormente, en la última década del siglo XX, la insolvencia pasó a ocupar en la legislación peruana el rol principal como procedimiento para hacer frente a situaciones de crisis patrimonial, que de algún modo correspondió en el pasado a la quiebra.

III. La Regulación de la Quiebra en la Ley General del Sistema Concursal

La orientación de la Ley General del Sistema Concursal con referencia a la quiebra es afín a aquella plasmada en la Ley de Reestructuración Patrimonial, por lo que la explicación realizada con respeto a tal cuerpo normativo, más allá de algunas diferencias en las disposiciones concretas que regulan la materia, es totalmente aplicable a la norma actualmente vigente.

Para efectos de ahondar en el análisis de la actual regulación de la figura de la quiebra, resulta apropiado efectuar una revisión a la normatividad vigente sobre dicha materia, la que se encuentra comprendida en el Título III de la Ley General del Sistema Concursal. En dicho cuerpo normativo se recogen las siguientes disposiciones:

Artículo 99°.- Procedimiento judicial de quiebra

- 99.1 Cuando en los procedimientos de disolución y liquidación se verifique el supuesto previsto en el artículo 88.7 el Liquidador deberá solicitar la declaración judicial de quiebra del deudor ante el Juez Especializado en lo Civil.
- 99.2 Presentada la demanda el Juez, dentro de los treinta (30) días siguientes de presentada la solicitud, y previa verificación de la extinción del patrimonio a partir del balance final de liquidación que deberá adjuntarse en copia, sin más trámite, declarará la quiebra del deudor y la incobrabilidad de sus deudas.
- 99.3 El auto que declara la quiebra del deudor, la extinción del patrimonio del deudor y la incobrabilidad de las deudas, deberá ser publicado en el diario oficial El Peruano por dos (2) días consecutivos.

- 99.4 Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la quiebra, concluirá el procedimiento y el Juez ordenará su archivo, así como la inscripción de la extinción del patrimonio del deudor, en su caso, y emitirá los certificados de incobrabilidad para todos los acreedores impagos. Asimismo, la declaración de la extinción del patrimonio del deudor contenida en dicho auto, deberá ser registrada por el Liquidador en el Registro Público correspondiente.
- 99.5 Los certificados de incobrabilidad también podrán ser entregados por la Comisión en aquellos casos en los que un acreedor manifieste su voluntad de obtenerlos una vez que se acuerde o disponga la disolución y liquidación del deudor. Dichos certificados generarán los mismos efectos que aquéllos expedidos por la autoridad judicial en los procedimientos de quiebra. En tal caso, la Comisión emitirá una resolución que excluya a dicho acreedor del procedimiento concursal.
- 99.6 La declaración de la incobrabilidad de un crédito frente a una sucursal que es declarada en quiebra, no impide que el acreedor impago procure por las vías legales pertinentes el cobro de su crédito frente a la principal constituida en el exterior.

Artículo 100°.- Efectos de la quiebra

- 100.1 El quebrado, mientras dure ese estado, está impedido de:
- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
 - b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
 - c) Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;
 - d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.
- 100.2 El quebrado no deviene en incapaz por razón de la quiebra, por lo que puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las señaladas en el párrafo anterior.

⁹ Se refiere al Título de la Ley de Reestructuración Patrimonial donde se regula la figura de la quiebra bajo los parámetros del referido cuerpo normativo.



100.3 Al Presidente del Directorio de la empresa concursada así como al titular de ésta se le aplican los mismos efectos señalados en el numeral primero del presente artículo.

100.4 Corresponde al liquidador o a cualquier interesado inscribir la quiebra en el Registro Personal.

la resolución que declara la quiebra de la persona jurídica que representan.

101.5 En estos casos, también procede la inscripción en los términos del artículo 100.4.

Artículo 101°.- Rehabilitación del quebrado

101.1 Transcurrido el plazo de cinco (5) años contado desde la fecha de expedición de la resolución judicial que declara la quiebra, cesará el estado de quiebra, aún cuando los créditos no se hubieran alcanzado a pagar con los bienes del quebrado, siempre que se acredite que el deudor no ha sido condenado por los delitos previstos en los artículos 209°, 211°, 212° y/o 213° del Código Penal, así como que no tiene procedimiento penal abierto por dichos delitos.

101.2 Producido el cese del estado de quiebra, cualquier interesado podrá solicitar la cancelación de las inscripciones que se hubiesen realizado en el Registro Personal y en los registros correspondientes, para lo cual bastará con la presentación del certificado expedido por la autoridad competente que acredite no haber sido condenado por los delitos previstos en los artículos mencionados en el párrafo anterior, así como que no tiene procedimiento penal abierto por los mismos.

101.3 Cuando el deudor haya sido condenado, el Juez Penal ordenará la inscripción en el Registro Personal de la resolución consentida o ejecutoriada que establece la responsabilidad penal por dichos delitos. En este caso, sólo podrá obtenerse la rehabilitación una vez cumplida la pena impuesta.

101.4 El plazo de rehabilitación para los representantes a que se refiere el artículo 101.1 se computa desde la fecha en que quede firme o consentida

Artículo 102°.- Quiebra en la Ley General de Sociedades

Cuando se produzca el supuesto previsto en el artículo 417° de la Ley General de Sociedades, el Juez competente tramitará la declaración de quiebra del deudor de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente Título, sin que para tal efecto sea necesario que dicho deudor se someta al Procedimiento Concursal Ordinario previsto en la Ley.

IV. Los Efectos de la Quiebra y la Rehabilitación del Quebrado en las Diversas Normas Concursales que han Regido en el Perú

Visto ello, resulta relevante entonces revisar como se ha tratado en las diversas normas recién mencionadas ciertos aspectos inherentes a la institución de la quiebra referidos fundamentalmente a los efectos que ésta genera y a la posibilidad de que se produzca luego la rehabilitación del quebrado.

IV.1 Ley Procesal de Quiebras

El artículo 70° de la Ley Procesal de Quiebras preveía que «El fallido no cae en interdicción por razón de la quiebra, y puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones e inhabilidades que las expresamente determinadas por la ley».

Comentando dicha disposición, Pedro Flores Polo¹⁰ refiere que diversas normas especiales han impuesto prohibiciones o limitaciones a los quebrados. Así, se prohíbe a estos el ejercicio de la función de agentes de aduanas, representantes o servidores de dichas agencias mientras no sean rehabilitados, se les impide explotar agencias de viajes ni desempeñar sus cargos directivos o de responsabilidad (esta prohibición es absoluta pues no se levanta con la rehabilitación del quebrado). El citado autor, indica que existe también

“(...) resulta relevante entonces revisar como se ha tratado en las diversas normas recién mencionadas ciertos aspectos inherentes a la institución de la quiebra (...)”

