

EL NUEVO PROYECTO BRASILEÑO DE RECUPERACIÓN DE LA EMPRESA

PAULO PENALVA SANTOS

“Por lo que se refiere a quiebra no hay previsiones legislativas que basten ni reformas que mucho duren. Por una parte, la extremada movilidad y susceptibilidad del crédito -cuya seguridad la ley de quiebra se propone tutelar- desorientan y menoscaban a las más completas y adecuadas providencias y obligan a que la instancia legislativa siga, en sus constantes transformaciones, a los caprichosos movimientos de ese maravilloso Proteo. Por otra parte, la astucia de los intereses penetra y desconcierta a las más finas telas de la urdidura legislativa, y el dolo y el fraude, tantas veces auxiliados por la dejadez o complacencia de los mismos ejecutores de la Ley, *“a poco que se les deje, hacen del descrédito de ésta el pedestal de sus triunfos”* (Exposición de Motivos del 26 de julio de 1889 del Ministro de Justicia, Consejero Borges Cabral al presentar al Rey de Portugal el Código de Quiebras).

1. INTRODUCCIÓN

Elaborar una ley de quiebras siempre fue una labor ardua - recordaba Carvalho de Mendonça-, pues en sistemas como esos todos prueban algún tipo de perjuicio, siendo que “la sabiduría consiste no

en impedir sacrificios inevitables y sí más bien en medirlos y coordinarlos".¹

En el campo del Derecho de Quiebras, una de las mayores preocupaciones de los juristas siempre fue la de abrir camino a los medios para evitar la quiebra. Esas formas preventivas probaron varios sistemas, pero siempre bajo la óptica estrecha de los intereses del deudor o de los acreedores.²

Fue solamente a partir de las últimas décadas cuando se llegó a la conclusión de que era importante adoptar el procedimiento de reorganización de la empresa -distinto de los modelos hasta entonces existentes- para evitar su desaparición cuando hubiera un interés social relevante.

Además de las gigantescas dificultades en la elaboración de leyes aplicables a la quiebra -ya que ellas se desgastan rápidamente con el fraude- en el caso de recuperación de empresas el trabajo es aún mayor, pues la experiencia ya ha demostrado que una norma que permite la aplicación generalizada del principio de la conservación de la empresa puede en realidad aumentar los costos sociales que se pretende evitar, al revés de disminuirlos.

Cualquier Proyecto que ignore esa realidad, transformando la recuperación de la empresa en una panacea, provocará clamores generales contra esa ley, llevando el descrédito a un instrumento de esa importancia para el Derecho Concursal.

Desafortunadamente, el Proyecto de Ley de N° 4.376/93 -a pesar de la enmienda Global del Diputado Luis Roberto Pontes- es bastante ingenuo, pues al desprestigiar esa experiencia histórica, estará siendo condenado a revivirla.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS LEYES DE QUIEBRA

Como ya se ha subrayado, tal como está redactado, el Proyecto corre el grave riesgo de desmoralizar a un instrumento tan importante como el de la recuperación económica de la empresa, ya que fracasaron todos los modelos que permitieron su **aplicación indiscriminada** sin que hubiera, por lo menos, un criterio objetivo para identificar a una empresa como recuperable.

Sin embargo, antes de analizar el instituto de la recuperación, hay que tener presentes algunas lecciones oriundas de las legislaciones

¹ TRATADO DE DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO Vol. VII p. 57 Ed. Freitas Bastos (1946).

² FABIO KONDER COMPARATO in ASPECTOS JURÍDICOS DA MACRO-EMPRESA ed. RT 1970 p. 98.

anteriores, cuyos errores desafortunadamente se están repitiendo en el Proyecto.

Inicialmente, el Código Comercial de 1850 instituyó un trámite de quiebra lento y complicado, que conllevaba siempre la ruina del deudor y el sacrificio de sus acreedores.

Eso se debió a varios factores, pero principalmente por la excesiva importancia dada a los intereses de los acreedores.

Los juristas también criticaban el Código Comercial por conceder demasiada autonomía a los acreedores en la organización de la quiebra, restando al juez únicamente el papel de homologar las decisiones de los acreedores tomadas en las asambleas generales. En este sentido, el artículo 898 del C. Comercial condicionaba la concesión de la moratoria al asentimiento de dos tercios de los acreedores quirografarios, con amplia libertad para incluso decidir acerca de la declaración de quiebra.

