

## AL FILO DE LA SOSPECHA

### LA INEFICACIA DE ACTOS DEL DEUDOR EN CONCURSO<sup>(1)</sup>

GUILLELMO PUELLES

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.  
Master en Derecho, Universidad de Virginia.

#### SUMARIO:

I. Del deudor y otros demonios - II. Viaje al centro del problema - III. ¿Por qué un sistema de ineficacia concursal? - IV. Ineficacia o nulidad? Algunas precisiones - V. Al filo de la sospecha: El artículo 19.1 de la LGSC: 1. Ineficacia y período de sospecha: notas generales; 2. Actos impugnables y ámbito temporal; 3. Desarrollo normal de la actividad; 4. El perjuicio patrimonial - VI. La ineficacia sin sospecha: El artículo 19.3 de la LGSC: 1. Generalidades; 2. Pagar o morir: el dilema del deudor; 3. Gravámenes, garantías y transferencias de propiedad; 4. El límite de la ineficacia: el tercero adquirente de buena fe; 5. Reflexiones finales: el Proyecto de Ley, la Ley Modificatoria y las oportunidades perdidas.

#### I. DEL DEUDOR Y OTROS DEMONIOS

Si usted tiene una empresa y está en dificultades financieras o económicas, algún voluntarioso asesor, abogado o consejero podría recomendarle iniciar un procedimiento concursal ante el INDECOPI a fin de tener un respiro frente a las presiones individuales de los acreedores y establecer un marco de negociación por mayorías, reduciendo así los costos de transacción que implicaría negociar con cada acreedor.

Sin embargo, usted se preguntará cuál será el costo de ingresar a un concurso desde el punto de vista de su imagen y reputación comercial. Más importante aún: usted quiere que, en la medida de lo posible, su negocio siga funcionando y generando ingresos de manera que pueda lograr una reestructuración exitosa. Entonces usted hará la pregunta de rigor: ¿una vez iniciado el concurso, podré seguir desarrollando el giro del negocio en forma regular y sin sobresaltos?

Su asesor, entusiasta explorador de la legislación concursal, le dirá que por supuesto, que la idea es que los deudores que inicien un procedimiento concursal pueden continuar desarrollando su actividad sin duda alguna. Entonces, usted preguntará si puede, en consecuencia, seguir comprando insumos, vendiendo productos terminados, obteniendo líneas de crédito para capital de trabajo, pagando planillas, liberando warrants, otorgando garantías y, en general, todas aquellas actividades que forman parte del devanar empresarial. Y, en ese momento, su asesor dudará. Y cuando usted pregunte qué pasará con esas medidas de emergencia financiera que vino tomando en los últimos meses, su asesor dudará aún más. Cuando, a fin de cuentas, usted pregunte qué puede y qué no puede hacer en el marco de un concurso, su asesor probablemente ya estará en camino hacia el parque más cercano, donde elegirá un árbol conveniente y se colgará de él para acabar con tanta duda.

Y es que cuando se trata de los eventos que ocurren poco antes del inicio de un concurso (el "umbral de la insolvencia") y de los que ocurren después de la fecha de solicitud de inicio del concurso, nuestra legislación concursal tiene un tratamiento riguroso, por un lado, y bastante confuso, por otro. Efectivamente, el artículo 19 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante la LGSC), se refiere a lo que la doctrina denomina "régimen de ineficacia concursal", cuya finalidad es preservar el patrimonio del deudor permitiendo que ciertos actos de desmedro patrimonial realizados antes o durante el proceso concursal, sean declarados ineficaces y, por ende, inoponibles a los acreedores. La ineficacia así declarada tendrá por mérito salvaguardar la proporcionalidad y

<sup>(1)</sup> El autor agradece especialmente los valiosos comentarios de los doctores Hugo Silva y Ramón Vidurriaga, que han contribuido significativamente al desarrollo de los temas materia de este artículo.

universalidad características de los concursos. Este régimen, pensado para proteger la masa concursal del deudor y los créditos de los acreedores, puede sin embargo convertirse en una verdadera pesadilla que, a la larga, termina perjudicando a aquellos que precisamente buscaba proteger.

De hecho, este régimen ha causado no pocos problemas de interpretación y aplicación del ordenamiento concursal, al punto que fue parte de una radical propuesta de modificación (en adelante el Proyecto de Ley) que fuera originalmente publicada en la página web del INDECOPI y que vio la luz, aunque recortada precisamente en sus propuestas más radicales, como el recientemente publicado Decreto Legislativo 1050 (en adelante la Ley Modificatoria), que mejora la situación actual en cierta medida pero que resulta a la postre insuficiente.

En el presente artículo buscaremos aproximarnos a la institución de la ineficacia concursal, analizando su tratamiento en la actual LGSC y sus problemas de interpretación y aplicación y, finalmente, comentaremos la propuesta de modificación del Proyecto de Ley, que fue finalmente recogida en la Ley Modificatoria. En todo caso, sirva este artículo como una herramienta de trabajo para un debate útil sobre la necesidad de regular la ineficacia concursal de manera eficiente y coherente con los fines y necesidades de los procedimientos concursales.

## II. VIAJE AL CENTRO DEL PROBLEMA

Es sabido que en los últimos años el sistema concursal peruano ha ido perdiendo relevancia para los agentes económicos a los que, en principio, iba dirigido este ordenamiento. El declive en la utilización de los procedimientos concursales se aprecia tanto en el caso de los acreedores como en el de los deudores. Basta revisar las estadísticas relativas a las solicitudes de inicio de procesos concursales para obtener datos objetivos: de un promedio superior a 1,600 casos en los años 2000 y 2001 a tan solo 376 casos en 2007 y, a marzo de 2008, solo 109 procesos.<sup>1</sup>

Lo que no indican las estadísticas es que, en el caso de las cifras de los dos últimos años, una mayoría significativa de los procesos concursales computados se iniciaron como consecuencia de la aplicación del artículo 703 del Código Procesal Civil; es decir, se trata de procedimientos de disolución y liquidación directa de deudores que, vencidos por su acreedor en un procedimiento judicial, no han pagado las obligaciones impuestas en su contra ni señalado bienes libres de gravamen para ejecución judicial. En estos casos, es frecuente que el deudor sencillamente no tenga patrimonio alguno para responder por sus obligaciones, siendo la consecuencia natural su salida definitiva del mercado a través de la declaración judicial de quiebra. Por supuesto, la existencia de estos procedimientos cumple una función relevante desde el punto de vista de la "limpieza" del mercado de aquellos agentes económicos fallidos, que ya no son sino "fantasmas" formales que en muchos casos han cesado definitivamente su actividad empresarial. No obstante, en términos prácticos, estos casos son los de menor relevancia en cuanto se refiere a la utilización de la legislación concursal como un medio de protección del crédito o como una efectiva mesa de negociación que permita la reestructuración de deudores económicamente viables.<sup>2</sup> Más aún, estos procedimientos ni siquiera son redituables para la autoridad concursal dado que, siendo por lo común inexistente el patrimonio del deudor concursado, son escasos los incentivos para que otros acreedores se apersonen al concurso, incurriendo en los costos que implican el reconocimiento de sus créditos y la participación en juntas de acreedores.

¿Por qué este pronunciado declive del sistema concursal? Si uno pregunta a quienes defienden la actual legislación concursal, en más de una ocasión escuchará que, para nuestra buena fortuna

<sup>1</sup> Fuente: Estadísticas publicadas por el INDECOPI a través de su página web. Para revisarlas, visitar <http://www.indecopi.gob.pe/estadistica-competencia/comisiones-cco-estad/jto>

<sup>2</sup> Recordemos que uno de los objetivos esenciales del ordenamiento concursal peruano es la tutela del crédito, tal como expresamente recoge el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley 27809 - Ley General del Sistema Concursal, según su texto modificado por la Ley Modificatoria.

colectiva, la mejoría económica de nuestro país en estos últimos años sumada a la existencia de un número importante de reestructuraciones en curso producto de los procedimientos iniciados de 1999 en adelante, explican la reducción del número de procedimientos iniciados en años posteriores. En otras palabras, los agentes económicos ya no usan el sistema concursal porque, en realidad, no lo necesitan por ahora. Sin embargo, es necesario reconocer que esta respuesta es, en el mejor de los casos, parcial. Efectivamente, si es cierto que la actividad económica ha mejorado, es razonable también que el dinamismo propio del mercado haga que nuevas empresas surjan y compitan más y mejor. Esto beneficiará sin duda a consumidores y usuarios de bienes y servicios, respectivamente, pero inevitablemente generará situaciones de crisis en aquellos agentes económicos que no estén en condiciones de adaptarse rápidamente a mercados más competitivos o que, a pesar de la mejora macroeconómica, atraviesen por naturales situaciones de crisis financiera o económica. La mejor prueba son las constantes operaciones de refinanciación privada que se han dado en el mercado local en los últimos años así como las operaciones de compra de empresas en dificultades financieras, que se han convertido para acreedores y deudores en verdaderas alternativas fuera del sistema concursal. Es además sintomático que las entidades financieras, otrora principales iniciadoras de procedimientos concursales, no lo hagan más. ¿Han desaparecido acaso los deudores con problemas económicos? Ciertamente no.

La verdad es que la relativamente reciente LGSC es, en parte, la causante del cada vez menor uso de la legislación concursal. Desde su entrada en vigencia en octubre de 2002, los procesos concursales iniciados se redujeron dramáticamente. Y este decrecimiento no es casualidad, pues con la entonces nueva LGSC se han producido una serie de dramáticos cambios en la legislación concursal: los créditos post-concursales carecen de preferencia en liquidación, eliminando cualquier incentivo a financiar empresas reestructuradas; las garantías de terceros se levantan si el acreedor vota a favor de la reestructuración del deudor, creando en consecuencia un "incentivo legal" para votar a favor de la liquidación de los deudores; el proceso de liquidación como "empresa en marcha" tiene un límite de seis meses, reduciendo las posibilidades de obtener el mejor valor posible en liquidación; los créditos tardíos no tienen voz ni voto en junta, con lo cual el proceso es especialmente perjudicial para los acreedores; la liquidación se convierte en obligatoria en el caso que las pérdidas acumuladas del deudor superen el 100% del capital social, lo que resulta en la muerte anunciada de casi cualquier deudor, considerando un país con empresas infra-capitalizadas cuyo valor económico real radica en su know-how, sus activos, sus conexiones y otros elementos no considerados en la simple evaluación de capital y pérdidas.