10 Op. Cit. Páginas 184 – 187.

una frondosa legislación que establece impedimento o prohibición para el ejercicio de cargos de director o gerente de entidades bancarias, financieras y representativas del Estado a las personas que han sido declaradas en quiebra. De igual modo, refiere que hay impedimentos similares para que los quebrados se desempeñen como operadores en el caso de las agencias de bolsa y en la propia Bolsa de Valores.

Asimismo, Flores Polo, comentando acerca de este tema en la regulación de la Ley Procesal de Quiebras opina que¹¹ *«Lamentablemente, el legislador no ha uniformizado este impedimento, por lo que se aconseja recurrir siempre a la legislación específica en cada caso concreto, para conocer el alcance del impedimento o prohibición»*. Es decir que, si bien la citada Ley planteó a través de la cláusula general prevista en el mencionado artículo 70 que la declaración de quiebra podía originar determinados efectos limitantes para el sujeto concursado, no previó cuales serían tales restricciones sino que derivó o delegó su fijación a otros cuerpos normativos.

Sin perjuicio de ello, es relevante anotar que, el numeral 2 del artículo 13 del Código de Comercio establece que *«No podrán ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales (...) Los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación o estén autorizados, en virtud de un convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento entendiéndose en tal caso, limitada la habilitación a lo expresado en el convenio»*.

Asimismo, el artículo 183° de la Ley Procesal de Quiebras preveía que los gerentes, directores o administradores de una sociedad anónima de una sociedad de responsabilidad limitada a las que se declaró en quiebra, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, cuando hayan actuado u omitido actuar en los negocios sociales, generando la tipificación de un delito. Conforme se advierte, la norma en mención no extendió las restricciones o inhabilidades del quebrado a tales sujetos.

Por otra parte, es menester acotar que en el Título Noveno de la Ley Procesal de Quiebras se regula el «Procedimiento para la Rehabilitación del Quebrado». Dentro de dicho título aparece incorporado en primer

término el artículo 246 que propone que «La rehabilitación hace cesar todas las inhabilidades que las leyes imponen a los fallidos».

A su vez, el artículo 247° de la Ley Procesal de Quiebras reza que «La rehabilitación del fallido se produce por ministerio de la ley, desde que quede firme la resolución que absuelve al fallido o manda archivar la investigación criminal» (el subrayado es nuestro). Por otra parte, el artículo 248° de la misma norma dispone que *«El fallido culpable o fraudulento podrá ser rehabilitado si justificare que ha cumplido su pena o ha sido indultado, y en todo caso, que ha satisfecho íntegramente las deudas»* (el subrayado es nuestro).

En este punto, dado lo señalado por las normas citadas en el párrafo precedente, resulta fundamental revisar el procedimiento para calificar la quiebra, lo cual va íntimamente ligado a aspectos de derecho penal. Flores Polo indica que¹²: «En términos generales podemos advertir que, desde el aspecto jurídico penal, la legislación peruana se ubica en la corriente tradicional que distingue dos tipos de quebrado: 1) fraudulento (dolo); 2) culposo (culpa) (...) La ley civil distingue tres tipos de quiebra: fortuito, culpable y fraudulenta (Art. 186° de la Ley Procesal de Quiebras) (...)».

Es importante acotar que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 175° de la Ley Procesal de Quiebras, el juez civil una vez declarada la quiebra del deudor comerciante, estaba obligado a dar aviso al juez instructor penal a fin de que se de inicio a la calificación penal de la quiebra. Añade el artículo 179° de la norma en mención que «Tanto el Agente Fiscal como el Juez Instructor en su informe, así como el Fiscal del Tribunal Correccional, y éste en la resolución que ponga fin al juicio, harán mención expresa de si la quiebra es o no fortuita y, en caso de que no lo sea, harán la calificación que merezca la quiebra».

En resumen, dentro del esquema de la Ley Procesal de Quiebras puede indicarse que se observan las siguientes características:

- 1° El fallido no cae en interdicción por razón de la quiebra y solamente se ve afectado por las limitaciones e inhabilidades que expresamente determine alguna norma del ordenamiento jurídico nacional. La mayoría de tales restricciones (salvo ciertas excepciones) solamente durarán hasta que se produzca la rehabilitación del quebrado.

11 Op. Cit. Página 186.

12 Op. Cit. Página 60.



2º Las restricciones citadas en el punto precedente cobrarán vigencia desde el momento en que se declara la quiebra del deudor hasta que se produzca la denominada rehabilitación.

3º La rehabilitación va estrechamente ligada con la calificación de la quiebra que se inicia en sede judicial penal luego de declarada la quiebra en la vía civil. Si el deudor es calificado como un quebrado fortuito, la rehabilitación será automática; En cambio, si la quiebra es culpable¹³ o fraudulenta¹⁴ habrá que esperar para que se rehabilite el fallido, que haya cumplido la pena impuesta en el proceso penal o que se le haya indultado, y en todo caso, además, que haya satisfecho íntegramente las deudas.

IV.2 Decreto Ley N° 26116 - Ley de Reestructuración Empresarial

Posteriormente, dentro de la regulación establecida en el Decreto Ley N° 26116 - Ley de Reestructuración Empresarial, es importante acotar que dicha norma no contempló en absoluto la figura de la inhabilitación o restricción de derechos del quebrado, por lo que, siguió siendo de aplicación para los procesos concursales seguidos bajo su ámbito, la previsión contemplada en el numeral 2 del artículo 13º del Código de Comercio anteriormente acotada referida a que no podrán ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación.

Nótese que, en este caso, al no existir ya distinción legal alguna dentro de la normativa concursal entre la quiebra fortuita, respecto de aquella otra de carácter culposo o fraudulento, conforme ocurrió durante la vigencia de la Ley Procesal de Quiebras, se equiparó la situación de inhabilitación para todo quebrado. En todo caso, lo cierto es que, se eliminó los parámetros de orden penal que permitían discernir entre distintas situaciones de crisis y, por ende, de

diferentes límites para la restricción de derechos del fallido.

A nuestro parecer, la situación mencionada en el párrafo precedente resultaba totalmente inapropiada por cuanto se podía dar lugar a que se trate con similar severidad a sujetos que no tenían igual nivel de responsabilidad en la generación o agravamiento de un problema de crisis económico patrimonial (e inclusive, eventualmente se habría podido imponer una inhabilitación a personas que no tuvieron el más mínimo grado de responsabilidad en cuanto a la provocación de la situación de falencia).

Sin perjuicio de ello debe indicarse que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial ya regía el Código Penal¹⁵, en cuyo Título VI del Libro Segundo se incorporó un capítulo especialmente orientado a la represión de los delitos de «Quiebra», que es aquél que comprende desde el artículo 209º hasta el 213º, inclusive, del referido cuerpo normativo.

