

LAS ULTIMAS MODIFICACIONES DEL DERECHO CONCURSAL: DERECHO BELGA, PERUANO Y PORTUGUES

Dra. M^a. Isabel Candelario Macías

Área de Derecho Mercantil.
Universidad Carlos III de Madrid (España)

SUMARIO: Introducción. 1.-Notas sobre el Derecho Concursal Belga: Concordat Judiciaire. 1.1 Introducción. 1.2 Presupuesto Subjetivo y Objetivo. 1.3 Procedimiento. 1.4 A modo de conclusión. 2.-Notas sobre el Derecho Concursal Peruano. 2.1 Introducción. 2.2 Presupuesto Subjetivo y Objetivo. 2.3 Procedimiento. 2.4 A modo de conclusión. 3.-Notas sobre el Derecho Concursal Portugués. 3.1 Introducción. 3.2 Presupuesto Subjetivo y Objetivo. 3.3 Caracteres y Providencias. Conclusiones.

INTRODUCCION

El Derecho concursal es una rama del Ordenamiento jurídico ubicado dentro del Derecho comercial, que por su gran relevancia y el fenómeno que reglamenta se halla afectado por la evolución económica y el entorno político y social en que se enmarca. Todo ello origina que sean constantes las modificaciones de esta materia. Modificaciones que vienen a ilustrarse en leyes de nuevo cuño, como es el ejemplo del Derecho belga o Derecho peruano, o bien modificaciones parciales a la norma que les sirve de fundamento como es el caso del Derecho portugués.

Ahora bien, en estas reformas normalmente existe un hilo conductor que las inspira, lo que unos vienen a denominar como criterios de política legislativa, otros filosofía, o bien la finalidad atribuida a las normas. Sea cual fuere la denominación, lo importante a destacar, por nuestra parte, son los denominadores comunes y dispares que ofrecen estas legislaciones a los efectos de poder servirnos como puntos de apoyo en orden a verificar las líneas orientadoras de los actuales ordenamientos concursales.

Así las cosas, parece oportuno que, en este breve ensayo de aproximación a las últimas modificaciones, demos una visión sucinta de las principales notas caracterizadoras de las normativas que nos sirven de referencia. Para

posteriormente extraer las conclusiones esenciales que se derivan del análisis y sobre las cuáles se podrán relatar los criterios generales que animan las recientes reformas del Derecho concursal.

En esta línea de actuación, hemos de subrayar que nuestro examen se centra fundamentalmente en aquellos institutos que persiguen la conservación de la empresa, alejándonos de este modo del procedimiento de quiebra que se identifica con la liquidación de los bienes del deudor. Sin obviar que este último procedimiento es también contemplado por las diversas legislaciones estudiadas.

1. Notas sobre el Derecho Concursal Belga: *Concordat Judiciaire*

1.1. Introducción

El régimen concursal belga se hallaba reglamentado en el Libro III del Código de comercio, sobre «Quiebras, Bancarrotas y Convenios», según la redacción introducida por la Ley de 18 de abril de 1851 y las leyes coordinadas sobre el convenio judicial, de 25 de septiembre de 1946. De manera que la quiebra se contenía en los Títulos I a III (arts.437 a 592) y la suspensión de pagos¹ o convenios² en el Título IV (arts.593 a 614).

La normativa descrita ha sido objeto de sucesivas reformas³ de mayor o menor intensidad. Los intentos de reformas más importantes están represen-

¹ En palabras de PAJARDI, P. *Il fallimento nel mondo*. Padova: Cedam, 1988. p.17. este procedimiento concursal permite al comerciante «temporalmente en situación de cesación de pagos» (art.593 Código de comercio) a causa de circunstancias extraordinarias e imprevistas, el solicitar la concesión de una moratoria general. El período máximo que puede concedersele es de 12 meses, durante el cual se suspenden las acciones ejecutivas individuales pendientes.

² La finalidad perseguida por el legislador era la valoración moral de la conducta del empresario, de ahí que éste, en estado de cesación de pagos, debía confesar públicamente su situación económica y evitarse de este modo las consecuencias inherentes a la quiebra. El procedimiento consistía en la adopción de un acuerdo entre el deudor (que debía probar que actuaba de buena fe) y sus acreedores en orden a obtener una dilación en los pagos o una remisión parcial de los créditos. Este acuerdo se conforma bajo el control y con la homologación del Tribunal de Comercio. En fin, un convenio de carácter preventivo.

³ VAN RYN JEAN y HEENEN, *Principes de Droit Commercial*. T.I. 2ª.edic.Bruxelles: Bruylant, 1981. CASTILLE, Jacques. «Dépôt d'une requête et concours de créanciers». En *Les créanciers et le Droit de la Faillite*, 1983.p.659 y ss. CLOQUET, André. *Les Nouvelles. Droit Commercial*. T. IV. «Les Concordats et la Faillite», 1985. PAJARDI, P. *Il Fallimento nel mondo*. Op.cit.p.3 y ss.

tados, por el frustrado Proyecto de Ley, de 28 de octubre de 1983⁴, relativo a las empresas en dificultades y el Proyecto de Ley de Quiebras de 1992⁵.

Recientemente se ha publicado la Ley de 17 de julio de 1997, relativa al convenio judicial y, por su parte, la Ley de 8 de agosto de 1997 sobre quiebras⁶. Veamos a continuación las notas más destacadas de la reglamentación del convenio judicial.

1.2. Presupuesto Subjetivo y Objetivo

Según el art. 2 de la Ley 17/VII/97, ésta es aplicable a los comerciantes sin ningún tipo de distinción. En lo tocante al *presupuesto objetivo* el art.9 declara que puede adoptarse un convenio judicial si el deudor no puede temporalmente cumplir sus deudas o si la continuación de la empresa se ve amenazada por las dificultades financieras, extremo que puede conducirla a la cesación de pagos. Por su parte, la continuidad de la actividad de una «persona moral» se considera comprometida si las pérdidas reducen su activo neto a menos de la mitad del valor del capital social.

1.3. Procedimiento

A partir del art. 10 (Capítulo II, Sección 1ª) de la Ley se articula el procedimiento de convenio judicial. El art.10 n.º.1 prevé un examen de oficio por parte de las Cámaras de Comercio de los datos⁷ que pueden afectar a las empresas en dificultades financieras. Dentro de las Cámaras de Comercio, el tratamiento de todos los datos está confiado a un Juez o Tribunal de Comercio. Si el deudor cumple todas las condiciones para la aplicación del procedimiento

⁴ Para mayor información *cfr.*: BELTRÁN, E., «Hacia un Derecho Preeconursal: El proyecto de ley belga sobre empresas en dificultades». T.IV. La Ley, 1985, p.1139 y ss.

⁵ En relación a este Proyecto puede consultarse FLORES DOÑA, M., en *Textos de Derecho Concursal Europeo*, Madrid: Dykinson, 1993, p.84.

⁶ Un estudio de ambas leyes puede verse en AA.VV. *Le nouveau Droit du concordat judiciaire et de la Faillite: Les Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles: Bruylant, 1997, 288 p.

⁷ Considérese que según el Título II de la Ley de 17 de julio de 1997 (arts. 5 a 8) se establece un dispositivo que permite recoger los datos necesarios para saber el desarrollo de las empresas. En efecto, se contempla un Registro donde se reflejan todos los datos de la empresa que son proporcionados por los organismos públicos (Hacienda Pública, Seguridad Social) y organismos privados. Así, cada trimestre del año se publican los datos que reflejan los protestos de letras y de pagares a la orden, entre otros.

de convenio judicial (art.9)⁸, será convocado por el órgano competente (archivo del Tribunal) a través de la notificación oportuna.

El art.11 contempla la solicitud de convenio judicial. El deudor solicita la aplicación del procedimiento a través de una demanda al Tribunal de Comercio. A esta solicitud debe añadir: 1. una exposición de los datos sobre los cuáles fundamenta su petición y que cumple los requisitos exigidos por Ley; 2. un estado contable de su activo y pasivo y una cuenta de resultados, así como un plan de la evolución y proyección contable durante los seis meses siguientes del futuro de la actividad empresarial; 3. una lista de todos los acreedores indicando su nombre, su dirección, el monto de sus créditos, así como la mención especial de sus créditos: hipotecarios, privilegiados y garantizados; 4. las proposiciones y otros documentos pertinentes sobre la reestructuración de la empresa. La petición debe estar firmada por el deudor y su abogado. Todos estos documentos se depositan en la secretaria (archivo) del Tribunal de Comercio.

Una vez realizada la solicitud y en virtud del art. 12 el comerciante no puede ser declarado en quiebra y, en caso de ser una sociedad, ésta no puede ser disuelta mientras que el Tribunal conoce de la petición. El Tribunal debe en los quince días siguientes al del depósito de la petición pronunciarse sobre la aplicación de este procedimiento (art. 14).

De acuerdo con el art.15 n°.1 si las condiciones fijadas en el art. 9 son cumplidas el Tribunal acuerda someter a la empresa a un período de observación que no puede superar más de seis meses, aunque este plazo puede ser ampliado una vez más y como máximo tres meses a petición del deudor, Ministerio Público o de oficio por el Tribunal (art.23). Luego, si se acuerda la aplicación del período de observación⁹, el Tribunal designa a uno o más Comisarios. Igualmente, puede disponer que los actos de administración del deudor queden sometidos a la autorización de los Comisarios designados. Aun cuando, el

⁸ Establece el artículo 9 de la Ley relativa al convenio judicial: «n°.1.- El convenio judicial puede ser adoptado si el deudor no puede temporalmente atender a sus deudas o si la continuidad de su empresa se ve amenazada por las dificultades que, en un plazo más o menos breve, le llevaría a una cesación de pagos. La continuidad de la empresa de una persona natural está en todo caso comprometida si las pérdidas han reducido su activo neto a menos de la mitad del valor del capital social. n°.2.- El convenio no puede ser adoptado si la situación financiera de la empresa no es sanada y si su recuperación económica no parece posible. Las previsiones de rentabilidad deben demostrar la capacidad de arreglo financiero de la empresa».

⁹ Decisión que tendrá la publicidad oportuna según dispone el art.17.

art. 15 precisa que si la petición del convenio no es aceptada, el Tribunal puede pronunciar la quiebra del deudor.

