

LIMITES DA AUTONOMIA DOS CREDORES NA RECUPERAÇÃO DA EMPRESA INSOLVENTE*

M. Perestrelo de Oliveira

Coimbra, Almedina, 2013, 116 pp.

El Código de Insolvencia y de Recuperación de Empresas de Portugal (en adelante, CIRE-Decreto-Ley 53/2004, de 18 de marzo) entró en vigor el 15 de septiembre de 2004 (la Ley Concursal española entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año). El Derecho Concursal portugués se inspiró, como indica la profesora PERESTRELO, en la *Insolvenzordnung* alemana. La reforma más importante se produce con la Ley 16/2012, de 20 de abril, que es consecuencia del Memorando celebrado entre Portugal y el Banco Central Europeo (BCE), la Comisión Europea (CE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) en 2011, que preveía expresamente la reforma del Derecho Concursal portugués. Por tanto, la modernización del Derecho Concursal ha sido una exigencia de la *Troika* (sobre las consecuencias jurídicas, financieras y sociales de la *Troika* en Portugal *vid* PAZ FERREIRA, E. (coord.), *Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos* (Almedina), Lisboa, 2013); hay que valorar positivamente el esfuerzo que ha realizado el legislador portugués para adaptar el sistema concursal a los cambios exigidos. El libro de la profesora PERESTRELO se divide en tres capítulos: el primero, es una introducción sobre el principio de autonomía de los acreedores en el concurso; el segundo trata sobre los deberes fiduciarios de los participantes en el concurso, y el tercero analiza los deberes entre los acreedores para solucionar problemas concretos en el concurso. Por último, recoge una cuidada jurisprudencia alemana y norteamericana, y bibliografía alemana y española. Las referencias a los citados ordenamientos jurídicos son constantes.

La profesora PERESTRELO indica que las novedades más importantes introducidas en 2012 son:

(i) El objetivo del CIRE es la recuperación y conservación de la empresa frente a la liquidación (a diferencia de lo establecido en 2004); el CIRE establece que la finalidad es la satisfacción de los acreedores, basada normalmente en la recuperación de la empresa y, si no fuera posible, en la liquidación del patrimonio del deudor insolvente y el reparto entre los acreedores (artículo 1). Es un cambio muy relevante en la mentalidad del legislador portugués, en consonancia con el Derecho Concursal español como recoge la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (y con el Derecho Comunitario como se refleja en la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial).

(ii) El plazo para la solicitud del concurso por el deudor se reduce de sesenta a treinta días desde que conoce o debe conocer el estado de insolvencia (artículo 18 CIRE; en España el plazo es de dos meses, y solo en pocas ocasiones se solicita el concurso en ese plazo porque el deudor español lo solicita muchos meses después de encontrarse en estado de insolvencia actual). La reducción a treinta días para la solicitud del concurso por el deudor ha sido muy criticada por la doctrina portuguesa. En caso de que no lo haga se puede calificar el concurso como culpable.

(iii) La introducción del Proceso Especial de Recuperación (en adelante, PER, artículos 17-A y ss. CIRE). El PER es un mecanismo preconcursal de recuperación del deudor en el caso de situación económica difícil o insolvencia inminente. Se encuentra en situación de insolvencia el deudor que no pueda cumplir sus obligaciones exigibles. El CIRE distingue también entre insolvencia actual e inminente. Para poder acogerse al PER es necesario que el deudor se encuentre en una

* La reseña se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Las entidades de crédito en caso de concurso de acreedores en Portugal vs. España-Iberoamérica Jóvenes Profesores e Investigadores del Grupo Santander 2013» durante la estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa (Portugal).