Entre las principales disposiciones sobre la materia contenidas en el citado Código Penal, se aprecian las siguientes:

- 1º Se reprime con pena privativa de libertad de hasta seis (6) años e inhabilitación de entre uno (1) y tres (3) años (inhabilitación consistente en incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público y/o incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria) al comerciante declarado en quiebra que simule deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, que sustraiga u oculte bienes de la masa concursal o no justifique su salida o que conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor.
- 2º Se reprime con pena privativa de libertad de hasta tres (3) años al comerciante que por negligencia o imprudencia manifiesta causa su

13 Según los artículos 187º y 188º de la Ley Procesal de Quiebras, se presume que ésta es culpable cuando el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos; si los gastos domésticos o personales del fallido hubiesen sido excesivos; si el fallido hubiese perdido fuertes cantidades de dinero en juegos o apuestas o, en operaciones ficticias de Bolsa; si el deudor no hubiese solicitado su quiebra en la oportunidad debida; si el deudor fuese declarado en quiebra por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que contrajo en un convenio precedente; si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra; si hubiere prestado fianza o contraído por cuenta ajena, obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo; si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a la situación de su fortuna, considerada en el momento de hacerlas; si no tuviese libros o inventarios o, teniéndolos, no hubiesen sido llevados con la regularidad exigida de modo que no expresen la verdadera situación patrimonial del fallido; si no conserva las cartas que le hubiesen dirigido en relación con sus negocios y; si hubiese omitido la inscripción de documentos que manda la ley.

14 Según el artículo 189º de la Ley Procesal de Quiebras se presume de derecho que la quiebra es fraudulenta cuando el deudor oculta bienes; cuando reconoce deudas supuestas; si efectúa enajenaciones con perjuicio de los acreedores; si hubiese comprometido en sus propios negocios bienes recibidos en depósito, comisión, administración o encargo de confianza; cuando luego de la quiebra, hubiere percibido o aplicado a sus propios usos bienes de la masa; cuando luego de la fecha asignada a la cesación de pagos se paga a un acreedor en perjuicio de los demás; cuando ocultare o inutilizare sus libros; si se ausentare o fugare llevándose una parte de sus haberes y; en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo.

15 Aprobado por Decreto Legislativo N° 635 del 3 de abril de 1991 y vigente desde el 26 del referido mes.

propia quiebra perjudicando a sus acreedores. Asimismo dicha persona será pasible de inhabilitación hasta por dos (2) años en los términos referidos en el párrafo precedente.

3° El deudor no comerciante que sea declarado en quiebra que, para defraudar a su acreedor, cometa alguno de los hechos descritos en el punto primero, podrá ser reprimido con pena privativa de libertad de hasta cuatro (4) años. Conforme se advierte de la revisión del respectivo tipo penal, el legislador no previó sancionar con pena de inhabilitación al quebrado no comerciante pues, presumiblemente, consideró que tal forma de restricción de derechos se adecuaba exclusivamente a quienes ejercían actividad comercial¹⁶.

4° Se extiende la aplicación de la represión penal mencionada en los puntos 1° y 2° a los directores, administradores, fiscalizadores, gerentes o liquidadores de personas jurídicas en quiebra.

IV.3 Decreto Legislativo N° 845 - Ley de Reestructuración Patrimonial

A su vez, el Decreto Legislativo N° 845 – Ley de Reestructuración Patrimonial, que derogó en setiembre de 1996 al Decreto Ley N° 26116¹⁷, estableció un esquema de «Quiebra de Empresas» (artículos 88° a 90°) y otro denominado de «Quiebra del Insolvente Persona Natural» (artículos 127° a 129°). En lo concerniente al primer grupo, el artículo 90° dispone que cuando se advierta que existen elementos de juicio suficientes que hicieren presumir que la quiebra de una empresa es fraudulenta, el Juez una vez consentida la declaración de quiebra oficiará al Fiscal Provincial en lo Penal de Turno a fin de que, de oficio, inicie las acciones que conduzcan a determinar las responsabilidades que hubieren. Esta norma, cabe

señalar, se asemeja a la del artículo 175° de la Ley Procesal de Quiebras anteriormente comentada¹⁸ y ciñe sus alcances al ámbito penal.

No obstante ello, es relevante citar dos dispositivos de la Ley de Reestructuración Patrimonial relativos a la quiebra de personas naturales insolventes, siendo estos los siguientes:

Artículo 128° (Inhabilitación de la Persona Natural Quebrada) – «Cuando del proceso de quiebra se pueda determinar la existencia de dolo o fraude por parte del insolvente, el juez podrá declararlo incapaz por mala gestión o interdicto, aplicándole las inhabilitaciones que la gravedad de la quiebra amerite».

Artículo 129° (Aplicación Discrecional de la Inhabilitación) – «La inhabilitación a que se refiere el artículo anterior, podrá ser aplicada discrecionalmente por el Juez en los casos de quiebra de empresas, a los administradores de la misma, cuando existieren indicios razonables de que la quiebra se hubiere producido dolosamente».

De acuerdo a las normas contenidas en la Ley de Reestructuración Patrimonial, las innovaciones contenidas en materia de inhabilitación de quebrados fueron las siguientes:

- 1° La inhabilitación está ligada básicamente a la apreciación del Juez Civil acerca de la existencia de dolo o fraude en la actuación del concursado.
- 2° La inhabilitación podrá materializarse en una restricción de la capacidad de ejercicio de derechos civiles de la persona a que se refiere el artículo 42 del Código Civil. En efecto, en concordancia con lo previsto en el artículo 128° del Decreto Legislativo N° 845, el artículo 44° del Código Civil establece que son relativamente incapaces, entre otros, aquellos que incurren en

**“(...)el Decreto
Legislativo N° 845 –
Ley de Reestructuración
Patrimonial (...) estableció un esquema
de «Quiebra de
Empresas» (...) y otro
denominado de
«Quiebra del Insolvente
Persona Natural» (...).”**

16 En todo caso, no compartimos tal posición pues hay formas de inhabilitación, incluyendo algunas aplicables a los comerciantes quebrados, que no guardan directa relación con el ejercicio o no de la actividad comercial (ejemplo: la inhabilitación para obtener cargo o empleo público a que se refiere el numeral 2 del artículo 36° del Código Penal).

17 No obstante lo cual, este dispositivo se sigue aplicando de forma ultraactiva a los procedimientos concursales iniciados bajo su vigencia, de conformidad con lo previsto en la Única Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 845 y la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 27809.

18 Ver punto IV.1 del presente trabajo.



mala gestión¹⁹. Los alcances de tal inhabilitación deberán ser fijados por el respectivo juez.

3° Por primera vez en la normativa concursal nacional²⁰ se incorporó la opción de que el juez civil²¹ aplique a los administradores de las empresas quebradas una inhabilitación similar a la establecida para el caso de las personas naturales.

Pese a las interesantes innovaciones generadas con la regulación recién comentada, debe acotarse que éstas no pudieron ser completamente aplicadas ni demostrar eventualmente su utilidad, en razón de que los artículos 90°, 128° y 129° del Decreto Legislativo N° 845 fueron derogados por la Décimo Sexta Disposición Final de la Ley N° 27146 – Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial publicada el 24 de junio de 1999 en el diario oficial «El Peruano».