Subráyese de esta Ley la capacidad que se le exige al Comisario encargado de supervisar la administración de la empresa. En efecto, el art.19 establece «il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité»¹⁰.

De conformidad con el art.21, admitida la petición y durante el transcurso del período de observación, ninguna ejecución sobre los bienes muebles o inmuebles puede ser realizada. Si bien, el Tribunal puede a petición del acreedor hipotecario, garantizado o beneficiario de un privilegio especial, que pruebe que su garantía o su crédito puede sufrir una importante minusvalía, acordar unas garantías suplementarias en compensación del valor que se pierda del crédito. En todo caso, en esta materia se habrá de estar a lo que dispongan las leyes especiales que bien pueden contradecir lo aquí referenciado.

Según el art. 29 nº. 1, durante el período de observación, el deudor elabora un plan de saneamiento o de continuación compuesto de una parte descriptiva y otra prescriptiva. El Comisario puede asistir al deudor en la elaboración del plan. El número 2 del art. 29 establece que la parte descriptiva del plan contempla el estado de la empresa y las dificultades que se presentan. La parte prescriptiva, art. 29 nº. 3, contiene las medidas a tomar para satisfacer a los acreedores. Aquí se mencionara los créditos indispensables para asegurar la continuación de la actividad empresarial y las medidas necesarias para asegurar la salvaguardia de la empresa. El plan indicara, asimismo, los plazos y las reducciones de los créditos. También se puede prever la conversión de los créditos en acciones y una ordenación de los créditos en función de su naturaleza. El plan puede igualmente determinar las medidas de reembolso del pago de los intereses. Además, se ha de contemplar un plan social donde se determina la reducción de la masa salarial y los despidos que procedan. Durante la elaboración del plan, los representantes del personal o en su defecto, el comité

¹⁰ Se añade que el Comisario debe adaptar su comportamiento a un Código Deontológico y su responsabilidad profesional debe ser cubierta por un seguro. El Tribunal puede designar al Comisario entre las personas habilitadas por los organismos públicos y privados designados o concertados por la autoridad competente para asistir a las empresas en dificultades. El Tribunal selecciona al Comisario en función de sus cualidades y según las necesidades concretas. Si la situación lo requiriese, el Tribunal puede designar un conjunto de Comisarios con formación pluridisciplinar.

o delegación sindical, en su caso, serán consultados sobre este particular. En el plan debe contemplarse el traspaso de la empresa o de una parte de ella.

Los acreedores recibirán de la secretaria del Tribunal una notificación individual indicándoles que pueden examinar y observar el plan propuesto y que pueden hacer por escrito u oralmente, las precisiones que crean oportunas (art.32).

En cuanto a la votación, el art. 34 dispone que si el plan propuesto no se opone abiertamente a las normas de orden público y el deudor ofrece las garantías necesarias en orden a garantizar el buen fin del plan y siempre que la mitad de los acreedores que han declarado su crédito han tomado parte en la votación y representen en su totalidad más de la mitad del valor de los créditos, se entenderá aprobado el convenio. Esto es: se exige una doble mayoría tanto de acreedores presentes como de pasivo que voten a favor del plan propuesto por el deudor.

La duración del plan no puede extenderse más allá de 24 meses a contar desde la homologación judicial. Si bien el Tribunal puede prorrogar una vez más el plazo hasta 12 meses como máximo (en total 3 años según el art.34).

El Tribunal en el plazo de quince días después de la comparecencia de los interesados decidirá definitivamente si el traspaso total o parcial de la empresa propuesto (art. 41 y ss.) se lleva a cabo. Si el Tribunal no lo autoriza puede en el mismo pronunciamiento declarar la quiebra del deudor (art.44 y ss.)

La homologación del Tribunal supone el despliegue de los efectos sobre todos los acreedores, excepto para aquéllos que se han opuesto o no declararon sus créditos en el plazo de tiempo previsto. La ejecución del plan libera definitivamente al deudor de todas sus deudas, a menos que en el plan se disponga de manera expresa lo contrario. El art. 35 *in fine* declara que el acuerdo no aprovecha a los codeudores y a los fiadores del deudor.

El Comisario es el encargado de la vigilancia y el control de la ejecución del plan y del convenio (art. 36), así debe emitir un informe sobre este extremo. Si el Comisario observa que se produce la inexecución de la totalidad o de parte del plan, puede solicitar mediante un informe razonado la revocación de todo lo acordado. Igualmente, todo acreedor puede solicitar la revocación siempre que se ajuste a los plazos y a las modalidades determinadas en el plan.

El art.37, nº 3 prescribe que el Tribunal puede revocar el acuerdo en caso de inejecución de la totalidad o de una parte del plan, después de atendido el informe del Comisario. Literalmente, el precepto indica que la revocación del acuerdo no libera a las garantías que asumieran los terceros.

Por su parte, el art.38 ordena que el Tribunal puede a petición del deudor o del Comisario, realizar las modificaciones que sean pertinentes en el plan en orden a favorecer su ejecución. Desde luego, cualquier modificación no puede ser adoptada sin ser previamente consultados el Comisario que deberá emitir un informe al respecto, el deudor y los acreedores afectados¹¹.

En fin, un mes antes de la terminación del plazo del acuerdo adoptado, el Comisario emitirá un informe final sobre el desarrollo y ejecución del plan (art. 40).

1.4. A modo de conclusión

A la vista de la redacción contenida en la normativa belga varias apreciaciones han de ponerse de manifiesto:

1ª. Una reglamentación que contempla el Derecho preventivo en orden a que el deudor reconozca su situación de dificultad financiera antes de encontrarse en situación de cesación de pagos y abocado así a la quiebra, por ejemplo, véase las amplias facultades atribuidas al Tribunal de Comercio.

2ª. Una normativa reciente que guarda elementos de los tradicionales convenios no sólo con relación al contenido, sino también por los documentos requeridos para solicitar la aplicación de este procedimiento.

3ª. No obstante lo anterior, se contempla el plan como medio negociado y programado para llevar a efecto un mejor aprovechamiento de la situación deficitaria de la empresa. En este plan se incorpora una serie de acciones de política de gestión y empresarial como hemos visto en su parte prescriptiva. Además, hemos de destacar las cualidades y competencia que se le requiere al Comisario (Administrador, Síndico, Interventor en otras legislaciones) con una visión más integral y plurisdisciplinar de la empresa.

¹¹ El art.39 precisa que el pronunciamiento que contiene la revocación o modificación del plan será publicado por el Tribunal.

4º. En definitiva, la finalidad que pretende es la satisfacción de los acreedores a través de un procedimiento ágil y por mediación de una solución negociada entre las partes afectadas que deciden, si procede, la continuación de la actividad empresarial o bien su liquidación. Recordemos lo que dispone el art. 9 nº.2: «Le concordat ne peut être accordé que si la situation financière de l'entreprise peut être assainie et si son redressement économique semble possible. Les prévisions de rentabilité doivent démontrer la capacité de redressement financier de l'entreprise».

2.- Notas sobre el Derecho Concursal Peruano

2.1. Introducción

En lo que concierne al Derecho peruano¹², hemos de apuntar que éste ha sido recientemente reformado mediante la Ley de Reestructuración Patrimonial¹³, Decreto Legislativo Nº 845, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 21 de septiembre de 1996¹⁴.

¹² Las fuentes legales que sirven de antecedentes a la vigente normativa se hallan en la Ley de 2 de agosto de 1932, n.º.7566, si bien con posterioridad esta norma será modificada y completada por un amplio elenco de disposiciones: Decreto de 15 de septiembre de 1965; Ley n.º.17010 de 21 de mayo de 1968, entre otros; más recientes: Decreto 018-79/PM de 22 de junio de 1979. La última referencia la hallamos en el Decreto Ley N.º.26116. Ley de Reestructuración Empresarial de 1993.

Más información al respecto: APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ. *Ley Procesal de Quiebras: Concordancias*. Lima, 1932; BURNEO LABRIR. *La Transferencia de Empresas Quebradas y la Comunidad Laboral*. Lima, 1975; FLORES POLO. *Ley Procesal de quiebra; Texto actualizado, concordancias, jurisprudencia, notas legales*. Lima, 1975. BEAUMONT-LEYVA SAAVEDRA. *Consideraciones sobre la Ley de reestructuración empresarial*, en Revista de derecho de la empresa. Lima, 1994, p.12 y ss..

¹³ Al respecto, *cf.*, CARBONELL O'BRIEN, E.. *Bancarrota: Salida Legal*, en Diario *El Comercio*. Lima, 2 de marzo de 1997, p.7. También LEYVA SAAVEDRA, J.. *Tratado de Derecho Privado*, Lima, 1998, vol I, p.437 y 438, dice respecto a la Ley peruana: «el legislador deja traslucir cuál es la intención o deseo ante una empresa insolvente, que no es otro que su reestructuración económica y financiera antes que su disolución y liquidación o quiebra»; quedando claro, pues, la filosofía de esta Ley.

¹⁴ Hemos de advertir que con fecha de 15 de diciembre de 1998 se ha dictado una Resolución de la Presidencia del Directorio de Indecopi N.º.052-1998-Indecopi/Dir., cuyo objetivo es proceder al «Fortalecimiento del sistema de Reestructuración Patrimonial» con el propósito de poner a consideración la propuesta de reforma en el ámbito de las normas de Derecho concursal peruano. Véase pues el texto referenciado. Además de la información de prensa: «el Peruano/Derecho», Lima, jueves 17 de diciembre de 1998.

La nueva regulación en materia de reestructuración patrimonial, liquidación y quiebra, se funda en conceptos modernos, en los cuales la intención es procurar la rehabilitación de la empresa como primer objetivo, permitiéndose así una etapa de reestructuración y un plan de pagos rodeado de ciertas medidas protectoras que benefician a los acreedores y al deudor; a continuación, y ante la imposibilidad del pago o la no viabilidad económica de la sociedad, se tiene la alternativa obligada de la liquidación de la sociedad, situación que se produce no por voluntad de los socios, sino por voluntad de los acreedores. Esta etapa de liquidación conlleva al pago total de las deudas mediante la liquidación de los activos, y en caso que no sean suficientes, no queda otra alternativa que acudir a la vía judicial para que el juez declare la quiebra, previa constatación de la existencia de activos para el pago de los pasivos insolutos, para lo cual deberá recabar los informes de los liquidadores¹⁵.

