

La ineficacia concursal en el Derecho Peruano
Jean Paul Brousset Vasquez

CONSIDERACIONES GENERALES

Ineficacia. Una palabra compleja. En el ámbito de las conductas humanas (que es el relevante para el derecho y la moral) no soy eficaz cuando actúo en un sentido y con una intención específica y no logro mi cometido. Desde un punto de vista filosófico podríamos incluir a la ineficacia como una de las manifestaciones de la nada. Sartre decía que la nada iba infestando al ser hasta lograr su desaparición¹. Y ese trayecto hacia la nada está plagado de conexiones ineficaces para el ser. Es decir, el ser reconoce sus límites en las acciones que encamina en algún sentido y que no llega a concluir. Es el conjunto de estas acciones falentes lo que lo va conduciendo indefectiblemente hacia su muerte.

Entendida así, la ineficacia es un proceso negativo, pero absolutamente humano. Es parte relevante del proceso de vida del individuo. En la constatación de su naturaleza limitada el ser se va descubriendo a sí mismo, va entendiendo su naturaleza errática, su condición fenoménica de hombre humano, de individuo en medio de un mundo que lo desborda y al que no puede controlar. Pero eso no quiere decir que el hombre no luche contra la nada, y que por lo tanto no intente ser eficaz en sus acciones. Esta lucha, que tiene relación con el instinto de supervivencia ínsito también a la condición humana, se realiza con la voluntad. Esa voluntad de superar los obstáculos tremendos que la vida le va colocando al hombre, y que está encaminada justamente a tratar de lograr vencer esa condiciones negativas que lo subyugan (Shopenhauer).²

Al derecho, entendido como la ciencia que estudia los comportamientos humanos en sociedad y que trata de regularlos para lograr la armonía social, le resulta absolutamente relevante el proceso de ineficacia. Porque esta afecta sustancialmente a los actos volitivos de los sujetos de derecho (son como dos fuerzas combatiendo, una negativa hacia la nada -la ineficacia-, otra positiva tratando de mantener al ser -voluntad-). Cuando una voluntad no produce los efectos jurídicos deseados, genera un problema de credibilidad en el sistema. Los agentes del derecho, que necesitan que sus manifestaciones de voluntad provoquen las transformaciones que ellos han previsto, se ven severamente afectados cuando las mismas finalmente resultan ineficaces frente a los terceros. Pero, si estas manifestaciones van a resultar dañosas para el conjunto, deben ser controladas y eventualmente eliminadas. El mismo instinto de supervivencia actúa en ambos sentidos.

Y aquí nos situamos en el núcleo del disturbio, parafraseando el título de un hermoso cuento de SamanthaSchweblin³. Para el mundo jurídico, los actos ineficaces afectan la esencia misma de las relaciones humanas, la vician, la mancillan. Los actos ineficaces son como los cánceres que van carcomiendo los hilos de los actos intersubjetivos, que los van haciendo perder su validez sustantiva y que merman al sistema.

¹ JEAN PAUL SARTRE "El ser y la nada", Editorial Losada, Bs. As. 2006, pg. 52.

La cita exacta es como sigue: "(...)La condición necesaria para que sea posible decir Noes que el no-ser sea una presencia perpetua, en nosotros y fuera de nosotros; es que la nada infeste el ser."

² ARTHUR SCHOPENHAUER "El mundo como voluntad y representación", Editorial Losada, Bs. As., 2008.

³ SAMANTA SCHWEBLIN "El núcleo del disturbio", Magreb producciones, Lima, 2014.

PREMISA TEORICA – LA INEFICACIA ESTRUCTURAL Y LA INEFICACIA FUNCIONAL

En la teoría general del derecho hay una clasificación extendida de ineficacia que me gustaría poner a consideración como una premisa teórica para los siguientes puntos a desarrollar. Es la que distingue la ineficacia estructural de la ineficacia funcional. La ineficacia estructural es aquella que se presenta por un vicio producido al momento mismo de la celebración o formación del acto, mientras que la ineficacia funcional supone la existencia de un acto celebrado adecuadamente pero que, por un vicio externo y posterior a su estructura, deja de producir los efectos jurídicos interpartes para los que estaba previsto⁴. Pero ambos tipos de ineficacia tienen el mismo efecto jurídico a saber: inhabilitar a la manifestación o manifestaciones de voluntad de las consecuencias queridas por las partes al emitir las. El derecho trata de defender así a los agentes jurídicos que se puedan ver afectados por estas manifestaciones erróneas o fraudulentas. Este mecanismo permite identificar este tipo de manifestaciones y quitarles la posibilidad de trastocar las relaciones sociales. De ahí su relevancia.