situación económica difícil o estar en insolvencia inminente. No es un medio alternativo al concurso porque solo cabe en caso de insolvencia inminente, no actual. Por «*situación económica difícil*» se entiende el deudor que tiene serias dificultades para cumplir puntualmente sus obligaciones, por falta de liquidez o por no conseguir crédito; se entiende que el deudor se encuentra en «*insolvencia inminente*» cuando prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones exigibles en el corto plazo (es un concepto de Derecho alemán *drohende Zahlungsunfähigkeit* que también se incorporó a la Ley Concursal española). El PER permite al deudor negociar con sus acreedores dentro de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes y la ley, con respeto a los principios de transparencia y buena fe. El plazo para concluir las negociaciones entre el deudor y los acreedores es de dos meses, y puede ser prorrogado un mes. Los pasos seguidos durante el PER se publican en el portal CITIUS (www.citius.mj.pt-Ministerio de Justicia). El juez debe homologar el plan de recuperación. Una vez concluido, el deudor no podrá recurrir al PER en los dos años siguientes. Por último, el *fresh money*, es decir, la financiación concedida al deudor para que pueda desarrollar su actividad (esencial para los bancos), será calificado como privilegio mobiliario general, por encima del privilegio concedido a los trabajadores; además los negocios jurídicos celebrados durante el PER no podrán ser objeto de rescisión (el plazo para que se puedan ejercer las acciones de rescisión ha pasado de cuatro años antes de la declaración del concurso a dos; también en línea con la Ley Concursal española). Por último, la profesora PERESTRELO critica los excesivos privilegios tributarios, y cita una famosa y satírica propuesta de OBERMÜLLER cuando dice que el § 1 *InsO* alemana debería decir «*El concurso de acreedores tiene como objetivo la satisfacción del Fisco a costa de los acreedores*». En definitiva, la valoración que hace sobre el PER es muy positiva.

(iv) El concurso se califica como culpable o fortuito. Antes de la reforma de 2012, el juez siempre abría la pieza de calificación. Sin embargo, tras la reforma solo la abre si dispone de indicios sólidos que justifiquen su apertura. El concurso se califica como culpable si en la generación o agravación del estado de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave del deudor o de los administradores, de hecho o de

derecho, de los últimos tres años (en España el plazo se reduce a dos años). En la sentencia de calificación del concurso como culpable se condena a las personas afectadas por dicha calificación a indemnizar a los acreedores a pagarles con sus respectivos patrimonios, siendo solidaria la responsabilidad entre ellos (es la responsabilidad por déficit, ya recogida en la Ley Concursal española); es un acierto del legislador portugués. La horquilla de la inhabilitación como administradores se mantiene de dos a diez años, en lugar de los dos a quince años de la Ley Concursal española.

Por último, la profesora PERESTRELO valora positivamente, por un lado, el Decreto-Ley 178/2012, de 3 de agosto que introduce el Sistema de Recuperación de Empresas vía Extrajudicial (SIREVE-www.sireve.iapmei.pt) que deroga el Procedimiento Extrajudicial de Conciliación (PEC) previsto en el Decreto-Ley 316/1998, de 20 de octubre. El Instituto de Apoyo a las Pequeñas y Medianas Empresas y a la Innovación (IAPMEI) juega un papel muy relevante en el SIREVE (precisamente se debe pagar una tasa a este Instituto: para las microempresas (con menos de diez trabajadores y un volumen anual de negocios que no exceda de dos millones de euros): 260 euros; para las pequeñas y medianas empresas (entre cincuenta y doscientos cincuenta trabajadores y un volumen anual de negocios entre diez y cincuenta millones): 500 euros, y para las grandes empresas (que superen los límites anteriores): 1.500 euros. Por otro, el Decreto-Ley 211-A/2008, de 3 de noviembre, que elevó de 25.000 a 100.000 euros la cobertura del Fondo de Garantía de Depósitos (en España pasó de 20.000 a también 100.000 euros en 2008, lo que es positivo, aunque sin trascendencia práctica porque no hay entidades de crédito en concurso de acreedores).

En definitiva, estamos ante una obra de referencia en el Derecho Concursal portugués que recoge los cambios exigidos por la *Troika* para modernizarlo, y estar en consonancia con los ordenamientos jurídicos más avanzados de la Unión Europa que tienen como objetivo la conservación de la empresa frente a la liquidación.

Guillermo VELASCO