IV.4 Ley N° 27146 – Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial

No obstante lo anterior, es necesario señalar que la mencionada Ley N° 27146, a través de su Octava Disposición Final, incorporó modificaciones al Código Penal en sus artículos 209° a 213°, denominando además al Título correspondiente en el que se hallan incorporados como «Atentados contra el Sistema Crediticio». Así, cabe indicar que las innovaciones introducidas al Código Penal fueron las siguientes:

(i) El artículo 209° estableció que será reprimido con pena privativa de libertad de entre tres (3) y seis (6) años e inhabilitación de tres (3) a cinco (5) años conforme a los incisos 2 y 4 del artículo 36 del propio Código Penal, el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador que, en un procedimiento concursal (incluso los de índole preventiva), actuando en perjuicio de los acreedores (es decir, dolosamente), oculte bienes, simule deudas o realice actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones destinados a pagar a un acreedor en perjuicio de otros. Dicha norma contempla además una circunstancia agravante:

La realización de los actos recién descritos cuando se encuentra suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor como consecuencia de la difusión del concurso; en tal caso, agrega la norma, la pena privativa de libertad será de entre cuatro (4) y ocho (8) años en tanto que la inhabilitación antes indicada será de entre cuatro (4) y cinco (5) años.

(ii) El artículo 210° estableció a su vez que, si el agente realiza por culpa alguna de las conductas antes detalladas los límites máximos y mínimos de las penas privativas de libertad y de inhabilitación se reducirán en una mitad (es decir, tales penas oscilarán entre dos y dos años y medio).

(iii) Por último, el artículo 211° del Código Penal se reguló que, aquél que en un procedimiento concursal logre la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, mediante el uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de seis (6) años y la ya referida inhabilitación de cuatro (4) a cinco (5) años.

Es apropiado precisar que la inhabilitación que se cita en la mencionada tipificación penal, consignada en los numerales 2 y 4 del artículo 36° del Código Penal, se genera a través del respectivo fallo condenatorio y comprende una incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, así como también una incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.

Tal como se puede advertir, las modificaciones originadas por la citada Ley N° 27146 tuvieron las siguientes características:

1° Se relaciona con carácter de exclusividad la situación de inhabilitación del deudor en crisis con la existencia de actos sancionables desde el punto de vista penal por la existencia de dolo o culpa de su autor. En otras palabras sólo es

19 Téngase presente que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 564° del Código Civil, el quebrado estará sujeto a Curatela. Asimismo, según el artículo 576° del referido cuerpo normativo, serán funciones del curador proteger al incapaz, proveer en lo posible lo necesario para su reestablecimiento y lo representa o asiste (según el grado de incapacidad) en sus negocios.

20 No se considera para los efectos del presente comentario a cuerpos normativos propiamente no concursales como es el caso del Código Penal, que, de algún modo incluía un tema afín al que aquí se comenta.

21 En cambio, tal como ya se ha explicado, el juez penal contaba desde muchos años antes con un marco jurídico que le permitía sancionar al quebrado con determinados tipos de pena, entre ellos la de inhabilitación.

- posible que se inhabilite a una persona como sanción por haber incurrido en una conducta tipificada como atentado contra el sistema crediticio en el marco de un procedimiento concursal;
- 2º Se extendió la posibilidad de que la inhabilitación recaiga no sólo en los sujetos concursados y/o sus representantes y administradores involucrados propiamente en una quiebra, sino también en cualquiera de tales sujetos que incurra en alguna de las conductas antes descritas dentro de un procedimiento concursal, aún incluso los de índole preventiva; y
- 3º Se eliminó (lamentablemente) la posibilidad de que se sancione en vía penal con una inhabilitación a quien causa la situación de crisis patrimonial y la subsecuente apertura de un procedimiento de carácter concursal, tal como lo preveía el Código Penal en su artículo 210º hasta antes de la reforma generada por la Ley N° 27146, puesto que las conductas tipificadas en la nueva norma se refieren exclusivamente a actos realizados durante el efectivo desarrollo del procedimiento, no alcanzando pues a quienes incurrieron de manera indebida (en momento previo a éste) en conductas que incidieron de forma negativa en la situación del patrimonio de un agente de mercado.
- 1º El quebrado, mientras dure ese estado, estará impedido de:
- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
 - b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
 - c) Ser tutor, curador, o representante legal de personas naturales;
 - d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley General del Sistema Concursal.
- 2º Al Presidente del Directorio de la empresa concursada así como al titular de ésta (si se trata de una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada) se le aplican los mismos efectos señalados en el punto precedente.
- 3º Transcurrido el plazo de cinco (5) años contado desde la fecha en que quede firme o consentida la resolución judicial que declara la quiebra, cesará dicho estado y se entenderá rehabilitado el deudor.
- 4º Sin perjuicio de lo indicado en el punto precedente, el deudor condenado por los delitos calificados como «Atentados contra el Sistema Crediticio» no podrá obtener su rehabilitación sino hasta en tanto cumpla la pena impuesta.

Es necesario acotar que las mencionadas modificaciones al Código Penal aún se encuentran vigentes en la actualidad²².

IV.5 Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal

Por último, con la dación de la Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal, vigente desde el 7 de octubre de 2002, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico una nueva regulación inherente a la inhabilitación y la rehabilitación del quebrado. En efecto, tal como se describió en el acápite II.1 del presente artículo, el nuevo cuerpo normativo concursal establece en este aspecto una serie de reglas que merecen destacarse, siendo estas las siguientes:

V. Coexistencia de las Disposiciones Sobre Inhabilitación Establecidas por la Ley N° 27146 y la Ley General del Sistema Concursal

Tal como se ha expuesto en el acápite precedente, a la fecha se encuentra vigente tanto la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146 que estableció la regulación penal sobre «Atentados contra el Sistema Crediticio» respecto de agentes involucrados en procedimientos concursales, así como el Título III de la vigente Ley General del Sistema Concursal. En vista de que ambos contemplan la figura de la inhabilitación, es necesario delimitar los alcances, intersecciones y diferencias entre las regulaciones contenidas en ambas normas, para lo cual resulta útil el cuadro comparativo que se presenta a continuación:

22 Ello por cuanto en la Única Disposición Derogatoria de la Ley General del Sistema Concursal se estableció que si bien se derogaban el Decreto Legislativo N° 845 y la Ley N° 27146, mantendrían su vigencia las disposiciones complementarias, finales, modificatorias y transitorias de dichos cuerpos normativos en lo que no se opongan al texto legal derogante.

