

La Ineficacia Concursal en el derecho comparado: Análisis de diversas legislaciones en referencia a dicha institución.

*Bankruptcy Inefficiency in Compared Law: Analysis
of different legislations referred to that institution*

Recepción: 26.06.17 / Aceptación: 28.11.17



Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero*

Resumen: En nuestro ordenamiento jurídico, cuando un agente económico se encuentra en una etapa de cesación de pagos, para revertir o salir de esta situación puede optar por acceder al sistema concursal, el cual tiene como uno de sus efectos la protección del patrimonio del deudor concursado mediante diferentes mecanismos entre los que se encuentran la institución de la ineficacia concursal.

Sin embargo, la mencionada institución en nuestro país tiene una regulación poco clara, lo que ha hecho que su rol principal, la protección del patrimonio del insolvente, no sea cumplida. Más aun si desde la entrada en vigencia de la Ley General del Sistema Concursal en octubre de 2002 esta institución no ha sufrido modificación alguna que sea acorde al desarrollo económico del país.

En ese sentido, es importante analizar las diversas legislaciones concursales en América y Europa en torno a la ineficacia concursal; toda vez que las crisis que han afrontado sus económicas en los últimos años han ocasionado que los Estados mantengan o modifiquen su regulación sobre la referida institución. Vale resaltar y darle una mirada a lo positivo de estas y a aquello que se puede rescatar para que de alguna manera fortalezca nuestra legislación, con las respectivas restricciones dada las particularidades en la economía en cada país.

Palabras clave: ineficacia concursal, derecho comparado, derecho concursal, período de sospecha, insolvencia, fraude a los acreedores, acción pauliana, estado falencial, actos de disposición.

Abstract: *In our legal system, when an economic agent is in a stage of non-compliance, it has the possibility to choose the insolvency process to reverse the result of this situation. One of the effects of this process is the protection of the assets of the debtor through different mechanisms among which are the institution of ineffective acts. However, the institution mentioned in our country has unclear regulations. That is why its main role, the protection of insolvency, is dissatisfied.*

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, autor de la tesis titulada “Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, entorno a su ineficiencia aplicativa”. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Postgrado en Derecho Corporativo por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la UNMSM. Asociado del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

Since the entry into force of the General Law of the Insolvency System in October 2002, this institution has not undergone changes that are in line with the economic development of the country. In this sense, it is important to analyze the different insolvency laws in America and Europe in relation to the institution of ineffective acts. The crises that have faced their economies in recent years have led States to continue to modify their regulation on the institution of ineffective acts. It is worth highlighting and analyzing the positive aspects of this regulation to improve our legislation, with the respective restrictions given the particularities of the economy of each country.

Key words: insolvency law, fraudulent transfers, bankruptcy law, suspect period, preferences, insider, trustee, transactions at an undervalue, insolvency act, bankruptcy code.

1. La ineficacia concursal en el ordenamiento jurídico peruano.

Cuando un agente económico se encuentra en una situación de crisis patrimonial (económica y/o financiera) optará por diversas alternativas para enfrentarla, desde la inacción total y dejar que la crisis transcurra o el realizar actos de disposición patrimonial para revertir dicha situación.

Sin embargo, con la finalidad de asegurar la intangibilidad del patrimonio del deudor, las normas concursales establecen ciertas restricciones a la disposición de bienes y/o derechos. Los efectos del concurso no solo se producen desde el momento en que se publica el aviso del inicio del mismo, sino que afecta a los actos de disposición realizados por el deudor en un período anterior a esta publicación.

Ello, toda vez que el deudor suele tener la tentación de desviar parte de su patrimonio o favorecer a una serie de acreedores en perjuicio de los demás acreedores, ya sea por su propia iniciativa o presionado por el logro de salir de la crisis¹.

Con la apertura del concurso de un deudor, los efectos de este es que el patrimonio

del insolvente queda blindado; toda vez que opera la inexigibilidad de obligaciones (imposibilidad de pagar deudas, salvo aquellas generadas posterior al concurso), existe un marco de protección del patrimonio del concursado y los actores interesados (acreedores y/o administradores) pueden cuestionar ante la autoridad jurisdiccional los actos de disposición celebrados por el deudor.

En virtud de lo antes expuesto, el derecho concursal tiene como herramienta para la protección de este tipo de actos de disposición (fraudulentos o no) celebrados por el deudor, una de las instituciones más importante del derecho concursal, denominada *ineficacia concursal*.

En nuestra legislación, la ineficacia concursal se encuentra regulada en los artículos 19° y 20° de la Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC).

En ese sentido, el artículo 19.1 de la LGSC establece que el órgano jurisdiccional declarará ineficaces los actos de disposición celebrados por el deudor, a título gratuito u oneroso, que no se desarrolle dentro de la actividad normal del deudor y generen un perjuicio al patrimonio del deudor dentro del año anterior a: (i) la solicitud de inicio del procedimiento concursal; (ii) al emplazamiento de la solicitud de inicio de concurso por parte de los acreedores; o, (iii) la notificación del inicio de la disolución y

1 MORALEJO, Ignacio (2009). "Las garantías reales y las acciones de reintegración concursal (I)". En: Anuario de Derecho Concursal. Navarra, N° 17, pp. 81-138.

liquidación, a esta etapa se cataloga en la doctrina como *período de sospecha*, por lo que, la autoridad judicial declarará inoponibles los mencionados actos frente a la colectividad de acreedores.

Asimismo, el artículo 19.3 de la LGSC señala que los supuestos en que los actos jurídicos celebrados por el deudor serán declarados ineficaces por el órgano jurisdiccional, sin importar si causan o no perjuicio al patrimonio del deudor, se denomina *Ineficacia Absoluta* que va desde cualquiera de los tres hechos descritos en el párrafo anterior hasta que la junta de acreedores nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación.

2. Sistemas de determinación del “período de sospecha”².

En el derecho concursal comparado existen diversos métodos para determinar el *período de sospecha*, siendo que esto es transcendental para el correcto funcionamiento de la ineficacia concursal, pues “es en ese lapso donde van a incidir los efectos retroactivos”³ desde la declaración del concurso; entre los métodos de determinación tenemos los siguientes:

a) Determinación legal: Corresponde determinar la ineficacia por la propia legislación concursal que establece un período de tiempo fijo anterior a la declaración del inicio del concurso realizado por la autoridad concursal, ello ocurre en países como Austria, Alemania, Perú, Estados Unidos de

Norteamérica con algunas particularidades, etc.

b) Determinación judicial: La autoridad concursal determina la fecha de cesación de pagos dentro de los límites máximos que le otorga la ley, pero de acuerdo a su discrecionalidad (legal o no) establece el período de sospecha, es así que el juez “lo hace sin considerar ningún acto del deudor en particular, sino atendiendo a los hechos reveladores de tal estado en la realidad económica del fallido”⁴; en este sistema existen dos tipos:

Con límite máximo: Que consiste en que la autoridad concursal tiene una fecha máxima de determinar la fecha de cesación de pagos; pero los efectos retroactivos a los actos de disposición celebrados por el insolvente tendrán un plazo máximo determinado por ley, ello ocurre en la mayoría de sistemas concursales.