Nótese que la supremacía del interés de los acreedores fue seguramente una de las causas del fracaso del Decreto 917 de 1890, denominado Ley Carlos de Carvalho.

En realidad, éste es uno de los puntos más delicados en situaciones de quiebra. Como ya se ha dicho con anterioridad, un procedimiento elaborado para atender al interés primordial de los acreedores o del deudor (que no se confunden necesariamente con el interés social) puede conllevar a una grave distorsión.

Por una parte, ya no es posible mantener un trámite de quiebras como el actual, que la trata como una simple cuestión patrimonial derivada de la mala utilización del crédito. Y por si fuera poco, por ser el concordato también un mero favor legal, donde el interés de los acreedores y de lo social son irrelevantes. Pero por otra parte, no se puede despreciar la experiencia que demuestra el daño causado por la excesiva importancia de los intereses de los acreedores o incluso de los del mismo deudor.

Como ya decía Paulo Maria de Lacerda, no es ese el papel de los acreedores en la quiebra.³ En la quiebra o en cualquier otro trámite preventivo, la función del acreedor es únicamente la de minimizar el mal que se le ha venido encima.

Esa misma lección nos la da la doctrina moderna, como bien destaca el Profesor **Jean Paillusseau**, al observar lo siguiente: "Si une entreprise n'est pas viable et qu'elle est maintenue artificiellement en vie, qui va financer son existence? Les créanciers? Ce n'est pas leur rôle, et il faut soigneusement éviter de leur transmettre la maladie."⁴

³ DA FALÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO Cía. Ed. Nacional 1931 p. 9.

⁴ L'Ouverture du Règlement Judiciaire p. 17 in L'ENJEU DU NOUVEAU DROIT DES FAI-

La quiebra, el concordato, la recuperación de la empresa, etc. son instrumentos que entrañan la función de lidiar con patrimonios perjudicados, no solo de los acreedores sino que también del deudor. Lejos de suponer beneficios, esos procedimientos suponen pérdidas y daños para ambas partes.

No sería razonable exigir de un acreedor que deje crecer su perjuicio en nombre de un interés social relevante, ya que su papel - como no podría dejar de serlo - es el de preservar el importante instituto del crédito, esencial en cualquier economía.

Es fundamental subrayar la consagrada lección del Profesor Fábio Konder Comparato, al señalar que la solución jurídica de la insolvencia de las empresas que entrañan importante interés social no se debe hacer en función del exclusivo interés de sus acreedores.⁵

Interés social no significa proteger el lucro, que es el único interés a ser preservado desde el punto de vista de los acreedores. Por poner un ejemplo: en reciente concordato preventivo que se tramitó en la ciudad de São Paulo y posteriormente transformado en quiebra, el mayor acreedor era un banco que tuvo mitad de su beneficio neto del ejercicio incluido en el pasivo quirografario. Se pregunta: ¿Sería razonable exigir de ese acreedor un sacrificio aún mayor para privilegiar un eventual interés social? Ciertamente que no.

Hay que recordar que varios sistemas concursales no consagran la distinción entre empresa de interés social y de interés privado, como es el caso de la ley estadounidense, en la cual prevalece exclusivamente el interés de los acreedores.⁶ Tal como se demostrará a continuación, el interés social no significa el interés de los acreedores o del deudor, que en realidad son los únicos parámetros adoptados por el Proyecto.

3. LA OBSOLESCENCIA DEL ACTUAL MODELO

El Derecho de Quiebras siempre se caracterizó por lo que el Profesor **Fábio Konder Comparato** denominó dualismo pendular. Las leyes brasileñas un momento destacaban la protección de los intereses de los acreedores y al momento siguiente los intereses del deudor, sin que hubiera cualquier preocupación con algún eventual interés social de la empresa que tuviera que ser preservado.⁷

LLITES. Colloque du 17 mai 1984. LITEC DROIT 1985.

⁵ DIREITO EMPRESARIAL- ESTUDOS E PARECERES. Saraiva 1990 p. 16.

⁶ FÁBIO KONDER COMPARATO. DIREITO EMPRESARIAL- ESTUDOS E PARECERES p. 14.

⁷ ASPECTOS JURÍDICOS DA MACRO EMPRESA. Ed. RT 1970 p. 102.

