
LA QUIEBRA: CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN DEL EMPRESARIO, DEL PRESIDENTE DEL DIRECTORIO Y DEL TITULAR DE LA EMPRESA

Rafael Villanueva Merino

Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad del empresario está sujeta a diversos riesgos que van desde el éxito del negocio al fracaso del mismo; esta última situación no solo conlleva, en la mayoría de los casos, a la pérdida de su patrimonio, sino que origina sobre él ciertos efectos que lo marginan de toda actividad comercial por un período de tiempo que parece tener como objetivo, ya sea la rehabilitación de su conducta, un castigo, o el simple alejamiento del mundo empresarial para evitar su reincidencia y el perjuicio futuro a nuevos acreedores.

La Ley General de Sociedades y en especial la Ley General del Sistema Concursal disponen los efectos de la quiebra en las sociedades y en el empresario, imponiendo —en el caso de la norma concursal— sanciones e inhabilitaciones que nos hacen retornar a los orígenes de la quiebra y sus efectos, sin que medie más consideraciones que la constatación de la situación de quiebra y en las que se extienden sus efectos sobre el presidente del directorio y el titular de la empresa.

2. ¿HEMOS REGRESADO AL PASADO?

El derecho comercial es una disciplina que se ha caracterizado por su evolución constante, en razón de aplicar a sus instituciones las situaciones que se van generando en el tiempo y beneficiarse con la modernidad, pues las prácticas empresariales se modifican constantemente.

Consideramos necesario que previamente a realizar cualquier análisis sobre los efectos de la quiebra en la legislación nacional vigente, efectuemos un breve viaje en el tiempo, para recordar la forma cómo se trataba esta situación y a partir de allí evaluar si hemos regresado al pasado, o realmente el tratamiento actual es acorde con el desarrollo en lo que concierne a este tema.

2.1. *Manus injectio*

En Roma existió la *manus injectio*¹, que es el medio de ejecución más antiguo, cuyo procedimiento consistía, en que luego de la condena del juez (*iudicatus*) o de la confesión del deudor (*confesus*), este contaba con 30 días para pagar, y en caso que vencido el término no se cumpliera con el pago, el acreedor podía forzarlo a comparecer frente al pretor para que le sea entregado como prisionero en su cárcel privada, esta acción podía ser neutralizada por familiares o amigos que efectuasen el pago; durante 60 días el deudor era mantenido encadenado y conducido ante el pretor para exponerlo y procurar que

alguien asuma el pago; de no lograrse este hecho, el acreedor estaba en facultad de matarlo o venderlo convertido en esclavo; en caso de ser varios acreedores podían repartirse el cadáver o el producto de la venta.

2.2. *Bonorum venditio*

Este trágico procedimiento fue sustituido y a mediados del siglo VII se promulgó la *bonorum venditio*, por la cual al deudor se le daba por muerto y se cumplía con el rito funerario inclusive, posteriormente los acreedores nombraban un "magíster" –similar al liquidador o síndico–, y luego del inventario entregaba los bienes al mejor postor, que asumiendo la condición de heredero pagaba a los acreedores en la proporción fijada. El deudor no podía usar linos ni joyas, y de obtener algún medio de fortuna, debía pagar los saldos insolutos.

2.3. *Bancarrotta y quiebra*

En los siglos XII y XIII el término bancarrota se origina en razón que a los comerciantes que incumplían con los pagos, se les rompía el puesto de trabajo o el banco donde se sentaban. Asimismo, la expresión *Banruptcy*, cuya traducción no puede ser tomada literalmente al español, se refiere al estado o condición de quien es incapaz de pagar sus adeudos conforme se van venciendo, y a quien se le aplica la *Banruptcy act*².

1 BARRERO BUTRAGO, Alvaro. *Manual de procedimientos concursales*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999, pp. 18-21.

2 BLACK HENRY, C. *Black's Law Dictionary*. 5a edición. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979, p. 134. Es importante tener en cuenta que la *Banruptcy Act* incluye tanto los fenómenos de quiebra (capítulo 7 de la legislación estadounidense) como los procesos de rehabilitación y reorganización (capítulos 11 y 13).