Sin límite máximo: La autoridad concursal puede fijar basado en un límite temporal máximo la fecha que considera el inicio del estado de cesación de pagos, pero a su discrecionalidad determinará el *período de sospecha* que puede ocurrir y remontarse a muchos años anteriores al inicio de la declaración de concurso o quiebra del deudor, ello “contiene la desventaja de provocar una suerte de inseguridad. Ello así, pues puede haber transcurrido un extenso lapso de tiempo entre la realización del acto (incurso en el tipo de las ineficacias) y la fecha de declaración falencial”⁵.

Sin embargo, creemos que estos sistemas de determinación del *período de sospecha* no deben adoptarse de manera

2 Debemos agregar que, en la legislación concursal comparada son pocos los países que regulan una ineficacia absoluta; en ese sentido, solo será objeto de estudio el sistema de determinación del período de sospecha.

3 GRILLO, Horacio (2001). “Período de Sospecha en la Legislación Concursal”. 2da Edición, Buenos Aires: Editorial Astrea. p. 9.

4 Ídem. p. 11.

5 GARAGUSO, Horacio y Guillermo, GARAGUSO (2006). Ineficacia Concursal. 2da Edición. Buenos Aires: Lexisnexis. p. 46.

rígida o fija, sino a lo conveniente a cada legislación; toda vez que como veremos a lo largo del presente trabajo existen actos de disposición celebrados por el deudor concursado que se retrotraen, por ejemplo, “a la fecha de solicitud del concurso del insolvente”, “a la declaración de inicio de concurso o quiebra del deudor”, al momento “que el adquirente tuvo conocimiento de la insolvencia de este”, etc.; lo que hace finalmente, que cada sistema concursal adopte uno u otro método, no sea limitativo frente a otro, sino que pueden coexistir ambos.

3. *Análisis comparado de la ineficacia concursal.*

A continuación, realizaremos un análisis comparado de algunas de las legislaciones en referencia a la ineficacia concursal, en torno a determinar el tratamiento que estas le brindan a dicha institución.

3.1. *Ineficacia concursal en el ordenamiento jurídico americano.*

i. *Argentina (Ley de Concursos y Quiebras, Ley N° 24522).*

La retroacción de la quiebra que se configura sobre el *período de sospecha* transcurre desde la fecha inicial de cesación de pagos, que debe ser determinada por resolución judicial, y la sentencia de quiebra. Dicha fecha no puede retrotraerse más allá de los dos (2) años de dicha sentencia o de la presentación del deudor al concurso preventivo.

La ley concursal argentina establece en su artículo 118° que son actos ineficaces de pleno derecho aquellos celebrados por el concursado en el “*período de sospecha*” sean: 1) a título gratuito; 2) pagos anticipados de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; y, 3) constitución de

hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia, respecto de la obligación vencida que originariamente no tenía garantía.

Asimismo, la mencionada norma en su artículo 119° regula “los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos”, en los cuáles los demás actos perjudiciales para los acreedores realizados en el *período de sospecha* pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si el adquirente que celebró el acto con el concursado tenía conocimiento del estado de cesación de pagos de este; así, el tercero adquirente deberá probar que el acto no causó perjuicio.

Es pertinente mencionar que la norma argentina establece la diferencia entre actos ineficaces de pleno de derecho como, por ejemplo, los actos a título gratuito, pago anticipado de deudas con vencimiento en el día de la quiebra o posterior, la constitución de hipoteca, prenda o cualquier preferencia sobre obligación no vencida que no hubiera tenido dicha garantía, de aquellos que no lo son.

A diferencia de los demás actos celebrados en el *período de sospecha* que pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores cuando el que celebró el acto tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor; en ambos ejemplos, el perjuicio se presume por lo que el tercero deberá probar su inexistencia⁶.

Esta declaración de ineficacia, debe solicitarse ante el juez de la quiebra y tramitada vía ordinaria; dicha acción es ejercida por el síndico y está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado, prescribiendo a los seis (6) meses, cómputo que transcurre

6 DASSO, Ariel (2009). Derecho Concursal Comparado. Tomo I. Buenos Aires: Legis p. 145.

desde la declaratoria del concurso (quiebra en Argentina).

Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos treinta (30) días desde que lo haya intimado judicialmente. El acreedor que promueve esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente.

Otro aspecto a resaltar es que, en caso la autoridad judicial declare la ineficacia de un acto impulsado por un acreedor, este tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes reintegrados que la determinará el juez, la misma que oscila entre la tercera y décima parte del recupero de estos, con límite en el monto del crédito; en ese sentido, existe un estímulo para los acreedores del concursado para que interpongan una demanda de ineficacia concursal; toda vez que ostentan una preferencia de cobro respecto a los activos recuperados.

ii. Brasil (Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria de 2005).

Esta norma establece en sus artículos 129° al 138° la ineficacia y revocación de los actos de disposición celebrados por el deudor concursado anterior a su entrada en insolvencia, así podemos apreciar tal como lo describe el título de la norma brasileña que la recomposición patrimonial opera sobre dos aspectos, la ineficacia y revocatoria.

La primera transcurre contra la masa concursal, a pesar que el adquirente no hubiese tenido conocimiento del esta-

do falencial del deudor ni la intención de defraudar a los acreedores, es decir, la ineficacia opera respecto de actos que de manera objetiva son ineficaces tales como: i) el pago de deudas exigibles realizadas dentro del *período de sospecha* que es determinado por el juez y no podrá retrotraerse a los noventa (90) días contados desde la solicitud de inicio del concurso, del pedido de recuperación judicial o del primer protesto por falta de pago; ii) pago de deudas exigibles realizada en el término legal antes previsto, en cuanto no fuera previsto en el contrato; y, iii) la constitución de garantía real o de retención respecto de deudas anteriores dentro del mencionado período, y la constitución de hipotecas posteriores en cuyo caso la masa recibe lo que debía corresponder al acreedor de la hipoteca revocada.