Así siendo, desde el Código de 1850 hasta el actual DL de N° 7.661/45, la quiebra fue únicamente una cuestión patrimonial, según la cual los acreedores dividirían entre sí el patrimonio del deudor.

La doctrina viene hace ya bastantes años llamando la atención acerca de la inconveniencia de mantenerse un derecho de quiebra centrado únicamente en la posición tradicional de árbitro de la función anormal del crédito y aboga por adoptarse un sistema que preservara el interés social de los bienes de producción, previsto en la Constitución de la República.⁸

Sin embargo, lo que se ve es que ese nuevo derecho no puede ser utilizado sin ningún tipo de restricción, tal como propone el Proyecto, ya que su aplicación sólo sería oportuna cuando los costos sociales con la conservación de la empresa fueran más bajos que los derivados de su liquidación.

4. EL CONCEPTO DE EMPRESA RECUPERABLE

Les solutions qui se dégagent aujourd'hui sont très novatrices. Elles mettent, très heureusement, au premier plan les considérations économiques. Le sauvetage d'une entreprise est, en effet, un problème de management plus qu'un problème juridique. J.Paillusseau.

La reforma de la Ley de Quiebras debe obligatoriamente ser precedida de un estudio económico, ya que sería ingenuo pretender legislar acerca del tema a partir de criterios exclusivamente jurídicos, considerando que el concepto de empresa viable es un concepto económico.

Un sistema concursal que pretenda poner en práctica el principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo indiscriminado de conservación de cualquier empresa. El derecho moderno no puede despreciar la cuestión fundamental de saber en cuáles casos las empresas deben desaparecer y en cuáles deben ser conservadas.

Esta cuestión, que el nuevo derecho no puede resolver mediante el establecimiento de un criterio rígido de selección, requiere al menos la elaboración de un estándar de empresa recuperable, que contenga las condiciones mínimas compatibles con el interés social que se pretende conservar.

⁸ Además de los trabajos ya mencionados del Profesor FÁBIO KONDER COMPARATO, se pueden leer, con mucho provecho, RUBENS REQUIÃO (ASPECTOS MODERNOS DO DIREITO COMERCIAL, Saraiva p. 115) y NELSON ABRÃO (O NOVO DIREITO FALIMENTAR, RT, 1985).

En realidad, el derecho concursal debe ser un marco legal que permita, con los menores costos sociales posibles, la reestructuración o la desaparición de empresas ineficaces, con el consecuente desplazamiento de los factores de producción para áreas de mejor rentabilidad. Para cada una de esas hipótesis, la ley debe establecer la eliminación o la conservación de la empresa.

Es fundamental que en la adopción de un plan de reorganización, los costos con la conservación de la empresa sean inferiores a los costos con su liquidación. No cabe duda de que la aplicación indiscriminada del principio de la conservación de la empresa puede significar un aumento de los costos sociales, en vez de bajarlos.

La reorganización de la empresa no es una panacea como imagina el Proyecto, ya que este instituto se aplica únicamente a un porcentaje pequeño de las empresas en dificultades. Nada puede ser más dañino al interés público que la supervivencia de empresas ineficaces, que inevitablemente se mantendrán con subsidios públicos. Ni acaso el interés exclusivo de los empleados puede prevalecer en perjuicio de los contribuyentes -que pagan las subvenciones- y del conjunto de la sociedad, que sufre las consecuencias de la baja productividad y de la ineficacia de esas empresas.

La doctrina extranjera destaca que la conservación de la empresa en situación de crisis únicamente puede ser una solución correcta si los costos con su conservación son más bajos que los de su liquidación.⁹ Así siendo, la aplicación del principio de la recuperación no es la única manera para modernizar el derecho concursal, sino que más bien, en la mayor parte de los casos, se puede obtener más eficacia a través de un trámite de liquidación eficiente.

Francisco Cabrillo, en magnífico análisis económico del derecho concursal español, alerta para el hecho de que entre los costos con la conservación de una empresa ineficaz se destaca el de la baja productividad de los factores de producción en ella empleados. En ese sentido, sería peligroso elaborar una ley que facilitara "urbi et orbe" la conservación de empresas en momentos de crisis, sin considerar el costo con su mantenimiento. Sería, por ejemplo, un error grave decidir por el mantenimiento de empresas ineficaces únicamente para evitar el desempleo, ya que el resultado final de esa política dificultaría aún más la creación de empresas eficientes.¹⁰

Estudios realizados en base al derecho estadounidense también demuestran un elevado índice de error en las decisiones judiciales

⁹ FRANCISCO CABRILLO. QUIEBRA Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS ed. Unión Editorial 1889 ps. 140/141.