En buena medida, las sucesivas modificaciones que sufrió la LGSC y la reciente Ley Modificatoria nos dan la razón en cuanto a estos aspectos negativos, que hicieron de la legislación concursal algo poco o nada atractivo para los actores del mercado. Antes de la dación de la LGSC, advertimos repetidamente de estos problemas tanto a la administración como a los redactores de la norma, pero ningún caso se hizo y las consecuencias son hoy visibles. La reciente dación de la Ley Modificatoria ayudará a corregir algunas de estas distorsiones aunque, en nuestra opinión, los cambios son insuficientes para la recuperación de un sistema concursal atractivo y funcional.

El anteproyecto original de la Ley Modificatoria planteó una reforma estructural de la regulación sobre la ineficacia concursal. En la última parte de este artículo nos referiremos al Proyecto de Ley, con especial referencia a la profunda modificación del régimen de ineficacia concursal que proponía y las probables razones por las cuales este tema no fue acogido en la Ley Modificatoria.

### III. ¿POR QUÉ UN SISTEMA DE INEFICACIA CONCURSAL?

Cuando las personas atraviesan situaciones de crisis, sus reacciones pueden ser muy disímiles. Habrá quienes simplemente se den por vencidos ante los problemas y, asumiendo la demota, se

desplomen y esperen que alguna mano salvadora los rescate. Habrá quienes, por el contrario, enfrentarán los problemas con entereza y creatividad, manteniendo la esperanza y la confianza en las propias capacidades y esforzándose al máximo para superar los problemas. Habrá los que se encuentren entre uno y otro extremo. Al final, sin embargo, habrá quienes triunfen y quienes fracasen en el camino. Y lo anecdótico es que, en más de una ocasión, la forma de enfrentar el problema no será determinante del resultado: el derrotista salvado por un golpe de suerte, el optimista vencido pese a su perseverancia.

De alguna manera, la crisis de las personas que se dedican a la actividad empresarial presenta situaciones similares a las descritas líneas arriba: las respuestas de las empresas<sup>3</sup> son variadas y diversas. Desde los temerosos que caen en la inoperancia y la inactividad ante los problemas económicos o financieros hasta los entusiastas y optimistas que, con fe ilimitada, apuestan y arriesgan al límite para salir de la crisis. En muchos casos la actuación de las empresas en dificultades puede ser de una buena fe absoluta, no obstante lo cual los resultados pueden ser tan catastróficos como aquellos derivados de actos de mala fe. Esta es una de las razones por las que algunos ordenamientos no acuden al análisis de la "buena fe" como criterio para determinar la procedencia o no de una demanda de ineficacia concursal de ciertos actos del deudor.

El caso es que, ante situaciones de crisis económica y financiera, las empresas en ocasiones toman decisiones extremas, algunas equivocadas y otras premeditadamente dirigidas a "resguardarse" del temporal que se avecina. Aquejadas por la iliquidez, siguen endeudándose más para enfrentar gastos inmediatos, deteriorando la situación a mediano y corto plazo; atemorizadas por una posible insolvencia, deciden transferir parte de su patrimonio para colocarlo fuera del alcance de sus acreedores; impulsadas por la urgencia, deciden diversificar sus actividades productivas, ingresando en mercados o desarrollando productos que probablemente los harán menos competitivos.

No debe perderse de vista que, por lo general, las situaciones de crisis no surgen de improvisto. Claro está, existen circunstancias que precipitan la insolvencia de un deudor en mayor o menor medida: desastres naturales, crack de una determinada industria, guerras, etc. Circunstancias a las que ninguna empresa es ajena y que tienen que ver con riesgos políticos, causas naturales y similares. Sin embargo, en muchos casos la crisis es consecuencia de un gradual y hasta previsible deterioro en las finanzas y la economía de la empresa, el cual en ocasiones no puede ser contrarrestado y, por el contrario, se ve incluso agravado por los gestores del negocio.<sup>4</sup> Es en estos casos donde las medidas de "urgencia" hacen aparición y, en más de una oportunidad, terminan contribuyendo al desastre. Transferencias de activos por valor inferior al de mercado, endeudamiento excesivamente costoso, adquisiciones onerosas pero inútiles, refinanciamientos en condiciones desventajosas: los actos realizados "al borde del abismo" frecuentemente terminan empobreciendo más al deudor, en directo perjuicio de sus acreedores.<sup>5</sup>

Pero estas medidas de urgencia no son el único fenómeno que aparece cuando el deudor está en dificultades. En circunstancias de crisis, los deudores a menudo tienden a preferir a ciertos acreedores

<sup>3</sup> Para efectos de este artículo, nos referiremos a "empresa" en el sentido de "persona dedicada a la actividad empresarial", a fin de facilitar la explicación de ciertos conceptos e ideas. Más adelante, se utilizará simplemente el término "deudor" para designar a la "empresa" ya comprendida en un proceso concursal o cerca de estarlo. Disculpese de antemano la falta de rigor en la distinción entre personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad empresarial, explicado únicamente por el propósito simplificador del texto.

<sup>4</sup> En ese sentido, sostiene el autor argentino Horacio Agustín GRILLO: "El deudor [...] no llega a su declaración de fideicomiso en forma sabia, interpositiva e impropia. Hay un proceso de deterioro de su economía más o menos lento que lo va arrojando hacia la declaración de quiebra o petición que se par solictiva de sus acreedores. Las dificultades económicas y financieras lo llevan al estado de cesación de pagos [...]". GRILLO, Horacio, *Período de sospecha en la ley de concursos*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 3. En el mismo sentido, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, Rubinzal Culloni, Buenos Aires, 1997, Tomo II, p. 110. También: DOUGLAS G. BAIRD, *The elements of bankruptcy*, Foundation Press, New York, 1992, p. 155.

<sup>5</sup> En ese sentido, GRILLO, Horacio, *Op. Cit.*, p. 4.

antes que a otros, por las más diversas razones: vinculación, amistad, temor, creencia de que ello les permitirá recuperarse financieramente, etc. Cualesquiera que fuesen tales razones, el resultado es que ciertos acreedores se verán beneficiados con un trato preferente del deudor que, por lo común, será mejor que el que recibirían si este ingresara en un proceso concursal. Los directos perjudicados serán, en ese caso, los restantes acreedores que no reciben trato preferencial alguno.

En este punto, cabe recordar que uno de los principios rectores de los procedimientos concursales es el denominado "*par conditio creditorum*" también conocido como principio de igualdad o de proporcionalidad. En virtud de este principio, todos los acreedores del concurso deben recibir las mismas condiciones y soportar en igual medida del resultado de la crisis del deudor concursado, de tal forma que no exista una ilegítima discriminación ni en beneficio ni en detrimento de algún acreedor concursal.

En nuestro ordenamiento, este principio está recogido expresamente en el artículo VI del Título Preliminar de la LGSC, el cual establece: "los acreedores participan proporcionalmente en el resultado económico de los procedimientos concursales, ante la imposibilidad del deudor de satisfacer con su patrimonio los créditos existentes, salvo los órdenes de preferencia establecidos expresamente en la presente Ley". Como se aprecia, la proporcionalidad no es "absoluta", sino que reconoce excepcionalmente ciertas preferencias a favor de determinados acreedores respecto de otros. La excepción mencionada en el artículo VI parece evidentemente referida a los órdenes de preferencia recogidos en el artículo 42 de la LGSC, que establece prioridades para el pago de las acreencias en el marco de una liquidación. No obstante, pese al texto del artículo VI, hay también otras excepciones al principio de igualdad, algunas más sutiles y otras más evidentes. Basta con revisar la preferencia de pago a los acreedores laborales durante la reestructuración, contenida en el artículo 66.4 de la LGSC. En realidad, el artículo 66.4 contiene una "doble excepción" al principio de igualdad: establece un derecho a recibir cuando menos el 30% de los montos destinados anualmente al pago de acreencias en un plan de reestructuración (afectando la igualdad respecto de acreedores no laborales) y establece el pago de créditos laborales "por cabeza" y no a prórata de sus créditos, como debería ser en principio (afectando entonces la igualdad de unos acreedores laborales respecto de otros), con lo que el principio de proporcionalidad no parece ser tan poderoso como parecería.

Más aún, la ciertamente saludable libertad de establecer regímenes de pago diferenciado entre agrupaciones de acreedores en los planes de reestructuración (artículo 69.1 de la LGSC) es una muestra adicional de que el principio de igualdad no es absoluto sino relativo: la proporcionalidad no "iguala" a los acreedores, más bien previene que acreedores en similares condiciones sean tratados desigualmente. Así, por ejemplo, los planes de reestructuración pueden prever un régimen de pago más favorable para acreedores que cuentan con garantías que aquel aplicable a los acreedores quirografarios. La proporcionalidad no obliga a "igualar" ambas "categorías" de acreedores, pero sí impediría, por ejemplo, un trato discriminatorio no justificado entre acreedores que están en una misma situación, como sería el caso de establecer un privilegio de pago a ciertos acreedores sin garantías frente a un tratamiento menos favorable a otros acreedores no garantizados. Lo que sí es evidente es que, a más excepciones al principio de proporcionalidad, más lírica su realidad como principio rector de los procesos concursales.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Resulta así que, en una línea más próxima a la visión anglosajona del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad de la LGSC es de carácter relativo y no absoluto. Al respecto, es ilustrativo lo señalado por los autores David EPSTEIN, Steve NICKLES y James WHITE: "La ley concursal tiene como objetivo distribuir lo más equitativo a favor de los acreedores del deudor en un orden que corresponde a una jerarquía pre-establecida de clases de acreedores. El propósito primario es la ley concursal como una ley que distribuir la masa activa o pasiva de los acreedores del deudor en un orden que corresponde a una jerarquía pre-establecida de clases de acreedores. El propósito primario es distribuir igual a los acreedores dentro de cada clase por la vía de otorgar a cada miembro de la clase una participación a pro rata en la masa disponible o ser distribuida en dicha clase" (traducción libre del autor). David EPSTEIN, et. al., *Bankruptcy West Group*, 1993, p. 276. Salvando las diferencias conceptuales entre los procedimientos concursales en el common law y los ordenamientos concursales del civil law, es destacable que muchas instituciones, como el

