



Convegni di studio òAdolfo Beria di Argentineò
su problemi attuali di diritto e procedura civile
della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale

XXX Convegno di studio su

**LE PROCEDURE CONCURSUALI VERSO LA RIFORMA TRA DIRITTO ITALIANO E
DIRITTO EUROPEO**

Courmayeur, 23-24 settembre 2016

Crisis económica y reforma del Derecho concursal español

JOSE MIGUEL EMBID IRUJO
Cattedratico, Universidad de València

I. Ringraziamento.

Le mie prime parole devono essere, logicamente e inevitabilmente, di sincero ringraziamento per l'invito che così amabilmente mi hanno fatto la *Fondazione Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* e la *Fondazione Courmayeur Mont Blanc* a partecipare a questo importante *Convegno di studio*; e questo ringraziamento lo devo estendere, altresì, e in particolare, ai professori Paolo Montalenti, dell'Università di Torino, e Niccolò Abriani, dell'Università di Firenze, al quale mi lega una cordiale amicizia già da parecchi anni.

La relazione che mi avvio a esporre cerca di riassumere la situazione attuale del Diritto fallimentare spagnolo, che è stata profondamente condizionata dalle circostanze concrete della crisi economica. Spero che l'esperienza spagnola possa interessarvi e vi ringrazio sin d'ora per l'attenzione. Mi auguro, in ogni caso, che le mie limitate conoscenze della lingua italiana non siano di ostacolo alla comprensione del contenuto di questa relazione.

II. Presentazione: Crisi economica, Diritto della crisi e Diritto fallimentare.

Non può dubitarsi che la crisi economica, i cui effetti si sentono ancora oggi, abbia prodotto notevoli conseguenze giuridiche. Questo effetto si è avvertito in tutti i rami del Diritto, ma sembra chiaro che è nella sfera del Diritto Commerciale dove tutto ciò è risultato più intenso¹. Un semplice sguardo agli ordinamenti più rappresentativi consente di confermare questa opinione se si osservano settori quali il Diritto delle società, il Diritto bancario e il Diritto fallimentare. È chiaro, beninteso, che non in tutti gli Stati si sono avute modifiche rilevanti in queste discipline giuridiche, né, allo stesso tempo, i cambiamenti normativi o quando avuti o sono stati della medesima intensità. E' certo, in ogni caso, che tanto l'Italia quanto la Spagna appartengono al gruppo di Stati in cui le modifiche normative derivanti dalla crisi hanno raggiunto una considerevole rilevanza colpendo in maniera significativa le discipline sopra citate.

Non è sicuro, tuttavia, che l'attività legislativa derivante dalla o vincolata alla crisi possa dirsi terminata, considerata, tra l'altro, la persistenza dei suoi effetti. Neppure è sicuro che l'insieme normativo elaborato (almeno ufficialmente) per superare i gravi problemi economici che ci coinvolgono da alcuni anni costituisca di per sé una materia unitaria, una specie, potremmo dire, di *Diritto della crisi*². Alla eterogeneità delle questioni regolate, alla durata, normalmente, breve di molte delle norme promulgate, si aggiunge, per ancor più complicare il lavoro del giurista, la complessità della situazione, difficile da comprendere nei suoi giusti termini partendo dalle

¹ Al respecto, EMBID IRUJO, J.M./ABRIANI, N. (dirs.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Granada, Comares, 2013.

² Al respecto, con referencia predominante al Derecho de sociedades, véase EMBID IRUJO, J.M., *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo. Crisis económica y ordenamiento societario*, Granada, Comares, 2013, pp. 7-11.

categorie dogmatiche preesistenti. Pertanto, oltre all'insicurezza sull'esistenza di quel Diritto della crisi, è dubbio che possano applicarsi per la comprensione globale delle sue norme i criteri giuridici di solito utilizzati. Non è chiaro, in questo senso, se ci troviamo di fronte ad un *Diritto eccezionale*, suscettibile di deroga quando la situazione generale cambi, e che necessita, nel frattempo, di una *ēstricta hermenēutica*, senza possibilità di analogía o interpretazione estensiva³. E ciò, malgrado una buona parte del complesso normativo attualmente vigente ó soprattutto nell'ambito del Diritto Commerciale ó non sarebbe stato nemmeno preso in considerazione dal legislatore in condizioni normali di stabilità o prosperità economica.

Il Diritto fallimentare rappresenta una delle discipline giuridiche più adatte per riflettere, in una prospettiva concreta, sulle questioni alle quali ho appena accennato. Questo in quanto, questa materia è, nella sua diversa e multiforme evoluzione storica, un Diritto volto a risolvere le situazioni di crisi relative ai soggetti economici singolarmente considerati, assume, in un contesto di crisi generale come quello che ci riguarda, un rilievo diverso. Non si tratta più di sapere se la politica giuridica inerente ad un determinato Diritto concorsuale sia adeguata rispetto agli interessi coinvolti dall'insolvenza o da una illiquidità transitoria di un soggetto economico determinato, ma se risulta adeguata quando la crisi sia complessiva/generale, cioè, quando l'accumularsi dei fallimenti obbliga a superare la considerazione singola, limitata al debitore e ai suoi creditori, a beneficio di una considerazione globale. In tali casi, la quantità di interessi coinvolti e l'intensità stessa della distruzione económica obbligano a ripensare lo stesso Diritto fallimentare in tutte le sue dimensioni.

Che questa riflessione si traduca poi in concrete norme giuridiche è già una cosa diversa; che, in tal caso, il Diritto fallimentare modificato acquisisca un'immagine chiara e ordinata, sia dal punto di vista valutativo che da quello sistematico, è anche, in questo momento, secondario. Quello che è decisivo e, allo stesso tempo, imprescindibile è creare meccanismi idonei affinché la crisi generale ó di fronte alla quale il Diritto fallimentare rappresenta uno strumento giurídico importante, ma non l'unico - possa essere superata e dia spazio, di nuovo, alla crisi individuale, per definizione ineliminabile, e per il cui trattamento il Diritto fallimentare è sicuramente lo strumento determinante. Raggiungere questo risultato, come risulta evidente, non è solo compito delle norme concorsuali; però sembra decisivo un loro contributo affinché la distruzione económica derivante dalla crisi complessiva sia la minore possibile e a fungere da base, eventualmente, per una tempestiva riattivazione economica.

