



## **“EFICIENTE CORRECCIÓN LEGISLATIVA REFERENTE A INJUSTIFICADA SANCIÓN A EMPRESARIOS QUE CONTENÍA LA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL”**

### **1. Introducción**

Como lo mencione anteriormente en el artículo que denominé *“Análisis de injustificada sanción a presidentes de directorio y titulares de empresas quebradas en la Ley Concursal peruana”*<sup>1</sup> al referirme a la existencia de una discriminatoria, arbitraria e inconstitucional sanción que se encontraba contenida en el artículo 100.3º de la ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809) en contra de los presidentes de directorio y titulares de empresas en el caso de quiebras no dolosas, debemos comprender lo trascendental que es el que la actividad económica de nuestro país cuente con normas eficientes que promuevan la inversión privada, ya sea ésta con capitales nacionales o extranjeros, puesto que es la única manera en la que podemos generar riqueza y estabilidad en nuestro país; ya que en caso contrario las normas ineficientes se constituyen como un desincentivo a desarrollar actividades económicas, constituyéndose en externalidades<sup>2</sup> negativas.

En este mismo orden de ideas debo referir que es fundamental para un adecuado desarrollo social y económico del país que el Poder Legislativo, nos brinde una base normativa empresarial que esté adecuada a principios que transmitan al mercado; y por ende a sus agentes; los principios rectores de previsibilidad, seguridad y certeza que son los que rigen y multiplican el efecto expansivo de las actividades empresariales en general, debiendo constituirse el trabajo legislativo en un medio que incentive el desarrollo de actividades económicas y no en un obstáculo para su perfeccionamiento.

Es en este sentido debemos manifestar nuestra satisfacción al notar que nuestros legisladores han hecho una corrección fundamental en nuestra Ley General del Sistema Concursal, que es la norma que regula justamente el manejo adecuado de las crisis patrimoniales en las pudieran incurrir los agentes económicos del mercado, con la finalidad de que el resto de la sociedad no se vea afectada por una crisis que pudiera ser transitoria o definitiva<sup>3</sup> al derogar el numeral 100.3º del Art. 100º de la Ley N° 27809,

---

<sup>1</sup> Publicado en Actualidad Jurídica Tomo 143, Octubre de 2005 (Gaceta Jurídica), Págs. 21, 22 y 23.

<sup>2</sup> Costos o beneficios no contratados, que a su vez pueden ser negativas – como la contaminación - o positivas – como la seguridad adicional que nos brinda el vigilante de la heladería del costado. Ver Bullard, Alfredo (2003) *Derecho y Economía*. Lima. Palestra Editores. Pág. 42.

<sup>3</sup> Si es transitoria continuara en el mercado ya sea o por que aprueba el Acuerdo Global de Refinanciación que pudo sustentar en un Proceso Concursal Preventivo o un Plan de Reestructuración dentro de un Proceso Concursal Ordinario.



mediante la Ley N° 28709 del 12 de abril pasado que en su artículo 2° deroga el numeral precitado.

**2. Situación antes de la Ley N° 28709 del 12 de abril de 2006, que en su artículo 2° deroga el numeral 100.3° de la Ley General del Sistema Concursal.**

Según lo hemos referido anteriormente el numeral 100.3° del Artículo 100° de la Ley General del Sistema Concursal establecía sanciones a los presidentes de directorio y a los titulares de empresas concursadas que devengan en quiebras no dolosas que cuando menos eran imprecisas, inconvenientes e inadecuadas al desarrollo normativo que ha tenido nuestra legislación concursal<sup>4</sup>.

Conforme a lo expuesto la quiebra en nuestro país está regulada en el Título III de la Ley N° 27809, artículo 100<sup>5</sup>, el mismo que contenía el numeral 100.3° que a la letra determinaba que: *“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”* es decir que tendrían los mismos impedimentos que cualquier persona natural que hubiera sido declarada quebrada, los que son:

- 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.

---

<sup>4</sup> LOZANO HERNÁNDEZ, Julio Carlos. La responsabilidad de los empresarios en las crisis patrimoniales, desde el Derecho Romano hasta el Derecho de Grupos. Primera Edición. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. Lima, Marzo 2006, Pág. 35.

<sup>5</sup> 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.

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.



Las deficiencias se presentaban por cuanto los autores de dicha norma no lograron diferenciar varios conceptos que indebidamente se incluían sin mayor sustento, por ejemplo, al imponer sanciones al *presidente de directorio* no repararon en que el *directorio* es un órgano colegiado tal y como esta conceptualizado en nuestra legislación, la que además dispone que su presidente cumple una función organizadora y formal en dicho órgano pero no de responsabilidad individual, salvo por sus acciones particulares. Asimismo ocurría al establecer sanciones para los *titulares* de empresas sin especificar claramente a quienes se esta refiriendo, si sólo a los propietarios de la Empresa Individuales de Responsabilidad Limitada<sup>6</sup>, o a los accionistas en general de una empresa colectiva<sup>7</sup>, a los Gerentes o Administradores de las personas jurídicas (individuales o colectivas).