Por no ser objeto de este trabajo, dejaremos por ahora el debate sobre el principio de proporcionalidad y sus bondades a la luz de nuestra legislación concursal. El tema ha merecido atención, sin embargo, porque uno de los principios concursales que resulta muchas veces vulnerado con los actos de disposición del patrimonio del deudor<sup>7</sup> en el "umbral del concurso", es precisamente el principio de proporcionalidad del cual hemos venido tratando. Y decimos a propósito que el principio de proporcionalidad resulta dañado "muchas veces" y no "siempre", porque si bien en ocasiones los actos de disposición del patrimonio del deudor van dirigidos a pagar preferentemente a algunos acreedores, en otros casos se trata de actos intencionalmente dirigidos a "proteger" el patrimonio del deudor de las ávidas manos de los acreedores (sin preferir a ninguno), o simplemente deshacerse de activos para obtener liquidez inmediata, aún a costa de afectar gravemente el patrimonio empresarial. Esto explica por qué en legislaciones concursales con mayor experiencia y desarrollo, como la norteamericana, se distinguen como instituciones diferentes, con reglas y procedimientos diferentes, a las "preferencias" y a las "transferencias fraudulentas", donde las primeras comprenden aquellos actos de disposición patrimonial destinados a pagar preferentemente a unos acreedores frente a otros que no reciben ese beneficio (afectando así la proporcionalidad); mientras que las segundas se refieren a los actos de disposición en perjuicio de todos los acreedores, sin que se beneficie con ellos a un acreedor en particular.<sup>8</sup> Esta distinción debería ser evaluada por el legislador peruano, pues consideramos que puede ofrecer mejores respuestas y resultados que las reglas genéricas contenidas en el artículo 19 de la LGSC. De hecho, prácticamente todas las legislaciones en materia concursal recogen, con más o menos variantes, regulaciones expresas sobre los actos de disposición patrimonial de los deudores realizados en el "umbral de la insolvencia" y en perjuicio, intencional o no, de la masa de acreedores concursales.

#### IV. ¿INEFICACIA O NULIDAD? ALGUNAS PRECISIONES

Fenómeno interesante es el de las consecuencias jurídicas que las diferentes legislaciones han establecido para estos actos del deudor. Algunas han considerado la nulidad del acto de disposición como la sanción aplicable, habida cuenta del aparente fin ilícito del acto cuestionado o, cuando menos, de la "presumible" mala fe de las partes. Tal fue, por ejemplo, el tratamiento de nuestra propia legislación concursal, en el artículo 19 de la ya derogada Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845). No obstante, un sector importante de la doctrina especializada ha cuestionado la nulidad como la sanción adecuada para estos actos de disposición patrimonial. Efectivamente, es simple constatar que tanto en los actos de disposición patrimonial realizados por el deudor en razón de la urgencia o ante la inminencia de la crisis, como en ciertas conductas preferenciales a favor de algunos acreedores, no necesariamente media mala fe de las partes. Es asimismo poco probable que, en su concepción, tales negocios presenten un vicio estructural de ilicitud de la causa. Una reflexión más pausada en cuanto a la naturaleza y avatares de estos actos de disposición patrimonial lleva a la conclusión de que no se trata de un problema de ineficacia estructural que deba resultar en la nulidad del negocio jurídico, sino de un problema de ineficacia funcional por causa sobreviviente al negocio, que es precisamente la situación de concurso del deudor.<sup>9</sup> En cierto modo, esta aproximación al

caso del principio de proporcionalidad, tienen menciones similares. En cuanto a la idea de que el principio de proporcionalidad se diversifica con cada excepción que se recoge legislativamente, la experiencia argentina ha reconocido tal hecho como una realidad derivada de su legislación concursal de los últimos años. Ver al respecto: BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto, *Concurso y Quiebras*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 46; GARAGUSO, Horacio Pablo, *Fundamentos de Derecho Concursal Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2001, pp. 138-139.

<sup>7</sup> Como veremos, el régimen de ineficacia concursal en nuestra legislación no solo es aplicable a actos de disposición en sentido estricto, sino a cualquier acto jurídico del deudor. Utilizamos la referencia a actos de disposición simplemente para facilitar el dicastero. Véase infra nota al pie 12.

<sup>8</sup> Para un desarrollo muy completo y claro del tratamiento de las "preferencias" y "fraudulent conveyances" en el Bankruptcy Code de los Estados Unidos de América, ver por todos: EPSTEIN, David, et. al., *Op. Cit.*, pp. 278-390.

<sup>9</sup> En similar sentido: RIVERA, Julio César, *Op. Cit.*, T II, pp. 116-117.

problema es similar a la que corresponde en el campo de la ineficacia de negocios en fraude de acreedores, a través de la ya conocida y estudiada "acción pauliana" del derecho civil.

Es por ello que la sanción aplicable a estos actos de disposición es la ineficacia, tal como está establecido en diversas legislaciones concursales. Este modelo de ineficacia concursal (o ineficacia "falencial", como prefieren algunos autores) es el que ha sido adoptado por nuestra vigente LGSC en su artículo 19. Así, los actos de disposición patrimonial del deudor realizados cerca del inicio del concurso del deudor serán declarados ineficaces con respecto a la totalidad de acreedores concursales. Esto marca una clara diferencia con la acción pauliana, que ampara solamente al acreedor que interpone la demanda de ineficacia, pero no a los restantes acreedores del deudor.

Como quiera que, debido a la ineficacia, el acto de disposición del deudor no será oponible a sus acreedores concursales, el patrimonio concursal será "reintegrado" de tal forma que quede en la misma situación que existía antes del negocio de disposición. Esta reintegración patrimonial se verificará ya sea mediante el regreso de los bienes indebidamente enajenados o mediante el levantamiento de los gravámenes o cargas declarados ineficaces. De ahí que se considere a la acción de ineficacia concursal como un medio de recomposición *ex - post* del patrimonio en concurso, diseñado para permitir la satisfacción de las obligaciones adeudadas a los acreedores del fallido.

De otro lado, la consecuencia de la ineficacia funcional del negocio dispositivo es que el negocio subsiste y vincula válidamente a las partes que lo celebraron, no obstante su inoponibilidad a los acreedores. De esta manera, en muchos casos la declaración de ineficacia resultará en que la contraparte del deudor tenga una acreencia contra este último, derivada del negocio ineficaz. Al final, es posible que la contraparte resulte siendo un acreedor más en el concurso del deudor y de allí la trascendencia, frente a principios tales como la tan manida "seguridad jurídica", de tener una regulación adecuada y solvente respecto de la ineficacia concursal.

## V. AL FILO DE LA SOSPECHA: EL ARTÍCULO 19.1 DE LA LGSC

### 1. Ineficacia y periodo de sospecha: notas generales

El régimen de ineficacia del artículo 19 de la LGSC puede dividirse en dos grandes rubros: la regulación del denominado "período de sospecha" (artículo 19.1), es decir, de un período anterior al inicio del concurso del deudor en el cual los actos de disposición patrimonial son "sospechosos" y pueden ser cuestionados y revisados; y el período de ineficacia propiamente dicho (artículo 19.3) que transcurre entre el inicio del procedimiento concursal y el nombramiento, por la junta de acreedores, del administrador del deudor o del liquidador, según se decida la reestructuración o la liquidación. Este segundo período no es realmente un período de "sospecha" puesto que, como veremos, en este caso basta la realización del acto prohibido para que este sea susceptible de ser declarado ineficaz.

En esta sección trataremos acerca del "período de sospecha" regulado en el artículo 19.1 de la LGSC.<sup>10</sup> De acuerdo con este artículo, los actos de disposición patrimonial del deudor<sup>11</sup> celebrados en el "umbral de la insolvencia" pueden ser declarados ineficaces si se verifica el supuesto de hecho complejo de la norma, que contiene cuatro requisitos, a saber: (i) que el acto

<sup>10</sup> "Artículo 19.1.- El juez declaró ineficaz y, en consecuencia, inoponible frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, constitutas y demás actos jurídicos, sean o no a título gratuito o oneroso, que no se refieren al desarrollo normal de la actividad del deudor que perjudican su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para adentrarse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la realización de empadronamiento o fue notificado del inicio de la inspección y liquidación."

<sup>11</sup> En esta artículo utilizaremos la expresión "acto de disposición patrimonial" en el sentido más amplio posible, no solo como acto de enajenación o transferencia, sino también como actos de gravamen, carga u otros, en la línea más restrictiva de definición que maneja la LGSC. Sobre esta teoría volveremos más adelante.

califique como un "acto impugnables"; (ii) que el acto de disposición se haya realizado dentro del año anterior a la solicitud o notificación del inicio del concurso; (iii) que el acto no corresponda al desarrollo normal de la actividad del deudor; y (iv) que el acto perjudique el patrimonio del deudor. Estos requisitos son concurrentes, es decir, deben verificarse todos para que el acto sea susceptible de ser declarado ineficaz.

## 2. Actos impugnables y ámbito temporal

El primero de los requisitos, como veremos, tiene un ámbito de aplicación tan amplio que en realidad deja de ser un requisito y abarca prácticamente cualquier acto del deudor. En efecto, para la LGSC son impugnables los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sea a título gratuito u oneroso, realizados por el deudor. Contra la tradicional idea de que son impugnables, en esencia, los actos de enajenación y gravamen de bienes del deudor, la LGSC hace una referencia omnicompreensiva, pues su texto alude a los "demás actos jurídicos" del deudor, con lo que todo acto de este último es susceptible de ser declarado ineficaz, sea cual fuere su naturaleza y siempre que se cumplan, claro está, los demás requisitos previstos en el artículo 19.1. En esa línea, incluso los pagos de facturas por servicios, compras de insumos, reparaciones de equipos, etc., podrían ser revisados bajo la norma comentada. En el fondo, el legislador tiene claro que realizar un pago dinerario es también disponer de activos (liquidez, caja) del deudor.<sup>12</sup> Más aún, incluso actos que no son en estricto de disposición de bienes sino de mera administración se encontrarían dentro del conjunto de actos impugnables y, en este punto, habrá que andar con mucho cuidado, pues así como son evidentes las bondades de mantener incólume el patrimonio del deudor, es también evidente y necesario entender que el deudor desarrolla una empresa, un negocio en marcha en el cual constantemente adquiere bienes, los transfiere, paga y contrata. La ineficacia concursal es y debe ser tratada como un supuesto anómalo y de excepción.<sup>13</sup> Así las cosas, este primer requisito en realidad no lo es ya que si cualquier acto jurídico es susceptible de ser cuestionado entonces este "requisito" se cumple siempre.