Por su parte, HUASCAR EZQUERRA¹⁶ precisa que «entre las innovaciones más importantes destacan un marco de protección del patrimonio del insolvente más eficaz, la introducción de procedimientos preventivos de una crisis y de reestructuración de pasivos más accesibles a la pequeña, micro y mediana empresa, la introducción de un procedimiento de persona natural aplicable a la persona natural con o sin negocio, el otorgamiento de mayores facultades a la autoridad administrativa para velar por el desarrollo transparente del proceso dentro del marco legal y respetando los derechos de los acreedores minoristas, entre otras».

Sin ir más allá, hemos de precisar que el marco legal que proporciona la Ley de Reestructuración Patrimonial brinda tres tipos de procedimientos de

¹⁵ MONTROYA ALBERTI, Hernando. «Las sociedades y la Reestructuración de las empresas». Tomo 57. Gaceta Jurídica (Revista de Legislación, Doctrina y Actualidad Jurídica), agosto, 1998, p. 19 y 20, explica también que «la Ley de Reestructuración Patrimonial no regula la quiebra, sino que da prioridad a la posibilidad de la reactivación de la empresa; y, en caso extremo, ante la no viabilidad de la misma desemboca en la liquidación y como corolario llega a la constatación de la quiebra responsabilidad que corre a cargo de los liquidadores, quienes deben presentar los documentos necesarios para que el juez realice dicha constatación y de inmediato declare la quiebra y la extinción de la sociedad. El espíritu de la Ley actual se centra en la proyección de la empresa para que pueda restablecerse en el mercado y posesionarse en situaciones favorables. Desechado este objetivo, recién se puede contemplar la liquidación o la quiebra de la empresa».

¹⁶ HUASCAR EZCURRA. «La Ley de Reestructuración patrimonial: fundamentalmente un instrumento de reducción de costos de transacción». Tomo 57. Gaceta Jurídica (Revista de Legislación, Doctrina y Actualidad Jurídica), agosto, 1998, p. 27. También, CARBONELL O'BRIEN, E. «Bancarrotas: Salida Legal». *Op.cit.* p. 7.

reestructuración que pueden ser utilizados por deudores en dificultades o acreedores, según el caso, de conformidad a sus posibilidades y necesidades. A saber: el mal denominado -a mi parecer- procedimiento de insolvencia, el proceso de concurso preventivo y el procedimiento simplificado. Todos ellos tienden a aprobar la reestructuración del negocio cuando se verifique la viabilidad o, aprobar su liquidación ordenada, cuando tal decisión se considere como la más conveniente a los intereses de los acreedores. Los últimos procedimientos tienden a prevenir la situación de insolvencia y para ello agilizan y flexibilizan la estructura del proceso al poderse peticionar ante el Indecopi o el Notario público.

2.2. Presupuesto Subjetivo y Objetivo

El *presupuesto subjetivo* se deduce del tenor del artículo 5 de la Ley peruana al prescribir que «cualquier persona natural o jurídica, sociedad irregular, podrá solicitar la declaración de su insolvencia ante la Comisión (...)». Como puede apreciarse el alcance del deudor concursal es bastante amplio y extenso. Aunque el artículo 2 de la Ley enumera los sujetos a los cuáles no les es de aplicación esta Ley. Dice el mandato enunciado: «no están comprendidas en la presente Ley las empresas y entidades sujetas a la supervisión de las Superintendencias de Banca y Seguros y de las Sociedades Agentas de Bolsa que se rige por sus normas especiales y, supletoriamente, por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuere aplicable»¹⁷.

Por su parte, el artículo 1 determina que se entiende por crédito¹⁸ e insolvencia¹⁹. Entendiendo por insolvencia: «estado económico-financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones».

¹⁷ Al respecto, ECHEANDIA CHIAPPE, L.F. «Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis». Tomo 57. Gaceta Jurídica (Revista de Legislación, Doctrina y Actualidad Jurídica), agosto, 1998. p.40 y ss..

¹⁸ Se comprende por crédito: «toda relación jurídica de la que se desprenden obligaciones de pago de una cantidad determinada o determinada por parte del deudor, o la obligación de entregar en propiedad un bien o de prestar un servicio».

¹⁹ Dice LEYVA SAAVEDRA, J., *Tratado. Op.cit.* p.447, «esta definición, contenida en el Título I (Definiciones) de la Ley de Reestructuración Patrimonial, aunque parezca paradójico, no define la insolvencia; simplemente describe una situación de insolvencia».

En opinión de MONTROYA ALBERTI²⁰: «resulta definitivo comprobar el desbalance patrimonial para incurrir en una declaratoria de insolvencia, o, no tener los recursos necesarios para hacer frente a las obligaciones. La Ley completa este requisito cuando señala como monto mínimo para solicitar la declaratoria de insolvencia en forma directa ante la Comisión de Salida del Mercado *créditos que superen en total el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias*».

En efecto, la jurisprudencia ratifica las anteriores afirmaciones en diversas resoluciones, por ejemplo, en la n° 118-1997 del Tribunal de Defensa de la Competencia (Expediente 013-96/CRE-CCAIL)²¹, indica que «tratándose de procedimiento de declaración de insolvencia a pedido de la propia empresa, el artículo 2 de la Ley [corresponde al artículo 5° de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Legislativo N° 845] señala que ésta podrá iniciarse cuando la empresa acredite que su patrimonio se ha visto reducido en más de dos terceras partes. Para efectos de acreditar dicha reducción, (...) adjunto a la solicitud debéra presentar la documentación sustentatoria».

De manera que el *presupuesto objetivo* del Derecho concursal peruano es el estado de insolvencia patrimonial, que se manifiesta a través de una reducción del patrimonio o de la cesación de pagos. Dice ECHENDIA CHIAPPE²² comentando las resoluciones números 87, 107 y 235-97 de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi: «los procedimientos de declaración de insolvencia, (...) constituyen la etapa preconcursal de los mecanismos regulados por la Ley de Reestructuración Patrimonial para afrontar situaciones de crisis económica o financiera que pudiesen atravesar los patrimonios, sean éstos empresariales o no. Por ello, atendiendo a que el estado de insolvencia supone la existencia de un patrimonio que presuntamente podría resultar insuficiente para cumplir con las obligaciones pendientes de pago, la legislación concursal provee a las empresas en estado de insolvencia de un marco de protección legal que resguarda dicho patrimonio de las acciones que individualmente pudiesen ejercer cada uno de sus acreedores».

²⁰ MONTROYA ALBERTI, Hernando. «Las sociedades y la Reestructuración de las empresas». *Op.cit.* p.18.

²¹ En sentido contrario, al tratar un caso de simulación del estado de insolvencia se contiene en la resolución 079-97-TDC: expediente 035-96-CCE-CCPL.

²² ECHENDIA CHIAPPE, Luis Freo. «Sobre insolvencias, insolventes y formas de enfrentar una crisis». *Op. cit.* p.39.

Todo lo anterior se completa, a su vez, por lo dispuesto en el artículo 14 que prescribe la declaración de insolvencia: «si el emplazado no tiene capacidad para cumplir con el pago de sus créditos exigibles y vencidos, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión declarará su estado de insolvencia. En la misma forma procederá la Comisión cuando compruebe que el solicitante haya acreditado tener pérdidas que reducen su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte de éste. Igual declaración procederá si el emplazado no se apersona al procedimiento iniciado por sus acreedores».

Sea como fuere, se ha de apuntar que el proceso de insolvencia antes es una alternativa que puede ser utilizada directamente por el deudor o por alguno de sus acreedores. Cuando es el deudor el que decide acogerse al proceso, bastará con que acredite ante el Indecopi una reducción de su patrimonio en más de dos terceras partes (2/3), presentando para esos efectos la documentación contable y financiera pertinente. En cambio, cuando el proceso es iniciado a petición de un acreedor, el acreedor/es que insten el proceso deberán acreditar que se le adeuda un crédito mayor de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y vencido en más de treinta días calendario²³.

Acreditada la reducción patrimonial referida cuando la petición es presentada por el deudor, o la imposibilidad de pago de los créditos mayores a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) cuando el proceso se inicia a petición de los acreedores, el Indecopi procede a declarar la situación de insolvencia del deudor, expidiendo la resolución administrativa correspondiente. Con la expedición de la resolución de declaración de insolvencia, el deudor obtiene el beneficio de intangibilidad e inejecutabilidad de su patrimonio, de tal forma que por el mérito de la notificación de dicha resolución a la autoridad correspondiente se suspenden todas las acciones judiciales, arbitrales o administrativas que tuvieran por objeto ejecutar el patrimonio del deudor.

Una vez consentida la resolución de declaración de insolvencia, se convoca a los acreedores del deudor a conformar la junta de acreedores, la misma que una vez instalada se constituye en la gran protagonista del proceso, teniendo a su cargo la decisión, por mayoría, del destino del patrimonio del deudor y la adopción de todos los acuerdos necesarios para el ágil desarrollo del proceso.

²³ Seguimos la explicación proporcionada por el Diario «El Peruano», Lima, miércoles 16 de diciembre de 1998, p. 167309.

2.3. Procedimiento

El proceso instaurado en el Decreto Legislativo N° 845, que empieza con la declaración de insolvencia del deudor, que a su vez marca el inicio del concurso de acreedores está destinado a procurar el pago de las obligaciones en forma ordenada, y principalmente la continuación del giro de la empresa en virtud de la viabilidad económica de la misma, esta es la finalidad propiciada por la Ley. Se pretende así dar facilidad adecuada para que la empresa se ponga de acuerdo con sus acreedores a fin de que éstos otorguen facilidades para el pago de las obligaciones, en los plazos más prolongados, de forma tal que su empresa pueda dar resultados favorables que le permitan en el tiempo cancelar sus obligaciones. Juegan un papel muy importante, en este esquema, los acreedores y la aprobación del Plan de Reestructuración, en virtud del cual se proyectan los ingresos de la empresa, así como el pago de las deudas²⁴.

En esta línea, decir que el artículo 35 de la LRP precisa cuáles son las atribuciones genéricas de la Junta de acreedores, determinando que las opciones de decisión sobre el destino de un deudor insolvente son: (i) la continuación de las actividades de las empresas, en cuyo caso ingresará a un proceso de reestructuración patrimonial; o (ii) la salida del mercado de la empresa, en cuyo caso ingresará a un proceso de disolución y liquidación extrajudicial²⁵.