Existen otros actos ineficaces fuera del *período de sospecha* tales como: iv) los actos a título gratuito celebrados dentro de los dos (2) años anteriores a la declaración de quiebra; v) la renuncia a la herencia o legado dentro del mismo período; vi) la transferencia del establecimiento sin consentimiento expreso o pago de todos los acreedores, sin que resten remanentes para solventar el pasivo, salvo que dentro de los treinta (30) días no hubiera habido oposición de acreedores debidamente notificados; y, vii) el registro de derechos reales y transferencias onerosas o gratuitas entre vivos o la anotación marginal en inmuebles realizados después de decretar la quiebra, salvo pre-inscripción anterior.

La demanda de ineficacia podrá ser interpuesta de oficio por la autoridad jurisdiccional; asimismo, los actos señalados en los puntos “i, ii, iii y vi” no susceptibles de ineficacia o revocatoria posterior si hubieran sido realizados conforme el Plan de Recuperación Judicial (equiparable en el Perú al Plan de Reestructuración del deudor concursado).

Por otro lado, la revocatoria corresponde sobre actos de disposición celebrados por el insolvente y requiere la intención de perjudicar, prueba de la complicidad fraudulenta con el adquirente y el efectivo perjuicio sobre la masa activa del concursado. Esta acción podrá ser impulsada por el administrador judicial, los acreedores o el Ministerio Público dentro de los tres (3) años desde la declaración de quiebra y se interpone contra los sujetos intervinientes en la celebración del acto, fueran adquirentes garantizados o beneficiados por el mismo, y terceros que hubieren tenido conocimiento en su origen la intención del concursado de generar el perjuicio a los acreedores, sus herederos o legatarios.

La sentencia de revocatoria determina el recupero de los bienes y/o derechos del concursado a la masa concursal de los activos en especie, accesorios o el valor de mercado con daños y perjuicios, retornando a su estado anterior; así como el adquirente de buena fe tiene derecho a la restitución de lo que hubiere entregado al insolvente en bienes y derechos.

iii. Colombia (Ley de Insolvencia de la República de Colombia, Ley N° 1116 del 27 de diciembre de 2006).

La norma concursal colombiana establece en sus artículos 74° al 76° las acciones de recomposición del patrimonio del deudor concursado; así, esta señala un *período de sospecha* fijo y otro aplicado de manera excepcional. Para actos celebrados a título onerosos dicho período corresponde de dieciocho (18) meses⁷ y para actos a título

7 La extinción de las obligaciones, las daciones en pago y, en general, todo acto que implique transferencia, disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor, realizados en detrimento de sus patrimonio, o contratos de arrendamiento o comodato que impidan el objeto del proceso, durante los dieciocho (18) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o del proceso de liquidación judicial, cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o como-

gratuito de veinticuatro (24) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o liquidación judicial.

Asimismo, serán revocadas las reformas estatutarias acordadas de manera voluntaria por los socios, solemnizadas e inscritas en el Registro Mercantil dentro de seis (6) meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o de liquidación judicial, cuando dichas reformas disminuyan el patrimonio del deudor, en perjuicio de los acreedores o modifiquen el régimen de responsabilidad de los socios.

En la mencionada legislación, cuando los actos y/o negocios celebrados por el deudor concursado que hayan perjudicado o afectado el orden de prelación de pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del insolvente sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, corresponderá la revisión judicial de dichos actos mediante la acción revocatoria o simulación que puede ser iniciada de oficio por el juez del concurso no requiriendo aprobación de los acreedores, al margen que los propios acreedores del deudor y el promotor o liquidador de este puedan impulsar dicha acción judicial.

En el caso de los acreedores denunciantes, existe un incentivo hacia ellos; toda vez que verían valorado su esfuerzo, pues en caso la acción prospere total o parcialmente, se le otorgará un reconocimiento a título de recompensa equivalente al cuarenta (40%) del valor comercial del bien recuperado para el patrimonio del deudor concursado del beneficio que directa o indirectamente se reporte; sin embargo, no todos los acreedores reconocidos pueden impulsar una demanda de ineficacia concursal, sino a aquellos que los actos de disposición materia de controversia les haya causado un perjuicio directo.

datario, obró de buena fe.

(...) no es suficiente para el ejercicio de la acción el haber soportado un detrimento derivado de la apertura de concurso (...) para poder demandar la revocatoria de un acto, se debe haber sufrido –además– un perjuicio directo atribuible al negocio u operación que se pretende rescindir. Ciertamente, el acreedor cuyo derecho surgió con posterioridad al acto revocable, no puede reputarse afectado por dicho acto y en tal medida carece de interés jurídico, habida cuenta de que su condición de acreedor nace con posterioridad y con relación a un patrimonio en específico, aquel que tenía el deudor al momento del nacimiento del derecho del acreedor, es decir, el derecho de crédito aparece cuando ya la operación reprochable se ha materializado, luego, no hay daño directo causado a este acreedor, que resulte imputable al acto censurado⁸.

Por otro lado, no existe ninguna sanción para el demandante en caso no prospere las pretensiones de las acciones revocatorias; asimismo, el plazo máximo para ejercitar las acciones (una especie de prescripción) vence a los seis (6) meses siguientes a la fecha en que quede firme la calificación, graduación de créditos y derechos de voto (reconocimiento de créditos).

La acción se tramitará mediante un proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil Colombiano y la sentencia que decreta la revocación o simulación del acto demandado dispondrá, entre otras medidas, la cancelación de la inscripción

de los derechos del demandado vencido y las de sus causahabientes y en su lugar ordenará inscribir al deudor concursado como nuevo titular de los derechos que le correspondan.

Finalmente, todo aquel que haya contratado con el deudor concursado y sus causahabientes de mala fe, estará obligado a restituir al patrimonio los bienes y/o derechos enajenados en razón de la revocación o la declaración de simulación, así como los frutos y cualquier otro beneficio percibido. Si la restitución no fuese posible, deberá entregar al insolvente el valor en dinero de las mencionadas cosas a la fecha de la sentencia.

iv. Estados Unidos de Norteamérica (Bankruptcy Code) .

a) Preferencias ineficaces o privilegios (Voidable Preferences).

El Código de Bancarrotas de Estados Unidos de Norteamérica (U.S.C.) invalida diversas transferencias preferenciales celebradas por el deudor concursado con aquellos acreedores, anteriores a la solicitud de quiebra. En ese sentido, la transferencia será revocada por entenderse que es preferencial a un acreedor, este podrá reclamar el crédito impago, pero el bien y/o derecho que recibió por parte del deudor concursado formará parte del patrimonio de la masa activa del insolvente y será distribuido a la colectividad de acreedores.