El segundo requisito no presenta mayor problema. El período de sospecha se extiende ahora a un plazo de un año, pues nuestra anterior ley concursal lo estableció en seis meses. El legislador, no sin razón, ha considerado que el período de seis meses era demasiado corto y que podía incentivar la "preparación del terreno" por parte de deudores que, con mala fe, buscarán ocultar sus bienes. El problema radica más bien en el límite temporal para demandar la ineficacia. A diferencia de la ya derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, cuyo artículo 20 establecía un plazo de prescripción de dos años para la acción de nulidad concursal del artículo 19, nuestra vigente LGSC no establece un plazo de prescripción específico, con lo que sería de aplicación el plazo general de diez años para las acciones de naturaleza personal, de acuerdo al inciso 1) del artículo 2001 del Código Civil. A nuestro juicio, este es un error importante dada la necesidad de tutelar la seguridad jurídica en el tráfico de bienes. La Ley Modificatoria dejó pasar una oportunidad importante de establecer un plazo de prescripción más adecuado para las acciones de ineficacia concursal.

<sup>12</sup> Y por esta vía podríamos acercar nuestro sistema de ineficacia concursal al tratamiento de las "preferencias" del Bankruptcy Code, por ejemplo.

<sup>13</sup> Sobre los pagos de obligaciones por el deudor como supuestos impugnables, podemos decir con William D. WARREN y Daniel J. BUSSEL que: "No es tan claro que transacciones realizadas por un deudor insolvente relativas a realizar pagos o recibir que van venciendo sus obligaciones, sean impugnables y evadidas solamente porque un resultado accidental es que el acreedor que recibe el pago resulta preferido sobre otros acreedores que no tuvieron la fortuna de recibir pagos antes del concurso. Si una doctrina diseñada para obtener igualdad para todos los acreedores mixtura con prácticas comerciales normales y significativamente añade costos a transacciones comerciales ordinarias, entonces el costo de dicha igualdad puede ser demasiado alto." (traducción libre del autor). WARREN, William D. y BUSSEL, Daniel J., *Bankruptcy*, University Casebook Series, New York, 2002, p. 339. Sobre la relevancia de un cuidadoso análisis de lo que puede ser impugnables y su interacción con el concepto de "desarrollo normal de la actividad" del deudor, volveremos más adelante.



### 3. Desarrollo normal de la actividad

El tercer requisito presenta mayores complicaciones, pues no se refiere a un término que tenga una definición legal en nuestro ordenamiento. Por ello, intentaremos desarrollar el concepto de "desarrollo normal de la actividad" desde una óptica funcional, que conjugue la aproximación de la doctrina especializada en el tema con los fines y principios establecidos en nuestra LGSC. Nótese aquí que debido a la amplitud de los actos impugnables del deudor (que, como hemos visto, abarca todo y cualquier acto jurídico), la noción de "desarrollo normal de la actividad" debe ser también entendida en el sentido menos restringido y más comprensivo posible, a fin de avalar la lógica de una empresa en marcha y la idea de la ineficacia concursal como mecanismo de excepción y no como regla general para calificar todos los actos del deudor en el periodo previo al concurso.

Lo primero que debe resaltarse es la poca feliz redacción de la norma en cuanto a este requisito. Efectivamente, la referencia a la "normalidad" es bastante equívoca, si nos atenemos a lo que el Diccionario de la Lengua Española define por "normal": aquello que está en estado natural (primera acepción); que sirve de norma o regla (segunda acepción); que se ajusta a normas fijadas de antemano (tercera acepción); y así sucesivamente, sin que se llegue a lo que habría querido decir el legislador, que suponemos se refiere a las actividades usuales y ordinarias del deudor. Más aún, la referencia a la normalidad parecería oponerse a la realización de actos "anómalos" por el deudor, los cuales serían sancionables. Si ello fuera así, nuevamente nos encontramos ante una deficiente aproximación conceptual, pues la definición de "anómalo" en el mejor de los casos equivaldría a "infrecuente" y, en realidad, la mayor o menor frecuencia de un acto no necesariamente tiene que ver con el hecho de que se trate de un acto usual y propio de la actividad del deudor.<sup>14</sup>

Por ello, la LGSC debería haberse referido más bien al "curso ordinario de los negocios" como el criterio para discriminar qué actos del deudor podrían ser "sospechosos" y cuáles no. Este concepto, además, es el que ha merecido amplio debate y desarrollo por la doctrina especializada en materia concursal. Por esta razón y, a pesar de lo que hemos anotado en los párrafos precedentes, para los fines de este artículo nos referiremos indistintamente a "desarrollo normal de la actividad" o al "curso ordinario del negocio" como conceptos equivalentes que nos ayudarán a determinar cuándo un determinado acto de disposición del deudor será impugnable o no sobre la base de la acción de ineficacia concursal.

Dicho lo anterior cabe precisar qué se entiende por "curso ordinario del negocio". Poco o nada se ha escrito sobre este tema en la doctrina nacional. Se ha dicho que "el desarrollo normal de la actividad es un enunciado general que permite analizar las actuaciones sobre el patrimonio en crisis con amplitud de criterio y detectar aquellas que hubieran tenido por finalidad perjudicar la futura acción del proceso concursal".<sup>15</sup> Lamentablemente, este enunciado no contiene definición alguna. Se habla de las actuaciones sobre el patrimonio en crisis, cosa que se refiere al primer requisito que, como hemos visto, abarca cualquier acto del deudor. Se habla de actos cuya finalidad sea "perjudicar el proceso concursal" y, en puridad, eso nada tiene que ver con lo que se entiende por desarrollo normal de la actividad. Peor aún, en realidad poco importa a la LGSC si el acto del deudor es "intencional", puesto que el artículo 19.1 tiene requisitos objetivos, ajenos al análisis de las motivaciones o la mala fe del deudor.

En esas circunstancias, existe cierta corriente de opinión según la cual el curso ordinario del negocio debe definirse en función al objeto social del deudor. Según esta interpretación, solamente

<sup>14</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso de una empresa que requiere reponer anualmente parte de su activo fijo por motivos tecnológicos que son usuales en la industria. Ello implica que una vez al año habrá una disposición de activo fijo que, siendo habitual, no podría por qué ser sancionable o considerada fuera de lo usual o ordinario en el negocio.

<sup>15</sup> ROJAS LECI, Juan Francisco, *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*, Ara Editores, Lima, 2002, p. 87.

serían ordinarios aquellos actos del deudor específicamente referidos a su actividad productiva o comercial definida en sus estatutos o norma equivalente. Así, se considerará ordinaria la compra de insumos, materia prima, combustibles, etc., como también los pagos de planillas, servicios públicos y similares. Serían extraordinarios, por el contrario, las operaciones financieras, endeudamientos, contratos de prestación de servicios no vinculados directamente al proceso productivo o a la actividad comercial. Sin perjuicio de que esta aproximación es incompleta, al dejar de lado a las personas naturales deudoras que, lógicamente, no tienen "objeto social", consideramos que sería además errónea. La especialización de las industrias, la globalización y las transacciones cada vez más sofisticadas, el crecimiento económico y el acceso de las empresas al mercado financiero, hacen pueril pensar que solo el objeto social en sí mismo puede ser considerado como el negocio ordinario de un deudor. Nuevamente, considerando la amplitud de los actos impugnables, esta visión nos parece completamente insuficiente para responder satisfactoriamente al problema de la ineficacia. Bajo esta estructura, todos los acreedores financieros, los proveedores de servicios colaterales y otros terceros ajenos a la actividad productiva misma, verán siempre amenazadas sus transacciones con deudores, debido al "fantasma de la ineficacia". Razonablemente, ello terminaría encareciendo el acceso al crédito, que es precisamente un efecto no deseado por nuestra legislación concursal.

Por ello, es necesario esbozar una interpretación del "curso ordinario del negocio" que sea funcional, eficiente y acorde con los fines de nuestro sistema concursal. Para ello, aun cuando nacida en un contexto distinto, resulta útil la definición que la doctrina y jurisprudencia norteamericanas han ido construyendo sobre este concepto.<sup>16</sup> Efectivamente, la referencia al curso ordinario de los negocios se determina tanto en función a lo que es práctica habitual entre el deudor y el tercero con el que celebra el acto, como en función del estándar de la industria en cuanto a aquello que es usual, frecuente y común en un negocio de similar naturaleza al de la empresa en concurso. En la legislación norteamericana, el acto no solo debe realizarse en el curso ordinario del negocio sino que debe efectuarse además de acuerdo a "términos habituales de negocio", requisito que, aunque no ha sido expresamente recogido en nuestra ley puede ayudar, en nuestra opinión, a una mejor comprensión de la noción misma de curso ordinario del negocio para efectos del artículo 19.1 de la LGSC.<sup>17</sup>

En efecto, considerando la visión amplia que debe darse al precepto del curso ordinario del negocio, creemos necesaria una visión flexible y funcional para el deudor que viabilice la prosecución de su actividad empresarial con la mayor normalidad posible. Así las cosas, lo ordinario debe estar referido a todos los actos habituales, estándares, comunes, previsibles o que, por naturaleza, sean acordes con el devenir razonable de una determinada industria o actividad. Para los fines del artículo 19.1, la interpretación más coherente con los fines del procedimiento concursal consiste en que los actos del deudor estarán dentro del curso ordinario de sus negocios cuando cumplan los siguientes requisitos: (i) que se trate de actos típicos de cualquier otra persona que desarrolle la misma actividad (estándar de la industria); o (ii) que, aun no siendo un acto típico de la industria, sí sea típico y habitual como práctica del deudor y sus acreedores o terceros, aunque en este último

<sup>16</sup> El concepto es relativamente distinto pues la noción de "curso ordinario de los negocios" es aplicable, en el marco del Bankruptcy Code, al caso de las "preferencias" y más que como criterio para determinar la impugnabilidad del acto, como una posible excepción al "creditor power" del administrador del concurso (trustee) designado por la corte a cargo del proceso concursal.