Del mismo modo, la referencia al quebrado se origina en la misma situación referida a la bancarrota, pues se producía la quiebra física del puesto de trabajo, y el procedimiento devenía en el castigo con detención sobre el deudor.

En algunos lugares, al comerciante incumplido se le sometía a castigos corporales y de deshonra pública, como la colocación de un *carcan*, que era una especie de aro que se ponía en el tobillo para exponer su condición de quebrado.

2.4 Ordenanzas de Bilbao de 1737

En 1299, las cortes de Barcelona prohibieron al deudor que quebrase volver a tener "tabla de cambio, ni empleo alguno"³; la consagración de la doctrina mercantilista de la quiebra se alcanza con las ordenanzas de Bilbao de 1737, que regula un procedimiento de quiebra exclusivo para los comerciantes, y divide a los quebrados en tres clases: atrasados, quebrados por infortunio y quebrados fraudulentos, estas ordenanzas contienen la primera reglamentación completa de la quiebra, y en ellas podemos apreciar que se distinguen diversas formas que originan la situación de quiebra, y por ende sus efectos, los mismos que no pueden ser de igual magnitud o severidad.

2.5 Código de Comercio francés de 1807

En Francia los procedimientos eran breves, por lo que pasados tres días del incumplimiento, el deudor era encarcelado y sus bienes confiscados, con la pérdida

inclusive de sus derechos civiles y cívicos. El comerciante era sometido a trabajos forzados y tratado incluso como un criminal, se partía de la premisa de origen romano que señalaba que, todo comerciante quebrado era fraudulento, *decoctor ergo fraudator*.

2.6 Legislación española

Si consideramos que nuestro Código de Comercio, que precedió a la Ley de Quiebras de 1922, se originó en el Código de Comercio español, es necesario referirnos a dicha legislación para precisar que en ella se aplicaban severas sanciones a los comerciantes quebrados —diferenciándolos de los no comerciantes— y se castigaba con prisión al quebrado, impidiéndole incluso solicitar la quita o rebaja de créditos y las consiguientes sanciones por quiebra fraudulenta, sin dejar de precisar que se reivindica un tipo español de legislación de quiebras, principalmente en la doctrina de Salgado de Somoza⁴.

3.- ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA QUIEBRA EN EL PERÚ ANTES DE LA LEY 27809

3.1 Ley Procesal de Quiebras

Entiéndase en primer término que cuando la ley citada se pronuncia en relación con la quiebra, se está refiriendo al procedimiento de quiebra que es el ante-

3 GARRIGUES Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Tomo 5. Bogotá: Editorial Temis, 1987, pp. 12-13.

4 NAVARRINI, Humberto. *La quiebra*. Traducción y notas sobre el derecho español. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, pp. 27-28.

cedente al estado de insolvencia o de situación de concurso en la actualidad.

Ahora bien, al referirnos a los efectos de la quiebra, buscamos analizar los alcances que sobre el deudor tenía la declaración o sentencia del juez de la quiebra y los efectos del procedimiento sobre el fallido —entiéndase al deudor comerciante comprendido en el procedimiento de quiebra—. Es así que en la citada norma se precisa que el fallido no cae en interdicción civil por razón de la quiebra y puede ejercer sus derechos civiles. Asimismo, el juez de la quiebra, una vez declarada esta situación, daba aviso al juez penal para que investigue si el fallido u otra persona tenían responsabilidad de algún delito relacionado con la quiebra, y de esa forma se establecían responsabilidades sobre el deudor comerciante, en tanto la quiebra fuese fortuita, culpable o fraudulenta; y en relación con los directores, administradores y gerentes de una sociedad se debía establecer si incurrieron durante su gestión en la comisión de delitos penados por ley.

Es decir, que esta norma hacía un distinción entre las clases de quiebra y en virtud a esa circunstancia se aplicaban diversos efectos sobre el quebrado, siendo que las sanciones sobre las autoridades o administradores de la sociedad estaban condicionadas a la comisión de un delito en la gestión y causa de la quiebra.

3.2 *La Ley de Reestructuración Empresarial, ley 26116, y su reglamento, la Ley de Reestructuración Patrimonial, decreto legislativo 845, y la ley 27146*

Es a partir de 1992 que la legislación se modifica y el país se incorpora en el ámbito concursal del derecho, con procedimientos que privilegian la decisión de los

acreedores organizados en junta. En referencia a la primera de las normas señaladas, así como a su reglamento, debemos precisar que si bien se trataba en ella la quiebra y sus efectos, estos no se referían a la inhabilitación del comerciante deudor, ni menos aún a las autoridades, administradores o titulares de la sociedad.