Los *preferences* son actos que implican una ventaja a un acreedor, en particular del insolvente respecto de los demás acreedores concursales; es decir, no existe una equivalencia respecto a la totalidad de acreedores porque le han permitido recibir más de lo que le hubiese correspondido en el marco de un procedimiento concursal de un insolvente.

8 SOTOMONTE, David (2014). “La acción revocatoria concursal en la legislación colombiana”. En: Libro Homenaje al Profesor Emilio Beltrán. Cartagena de Indias: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. p. 275.

El deudor en posesión o el síndico concursal (trustee) puede recobrar cualquier transferencia del patrimonio del deudor: (i) para el beneficio del acreedor; (ii) por cuenta de una deuda anterior no cancelada por el deudor concursado antes que iniciara esa transacción; (iii) si fue celebrada mientras el deudor fue insolvente; (iv) si se realizó dentro de los noventa (90) días antes de la solicitud de concurso o si el acreedor es un *insider* dentro del año anterior a la fecha de dicha solicitud; y, (v) aquellas transferencias que permitan al acreedor más de lo que hubiera recibido bajo las previsiones establecidas en un proceso de liquidación⁹.

Entonces, respecto a los bienes y/o derechos transferidos por el deudor concursado a favor de algún o algunos acreedores, el *período de sospecha* es de noventa (90) días precedentes a la fecha de inicio de la solicitud de concurso, salvo excepciones que serán de un año, ello porque se presume que el deudor ha sido insolvente durante dicho período de tiempo hasta la fecha del inicio del pedido de quiebra.

En lo referido a la ineficacia de actos de disposición preferentes, el informe de la Cámara de Representantes de Estados Unidos de Norteamérica (Exposición de Motivos) señaló que:

El propósito de la sección de preferencias presenta dos caras. La primera busca permitir al síndico evitar o invalidar transferencias previas a la bancarrota que ocurren en un corto período anterior, de manera tal que los acreedores no se vean compelidos a correr al Tribunal a desmembrar el patrimonio del deudor mientras el mismo se desliza hacia la quiebra. Esa protección

entonces otorgada hacia el deudor a menudo le permite encontrar su camino a través de las dificultades financieras de la cooperación con la totalidad de sus acreedores. Más importante aún es que las cláusulas de preferencia facilitan la primera política en materia de bancarrota que consiste en la equidad de la distribución entre los acreedores del deudor. Cualquier acreedor que haya recibido un pago mayor que otro de su misma clase será intimado a restituirlo, de tal manera que todos puedan compartir en un pie de igualdad¹⁰.

No obstante, no todas las transferencias celebradas dentro de los noventa (90) días anteriores a la solicitud de inicio de concurso son ineficaces, entre las que se encuentran: (i) pago de una deuda incurrida en el curso ordinario de los negocios o negocios financieros del deudor concursado y del transferente; (ii) el acto de disposición se haya realizado en el curso ordinario de los negocios del deudor concursado o transferente; y, (iii) se haya celebrado dentro de los términos ordinarios del negocio, es decir, en condiciones del mercado. Existe una excepción, que es cuando una persona natural cuyas deudas son en su mayoría derivadas de créditos de consumo, el síndico no puede evitar la transferencia de la propiedad que haya sido valuada en menos de seiscientos dólares estadounidenses.

b) *Fraudulent Transfers.*

El síndico¹¹ puede declarar ineficaces las transferencias fraudulentas realizadas dentro del año anterior a la fecha de solicitud de inicio de concurso del deudor. Estas pueden ser transferencias de bienes y/o

9 BAIRD, Douglas (2010). *Elements of Bankruptcy*. Fifth Edition. Foundation Press. New York. p. 171.

10 DASSO, Ariel (2009). Op. Cit. pp. 646 - 647.

11 El síndico podría equipararse al administrador y/o entidad liquidadora referida en nuestra legislación.

derechos de titularidad del insolvente con la intención real y actual de esconder, obstruir, defraudar a cualquiera de sus acreedores. Otro tipo de ellas, es la transferencia celebrada por el deudor concursado de la propiedad por menos del precio razonablemente equivalente, mientras sea insolvente o se haya declarado en concurso a causa de la transferencia, se requiere que el fallido concursado haya actuado con la intención de realizar fraude¹².

Estos actos son sancionables pues han tenido el objeto de entorpecer o demorar las acciones de cobro por parte de los acreedores o defraudarlos de esta forma. Esta revocatoria tiene como fundamento las disposiciones semejantes a la acción pauliana¹³.

v. México (Ley de Concursos Mercantiles del 2 de mayo de 2000).

La norma concursal mexicana establece en sus artículos 112° al 119° “los actos en fraude de acreedores”, por los cuales el *período de sospecha* comprende desde los doscientos setenta (270) días naturales anteriores a la fecha de la sentencia de la declaración del concurso, pero el conciliador (una especie de síndico), los interventores (tiene las mismas facultades que el comité de la junta de acreedores) y cualquier acreedor pueden pedir la fijación de una fecha anterior a la sentencia de reconocimiento y graduación de los créditos.

Por eso se señala que la norma mexicana en el sentido de la retroacción concursal “(...) deja al juez en libertad de fijar la fecha a la que se han de retrotraer los efectos de la declaración de quiebra y modificarlo, ampliando o restringiendo el plazo, según

la situación que resulte de los autos”¹⁴. Por tanto, esta legislación combina el sistema de determinación del plazo del *período de sospecha* tanto legal como judicial, pues se da en un término de doscientos setenta (270) días, pero la autoridad concursal está facultada para ampliar dicho plazo a pedido de parte.

Son actos ineficaces *ius et de iure* (operan de pleno derecho) aquellos que se han celebrado dentro del *período de sospecha* a título gratuito, las enajenaciones con pago de contraprestación notoriamente superior o inferior al del insolvente, las operaciones con condiciones o términos significativamente apartados del mercado, las remisiones de deudas y los pagos de obligaciones no vencidas.

Asimismo, están los actos por los cuales se presume el fraude, salvo que el deudor concursado o los involucrados demuestren la buena fe, como la constitución de garantías o el incremento de las existencias no contempladas en la obligación originaria y los pagos en especie diferentes a los pactos, cuando la contraprestación convenida hubiera sido dineraria.