El artículo 36 de la LRP dispone que para la toma de una decisión sobre el destino de la empresa se requiere, en primera convocatoria, del voto favorable de más del 66,6% del total de créditos reconocidos; y, en segunda o tercera convocatorias, del voto favorable de más del 66,6% del total de créditos asistentes. En opinión de HUASCAR EZQUERRA²⁶, en relación al precepto apuntado: «se constituye en un instrumento eficaz de reducción de costos de transacción, por cuanto al establecer que para lograr un acuerdo del destino se requiere de mayoría calificada, y con ello determinar que no sea necesario para

²⁴ Como destaca MONTTOYA ALBERTI, H. «Las sociedades...». *Cp. cit.* p. 20, «la nueva alternativa concebida con los decretos de reestructuración patrimonial y empresarial surgen como alternativa concursal, destinada a permitir la recuperación de empresas viables que atraviesan crisis económicas y financieras temporales y, con ello, a mantener y salvaguardar puestos de trabajo. Mientras la Ley Procesal de Quiebras (N° 7566) privilegiaba la liquidación del patrimonio del deudor para pagar sus deudas hasta donde alcance el producto de la venta de sus bienes, bajo la Ley de Reestructuración Patrimonial se privilegia la posibilidad de refluotamiento de las empresas viables».

²⁵ HUASCAR EZQUERRA. «La Ley de Reestructuración...». *Op. cit.* p. 34.

²⁶ HUASCAR EZQUERRA. «La Ley...». *Op. cit.* p. 35.

dicho acuerdo el contar con la conformidad de todos los acreedores, facilita substancialmente la negociación y la posibilidad de arribar a una decisión colectiva».

El contenido del artículo 43 de la Ley, al referirse al régimen de administración de las empresas determina que «la Junta de acreedores acordará el régimen de administración temporal que deberá tener la empresa en proceso de reestructuración, y dispondrá:

- la continuación del mismo régimen de administración;
- la administración de la empresa por un Banco acreedor o no de la misma, siendo de aplicación lo dispuesto en la legislación que regula la actividad de las instituciones bancarias, financieras y de seguros.
- la administración de la empresa por un administrador inscrito ante la Comisión de conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria de la presente Ley; o,
- un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la administración de la empresa y permita la participación de personas naturales o jurídicas designadas por la Junta».

Por su parte, el art. 46 establece las atribuciones de la Junta de acreedores, y señala que durante el proceso de reestructuración, quedará en suspenso el Estatuto de la sociedad, así como la competencia de la Junta General de accionistas o de asociados o el titular, en todo lo referente a la administración de la empresa, cuyas funciones serán asumidas por la Junta hasta la conclusión de dicho proceso. Así pues, este mandato atribuye a la Junta la facultad de adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento de la empresa durante el proceso, inclusive aquellos referidos a la aprobación de balances, transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importe modificaciones estatutarias²⁷.

Fácilmente se deduce de la anterior redacción la importancia que adquieren los acreedores²⁸ como sujetos que permiten con sus decisiones la continuidad de la actividad empresarial en sus diversas variantes.

²⁷ MONTOTOY ALBERTI, H. «Las sociedades», *Op.cit.* p.22.

²⁸ En una línea más matizada de pensamiento HUASCAR EZQUERRA. «La Ley de reestructuración patrimonial». *Op.cit.* p.27, señala que «en términos generales, la Ley de Reestructuración Patrimonial mantiene el mismo diseño que la Ley de Reestructuración Empresarial, en el sentido de atribuir las principales decisiones del proceso a los más afectados con la crisis de la empresa insolvente, es decir a los acreedores, quienes reunidos en Junta de acreedores y por mayoría podrán optar por la reestructuración del patrimonio de su deudor o por su liquidación ordenada, según el caso».

Asimismo, especial relieve adquiere el tenor del artículo 47 que dispone el contenido mínimo del plan de reestructuración como el medio o instrumento que hará posible la recuperación o bien la continuación de la actividad empresarial que es el fin de esta normativa, como hemos visto. Establece el artículo 47: «el Administrador, bajo responsabilidad, deberá proponer a la Junta dentro de sesenta (60) días siguientes a su designación o ratificación, el Plan de Reestructuración al que se sujetará la empresa durante el plazo de duración del proceso de reestructuración. A solicitud del representante legal de la empresa o del Administrador, según corresponda, la Junta podrá concederle un plazo adicional, no mayor de sesenta (60) días, para la presentación de dicho Plan o designar a un nuevo Administrador(...)».

Sigue añadiendo el precepto comentado los extremos que cree convenientes para que el Plan de Reestructuración sea aprobado, entre otros: «1) Las acciones que se propone ejecutar el Administrador. 2) La relación de las obligaciones devengadas hasta la fecha en que se declaró la situación de insolvencia de la empresa, aun cuando éstas no hayan sido reconocidas por la Comisión, y aquellas obligaciones que tengan la calidad de contingentes. 3) El cronograma de pago de los créditos hasta su cancelación, el mismo que deberá comprender la totalidad de las obligaciones de la empresa, inclusive aquellas que a la fecha de aprobación del Plan no hubiesen sido reconocidas por la Comisión. 4) Los mecanismos propuestos para el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad de la empresa. 5) La política laboral a adoptarse. 6) El régimen de intereses. 7) El presupuesto que contenga los gastos y honorarios que demande la administración. 8) Un estado de flujos efectivo proyectado al tiempo previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones comprendidas en el proceso. 9) El tratamiento de los bienes afectos al pago de *warrants* conforme a los requerimientos del proceso productivo, teniendo en consideración su naturaleza, así como el peligro de su deterioro o pérdida, de ser el caso (...)».

2.4. A modo de conclusión

Hemos observado que la LRP establece un marco favorable para la negociación entre las partes afectadas, siendo pues la libre autonomía de la voluntad de las partes el principio rector al observar las importantes y decisivas atribuciones dadas a los acreedores como motores de esta Ley.

De modo que tres notas se deducen de esta normativa concursal:

1ª. La conservación de la empresa, reestructuración patrimonial como medio que permite la mejor satisfacción de los acreedores, sin descartar la liquidación cuando no sea posible la continuación de la actividad empresarial.

2ª. Los acreedores son los protagonistas a través de la adopción de soluciones consensuadas y negociadas.

3ª. Las soluciones negociadas van más allá del tradicional convenio, esto es, se estructura en un plan como medio que canaliza mejor no sólo las medidas de orden financiero (quita o espera en los créditos), sino también acciones de gestión y estrategia empresarial. Introduciéndose, igualmente, el Derecho de sociedades como complemento del Derecho Concursal.

3.- Notas sobre el Derecho Concursal Portugués

3.1. Introducción

El antecedente más próximo que regula la continuidad de la actividad empresarial en esta legislación se remonta a la creación de PAREMPRESA (Sociedad Parabancaria para la recuperación de empresas) mediante el Decreto-Ley nº. 125/79 de 10 de mayo, reformulado por el Decreto-Ley nº. 120/83 de 1 de marzo²⁹. Ésta se crea como sociedad anónima con capitales suscritos por instituciones de crédito que tienen por objeto *la recuperación de las empresas que con estatuto privado tienen dificultades financieras, si bien, son económicamente viables*. En efecto, la idea que presidió esta solución legislativa fue la de circunscribir las ayudas para la recuperación de las empre-

²⁹ Esta normativa será modificada por el Decreto-Ley nº. 231/85 de 4 de julio, que establecía la posibilidad que los acreedores llegasen a un acuerdo con PAREMPRESA en el sentido que al menos el 75% del valor de los créditos representativos en la junta de acreedores solicitase la recuperación de la empresa, o bien con la consiguiente aplicación de las medidas destinadas a ese fin, o bien se peticionase la declaración de quiebra. De tal modo que la extinción de PAREMPRESA resulta del Decreto Ley nº 26/90 de 24 de enero, del mismo modo se faculta para cesar los contratos de asistencia y viabilización a partir de febrero de 1990.

Sobre estos aspectos, *cfr.* RIBERO MENDES, A. «Processo de Recuperação da empresa em situação de Falência». Nº.1. Revista da Banca, 1987.p.67 y ss.. PINTO FURTADO..»Perspectives e Tendências do Moderno Direito da Falência». Nº.11. Revista da Banca, 1989.p.78 y ss.; CAMPOS, Antonio. «Sistema Bancario e recuperação de empresas». Nº.13. Revista da Banca, 1990. p. 57 y ss.; CARVALHO FERNANDES, Luis. «Sentido General dos novos Regimes de Recuperação da empresa e de falência». Direito e Justiça. Vol.IX. Tomo I, 1995. p. 14 y 15.

sas efectivamente viables y no eternizar las situaciones de dificultades económicas sin remedio.

En esta misma línea, se publica el 2 de julio de 1986 el Decreto-Ley nº 177/86, que constituye, juntamente, con el Decreto-Ley nº 10/90, de 5 de enero las principales piezas normativas³⁰. Las medidas reguladas irán dirigidas a per-

³⁰ 1) El Real Decreto de 11 de mayo de 1967 en relación con el Código procesal de 28 de diciembre de 1961 (arts. 1135 a 1325) introdujeron un único procedimiento especial denominado «de recuperación de empresas y protección de acreedores» (*recuperação da empresa e proteção dos credores*), dentro del cual se incluyen los procedimientos clásicos utilizados por este Derecho, tales como el concordato (*concordata*) y el acuerdo de acreedores (*acordo de credores*), si bien se introduce la gestión controlada (*gestão controlada*). Las notas características de éstos se traducen en: a) la consagración de la vía de recuperación de la empresa en dificultades económico-financieras, como alternativa de la declaración de quiebras; b) carácter no judicial de las decisiones conducentes a la recuperación de la empresa en ausencia de control judicial de las correspondientes medidas; c) limitada intervención de los acreedores en general; d) manutención, no general, de las características y finalidades del proceso de quiebra.