En el derecho peruano⁵ se han dividido estas clases de ineficacias en tres figuras jurídicas que tratan de explicar las manifestaciones de voluntad viciadas o afectadas por algún motivo y cuyos efectos jurídicos deben de limitarse o anularse. Son consideradas ineficacias estructurales la nulidad y la anulabilidad del acto jurídico, mientras se ha regulado la ineficacia funcional como simple ineficacia del acto jurídico. Las dos primeras resaltan la existencia de vicios consustanciales a la formación del acto que anulan sus efectos (la nulidad: vicios insubsanables, la anulabilidad: vicios subsanables por algún evento posterior al vicio), mientras que la ineficacia en sentido lato (que, como ya señalamos, es la ineficacia funcional), intenta restarle efectos a aquellos actos que, si bien han sido concebidos de una manera válida (es decir, con todos los requisitos de validez del acto jurídico contenidos en el artículo 140 del Código Civil), tienen una causalidad fraudulenta. Puntualmente, este último supuesto regula el denominado fraude a los acreedores.

En los casos de nulidad y anulabilidad, existe una acción procesal puntual, como es la acción de nulidad del acto jurídico (que tiene como variante la acción de anulabilidad), mientras que en el último caso, es la acción pauliana o revocatoria la llamada a declarar ineficaces los efectos del acto fraudulento ante la parte afectada.

Hay varias diferencias entre estas dos acciones, pero las más resaltantes para efectos del presente trabajo son dos a saber:

1. Los efectos de la acción de nulidad y de la anulabilidad son erga omnes, por lo tanto, una vez declarada la misma, el acto jurídico viciado nunca existió para el mundo del derecho. Por el contrario, en la acción de ineficacia, el acto declarado ineficaz es un acto válido (por cumplir con los requisitos pertinentes del acto jurídico), pero inoponible en sus efectos sólo al acreedor que ha invocado la existencia de fraude en su contra.
2. La segunda diferencia relevante entre ambas acciones es la regulación de su prescripción. El artículo 2001 del Código Civil peruano establece que la prescripción para la acción de nulidad es de 10 años (el máximo plazo prescriptorio para cualquier tipo de actos jurídicos en el Perú), mientras que para las acciones de anulabilidad y revocatoria establece un plazo de 2 años.

⁴ LIZARDO TABOADA "Nulidad del Acto jurídico", Grijley, Segunda Edición, Abril 2002, Lima, Perú.

⁵ Sobre el particular hemos consultado también a ANIBAL TORRES "Acto jurídico", IDEMSA, 4ta Ed., Lima, 2012.

LA INEFICACIA EN EL DERECHO CONCURSAL Y LA BUSQUEDA DE JUSTICIA INTER PARTES

Para el derecho concursal, la regulación y el control de los actos ineficaces resulta especialmente relevante, porque son estos actos los que pueden afectar las endeble relaciones entre los acreedores y el deudor concursado. Sea cual fuere el objetivo del derecho concursal en una legislación específica (la protección del crédito, la protección de la empresa como conjunto patrimonial, etc.) no se puede admitir que actos fraudulentos o erróneos tergiversen la ya mermada situación del deudor en crisis. Así, la regulación adecuada de los actos ineficaces se debe encaminar a la búsqueda de una situación que promueva un accionar justo para todas las partes intervinientes en el concurso. La acción de ineficacia entendida de esta forma es una herramienta para buscar la justicia inter partes, dejando sin efecto jurídico aquellos actos que se hayan efectuado buscando despatrimonializar fraudulentamente al deudor en problemas.

Ahora, ¿es posible acercarnos a una definición concertada de justicia en el concurso?

La crisis como proceso es algo no deseado, pero natural al fenómeno humano. Por lo tanto, una crisis no es necesariamente injusta si se ha generado por actos exógenos frente a los cuáles la empresa ha sido un impotente espectador. El actuar ético del empresario en problemas puede ser un actuar adecuado a la justicia. Las decisiones que tomen en esta condición, no son decisiones que necesariamente deban ser reparadas por el derecho. Reducciones de personal, venta de activos, afectación de bienes, son actos totalmente razonables en situaciones de crisis, y por lo tanto, no necesariamente deben ser calificados como fraudulentos o injustos.

Para la Teoría económica del derecho⁶, la situación de crisis debe llevar a decisiones económicamente razonables. Así, el concurso -como un instrumento jurídico creado bajo el influjo de esta teoría-, promueve el acuerdo inter partes, pues son ellas (acreedores y deudor en el caso del concurso) las más afectadas económicamente por la crisis. Por ello, los pactos que estas adopten (cualesquiera que estos sean) serán adecuados para la solución de dicha crisis. Desde esta visión, el Estado no debe intervenir en este conflicto pues tergiversaría o entramparía las soluciones más eficientes a las que puedan llegar los privados directamente afectados.