Materia	Ley N° 27146	Ley General del Sistema Concursal
Sujetos pasibles de inhabilitación	El deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador.	El deudor, el Presidente de Directorio de la empresa concursada quebrada o el Titular Gerente de la concursada si esta es una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada quebrada.
Características típicas del sujeto a inhabilitar	Dolo o culpa	Exclusivamente las mencionadas en el punto precedente.
Oportunidad de establecer la inhabilitación	Dentro de cualquier procedimiento concursal, sea éste uno de reversión de crisis (insolvencia) en cualquiera de sus vertientes (reestructuración, disolución y liquidación, quiebra) o uno de carácter preventivo.	Exclusivamente dentro de un procedimiento judicial de quiebra
Formalización de la inhabilitación	Es el efecto de la sanción establecida a través de una sentencia judicial por parte del Juez Penal	Es consecuencia inmediata de la declaración judicial de quiebra por parte de un Juez Civil.
Contenido de la Inhabilitación	<p>Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.</p> <p>Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria.</p>	<p>Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas.</p> <p>Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general.</p> <p>Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales.</p> <p>Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley General del Sistema Concursal.</p>
Requisitos para la Rehabilitación	Que transcurran entre dos (2) y cinco (5) años, según se establezca en la respectiva sentencia penal.	Que transcurran cinco (5) años contados desde que queda firme la resolución que declara la quiebra

De la revisión del cuadro precedente, se colige que existen diferencias en cuanto a los sujetos pasibles de inhabilitación, la oportunidad en que dentro de la vigencia del procedimiento concursal se puede decretar tal inhabilitación, los mecanismos a través de los que se formaliza la misma, el contenido y alcances de tales restricciones de derechos, así como los requisitos para que se rehabiliten los sujetos a los que se impuso tales limitaciones de derechos.

Atendiendo a las diferencias recién acotadas, resulta conveniente evaluar desde un punto de vista crítico, la regulación sobre inhabilitación de sujetos concursados actualmente vigente en el Perú a fin de plantear seguidamente algunas ideas que consideramos podrían resultar de utilidad para una futura reforma normativa que dote de mayor eficacia a nuestro sistema concursal. A ello se orienta el siguiente acápite del presente trabajo.

VI. Análisis Crítico de la Racionalidad de las Disposiciones sobre Inhabilitación en el Ordenamiento Concursal Peruano

En primer término, debe tenerse presente que hoy en día, los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o a la salida ordenada del mercado bajo reducidos costos de transacción²³, lo cual se condice con la moderna lógica del derecho concursal explicada en el acápite II del presente trabajo.

Asimismo, es apropiado recordar que actualmente el proceso judicial de quiebra tiene una connotación distinta a la que le correspondió bajo el ámbito de la Ley Procesal de Quiebras. A diferencia de aquella norma en la que la quiebra era todo el proceso o conjunto de actos procedimentales relativos a la situación de crisis patrimonial de un deudor, hoy en día tal institución se circunscribe a ser el acto final y residual exclusivamente en aquellos procedimientos

concursoales en que se ha optado por la disolución y liquidación en los que, además, se constata la extinción de los activos de propiedad del deudor, subsistiendo obligaciones de su cargo.

Lo expuesto en los dos párrafos precedentes evidencia que, la construcción del vigente derecho concursal en el Perú es mucho más rica y amplia que la figura de la quiebra, en la medida que ésta solamente se presenta en algunos procedimientos concursales (los liquidatorios o de salida del mercado) ante determinadas circunstancias (la insuficiencia patrimonial para afrontar el cumplimiento íntegro de las obligaciones).

Adicionalmente, es relevante anotar que el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal establece que los sujetos comprendidos en el procedimiento concursal, sus

representantes y, en general, todos los partícipes de los procedimientos deben adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. Esta norma contiene de forma implícita un mandato para la autoridad concursal a fin de que cautele con peculiar celo la observancia de tales deberes por parte de los intervinientes en los procedimientos concursales, quienes a su vez son advertidos por la referida norma en el sentido que con su conducta no deben transgredir siquiera alguno de los citados deberes.

De igual modo es conveniente acotar que la situación de concurso se origina habitualmente por la constatación objetiva de incapacidad o impotencia patrimonial de un sujeto de derecho para afrontar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Sin perjuicio de ello, es evidente que las causas que motivan la crisis patrimonial respecto de un agente de mercado son varias y diversas entre sí.

Así, hay deudores que ingresan a un procedimiento concursal por un aspecto coyuntural (ejemplo: La empresa pesquera que se ve afectada por un fenómeno climatológico), así como hay otros sujetos que se ven sometidos a concurso por otras razones de carácter estructural (ejemplos: La empresa

***“(...) los
procedimientos
concursoales tienen
por finalidad
propiciar un ambiente
idóneo para la
negociación entre los
acreedores
y el deudor (...)”***

23 Artículo II del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.



de servicios de seguridad que, debido a la disminución de la delincuencia y el considerable número de competidores en el mercado se ve afectada por la carencia de potenciales usuarios que demanden sus servicios; la empresa que fabrica sombreros y al no haber planteado un proceso de reingeniería padece una dramática disminución en sus ventas por obsolescencia de su producto; una empresa dedicada a un rubro cualquiera en la que el problema se ha originado en la mala gestión de su aparato administrativo, etc.).

En ese sentido, es claro que no todo procedimiento concursal se origina en una acción dolosa o culpable del deudor persona natural o de las personas que toman decisiones relativas a la gestión de las personas jurídicas, siendo que ello es tan sólo uno de los factores que, eventualmente, pueden ocasionar la situación de crisis patrimonial que desencadena luego la formación del concurso.

Por ello, más allá de que la constatación de los requisitos para que se inicie el procedimiento concursal de un sujeto de derecho es de naturaleza objetiva, lo cierto es que las causas que motivan la crisis que determina el inicio de tal actividad procedimental son múltiples y solo ocasionalmente se sustentan en un actuar fraudulento, doloso o culpable del deudor o de quienes lo representan y/o administran su patrimonio. Es por ese mismo motivo que la responsabilidad a recaer en tales personas no debe ser un efecto directo del simple sometimiento a concurso sino que, de manera previa y necesaria, debería meritarse la actuación de los referidos individuos. No puede tratarse de igual forma a aquél que ingresó a concurso compitiendo lícitamente y según las reglas de mercado, obteniendo sin embargo resultados desfavorables que a aquél otro que actuó de manera dolosa en perjuicio de los acreedores, ya que, siendo situaciones distintas deben tratarse de manera diferente, asignando las responsabilidades que correspondan a cada caso.