III. Il Diritto fallimentare spagnolo e la sua riforma nel contesto della crisi economica.

³ Así, a propósito del Derecho concursal, OLIVENCIA, M., *ēReforma concursal y crisis económica*, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./EMBID IRUJO, J.M./RECALDE CASTELLS, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Liber Amicorum profesor José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 527-528.

A) La Legge fallimentare, come punto di partenza.

Come abbiamo appena segnalato, la crisi economica ha lasciato profondi segni in parecchi settori dell'ordinamento giuridico spagnolo, essendo di speciale rilievo quelli che si percepiscono nei principali rami del Diritto Commerciale. Anche se rilevanti le modifiche introdotte nel Diritto delle società e, particolarmente, nel Diritto bancario, forse spetta al Diritto fallimentare l'egemonia, sia da un punto di vista quantitativo, per il numero di riforme attuate, che qualitativo, per importanza, soprattutto, nella realtà imprenditoriale.

Non si deve pensare, d'altra parte, che le modifiche al Diritto fallimentare spagnolo apportate dopo l'esplosione della crisi si debbano, altresì, al proposito di riformare una precedente insoddisfacente regolamentazione. In tal senso, conviene ricordare che il nocciolo di questa disciplina si trova in una Legge ancora recente, redatta con un approccio rigoroso e attuale (sebbene questo secondo aspetto potrebbe essere oggetto di una viva discussione). Mi riferisco alla Legge 22/2003, del nove luglio, detta, precisamente, concorsuale (in breve LC), elaborata con il proposito di superare le numerose carenze della regolamentazione preesistente su questa materia nell'ordinamento spagnolo. Senza entrare adesso nel dettaglio, conviene ricordare che durante il secolo scorso sono stati molti i tentativi di riformare sostanzialmente la disciplina fallimentare spagnola, caratterizzata già dal periodo di codificazione per il suo arcaismo, per una pluralità disordinata e asistemica di fonti normative e per una totale inadeguatezza alla realtà concreta. Per diverse ragioni, tutti i tentativi riformisti sono falliti⁴, passi la ripetizione, con la deplorable conseguenza di mantenere durante troppo tempo la vigenza di norme sul fallimento risalenti ai codici di commercio del diciannovesimo secolo (XIX) (del 1829 mille ottocento ventinove e 1885 mille ottocento ottantacinque) insieme alla Legge di Sospensione dei pagamenti, del 1922 mille novecento ventidue, testo straordinariamente imperfetto, promulgato, fra l'altro, per risolvere il problema dell'insolvenza di una certa istituzione bancaria.

La Legge fallimentare chiude, per fortuna, con questa situazione, stabilendo un regime giuridico caratterizzato da un *propósito sustancialmente unitario*, che si riflette, come si legge tra le motivazioni, nell'ambito delle fonti, della procedura e del sistema⁵. Con riguardo alla regolamentazione precedente, che distingueva le procedure concorsuali a seconda che il debitore fosse commerciante (*quiebra e suspensión de pagos*) o non commerciante (*concurso de*

⁴ Algunas referencias a los diversos proyectos de reforma pueden encontrarse en ROJO, Á., *La reforma del Derecho concursal español*, en ROJO, Á. (coord.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 88-130.

⁵ Bien podría decirse, por ello, que dicha ley es un ejemplo relevante de la unificación del Derecho privado, al menos en lo que se refiere a la vertiente subjetiva del concurso (en este sentido, CAMPUZANO, A.B., *El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores*, en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, f.J. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 353.

acreedores), la vigente Legge fallimentare rappresenta il testo unico e fondamentale per le disposizioni riguardanti gli aspetti sostanziali e procedurali del fallimento, a prescindere dalle caratteristiche soggettive del debitore. Questa opzione, che non esclude la presenza di norme speciali per il fallimento degli imprenditori, si vede completata per l'unità della procedura, che parte da un presupposto oggettivo ugualmente unico, identificato nell'insolvenza. Infine, conviene sottolineare l'esistenza di tre fasi procedurali, a partire dalla fase comune, che si apre con la dichiarazione di fallimento, seguita dall'accordo e, eventualmente, dalla liquidazione.

Da parte le numerose sfumature, che devono necessariamente restare al di fuori di questa schematica presentazione, si deve sottolineare che la finalità fondamentale del concorso (denominazione storica nata precisamente nella Spagna del diciassettesimo secolo XVII) è il soddisfacimento dei creditori, la cui posizione giuridica, malgrado il tradizionale principio della *par conditio creditorum*, appare diversificata in distinte categorie (privilegiati, ordinari e subordinati). Ciò non vuol dire che altri obiettivi siano esclusi, ad esempio, la continuità dell'impresa e della sua attività, indipendentemente, in ogni caso, dalla circostanza che ciò avvenga mantenendo o escludendo l'imprenditore titolare dell'impresa fino a quel momento. È importante sottolineare queste circostanze al fine di esporre e comprendere le tante riforme del Diritto spagnolo giustificate dalla crisi, le quali hanno modificato, precisamente, la Legge fallimentare⁶. Il suo contenuto, ha sperimentato notevoli modifiche con immediata repercussione sulla politica giuridica inizialmente adottata, nella concreta disciplina, e anche nella tecnica legislativa, con inclusione di precetti dettagliati, estremamente minuziosi, di non agevole interpretazione.

B) Le riforme della Legge fallimentare.