2) Con todo, la reforma del Derecho de quiebras portugués se inicia en 1976, mediante la adopción de medidas legislativas encauzadas a la recuperación de la empresa, a partir de dos figuras fundamentales: la declaración de la empresa «en situación económica difícil» y «los contratos de viabilidad». Regulados en el Decreto-Ley nº 864/76, de 23 de diciembre y continuados por el Decreto-Ley nº 353-H/77, de 29 de agosto, que corregía las deficiencias de aquel. Así se preveían una serie de medidas tendentes a la superación de la situación económica difícil, cuya manutención implicaba la obligación de presentar una propuesta de contrato de viabilidad a celebrar con los bancos que eran acreedores. De tal suerte que estas últimas concediesen una serie de beneficios. Con la vigencia de tales contratos era imposible declarar la quiebra de la empresa en situación económica difícil. Ahora bien, este régimen sufre un importante cambio en 1983, mediante el Decreto-Ley 112/83, que permitía a las instituciones de crédito que no fueran partes en el contrato de viabilidad, peticionar la declaración de la quiebra, durante su vigencia.

Los defectos de este sistema venían dados, por un lado, la declaración de la empresa en situación económica difícil, se realizaba por vía administrativa. Por otro, en los contratos de viabilidad, puesto que apenas intervenían las instituciones de crédito, que se encontraban lideradas por las que tuviesen la posición de acreedor mayoritario. Igualmente, se admitía la intervención del Estado que podía ir hasta el extremo de asegurar a las empresas inviables «los medios necesarios para su viabilidad» siempre que éstas revistan una particular relevancia económico social.

3) PINTO FURTADO, J. «Perspectivas e tendências do moderno direito da falência». Nº 11. Revista da Banca, 1989, p. 65 a 68. ALMEIDA MORGADO, Abílio M. «Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. Uma apreciação do novo regime». En Estudios efectuados por ocasión del XXX Aniversario del Centro de Estudios Fiscales. Lisboa, 1993; también, CARVALHO FERNANDES, Luis. «Sentido General dos Novos Regimes de Recuperação da Empresa e de Falência». *Op. cit.* p. 11 y ss.

En nuestra doctrina, estudian este ordenamiento, entre otros, *cfr.*, BELTRÁN, E. «La reforma del Derecho portugués de la crisis económica de la empresa». Nº 1776. La Ley, 1987, p. 878;

mitir la recuperación de la empresa, en consonancia con una realidad económica y social enmarcada dentro de las tendencias evolutivas del Derecho de quiebras. En tal sentido, se disponía la providencia de la gestión controlada, el concordato y el acuerdo de acreedores. Con estas técnicas se intentaba reconducir a la empresa a su actividad normal. En fin, esta normativa surge en un momento de transformación y búsqueda de la recuperación de empresas, siempre que éstas sean económicamente viables³¹. Quiere ello decir que: a) primero, esta legislación será de las pioneras en categorizar desde un punto de vista jurídico una noción económica como es la viabilidad de la empresa; b) segundo, se convierte ésta en *condictio sine qua non* para poder aplicar las medidas de recuperación.

Sin embargo, -en honor a la verdad-, y pese a introducir el requisito aludido. Cabe señalar que la normativa de 1986 sólo ha incidido en los institutos preventivos de la quiebra: convenio (*concordata*) y el denominado acuerdo de acreedores (*acordo de credores*). Dejando por tanto inalterado, -salvo en cues-

GONZALO LÓPEZ, V. «La nueva Ley concursal portuguesa». N° 208. RDM, abril-junio. 1993. p. 617 y ss.; PULGAR, J. *Textos de Derecho Concursal. Op. cit.* p. 225 a 227 en ésta se señala de manera descriptiva la normativa anterior al año 1970, además, esta misma autora en *La Reforma del Derecho Concursal*. Madrid: Civitas, 1994. p.253 y ss.

³¹ Reflejo de lo expresado es lo que se disponía en el art.152 del Decreto-Ley de 1986 al estimular el auxilio eficaz de las empresas deudoras en situación de crisis económica que sean realmente viables. En fin, el Decreto Ley 177/86, de 2 de julio es, sin duda, de las primeras legislaciones que por primera vez aprecia la viabilidad de la empresa y la fijación de las providencias adecuadas para la recuperación que serán realizadas en un proceso judicial propio y no por vía extrajudicial, con un mayor o menor control administrativo del Estado. Esto se ilustra, por tanto, en la consagración de una vía judicial alternativa a la declaración de quiebra, con los siguientes fines: a) crear mecanismos que coloquen en las manos de los acreedores la responsabilidad primaria de opción entre las vías de recuperación y de quiebra de la empresa deudora que se encuentre en situación económico-financiera precaria; b) atribuir a los acreedores de una empresa un papel decisivo, que esté caracterizado por la viabilidad o inviabilidad de la empresa, y así fijar los medios adecuados para su recuperación; c) establecer algunos puntos de articulación entre los procesos de recuperación y los de quiebra, configurándose aquel como un medio judicial previo; d) crear mecanismos que eliminen, de manera progresiva, los contratos de viabilización o los acuerdos de asistencia. Las alternativas introducidas, en este régimen, vienen dadas por el Decreto Ley n° 10/90 de 5 de enero, que busca por un lado, un mayor papel de los acreedores en la opción entre quiebra y recuperación, y por otro, crear un proceso más expedito por lo que se refiere a la intervención de un número significativo de acreedores. *Cfr.*, en concreto, CARVALHO FERNANDES, Luis. «Sentido general dos novos regimes de recuperação da empresa e de falência». *Op.cit.* p.15 y 16.

tiones adjetivas y puntuales-, el régimen jurídico de la quiebra, contenido en los artículos 1135 a 1325 del Código de Procedimiento civil portugués de 28 de diciembre de 1961, tras la modificación introducida por el Real Decreto de 11 de mayo de 1967.

El Código sobre los Procesos Especiales de Recuperación de Empresas y Quiebras fue aprobado el 23 de abril 1993, mediante el Decreto-Ley 132/93³². Esta regulación va dirigida, fundamentalmente, a un reordenamiento de la materia concursal. Se comprende, pues, por un lado una serie de medidas dirigidas a conservar la empresa y, por otro, de manera independiente el instituto de la quiebra cuya finalidad es liquidativa.

Parece lógico pensar que con esta reforma se adapta a las nuevas tendencias existentes en el Derecho comparado dentro del marco constitucional de economía social de mercado característico del siglo XX. Ahora bien, conviene no olvidar que en la Exposición de Motivos del citado Decreto-Ley se dispone que *los programas de recuperación económica de la empresa insolvente no son planes de caridad evangélica*.

Estas últimas declaraciones vienen a ser corroboradas, igualmente, por la reciente modificación de esta normativa a través del Decreto Ley nº 315/98, de 20 de octubre de 1998 [Diário da república nº 242/98. Série I. A.]. En ésta se establecen las modificaciones que vendrán anexadas al Código de 1993. Por

³² Con la nueva reforma domina la idea de la recuperación de la empresa deudora insolvente cuando es económica y financieramente viable, se reduce así el procedimiento de quiebra a los casos irremediables de insolvencia. Así se habla de quiebra/saneamiento. Lo fundamental a tener presente es que este régimen está presidido por una visión social de la empresa, basada en su manutención, siempre que así esté justificada. En suma, las orientaciones normativas son: 1. la eliminación de la dicotomía entre quiebra de comerciantes e insolvencia de los no comerciantes, sustituida por la dicotomía empresa/no empresa, en función de lo cual sea admisible el proceso de recuperación. 2. preferencia concedida al proceso de recuperación de empresas en alternativa al proceso de quiebra. *Vid.*, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. «O âmbito de aplicação dos processos de recuperação da empresa e de falência: pressupostos objectivos e subjectivos». Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XXXVI, 1995, p. 385; CARVALHO FERNANDES, L. «Sentido general (...)». *Op. cit.* p. 32; DE OLIVEIRA ASCENSAO, José. «Efeitos da Falência sobre a pessoa e negócios do fallido». Anno 55. Vol. III. Revista da ordem dos advogados, 1995, p. 641 y ss. En cambio, en su art. 1.2 en relación con el art. 4 se establece la quiebra de una empresa deudora insolvente cuando ésta se muestra económicamente inviable, o no se considere posible, atendiendo a las circunstancias de su recuperación financiera.

ende, es una reforma parcial y de precisión de determinados extremos; si bien, la filosofía de fondo se mantiene, así como las providencias recuperatorias y los presupuestos que señalaremos en las siguientes páginas.

Corresponde, por tanto, señalar las principales modificaciones de esta última norma y que cabalmente se extraen de su Exposición de Motivos.

- Al presupuesto objetivo que viene identificado con la insolvencia como la carencia de medios propios y de crédito por parte del deudor para cumplir con sus obligaciones, viene a añadirse un «*tertium genus*» como presupuesto objetivo: «*situação económica difícil evidenciada por ponderáveis dificuldades económicas ou financeiras que embarcem o normal funcionamento da empresa ou a prossecução do seu objecto social*».

- Se pretende introducir una moralización en torno a las empresas que conforman los grupos de sociedades y se someten al procedimiento concursal, de modo que se eviten los abusos de personalidad jurídica y combatir así las situaciones fraudulentas.

- La creación de los Tribunales de recuperación de empresas y de quiebras por la Ley nº 37/96, de 31 de agosto, comporta que con esta última reforma se determinen las diversas reglas de competencia y procedimiento.

- La providencia denominada acuerdo de acreedores se sustituye ahora por «*reconstituição empresarial*». En este contexto, se busca una mayor precisión técnica a través del auxilio que proporciona el Derecho societario.

- Se refuerzan los poderes y las funciones atribuidas al comisario de los acreedores, posibilitando por esta vía una mayor celeridad en la toma de decisiones. En la misma línea se perfilan las funciones atribuidas al gestor judicial.

- Se ratifica el papel primordial que tiene asignada la Asamblea de acreedores. En este sentido, se mitiga la actual exigencia de mayorías (75%) para la aprobación de los acuerdos como regla de mayoría absoluta; mientras que ahora se fija en dos tercios. Se espera así agilizar la toma de las decisiones y deliberaciones con lo que se le permite una mayor autonomía al comisario de acreedores y al gestor judicial.

- En lo que hace al procedimiento de quiebra, las modificaciones son de menor calado.

En definitiva, se han realizado unas enmiendas a la vigente Ley que facilitan las vías para que las partes, en concreto, los acreedores sean los facilitadores con sus decisiones consensuadas de la solución a la situación de insolvencia, y para ello contar con el asesoramiento de los órganos precitados que poseen ahora un mayor margen de actuación.