A mayor abundamiento, resulta pertinente citar en este caso la opinión del jurista argentino Héctor Alegría, quien señala lo siguiente²⁴:

«Los concursos o mejor dicho, sus causas, no se presentan siempre de manera uniforme (...) además de lo que podemos calificar de causas objetivas o inculpables, suelen agregarse conductas que aceleran, agravan o aprovechan indebidamente tal situación. Comprender esa realidad en su verdadero espectro, importa asumir ciertas premisas de tratamiento: En primer lugar, tener en claro que no toda situación concursal es producto de una conducta culpable o desviada. La sociedad debe asumir que su ordenamiento económico hace natural que algunos triunfen y otros fracasen y que este fracaso, es una consecuencia esperable, aunque no deseada (...) En segundo lugar, la ley de concursos no puede quedarse en lo neutro sino que debe asumir, tratar y responder a esas conductas (...) cuando son incorrectas, sancionarlas adecuadamente y (...) como consecuencia, producir efectos jurídicos relevantes orientados a dos finalidades concurrentes: La protección del comercio en general mediante la inhabilitación temporal que impida la reiteración de estos hechos y la protección del crédito afectado, con la extensión de la responsabilidad a quienes así procedieron y causaron daño al crédito».

Por su parte, el jurista Julio César Rivera ha mencionado (refiriéndose exclusivamente al caso de personas naturales) que²⁵ «la quiebra debe ser vista como una consecuencia natural del sistema y no como una manifestación de fraude. Por ello, como se señala en la doctrina y se refleja en la legislación de otros países, la quiebra es un *new start point*²⁶, salvo, por supuesto, que se hubiese incurrido en alguna conducta delictiva, hipótesis en la cual el derecho represivo es el que debe establecer las consecuencias».

Como consecuencia de lo recién expresado, considero adecuado formular los siguientes comentarios acerca del vigente sistema de inhabilitaciones de sujetos concursados:

1º Las inhabilitaciones deben decretarse en función a responsabilidades concretas de los deudores

24 ALEGRIA, Héctor. Algunas Cuestiones de Derecho Concursal. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo De Palma. Páginas 99 – 100.

25 RIVERA, Julio César. Intersecciones del Derecho de Familia y el Derecho Concursal. En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (Coordinadora). El Derecho de Familia y Los Nuevos Paradigmas (Compilación de los trabajos presentados en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza en 1998). Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000. Página 183.

26 Debe acotarse que el «New Start Point» o «Nuevo Punto de Partida» al que alude el profesor Julio César Rivera es aplicable fundamentalmente a las personas naturales quebradas, pues en el caso de éstas, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas, no se produce un trámite que implique en su etapa final la extinción del sujeto titular de obligaciones que se ve afectado por una situación de incapacidad y crisis patrimonial; ello, por cuanto, las personas jurídicas son sujetos de existencia ficticia creados con determinadas finalidades específicas, lo que evidentemente no sucede en el caso de las personas naturales que «permanecerán en este mundo» más allá de los problemas económico – patrimoniales que deban afrontar.

concurados²⁷, sus representantes y sus administradores como ocurre en el caso de aquellas previstas en el Código Penal modificado por Ley N° 27146. Por el contrario y por dictarse sin tal distinción, las inhabilitaciones contempladas en el artículo 100.1 no resultan técnicamente idóneas en la medida que se generan, sin previa calificación y por la sola situación objetiva de quiebra.

- 2° En vista que los procedimientos concursales tienen un diseño mucho más amplio que la sola figura de la quiebra, debe meritarse que la inhabilitación recaiga más bien en aquellos individuos que en cualquier etapa de un procedimiento concursal, sea este ordinario o preventivo, realicen conductas fraudulentas, dolosas o culpables y no así en todos aquellos que asumen determinadas responsabilidades en un deudor que alcanza el estado de quiebra y respecto de los que no existe una previa constatación de la calidad de sus conductas, como sucede en la actualidad. La cobertura de la vigente Ley General del Sistema Concursal tiene limitaciones (pues la inhabilitación podría recaer en personas que no son efectivamente las responsables de la crisis) y resulta insuficiente (pues sólo alcanza a los sujetos inmersos en procesos de disolución y liquidación que se encuentren en etapa de quiebra, no contemplando otras etapas o variables del procedimiento concursal).

Incluso resultaría prudente que se adopten medidas a nivel de regulación y/o mercado respecto de los individuos que, con su actuar previo al inicio de un procedimiento concursal, conducen a una empresa o patrimonio a ingresar a tal procedimiento, perjudicando al deudor pero, sobre todo a sus acreedores. En efecto, resulta absolutamente razonable que se fiscalice y sancione a quienes han causado la situación de crisis patrimonial en determinado sujeto de

derecho, ocasionando su posterior sometimiento a un procedimiento concursal. En determinados casos precisamente son tales individuos los principales responsables de la debacle económica del deudor y, por ende, sería justo que se establezca normativamente las implicancias a recaer a futuro en quienes con su actuar negligente o, incluso doloso, dan lugar a la situación de crisis.

En cuanto a las medidas a nivel de mercado a que hemos hecho mención, consideramos que éstas podrían consistir, por ejemplo, en una variación a la calificación del «record crediticio» de tales sujetos ante el sistema financiero u otras que oportunamente podrían establecerse con la finalidad que no se afecte al mercado ni la institución del crédito.

- 3° El ordenamiento vigente no es coherente ni proporcional, en tanto, la rehabilitación de sujetos inhabilitados como consecuencia de una sanción penal pueda motivar una rehabilitación una vez transcurrido un término de entre dos (2) y cinco (5) años, (según se haya determinado en el respectivo fallo condenatorio), en tanto que al simple y objetivamente quebrado se le impondrá necesariamente un plazo de cinco (5) años para que pueda alcanzar su rehabilitación.

- 4° La regulación del artículo 100.3 de la Ley General del Sistema Concursal que establece que a los Presidentes de Directorio de empresas y a los Titulares de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada se les aplicará los mismos impedimentos del artículo 100.1 del citado cuerpo normativo contiene algunos problemas. Esto por los siguientes motivos:

- a) En nuestra legislación existen tipos societarios distintos a la Sociedad Anónima en la que no existen Presidentes de Directorio. Además, la Ley General de Sociedades establece que una

27 De modo relativo, este tema de la relación entre inhabilitación y responsabilidad por la realización de ciertos actos, puede apreciarse incluso en la época en que rigió la Ley Procesal de Quiebras. En efecto, el artículo 247° de la citada ley establecía que la rehabilitación del fallido se producía desde que queda firme la resolución del órgano jurisdiccional penal que lo absuelve y que, en otras palabras, lo sindicaba tácitamente como un quebrado fortuito. Ello por cuanto, bajo el esquema de la citada norma (según explica Flores Polo, Op. Cit. Página 104) la lógica era que en toda quiebra «debe partirse de una presunción de fraude, resumida en 1575 por BAIDO quien probó la regla en cuya virtud *nec excusantur ob adversam fortunam; est deceptor ergo fraudator* (ni siquiera la adversa fortuna los excusa: es bancarotero, luego es defraudador)».