1. Considerazione generale.

⁶ La bibliografía sobre la LC es sumamente abundante y revela el hondo compromiso de la doctrina española para construir, a partir de ella, la disciplina jurídica denominada "Derecho concursal", cuyo cultivo científico a lo largo del pasado siglo ha carecido del rigor necesario en demasiadas ocasiones. El lector interesado en conocer el sistema y los caracteres de la LC, en su versión original, puede consultar, entre otros muchos, los trabajos de ROJO, Á./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, 2 vols., Cizur Menor, Aranzadi, 2004, o la magna obra *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje al profesor Manuel Olivencia*, 5 vols., Madrid, Marcial Pons, 2005; más sintéticamente, QUINTANA CARLO, I./GARCÍA CRUCES, J.Á./BONET NAVARRO, Á. (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006. Del mismo modo, es necesario destacar la existencia de dos revistas dedicadas monográficamente al estudio de la disciplina que nos ocupa: *Anuario de Derecho Concursal y Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.

Da 2009 fino ad oggi, la Legge fallimentare è stata riformata in molte occasioni⁷. Queste modifiche, che non hanno riguardato solo la norma di cui ci si occupa, possono essere considerate senza alcun problema una risposta legislativa alla crisi economica nella prospettiva concorsuale⁸. Evidentemente, si tratta di riforme di diversa portata, alcune di dettaglio e nella maggior parte dei casi con importanti conseguenze sulla struttura giuridica del concorso inizialmente disegnata dalla Legge fallimentare. Come pure risulta evidente, le modifiche legislative a cui mi riferisco non si sono basate su atteggiamenti chiari e univoci di politica giuridica, ma hanno risposto, piuttosto, alle urgenze del momento in cui furono promulgate. Per questi motivi, non ci troviamo di fronte ad un tutto coerente, ma piuttosto davanti ad un eterogeneo complesso normativo e istituzionale che ha alterato sostanzialmente le finalità e gli strumenti caratteristici della Legge fallimentare senza offrire un chiaro orientamento .

Oltre a questa circostanza, veramente importante, è comune alle riforme della Legge fallimentare susseguitesi dall'inizio della crisi economica l'utilizzo di una tecnica legislativa carente, con una molteplicità di norme dettagliate e minuziose, di difficile interpretazione in molti casi.

Ha sofferto, con tutto ciò, seriamente non solo la certezza del Diritto, ma anche la sicurezza giuridica, costringendo gli operatori giuridici, in particolare i Giudici dell'ambito Commerciale (Jueces de lo Mercantil, competenti in ordine alla declaración del concurso de y los litigios) ad uno sforzo analitico e di studio non indifferente.

A prescindere da tali critiche, già segnalate a lungo dalla dottrina, è vero che, come è inevitabile per il giurista, occorre contare sulla regolamentazione esistente e non su quella che, ipoteticamente, potremmo desiderare come più adeguata ad un settore così rilevante quale quello di cui ci si occupa. Pare evidente, in ogni caso, che anche se motivate in maniera diretta dalla crisi, e con il carattere di urgenza già segnalato, non tutte le riforme della Legge fallimentare costituiscono il Diritto della crisi (o non, comunque, nella loro integrità) nel significato problematico che abbiamo prima dato a questa espressione; infatti, in qualcuno degli istituti giuridici regolati si intravede una particolare volontà di modificare l'originario impianto normativo, in maniera da durare nel tempo, anche una volta superata la crisi.

⁷ Las normas reformistas fundamentales son las siguientes: Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, cuyo refrendo parlamentario se llevó a cabo mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, cuyo refrendo parlamentario se llevó a cabo mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; finalmente, Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, cuyo refrendo parlamentario se llevó a cabo mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio.

⁸ En este sentido, OLIVENCIA, M., "Reforma concursal y crisis económica", cit., pp. 521 y sigs.; otra cosa es la valoración político-jurídica que pueda hacerse de las modificaciones legislativas de la LC:

Nel frattempo non è possibile esprimere una opinione ferma sul destino immediato del Diritto fallimentare spagnolo; cioè, non sappiamo se le riforme del suo testo di base (la legge fallimentare) continueranno in maniera disorganica e in via di urgenza, come accaduto fino ad ora, oppure se, al contrario, si può sperare in un periodo di durevole inattività legislativa. Sarebbe auspicabile, per molte ragioni, questa seconda ipotesi e, a mio avviso, è probabile che così sia, allo stesso modo di quanto sembra accadere per altre discipline del Diritto Commerciale direttamente colpite dalla crisi, come il Diritto bancario o il Diritto delle società. Si tratta, per di più, di una modesta profezia riferita esclusivamente al legislatore spagnolo, giacché il legislatore europeo mostra, nei settori accennati e anche nel Diritto fallimentare, una significativa volontà rinnovatrice, che non trova ostacoli nemmeno nelle note difficoltà inerenti la elaborazione normativa all'interno dell'Unione europea.

2. Obiettivi e contenuto delle riforme della Legge fallimentare.

Si è già segnalato come le modifiche della Legge fallimentare non siano state precedute da un piano di carattere unitario, piuttosto la sua approvazione ha voluto essere un rimedio urgente e successivo ad una situazione di difficoltà, impossibile da superare, in apparenza, sulla base dell'originaria disposizione tecnica. In questo susseguirsi di norme, tuttavia, non si desume neanche un orientamento istituzionalmente logico in base al quale il testo susseguente approfondisca o perfezioni la strada aperta dal testo precedente. È vero senz'altro, che alcune delle riforme correggono le norme precedenti; ma questa correzione sembra essere basata, anziché su argomenti logici, su una particolare e aleatoria applicazione del metodo di *ensayo y error*.