¿Pero qué pasa cuando estas decisiones han sido tomadas en un marco fraudulento (y por lo tanto anti ético) pero acorde con el derecho? ¿El Estado debe dejar pasar las situaciones injustas pero aparentemente eficientes que estos pactos provocan?

Análisis del actuar fraudulento

Para clarificar la primera de las dudas planteadas, analizaremos teóricamente lo que ocurre en una crisis empresarial antes y durante el concurso.

- Situación ex ante

Antes del concurso existe una situación en la que, ante un deudor en crisis, los acreedores actúan libremente para tratar de recuperar su crédito en problemas.

Así, cada acreedor activa las herramientas jurídicas pertinentes encaminadas a lograr compulsar al deudor al pago. Generalmente los más eficientes en el cobro son los acreedores que tienen por lo menos una de dos características fundamentales a saber: (1) Son acreedores profesionales, y (2) Tienen relación sustantiva con el flujo económico de la empresa en problemas.

Entendemos por acreedores profesionales a aquellos que -por la naturaleza de sus operaciones- se enfrentan constantemente a deudores morosos. Esta actividad reiterativa (en la mayoría de los casos) les permite tener una organización especializada que analiza y activa soluciones eficientes para el cobro de las deudas. La segunda característica también resulta esencial para el éxito de las

⁶ RICHARD A. POSNER "El análisis económico del derecho", Fondo de cultura económica, 2000, México.

posibilidades de cobro, pues si el acreedor tiene relación sustantiva con el flujo económico de la empresa en crisis, esta última le dará un tratamiento diferenciado y prioritario frente a los otros acreedores.

Ejemplos de los primeros acreedores, son las empresas que tengan activos departamentos de cobranza masiva. Estas empresas tienen todo un aparato encaminado a lograr las recuperaciones eficientes de pasivos contingentes. Este aparato suele incluir call centers, gestores de visita, grupos de abogados especializados en ejecuciones, etc. Así mismo, estas empresas desarrollan estrategias dirigidas a negociar con los deudores en crisis y obtener resultados inmediatos de cobro, estrategias que pueden implicar la recepción de títulos, de activos, la elaboración de refinanciamientos con garantías idóneas, etc.

En el segundo grupo de acreedores tenemos a aquellos que, dada su especial condición, tienen una importancia en el flujo económico de la empresa. Grandes proveedores, o bancos son parte de este grupo, pues representan, ya sea el grueso de los ingresos directos de la empresa en crisis o las posibilidades de financiamiento para sus proyectos. Por ello el deudor se verá siempre tentado a solucionar los pasivos primero con ellos.

Frente a estos dos grupos de acreedores (eficientes en el cobro o relevantes económicamente para la empresa en problemas o ambos) está el extenso grupo de acreedores fortuitos. A estos acreedores también los podríamos dividir en dos grupos a saber (1) Aquellos acreedores menores, quirografarios en su mayoría, que prestan bienes y servicios a la empresa en crisis pero no en cantidades relevantes para su flujo (2) Los acreedores laborales, que tienen una especial condición de subordinación con la empresa.

Estos dos grupos de acreedores tienen mucho menos posibilidades de éxito en la recuperación de sus créditos. Los primeros por no ser profesionales en el cobro, y los segundos también por su falta de profesionalismo en materia de cobranza y además por la lógica condición de subordinación que les impide accionar frente al empleador que les proporciona trabajo para sobrevivir.

- Situación ex post

Luego de iniciado el concurso, estos roles que hemos descrito en la situación ex ante no varían mucho. Los acreedores profesionales y privilegiados generalmente tienen la mayoría de las acreencias (salvo casos muy extraños), y por lo tanto van a tener la posibilidad de adoptar las decisiones que más les convengan a sus intereses, mientras que los acreedores menores y laborales tendrán que esperar a lo que se decida en la junta, sin tener mucha injerencia en dichas decisiones. Como se ve, existe una situación de desequilibrio de fuerzas entre los acreedores de un deudor en crisis.

Pero si a esta situación -ya desequilibrada- le añadimos la posibilidad de que los acreedores -cualesquiera que fueran- desarrollen actos fraudulentos, el tema se agrava sustantivamente.