De ese modo, dentro del esquema de la Ley Procesal de Quiebras, si la autoridad jurisdiccional exime de responsabilidad al fallido o se manda archivar la investigación criminal, éste será considerado un fallido fortuito y por ende quedará inmediatamente rehabilitado por ministerio de la ley respecto de las inhabilitaciones que se hubiesen podido generar respecto a él desde el momento de la declaración de quiebra. Por el contrario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 248 de la mencionada Ley Procesal de Quiebras, el fallido culpable o fraudulento, es decir, aquél respecto al cual la autoridad jurisdiccional determinó algún grado de responsabilidad en la generación de la quiebra, tenía exigencias mayores para lograr que se le levante la inhabilitación.



Sociedad Anónima Cerrada puede carecer de directorio, por lo que esta sanción será aplicable sólo a personas jurídicas organizadas como sociedad anónima con directorio; y

b) En una sociedad anónima con directorio pueden existir cronológicamente varios Presidentes de Directorio y la ley no precisa a cual se debe sancionar, pudiendo inclusive presentarse el caso en que una persona que asumió el cargo por su experiencia en el manejo de crisis empresariales, sea sancionado por intentar reflotar una empresa (sin alcanzar el éxito en tal misión). Incluso, sería factible que se sancione a quienes ejercen tales roles durante la etapa final del «ciclo de vida» de la empresa, sin ser ellos quienes la llevaron a tal situación.

c) Parece atinado por otra parte que se extienda, para el caso de futuros concursos a regirse por la Ley General del Sistema Concursal, los impedimentos o inhabilitaciones a todos los integrantes del directorio y a los gerentes generales, por cuanto, el directorio es un órgano colegiado que administra la sociedad y el gerente general es el sujeto que se encarga celebrar y ejecutar actos y contratos correspondientes al giro social así como representar a la sociedad, por lo que, en todo caso las eventuales responsabilidades que podrían recaer en tales individuos deberían ser incorporadas por nuestra normatividad. En efecto, la actual regulación que solamente comprende al Presidente del Directorio o a un Titular (que como ya dijimos sólo existe jurídicamente en el caso de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada) aparece como insuficiente al momento en que deben evaluarse y atribuirse responsabilidades por determinadas actuaciones relacionadas con el patrimonio del concursado.

No obstante ello, es necesario reiterar aquí la opinión vertida en el presente artículo en el sentido que tales inhabilitaciones no deben dictarse en razón de la

simple declaración de quiebra, sino que ello podrá ocurrir durante cualquier etapa o estado del procedimiento concursal (sea este uno de carácter ordinario o preventivo) e incluso (con mayor razón) antes de éste, siempre que, además, se determine algún tipo de responsabilidad por una actuación u omisión dolosa o culposa del deudor persona natural y/o de los directores, gerente general o titular del deudor persona jurídica.

Cabe anotar que, la citada responsabilidad no necesariamente debe decretarse en el marco de un proceso penal. Eventualmente y sin perjuicio de las sanciones de inhabilitación que en vía judicial se dicten por comisión de un «Atentado contra el Sistema Crediticio», sería viable que se establezca algún otro mecanismo de determinación de impedimentos o inhabilitaciones para el deudor o sus directores, gerentes

y demás personas que resulten efectivamente responsables de la situación de crisis que condujo al inicio de un procedimiento concursal. A modo de ejemplo, una buena fórmula es aquella que contempló en su oportunidad el Decreto Legislativo N° 845 y que fue materia de comentario en el acápite IV.3 de este mismo artículo (claro que, habría que hacer la salvedad que en este caso no sería necesario esperar hasta el momento de la quiebra, sino que podría regularse tal tema de manera más amplia conforme aquí se ha sugerido).

***“(...) tales
inhabilitaciones no
deben dictarse en razón
de la simple
declaración de quiebra,
sino que ello podrá
ocurrir durante
cualquier etapa o
estado del
procedimiento
concursal (...)”***

A modo de referencia y en relación al tema de la calificación de responsabilidad del deudor y otros agentes vinculados a él mencionado en los párrafos precedentes, resulta sumamente útil acudir a la obra de acopio y análisis jurisprudencial elaborada por los autores españoles Antonio Baró Casals y Francisco Pedreño Maestre²⁸, la cual proporciona una documentada e interesante aproximación al tratamiento que se brinda en España a la materia en mención.

En primer término, los autores citados en el párrafo anterior incluyen en su obra una jurisprudencia generada el 24 de noviembre de 1997 por la Sala de

28 BARO CASALS, Antonio y PEDREÑO MAESTRE, Francisco. Derecho Concursal. Tomo III: La Quiebra. Barcelona, Cedecs (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales) Editorial S.L., 1998.

Apelaciones de Zaragoza²⁹ en la que se describe los elementos que la autoridad competente ha de tener en consideración en España para efectuar la calificación de la quiebra. En dicho pronunciamiento el referido tribunal expresó lo siguiente:

«(...) Para hacer de la calificación de la quiebra se tendrá presente: 1º La conducta del quebrado en el cumplimiento de las obligaciones que se le imponen (...) 2º El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del quebrado. 3º El estado en que se encuentren los libros de su comercio. 4º La relación que está a cargo del quebrado presentar sobre las causas inmediatas y directas que ocasionaron la quiebra, y lo que resulte de los libros, documentos y papeles de ésta sobre su verdadero origen. 5º Los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes (...)».

Por otra parte y abordando ya temas más específicos, es pertinente acotar que en la legislación comercial hispana se cataloga como fortuita a la quiebra del comerciante «a quien sobrevinieron infortunios que, debiendo estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil, reduzcan su capital al extremo de no poder satisfacer en todo o en parte sus deudas»³⁰. Con relación a ello, Baró y Pedreño presentan una interesante sentencia emitida el 3 de octubre de 1996 por la Sala de Apelaciones de Valencia³¹, cuyo extracto reproducimos a continuación³²:

«(...) Es de señalar que hasta diciembre de 1992, la entidad quebrada se encontraba al corriente en pago de cuotas a la Seguridad Social, así como en el pago del Impuesto de Sociedades, lo que demuestra que la situación económica de la sociedad se deteriora a raíz del conflicto surgido con la entidad Ford Credit (...) A raíz de la negativa de la quebrada a ampliar el principal de la póliza a 110 millones, Ford España S.A. dejó de suministrar vehículos, quedando prácticamente la quebrada sin actividad comercial. Hay que valorar que la actividad comercial de la quebrada era la venta de vehículos Ford, hasta que no pudo asumir el coste financiero de los stocks de vehículos que la suministradora obligaba a los concesionarios, debiendo situarse los hechos en el año 1992, caracterizado por

una fuerte recesión en el mercado automovilístico (...) En este punto se coincide con el informe del Comisario, al reputar la quiebra como fortuita (...)».

Posteriormente, Baró y Pedreño presentan una serie de pronunciamientos procedentes de diversos tribunales de justicia españoles a través de los que se advierte las características propias a las otras clasificaciones de quiebra (culpable y fraudulenta) que contempla la normatividad de su país.