Con relación a la Ley de Reestructuración Patrimonial, en su artículo 90, se disponía que cuando existieran elementos de juicio suficientes que hicieran presumir que la quiebra de una empresa es fraudulenta, se debía oficiar al fiscal provincial en lo penal a fin que de oficio inicie las investigaciones y luego se determinen las responsabilidades para aplicar las sanciones de acuerdo con el Código Penal. Este artículo fue derogado por la XVI disposición final de la ley 27146, la misma que no señalaba efecto alguno referente a la inhabilitación del comerciante quebrado, los administradores o titulares de la sociedad declarada en quiebra. De esta forma la legislación concursal se fue al extremo de no disponer nada en absoluto con relación a los efectos de la quiebra, tanto en la determinación de las clases de quiebras como en lo que a la inhabilitación de los responsables se refiere.

3.3 *Ley General de Sociedades*

Hagamos una referencia final a lo que señala la Ley General de Sociedades⁵, que dispone la obligación de los liquidadores de solicitar la declaración judicial de quiebra con arreglo a la ley de la materia, esto es a la legislación concursal vigente, que a la fecha es la Ley General del Sistema Concursal, ley 27809, sin hacer entonces precisión alguna sobre los efectos de la

5 Artículo 417 de la Ley General de Sociedades, 26887.

quiebra en los administradores o titulares de la sociedad.

4. LOS EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LA LEY 27809 Y SU EXTENSIÓN MÁS ALLÁ DE LOS LÍMITES DE LA PERSONA NATURAL

Como hemos referido, la normatividad que se encontraba vigente antes de la promulgación de la Ley General del Sistema Concursal, ley 27809, generaba no solo un clima de incertidumbre, sino un vacío sobre los efectos de la quiebra en la persona natural no incurso en delitos relacionados con la quiebra. Debido a esta razón, el proyecto de la mencionada ley, incorporó un artículo específico titulado "Efectos de la quiebra de la persona natural"⁶, el mismo que contenía dos numerales en los que se trataban los impedimentos de la persona natural luego de la declaración judicial de quiebra y la situación del quebrado respecto a sus derechos civiles, los cuales podía ejercer libremente, salvo los impedimentos que mencionaba el mismo artículo.

La referencia al proyecto de la ley no es un hecho ocioso, ya que si bien es cierto que desde el proyecto existían situaciones que ameritaban nuestra crítica con respecto a los efectos de la quiebra en la persona natural, es en la promulgación de la ley donde apreciamos la incorporación de dos numerales adicionales⁷, que extienden los efectos de la quiebra más allá de la persona natural, y alcanzan insospechadamente—sin ninguna precisión adicional— al presi-

dente del directorio de la empresa concursada y al titular de la empresa, situaciones que analizaremos a continuación.

4.1. La persona natural y los efectos de la quiebra

Es preciso determinar en primer término que nuestra posición sobre la necesidad de establecer efectos de la quiebra sobre las personas naturales es afirmativa, sin embargo, consideramos que para ello se requiere analizar diversas consideraciones que la ley vigente no ha contemplado.

En primer término no podemos entender que no se haga distingo alguno sobre las posibles clases de quiebra, ya sean fortuitas, culposas o dolosas, es decir, fraudulentas, y a partir de este hecho se establezcan diversos efectos según el grado de responsabilidad del quebrado; esto no quiere decir que desconozcamos la existencia de la regulación penal nacional, que establece la tipicidad del delito de quiebra en sus diversas modalidades⁸, sino que nos interesa determinar previamente, que la quiebra de por sí no es un delito⁹ y, además, en qué caso estaríamos frente al delito de quiebra¹⁰.

6 Página web de INDECOPI. Proyecto de ley del sistema concursal.

7 Ley General del Sistema Concursal, 27809. Artículo 100. Efectos de la quiebra.

8 Código Penal. Título VI. Atentados contra el sistema crediticio. Artículos 209-213. Modificado por la octava disposición final de la ley 27146.