Y es que, en la práctica, muchos acreedores -coludidos con el deudor- desarrollan estrategias ex ante y ex post para escapar de los efectos de la crisis, estrategias que muchas veces pueden resultar jurídicamente válidas, pero éticamente incorrectas, o, -lo que es igual de negativo- jurídica y éticamente incorrectas. En mi concepto, en ambos casos estamos ante actos fraudulentos, ya sea por atentar directamente contra las normas jurídicas o por actuar en abuso de derecho.

Así las cosas, un acreedor que, abusando de su posición de poder frente al deudor en crisis, lo obliga o se confabula con él para que éste transfiera (dentro de período de sospecha o incluso fuera del mismo) parte o la totalidad de su patrimonio a otro cascarón social (o a un patrimonio autónomo o figuras similares), con el único fin de escapar al acecho de otros acreedores, está actuando en fraude.

Por el contrario, si ese mismo acreedor requiere garantías sobre el patrimonio del deudor, pero mantiene el mismo en dicha empresa, o si, llegado el caso, ejecuta dichas garantías para el cobro de su acreencia, estaría actuando de manera absolutamente ética, sin intencionalidad de fraude.

¿Qué diferencia existe entre ambos tipos de acreedores? La causa final. En el primer caso, el motivo de la transferencia patrimonial es fraudulento, pues está obligando al deudor a simular una transferencia de propiedad (causa falsa), mientras que en el segundo caso está pactando un acto válido como es una garantía, y eventualmente está ejecutándola ante el impago.

Como se ve, la línea de los actos fraudulentos es bastante tenue. Es por ello, y por el hecho fáctico descrito de existir un evidente desequilibrio de fuerzas entre los acreedores de un deudor en crisis, que el Estado debe intervenir, no solo como regulador, sino como fiscalizador y sancionador de actos que atenten contra el patrimonio de la empresa en problemas, entendiendo este último como un bien que debe ser supra protegido por la sociedad en su conjunto.

El rol del Estado en el control de los actos fraudulentos en el concurso

En el análisis que efectúa John Rawls en su célebre Teoría de la Justicia⁷, la situación en la que una norma jurídica promueva el beneficio de los actores mejor posicionados de la sociedad, perjudicando en contrapartida a los actores peor posicionados de la misma, es una situación injusta, aunque produzca un beneficio a la mayoría.

De ahí que, si las normas concursales no solucionan el desequilibrio entre los acreedores antes descritos, y los acreedores más beneficiados económicamente del concurso son favorecidos constantemente por dichas normas en detrimento de los acreedores menos beneficiados del concurso, estaríamos -aplicando el análisis rawlsiano- ante normas injustas.

Pero estas situaciones injustas (que se dan en muchas de las normas concursales de nuestros países por estar estructuradas sobre la base de la incorrecta aplicación del principio de *parcondition creditorum*, al entenderse de manera errónea que todos los acreedores tienen derechos igualitarios, lo cual atenta contra el mismo principio de equidad que señala que se deben de tratar a los iguales de manera igual y a los desiguales de manera desigual) se agravan cuando estas mismas normas promueven o aceptan la realización de actos éticamente o jurídicamente fraudulentos, que merman aún más la situación de los menos beneficiados en el conjunto regulado. Una regulación de la ineficacia que no controle adecuadamente estos posibles actos fraudulentos, y que permita que los menos beneficiados del conjunto social regulado (léase empresa en crisis, acreedores menores, laborales) sean directamente afectados por ellos, está agravando el injusto que -como hemos descrito- ya está entronizado en muchas de las legislaciones concursales modernas.

En ese sentido, el rol del Estado en el control de estos actos es medular. El Estado no puede limitarse a un *laissez faire*, no puede pretender aplicar conceptos de libre mercado para tratar estos hechos que tergiversan el adecuado accionar de las instituciones sociales. El Estado está obligado a intervenir, a clarificar y a sancionar -de ser el caso- a los empresarios y a los terceros que adoptan estas decisiones claramente injustas para los acreedores indefensos y ya mercados en sus posiciones sociales sustantivas. Las teorías neoliberales están en contra de esta postura. Para ellas, el rol del Estado es meramente conciliador. Creemos -conjuntamente con Rawls- que el Estado no puede permitir que las normas jurídicas en su aplicación decanten en situaciones abiertamente injustas.

A continuación, analizaremos la legislación peruana, con el ánimo de verificar si la misma ha logrado o no regular estas situaciones de la manera adecuada.

⁷ JOHN RAWLS "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México, 2016

LA REGULACION DE LA INEFICACIA EN EL CONCURSO PERUANO

La sanción de los actos fraudulentos en el concurso peruano está regulada tanto en las normas concursales como en las normas penales pertinentes. Analizaremos ambas normativas indicadas.