¹⁰ Ob. Cit. p. 39.

acerca de la viabilidad económica de las empresas, ya que la tendencia de los acreedores y del juez es la de menoscabar los riesgos de fracaso, por las razones ya mencionadas. El resultado desastroso constatado por **Thomas Jackson** revela que gran parte de las empresas estadounidenses reorganizadas al tenor de la ley y que fueron consideradas factibles judicialmente, duraron muy poco en el mercado. Eso sin considerar el elevado porcentaje de empresas que siquiera consiguieron cumplir con los planes de recuperación aprobados por los acreedores y por el juez, tal como sucedió con PanAm.¹¹

Cuando acaece la quiebra no es difícil identificar los costos de un trámite de liquidación, pero los que conllevan el mantenimiento de una empresa en dificultad sí que son difíciles de constatar.

Son en la realidad costos que para la sociedad suponen la consecuencia de recursos productivos mal empleados, dando origen a una reducción de la renta nacional y por ende, del bienestar social. Exactamente por ser difícil identificarlo, este costo tiende a ser subvalorado en los trámites de reorganización. El resultado obvio es que la conservación de esas empresas acaba siendo contraria al verdadero interés social que se pretende conservar.

En Francia, en la discusión parlamentaria de los proyectos de leyes respecto al tema, siempre se destacó con todas las letras que la recuperación se tendría que atener a las empresas factibles. A las demás no les quedaría más solución que el cierre.

Pailluseau recuerda que es sumamente importante que así sea, ya que lo contrario, mantenerla artificialmente en funcionamiento, conlleva a preguntarse sobre quién va a financiar su existencia. El profesor de la Universidad de Rennes pregunta: ¿Serán los acreedores? No, no es éste su papel. ¿Los accionistas? Es muy posible que no puedan aportar más capital, porque si no, ya lo habrían puesto. ¿El Estado, es decir, el contribuyente? Puede que sí, pero seguramente a cuenta del bienestar social.¹²

Las empresas que se mantuvieron artificialmente, divorciadas de su realidad económica, tuvieron que aguantar incluso a ver como, poco a poco, se iban sus empleados, desilusionados por su futuro. Es evidente que la noción de viabilidad no se resume únicamente a un análisis financiero, pero es igualmente correcto afirmar que una empresa no puede ser considerada viable si no tiene independencia financiera de modo permanente y sin que haya alcanzado su independencia

¹¹ THE LOGIC AND LIMITS OS BANKRUPTCY LAW. Harvard University Press 1986 P. 218/224.

¹² Ob. Cit. p. 17.

económica.¹³

Resumiendo los elementos que identifican a la empresa recuperable económicamente, **Paillusseau** concluye que en ese concepto debe ser considerada únicamente la que puede remunerar normalmente a los capitales que a ella se han asignado. A consecuencia, si la empresa no es capaz de remunerar el capital en ella empleado, una fuente esencial de su financiación desaparece. En este escenario, no es difícil suponer que la empresa acabaría por ser subvencionada por el Poder Público, cuyos inconvenientes saltan a la vista.¹⁴

Naturalmente, el análisis de su viabilidad no debe limitarse a un análisis puramente financiero de la empresa. Este estudio no tendría sentido sin un contexto global, considerando las reales perspectivas de rentabilidad de la empresa. Resumidamente, su viabilidad dependería de la respuesta a las siguientes preguntas concebidas por el profesor **Paillusseau**: ¿Cuál es su importancia respecto a la competencia? ¿Cuánto valen sus productos y servicios en el mercado? ¿Qué calidad tiene su organización productiva? ¿Cuáles son las inversiones que deben hacerse? Las respuestas a estas y otras preguntas serán las que permitirán por lo menos idear un parámetro capaz de establecer si la empresa en cuestión es o no viable.¹⁵

Así siendo, cualquier plan de recuperación económica debe primero anteponer a cualquier otra cosa la identificación de las condiciones económicas y financieras para su viabilidad, sin dejar de verificar si de hecho ellas pueden ser alcanzadas.