Data questa circostanza, non sembra consigliabile studiare il contenuto delle riforme recenti del Diritto fallimentare spagnolo con criteri dogmatici stringenti; anzi, è sconsigliabile affrontare dette norme partendo dalla ragionevolezza del legislatore, così come ha fatto la giurisprudenza concettualista. Tale presupposto, come precedentemente segnalato, non emerge da nessuna parte, senza che questa constatazione debba intendersi come un invito alla anarchia metodologica oppure alla soppressione del rigore giuridico o tanto è una cosa come l'altra o per il trattamento di questioni così rilevanti. Siccome diventano inapplicabili sia il formalismo metodico *à la Kelsen* che gli approcci puramente funzionali, il giurista è costretto a cercare, in modo un po' impressionista, il *nucleo o i profili di base di ogni norma*, al fine di una costruzione quanto meno coerente del vigente Diritto fallimentare spagnolo.

In tal senso, è comune apprezzare in tutte le riforme o con più o meno intensità- una finalità di semplificare e snellire la procedura fallimentare in tutte le sue fasi e una evidente tendenza alla

degiurisdizionalizzazione⁹. La legge fallimentare, nella sua versione originale, propiziava, per diverse circostanze, fallimenti di durata eccessiva, al contempo attribuendo al Giudice Commerciale un elenco ampio di competenze che irrigidiva molto la procedura. È evidente che la supervisione giudiziale dei fallimenti non è di per sé negativa, ma è anche vero che altre formule e diverse possibilità procedurali contribuiscono a garantire chi interviene o è in qualche modo coinvolto da tali procedure.

Sembra non potersi dubitare, in tutto ciò, che la virulenza della crisi economica ha costretto a modificare in modo inevitabile questi atteggiamenti, in linea con gli obiettivi appena accennati. Succede che, quando il fallimento coinvolge le imprese (come succede, nella maggioranza dei casi nella pratica spagnola¹⁰), il passare del tempo riduce in maniera accelerata il valore di esse, impedisce lo sviluppo della loro attività in modo efficiente e, infine, la loro conservazione, uno degli obiettivi di maggior rilievo nel Diritto fallimentare dei nostri giorni.

Sulla base di queste considerazioni che, in modo retrospettivo ci permettono di capire la pretesa filosofia delle riforme del Diritto fallimentare spagnolo giustificate dalla crisi económica, sono due, a mio avviso, i profili che si possono evidenziare al fine di esprimere la sua concreta portata tecnica. Il primo, traduce, in apparenza, una chiara volontà di sfuggire al Diritto fallimentare o di evitare il Diritto fallimentare¹¹, grazie all'introduzione di un istituto giuridico che, in mancanza di espressa qualificazione normativa, è stato denominato "prefallimento" dalla dottrina e nella prassi¹²; il secondo profilo viene riferito alla conservazione dell'impresa, come obiettivo del Diritto fallimentare, idea che, malgrado presente, come sappiamo, in qualche articolo della originaria Legge fallimentare, acquisisce con la crisi una importanza maggiore.

3. La "fuga dal Diritto fallimentare": il prefallimento (pre-fallimento).

a) Prefallimento e accordi di rifinanziamento.

Con il termine *prefallimento* si fa riferimento alla regolamentazione contenuta in diversi precetti della Legge fallimentare (fondamentalmente gli artt. 5 bis, 71, e 71 bis, e anche la disposizione aggiuntiva quarta e altre importanti norme complementari), il cui proposito è proprio quello di

⁹ Véase, por muchos, CAMPUZANO, A.B., "El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores", cit., p. 355.

¹⁰ En el primer semestre del presente año 2016, los concursos relativos a las empresas han constituido el 86% del total, si bien su número se ha reducido frente al año precedente, habiendo aumentado, en cambio, la cifra de los concursos de las personas físicas (véase EL PAÍS, 9 de agosto de 2016).

¹¹ Así, EMBID IRUJO, J.M., "Huida del Derecho concursal", en PACIELLO, A./GUIZZI, G. (dirs.), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 233-251. Otra cosa es que esa "voluntad de huida" se realice de manera real y efectiva, lo cual implica, esencialmente, que el "preconcurso" no vaya seguido por la declaración de concurso. Véase al respecto lo que se dice en la nota siguiente.

¹² El término "preconcurso", como se ha advertido (cfr. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., "Tipología de los acuerdos de refinanciación", en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. [dirs.], *Acuerdos de refinanciación, convenios y reestructuración*, cit., p. 63.), es impreciso y genera cierta perplejidad pues cubre todo lo que está antes, sin saber si habrá un después, y, si lo hubiera, cuándo lo habrá, referido, evidentemente, a un subsiguiente procedimiento concursal.

evitare la dichiarazione di fallimento di un deudore in situazione di insolvenza ó o che sta per arrivare a quel punto. Lo strumento adatto a tal fine è, soprattutto¹³, la conclusione dei cosiddetti accordi di rifinanziamento tra detto deudore e i suoi creditori (che non devono essere necessariamente tutti), che stabiliscono una diversa disciplina con efficacia concorsuale, qualora il fallimento che si intendeva evitare dovesse finalmente essere dichiarato. Del resto, è necessario che, previamente, il deudore comunichi al giudice competente per dichiarare, nel suo caso, il fallimento, che ha iniziato le opportune trattative con i creditori per ottenerne l'accordo o, alternativamente, per ottenere adesioni ad una proposta anticipata di accordo nei termini previsti dalla legge fallimentare (art. 5 bis, 1 legge fallimentare).

Non è oggetto di questo lavoro esaminare nel dettaglio la complessa realtà degli accordi di rifinanziamento, nucleo essenziale, come ho già detto, del cosiddetto "prefallimento". Basti sottolineare adesso che sotto una ampia diversità tipologica, gli accordi di rifinanziamento sono conclusi tra un deudore (di solito imprenditore o professionista) e creditori, allo scopo di ristrutturare il suo debito attraverso un molteplici elenco di clausole tali da migliorare la sua capacità creditizia e patrimoniale. In questo senso, si modificano o sostituiscono le sue obbligazioni, soprattutto per quanto attiene agli importi dovuti e all'esigibilità, al fine di garantire o agevolare il funzionamento dell'attività imprenditoriale del deudore¹⁴.