En nuestra opinión, la novedad más importante de esta normativa portuguesa es la creación de un procedimiento extrajudicial con veste arbitral. Novedad dentro de este marco, que no conocía un procedimiento de este talante. Así, el Decreto Ley nº 316/98, instituye el procedimiento extrajudicial de conciliación para viabilizar la empresas en situación de insolvencia o en situación económica difícil³³.

3.2. Presupuesto Subjetivo y Objetivo

El *presupuesto subjetivo* viene dado por la aplicación del procedimiento concursal a todas las empresas, concebidas éstas en el sentido más amplio del término, incluidas las de carácter público.

Así, el procedimiento de quiebra se aplica a empresas insolventes inviables (art.1 nº 2) y a otros deudores insolventes que no sean titulares de empresa (art.27 nº 1). Luego, la insolvencia constituye el *presupuesto objetivo* común a ambos procesos que puede verificarse en relación con la empresa como con cualquier deudor.

El art. 3 establece, literalmente, que existe situación de insolvencia³⁴ cuando el deudor se encuentra imposibilitado para cumplir con sus obli-

³³ Véase el comentario de la Prfa. RODRÍGUEZ GRILLO, L. en la reseña del Decreto Ley nº 316/98, de 20 de octubre que establece un nuevo procedimiento extrajudicial de conciliación de empresas en situación de insolvencia o en una situación económica difícil aprobado en Portugal (<http://derecho.org/comunidad/concursal/rodriguez.htm>).

³⁴ La insolvencia es definida «por carencia do meios propios e por falta de crédito, se encontre impossibilitada de cumprir potualmente as suas obrigações»[la imposibilidad de cumplimiento puntual de las obligaciones por no disponer de medios ni de créditos](art.3), tal y como hemos expuesto. El concepto de insolvencia viene también interpretado así por la doctrina, *cfr.*, anterior a la Ley en vigor, SOUSA MACEDO se hacia eco ya en *Manual de Direito das*

gaciones. Por tanto, insolvencia es la imposibilidad de cumplir por la carencia de medios propios y falta de crédito. La insatisfacción debe ser tal que por el conjunto del pasivo o por las propias circunstancias del incumplimiento se revele la incapacidad de la empresa para cumplir con la generalidad de sus compromisos, considerando el ponderado equilibrio del binomio cantidad y volumen de las obligaciones incumplidas. En consecuencia, la insolvencia está vinculada a la incapacidad financiera. Esto se revela en los hechos o índices que se contienen en el art.8, nº 1 del Código³⁵.

Por lo que respecta a la posición de la empresa³⁶ en el proceso de recuperación, conviene hacer notar el papel preponderante y determinante que ésta posee durante todo el desarrollo procedimental, -con especial énfasis-, en la determinación de su destino. Además, no debemos olvidar que, -a final de cuentas-, es la razón de ser del procedimiento: la conservación de su actividad para así poder satisfacer mejor a los acreedores y, a tal fin, se les conceden amplias facultades.

3.3. Caracteres y Providencias

Es conveniente en este punto centrar nuestra atención en (1) la exposición de los caracteres o principios informadores de esta normativa y, (2) de modo más concreto, en la descripción de las providencias recuperatorias.

Falências. Vol.I. Coimbra, 1964.p.257 y 258. También la jurisprudencia en *STJ 11 de enero 1979* en el *Boletín del Ministerio de Justicia* (en adelante BMJ) nº. 283. p. 319 y, a su vez, *STJ del 23 de mayo 1985*, *sum. en BMJ* núm. 349. p. 568. Respecto al Código de 1993: LABAREDA, João. «Providências de recuperação de empresas». *Direito e Justicia*. Vol.IX. Tomo II, 1995. p. 56. Desde un punto de vista jurisprudencial, dicha definición se recoge en la sentencia: *Assento STJ Nº 9/94*, de 2 de marzo, *Diário da República, I Serie*, 20 de mayo de 1994.

³⁵ Entre los índices de insolvencia regulados en el art.8 nº.1 se encuentran el índice directo y objetivo de la situación de insolvencia descrito como la «falta de cumplimiento de una o más obligaciones que, por su montante o por sus circunstancias de incumplimiento, revele la imposibilidad del deudor de satisfacer puntualmente la generalidad de sus obligaciones». Los índices indirectos (par.b y c), son enunciados de modo más amplio: la fuga de los titulares de los órganos de gestión, abandono del establecimiento y la constitución ficticia de créditos.

³⁶ El poder de la empresa es importante en el desarrollo de los procedimientos recuperatorios tal y como lo explican CARVALHO FERNANDES y LABAREDA. *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*. 2ª.edic. Lisboa: Quid Juris, 1995.p.67. Igualmente, se recoge la importancia de este punto en la *Sentencia de 28 de enero de 1993 en CJ año XVIII*, t.1 p.268.

Hemos de iniciar este punto diciendo que los objetivos esenciales de la legislación portuguesa son dos, a saber: la recuperación de la empresa juzgada viable y la salvaguardia de los intereses de los acreedores³⁷. De esta manera, la Ley establece en su Título I una serie de disposiciones introductorias comunes, cuya regulación va desde la solicitud de adopción de las modalidades de recuperación o declaración de quiebra, hasta la respectiva declaración judicial (*cfr.*, en concreto art. 10, además art. 15 a 25).

(1) La Ley determina una serie de medios de recuperación (denominadas providencias) que, tal y como han sido diseñadas, obedecen a unos principios generales que merecen ser subrayados en este momento: a) Tipicidad. Las providencias vienen adoptadas conforme a su configuración legal. Este principio se contiene en el art. 4 del Código. Entre éstas, unas medidas son de contenido fijo: el acuerdo de acreedores, que implica la constitución de una sociedad por éstos, para explotar, en lo mínimo, el establecimiento insolvente. También, el convenio integra esta categoría en cuanto comporta una alteración de los créditos. Por contra, la reestructuración financiera es ya una providencia de contenido variable, ya que se decide sobre el pasivo de la empresa, o bien modifica el capital social. Igualmente, contenido de las providencias de contenido variable está la gestión controlada como resultado de la conjunción de los arts. 98 a 101 del Código.

b) Legalidad. Durante todo el desarrollo del proceso, así como en el momento de la aprobación de las providencias de recuperación, es obligado el cumplimiento riguroso de las disposiciones legales aplicables. El principio de legalidad encuentra su sede en el art. 56. N° 2 del Código. Varios son los planos fundamentales en que el principio de legalidad se despliega. El primero se refiere a la satisfacción del formalismo procesal que es típico del proceso de recuperación.

El segundo plano del principio de legalidad está referido a la verificación de los presupuestos y requisitos de las providencias de recuperación y control de los fines a que se destinan.

³⁷ Estos fines no son algo novedoso, como indicábamos *supra*, puesto que nos encontramos con el antiguo art. 2 del Decreto Ley N° 177/86 que disponía el procedimiento concursal bajo la denominación de «proceso de recuperación de empresas y protección de los acreedores». Más al respecto, LABAREDA, João. «Providências de recuperação de empresas». *Op. cit.* p. 62.

Tercer plano, observar la reglamentación que es propia de cada uno de los medios que integran las cuatro providencias acogidas por la Ley, cuyo análisis será desarrollado *infra*. En tal sentido, se imponen dos advertencias: por un lado, es imperativo satisfacer las reglas que el Código, específicamente, establece para cada uno de los instrumentos que componen las medidas de recuperación; pero, por otro lado, son aplicables las normas que, en general, regulan los varios medios tipificados, salvo que el Código directamente los excluya o pueda existir incompatibilidad³⁸. Finalmente, es imprescindible satisfacer los requisitos de funcionamiento y deliberación de la Junta de acreedores que es el órgano competente para la aprobación de las medidas.

De tal modo que cuando haya habido violación de las normas legales aplicables, el Tribunal no puede homologar la decisión. Pero esto no significa que todo esté ya perdido y la empresa deba ser necesariamente declarada en quiebra. En principio, sería así. Pero, los acreedores pueden conforme al art. 56 pár. 4 requerir al Tribunal de su homologación y la posibilidad de convocar nueva Junta con el objetivo de proceder a la sanación de los vicios verificados -naturalmente cuando sean sanables-, o para eventualmente aprobar otra providencia en coherencia con las medidas deliberadas. Mientras tanto, si los acreedores obtienen algunos de estos resultados, el Tribunal que tiene que pronunciarse sobre la nueva deliberación de la Junta deberá homologar la providencia.

c) Autonomía en la actuación de los acreedores: arts. 23, 25, 50. N°. 4, 51, 53 y 55. La principal manifestación del principio de autonomía se refleja en que los acreedores son quienes deben decidir sobre el destino de la empresa. En efecto, los acreedores son libres de deliberar a favor o en contra de la adopción de las providencias de recuperación. Una vez que la empresa deudora se encuentra en situación de insolvencia, su recuperación pasa, necesariamente, por un sacrificio, mayor o menor, de los intereses de los acreedores, según los límites de la Ley y, decidir en estos términos si están dispuestos a sacrificarse, desde el mismo momento que encuentran una solución. Baste re-

³⁸ Un ejemplo ilustra lo dicho. Los arts. 78 y ss. regulan la providencia del acuerdo de acreedores -ahora denominada reconstitución empresarial-, que consiste en la constitución de una o más sociedades destinadas a la explotación de uno o más establecimientos del deudor. Está previsto el proceso de aprobación del contrato de sociedad y determinado el modo de composición del capital social, pero el Código es omiso en cuanto al contenido del contrato, normalmente en cuanto respecta a las respectivas menciones obligatorias. Pues bien, no hay otra solución que considerar la aplicación de las normas reguladoras del tipo societario que se pretende adoptar. Si el contrato viola alguna de ellas, la deliberación de los acreedores que apruebe la providencia no podrá ser homologada.

cordar, por ejemplo, la decisión entre aumentar el capital social, tanto en la reestructuración financiera como en la gestión controlada, hasta la enajenación forzosa de participaciones representativas de la totalidad o de parte del capital social, medidas que, por demás, pueden ser adoptadas dentro de un plan en la gestión controlada de conformidad con los límites del art. 108³⁹.

d) Igualdad de acreedores. Previsto en el art. 62 N° 1 en relación con el art. 93 N° 1. De una interpretación de estos preceptos, cabe deducir que los acreedores deben ser tratados en términos semejantes cuando sus situaciones tengan posiciones equivalentes. Ello significa *prima facie*, que todos los acreedores deben ser tratados y considerados de un mismo y un único modo. Según la regla, tan bien se deberá tratar desigualmente a quién es diferente. Así, no podrá ser aprobada una medida que comporte consecuencias diversas para acreedores en igualdad de circunstancias.