Análisis de las normas concursales que regulan los actos fraudulentos antes y durante el concurso

La Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal peruana vigente a la fecha (en adelante, LA LEY) establece puniciones a los actos fraudulentos en dos niveles a saber: La sanción de la ineficacia concursal y la imposición de sanciones administrativas a los actores fraudulentos.

a) Regulación sobre la ineficacia concursal

El artículo 19 de LA LEY regula dos tramos de ineficacia a saber

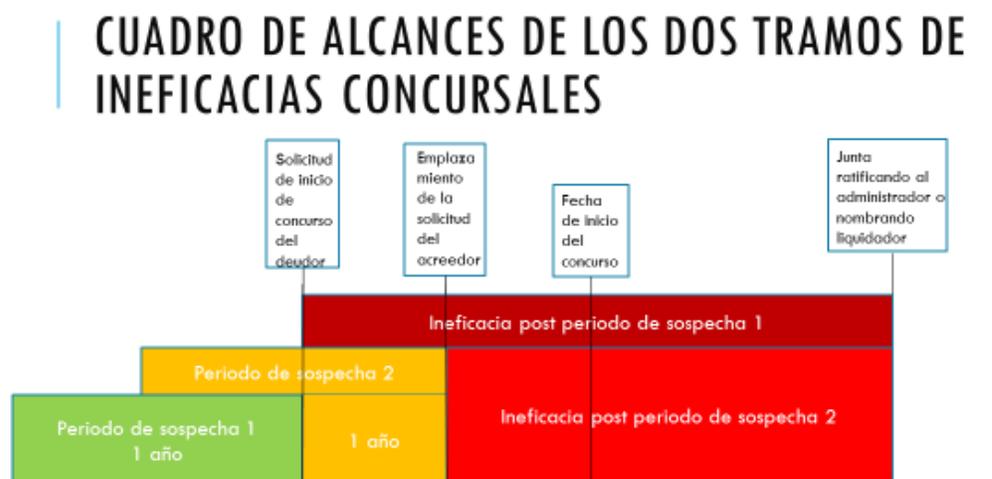
Primer Tramo de ineficacia - El art. 19.1 de LA LEY señala que pueden ser declarados ineficaces y en consecuencia inoponibles a los acreedores del concurso los actos que tengan las siguientes características:

- Gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, celebrados por la empresa deudora con acreedores o terceros.
- Que dichos actos no se refieran al desarrollo normal de la actividad de la empresa deudora.
- Que causen perjuicio al patrimonio de la empresa deudora.
- Que hayan sido celebrados por el deudor dentro del año anterior a la fecha en que se presentó su solicitud para acogerse a algún procedimiento concursal o fue notificado de la resolución de emplazamiento que traslada la solicitud de algún acreedor para el inicio de algún tipo de concurso contra dicho deudor (período de sospecha).

Segundo tramo de ineficacia – Por su parte, el art. 19.3 de LA LEY, señala que también pueden ser declarados ineficaces y por lo tanto inoponibles a los acreedores aquellos actos que contengan las siguientes características:

- Los siguientes actos jurídicos:
 - (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 refieran al desarrollo normal de su actividad.
 - (d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores.
 - (e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor 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 contraídas con fecha anterior a este.
 - (g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y,
 - (h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen detrimento patrimonial.
- Que dichos actos se hayan celebrado entre la fecha en que se presentó la solicitud por parte del deudor para acogerse a alguno de los procedimientos concursales o que fue notificado

con la resolución de emplazamiento de la solicitud de algún acreedor para el inicio de concurso, hasta el momento en que la junta de acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación. A continuación, y con fines de claridad, hemos elaborado un cuadro que grafica estos dos niveles de ineficacia. (ver cuadro 1)



Cuadro 1.

Por esta vía La norma concursal peruana trata de evitar que la empresa deudora efectúe actividades tendientes a transferir o mermar su patrimonio, y que afecten a los acreedores concursales en su conjunto.

Sobre la naturaleza jurídica de ambas ineficacias, es claro a nuestro concepto que se trata de ineficacias estructurales, pues los actos jurídicos contenidos en ellas son reparados por estar encaminados a mermar o afectar el patrimonio de la empresa en crisis con el único fin de eludir la acción de los acreedores. En concreto, se entiende que dichos actos son ineficaces por sustentarse en una falsa causa (causa fraudulenta), por lo que no contarían con uno de los elementos esenciales de validez de los actos jurídicos para la legislación peruana, como es la causa lícita.⁸

Cabe señalar que el artículo 19.4 de dicho texto legal establece que si un tercero de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia.