È necessario avvertire che tali accordi non sono stati pensati in funzione del superamento dalla crisi, giacché la loro esistenza era ben nota prima di essa, grazie al potere configuratore dell'autonomia della volontà delle parti¹⁵. Era evidente, comunque, che gli accordi di rifinanziamento anteriori alle modifiche di cui ci stiamo occupando non avevano alcun rilievo fallimentare, limitando i loro effetti ó come *res inter alios acta* - ai soggetti che li avevano sottoscritti. Le modifiche legislative in questa materia sono state numerose e, sotto certi profili, superano le inconvenienze appena accennate¹⁶.

Da un lato, gli accordi di rifinanziamento con efficacia esclusivamente *inter partes* possono risultare sottratte alle "del fallimento se si rispettano determinate condizioni. Così, e per quanto riguarda il suo *contenuto*, l'accordo deve ampliare significativamente il credito disponibile per il deudore o, se è il caso, modificare o cancellare le sue obbligazioni, così come contenere un piano di

¹³ También cabe, como es notorio, la propuesta de un convenio anticipado, a tenor de lo indicado en el art. 5 bis, 1, LC.

¹⁴ Así, entre otros, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., "Tipología de los acuerdos de refinanciación", cit., p. 60; sobre tales acuerdos, véase, asimismo, GARCÍA-CRUCES, J.A. (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis. Autonomía de la voluntad e insolvenca*, Barcelona, Bosch, 2013.

¹⁵ En tal sentido, GARCÍA VIDAL, Á., "Preconcurso de acreedores: publicidad versus reserva", en PACIELLO, A./GUIZZI, G. (dirs.), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, cit., p. 99. Y nada impide que, en nuestros días, se concluyan acuerdos de refinanciación concursualmente irrelevantes o sin especiales consecuencias en el caso de que, con posterioridad, se pueda solicitar y declarar un concurso.

¹⁶ Véase, para lo que sigue, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., "Tipología de los acuerdos de refinanciación", cit., pp. 69 y sigs.

viabilidad que agevoló el desarrollo de su actividad empresarial o profesional¹⁷; en segundo lugar, el acuerdo debe ser suscrito por tantos acreedores a cuyos créditos representen al menos el tres por ciento del pasivo del deudor en la fecha de su adopción; en tercer lugar, será necesaria la certificación del revisor contable y, por último, la redacción del acuerdo por instrumento público¹⁸.

Por otro lado, existen algunos acuerdos de refinanciación cuya eficacia puede extenderse a sujetos distintos de los suscritores. Como condición para que esto ocurra el acuerdo debe ser homologado por el juez¹⁹ y deben concurrir los requisitos establecidos en el artículo adicional cuarto de la ley de quiebra. Entre ellos podemos destacar ahora la necesidad de contar con una notable mayoría del pasivo financiero (60% o 75%, según los casos), así como la concurrencia de otros requisitos (referidos, fundamentalmente, a la naturaleza de las garantías de los créditos). En presencia de estos requisitos, los acreedores que no han suscrito el acuerdo quedan sometidos a las medidas adoptadas para facilitar la actividad empresarial del deudor, como capitalización de créditos, conversión de deudas en participaciones, etc.

b) Solicitud y publicidad de la situación de prequiebra.

Al respecto de la tipología y de los efectos de la quiebra de los acuerdos de refinanciación, quizás el aspecto central de la prequiebra, al que es importante hacer referencia es también el modo en que se constituye esta situación, es decir, la solicitud de prequiebra y la publicidad que, en tal caso, la misma merece²⁰. De todo esto se ocupa el artículo 5 bis de la ley de quiebra, al que ya hemos hecho ya mención y que regula la solicitud del deudor²¹, el término para hacerla y el efecto preclusivo respecto a posibles posteriores

¹⁷ No es imposible, con todo, que el acuerdo de refinanciación contenga medidas de otro orden, como alguna modificación estructural (fusión, escisión, etc.), bien de manera aislada, bien, como parece más lógico, unida a acciones diversas, entre las cuales jugará un papel básico la capitalización de los créditos (al respecto, cfr. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., "Las modificaciones estructurales en la reforma del régimen de los acuerdos de refinanciación", en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. [dirs.], *Acuerdos de refinanciación, convenio, reestructuración*, cit., pp. 120 y sigs.

¹⁸ Para el detalle de estos requisitos, véase, esencialmente, lo dispuesto en el artículo 71 bis LC. Conviene tener en cuenta también que son irrevocables ciertos actos realizados en ejecución de acuerdos de refinanciación no protegidos concursalmente, siempre que concurren en ellos los requisitos establecidos en el artículo 71 bis, 2, a)-e) LC.

¹⁹ Al respecto, SANCHO GARGALLO, I., "Homologación, eficacia, impugnación y rescisión de los acuerdos de refinanciación", en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., pp. 145 y sigs. Destaca este autor (pp. 145-146) que los acuerdos de refinanciación "forman parte de los procedimientos de insolvencia denominados híbridos, en tanto que se alcanzan por un cauce extrajudicial, pero se acude a una ratificación judicial para obtener una especial protección ante eventuales y futuras impugnaciones concursales o también para extender sus efectos frente a los acreedores de pasivos financieros que no hubieran prestado su consentimiento al acuerdo de refinanciación".

²⁰ Sobre lo que sigue, véase, in extenso, GARCÍA VIDAL, Á., "Preconcurso de acreedores: publicidad versus reserva", cit., pp. 112 y ss.