<sup>17</sup> Para ser precisa, el "test" del Bankruptcy Code para evaluar los actos en el curso ordinario del negocio tiene un triple componente: (i) la deuda que se paga (o garantiza) con el acto del deudor debe haber sido convalidada en el curso ordinario de los negocios (requeríase que este "test" tiene que ver con las preferencias y, por tanto, interesa evaluar la deuda misma, a diferencia de nuestra LGSC); (ii) el acto del deudor debe haberse realizado en el curso ordinario de los negocios tanto del deudor como del acreedor; (iii) el acto debe haber sido realizado de acuerdo a "términos ordinarios de negocio". En este caso, nos interesa particularmente el desarrollo del concepto de "curso ordinario del negocio", por ser el que nos ayudará en la búsqueda de un significado adecuado para la expresión "desarrollo normal de la actividad" de nuestra LGSC. Sin embargo, los términos ordinarios del negocio también son útiles y pueden, por qué no, ser analizados como una fórmula de determinar "in abstracto" si el acto del deudor es acorde con los términos usuales de la industria.

caso habrá que evaluar si la práctica es razonable o si es tan extrema, inusual o de mala fe que, aun siendo típica para el deudor, esté claramente fuera de lo ordinario.<sup>18</sup>

Evidentemente, podría criticarse esta aproximación señalando que el segundo criterio (lo ordinario "para el deudor") puede tener como consecuencia validar "estafas habituales" por parte del concursado. En nuestra opinión, ello sería incorrecto, pues la evaluación de lo ordinario estará a cargo de una autoridad judicial que deberá revisar los méritos de cada situación concreta. En esa línea, si bien proponemos una aproximación abierta al concepto de curso ordinario del negocio, cuando esta se sustente en aquello que es ordinario desde la perspectiva del funcionamiento interno de la empresa del deudor, la autoridad jurisdiccional deberá efectuar una evaluación más profunda de las condiciones, circunstancias, términos y naturaleza del acto impugnado.

#### 4. El perjuicio patrimonial

Queda finalmente el cuarto requisito, referido a la necesidad de que el acto de disposición afecte negativamente el patrimonio del deudor. Nótese que, a diferencia de la regulación sobre la acción pauliana contenida en el artículo 195 del Código Civil, la norma concursal no alude al perjuicio de las posibilidades de cobro del acreedor. Esto es algo muy importante, puesto que pueden existir actos del deudor que, sin representar un perjuicio para su patrimonio, sí resulten en un deterioro de las posibilidades de cobro de los créditos de uno o más acreedores.

Aquí resulta interesante revisar cómo es que las legislaciones concursales han llegado a la noción de perjuicio (sea a los acreedores, sea al patrimonio del deudor) como requisito esencial para la procedencia de la sanción de ineficacia sobre el acto impugnado. En legislaciones concursales más antiguas usualmente se aparejó la idea de la ineficacia concursal con la del fraude del deudor; es decir, se sancionaban los actos del deudor realizados en el umbral de la insolvencia con la manifiesta intención de perjudicar o defraudar a los acreedores. Es justamente esta aproximación subjetiva y sustentada en el fraude la que originó la frase "periodo de sospecha". La mayoría de legislaciones fue evolucionando, sin embargo, hacia una concepción "objetiva" de la ineficacia concursal, desligándola de la necesidad de acreditación de la intención fraudulenta del deudor y reemplazándola con el requisito del perjuicio a los acreedores. De esta manera, se fue abandonando la complicada investigación de la psicología del deudor y de su intencionalidad, para dar paso a la simple constatación objetiva del perjuicio.<sup>19</sup>

Ahora bien, la cuestión es entonces: ¿Qué perjuicio? ¿Hablamos de la afectación negativa del patrimonio del deudor o la afectación de las posibilidades de cobro de los acreedores? Algunos han considerado que la noción misma de perjuicio es innecesaria, pues este debería presumirse habida cuenta de la probable gravedad intrínseca de todo acto de disposición del deudor durante el periodo de sospecha. No compartimos esta posición, sin embargo, pues si no existe perjuicio entonces no vemos razón para afectar per se una relación jurídica donde una de las partes puede ser, por lo demás, un tercero de buena fe totalmente ajeno a las vicisitudes del deudor y su potencial insolvencia.<sup>20</sup> Es

<sup>18</sup> Así por ejemplo, el deudor que suele pagar las facturas a sus proveedores con treinta días de retraso, cuando el estándar en la industria es pagar a los cinco días, no por ello cesará fuera del curso ordinario del negocio, si se demuestra que ha sido práctica habitual de dicho deudor el pagar sus deudas con ese nivel de retraso. A diferencia de la legislación norteamericana, que exige que el acto sea común tanto en la industria como en la práctica del deudor, nosotros proponemos que el curso ordinario se demuestre con cualquiera de los requisitos: ordinario para la industria o para el deudor. Entendamos que esto responde al hecho de que la legislación americana preceptúa su "test" solo para las preferencias, que abarcan un periodo de revisión mucho menor que el de nuestro periodo de sospecha y, además, a la circunstancia de que el conjunto de actos impugnables en la LGSC es tan amplio que debe tenerse una visión igualmente amplia del curso del negocio del deudor.

<sup>19</sup> Cf. GRELLO, Horacio, *Op. Cit.*, pp. 66-67.

<sup>20</sup> Por supuesto, hay alternativas intermedias, en las cuales determinados actos específicos del deudor, opativamente establecidos en la Ley, son méritos per se, sin necesidad de demostración del perjuicio. Tal es el caso de la Ley 24522, Ley de Concursos de Argentina, que regula la ineficacia per se en su artículo 118, mientras que en su artículo 119 regula los demás supuestos de ineficacia, que requieren prueba del conocimiento del perjuicio a los acreedores por parte del tercero que celebra el acto.

interesante mencionar en este punto, que en los últimos meses se estuvo debatiendo un proyecto de reforma de nuestra LGSC, el cual ha resultado en la dación de la Ley Modificatoria. Aunque la ley promulgada no regula el tema del régimen de ineficacia concursal, el proyecto de la referida ley tenía como principal modificación, sin duda alguna, la reforma integral del régimen de ineficacia concursal. Trataremos en detalle este tema en la parte final de este artículo, sin perjuicio de lo cual cabe mencionar en este punto que el legislador consideró supuestos de ineficacia *per se* durante el periodo de impugnación (presumiendo de *iure* la existencia de perjuicio) en el caso de actos gratuitos y pago de obligaciones no vencidas.

Volviendo al tema, nuestra LGSC alude al "perjuicio al patrimonio del deudor" y no al perjuicio de los acreedores. En nuestra opinión, ambos requisitos deberían exigirse. Al respecto, tómesese en cuenta que si del acto del deudor no se desprende un perjuicio a su patrimonio, tampoco habrá perjuicio a los acreedores. Sin embargo, cuando existe perjuicio al patrimonio del deudor, ello no siempre genera un perjuicio a los acreedores.<sup>21</sup> Por ello, la regla debería establecer la necesidad de que ambos supuestos se verifiquen, más aún cuando ciertos actos del deudor podrían no causar un perjuicio a su patrimonio y, sin embargo, beneficiar a uno o más acreedores en perjuicio de otros, afectando así el principio de proporcionalidad o *par conditio creditorum*. Cabe citar al autor Horacio Grillo, quien señala:

*"Pero, todo daño al patrimonio del deudor, o, más genéricamente, todo menoscabo de él a causa de un acto por él ejecutado, no constituye el perjuicio a los acreedores (...) Puede haber menoscabo patrimonial del deudor, puede haber disminución considerable de su activo, pero no encontrarse comprometida su solvencia, es decir, la aptitud de ese patrimonio para ser garantía o "prenda" común de los acreedores en forma íntegra".*<sup>22</sup>

Sin embargo, el texto de la LGSC requiere únicamente el perjuicio al patrimonio del deudor, con prescindencia de si realmente se afecta o no las posibilidades de cobro de los acreedores concursales. Se advierte así la naturaleza restitutoria a ultranza del régimen de ineficacia concursal de la LGSC, mostrando una considerable inclinación a proteger un estricto principio de universalidad, contenido en el artículo IV de su Título Preliminar.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por "perjuicio"? En nuestra opinión, el perjuicio es el desmedro, menoscabo, reducción, deterioro o pérdida de todo o parte del patrimonio del deudor. Estos conceptos son fácilmente aplicables cuando pensamos en actos de enajenación de bienes del deudor, pero no son tan fácilmente asimilables a los casos en que el acto del deudor consiste en la creación de un gravamen sobre sus bienes o en la celebración de algún contrato. En ese sentido, a los supuestos antes descritos habrá que añadir como perjuicio aquella afectación que reduce el valor del patrimonio de libre disposición del deudor para la satisfacción de sus deudas. Nótese cómo, pese a no admitirse expresamente, cuando la norma de ineficacia se aplica a los actos de gravamen no estamos frente a un caso donde importe el perjuicio al patrimonio del deudor sino más bien el perjuicio a las posibilidades de cobranza de aquellos acreedores no beneficiados con el citado gravamen. Con ello, se puede advertir que, en cierta forma, la noción del perjuicio a los acreedores como sustento de la ineficacia subyace al texto literal de la LGSC.

Así las cosas, cabe preguntarse cuándo se verifica el perjuicio, es decir, cuándo se produce el desmedro, deterioro, reducción, menoscabo, pérdida o afectación del patrimonio del deudor. El

con el deudor, colocando en dicho tercero, además, la carga de probar la inexistencia de perjuicio. De hecho, nuestra LGSC tiene una regla de ineficacia *per se*, establecida en su artículo 19.3, que analizaremos detenidamente más adelante.

<sup>21</sup> Aunque infrecuente, puede darse el caso de una disposición patrimonial de un bien relativamente ilíquido, efectuada a valor menor que el de mercado y que, por ende, implica un empobrecimiento para el patrimonio del deudor que, sin embargo, cuenta con bienes suficientes para satisfacer el pago de la totalidad de sus deudas en un escenario de liquidación.