En la misma línea, la presunción de fraude sobre las personas físicas, salvo prueba de la buena fe, existe en operaciones con personas integrantes del consejo de la administración del deudor concursado, cónyuge, concubino, consanguíneos hasta el cuarto grado, afines hasta el segundo y parientes de ellos, personas físicas que representen el 51% del capital integrado del deudor o tengan poder decisorio en su asamblea o de nombrar mayoría de miembros de su administración o de determinar la voluntad del deudor concursado, tengan poder decisorio en las asambleas de accionistas y estén en posibilidad de nombrar a

12 ADLER, Barry (2005). *Bankruptcy Law*. Foundation Press. New York. p. 142.

13 REYES VILLAMIZAR, Francisco (2008). “Reorganización en bancarrota en los Estados Unidos”. En: *Revista de Derecho Comparado*. N° 14. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. p. 87.

14 RODRÍGUEZ, Joaquín. (2001). “Derecho Mercantil”. México: Editorial Porrúa. p. 915.

la mayoría del directorio o tomar decisiones fundamentales.

Lo interesante de esta norma es que las presunciones alcanzan a las operaciones celebradas con *personas morales* que tengan comunidad de administradores con miembros del consejo de administración o con los principales directivos o con el deudor concursado y con las personas morales controladas por el insolvente, o que ejerzan control sobre este último o que sean manejadas por la sociedad controlante, salvo prueba de buena fe por el interesado¹⁵.

El adquirente de mala fe en fraude a los acreedores responde ante la masa concursal por los daños y perjuicios que ocasione, cuando el bien y/o derecho hubiese sido trasladado a un adquirente de buena fe o se hubiese perdido. La misma responsabilidad recae sobre aquél que para eludir los efectos de la ineficacia que ocasionaría fraude a los acreedores hubiese ocultado o destruido los bienes objeto de la controversia.

Cuando el órgano jurisdiccional ordene la restitución del bien y/o derecho a la masa concursal, se entenderá así aun si no se encuentre expresamente descrito en la sentencia, por lo que los demandados deberán devolver también los productos líquidos o intereses correspondientes al tiempo en que disfrutaron los bienes, para el cómputo de los productos líquidos o intereses se estará a lo convenido originalmente entre las partes o, en su defecto, se considerará el interés legal.

vi. Uruguay (*Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, N° 18.387 del 23 de octubre de 2008*).

Esta norma regula en sus artículos 80° al 87° la “Reintegración de la masa activa”

que consiste que a la fecha de declaración de concurso, el pasivo que fuera superior al activo susceptible de ejecución forzada, es decir cuando el patrimonio del deudor concursado no alcanza para cumplir con las obligaciones de sus acreedores, el síndico ejercerá las acciones revocatorias que correspondan para reintegrar a la masa activa los bienes y/o derechos que hubieran salido de la esfera del patrimonio del deudor concursado en las situaciones previstas.

Así, son revocables de pleno derecho los siguientes actos: i) los realizados a título gratuito dentro de los dos (2) años anteriores a la declaración del concurso del insolvente, salvo los regalos y liberalidades de costumbre y las donaciones a favor del personal que tengan manifiesto carácter remunerativo, además se considerarán incluidos los actos en que la contraprestación recibida por el deudor hubiera sido notoriamente inferior al valor del bien transferido; ii) actos de constitución o de ampliación de derechos reales de garantía sobre bienes o derechos del insolvente, otorgado en los seis (6) meses anteriores a la declaración de concurso, en garantía de obligaciones preexistentes no vencidas o que se hubieran contraído con el mismo acreedor con la extinción de las obligaciones de las anteriores.

Asimismo, iii) los pagos realizados por el deudor dentro de los seis (6) meses anteriores a la declaración de concurso por créditos que aún no se encontrarán vencidos; y, iv) actos de aceptación por el insolvente de cualquier clase de requerimiento resolutorio de contratos, dentro de los seis (6) meses anteriores a la declaración de concurso.

Los actos y omisiones del deudor concursado en perjuicio de los acreedores realizados en los dos (2) años anteriores a la declaración de concurso, cuando este hubiera actuado en fraude y perjuicio de ellos y el adquirente hubiera conocido o debió conocer el estado de insolvencia del deudor,

15 DASSO, Ariel (2009). Op. Cit. Tomo II. pp. 1086-1087.

dicho conocimiento se presume en el caso de personas especialmente relacionadas y serán declaradas revocables.

La revocación no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe; además, dicha impugnación no opera cuando se hayan celebrados los actos u operaciones dentro del giro ordinario al que se dedica el deudor concursado; por otro lado, el plazo de la prescripción de estos actos corresponde a los dos (2) años de la declaración del concurso del deudor.

Entre los efectos de la sentencia de revocación está que los demandados deberán reintegrar a la masa activa los bienes y/o derechos indebidamente adquiridos con sus frutos, si estos no se encontrarán en su patrimonio, tendrán que entregar el valor que hubiera tenido al salir de la esfera patrimonial del deudor concursado o en cualquier otro momento posterior más los intereses legales, y no surten efectos los derechos reales de garantía que se hubieran constituidos sobre estos.

Finalmente, el crédito que resulte a favor del demandado como consecuencia de la revocatoria, tendrá el carácter de crédito concursal; sin embargo, si se hubiera probado que el demandado conocía del estado de insolvencia del deudor en el momento de celebrado el acto u omisión, perderá el derecho a cobrar su crédito en el procedimiento concursal.

1.2. Ineficacia concursal en el ordenamiento jurídico europeo.

i. Alemania (*Insolvenzordnung German Insolvency Act* vigente desde el 1 de enero de 1999).

En la ley concursal alemana, las acciones de impugnar los actos de disposición celebrados por el insolvente se encuentran establecidas en los artículos 129 al 147 de

la referida ley, lo particular de esta norma es que no establece un *período de sospecha* fijo, sino que este depende de los propios actos a ser cuestionados¹⁶.

El administrador es quien posee legitimidad para cuestionar estos actos; no obstante, dicha facultad está en constante debate entre aquellos que ejercen la práctica legal; incluso una norma fue promulgada por el gobierno alemán limitando dicho accionar¹⁷.

Es así que se pueden cuestionar los actos de disposición celebrados por el insolvente que han otorgado una garantía a un acreedor si este se realizó dentro de los tres (3) meses anteriores a la solicitud de inicio de un procedimiento concursal, siempre que el deudor era insolvente y el adquirente conocía de dicha situación al momento de la celebración del acto. Si este último era cercano al fallido se presume que conocía de la situación falencial o de la solicitud de inicio de concurso.