Esta última precisión presenta problemas severos en el planteamiento general de las ineficacias. En efecto, si los terceros que contratan con la empresa en crisis actúan de buena fe, no podríamos aplicar la sanción de ineficacia, pues la causa fraudulenta exige siempre colusión entre el tercero adquirente y el deudor. Si no hay colusión no hay causa fraudulenta. La norma concursal peruana protege a los terceros de buena fe (como es lógico), pero únicamente si han sustentado su adquisición o contratación en derechos previamente inscritos. Esta última precisión normativa

⁸ Véase en este mismo sentido JAIRO CIEZA "La tutela de los acreedores y la ineficacia de los actos celebrados en período de sospecha", Gaceta Jurídica No.156, Lima.

relativiza la buena fe a la inscripción previa de derechos, lo que –a nuestro concepto- resulta excesivo y evidentemente contradictorio con la teoría de actos fraudulentos. Si el tercero está en la capacidad de demostrar su absoluto desconocimiento de las intenciones ilícitas del deudor vendedor o contratante, no puede ser afectado con ineficacia alguna. Por ello consideramos que la norma concursal peruana se excede en la regulación del fraude.

Evidentemente que esta crítica es aplicable para aquellos actos acaecidos con anterioridad a la difusión del concurso, puesto que dicha publicación hace presumir *iuris tantum* que todo el mundo conoce la situación de crisis y las limitaciones legales de contratación y transferencia que la empresa concursada tiene, por lo que ya no sería invocable la buena fe.

b) Las sanciones administrativas por actos fraudulentos

Los artículos 125.2 y 125.3 del régimen de infracciones y sanciones contenido en la norma concursal peruana regulan las sanciones que pueden ser impuestas al deudor, a las personas que actúan en su nombre (administrador o liquidador de ser el caso) e inclusive al acreedor que efectúe –o ayude a efectuar- las siguientes conductas a saber:

- Ocultamiento de bienes;
- Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y
- Realización de actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones que no se refieran al desarrollo normal de su actividad.

Las sanciones son pecuniarias y consisten en multas que van desde 1 a 100 UIT (cada UIT tiene un valor de 3,950 nuevos soles, que equivale a US\$1,196 aproximadamente, al Tipo de Cambio de S/.3.3 por dólar).

Hay dos temas que podríamos resaltar de esta regulación.

El primero es que no se incluyen dentro de los comportamientos sancionables a todos los supuestos de ineficacia enumerados en el art. 19. Esto es contradictorio, pues si la norma concursal establece en su parte general cuáles son los actos fraudulentos que pueden ser declarados nulos, no entendemos porqué limitar su enumeración en una eventual sanción administrativa a aplicarse.

En segundo lugar, no se incluyen aquellos actos fraudulentos que se llevan a cabo con anterioridad al inicio del concurso. Esto es grave, pues mucha de la actividad fraudulenta se produce en este período, por lo que se están dejando de punir la mayoría de actos encaminados a mermar el patrimonio de la empresa.

Análisis de las normas penales que sancionan los actos fraudulentos en concurso

Finalmente haremos referencia a las normas penales que sancionan los actos dolosos en el concurso.

Los delitos concursales están regulados por el Código Penal Peruano dentro de los delitos que atentan contra el sistema crediticio. Así, los artículos 209 y siguientes de dicho texto legal se establecen los tipos penales (que contienen los actos antijurídicos) y las penas por la comisión de los mismos.

El artículo que contiene la regulación central es el 209, que transcribimos para su comentario:

"Artículo 209.- 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,
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.

Si la Junta de Acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, según el caso o, el convenio de liquidación o convenio concursal, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen dicha reprogramación o convenio. Asimismo, si fuera el caso de una liquidación declarada por la Comisión, conforme a lo señalado en la ley de la materia, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen el desarrollo de dicha liquidación.

Si el agente realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1), 2) ó 3) cuando se encontrare suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor, como consecuencia de un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4)."

Como se puede ver, el artículo penal refleja lo establecido en el régimen de infracciones y sanciones de la norma concursal. En ese sentido, las críticas enunciadas a dicho régimen son también aplicables a la legislación penal.

Un último punto sobre esta legislación que nos parece pertinente resaltar, es el que se verifica de la lectura del art. 213:

"Artículo 213.- En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure."

Como ya señalamos en líneas anteriores, el rol del Estado en el control de los fraudes en el concurso es medular para evitar situaciones injustas. En ese sentido no podemos sino rechazar esta disposición, por limitar la acción penal a los privados y solo permitir que "en defecto" el Estado pueda accionar a través del ente administrador del concurso (EL INDECOPI).