<sup>22</sup> GRILLO, Horacio, Op. Cit., p. 98.

asunto parece no tener mayor complicación cuando se trata de actos gratuitos, pues en tal supuesto se produce un empobrecimiento evidente del patrimonio del deudor sin que reciba nada a cambio. Sin embargo, cuando los actos de disposición son a título oneroso el tema se complica: ¿cómo juzgar la existencia del perjuicio? Una primera forma de hacerlo es determinar si al acto de disposición ha correspondido un "valor equivalente" recibido por el deudor. Así por ejemplo, si el deudor en crisis se entera de una inmejorable posibilidad de vender un activo a un valor superior al de mercado, aun cuando dicho acto esté fuera del curso ordinario de los negocios no habrá perjuicio, dado que la contraprestación recibida por el deudor por la enajenación de su activo tendrá, por lo menos, a un valor equivalente al que tendría dicho bien en el mercado. Este criterio puede también aplicarse al caso de los gravámenes y cargas sobre bienes del deudor. Piénsese en el caso de un gravamen constituido durante el período de sospecha para garantizar una deuda preexistente: al tiempo de constituir el gravamen el deudor no está recibiendo valor alguno, su acto es exclusivamente beneficioso para el acreedor a cuyo favor se otorga la garantía. Por el contrario, si el deudor consigue un préstamo para aliviar su situación de crisis financiera y otorga una garantía en respaldo de dicho préstamo, entonces puede advertirse que el gravamen se hace a cambio de un "valor equivalente" consistente en el monto del préstamo recibido por el deudor. Por supuesto, no habrá valor equivalente cuando exista una "sobre-garantía" fuera de la costumbre habitual de la plaza financiera, que termine respaldando otras obligaciones antecedentes del deudor frente al acreedor garantizado.<sup>11</sup>

El criterio del "valor equivalente", claro está, debe ser contrastado con la revisión de la posible afectación de la capacidad del deudor para continuar en el giro del negocio y generar ingresos que permitan afrontar el pago de sus deudas. Así por ejemplo, aun cuando el deudor reciba valor equivalente, en casos de transferencia de todo o sustancialmente todo el activo productivo de un deudor, podría existir perjuicio en la medida en que el acto de disposición suponga una "liquidación adelantada" que elimine la posibilidad de que el deudor pueda seguir generando ingresos para pagar sus deudas, sobre todo en el caso que el valor recibido, aun siendo equivalente al de mercado, sea insuficiente para atender todos sus pasivos.

Otro criterio útil para dilucidar la existencia o no de un perjuicio al patrimonio del deudor es el "valor nuevo, contemporáneo y equivalente" recibido por el deudor. Tal sería el caso, por ejemplo, si un acreedor financiero recibe, dentro del período de sospecha, el prepago de un préstamo aún no vencido, pero solamente para volver a otorgar al deudor un financiamiento de igual valor y con mejores condiciones (una menor tasa de interés, un mayor plazo de repago, etc.). El prepago de un financiamiento no vencido sería un acto ajeno al curso ordinario de los negocios del deudor y, visto aisladamente, representaría un perjuicio a la liquidez de este último; sin embargo, analizada la operación como un todo (prepago de un crédito / otorgamiento de nuevo crédito en mejores condiciones) se advierte que no existe perjuicio alguno para el deudor. Así, el valor nuevo, contemporáneo y equivalente, aunque producto de un nuevo negocio jurídico entre el deudor y el acreedor distinto de aquel en que se pagó el crédito originalmente otorgado, elimina la posibilidad de alegar un perjuicio como sustento de la ineficacia concursal en el caso propuesto. Nótese, sin

<sup>11</sup> El criterio del "valor equivalente" es uno de los *safe harbors* o supuestos de excepción a la sanción que corresponde en casos de pagos preferenciales y es, asimismo, un criterio para evaluar la procedencia de acciones por transferencias fraudulentas del deudor, supuestos ambos regulados en el *Bankruptcy Code* norteamericano. Al respecto, en el caso de los pagos preferentes, los autores David EPSTEIN, Steve NICKLES y James WHITE señalan que: "[...] una transferencia resulta cambiada de nuevo valor, tal como en una compra de bienes al contado, no opone la finalidad detrás de los *concepts* sobre pagos preferenciales, pues dicha transacción no disminuye la masa activa del deudor en detrimento de los acreedores". Y más adelante, en el caso de las transferencias fraudulentas, los mismos autores señalan: "[...] el síndico o otra persona que creyere la operación tiene la carga de probar [...] la insolvencia del deudor y la falta de equivalencia de valor [...]. Al decidir si lo que el deudor recibe en contraprestación por la transferencia es un "valor equivalente razonable", el primer paso será determinar si el deudor recibió una contraprestación y si así fue, comparar el valor de esa contraprestación con el valor del bien transferido" (traducción libre del autor) David EPSTEIN, et. al., *Op. Cit.*, p. 315, pp. 371-374.

embargo, que el nuevo beneficio recibido por el deudor debe ser sustancialmente contemporáneo al acto de disposición que se cuestiona.<sup>14</sup>

## VI. LA INEFICACIA SIN SOSPECHA: EL ARTÍCULO 19.3 DE LA LGSC

### I. Generalidades

Hemos visto cómo funciona la ineficacia concursal respecto de los actos del deudor realizados dentro del denominado "período de sospecha" de un año anterior al inicio (o notificación con el inicio) del procedimiento concursal. Sin embargo, el régimen de ineficacia concursal no se agota en el período de sospecha. El artículo 19.3 de la LGSC<sup>15</sup> regula un segundo "período de ineficacia" que se inicia con la solicitud de concurso del deudor o la notificación del inicio de un proceso concursal en contra de este último, y que culmina con la designación del administrador o liquidador del deudor, según sea el caso.

Este segundo período de ineficacia, como veremos, tiene una regulación más estricta que la del período de sospecha. Ello es así por dos razones: la primera es que en esta etapa el deudor ya inició o ya conoce que se inició en su contra un procedimiento concursal y, en consecuencia, se le impone un deber fiduciario de tutela de su patrimonio y maximización de su valor; la segunda, es que en el procedimiento concursal peruano no existe un desapoderamiento *ab initio* del deudor y, por ende, este se mantiene como "deudor en posesión", dirigiendo la administración de la empresa y el curso ordinario de los negocios hasta que la Junta de Acreedores se reúna y ratifique a dicho deudor en la administración o lo desapodere (si se decide reestructurarlo), o designe al liquidador (si se decide liquidarlo).

Debido a lo señalado en el párrafo precedente, la ineficacia del artículo 19.3 de la LGSC prescinde de la acreditación del perjuicio o de la evaluación de si el acto corresponde al curso ordinario de los negocios, requisitos que sí se exigen respecto de los actos cuestionados al amparo del artículo 19.1. Efectivamente, el artículo 19.3 contiene un listado de actos sancionables del deudor donde basta que se produzcan para que sean impugnables *per se*. En nuestra opinión, la noción de perjuicio debería mantenerse como tamiz para determinar si procede la ineficacia o no. La ineficacia absolutamente objetiva, sin espacio para analizar judicialmente los actos concretos, puede en muchos casos resultar afectando negativamente al deudor y a los propios acreedores. Para muestra un botón: un acto atípico y excepcional celebrado por el deudor, tal como un *joint venture* para impulsar las ventas y consagrar liquidez, pese a ser sumamente beneficioso para su patrimonio y para las posibilidades de cobro de los acreedores sería, sin embargo, ineficaz *per se* de acuerdo con el literal c) del artículo 19.3. Es por ello que, en nuestra opinión, incluso en los casos señalados

<sup>14</sup> David EPSTEIN, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 323-324.

<sup>15</sup> Artículo 19.3.- Podrán ser declarados ineficaces, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que prescribió su solicitud para arrojarse a alguna de las procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de empadronamiento a sus acreedores del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y sancione el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieren al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Las garantías constituidas y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contractuales con fecha anterior a éste;
- g) Las operaciones judiciales o retroacciones de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- h) Los actos, operaciones o sucesos que impliquen un detrimento patrimonial.

en el artículo 19.3 debería ser necesario que el demandante acredite el perjuicio a la masa activa del deudor y a las posibilidades de cobro de los acreedores.

Una cuestión importante es que los supuestos de ineficacia del artículo 19.3 son *numerus clausus*, es decir, no puede deducirse o presumirse la ineficacia de actos no comprendidos en el listado de la norma. Pese a ello, la existencia de una norma a manera de "cajón de sastre", como es el caso del literal c) de este artículo, deja la puerta abierta para que numerosos actos y contratos a título oneroso queden al alcance de la ineficacia. De allí que sea necesario, una vez más, tener una definición amplia del "curso ordinario de los negocios" de forma que el artículo 19.3 de la LGSC no resulte en la virtual inmovilización del deudor.

Otro tema relevante es que el encabezado del artículo 19.3 ya no alude a actos realizados por el deudor, con lo que la sanción de ineficacia puede extenderse, en algunos casos, a actos realizados directamente por terceros: tal será el caso del literal g), que establece la ineficacia de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales del patrimonio del deudor realizadas con posterioridad a la publicación que da cuenta el inicio del concurso. Este literal, sin embargo, podría no ser necesario dado el marco general de protección del patrimonio que se genera a partir de la publicación del concurso y, en especial, lo señalado en los artículos 18.3 y 18.6 de la LGSC.

## 2. Pagar o morir: el dilema del deudor

Uno de los más arduos problemas que plantea el artículo 19.3 de la LGSC consiste en definir qué puede hacer el deudor una vez que se inició la tramitación de su procedimiento concursal. La respuesta es, en apariencia, simple: habida cuenta del deber fiduciario del deudor y de la exigencia de que, en estas circunstancias, actúe con ubérrima buena fe, el deudor deberá administrar su empresa dentro del giro ordinario del negocio, sin afectar su patrimonio. Sin embargo, el asunto es bastante más complicado, como se verá seguidamente.