Entre los sujetos relacionados al insolvente se encuentran el cónyuge, parientes del deudor o del cónyuge en línea ascendente o descendente, hermanos de doble o simple vinculación con el fallido, los miembros del consejo de administración o supervisión y los socios personalmente responsables del deudor, etc.¹⁸.

16 “The relevant period in which transactions and payments are voidable particularly depends on the underlying motivation of the parties involved and the value of the contingent consideration”.

ALETH, Franz y DERKSEN, Nils (2015). “Germany”. En: *Getting The Deal Though Restructuring & Insolvency*. Law Business Research. p. 179.

17 DIMMLING, Andreas (2015). “Germany”. En: *The International Insolvency Review*. Donald S. Bernstein (Editor). Law Business Research. p. 165.

18 BLECH, Ulrich y MUELLER, Hengeler (2010). “Overview of The Insolvency in Germany”. En: *European Insolvency Regulations. Application of the European Regulation on Insolvency Proceedings*. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra. p. 196.

Por otro lado, son impugnables los actos de disposición celebrados por el insolvente dentro de los diez (10) años anteriores a la solicitud del inicio del procedimiento concursal si la intención de dicho acto es perjudicar a los acreedores, si el adquirente conocía de esta intención; además, dicho conocimiento se presume cuando el beneficiado conocía del estado falencial del deudor y que el acto perjudicaba a los acreedores.

Asimismo, se puede cuestionar actos celebrados a título gratuito, siempre que hayan sido celebrados dentro de los cuatro (4) años anteriores a la solicitud de inicio de concurso del insolvente¹⁹; sin embargo, si dichos actos se destinan a regalos ocasionales de uso de escaso valor no son cuestionables.

Finalmente, las consecuencias de las mencionadas impugnaciones son que los bienes y/o derechos que salieron de la esfera patrimonial del deudor concursado por la celebración de estos actos de disposición serán restituidos a la masa concursal incluyendo los intereses desde la apertura del concurso y las acciones contra los mencionados actos prescriben a los dos (2) años de iniciado el procedimiento concursal.

ii. Bélgica (*Bankruptcy Act del 7 de agosto de 1997*).

La legislación concursal belga regula el *período de sospecha* (suspect period), por el cual los actos de disposición celebrados por el deudor concursado pueden ser invalidados, determinado esto por el juez y se inicia desde que el insolvente cesó sus pagos pero no puede excederse de un plazo de seis (6) meses anteriores a la solicitud de inicio del concurso del deudor.

19 CLIFFORD CHANCE (2014). "A guide to European restructuring and insolvency procedures". Clifford Chance. London. p. 98.

En ese sentido, se pueden cuestionar actos celebrados por el deudor concursado en tres situaciones relevantes: (i) los realizados por el insolvente dentro del *período de sospecha* tales como la transferencias de un bien sin consentimiento, pago de deudas no vencidas o canceladas en otra forma a la pactada como en dinero o en instrumentos negociables; (ii) cualquier pago realizado por el deudor concursado puede ser declarado nulo o inválido, si el acreedor era consciente que el insolvente había dejado de realizar pagos; y, (iii) los actos o pagos realizados por el fallido que defraude los derechos de los acreedores pueden ser invalidados por los juzgados comerciales, este supuesto es similar a la acción pauliana civil, "This provision is a mere application in case of bankruptcy of the actio pauliana provided by the Civil Code. It is thus not limited to acts made during the suspect period"²⁰.

Asimismo, el administrador o síndico (trustee) del deudor concursado deberá acreditar las siguientes tres condiciones para poder cuestionar los actos de disposición celebrados por el insolvente: (i) un perjuicio a los acreedores; (ii) fraude del insolvente; y, (iii) este debe ser acompañado de la complicidad del acreedor, esto significa que, este es consciente que el acto de disposición celebrado por el insolvente lo beneficiará en perjuicio de los demás acreedores.

iii. República Checa (*Insolvency Act del 1 de mayo de 2004*).

La mencionada norma contiene dos regímenes para cuestionar los actos de disposición celebrados por el insolvente: (i) *claw-back provisions* donde se encuentran los actos, sin

20 BOSLY, Thierry; ALHADEFF, Muriel y otros (2010). "Overview of The Insolvency in Belgium". En: European Insolvency Regulations. Op. Cit. pp. 97 y 98.

consideración razonable²¹; preferentes²² y las transferencias fraudulentas²³; y, (ii) invalidez automática (*automatic ineffectiveness*²⁴).

Los actos de disposición celebrados por el insolvente pueden ser cuestionados si estos fueron realizados en beneficio de un sujeto relacionado a este, si es miembro del grupo empresarial del deudor durante un período de tres (3) años anteriores a la solicitud de inicio de insolvencia del deudor o para el beneficio de otro tipo de adquirente durante un año antes a la referida solicitud.

En caso de actos fraudulentos, estos pueden ser cuestionados en un período de cinco (5) años anteriores a la mencionada solicitud y también puede accionarse para aquellos deudores que no eran insolventes al momento de celebrar el acto cuestionado²⁵. Sin embargo, dicho acto puede ser impugnado solo si el propósito del insolvente era conocido o debió haber sido

conocido por el adquirente a la luz de todas las circunstancias existentes.

La acción de ineficacia de los actos de disposición del deudor concursado debe ser declarada mediante resolución judicial interpuesta por el administrador del insolvente; en ese sentido, bajo esta regulación un acto puede ser ineficaz sí: (i) el juez emitió una decisión sobre la insolvencia del deudor concursado; y, (ii) el administrador del insolvente presenta una demanda para impugnar un acto de disposición celebrado por el deudor concursado; dicha ineficacia no significa la invalidez del referido acto.

iv. Francia (*French Insolvency Law del 12 de marzo de 2014*).

La ley concursal francesa señala que el *période suspecte* (*período de sospecha*) corresponde al tiempo entre la fecha de cesación de pagos del insolvente que puede ser de dieciocho (18) meses anteriores a la solicitud de inicio de concurso del deudor y la fecha en que se inició el procedimiento concursal del fallido y este período es determinado por el juez²⁶.

Los actos de disposición celebrados por el insolvente dentro del *período de sospecha* que puede constituir preferencias voluntarias para el beneficio de algunos acreedores en perjuicio de otros acreedores se encuentran, entre otros, los siguientes: (i) transferencias de activos sin consentimiento; estos pueden ser cuestionados vía judicial si han sido celebrados dentro de los seis (6) meses anteriores al *período de sospecha*²⁷; (ii) actos recíprocos en donde las obligaciones del deudor superen ampliamente las del adquirente; (iii) pagos de deudas no vencidas por cualquier medio; (iv) pagos de deudas

21 A legal act without reasonable consideration is a legal act by which the debtor undertakes to render performance without consideration or in exchange for a consideration whose value is substantially lower. A legal act with undervalued consideration shall be deemed ineffective only if taken by already insolvent debtor or by a debtor who became insolvent as the result of such act.