El Legislador Portugués, en la Exposición de Motivos del Dec. Ley de N° 132/93, muy acertadamente señaló que “los programas de recuperación económica de la empresa no son sufragios de caridad evangélica aplicados a los que de ella dependen, porque no es en esa vertiente de la vida social donde la caridad encuentra su propio lugar. Es únicamente la **real viabilidad** económica de la empresa en dificultad la que puede legitimar -especialmente en una economía de mercado como la que hoy vigora en el espacio comunitario europeo- el cercenamiento de la reacción legal de aquellos cuyos derechos fueron violados.”

Llegados a este punto, cabe indagar: ¿El legislador tuvo presente esa preocupación? ¿El Proyecto fue precedido de un estudio económico, a ejemplo del modelo francés?

¹³ PAILLUSSEAU, Ob. Cit. ps. 17/20.

¹⁴ Ob. Cit. ps. 18/19.

¹⁵ Ob. Cit. p. 19.

5. LA REFORMA DEBE SER AMPLIA

Modernizar el derecho concursal presupone mucho más que introducir un instrumento como el de la recuperación de la empresa.

En primer lugar, hay que decir que medianas y hasta grandes empresas se sirven del concordato o de la quiebra como solución cómoda, por falta de una legislación eficiente capaz de reprimir el abuso del poder económico. En Brasil, el sistema constitucional económico acoge principios del estado liberal, que consagran el privilegio de la libre iniciativa.

Para demostrar la importancia de ese principio, merece la pena subrayar que el examen del tema debe empezar por su enlace con el principio fundamental del Estado (art. 1, IV) que fundamenta la libre iniciativa, pasando por el aspecto de principio general del orden económico (artículo 170 IV) -que también consagra la libre iniciativa-, hasta alcanzar, como subsidiario, el rango de principio sectorial del abandono de la posición económica privilegiada ejercida por el Estado (art. 173 párrafo 3). La justicia social es el objetivo del orden económico (art. 170). Para alcanzarla, la Constitución de la República estableció como uno de sus principios básicos el de la libre competencia.

Empero, la libre competencia existe dentro de un contexto donde es tan solo un medio para alcanzar el fin (justicia social). Aunque la libre competencia es un principio constitucional, no puede ser concebida de manera antisocial, propugnando únicamente por el beneficio del empresario y el aumento de su mercado a costa de los demás competidores.

Para que sea fielmente observado, el principio de la libre competencia depende de mecanismos que tienen que ser creados por el Estado para protegerla de su exacerbación, es decir, del abuso del poder económico. La libre iniciativa no es absoluta, siendo por ejemplo intolerable una concentración económica de determinado grupo que llegue al punto de impedir la iniciativa de otros.

En acuerdo al párrafo 4º del artículo 173, el abuso del poder económico es caracterizado por la dominación de los mercados, por la eliminación de la competencia y por el aumento arbitrario de los beneficios. El abuso se puede dar por tan solo uno de esos elementos.¹⁶ Se percibe que el comportamiento de carteles, interfiriendo en la libre iniciativa, puede claramente provocar la desaparición de varias empre-

¹⁶ FÁBIO KONDER COMPARATO in O PODER DE CONTROLE NA SOCIEDADE ANÔNIMA, FORENSE, 1984PP. 78 y sigs. En ese mismo sentido, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES UERREIRO in "FORMAS DE ABUSO DO PODER ECONÓMICO" Revista de Direito Econômico do CADE Nova fase n. 3 p. 49. 1986.

sas productivas.

Es fundamental la existencia de una legislación infraconstitucional que discipline la actuación de todos los agentes económicos, de modo a impedir las hipótesis ventiladas en el párrafo 4º. del art. 173. Además de ello, conviene crear un mecanismo estatal eficiente que pueda castigar de forma ejemplar cualquiera de las modalidades del abuso del poder económico.

Para que este ente gubernamental pueda cumplir cabalmente sus funciones, es importante que se le dote de poder inhibitorio, para que de modo preventivo, pueda paralizar las etapas que alimentan el abuso del poder económico, so pena de enfrentarse únicamente con hechos consumados.

Pero para cohibir las prácticas desleales que impiden la pulverización de la oferta, no basta sólo con fiscalizar el mercado; es necesario fomentar la pequeña y mediana empresa en lo que ella tiene de mejor, estimulando sus ventajas competitivas. Desafortunadamente, en muchos casos el mal ejemplo venía del propio Poder Ejecutivo, que cambiaba el desarrollo de actividades y empresas, estableciendo reservas de mercado, homologando selectivamente para el acceso a financiaciones e incentivos fiscales, lo que en realidad servía solo para eliminar la competencia.