La pregunta más importante que todo deudor formula cuando se encuentra en esta etapa inicial del concurso es: ¿puedo seguir realizando pagos a acreedores y terceros? La respuesta no puede ser negativa, ya que en ese caso estaríamos condenando al deudor a cerrar sus puertas, suspender actividades y desaparecer en los hechos. Más aún, si consideramos que la ley concursal permite las reestructuraciones, no tiene sentido admitir una prohibición absoluta de efectuar pagos incluso cuando el procedimiento concursal ya está en trámite. Ahora bien, el que se puedan efectuar pagos no significa, sin embargo, que el deudor esté autorizado a realizar los pagos que le venga en gana. Recordemos el deber fiduciario hacia todos sus acreedores, el principio de *par conditio* y la universalidad del patrimonio. El deudor está llamado a actuar como un leal y diligente comerciante que tutela su patrimonio lo más posible con miras a la mesa de negociación en que consiste el procedimiento concursal.<sup>24</sup>

Más aún, los literales a) y b) del artículo 19.3 establecen expresamente los supuestos de pagos prohibidos por la norma que, de producirse, podrán ser declarados ineficaces por la autoridad jurisdiccional. El supuesto del artículo 19.3(a) sanciona con ineficacia los pagos por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice. La norma es clara pero su fundamento controvertible: al eliminar la posibilidad de probanza del perjuicio, situaciones donde se produce un prepago no significativo a cambio de una condonación significativa serían ineficaces de plano. En la misma línea, el prepago de una deuda para reemplazarla por una nueva deuda de

<sup>24</sup> Sobre el deber fiduciario del deudor en crisis, señala Francisco Juyent BAS: "Y... no puede ignorarse que el administrador societario tiene que cumplir especiales deberes fiduciarios frente a los acreedores aun en estado de solvente de la sociedad, cuando informa correctos, otorgando la documentación contable pertinente, etcétera (...). Estas obligaciones se potencian en caso de insolvencia de la sociedad, y una cuestión es el riesgo empresarial y otro muy distinto el deber (fingido o real) frente al acreedor". BAS, Francisco Juyent, *Responsabilidad de administradores y socios en la quiebra*, CULZONI Rubinzal, Buenos Aires, 2001, p. 40.

menor costo financiero es una decisión que puede ser perfectamente acertada y beneficiosa para la masa patrimonial y para los acreedores pero que, sin embargo, sería ineficaz. Naturalmente, la consideración del perjuicio es un tema debatido y diversas legislaciones y parte de la doctrina admite también la sanción de ineficacia *per se* de ciertos actos del deudor. Como ya hemos señalado, no compartimos del todo esa posición y creemos que cuando se debate la ineficacia concursal el perjuicio debería ser probado siempre. Nuestro legislador, sin embargo, ha tomado la opción legislativa de prescindir del perjuicio como elemento determinante para la ineficacia del acto y ello es entendible hasta cierto punto, considerando que el deudor usualmente tiende a manejar más inadecuadamente la empresa a medida que la crisis se agudiza.<sup>27</sup>

De lo expuesto, surge una primera regla de juego para el deudor que transita en esta etapa preliminar del procedimiento concursal: no pueden pagarse deudas no vencidas, bajo ningún concepto.

Por su parte, el artículo 19.3(b) regula el caso del pago de obligaciones efectivamente vencidas, señalando que el pago será ineficaz cuando se realice en forma distinta a la pactada. A nuestro parecer, la norma fue ideada con la finalidad de evitar un fenómeno advertido en diversos procedimientos concursales, donde el deudor comenzaba a "liquidar" su negocio en términos prácticos, pagando sus deudas dinerarias mediante daciones en pago de activos, cesiones de créditos, etc. Ahora bien, si interpretamos esta norma *contrario sensu*, se deduce que no serán ineficaces los pagos por obligaciones vencidas que sí se realicen de acuerdo con la forma pactada entre las partes. Bien entendida, esta permisión es correcta en la medida que permite la continuidad del negocio del deudor, para la cual será indispensable que este vaya pagando sus deudas (principalmente las corrientes) a la par que mantiene en actividad productiva o comercial. Como ya habíamos referido, una prohibición absoluta para el deudor respecto de la posibilidad de efectuar pagos resultaría inevitablemente en su inmovilidad y consiguiente paralización.

Aquí se plantean, sin embargo, diversos problemas: ¿puede el deudor decidir bajo esta norma, por ejemplo, pagar la totalidad de la deuda vencida de un solo acreedor siguiendo la forma pactada, dejando impagas otras deudas igualmente vencidas? En otras palabras, ¿tiene el deudor entera libertad para pagar obligaciones vencidas siempre que lo haga en la forma originalmente prevista en el contrato o título de la obligación? La respuesta debe ser, cómo no, negativa. La permisión de pagos de deuda vencida debe ser rectamente entendida como un medio para que el deudor, de buena fe, mantenga el curso ordinario del negocio. En consecuencia, un pago notoriamente preferencial para favorecer a un acreedor en perjuicio del resto, constituiría un indebido ejercicio del derecho del deudor explicado en los párrafos precedentes. Más aun, en ciertos casos un pago preferente del deudor, aun cuando permitido por 19.3(b) podría caer en el supuesto de ineficacia del artículo 19.3(c), por tratarse de un acto que podría ir más allá del curso ordinario de los negocios. Y decimos "en algunos casos" porque, dada la amplitud con que debe ser evaluado el concepto de curso ordinario del negocio, estas situaciones tendrán que ser analizadas caso por caso.

Ahora bien, el deudor ya sabe en esta etapa que existe una solicitud de inicio de proceso concursal en trámite, ya sea porque él mismo la inició o porque ha sido notificado con la solicitud presentada por un acreedor. Como hemos anotado antes, en esas circunstancias el deudor tiene un deber de actuar con la mayor buena fe y con una constante preocupación por mantener incólume su

<sup>27</sup> A este respecto, es de notar que el Proyecto de Ley contemplaba una radical reforma del sistema de ineficacia concursal, una de cuyas virtudes era eliminar la línea divisoria entre el período de sospecha del artículo 19.1 y el período de ineficacia del artículo 19.3, estableciendo la necesidad de acreditar el perjuicio en todos los casos de impugnación de actos por ineficacia concursal, salvo tratándose de actos gratuitos del deudor y de prepago de obligaciones no vencidas, donde el perjuicio se presume en admitir prueba en contrario. Esta interesante propuesta no ha finalmente recogida en la recientemente publicada Ley Modificatoria.



patrimonio habida cuenta que, de abrirse la situación de concurso, los principios de proporcionalidad y universalidad así como la finalidad de protección del crédito así lo exigen.

Por otro lado, no puede perderse de vista que este derecho del deudor a pagar obligaciones vencidas en la forma pactada está también limitado por normas de responsabilidad penal que regulan los delitos contra el orden económico. En particular, el artículo 209, inciso 3) del Código Penal sanciona los actos del deudor que impliquen una "disposición o generación de obligaciones a favor de un acreedor". No será parte de este artículo una revisión completa de las normas penales relativas a materia concursal. Baste señalar que tales normas deben ser interpretadas cuidadosamente, ya que su texto no es del todo adecuado a los principios, fines y necesidades de los procedimientos concursales. En todo caso, nos interesa referir que si el deudor realiza pagos o, en general, actos de disposición que favorezcan preferentemente a uno o más acreedores en perjuicio de los demás acreedores del concurso, entonces habrá responsabilidad penal del deudor y, eventualmente, del acreedor beneficiario del pago preferente.<sup>28</sup> No obstante, coincidimos con aquel sector de la doctrina que observa que el tipo penal requiere una conducta fraudulenta del autor. Es decir, debe acreditarse la actuación dolosa del deudor para que se configure el delito. Al respecto, es de notar lo señalado por el autor Percy García Caveró:

*"(...) el delito de fraude concursal no debería castigar el solo pago indebido en un procedimiento concursal, sino que este pago debe reunir un carácter fraudulento para adquirir relevancia penal. (...) El carácter fraudulento del pago incorrecto se presenta, sin ninguna duda, cuando existe connivencia con el acreedor beneficiado para perjudicar al resto de acreedores. No obstante, el pago incorrecto puede tomarse defraudatorio también sin que exista con el acreedor, por ejemplo, cuando el autor quiere favorecer especialmente a un acreedor vinculado (un familiar). En cualquier caso, para poder castigar un pago indebido (...) como fraude concursal doloso, el autor debe tener la intención de favorecer indebidamente a un acreedor, sabiendo que con ello pone en peligro el cobro del crédito de los otros acreedores".<sup>29</sup>*

Obviamente, la norma penal no puede ser entendida como una sanción a cualquier pago de deuda a acreedores realizado por el deudor en esta etapa del concurso. Ya hemos indicado que una prohibición de esa naturaleza implicaría la clausura definitiva del negocio del deudor, lo que carecería de cualquier coherencia con los fines del proceso concursal. Lo cierto, sin embargo, es que el deudor tendrá que ser muy cauteloso y prudente en sus actuaciones y, particularmente, en los pagos que realice en la etapa de ineficacia concursal.<sup>30</sup> El deudor, entonces, no tendrá riesgos de ineficacia o de sanciones penales en la medida que mantenga una actuación razonable, con miras a la continuación del giro de una manera adecuada y tomando siempre en cuenta su deber fiduciario en situaciones de crisis, deber que debe llevarlo a realizar acciones que favorezcan su patrimonio y a servir mejor a sus acreedores en conjunto.

### 3. Gravámenes, garantías y transferencias de propiedad

Aunque con menor interés que el tema anterior, es importante revisar algunos de los demás supuestos de ineficacia del artículo 19.3 de la LGSC, particularmente los contemplados en los literales e) y f) de la citada norma. El literal e) sanciona con ineficacia los gravámenes constituidos

<sup>28</sup> Nótese que la norma penal alude al perjuicio patrimonial a los acreedores y no al patrimonio del deudor.

<sup>29</sup> GARCÍA CAVERÓ, Percy. *Posible en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, Palestra, Lima, 2005, p. 157.

<sup>30</sup> Tómese en cuenta que, aun si no existe intención fraudulenta del deudor, podría igualmente incurrirse en el tipo penal culposo previsto en el artículo 210 del Código Penal. No será materia de este trabajo el debate sobre esta norma, tema en el que quedamos en deuda para una siguiente.

y las transferencias efectuadas respecto de bienes de propiedad del deudor, ya sea a título gratuito u oneroso.

Si la norma fuese tomada en un sentido simplemente literal, entonces nuevamente estaríamos condenando a muerte a toda empresa deudora que se dedique a la producción o comercialización de bienes. Efectivamente, bajo esta regla en teoría el deudor que se dedica a la fabricación de muebles a pedido no podría venderlos en esta etapa del concurso, dado que estaría transfiriendo bienes de su propiedad, aun cuando la transferencia de esos bienes sea precisamente el objeto de su actividad empresarial. Evidentemente, si bien el texto de la norma parece tener una sanción absoluta para la transferencia de bienes del deudor, parece evidente que la ineficacia solo puede alcanzar solamente a la transferencia del activo fijo del deudor, sus bienes productivos, inmuebles, equipos, etc. La sanción de ineficacia no puede aplicarse al activo corriente del deudor pues este, por naturaleza, está destinado a ser comercializado. Se objetará que con esta interpretación el deudor podría "hacer de las suyas" con el activo corriente, que podría tener un valor muy significativo para la masa concursal. No consideramos válida una observación de esa naturaleza: las transferencias de activo corriente que se hagan a título gratuito o a valor sustancialmente menor al de mercado, con claro perjuicio del patrimonio del deudor y de los acreedores, podrán ser declaradas ineficaces en virtud de ser actos extraños al curso ordinario de los negocios, bajo la regla del artículo 19.3(c) de la LGSC. Lo que sí es claro es que la regla del artículo 19.3(e) no puede ser interpretada en el sentido que el deudor no puede enajenar ni siquiera su activo corriente: ello sería un despropósito que tendría un efecto perjudicial e incluso fatal para el deudor y para los acreedores.