Uno de los grandes problemas del concurso peruano es que lo dirige una entidad administrativa sin potestad jurisdiccional propia. Para el tema de fraudes en el concurso que nos avoca, esto ha sido un gran escollo, pues este ente administrador no tiene capacidad de sanción efectiva frente a los actos fraudulentos (solo tiene capacidad directa para interponer sanciones administrativas como hemos visto), siendo prácticamente inmovilizado en sus posibilidades de denuncia ante la constatación de actos irregulares por disposiciones como la que comentamos.

Creemos, pues, que esta situación debe cambiar, debiendo retornar el concurso a la jurisdicción natural, donde jueces especializados tengan el poder para controlar y sancionar ilícitos que tanto daño le hacen a los actores concursales, sobre todo a los menos beneficiados del concurso que

terminan siendo los más perjudicados por las ilicitudes que se comenten permanentemente en este tipo de procesos.

REFLEXIONES Y CONCLUSIONES DE LO EXPUESTO

1. Existe una lucha permanente en el mundo del derecho (que es el reflejo de una lucha filosófica del ser contra la nada) por controlar los actos fraudulentos a través de la figura de la ineficacia de los mismos, con el fin último de salvaguardar a las manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho que actúan de buena fe (que son sobre las que se estructura nuestro mundo conocido) de las falsedades contenidas en dichos actos.
2. Para el derecho concursal es especialmente relevante la regulación y punición adecuada de los actos fraudulentos en el concurso, pues estos afectan a los acreedores que de buena fe actúan en el mismo y que requieren el pago de su crédito.
3. Las normas concursales en general, implican en su estructura originaria una situación que para determinadas corrientes filosóficas podría entenderse como injusta (posición originaria descrita por Rawls). Y es que al darle el poder regulatorio y de decisión a la junta de acreedores, -y estar estructurada esta institución en sus relaciones de poder por el principio societario de mayoría- los que toman las decisiones en el concurso son los acreedores mas beneficiados dentro de el grupo de acreedores (bancos, grandes proveedores, etc.), siendo estas decisiones en muchos casos contradictorias con el interés de los grupos de acreedores menores (proveedores pequeños, laborales) que son los menos beneficiados de este grupo (en términos económicos generales) y que resultan siendo afectados por las decisiones que se toman en el concurso.

Así, podríamos concluir que -en términos valorativos- existe en esta estructura jurídica una tendencia hacia consecución de situaciones injustas.

Una premisa de esta situación (que hemos descrito como situación EX POST), y que agrava la misma, es la situación EX ANTE. Y es que estos mismos acreedores mayoritarios, en un momento anterior al concurso, tienen mayores y mejores capacidades, no solo de cobrar las deudas pendientes de pago (capacidades de profesionalismo en la cobranza, y de posición negocial prioritaria para el deudor por ser acreedores relacionados con su flujo económico sustantivo), sino de negociar salidas “creativas” -generalmente legales pero a veces no- para ese impago.

Esto consolida la visión del desequilibrio, y de la consecuencia injusta a la que hacíamos referencia.

4. Esta precondition de injusticia -que a mi concepto está ínsita en los concursos modernos-se agrava con la consecución de fraudes.

Debemos entender como actos fraudulentos a aquellos en los que la empresa en crisis, motu proprio u obligada por algún acreedor, afecta o transfiere su patrimonio con el simple fin (causa falsa ilícita) de eludir la acción de los demás acreedores.

Estos actos -que pueden producirse ex ante o ex post- agravan la situación de injusticia en el concurso, pues son generalmente desarrollados por los acreedores profesionales, los mismos que -ya hemos visto- coinciden generalmente con el grupo de los más beneficiados en el conjunto del concurso.

Como también hemos concluido, estos actos pueden estar blindados con una apariencia jurídica de validez, pero aún en esos casos son actos fraudulentos, por abusar del derecho con el objeto de consolidar una situación irreal (causa fraudulenta) de transferencia o afectación del patrimonio de una empresa en problemas.

Figuras como el fideicomiso, el leasing, la retro venta u otros pactos similares (que se han venido a llamar contratos modernos, resaltando la creatividad de su desarrollo), pueden ser considerados como fraudulentos si tienen esta intencionalidad: Despatrimonializar a una empresa en problemas.