22 A preferential legal act is a legal act resulting in greater satisfaction of any one creditor than it would otherwise receive in bankruptcy to the detriment of other creditors. A preferential legal act shall be deemed ineffective only if taken by already insolvent debtor or by a debtor who became insolvent as the result of such act.

23 Fraudulent transfers are transfers taken by debtor to intentionally curtail the satisfaction of a creditor, provided that such intent was known or must have been known to the other party. Should the legal act be for the benefit of persons affiliated with debtor, the debtor's intent is deemed to have been known to such a party.

24 Estas acciones solo son aplicables para actos celebrados por el deudor concursado posterior a la apertura de la insolvencia.

25 Debemos precisar que, existen legislaciones concursales en las cuales la determinación de la insolvencia o cesación de pagos difiere de la declaración de inicio de concurso.

26 RINGEVAL, Emmanuel; MASON, Alan y RADU, Cristina (2015). "France". En: *Getting The Deal Though Restructuring & Insolvency 2015*. Op. Cit. p. 166.

27 CLIFFORD CHANCE (2014). Op. Cit. p. 49.

vencidas pero realizadas de una manera no comúnmente utilizada en las relaciones comerciales; y, (v) toda garantía constituida en el activo del insolvente sobre deudas existentes.

Las acciones judiciales contra los mencionados actos podrán ser interpuestos por el administrador judicial, representantes de los acreedores, el liquidador del insolvente y el procurador público.

v. *Inglaterra (Insolvency Act).*

a) *Transactions at an undervalue.*

En la sección 238 de la *Insolvency Act* se estipula la posibilidad que el administrador o liquidador del insolvente impugne los actos de disposición celebrados por el deudor concursado dentro de los dos (2) años anteriores al inicio de la insolvencia, en la medida que dichos actos hayan salido de la esfera patrimonial del deudor por debajo de su real valor (*transactions at an undervalue*) que implica actos a título gratuito o cualquiera que no tenga una contraprestación adecuada.

Sin embargo, la mencionada impugnación no procedería si el insolvente al momento de celebrar el acto cuestionado era solvente o que este se realizó de buena fe y existían elementos razonables para creer que dicha transacción era beneficiosa para el deudor²⁸.

b) *Fraudulent Preferences*

Asimismo, existe también una figura similar a los *preferences* americanos regulada en la sección 239 de la ley de insolvencia inglesa que consiste en la posibilidad que el administrador o liquidador del insolvente cuestione los actos de disposición cele-

brados por el deudor dentro de los seis (6) meses anteriores al inicio de la insolvencia del deudor, este período se podrá extenderse a los dos (2) años, cuando el beneficiario (adquirente) esté relacionado con el insolvente, pues dicho acto concede una ventaja a un determinado acreedor frente a los demás acreedores (pagos totales o parciales a favor de un acreedor no garantizado)²⁹.

En ese sentido, se considera *Fraudulent Preference* a los actos por los cuales el insolvente ha transferido bienes y/o derechos, constituido gravámenes sobre los mismos o ha adquirido una obligación, así como podrán tener esa consideración los procedimientos judiciales iniciados por el deudor o contra el mismo que tengan por objeto sus bienes y/o derechos.

Dicha norma asume que el deudor conoce su propia insolvencia, por tanto, de manera voluntaria e indebida, realiza un pago o concede una ventaja patrimonial a un acreedor, ocasionando con ello la aparición de una total desigualdad de trato entre este y los demás acreedores.

Las transmisiones de propiedad, constituciones de gravámenes o adquisición de obligaciones deben haber sido celebrados por el deudor insolvente en beneficio de un acreedor, fiador o garante de una obligación. En la práctica, existe una amplitud de actos, que en principio podrían ser catalogados como ineficaces; no obstante, la norma inglesa advierte algunas excepciones tales como: (i) operaciones efectuadas en el curso ordinario del negocio del deudor; (ii) las transmisiones y obligaciones realizadas y contraídas por el deudor en su calidad de *trustee*³⁰ de algún acto jurídico; y, (iii) los

28 Ídem. p. 27.

29 LEUNG, Miranda; SELIGMAN, George y otros (2010). "Overview of The Insolvency in United Kingdom". En: *European Insolvency Regulations*. Op. Cit. p. 569.

30 Se puede adoptar como sinónimo del administrador del patrimonio del insolvente.

actos realizados en principio en beneficio del deudor.

En ambos presupuestos, la legitimación activa la ostenta el administrador del concurso; asimismo, si el órgano jurisdiccional estima la impugnación judicial del acto, ordenará la recomposición del patrimonio del deudor de manera que su situación fuera la misma que tuviera de no haberse celebrado el acto.

vi. Italia (Italian Insolvency Act de 1942).

La ley concursal italiana regula en los artículos 64 al 71 las acciones revocatorias contra los actos de disposición celebrados por el deudor concursado y no establece un período de retroacción fijo de dichos actos, sino que corresponde impugnar este acto celebrado a título gratuito dentro de a los dos (2) años anteriores de la declaración del concurso del deudor y para aquellos *actos anómalos* realizados a título oneroso el plazo será de un (1) año³¹ y (6) seis meses del inicio del procedimiento concursal del insolvente, por lo que depende el acto a cuestionar, para estos últimos existe una lista taxativa de actos revocables³².

Por otro lado, las acciones revocatorias no pueden ser promovidas, luego de transcurrido tres (3) años después de la declaración de inicio del procedimiento concursal del deudor concursado y toda vez que transcurrieron cinco (5) años del cumplimiento del acto.

vii. Holanda (Bankruptcy Act).

La mencionada norma concursal al igual que el código civil holandés establece la posibilidad de cuestionar los actos de dispo-

sición celebrados por el insolvente antes de la declaración de concurso del deudor³³.

En la ley concursal holandesa, el liquidador del deudor concursado podrá invocar la nulidad de los actos de disposición celebrados por el insolvente si este no tuvo una obligación legal de celebrar el acto cuestionado, como consecuencia de dicho acto algún acreedor fue perjudicado y al momento de su celebración el adquirente conocía o debía haber conocido que uno o más acreedores serían perjudicados.