9 "La declaratoria de quiebra, en sí, no es justiciable penalmente, sino una condición de punibilidad: la quiebra en sí no es un delito". FLORES POLO, Pedro, citado por LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho penal económico* (aplicado al Código Penal). Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. 2a. edición, 1996, p. 159.

10 "El delito de quiebra consiste en la insolvencia del comerciante judicialmente declarado en quiebra, que encuentra su origen en la falta del orden regular y prudente de una buena administración mercantil cuando tal falta reviste una particular gravedad determinada por la ley". BAJO FERNÁNDEZ, Manuel, citado por LAMAS PUCCIO, Luis. Op. cit. p. 157.

El objetivo de esta clasificación o distinción se hace necesario para demarcar las diferencias con las sanciones que aplica el Código Penal, que no solo abarca la pena privativa de libertad sino la inhabilitación de tres a cinco años según el artículo 36 del referido cuerpo legal, y que se extiende a los cargos públicos y al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria.

Esto quiere decir, que a la luz de la Ley General del Sistema Concursal, en la que se aplican sanciones de inhabilitación por un plazo de cinco años, en los que la persona natural no podrá: constituir sociedades e incluso renunciar o apartarse de aquellas ya constituidas; ejercer cargos de director, gerente o administrador de personas jurídicas; ser tutor, curador, representante legal entre otras; resulta que estas serían aplicables a la persona natural declarada en quiebra, independientemente del hecho que se le hubiere condenado por los delitos previstos en el Código Penal.

En nuestra opinión estos efectos son excesivos toda vez que ya existe una norma legal que contempla el tipo penal para estos casos, y que establece las situaciones de inhabilitación y sus efectos. Pretender extender los mismos en forma tan severa hacia cualquier persona natural que hubiese sido declarada en quiebra y que no se encuentre incurso en un delito está muy lejos de representar un criterio de eficiencia para desincentivar, limitar, evitar o sancionar a los quebrados.

No es posible dejar de considerar que aquella persona que ha sido declarada en quiebra viene sufriendo una situación de insolvencia que ha afectado gravemente su credibilidad en el sistema financiero y comercial, hecho que obviamente ha perjudicado su crédito y la posibilidad de acceder a líneas de capital o financiamiento. En la economía de hoy es muy sencillo que cualquier persona —no solo los bancos

y grandes empresas— ingrese a una central de riesgo y verifique los antecedentes crediticios de una persona natural o jurídica, con lo que podrá determinar si es eficiente o no la decisión de realizar una operación comercial con este tercero.

Si esto es así, qué objeto tiene sancionar con una inhabilitación tan excesiva a las personas naturales quebradas que no hubieren incurrido en delito relacionado con la quiebra y privarlas por un plazo de cinco años de realizar las actividades que señala el artículo 100.1 de la Ley General del Sistema Concursal. Acaso estamos regresando a la premisa romana que señalaba *decoctor ergo fraudator* y de esa forma dictando la muerte comercial o el certificado de defunción del empresario declarado en quiebra. Acaso no debería establecerse una sanción por un tiempo menor —que de por sí sería un plazo de inhabilitación formal y adicional al plazo natural producto de la insolvencia y de la crisis— y de este modo dejar que el mercado evalúe la conveniencia o no de permitirle actuar comercialmente.

Si analizamos la situación en dos realidades cercanas a la nuestra, como son la argentina y la colombiana podemos ver que en el primer caso la inhabilitación es por el plazo de un año desde la fecha de la quiebra¹¹, y en el segundo la inhabilitación está condicionada a una serie de eventos o conductas que la determinan y están relacionadas principalmente al fraude, la malversación y el ocultamiento de bienes, actos simulados, entre otros, y en dichos casos alcanzará un plazo de 10 años¹², tér-

11 DASSO, Ariel. *Tendencias actuales del derecho concursal*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 1999. pp. 287-292.

12 BARRERO BUITRAGO, Álvaro. Op. cit. Capítulo 2, pp. 101-104.

mino superior al establecido por nuestro ordenamiento penal. Apreciamos entonces que en un extremo se establece una sanción por un plazo que consideramos razonable y efectivo, y en el segundo caso la sanción está vinculada –tal y como lo prevé nuestro Código Penal– a una determinada tipicidad, con lo cual no encontramos discrepancia, pues nuestra posición en lo que se refiere a los delitos vinculados a la quiebra es acorde a lo normado en esa materia.