Además de ello, hay que haber también un procedimiento de integración entre el derecho concursal y las demás ramas del derecho, al efecto de impedir casos como los que suceden en la legislación tributaria, que permiten que determinados créditos no se sujeten al procedimiento concursal.

En la reorganización, cualquier hipótesis que permita el cobro de determinados créditos debe ser prohibida, tal como sucede en el derecho brasileño a través de artificios jurídicos -además, de dudosa constitucionalidad-, como es el caso del reintegro que las instituciones financieras tienen por el adelanto del contrato de cambio en operaciones de importación/exportación. Del mismo modo, no son coherentes con el nuevo sistema mecanismos como la acción de reintegro en los casos de contratos de leasing y de alienación fiduciaria, que permiten que algunos créditos puedan ser excluidos del trámite de reorganización.

En este sentido, la lección del legislador portugués es muy oportuna, al acabar con privilegios injustos, principalmente de hacienda, que no se sometía a ningún reglamento de quiebra o de concordato. Hay que señalar que incluso el privilegio que se conceda a los acreedores laborales no permite concluir que estos acreedores puedan actuar aisladamente, o incluso vender separadamente algunos bienes

del deudor, como sucede en la ley española.¹⁷

Finalmente, merece la pena señalar que el Poder Judicial debe estar mejor estructurado para decidir acerca de esta cuestión. Para evitar la larga duración de los trámites de quiebra, es necesario que se amplíen los recursos que el Estado pueda dedicar a la administración de la Justicia.

En trámite de reorganización, es fundamental subrayar la eficiencia de la organización judicial para que el procedimiento se desarrolle en las condiciones previstas por el legislador. Sucede con frecuencia que la ley de quiebra, a pesar de técnicamente correcta, no alcanza su objetivo por la tardanza de los trámites, que se arrastran por varios años. Es importante verificar cómo terminan los trámites de quiebra y entonces identificar si las causas del fracaso están en la esencia de la propia ley o en los trámites de su aplicación.

Los hechos comprueban que únicamente una parte pequeña de las empresas en dificultad recorre a un procedimiento concursal. Es decir, hay una indicación clara de que el mercado busca otras soluciones además de las previstas en las normas concursales, lo que ya es suficiente para justificar una reforma profunda de la ley. Sin embargo, parte de este fracaso deviene de la falta de estructura del Poder Judicial para resolver rápidamente tales cuestiones. Tal como sucede en Francia, se impone la creación de una Justicia especializada en Derecho de Quiebras, lo que se supedita incluso al grado de especialización que la aplicación de la ley pueda demandar.

6. OTRAS FALLAS GRAVES DEL PROYECTO DE LEY DE N° 4.376/93

Una vez realizado este abordaje teórico, podemos ahora analizar el caso concreto.

El Proyecto original de 1993, encaminado al Poder Legislativo, cuidaba de tres instrumentos, que eran la quiebra (denominada liquidación judicial), el concordato preventivo y la recuperación de la empresa.

A partir del Sustitutivo presentado por el relator Diputado Osvaldo Biolchi, el concordato preventivo fue suprimido del texto, con lo que el Proyecto pasó a regular únicamente la recuperación y la liquidación judicial. La Enmienda Global del Diputado Luis Roberto Pontes también mantuvo esa misma orientación del Sustitutivo en

¹⁷ FRANCISCO CABRILLO, ob. cit. p. 17.

excluir el concordato del sistema legal.

Naturalmente, bastaba comparar las observaciones generales respecto al concepto de empresa recuperable con el Proyecto para concluir por su inutilidad.

Pero la existencia de otros errores graves no pueden pasar desapercibidos.

Por lo que se refiere al aspecto formal, hay que destacar que la falta de técnica es abrumadora.

Primero, cambiar los nombres de los instrumentos inútilmente sirve únicamente para crear una confusión absolutamente innecesaria, como sucede con el concepto de "masa de la quiebra" que pasa a ser "masa en liquidación", sin cualquier justificativa.