²¹ Normalmente en situación de crisis, pero no necesariamente de insolvencia, actual o inminente, lo que constituye, como es notorio, el presupuesto objetivo de la declaración del concurso en el Derecho español. Se trata, en todo caso, de una afirmación pacífica en la doctrina (así, por muchos, GARCÍA VIDAL, Á., "Preconcurso de acreedores: publicidad versus reserva", cit., p. 111), que, no obstante, ha merecido críticas severas (en tal sentido, RECALDE, A., "Protección del socio con ocasión de los cambios de control en la sociedad deudora realizados en ejecución de acuerdos de refinanciación mediante conversión de créditos en capital", en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. [dirs.] *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., p. 299), dado el desfase que se observa entre la situación del Derecho español en esta materia y lo dispuesto en el reciente Reglamento europeo de la insolvencia (Reglamento

richieste di dichiarazioni di fallimento. A prescindere dalle sfumature che concorrono in questa regolamentazione, conviene segnalare che, in linea di principio, lo stato o situazione di fallimento riceverà adeguata diffusione attraverso la pubblicità attuata dal cosiddetto *Registro Público Fallimentare*, secondo una delle ultime riforme della legge fallimentare. Tuttavia, questo effetto, in apparenza automatico, può essere eliminato grazie alla sola volontà del debitore, sempre che così faccia sapere al giudice nel momento in cui comunica a questi l'inizio delle trattative con i creditori. Non è il momento di entrare nel dibattito sui vantaggi o svantaggi della pubblicità del prefallimento; la conclusione è che, nel Diritto spagnolo, si può privare il mercato e i creditori di un insieme di informazioni di considerevole interesse. Senza soffermarci adesso sulle ragioni che hanno spinto il legislatore ad adottare questa soluzione, pare evidente che ancora una volta questa normativa prefallimentare non potrà essere riconosciuta in altri Stati dell'Unione europea, con la possibilità che il fallimento del debitore in situazione di prefallimento in Spagna sia dichiarato in altro Stato membro²².

4. La conservazione dell'impresa come finalità del fallimento.

Come abbiamo già detto, nella sua versione originaria la Legge fallimentare, secondo un atteggiamento classico del Diritto fallimentare, cercava il pieno soddisfacimento dei creditori del debitore; questo obiettivo non escludeva altre finalità come la conservazione dell'impresa e della sua attività che, ciononostante, rimanevano in secondo piano. Anche qui le riforme della legge fallimentare derivate dalla crisi economica hanno comportato modifiche sostanziali del Diritto fallimentare spagnolo, fino al punto che proprio la conservazione dell'impresa e la continuità della sua attività sono tra le finalità essenziali della disciplina in questo momento²³.

Non c'è, in ogni caso, una opinione unanime tra gli autori nel senso di affermare che questo proposito costituisca adesso l'obiettivo diretto e esclusivo del Diritto fallimentare²⁴ oppure se, soltanto, ne risulti accentuata la sua importanza, permanendo anche altre finalità tra cui la nota tutela dei creditori. Al di fuori di questa questione, che non possiamo risolvere in questa sede, è necessario sottolineare l'abbinamento attuato nel vigente Diritto fallimentare spagnolo tra questo obiettivo di protezione e quello della conservazione dell'impresa, anche se questa è stata una

2025/848, de 20 de mayo de 2015); con arreglo a este último texto, serán reconocidos aquellos procedimientos concursales existentes en los Estados miembros cuando respondan a una situación de insolvencia o, al menos, se dirijan a evitar una probable insolvencia del deudor o el cese de su actividad.

²² En este sentido, GARCÍA VIDAL, Á., *Preconcurso de acreedores: publicidad versus reserva*, cit., p. 135.

²³ Así se advierte, por ejemplo, en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 11/2014, cuando se advierte que con las medidas contenidas en él se pretende *facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, la cual ha de redundar no sólo en el beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general*.

²⁴ De *cambio de paradigma* hablan algunos; así, BLANCO GARCÍA-LOMAS, L., *Cesión de contratos y licencias*, en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., p. 377; véase también, PASTOR SEMPERE, C., *Dación en pago e insolvencia empresarial*, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 33.

consecuencia incidental e non il risultato di un atteggiamento definito dal legislatore. In ogni caso, non si tratta di finalità opposte, e nemmeno diverse, giacché sembra evidente che la tutela dei creditori si raggiungerà in modo migliore quanto più sia ridotta la distruzione dell'impresa, quando si renda impossibile, insomma, la *liquidazione disgregativa*, come ha avvertito la dottrina italiana²⁵. Per trattare di un obiettivo fortemente desiderato che però, per la sua elasticità non risulta facile da essere accertato, nel Diritto fallimentare spagnolo sono contemplate diverse tecniche per riuscire a conservare l'impresa, suscettibili, a seconda dei casi, di operare nel corso delle distinte fasi della procedura fallimentare. Così succede, nell'*accordo fallimentare* (convenio concursal), il cui contenuto ha subito profonde modifiche, dirette ad agevolare proprio la conservazione e la continuità dell'attività imprenditoriale sviluppata dal debitore²⁶. Questo si avverte nella nuova disciplina contenuta nell'art. 100 legge fallimentare, essenzialmente, con l'ampio margine disponibile per concludere *«quitas o esperas»* del debito del fallito; l'*accordo* può anche proporre la vendita del complesso dei beni e dei diritti del debitore fallito, legato alla sua attività imprenditoriale o professionale, o, in taluni casi, di determinate unità produttive a favore di una persona fisica o giurídica determinata²⁷.

D'altra parte, nella *liquidazione*, malgrado i caratteri disgregativi che tante volte sono associati ad essa, si apprezzano indizi rilevanti dell'orientamento che si viene analizzando; in questa fase della procedura fallimentare, la conservazione dell'impresa potrà avvenire attraverso la trasmissione dell'impresa, in modo simile a quanto si è appena detto sull'*accordo*. Come è naturale, i problemi che implica il raggiungimento di detta finalità nella liquidazione²⁸, così come i settori giuridici coinvolti²⁹, sono molti senza che risulti possibile adesso approfondirli nel loro particolare contenuto.