En todo caso, las diferencias principales vienen dadas de un lado, en el tratamiento de los acreedores ordinarios con relación a los acreedores con garantías, estableciendo una serie de grupos conforme a la naturaleza y el valor de las garantías. Nada obstaculiza, por tanto, el atenderlos conforme a las fuentes de sus créditos. Por su parte, siempre hay una categoría de acreedores a los cuáles se les aplican medidas con un tratamiento singular, tal y como sucede con los trabajadores (art. 62 N° 3). Con todo, el principio de igualdad de tratamiento tiende claramente al objetivo de protección de las minorías.

e) Protección de terceros configurada en el art. 63 en relación con el art. 62. Así, si un acreedor vota o acepta algunas medidas, sus derechos «contra los coobligados o los terceros garantes del cumplimiento de las obligaciones», en aplicación del art. 63 serán afectados por la medida correspondiente «en la extinción o modificación de los respectivos créditos» de la empresa deudora que es objeto de la providencia de recuperación aprobada.

³⁹ El art. 108 regula la venta de participaciones sociales. 1. La venta de participaciones representativas de la totalidad o de parte del capital social de la sociedad deudora, sólo debe ser aprobada cuando sea justificadamente considerada por los acreedores como instrumento esencial de recuperación de la empresa, en los términos del plan aprobado. 2. La venta sólo debe ser homologada a continuación cuando, oídos los titulares de las participaciones, se demuestre que el mantenimiento de la titularidad de aquellos constituye un impedimento importante para la ejecución de las restantes medidas integrantes del plan de recuperación. 3. La venta es promovida por la nueva administración, correspondiendo al juez fijar la modalidad de venta más ajustada a las circunstancias.

f) Publicidad que se refleja durante el proceso y su desarrollo, e igualmente en la adopción de las providencias, reflejándose en el plano de las relaciones entre la empresa y sus acreedores, al existir un conocimiento general para todos aquéllos que estén relacionados con la misma. Resulta así que el Código exige la publicidad de las reuniones de la Junta de acreedores conforme a lo preceptuado en los arts. 25 y 28 (*cfr.*, también art. 43). Otra manifestación precisa viene dada por el art. 59 del Código al regular el Registro que en el Derecho portugués tiene una doble función: asegurar la publicidad de los actos sujetos a Registro y conferirles eficacia *erga omnes*⁴⁰.

g) Nótese como característica general delimitadora de esta normativa la mayor intervención y atribución de poderes a los acreedores. De tal manera que en el acuerdo de acreedores se puede reajustar el pasivo del deudor, sin interferencia en su organización y actividad. En consecuencia, en el acuerdo de acreedores, éstos sustituyen al deudor creando una nueva entidad jurídica que continuará el negocio. Por su parte, en lo referido a la gestión controlada y en la reestructuración financiera los acreedores interfieren directamente en la reorganización de los factores de producción y en la estructura financiera interna de la empresa deudora, como si fuesen los titulares del capital de la empresa (sociedad). Precisamente, porque la situación de insolvencia revela que sean al final los acreedores, o los titulares del capital, quiénes de hecho invierten el capital riesgo de la misma. Todo ello se ilustra en el propósito de recuperar la viabilidad empresarial y conseguir así una mejor satisfacción en sus créditos.

Con todo, la idea de que los acreedores tienen atribuidos grandes poderes necesita de algunas precisiones por nuestra parte, que hará más fácil su comprensión: primera, sabiendo que le corresponde al Tribunal la homologación de las providencias adoptadas y, además que el juez no podrá disponer de peritos auxiliares, son los acreedores los que deberán formular juicios de mérito sobre las ventajas y los inconvenientes de las varias propuestas presentadas.

⁴⁰ Cabe hacer notar que entre los actos sujetos a Registro conforme al art. 59 se contienen: «a) la deliberación en torno a la providencia de recuperación de la empresa adoptada, así como la orden de continuación de la actividad empresarial (...); b) los acuerdos de la junta de acreedores que aprueben o rechacen las modalidades de recuperación, así como las respectivas decisiones de homologación o no; c) las decisiones que se adopten, en desarrollo del proceso especial de recuperación; d) las decisiones emitidas en torno a las funciones que se le atribuyan al administrador art. 35 N° 2; e) las decisiones que ponga fin al proceso de recuperación». Sobre este punto, *cfr.* CARVALHO FERNANDES y LABAREDA. *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*. Op. cit. p. 183 y 184.

No resulta extraño, por tanto, que éstos mediante sus deliberaciones sobre cuáles son las providencias más acordes para la reorganización de la empresa tengan que decidir sobre las varias propuestas, adoptando las decisiones oportunas para su aprobación. Por tanto, al juez sólo le corresponde velar por la observancia de las reglas de votación y por los requerimientos del régimen que resulten de las mismas, sin interferir en el juicio del mérito técnico económico y financiero de los medios y providencias aprobados por los acreedores, salvo naturalmente en los casos límites de manifiesto fraude o de abuso de derecho.

Segunda, porque la inexperiencia en este ámbito aconseja que la legislación disponga un verdadero catálogo de medios jurídicos de reorganización a disposición de los acreedores, con sistemas bien definidos y que puedan adecuarse a los varios tipos de necesidades de reorganización. Ésta es una técnica que fue utilizada con buenos resultados por el Decreto Ley N° 124/77, de 1 de abril, que aprobó el régimen de los contratos de viabilización.

Tercera, porque una intervención de los acreedores en la empresa deudora en sustitución de los titulares del capital, fácilmente, podría desencadenar efectos perversos, a no ser que se imponga un conjunto de reglas y regímenes bien definidos de partida⁴¹.

En fin, los acreedores se convierten en esta normativa en los auténticos protagonistas de la solución de continuidad de la empresa insolvente y viable.

(2) Llegados hasta aquí limitémonos en las páginas que siguen a explicar los medios concretos dirigidos a recuperar la situación de insolvencia⁴².

⁴¹ En coincidencia con ROBIN DE ANDRADE, José. «Reestruturação financeira e gestão controlada como providências de recuperação». N° 27. Revista da Banca, julio-septiembre, 1993, p. 78 y 79.

⁴² Para el estudio de las providencias recuperatorias es esencial por su carácter sistemático y pedagógico la obra de los Profs. CARVALHO FERNANDES, L.A. y LABAREDA, J. *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de Falência anotado*. En concreto, en el Capítulo II dedicado a *Providências de recuperação*. *Op. cit.* p. 189 a 315. Además, habrá de estarse con los estudios realizados por GONZALO LÓPEZ, V. «La nueva Ley concursal portuguesa». *Op. cit.* p. 617-626 argumenta que la nueva «Ley concursal portuguesa trata de conciliar los intereses de la empresa, de los trabajadores y de los acreedores (...) se reconoce expresamente que la finalidad básica no es ya la satisfacción de los acreedores, sino la recuperación de la empresa cuando exista posibilidad de reactivación, supone la superación del Derecho concursal tradicional y su sustitución por un nuevo Derecho de la crisis empresarial, que, en base a las más variadas técnicas y mecanismos incluiría

Estos medios⁴³ son: 1) el convenio, 2) el acuerdo de acreedores (reconstitución empresarial), 3) la reestructuración financiera y, por último, 4) la gestión controlada. Por otra parte, no se nos escapa que en este ordenamiento también existen otra serie de acciones y medidas de naturaleza administrativa⁴⁴ que tienden a posibilitar la finalidad descrita.

1.-El convenio

Se define como convenio al medio de recuperación consistente en simples reducciones o modificaciones de la totalidad o parte de las deudas, dichas modificaciones pueden limitarse a una simple moratoria (art. 66). Establece la Ley que, a falta de estipulación en contra, el convenio queda subordinado a la cláusula «salvo que viniere a mejor fortuna» que produce efectos durante diez años y que significa que la empresa queda obligada, cuando mejore su situación económica, a pagar proporcionalmente a los acreedores participantes en el convenio, sin perjuicio de los nuevos acreedores, que tienen preferencia sobre

todas las situaciones patológicas dentro del ámbito concursal». Igualmente, es de este parecer FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. «O âmbito de aplicação dos processos de recuperação da empresa e de falência: pressupostos objetivos e subjetivos». *Op. cit.* p. 387 y 388. En esta misma línea. LABAREDA, João. «Providências de Recuperação de empresas». *Op. cit.* p. 81 a 83.

⁴³ Para una mayor información véase CANDELARIO MACÍAS, I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. *La Empresa en crisis-Derecho actual*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. p. 141 a 148.

⁴⁴ La justificación de las medidas administrativas contenidas en la Resolución N° 100/96 (*Resolução do Conselho de Ministros N° 100/96*) viene dada por el agravamiento de las presiones competitivas en los mercados y la recesión económica vivida en Portugal durante el período de 1991 a 1994. Estas medidas se basan en la recuperación de las empresas dentro del cuadro claro de reforzamiento de los mecanismos de mercado, de modo que se tornen eficientes los procesos de viabilización, o de salida del mercado de las empresas en situación difícil. En estos términos el Consejo de Ministros aprobó: a) un cuadro de acciones dirigidas a la recuperación de empresas en situación financiera difícil, incluido el respectivo modelo de ejecución; b) crear un gabinete de recuperación de empresas para acompañar y coordinar las intervenciones previstas en el art.1; c) este gabinete de coordinación está compuesto por un representante del ministerio de economía, finanzas, justicia, agricultura, y otros; d) este gabinete funcionará de manera operativa no dependiente del Ministro de justicia. Estos puntos se recogen en *Diário da República-I. Série B. N° 153-4, 4 de julio de 1996, p. 1724* y también en *Diário da República-I Série-A. N° 143, 24 de junio de 1997 p. 3069* donde se contiene el *Decreto Ley N° 157/97* y se explica que «o desenvolvimento e a eficácia do quadro de acção baseiam-se em três pilares fundamentais: o reforço da capacidade empresarial, a melhoria de articulação entre sistema financeiro e as empresas e a intervenção rigorosa, coordenada e célere do Estado».

aquellos⁴⁵. En virtud de los convenios sometidos a esta cláusula, cualquiera de los acreedores participantes en el convenio puede, durante la vigencia de la cláusula, solicitar el pago del valor íntegro de las deudas que hayan sido rebajadas del convenio, alegando fundamentalmente que el deudor dispone de bienes suficientes al efecto (art. 67).