También no hay razón para que la quiebra se llame "liquidación judicial", ya que en realidad la liquidación es únicamente una de las etapas de la propia quiebra. Además, no toda liquidación judicial es sinónimo de quiebra. Por poner un ejemplo, la Ley de Sociedades por Acciones, en su artículo 206, II, cuida de tres hipótesis de liquidación judicial, siendo que solo una es de quiebra.

Otro ejemplo impresionante es la consagrada expresión "declaración de quiebra" que se cambió para "declaración de no viabilidad económica y financiera", a pesar de tener como principal causa el tradicional concepto de impuntualidad, que no se presta para demostrar el fracaso económico de la empresa.

En la impuntualidad, la ley sencillamente presume que el deudor está insolvente, por el simple incumplimiento de la obligación de pagar en su día la deuda clara y cierta constante del título de ejecución, siendo irrelevante el examen del aspecto económico de la empresa. La incoherencia entre el instrumento de la impuntualidad y el fin pretendido (prueba de la no viabilidad económica) es absoluta.

Además, se nota que el criterio excesivamente riguroso de la impuntualidad parece ser el menos coherente con la opción de la recuperación de la empresa, que puede ser empujada a la quiebra por una simple cuestión momentánea de liquidez.

Por otra parte, al contrario de la ley actual, el Proyecto no adoptó un enfoque sistemático a la opción de la liquidación judicial (sic).

Lo cierto sería tratar de caracterizar la quiebra, de la declaración de la quiebra, de los efectos en relación a los acreedores, a los bienes del deudor, de los efectos respecto a los contratos, pasando por la verificación y por la clasificación de créditos, hasta alcanzar la etapa final de la liquidación. ¿En qué lugar se ha visto jamás tratar primero de la clasificación para sólo después tratar de la verificación, cuando el

orden lógico es exactamente lo inverso?

Nada justifica comenzar el texto legal cuidando de los créditos que no son exigibles en la liquidación judicial (que es únicamente la redacción del artículo 23 de la ley actual) y acto continuo, de la clasificación de los créditos, para posponer a los artículos 67 y siguientes la reglamentación de las causas de la quiebra, o peor: "las causas de la no viabilidad financiera y económica".

Incluso en las disposiciones que caracterizan la quiebra, el artículo 67 mezcla dos instrumentos distintos que son la impuntualidad y la insolvencia presumida. Por ejemplo: el concepto de impuntualidad está inicialmente previsto en el inciso I del artículo 67, pero su definición únicamente aparece en los artículos 68 y 69, provocando una confusión innecesaria para quien interpreta el texto legal. Si las causas continúan siendo la impuntualidad y la insolvencia ¿Porqué no mantener el sistema de la actual ley?

En síntesis, la impropiedad es de tal magnitud que incluso la caracterización de la quiebra merece ser mantenida tal como está en el DL de N° 7.661/45, ya que cosa hecha aprisa, cosa de risa.

6.1. EL SUBJETIVISMO DEL PROYECTO

Tal como ya se ha destacado, la recuperación de la empresa debe ser un marco legal que permita, con los costos sociales más bajos posibles, la reestructuración o la liquidación de empresas ineficaces, permitiendo el desplazamiento de esos factores de producción para áreas más rentables.

También se comprobó que la aplicación indiscriminada del principio de la conservación de la empresa, en vez de disminuir puede en realidad aumentar los costos sociales, ya que una empresa que no tiene condiciones de remunerar a los capitales que a ella se han asignado tiende inevitablemente a ser subvencionada por el Poder Público, es decir, por el contribuyente.

El Proyecto tiene un concepto impropio de empresa recuperable, permitiendo su aplicación hasta en personas físicas (art. 1°), llegando al colmo de admitir el pedido de recuperación económica solicitado hasta incluso por el beneficiario del testamento del deudor comerciante individual (párrafo único del artículo 28), como si fuera posible otear algún interés social en ese caso. La imaginación fértil de un legislador tendría que llegar a rayas absurdas para concebir un proyecto de recuperación económica elaborado por una viuda de un comerciante individual. Ese ejemplo sólo hace que reforzar la sospecha

de que el legislador, desde el primero hasta el último artículo, no tiene un concepto claro de quién debiera ser beneficiado por ese instrumento.

Por otra parte, el plan de recuperación puede ser presentado por el deudor sin cualquier preocupación con el plazo para su cumplimiento, ya que es justamente él quien propone "la estimación del plazo necesario para su cumplimiento" (inciso VII art. 32) .