Conviene segnalare che la conservazione dell'impresa come finalità del fallimento non è stata introdotta nel Diritto spagnolo con un approccio esclusivamente Commerciale, a beneficio del

²⁵ En este sentido, PACCHI, S., «El objetivo de la conservación de los valores en el ordenamiento concursal italiano», en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Acuerdos de reestructuración, convenio y reestructuración*, cit., p. 27.

²⁶ Al respecto, BAENA BAENA, P.J., «El contenido de la propuesta de convenio (tras las reformas introducidas en la Ley Concursal por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 9/2015, de 25 de mayo)», en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., pp. 219 y sigs.

²⁷ Sobre esta posibilidad, BAENA BAENA, P.J., «El contenido de la propuesta de convenio», cit. pp. 233-235; asimismo, CAMPUZANO, A.B., «El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores», cit., pp. 360-364.

²⁸ Véase las interesantes reflexiones de LEÓN SANZ, F. («La transmisión de unidades productivas como objeto de aportación», en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. [dirs.], *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., pp. 447 y sigs.), a propósito de la creación de una «entidad puente» como instrumento de liquidación concursal y de la necesidad de regular más detalladamente las reestructuraciones societarias y empresariales como solución del concurso.

²⁹ Como el Derecho del Trabajo (cfr. LÓPEZ CUMBRE, L., «Intereses laborales y concursales en la transmisión de unidades productivas. La búsqueda de una plena exoneración de las deudas de Seguridad Social», en DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. [dirs.], *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, cit., pp. 471 y sigs.), o el Derecho público (cfr. GARCÍA PALACIOS, J., «La responsabilidad del adquirente de unidades productivas en el concurso respecto a los créditos públicos», *ibídem*, pp. 507 y sigs.)

debitore titolare dell'impresa o di chi, eventualmente, finirà per acquistarla. L'obiettivo è, senza dubbio, più ambizioso e aspira ad agevolare tutti gli interessi articolati intorno all'impresa, assumendo in modo implicito la sua realtà pluralista. Si cerca di considerare, in questo modo, gli interessi dei lavoratori, sempre rilevanti per il Diritto fallimentare spagnolo, ma anche di chi aveva rapporti con l'impresa, così come la necessaria tutela della comunità nell'ambito della quale opera. Si può affermare, di conseguenza, che durante i sei anni di crisi è stato introdotto o si è rafforzato, a seconda dei gusti, l'orientamento *stakeholder*, accettando la terminologia diffusa nel Diritto delle società riguardante il dibattito sull'interesse sociale e la responsabilità sociale corporativa³⁰.

5. Compatibilità o incompatibilità tra il prefallimento e la conservazione dell'impresa, come profili di base del nuovo Diritto fallimentare spagnolo.

Forse conviene, all'interno della breve analisi dedicata ai profili di base delle riforme legislative della legge fallimentare, considerare entrambi (il prefallimento e la conservazione dell'impresa) in modo congiunto e sintetico, con l'obiettivo di accertare se tra loro esiste congruenza oppure c'è qualche contraddizione. Non si tratta tanto di valutare l'opera del legislatore, nella quale, come sappiamo, si è operato in modo poco ordinato, senza un atteggiamento coerente di politica legislativa, e sempre con l'urgenza come motore della riforma. L'obiettivo è, piuttosto, determinare se c'è congruenza o meno tra la conservazione dell'impresa e la regolazione del prefallimento.

Per chi è estraneo alle circostanze particolari del Diritto fallimentare o non sia abituato alle implicazioni giuridiche di ogni situazione di crisi o di insolvenza di un operatore economico, sarà possibile, sicuramente, optare per la soluzione dell'incompatibilità anziché per quella della congruenza. Si badi che, da un lato, con il prefallimento, si pretende di sfuggire, come abbiamo detto, al Diritto fallimentare stesso, giacché, al di là delle circostanze che possono accadere in futuro (in particolare, l'ulteriore dichiarazione di fallimento dopo la conclusione di un accordo di rifinanziamento), il proposito delle parti (debitore e creditori) non è quello di adempiere una formalità precedente alla procedura fallimentare, ma, piuttosto, accumulare argomenti e possibilità per renderlo indesiderabile. Dall'altro lato, il fatto di assumere la conservazione dell'impresa come una finalità aggiunta del Diritto fallimentare ci mette proprio nell'ambito di questa disciplina giuridica, superando, apparentemente, qualsiasi accordo diretto ad evitare l'inizio della procedura.

Tuttavia, se si guarda bene, la contraddizione tra entrambi i profili risulta più apparente che reale, dato che in tutti e due emerge, in senso profondo, la stessa idea: evitare la distruzione del valore, del tessuto imprenditoriale che ogni crisi produce inevitabilmente. È vero però, che, da una parte, con il prefallimento si intende arrivare a questo proposito evitando il fallimento, intanto che, dall'altra

³⁰ Por muchos, EMBID IRUJO, J.M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estados, 2016, p. 31.

parte, è all'interno di questa procedura dove si deve realizzare l'obiettivo di conservazione dell'impresa. Ed è vero, infine, che, più grande è il successo del prefallimento (il che sembra essere evidente, secondo la práctica spagnola³¹), meno opportunità avrà il proposito di conservare e mantenere l'attività dell'impresa all'interno della procedura fallimentare.