Finalmente, el inciso f) del artículo 19.3 bajo comentario señala que pueden ser declaradas ineficaces las garantías constituidas por el deudor para respaldar el pago de deudas contraídas en fecha anterior al otorgamiento de la garantía. Esta norma busca evitar el comportamiento estratégico de ciertos acreedores que, percatándose de la crisis del deudor, obtienen una garantía sobre bienes de este último para respaldar sus créditos quirografarios otorgados en fecha anterior, "mejorando" así su situación respecto de los demás acreedores que no cuentan con garantías específicas. La práctica reveló que, desafortunadamente, algunos acreedores, principalmente del sistema financiero, tenían por práctica frecuente "mejorar" el respaldo de sus créditos curiosamente poco tiempo antes de la publicación de inicio del concurso del deudor. Esta norma previene estas situaciones de comportamiento estratégico y es regulación común en diversas legislaciones concursales.

Otra cuestión importante es que, aunque el artículo 19.3(e) se refiere a la ineficacia de cualesquiera "gravámenes" sobre bienes del deudor, las garantías reales sobre bienes del deudor no estarán comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, puesto que las garantías tienen la regulación específica del artículo 19.3(f) comentado líneas arriba. Así, el artículo 19.3(e) tendrá que ser interpretado como referido a otros actos de gravamen del deudor, tales como la constitución de derechos reales de usufructo, uso, imposición de cargas, servidumbres, etc. Una segunda constatación es que, interpretando la norma *contrario sensu*, si serán válidas y plenamente eficaces las constituciones de garantías por nuevas acreencias nacidas en forma coetánea al nacimiento de la garantía. Así, si una entidad bancaria presta dinero al deudor en esta etapa y obtiene una garantía real en respaldo de tal acreencia, ello será un acto en principio válido y eficaz. Habrá que ver, claro está, si el acto en el fondo busca una preferencia indebida indirecta, situación que se presenta cuando los fondos del préstamo se usan para prepagar o pagar deuda vencida no garantizada y donde el nuevo "préstamo" es solo una fachada para obtener una garantía que no sea ineficaz. Recordamos a este respecto el deber de buena fe del deudor, las sanciones de ineficacia contra pagos de deudas no vencidas y pago de deudas vencidas no realizado en la forma originalmente prevista.

#### 4. El límite de la ineficacia: el tercero adquirente de buena fe

Suele ocurrir que las sanciones legales como la ineficacia de ciertos actos y negocios jurídicos del deudor, protegen y benefician a un determinado conjunto de sujetos de derecho (los acreedores) pero, a su turno, desamparan y perjudican a otro sujeto, en este caso, el tercero adquirente o beneficiario del acto de disposición del deudor. La opción legislativa que admite la ineficacia concursal no podía ser ajena a la circunstancia de estar creando "nuevas víctimas" al trasladar al tercero adquirente el peso de la sanción legal al acto indebido de disposición. El tercero no podrá beneficiarse con el bien, gravamen o derecho adquirido del deudor y, si ya pagó la contraprestación, es muy probable que no la pueda recuperar y, a la larga, se convierta en un acreedor concursal más por el monto de dicha contraprestación no restituida.

Tomando en cuenta lo anterior, el sistema de ineficacia concursal buscó proteger también la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, por la vía de tutelar al tercero adquirente siempre que este hubiese actuado de buena fe, recibiendo el derecho, bien o prestación de persona que tenga poderes suficientes en el registro público para celebrar el acto y siempre que este sea a título oneroso. Esto es lo que establece el artículo 19.4 de la LGSC<sup>31</sup> que, en suma, hace que el sistema de ineficacia concursal no opere cuando existe un tercero adquirente de buena fe. En nuestra opinión, la buena fe exigida al tercero adquirente en este artículo debe ser tanto buena fe civil como registral. No basta simplemente una actuación basada en la fe registral, será necesaria también la buena fe civil del adquirente, quien debe desconocer y no estar en razonable aptitud de conocer del perjuicio que el acto en cuestión podría estar causando al patrimonio del deudor y a las posibilidades de cobro de los restantes acreedores.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece criticable que se restrinja la protección del tercero adquirente a aquellos casos en que exista posibilidad de inscribir su derecho en un registro. En la mayoría de sistemas de ineficacia, incluyendo los que regulan la acción pauliana, se protege siempre al tercero adquirente de buena fe, exigiéndose al acreedor que demanda la prueba de la mala fe o, cuando menos, del conocimiento efectivo o de la razonable posición de conocer que debe tener el tercero respecto del perjuicio que causará el acto de disposición del deudor. Así, el sistema de ineficacia concursal de la LGSC se queda corto respecto de la protección de terceros adquirentes que actúen con total buena fe pero donde no haya registro público en el cual inscribir la transferencia a su favor.<sup>32</sup>

#### 5. Reflexiones finales: el Proyecto de Ley, la Ley Modificatoria y las oportunidades perdidas

Un elemento de gran importancia se refiere a la consideración del acreedor impugnante en un proceso de ineficacia concursal. A diferencia de la acción pauliana, cuyo resultado solo favorece al acreedor impugnante del acto y que, por ende, incentiva la actividad de tutela y reintegración del patrimonio del deudor, la ineficacia concursal opera de forma tal que el acto de disposición resulta ineficaz no solo respecto del acreedor impugnante sino de la totalidad de acreedores concursales. En esas circunstancias, ¿qué incentivo tienen los acreedores concursales para gastar tiempo y dinero en una acción donde la "recuperación" del patrimonio del deudor favorece a toda la masa de acreedores?

<sup>31</sup> Artículo 19.4 - El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro Público aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia que se refiere el presente artículo, una vez inscrita su adquisición.

<sup>32</sup> Citamos, a manera de ejemplo, lo dispuesto por la ley concursal argentina en su artículo 119: "Los demás actos perjudiciales para los acreedores, apegados al perjuicio de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de insolvencia de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio." Es cierto, sin embargo, que el requisito del conocimiento del tercero no se aplica a los casos de ineficacia causativa señalados en el artículo 118 de la norma concursal citada (que equivale, aunque mucho más restringida, al artículo 19.3 de la LGSC), pero sí aplica a todos los demás actos del deudor.

Así como está regulada la LGSC, poca o ninguna motivación habrá para los acreedores, a menos que estén en el primer orden de preferencia, en cuyo caso es poco probable que tengan recursos para impugnar debidamente, al tratarse de acreedores laborales. Lo lógico sería incentivar a los acreedores a ser los primeros vigías de la conducta del deudor en crisis, por la vía de reconocerles el reembolso de lo gastado en la acción de ineficacia concursal, por un lado, y "premiarlos", por otro lado, por su actividad diligente en beneficio de la masa de acreedores. Así, por ejemplo, la ley concursal argentina establece expresamente que: "si se declara la ineficacia, el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de éstos, con límite en el monto de su crédito". Una norma de esta naturaleza habría significado un gran avance en cuanto a la creación de incentivos adecuados para que los acreedores, actores principales en el concurso del deudor, persigan los actos de disposición indebidos realizados por el deudor en los periodos de ineficacia previstos en la LGSC. Pese a ello, ni el Proyecto de Ley ni la Ley Modificatoria incorporaron una previsión similar, dejando pasar una buena oportunidad para mejorar el régimen de ineficacia concursal vigente.

De otro lado, el Proyecto de Ley contenía una interesante aunque problemática regulación de la preferencia de los créditos post-concursales en caso de liquidación, por la vía de incluirlos en el segundo orden de prelación del artículo 42 de la LGSC. Esta propuesta no fue finalmente recogida en la Ley Modificatoria, dejando sin solución un problema que ha venido desincentivando el uso del sistema concursal en general: la inexistencia de un régimen justo para los acreedores post-concursales. No es materia de este artículo el debate sobre este punto, pero estamos seguros que la Ley Modificatoria dejó de ser revolucionaria para convertirse simplemente en una corrección de temas no tan relevantes.

Dentro de esa idea, el Proyecto de Ley proponía un radical cambio en el sistema de ineficacia concursal, unificando los regímenes de los artículos 19.1 y 19.3 en un solo régimen basado en los principios de curso ordinario del negocio, perjuicio y presunciones en ciertos supuestos. La parte más revolucionaria, sin embargo, radicaba en la atribución a la Comisión de Procedimientos Concursales de la facultad para declarar la ineficacia de los actos indebidos de disposición del deudor, eliminando la necesidad de acudir a un procedimiento judicial para tal fin.

Tuvimos el privilegio de ser invitados a una sesión de discusión del Proyecto de Ley, con la participación de diversos especialistas en materia concursal y de las autoridades del INDECOPI. En aquella ocasión expusimos nuestras dudas respecto de la posibilidad de que esta entidad administrativa pudiera asumir una función que es netamente jurisdiccional: declarar la ineficacia de actos jurídicos en los que incluso podrían haber intervenido terceros adquirentes totalmente ajenos al concurso. En aquella oportunidad, planteamos la conveniencia de que existiera un juez específico adscrito al concurso, al cual acudir para las acciones de ineficacia concursal de tal forma que homologara las decisiones tomadas por la Comisión, evitándose cuestionamientos basados en una asunción ilegítima de función jurisdiccional y eliminándose la inevitable demora que supondría seguir el proceso de ineficacia concursal primero en el ámbito administrativo para luego llevarlo al plano judicial por la vía contencioso administrativa. Es claro que una reforma de esa magnitud requiere amplia reflexión y cuidadosa interacción entre autoridades.

Al final, la radical reforma del sistema de ineficacia concursal no se concretó en la Ley Modificatoria y, en esa medida, nuestra legislación concursal ha quedado todavía en deuda respecto del desarrollo de un régimen de ineficacia más claro, eficiente y predecible. Por ahora, no queda más que adaptarse a las circunstancias e interpretar adecuadamente las disposiciones del artículo 19 de la LGSC. De la correcta aplicación de esta norma dependerá el delicado equilibrio entre la protección del patrimonio concursal, por un lado, y la tutela de la seguridad jurídica y la buena fe de los terceros adquirentes, por el otro.