4.2. Extensión de los efectos de la quiebra al presidente del directorio y al titular de la empresa concursada

Conforme señalamos anteriormente, se incorporaron al proyecto de ley sendas disposiciones que desnaturalizaron los efectos de la quiebra, que alcanzaba originalmente solo a la persona natural, y con el añadido del numeral 100.3 de la ley 27809 se comprendió en los efectos dictados en el numeral 100.1 a sujetos que están vinculados a una persona jurídica que ha sido declarada en quiebra.

En el caso de la mención al presidente del directorio de la empresa concursada, consideramos que se ha incurrido en una gruesa falta de técnica legislativa y que la simpleza con la que se hace mención a quien preside el segundo órgano más importante de la sociedad anónima, no solo no contribuye en lo absoluto con el desarrollo del sistema concursal, sino que origina una situación de confusión e incertidumbre al respecto. Decimos esto porque desconocemos qué intención o motivación tuvo el legislador para comprender en los efectos de la quiebra al presidente del directorio de la empresa concursada, puesto que en todo caso debió mencionar a quienes estuvieran a cargo de la administra-

ción, incluyendo al resto de directores –toda vez que el directorio es un órgano colegiado y sus decisiones se adoptan por mayorías¹³, y asimismo también comprender al gerente general, ya que este es quien ejecuta las decisiones del directorio¹⁴.

Sin embargo, al igual que en el caso de la persona natural, no deberíamos preguntarnos qué objeto tiene extender los efectos de la declaración judicial de quiebra a los administradores de la empresa concursada, sin importar las causas de la quiebra y si esta ha sido fortuita, culposa o dolosa. Además, acaso no existen normas que establecen la responsabilidad de los directores de las sociedades en relación con los acuerdos que adoptan y, del mismo modo, normas que disponen la responsabilidad del gerente general o administradores de la empresa por sus actos.

La simple consideración de que el hecho de ocupar un cargo en una empresa tenga efectos de inhabilitación por el plazo de cinco años, según lo referido en el artículo 100.1, en caso de quiebra, extralimita la responsabilidad que la propia Ley General de Sociedades establece para estos cargos¹⁵, y la doctrina mayoritaria, señala que

el éxito o fracaso no son los factores determinantes de la responsabilidad. Admitir lo contrario sería establecer que la obtención

13 “Debe estar conformado por una pluralidad de miembros, en número no menor de tres, y que las decisiones se adoptan por el directorio en calidad de órgano y no a título personal por sus integrantes”. ELIAS, Enrique. *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Obra Completa. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 2000, p. 329.

14 “La administración de la sociedad anónima está confiada al directorio y la gerencia. Mientras el primero se ocupa de delinear las políticas generales de administración, la gerencia realiza los actos de ejecución y gestión cotidiana de la sociedad.” ELIAS, Enrique. Op. cit., p. 386.

15 Ley General de Sociedades. Artículos 177, 190 y 191.

de utilidades, en una empresa en la que el riesgo siempre está presente, es una obligación ineludible de los directores, sujeta a sanción en caso de malos resultados¹⁶.

Las sanciones establecidas en el Código Penal —a las que nos referimos anteriormente— involucran la responsabilidad de los administradores, por lo que estaríamos nuevamente ante la premisa de “deudor entonces fraudulento”, sin que medie ninguna justificación para inhabilitar a una persona que en el ejercicio de un cargo de administración en una empresa, y sin que medie responsabilidad penal alguna, sea privada por cinco años y declarada muerta comercialmente, debido a que la situación de crisis determinó la quiebra de la empresa. Independientemente de este hecho —que como señalamos nos parece no solo severo, sino inaplicable para estos casos en los que no media responsabilidad penal de los administradores—, la ley 27809 no precisa si se refiere al presidente del directorio en ejercicio de su cargo en el momento en que se originó la cesación de pagos, el ingreso al procedimiento concursal, la liquidación, la declaración de quiebra; o quizás mucho antes de todo ello, cuando la empresa registró pérdidas en sus estados financieros.