IV. Considerazioni finali.

Il presente studio costituisce una mera presentazione sintetica della complessa realtà del vigente Diritto fallimentare spagnolo, dopo l'ampio insieme di riforme legislative derivate dalla crisi economica. Non si può affermare con assoluta certezza che sia passato il tempo delle modifiche normative, soprattutto se consideriamo che, come ha detto quasi provocatoriamente il grande giurista italiano Natalino Irti, una caratteristica del Diritto del nostro tempo sembra essere quella della sua riformabilità³², cioè, la possibilità di essere cambiato alterato anche in modo radicale in ogni momento. Al di là di quello che si possa pensare di questo criterio, è vero che negli ultimi anni si è rallentato il *tempo* del legislatore (spagnolo), e non solo nel Diritto fallimentare; altre discipline ampiamente toccate dalla crisi, come il Diritto delle società o il Diritto bancario, hanno anche visto rallentato il ritmo di innovazione legislativa, caratterizzato fino a poco tempo fa dalla sua intensità, in qualche momento eccessiva.

In ogni caso, l'apparente stabilità normativa nella quale ci troviamo adesso, ci obbliga a porci una questione così urgente come le circostanze che hanno motivato le successive riforme della legislazione fallimentare spagnola del 2009; si tratta della necessità di dotare di un maggiore ordine l'ampio e variegato insieme normativo che oggi rappresenta la legge fallimentare. È noto che il Ministero di Giustizia ha incaricato pochi mesi fa il professore Ángel Rojo ó uno dei più noti fallimentaristi spagnoli - l'elaborazione di un testo di riforma della legge fallimentare, volto a ripulire, chiarire e sintetizzare il suo contenuto. Tuttavia, la instabilità politica che si vive in Spagna dalla fine dell'anno scorso (e che tuttora persiste) impedisce di determinare con precisione in modo più concreto le circostanze di tale *refundición* e, soprattutto, il momento in cui si potrà completare detto incarico, che non sarà per niente facile.

Resta ancora in sospeso, in ogni caso, un lavoro di portata maggiore, la cui realizzazione si prevede in questo momento molto problematica. Mi riferisco alla necessità di riuscire ad avere un Diritto fallimentare coerente e sistematico, all'interno dell'ordinamento spagnolo, sulla base di un

³¹ Y ello, con independencia del tamaño y caracteres de la empresa, pues al precurso acuden tanto las pequeñas y medianas empresas, como las de mayor dimensión. Cabría concluir afirmando, por tanto, el principio de *indiferencia tipológica* de la figura que nos ocupa; no se nos oculta, con todo, que la eficaz puesta en práctica del precurso requiere un buen asesoramiento profesional y delicadas negociaciones con los acreedores, circunstancias ambas no siempre accesibles a todas las empresas.

³² En este sentido, véase su obra *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 132. Véanse, no obstante, los matices a este criterio que plantea ZAGREBELSKY, G., *La virtud de la duda (Una conversación sobre Ética y Derecho con Geminello Preterrossi)*, trad. esp. de José Manuel Revuelta, Madrid, Trotta, 2012, p. 72.

atteggiamento di politica legislativa chiaro e, per quanto possibile, adeguato alle circostanze concrete. Questo lavoro, incontra oggi notevoli difficoltà che sembrano ostacolare la possibilità di avere un Diritto (fallimentare) certo, sicuro ed equo, non condizionato dalle urgenze, delle volte reali, ma spesso presunte o semplicemente inesistenti, di una pretesa domanda sociale. Si tratta, in ogni caso, di un obiettivo irrinunciabile, se si tiene conto, altresì, dell'importanza del prefallimento, se si vuole l'istituzione più rilevante di quelle introdotte nella legge fallimentare in occasione della crisi³³.

Tant'è vero che il prefallimento suppone, in un certo senso, una modifica dell'intera legge fallimentare. Si capisce, di conseguenza, che il professor Olivencia ó uno dei genitori della legge fallimentare - ha affermato che se sotto l'impero della legge fallimentare (nella sua versione originale), il proposito sottostante poteva desumersi affermando "facciamo un fallimento per ottenere un accordo", nella situazione attuale, dove il prefallimento predomina con speciale rilievo, il proposito essenziale dei protagonisti si esprime molto meglio con la frase opposta "facciamo un accordo per evitare il fallimento".

Questo mutamento di prospettiva, così come di valutazioni politico-giuridiche/legislative, si è consolidato nel panorama giuridico spagnolo e non sembra che, a breve, potrà subire modifiche significative. Al di là della valutazione che, in sintesi, possa meritare il Diritto fallimentare vigente in Spagna, come risultato, soprattutto, delle modifiche legislative derivanti dalla crisi, è vero che la sua interpretazione e applicazione pongono notevoli difficoltà agli operatori giuridici competenti. Per tutto ciò, e per concludere questo intervento, risulta necessario assumere che il giurista che si dedica al Diritto fallimentare, sia in Spagna che ó se bene intendo ó in Italia, ó deve trattenere a lungo il respiro, riportando nel nostro ambito la frase pronunciata dal grande filosofo tedesco Nicolai Hartmann a proposito delle molte difficoltà che, per coltivare rigorosamente la Filosofia, hanno caratterizzato la complessa esperienza vissuta nella prima metà del secolo scorso³⁴.

³³ Esta figura, por otra parte, actualiza e intensifica el vínculo del Derecho concursal con otras disciplinas jurídicas; así sucede, en particular, con el Derecho de sociedades, cuyos principios y reglas no son de fácil mantenimiento a la hora de poner en práctica acuerdos de refinanciación característicos del precurso; al respecto, por muchos RECALDE, A., "Protección del socio con ocasión de los cambios de control en la sociedad deudora realizados en ejecución de acuerdos de refinanciación mediante conversión de créditos en capital", cit., pp. 298 y sigs., a propósito, sobre todo, del saneamiento llevado a cabo mediante la conversión de deuda en capital. De gran interés, en Italia, ABRIANI, N., "Corporate Governance e doveri di informazione nella crisi dell'impresa", en PACIELLO, A./GUIZZI, G. (dirs.), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, cit., pp. 255 y sigs.

³⁴ *Apud* APEL, K.O., *La transformación de la filosofía* (trad. esp. de Adela Cortina, Pedro Chamorro y Jesús Conill), I, Madrid, Taurus, 1985, p. 9.