Tampoco asignaba dichas sanciones con la indispensable justificación de una debida evaluación de la responsabilidad que pudieran corresponderle a cada uno de los integrantes de los órganos de dirección y administración de las personas jurídicas en general que pudieran justificar la imposición de estas sanciones.

### **3. Incongruencias que sustentan la derogación de dichas sanciones**

Para sustentar nuestra posición es necesario resaltar las incongruencias encontradas entre la norma derogada y la responsabilidad que le pudiera corresponder a cada uno de los sujetos de sanción establecidos en la ley concursal peruana.

#### **3.1. Evidente retroceso en avance de la lógica concursal**

Antiguamente, específicamente en el derecho romano se vinculaban las obligaciones en general con un cumplimiento personal y no patrimonial de las mismas<sup>8</sup>, posición que; entendemos; ha sido uno de los sustentos de la creación de las personas jurídicas que no son mas que una abstracción generada por el derecho que en su función reguladora nos permite básicamente limitar nuestra responsabilidad; en el caso de sociedades o empresas de capital; al patrimonio mercantil que pudiéramos asignar voluntariamente a la “empresa” que con este fin constituyamos, lo que quiere

---

<sup>6</sup> Reguladas en la Ley N° 21621.

<sup>7</sup> Extiéndase cualquier tipo de Sociedad Mercantil o Civil reguladas en nuestra Ley General de Sociedades.

<sup>8</sup> Conforme a lo analizado en el artículo que trabajamos anteriormente titulado “EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL EN EL PERÚ” publicado el martes 11 de octubre de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, en su Suplemento de Análisis Legal “Jurídica” Año 2, Número 67, Págs. 3, 4 y 5.



decir que la responsabilidad de las obligaciones de naturaleza empresarial o económica evolucionó hacia una responsabilidad patrimonial, por lo que el imponer sanciones a determinados actores empresariales, específicamente a los presidentes de directorio y titulares de empresas involucradas en quiebras “no dolosas” y; claro está; siempre que éstas quiebras se deban a factores absolutamente exógenos al manejo de las personas físicas a su cargo nos parecen un claro retroceso en el avance que la lógica Concursal trae desde sus orígenes, ya que importaría volver al cumplimiento de las obligaciones de manera personal, toda vez que estas sanciones limitaban de manera personal su actividad profesional por el hecho de haber participado en el manejo de empresas que tropiecen con quiebras no fraudulentas.

Debemos manifestar que aunque actualmente la actividad empresarial tiene una fundamental relevancia en el desarrollo económico de las naciones y por ende de sus habitantes, lo que genera una mayor responsabilidad de quienes manejan las empresas, es claro que se está desplazando a un lugar secundario el objetivo punitivo personal que tenían los procedimientos concursales en sus orígenes, pero debemos dejar sentada nuestra posición en el sentido de que su actual relevancia económica y social no puede justificar la imposición de sanciones sin sustento alguno (siquiera culpable) por el simple hecho de pretenderse salvaguardar los justos intereses económicos de los agentes intervinientes en el mercado.

### **3.2. Refiriéndonos a los Presidentes de Directorio**

Era inadmisibles aceptar que sólo los presidentes de directorio estuvieran expuestos de manera arbitraria a éstas sanciones no obstante pertenecer a un órgano colegiado lo significa que *las decisiones se adoptan por el directorio en calidad de órgano y no a título personal de sus integrantes*<sup>9</sup>, y no obstante poder haber utilizado la exención de responsabilidad establecida en el artículo 178<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades<sup>10</sup> e inclusive haber podido votar en contra de un acuerdo que a la larga podría haber desencadenado la quiebra no dolosa de la sociedad donde ejerce el cargo.

### **3.3. Refiriéndonos a los Gerentes**

Como quiera que al no existir mención expresa al cargo de Gerente en el derogado numeral 100.3<sup>o</sup> del Artículo 100<sup>o</sup> de la Ley General del Sistema

---

<sup>9</sup> ELIAS, Enrique. Derecho Societario Peruano, Ley General de Sociedades, Obra Completa Primera Edición. Trujillo. Editora Normas Legales SA. 1999, Pág. 329.

<sup>10</sup> Artículo 178<sup>o</sup>.- Exención de responsabilidad

No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial.



Concursal, éste no era uno de los sujetos de sanción en caso de quiebras no dolosas no obstante poder tener mayor responsabilidad que el Presidente del Directorio como ocurre en el caso de las Sociedades Anónimas Cerradas donde, de acuerdo con el Artículo 247º de la Ley General de Sociedades, se decidiera no tener directorio, es justamente el gerente quien asume las funciones de dicho cuerpo colegiado por lo que de haberse acreditado debidamente la necesidad de imponer sanciones en el caso de quiebras no dolosas (cosa que nunca se ha hecho) debería haberse incluido a los gerentes y con mayor razón a los que ocupen dicho cargo en el caso de las SAC por la razón antes expuesta.