Solo se refiere a algún plazo la ley, en el numeral cuatro del artículo 101, al señalar el término para solicitar la rehabilitación, el mismo que se computa desde la fecha que quede firme o consentida la resolución que declara la quiebra de la persona jurídica que representan.

La Ley Concursal no se limita a extender sendos certificados de defunción solo para el empresario como persona natural y

el presidente del directorio de la empresa concursada, sino que hace lo propio con el titular de la empresa, y en este caso incurre nuevamente en vacíos legislativos que solo contribuyen a incrementar el clima de incertidumbre existente respecto a los sujetos comprendidos en los efectos de la declaración de quiebra. No precisa la ley a quién se refiere al mencionar el término “titular”, toda vez que un primer impulso nos inclinaría a pensar que hace alusión al titular de la empresa de responsabilidad limitada¹⁷, y para ello nos remitiríamos a la propia ley 27809 que en otro de sus artículos menciona el mismo término¹⁸. Sin embargo, del contexto del artículo 100.3, que precisa que los alcances de los efectos de la quiebra se extienden al presidente del directorio de la empresa concursada y al titular de esta, nos inclinamos a suponer que se está refiriendo al propietario de la empresa, sea en su calidad de accionista, participacionista o titular, máxime si de por sí extiende los efectos al presidente del directorio de la empresa y acto seguido se refiere al titular de la misma.

En este caso, la ley tampoco hace distinción en la responsabilidad que debería imputársele al accionista por la declaración de quiebra, y hace caso omiso a la existencia de la regulación penal, decretando la muerte comercial del accionista o titular por el mero hecho de la quiebra, con lo que nuevamente regresamos a la premisa *decoctor ergo fraudator*.

¹⁶ ELIAS, Enrique. Op. cit., p. 373.

¹⁷ Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, decreto ley 21621. Artículos 1 y 5.

¹⁸ Ley General del Sistema Concursal, ley 27809. Artículo 68.1 “Cuando la junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán...”

Analicemos la posibilidad de que existan accionistas minoritarios –cuyo voto no influenciaba determinantemente los acuerdos de la junta de accionistas– que se opusieron repetidamente a las decisiones adoptadas; acaso serán igualmente responsables; acaso la ley determina esta posibilidad; independientemente de que todos los accionistas, inclusive los disidentes y los que no hubiesen participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos adoptados en la junta general¹⁹. Sin perjuicio de este hecho, se deja de lado abiertamente el principio de limitación de responsabilidad consagrado en la legislación societaria, y por ende se genera un clima de inseguridad jurídica, puesto que quienes elijan una forma societaria con responsabilidad limitada –que además será de conocimiento de quienes contratan con esa sociedad– se encuentran desprovistos de tal condición y son pasibles de ser inhabilitados por cinco años y renunciar a toda práctica comercial, sin que necesariamente se pruebe responsabilidad en la quiebra, supuesto en el cual no existiría ningún atentado contra la seguridad jurídica, pues está normado en la ley penal y a esta se someten todos los ciudadanos.

La confusión se agrava al analizar el artículo 101 de la ley 27809, puesto que en él las referencias son constantes al término deudor –tal y como estaba redactado en el proyecto de ley mencionado–, evidenciando que la incorporación de los efectos de la quiebra sobre el presidente del directorio y el accionista o titular, no guardan relación alguna con el contexto legal de la norma, sin perjuicio de reiterar que la declaración de quiebra acarrea a la fecha la

muerte comercial por un período de cinco años, término no solo excesivo y severo, sino inadecuado en lo que se refiere a los sujetos mencionados en este párrafo, máxime si reiteramos que su inclusión no responde a una determinación previa de responsabilidad en la crisis o a la oportunidad en la que ejercían tal función y que esta sea coincidente con la quiebra.

5. DEBE EXISTIR COINCIDENCIA ENTRE LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA, LOS SUJETOS COMPRENDIDOS Y LOS EFECTOS DE LA MISMA

De lo expuesto en el presente trabajo, nos permitimos esbozar algunas recomendaciones con relación a los alcances de los efectos de la quiebra, en razón a las siguientes consideraciones.