2.- El acuerdo de acreedores (reconstitución empresarial)

El art. 78 del Código dice que el acuerdo se conforma mediante «una o más sociedades destinadas a la explotación de uno o más establecimientos de la empresa deudora». En consecuencia, cabe realizar una interpretación amplia del tenor literal de este precepto, en la que se abrigan diversas hipótesis: desde constituir una única sociedad para la continuación de la actividad de empresa; hasta una sociedad para cada establecimiento, una sociedad para un sólo establecimiento, una sociedad para más de un establecimiento; en fin, varias sociedades, pudiendo alguna o algunas ser confiadas a la explotación de un único establecimiento. Lo que hay que dejar claro es que la actividad de la empresa puede ser plenamente continuada por una nueva sociedad, o puede igualmente suceder que la parte insolvente deje de ser explotada, mientras que la parte recuperable continúe con su actividad.

De lo que se colige que el acuerdo de acreedores como medio de recuperación de la empresa insolvente, presupone, por un lado, que los acreedores o alguno de ellos estén dispuestos a asumir tal responsabilidad y, por otro, que se extinga la persona jurídica titular de la empresa insolvente y, a tal efecto, se constituya una nueva sociedad con la participación de los acreedores que suscriben el acuerdo, así como de otros acreedores u otras personas que se unan al proyecto previa aprobación de la Junta (art. 78 y 80). Por todo ello, este acuerdo de acreedores deberá ser aprobado por la asamblea de acreedores en los términos expresados por el art. 81⁴⁶.

⁴⁵ El convenio consiste en una reducción o modificación de la totalidad o de parte de las deudas de la empresa, «pudiendo la modificación limitarse a una simple moratoria». Nada obsta, que se produzca la reducción y modificación de los créditos, y permitir la construcción de soluciones flexibles capaces de responder a las efectivas necesidades de las empresas insolventes.

Por otro lado, también parece posible el proceder a la extinción integral de algunos créditos, siempre que no supongan la frustración de uno de los fines del proceso de recuperación que es, como ya se ha dicho, la protección de los acreedores. Así, con el art.55 es posible que los acreedores procedan a través de una deliberación a la extinción de los créditos mediante la dación en pago o cesión de bienes.

⁴⁶ En el art.81 se regula la aprobación del contrato de sociedad. De tal manera se dispone que «el

3.-Reestructuración financiera

La reestructuración financiera fue reglamentada, por primera vez, por el Código conformado por el Decreto Ley 132/93, de 23 de abril⁴⁷. Concebida a partir de la reordenación y funcionalización de los medios recuperatorios, en concreto, el convenio y la gestión controlada. La reestructuración financiera se delimita como una medida de intervención en la empresa, realizable en un breve periodo de tiempo y con el fin específico de permitir la inmediata supremacía del activo sobre el pasivo. De ello derivará la creación de un fondo disponible positivo para superar la ruptura financiera que garantice la permanencia de la empresa.

4.-La gestión controlada

La gestión controlada fue una creación del Decreto Ley nº 177/86. Es la última de las modalidades que encontramos en la Ley que venimos comen-

contrato de sociedad es propuesto, valorado y votado en la reunión de la junta que aprueba la medida de acuerdo de los acreedores».

⁴⁷ a) Definición: la reestructuración financiera contiene todos los medios señalados en los arts. 87 y ss. del Código, que se resumen en «la adopción por los acreedores de una o más providencias destinadas a modificar la situación del pasivo de la empresa o alterar su capital, en términos que aseguren, por sí, la superioridad del activo sobre el pasivo y la existencia de un fondo disponible». Por tanto, la reestructuración financiera es un instituto consistente en la recuperación de la empresa deudora insolvente mediante la adopción por parte de los acreedores de medidas destinadas a modificar la situación del pasivo, tales como la reducción del valor de los créditos, el condicionamiento del reembolso de los créditos a las posibilidades del deudor, la dación en pago de los bienes de la empresa para la extinción total o parcial de sus deudas y la cesión de bienes a los acreedores o de medidas destinadas a modificar su capital, mediante el aumento de éste, la conversión de créditos en participaciones en el aumento del capital o la reducción del mismo. Tal recuperación económica debe de realizarse bajo la perspectiva de una serie de principios que deben cumplirse. Así, el art. 62 dispone la igualdad de los acreedores, art. 63 la conservación de los derechos de los acreedores contra terceros respecto de los derechos vinculados con garantías reales (art. 64), como también la posibilidad de creación de nuevos créditos privilegiados una vez abierto el proceso de recuperación de la empresa, entre otros.

b) Como se aprecia, todas las medidas anteriormente descritas contenidas del instrumento de la reestructuración no son novedosas. Muchas de ellas se incluyen en el contenido típico del convenio (la dación o cesión de bienes en pago de los créditos). Siendo, destacable las medidas que afectan al Derecho societario, en particular, las de aumento y reducción del capital.

c) Un buen estudio de este instituto desde una perspectiva laboral se recoge en NUNES DE CARVALHO, Antonio. «Reflexos laborais do Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência». Nº.4. Revista de Direito e de estudos Sociais, octubre-diciembre, 1995. p. 327 y ss.

tando. Esta medida se apoya en un plan de actuación global concertado entre los acreedores y ejecutado a través de una nueva administración con un régimen propio de control (art. 97)⁴⁸.

El propósito de la gestión controlada no pretende de ningún modo sustituir a la administración, sino que intenta desenvolverse en la adopción de un nuevo plano estratégico de la empresa deudora con el objetivo de reequilibrar financieramente a la misma, dándole las condiciones necesarias para superar la situación de insolvencia, de modo que pueda adoptarse la orientación comercial o industrial que sea más conveniente⁴⁹.

Conclusiones

La primera conclusión que se extrae del estudio se traduce en la tendencia de las últimas reformas del Derecho concursal a favor de la continuación de la actividad empresarial, esto es, recuperar el crédito para poder de este modo hacer efectivo el pago y una mejor satisfacción de los acreedores. La conservación se contempla así como una alternativa a la liquidación que viene propiciada por el tradicional procedimiento de quiebra.

⁴⁸ El art.97 define la gestión controlada como el medio que se apoya «en un plano de actuación global, concertado entre los acreedores y ejecutado por intermediación de una nueva administración, con un régimen propio de control».

Los tres elementos caracterizadores de la gestión controlada, a saber: primera, la definición de un plan global de intervención en la empresa, en que se contemplan las medidas a adoptar para salvar la empresa; segunda, la designación de una nueva administración, que afectará a la ejecución del plan aprobado; tercera, la designación de un órgano fiscalizador, cuya principal función será controlar el adecuado cumplimiento del plan por la administración designada. La principal novedad respecto al Derecho anterior reside en la nueva perspectiva con la que se configura la providencia en cuanto medio de intervención global de la empresa.

⁴⁹ La aplicación de la gestión controlada por la Ley de 1986 era manifiestamente desajustada a las necesidades, manteniendo una situación artificial de control de la gestión por parte de los controladores y gestores. Por otro lado, las providencias necesarias en el reequilibrio de la empresa traspasan muchos de los límites de un mero acuerdo, por lo que el recurso a esta figura tradicional era suficiente pero no adecuado. Se optó por crear un nuevo medio de recuperación cuyo objetivo no sería tanto la reorganización interna de los factores de producción y la reconversión de la actividad de la empresa, sino actuar mediante la consecución de un equilibrio financiero mínimo, a través de la obtención de una situación líquida positiva. Finalmente, queda así claramente prohibidos los falsos saneamientos financieros, en que el sacrificio deliberado por la asamblea de los acreedores se traduce en el sacrificio de algunos acreedores sin que resulte mínimamente un reequilibrio. Reflexiones sobre estos aspectos se encuentran en ROBIN DE ANDRADE, José. «Reestruturação Financeira e Gestão controlada como Providências de Recuperação». N° 27. Revista da Banca, julio-septiembre, 1993, p. 80 y 81.

Ahora bien, -como segunda conclusión-, cabe apuntar que lo dicho no significa *conservar por conservar*, es decir, la empresa ha de ser económica y financieramente viable. En consecuencia, se demuestra que esta solución de conservación ha de ser adoptada por los acreedores. Sus decisiones van a ser el marco que posibilite tal opción de conservar frente a la liquidación. Ello implica una *privatización* del Derecho concursal, ya que hemos asistido en épocas pasadas a la conservación de la empresa, sí; pero a través de la intervención estatal. En estos momentos, son los acreedores quienes deciden. Así pues, el propósito buscado por las normativas comentadas es digno de elogio al impulsar la participación de los acreedores en la reorganización de la empresa. En apoyo de este planteamiento cabe afirmar que, en primer lugar, se han tipificado una serie de medios o procedimientos destinados a la conservación de la empresa. Esta lista de medios debe permitir a los acreedores elegir sobre los mismos y, realizada la elección tras las oportunas deliberaciones puedan decidir la más conveniente al supuesto de hecho concreto. En segundo lugar, siempre son los acreedores los que mejor van a conocer de la situación de la empresa, en concreto, cuando se trata de los trabajadores. Efectivamente, por un lado, es necesario el crédito para la financiación y continuidad de la empresa y, de otro lado, el consenso de los mismos es la mejor vía para dar una solución a la situación de insolvencia.

Finalmente, como corolario de todo lo comentado, la actuación de los acreedores se lleva a efecto mediante soluciones consensuadas. Se supera de esta manera el convenio o concordato. Para pasar, ahora, a tener como punto de referencia el plan que permite de mejor modo el poder articular las diversas acciones y medidas de gestión empresarial en sus diversas vertientes: comercialización, estrategia, marketing, financieras, entre otras; todas ellas necesarias para poder viabilizar de manera eficaz la conservación de la empresa. Para tal propósito baste observar como en las normativas analizadas -como mínimo- se establece un contenido que desborda -con mucho- lo que se contemplaban en los convenios clásicos por todos conocidos.