### **3.4. Refiriéndonos a los Titulares de las EIRL**

En el caso del titular de una empresa individual de responsabilidad limitada concursada, la sanción que existía era un exceso en el nivel de responsabilidad que le compete al titular, que está circunscrito exclusivamente al capital aportado para la constitución de esta empresa conforme a lo dispuesto por el Artículo 3º del Decreto Ley N° 21621 que establece que el titular no responde personalmente por las obligaciones de este tipo empresarial, salvo que incurra en alguna de las causales taxativamente señaladas en el Artículo 41º de la misma Ley, en las que cuando menos existe responsabilidad por culpa, hecho que no fue considerado en la sanción que de manera equivocada imponía la Ley Concursal.

### **3.5. Desde la perspectiva del Derecho Penal**

Conforme lo sostuvimos oportunamente en materia penal las incongruencias encontradas eran aún más preocupantes, ya que dicha sanción violentaba los principios de legalidad, de prohibición de la analogía y de proporcionalidad de la pena, lo que se evidenciaba ya que podría ocurrir que no se aplique esta sanción a aquellos malos administradores (extiéndase directores – incluyendo al presidente del directorio – gerentes, administradores, apoderados) que siendo los causantes de quiebras dolosas o culpables no tienen esta sanción a pesar de haber sido debidamente verificada su intervención. Así tenemos que el Artículo 209º del Código Penal<sup>11</sup> que establece en nuestra legislación la

---

<sup>11</sup> Artículo 209.- Quiebra Fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:

1. Ocultamiento de bienes;
2. Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y,



sanción aplicable a los autores del delito de quiebras fraudulentas, sanción penal que se impondría respetando el derecho de defensa de los autores y dentro de un debido proceso, les impone una vez *acreditada su responsabilidad* una sanción de inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36º incisos 2º y 4º<sup>12</sup> del mismo cuerpo legal lo que podría significar que una persona condenada por quiebra fraudulenta sólo reciba una sanción de incapacidad para ejercer profesión, comercio, arte o industria que deberá especificarse en la sentencia por un plazo de tres años que además no importaría la serie de limitaciones que imponía el numeral 100.1º a los sujetos empresariales<sup>13</sup> a quienes si les hubiera podido sancionar de una manera mucho más rigurosa por la quiebra no obstante ser ésta “no dolosa”, sin acreditar culpa o responsabilidad alguna en este hecho.

### 3.6. Desde la perspectiva del Derecho Constitucional

La inconstitucionalidad de la norma derogada era evidente ya que establecía una sanción de manera objetiva lo que la convertía en un dispositivo “inconstitucional” toda vez que no preveía responsabilidad subjetiva alguna, esto es la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente<sup>14</sup>, lo que fue considerado en la derogación efectuada, ya que toda norma que limita derechos (como ocurría con la Ley Concursal) debe ser

---

3. Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena.

#### <sup>12</sup> Artículo 36.- Inhabilitación-Efectos

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

#### <sup>13</sup> Artículo 100º.- 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.

<sup>14</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0010-2002-AI/TC de fecha 03 de Enero de 2003, punto 65 de sus fundamentos, por citar un solo ejemplo de muchos más en los que podemos verificar este criterio de manera uniforme.



entendida en términos restrictivos y no analógicos<sup>15</sup>, por lo que ésta sanción extendiendo los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal<sup>16</sup> que regula la responsabilidad penal era evidentemente inconveniente.

#### **4. Conclusión**

Es por lo expuesto que sinceramente nos sentimos en la obligación de testimoniar y agradecer la eficiente respuesta de nuestros congresistas a un problema de naturaleza legislativa que se constituía en un abuso evidente y un hecho legalmente inaceptable que se ha subsanado debida y oportunamente mediante la Ley N° 28709 del 12 de abril de 2006, que en su artículo 2° deroga el numeral 100.3° de la Ley General del Sistema Concursal, gracias a la eficaz respuesta de la Comisión de Economía, con cuyo Presidente colaboramos en el extremo de la derogación promulgada, y del Pleno del Congreso de la República quienes están demostrando que es posible mejorar nuestra legislación, dotándonos de leyes eficientes que nos permitan alcanzar la competencia perfecta<sup>17</sup>, y lograr de esta manera una asignación eficiente de los recursos y tratar por este medio de desaparecer las evidentes desigualdades que aún tenemos en nuestro país.

***Julio Carlos Lozano Hernández***

---

<sup>15</sup> Ver Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

<sup>16</sup> Artículo VII.-Responsabilidad Penal

La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

<sup>17</sup> SAMUELSON Paul, y NORDHAUS William. *ECONOMÍA*, Decimoséptima Edición. Madrid. España. McGraw-Hill Editora. 2002, Pág. 30.