El perjuicio a uno o más acreedores se presume en el caso que el acto fue realizado en un período de un año anterior a la declaración del concurso del insolvente (*suspect period*) cuando: (i) el valor de la obligación del deudor excede considerablemente al valor de la obligación de la contraparte; (ii) el deudor cancela una deuda u otorga una garantía para una obligación no vencida; (iii) es celebrado entre ciertos sujetos relacionados al insolvente como por ejemplo actos realizados entre grupos de empresas.

Asimismo, el liquidador puede invocar la nulidad³⁴ del acto de disposición celebrado por el insolvente incluso si este tuvo una obligación legal para celebrarlo, en caso, el beneficiario del mismo sabía que existía una solicitud de inicio de concurso sobre el insolvente; o, que el acto fue el resultado de un acuerdo entre el deudor concursado y el beneficiario con la intención de dar preferencia a este último sobre los demás acreedores.

31 DE TOMAS, Andrea (2015). "Italy". En: The International Insolvency Review. Op. Cit. p. 231.

32 LENER, Raffaele y ROSATO, Giovanna (2015). "Italy". En: Getting The Deal Though Restructuring & Insolvency 2015. Op. Cit. p. 236.

33 DE RANITZ, Sijmen y SIXMA, Karin (2010). "Overview of The Insolvency in The Netherlands". En: European Insolvency Regulations. Op. Cit. pp. 386–389.

34 "The bankruptcy trustee can void such legal acts, with the effect that the act is deemed never to have occurred". BROEDERS, Michael (2015). "Netherlands". En: Getting The Deal Though Restructuring & Insolvency 2015. Op. Cit. p. 302.

viii. Rumanía (Insolvency Act N° 85/2014).

Las *Claw Back Provisions* regulada en la mencionada norma establece la posibilidad que el liquidador del insolvente cuestione y en consecuencia, el juez anule los actos de disposición fraudulentos celebrados por el deudor concursado en detrimento de sus acreedores dentro de un período de tres (3) años anterior a la apertura del concurso del insolvente.

La ley concursal rumana regula también la posibilidad que el mencionado liquidador impugne ciertos actos de disposición sospechosos celebrados por el insolvente:

- a título gratuito hasta los tres (3) años anteriores al inicio del procedimiento concursal del deudor;
- por debajo de su valor realizados hasta los tres (3) años anteriores al inicio del procedimiento concursal del deudor;
- transferencias de título de propiedad a un acreedor para extinguir una deuda pasada celebrada dentro de los ciento veinte (120) días anteriores al inicio del procedimiento concursal y el valor de dicha transferencia excede en el monto al que el acreedor hubiese podido obtener en el procedimiento concursal del deudor;
- pagos anticipados celebrados hasta los ciento veinte (120) días anteriores al inicio del procedimiento concursal, si el pago vencía posterior a la mencionada apertura;
- realización de activos celebrados por el insolvente dentro de un período de dos (2) años de la fecha de inicio del procedimiento concursal con la intención de ocultar el estado de insolvencia o para engañar a una persona natural o jurídica contra el que era deudor en la fecha

de celebración del instrumento financiero como derivados, etc; y,

- los celebrados por el deudor concursado con asociados o socios al menos con un 20% del capital social o acciones del insolvente o sus directores hasta los tres (3) años anteriores al inicio del procedimiento concursal, si el acto es perjudicial para los acreedores³⁵.

El liquidador del insolvente o el comité de representantes de los acreedores pueden interponer una demanda de *Claw Back Provisions* contra los mencionados actos ante el síndico concursal (*syndic judge*) dentro de un período de dieciocho (18) meses siguientes al inicio del procedimiento concursal del insolvente.

La carga de la prueba para rebatir los actos fraudulentos y sospechosos recaerá sobre el deudor insolvente; asimismo, el adquirente reintegrará a la masa concursal los activos, en caso estos no existan retornará el valor de estos a la fecha de la transferencia, si actuó de buena fe al momento de dicha transferencia y no intentó engañar o defraudar a los acreedores podrá solicitar dentro del procedimiento concursal el valor del activo, si actuó de mala fe perderá dicha prerrogativa.

Sin embargo, es pertinente mencionar que los actos de disposición celebrados por el insolvente dentro del curso normal del negocio del deudor serán excluidos de las *Claw Back Provisions* tales como los pagos realizados o recibidos de conformidad con el objeto social del deudor concursado.

35 RADU, Alina; ISPASS, Diana y otros (2010). "Overview of The Insolvency in Romania". En: European Insolvency Regulations. Op. Cit. pp. 446-449.

4. Conclusiones.

En algunas de las legislaciones de derecho concursal materia de análisis otorgan a los acreedores demandantes de la acción de ineficacia de los actos de disposición celebrados por el deudor concursado una preferencia de cobro respecto a los bienes y/o derechos que sean recuperados como en Argentina y Colombia; con ello se busca generar incentivos hacia estos acreedores que son los directamente afectados en el concurso para que interpongan dichas acciones de cuestionar los actos.

Debemos precisar que, de nuestro extenso estudio realizado³⁶, del total de demandas interpuestas sobre ineficacia concursal en el Perú solo el 21% fueron realizados por acreedores del deudor concursado, ello porque estos carecen de incentivos para interponerlas; toda vez que la totalidad de lo recuperado retornará a la masa concursal para efectuar el pago proporcional a los demás acreedores y no se le reintegrará lo invertido en el proceso judicial.

Asimismo, debemos tener en cuenta que en legislaciones como República Checa México, Rumania y Uruguay se presume el perjuicio causado a los acreedores y al patrimonio del deudor concursado por la celebración de los mencionados actos cuando uno de los beneficiarios es sujeto vinculado al insolvente.

Sin embargo, aún existen legislaciones que mantienen el presupuesto objetivo de acreditar el fraude a los acreedores al momento de la celebración de los actos de disposición; toda vez que se sancionan ciertas conductas realizadas con ánimo fraudulento como en Bélgica, República Checa, Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra.

Por otro lado, no debemos dejar de señalar que, la mayoría de legislaciones concursales analizadas establecen un período de tiempo máximo para cuestionar los actos de disposición celebrados por el deudor concursado (prescripción).

36 LIZÁRRAGA VERA-PORTOCARRERO, Anthony (2015). Estudio doctrinario y jurisprudencial de los actos perjudiciales contra la masa concursal en el Perú, entorno a la ineficiencia aplicativa de la denominada ineficacia de los actos del deudor concursado: Análisis y propuestas, considerando la necesidad de mejorar la misma en el sistema concursal peruano. (Tesis inédita para optar por el título de Abogado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 401-404.