Así, en relación a la quiebra culpable³³, se menciona que hay ciertos supuestos en los que existe una presunción absoluta de culpabilidad³⁴ cuando el deudor:

- a) Hubiese incurrido en gastos excesivos.
- b) Tiene pérdidas ocasionadas por juego.
- c) Hubiese efectuado operaciones destinadas a dilatar la declaración de quiebra.
- d) Hubiese efectuado ventas a pérdida en el período inmediatamente previo a la quiebra respecto de efectos que hubiese adquirido al crédito y que todavía estuviese debiendo.
- e) Debiese por obligaciones directas el doble del haber líquido que le resultaba en el último inventario.

Sin perjuicio de ello, existen supuestos donde se presenta más bien una presunción relativa de culpabilidad, es decir que admiten prueba en contrario y que, de acuerdo a la recopilación jurisprudencial de Baró y Pedreño son los siguientes³⁵:

- a) Detección de deficiencias esenciales en la contabilidad.
- b) No manifestarse en quiebra cuando corresponda hacerlo.
- c) Incomparecencia al proceso de quiebra.

Por otro lado, resulta peculiarmente llamativo el régimen de calificación de la quiebra fraudulenta en España, por cuanto, conforme señalan Baró y Pedreño apoyándose en diversos fallos jurisprudenciales generados desde 1901 hasta la fecha, inclusive, «La regla general de que el fraude no se presume es inaplicable a las presunciones de

29 Op. Cit. Páginas 1311 – 1312.

30 La cita corresponde al artículo 887 del Código de Comercio español.

31 Op. Cit. Páginas 1309 – 1311.

32 En la citada glosa jurisprudencial se aprecia de manera bastante ilustrativa como es que los tribunales españoles interpretan la norma legal que permite calificar al concursado como un quebrado fortuito y, por ende, implícitamente, como no causante directo de su situación de crisis patrimonial.

33 Op.Cit. Ver páginas 1312 y siguientes.

34 Es decir, que se reputa al quebrado como culpable sin admitirse prueba en contrario.

35 Op. Cit. Ver páginas 1315 y siguientes.



fraude establecidas por la ley (...) precisándose tan solo estimar como cuestión de hecho si por el resultado de las pruebas han concurrido las circunstancias prevenidas en la ley y que determinan la calificación de fraudulencia»³⁶.

Al igual que en el caso de la quiebra culpable, existen presunciones absolutas y relativas de quiebra fraudulenta. Dentro de las presunciones absolutas, Baró y Pedreño han detectado la existencia de las siguientes³⁷:

- a) Alzamiento, ocultamiento o sustracción de bienes de la masa concursal.
- b) Fraude en la contabilidad.
- c) Apropiación indebida de fondos o efectos ajenos que le estuvieren encomendado al deudor en depósito, administración o comisión.
- d) Negociación no autorizada de letras de cambio ajenas.
- e) Ocultamiento de ventas efectuadas en comisión al propietario de los géneros materia de la operación.
- f) Simulación de obligaciones.
- g) Reconocimiento de deudas supuestas.
- h) Anticipación de pagos en perjuicio de los acreedores.
- i) Distracción de bienes de la masa³⁸.

Finalmente, los autores en mención, señalan cuando es que existe una presunción relativa de fraudulencia³⁹, indicando que «La quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario».

Estimamos que algunos de los criterios y conceptos recién expuestos podrían ser de utilidad en un futuro no muy lejano en caso nuestros legisladores compartan la preocupación planteada en el presente artículo, referida a la necesidad de afinar la regulación sobre la determinación de las responsabilidades en la generación de la problemática de crisis patrimonial que conduce a una persona a ingresar a un procedimiento concursal, desligando el establecimiento de

determinadas consecuencias (fundamentalmente las inhabilitaciones y demás restricciones de derechos) de la simple declaración de quiebra y más bien asignando tales efectos a quienes de manera efectiva actuaron de manera negligente o dolosa o, inclusive, incurrieron en conductas puntuales que la sociedad cataloga como no deseables y que sería necesario definir por la vía normativa tal como, de alguna forma, sucede en el modelo español.

VII. Conclusiones

1. Las inhabilitaciones y demás mecanismos de restricción de derechos no deben dictarse en razón de la simple declaración de quiebra, conforme proclama la Ley General del Sistema Concursal, sino que ello debería ocurrir durante cualquier etapa o estado del procedimiento concursal (sea este uno de carácter ordinario o preventivo), siempre que, además, se determine algún tipo de responsabilidad por una actuación u omisión dolosa o culpable del deudor persona natural y/o de los directores, gerente general o titular del deudor persona jurídica, según corresponda.

2. Tan importante como lo anteriormente señalado, o incluso de mayor relevancia, es que se regulen mecanismos que extiendan los impedimentos o inhabilitaciones a quienes, antes de que el deudor sea sometido a un procedimiento concursal, originaron la situación de crisis patrimonial que lo llevaron a ingresar a aquél. Ello por cuanto, probablemente las principales responsabilidades (si las hubiere) en la generación del debilitamiento patrimonial del deudor tengan su causa en tal período y en las personas que en ese momento están a cargo de la gestión del deudor, las que en la actualidad no resultan pasibles de tales inhabilitaciones y, probablemente (si es que existen irregularidades o cuando menos negligencia de su parte) no formen parte ya de la organización del concursado en las etapas en que nuestra legislación sí contempla la determinación de las citadas responsabilidades.

36 Op. Cit. Página 1330.

37 Op. Cit. Ver página 1334 y siguientes.

38 Esto se refiere a la aplicación a usos personales de dinero, efectos o créditos de la masa concursal.

39 Op. Cit. 1377.

3. Es apropiado que se extienda, para el caso de futuros procedimientos a regirse por la Ley General del Sistema Concursal, los impedimentos o inhabilidades a todos los integrantes del directorio y a los gerentes generales, por cuanto, ambos son órganos que pueden tener injerencia en la situación patrimonial de una empresa y, eventualmente, generar con sus actos u omisiones que ésta se vea inmersa en una situación de crisis.
4. La responsabilidad mencionada en la conclusión precedente no necesariamente debe decretarse en el marco de un proceso penal. Eventualmente y sin perjuicio de las sanciones de inhabilitación que en vía judicial se dicten por comisión de un «Atentado contra el Sistema Crediticio», sería factible que se establezca algún otro mecanismo de determinación de impedimentos o inhabilitaciones para el deudor o sus directores, gerentes y demás personas que resulten efectivamente responsables de la situación de crisis que condujo al inicio de un procedimiento concursal.
5. Como consecuencia de lo expuesto en los puntos precedentes, se estima que nuestra legislación concursal debería reconducirse de acuerdo a las observaciones formuladas en el presente artículo pues, caso contrario, podría afectarse los derechos de personas que no han tenido responsabilidad alguna en la generación o ahondamiento de la crisis de un deudor finalmente sometido a un procedimiento concursal y, porque además, bajo las reglas de nuestro vigente sistema normativo es factible que queden impunes los auténticos causantes de la problemática patrimonial del concursado 