5. El control de estos actos es absolutamente complejo. Es claro que los acreedores que lideran el concurso difícilmente lo hagan (pues son ellos los principales sospechosos de efectuarlos). Además, se necesita de un aparato adecuado para poder rastrearlos e identificarlos (sobre todo los actos EX ANTE, que generalmente son obras artísticas del arte fraudulento). Un acreedor menor, un acreedor laboral o acreedores similares son personas impotentes ante los mismos. El Estado moderno no debe permitir esto. El Estado moderno está llamado a constatar esta situación injusta y a actuar en consecuencia.
Así, en el derecho peruano, la dirección del concurso debería de retornar al juez, el mismo que, como autoridad, debería de efectuar como primer acto -y fundamental para la transparencia del concurso- la fiscalización y validación de los actos anteriores al concurso. El plazo de un año (periodo de sospecha en la norma peruana) es absolutamente insuficiente para visualizar fraudes. El juez debería poder revisar por lo menos 3 años antes, siendo que si encuentra situaciones extrañas en dicho período pueda efectuar una revisión en el tiempo mayor.
6. La sanción para los fraudes debería ser ejemplar. En el derecho peruano se han estructurado dos niveles de sanciones (las administrativas y las penales), pero los supuestos son insuficientes y las penas lamentables. Respecto de los supuestos, estos solo incluyen situaciones posteriores al inicio del concurso, con lo que se contradicen con la misma norma que contempla situaciones fraudulentas antes del mismo. Respecto de las penas, la situación es la misma. Estos actos afectan a bienes jurídicos sustantivos de nuestra sociedad moderna como son las empresas. Reclamar mayores penas para los sujetos activos no sólo es un reclamo con contenido de justicia, sino que además haría que dichos sujetos reflexionaran mejor antes de cometer estos fraudes.
7. Finalmente debemos de recalcar que el rol del Estado en el concurso no puede ser el de “un amigable componedor de conflictos”. La teoría neoliberal ya sufrió los embates de esta visión. No podemos continuar avalándola. El Estado moderno tiene el deber de intervenir para regular situaciones de inequidad, para evitar la comisión de ilícitos, PARA GARANTIZAR LA JUSTICIA INTER PARTES QUE ES LA PRECONDICION DE LA ARMONIA SOCIAL, QUE ES LA PRECONDICION DE PAZ.

A MODO DE FINAL

Debo de hacerle al lector una confesión final. Durante la elaboración de este artículo - y dado mi estado de absoluta concentración en el mismo-, una noche desperté imaginando algunas de las fórmulas que finalmente se plasmaron en él. Estaba en esas contemplaciones intelectuales cuando fortuitamente me asaltó un poema que hacía años me había subyugado sin saber porqué. Y en ese momento lo supe.

En el poema del gran Ezra Pound⁹—que a continuación redactaré, como fin de este esfuerzo- una dama camina por un sendero del mundo, atacada de una suerte de anemia emocional. Yo siempre

⁹ EZRA POUND, “PERSONAE, los poemas breves”, Poesía Hiperión, Madrid, 2001, pg. 170.

relacioné esa dama con alguna musa de mi vida, con algún amor. Pero ahora sé –con una certeza que podría ser considerada de excesiva- que esa dama representa a la justicia.

THE GARDEN	EL JARDIN
<p>En robe de parade. -Samain</p>	<p>En robe de parade. -Samain</p>
<p>Like a skein of loosesilkblownagainst a Wall Shewalksbytherailing of a path in Kensington Gardens. And sheisdyingpiece-meal Of a sort of emotionalanaemia.</p>	<p>Como un ovillo de seda suelta lanzado contra un muro, Ella bordea la verja de un sendero en KensingtonGardens, Y es un trozo-de-carne que agoniza De una especie de anemia emocional.</p>
<p>And roudaboutthereis a rabble Of thefilthy, sturdy, unkillableinfants of theverypoor. Theyshallinherittheearth.</p>	<p>Y en torno hay una muchedumbre De sucios, fuertes, indesechables hijos de los más pobres. Ellos heredarán la Tierra.</p>
<p>In heristheend of breeding. Herboredomisexquisite and excessive. Shewouldlikesomeone to speak to her, And isalmostafraidthat I Willcommitthatindiscretion.</p>	<p>Con ella se termina una casta. Su hastío es exquisito y excesivo. Le gustaría que alguien le dirigiese la palabra Y casi teme que yo Cometa esa indiscreción.</p>

En mi nueva interpretación de este hermoso texto, el que proclama el poema es el abogado. Él, enamorado de la justicia, la contempla en su andar desilusionado por senderos inhóspitos. Y la ve rodeada de miserables seres que la atacan, (con sus mentiras, con sus fraudes) y que son los llamados a heredar la tierra luego de su muerte por inanición o pena.

No dejemos que ello ocurra queridos colegas. Combatamos a estos seres oscuros con la fuerza de nuestra sapiencia, y salvemos a la noble dama del deshonor. Es nuestra gran misión. Nuestro inmenso reto.