5.1 *Los efectos de la quiebra solo deben comprender al deudor empresario como persona natural.*

La condición de empresario deudor sometido a concurso y posterior liquidación y quiebra –sin perjuicio de contemplar la situación del quebrado no comerciante– debe analizarse en primer lugar bajo las causales de la quiebra, esta sea fortuita, culpable o fraudulenta; de esta forma si nos encontramos en la consideración que le es imputable responsabilidad penal por la quiebra, será de aplicación lo dispuesto por el Código Penal y la pena privativa de libertad e inhabilitaciones dispuestas en ese cuerpo legal. En caso contrario, y de presentarse la situación en que no le alcanza responsabilidad penal, somos de la opinión de que se le aplique un período de

19 ELIAS, Enrique. Op. cit., p. 252.

inhabilitación no mayor a un año, considerando como hemos mencionado que la crisis en sí misma ya le ha originado la pérdida de casi todo su patrimonio y el desprestigio en el mercado comercial y ante las entidades financieras, situación que se publicita no solo por la publicación de la declaración de quiebra²⁰, sino por la avanzada tecnología implementada en nuestro medio a través de las centrales de riesgo que proporcionan información por vía telefónica o en internet y que permiten conocer la situación crediticia de aquellos que nos solicitan un crédito, proponen un negocio o una operación comercial.

Será el propio mercado y sus reglas de libre competencia, aunadas a las seguridades que sean necesarias aplicar, las que determinarán de qué manera el quebrado logra reinsertarse en la práctica empresarial, situación que es mucho más eficiente que establecer un plazo de cinco años de una muerte empresarial forzosa.

5.2 No debe comprenderse en los efectos de la quiebra a los administradores de la sociedad ni a los accionistas o titulares cuando no hay responsabilidad penal

En primer lugar, la referencia al presidente del directorio, pese a ser solo un miembro más de un órgano colegiado, y sin determinar a qué período del ejercicio del cargo está referida la responsabilidad en la quiebra, y por ende los efectos de la misma, son inaceptables. Los efectos de la quiebra tampoco consideran aquellos casos de sociedades anónimas cerradas en

los que no existe directorio y los órganos son la junta general de accionistas y la gerencia. En segundo lugar, la dirección y gestión de toda empresa, implica de por sí un riesgo para obtener una porción del sector económico en el que se desenvuelve la sociedad, riesgo que puede originar tanto utilidades como pérdidas, máxime si la empresa enfrenta en su accionar circunstancias vinculadas a la provisión de fuentes de financiamiento apropiadas y a bajo costo, competencia por el mercado con las empresas del ramo, adecuada regulación legal que haga posible el desarrollo del negocio en las mismas condiciones estimadas en el mediano y largo plazo, entre otras. Es decir, la empresa, no tiene necesariamente la certeza de obtener éxito en la ejecución de su plan de acción y no habiendo mediado responsabilidad penal en sus directivos, administradores, titulares o accionistas, no puede aceptarse que se apliquen sobre estos efectos de inhabilitación por ningún plazo.

La responsabilidad limitada no puede vulnerarse y pretender alcanzar indebidamente a los accionistas de una empresa que acordaron un pacto social con limitación hasta el monto de sus aportes —conforme se señala en su denominación social—, y que en la quiebra de la empresa han perdido todo el patrimonio aportado, pretendiendo que sin que medie responsabilidad penal se le inhabilite por cinco años y se decrete también en este caso la muerte empresarial con el consiguiente certificado de defunción, es inaceptable.

Finalmente, el interés del derecho empresarial y de las áreas afines a él, debe seguir siendo estar en sintonía con la realidad imperante, y servir de facilitador para el desarrollo de la sociedad en términos de seguridad jurídica y económica. Para ello

²⁰ Ley General del Sistema Concursal, 27809. Artículo 99.3

no debe volver a épocas en las que la quiebra tenía una connotación punitiva y lo que se buscaba era un castigo solo por el hecho de la falencia económica y bajo la presunción de que todo deudor era fraudulento; muy por el contrario, será labor de nuestra disciplina el establecer condiciones idóneas para que los empresarios se reinserten en el mercado, luego de un proceso de insolvencia, liquidación y quiebra, que de por sí debe haber sido aleccionador; y que sea el propio mercado con los medios que la tecnología de la información le proporciona quien le establezca las barreras para volverse a desarrollar empresarialmente.