En ese procedimiento concebido por el legislador pierden todos. Menos el deudor.

Los acreedores laborales deben ser pagados en un año, "atendiendo a las disponibilidades financieras del deudor" (art. 30). Pero si el deudor no paga a los empleados (o probablemente ex-empleados) - lo que con toda seguridad siempre sucederá- el juez puede prorrogar ese plazo, sin que exista en el Proyecto cualquier parámetro para esa dilación.

Una vez más, quien paga la cuenta es el Poder Público, ya que es obligado a recibir su crédito en prestaciones de hasta 90 meses (casi ocho años), añadidas de ajuste monetario e intereses que a lo sumo ascienden al 5%^{aa}. Según el art. 41, basta la aprobación de la opción por la recuperación judicial para que el deudor obtenga el derecho de parcelar sus deudas tributarias, independientemente de cualquier garantía real y por el plazo que le convenga (hasta un máximo de 90 meses). Esa supervivencia no natural será costeadada en gran parte por la propia sociedad, ya que es evidente que el Proyecto permite que la empresa se mantenga artificialmente, tal como ya se ha destacado.

6.2. LA AUSENCIA DEL CONCORDATO PREVENTIVO

El concordato preventivo no es incompatible con el instituto de la recuperación económica de la empresa, tal como hace creer el Proyecto. Cada cual tiene su finalidad específica.

Mientras que por una parte el concordato preventivo atendería a la mayoría absoluta de las necesidades de los empresarios para evitar la quiebra, ya que son cuestiones relacionadas a la mala utilización del crédito, causando un desequilibrio financiero o económico momentáneo, por otra parte la recuperación económica atendería a casos especiales, en los cuales el interés social relevante está por encima de los intereses de los acreedores y del propio deudor.

La realidad de los hechos ha demostrado que la mayor parte de las empresas que se socorren del concordato preventivo son pequeñas

y medianas, que intentan obstruir la quiebra mediante la obtención de medios que las permitan ofrecer a los acreedores condonación o dilación en el pago de sus deudas. Se trata únicamente de eso. Ver en esos casos hipótesis de interés social relevante está absolutamente divorciado de la realidad.

Si el legislador hubiera recorrido los notarios que procesan los concordatos preventivos habría llegado a esa conclusión. Tal como está redactado el Proyecto y por una cuestión de supervivencia, esos deudores consecuentemente se verán forzados a crear algo innecesario como sea un plan irreal de recuperación, para preservar la realización de la función social que seguramente no está presente en esas empresas.

Si acaso se aprueba, el Proyecto tendrá una vida muy corta. No cabe duda que el concordato tiene que ser mejorado, pero jamás suprimido. Tenga o no naturaleza contractual, sea o no un simple favor legal, él tendrá siempre el relevante papel de regularizar las relaciones patrimoniales entre el deudor y sus acreedores quirografarios, evitándose la quiebra. Su objetivo es el de resolver el conflicto de intereses meramente patrimoniales, es decir, cuestiones típicas de las relaciones de interés privado, protegiendo a la empresa contra la amenaza de su destrucción.

7. CONCLUSIÓN

En síntesis, llegamos a la conclusión de que el instituto de la recuperación económica debe ser insertado brevemente en el sistema legal, pero no como está previsto en el Proyecto. Desafortunadamente, el Proyecto contiene fallas graves que inevitablemente lo condenarán al fracaso, ya que demostró desconocer el propio concepto de empresa recuperable.

Quizá fuera mejor a muy corto plazo mejorar el instrumento del concordato y de la quiebra, en vez de aventurarse en un cometido de gran calado, sin conocimiento de causa.

El concordato preventivo todavía es de gran validez. Pequeños cambios serían suficientes para atender a las demandas de los empresarios y juristas. El fraude constatado en las legislaciones anteriores, ocasionado por la desmedida influencia de los acreedores conllevó al legislador de 1945 a alejar cualquier posibilidad de acuerdo entre acreedores y deudor, dando al instituto una naturaleza de favor legal. Quizá una flexibilización del instrumento, permitiendo en determinadas hipótesis una composición entre acreedores y deudor fuera una

buena solución. **In medio stat virtus.**

Después, con las debidas precauciones, se podría reanudar la elaboración de un anteproyecto específico relativo a reorganización, pero estando siempre atento a las cuestiones que aquí se han abordado.