



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

L'INSOLVENZA INTERNAZIONALE DURANTE LA PANDEMIA

24 NOVEMBRE 2020

LA RIFORMA DELLA LEY CONCURSAL IN SPAGNA

WEBINAR

Silvia A. ZENATI

Avvocato e Dottore Commercialista in Verona

STUDIO LEGALE



TRIBUTARIO ZENATI

DISCIPLINA CONCURSUALE SPAGNOLA

In Spagna la disciplina concorsuale è contenuta nella *Ley Concursal*, di cui alla legge n. 22/2003, del 10 luglio 2003, il cui testo è stato recentemente rifuso nel corpo del Regio Decreto Legislativo n. 1/2020, del 5 maggio 2020, in vigore dal 1° settembre 2020.

DEFINIZIONE DI INSOLVENZA

La definizione di insolvenza è contenuta nell'art. 2, Real Decreto Legislativo 1/2020

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Articolo 2. Presupposto oggettivo.

3. L'insolvenza può essere attuale o imminente. Un debitore che non è in grado di adempiere regolarmente ai propri obblighi si trova in stato di insolvenza attuale. Un debitore che prevede di non essere in grado di adempiere regolarmente e puntualmente ai propri obblighi si trova in uno stato di insolvenza imminente.

OBBLIGO DI SOLLECITARE IL CONCORSO

L'art. 5, Real Decreto Legislativo 1/2020, stabilisce quando sussiste l'obbligo per l'imprenditore di sollecitare l'apertura della procedura concorsuale a proprio carico.

Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual.

Articolo 5. Obbligo di richiedere la dichiarazione di insolvenza.

1. Il debitore deve richiedere una dichiarazione di insolvenza entro due mesi dalla data in cui ha saputo o avrebbe dovuto sapere dello stato di insolvenza attuale.

TIPOLOGIE DI «CONCURSO»

L'art. 29, Real Decreto Legislativo 1/2020, distingue due tipologie di **concurso**, **voluntario** e **necesario**, a seconda che l'apertura sia rispettivamente richiesta dal debitore, oppure da uno qualsiasi dei suoi creditori.

Artículo 29. Concurso voluntario y concurso necesario.

1. El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario.

Articolo 29. Concorso volontario e concorso necessario.

1. Il concorso dei creditori è considerato volontario quando la prima domanda è stata presentata dal debitore stesso. Negli altri casi, il concorso si considererà necessario.

Artículo 106. Efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado.

1. En caso de concurso voluntario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente.

2. En caso de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa. La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades.

Art. 106. Effetti patrimoniali sul debitore.

1. In caso di **concurso voluntario**, il debitore conserva i poteri di amministrazione e di disposizione del proprio patrimonio, ma l'esercizio di tali poteri è subordinato all'intervento della curatela che può, a sua discrezione, autorizzare o rifiutare l'autorizzazione.

2. In caso di **concurso necesario**, i poteri del debitore di amministrare e di disporre del proprio patrimonio sono sospesi. La curatela si sostituisce al debitore nell'esercizio di tali poteri.

STATO DI ALLARME

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Artículo 1. Declaración del estado de alarma.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se declara el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19

Articolo 1. Dichiarazione dello stato di allarme.

Ai sensi dell'articolo 4, lettere b) e d), della legge organica 4/1981, del 1° giugno, sugli stati di allarme, di eccezione e di assedio, viene dichiarato lo stato di allarme per far fronte all'emergenza sanitaria causata dal coronavirus COVID-19

EMERGENZA COVID-19: STRUMENTI PROCESSUALI ED ORGANIZZATIVI

In Spagna, la maggior parte delle PMI e delle micro imprese hanno un capitale circolante molto limitato e la copertura dei costi fissi dipende, molto spesso, dai ricavi derivanti dall'attività quotidiana il cui regolare esercizio risulta pregiudicato proprio dall'emergenza sanitaria in atto.

Per far fronte a tale situazione è stato varato il **Regio Decreto Legge n. 16/2020, del 28 aprile 2020** contenente una serie di misure ad hoc, riassunte nella **seconda disposizione transitoria**.

Il Regio Decreto Legge n. 16/2020, del 28 aprile 2020, è stato rifuso nella (e, perciò, abrogato dalla) **Legge n 3/2020, del 18 settembre 2020**.

Disposición transitoria segunda. *Previsiones en materia de concurso de acreedores.*

1. Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley se hubiera presentado alguna solicitud de concurso necesario, se aplicará lo dispuesto en el artículo 11.

Seconda disposizione transitoria. *Disposizioni relative alle procedure di insolvenza.*

1. Se durante il periodo dello stato di allarme e fino alla data di entrata in vigore del presente regio decreto legge è stata presentata la domanda per l'apertura di una procedura di **concurso necesario**, si applicano le disposizioni dell'**articolo 11**.

*(nota: l'art. 11, par. 2, prevede che **fino al 31 dicembre 2020**, non verranno esaminate le istanze per l'apertura del **concurso necesario** presentate dopo la dichiarazione dello stato di allarme).*

EMERGENZA COVID-19: STRUMENTI PROCESSUALI ED ORGANIZZATIVI

Disposición transitoria segunda. *Previsiones en materia de concurso de acreedores.*

2. Si durante la vigencia del estado de alarma y hasta la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, algún deudor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación ante la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio, el Juez no proveerá sobre la misma si el deudor presentara propuesta de modificación del convenio conforme a las disposiciones del presente real decreto-ley.

Seconda disposizione transitoria. *Disposizioni relative alle procedure di insolvenza.*

2. Se durante il periodo dello stato di allarme e fino alla data di entrata in vigore del presente regio decreto legge, il debitore ha chiesto l'apertura della fase di liquidazione per l'impossibilità di adempiere ai pagamenti ed agli obblighi contratti dopo l'approvazione del **convenio**, il giudice non vi provvederà se il debitore presenta una proposta di modifica del **convenio** in conformità con le disposizioni del presente regio decreto legge.

*(nota 1: secondo l'art. 8 del Regio Decreto Legge n. 16/2020, del 28 aprile 2020, rubricato **Modificación del convenio concursal**, durante l'anno successivo alla dichiarazione dello stato di allarme, il debitore può presentare una proposta di modifica del **convenio** in corso di esecuzione, seguendo la procedura appositamente prevista dalla medesima norma).*

*(nota 2: il **convenio** è un accordo tra creditori e debitore che evita a quest'ultimo la liquidazione del patrimonio, consentendogli, al contempo, il proseguimento dell'attività imprenditoriale o professionale già svolta i cui proventi serviranno per soddisfare i debiti nell'importo pattuito, entro il termine concordato e con le garanzie stabilite. L'apertura della fase di liquidazione conseguente all'impossibilità di adempiere alle obbligazioni nascenti dal **convenio** ed a quelle sorte successivamente alla sua approvazione è disciplinata dagli articoli 406 e ss della Ley Concursal)*

EMERGENZA COVID-19: STRUMENTI PROCESSUALI ED ORGANIZZATIVI

Disposición transitoria segunda. *Previsiones en materia de concurso de acreedores.*

3. Si en la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley algún acreedor hubiera presentado solicitud de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento de convenio, se aplicará lo dispuesto en los artículos 8 y 9.

Seconda disposizione transitoria. *Disposizioni relative alle procedure di insolvenza.*

3. Se, alla data di entrata in vigore del presente regio decreto legge, un creditore ha presentato una domanda di apertura della fase di liquidazione o una dichiarazione di inadempimento del **convenio**, si applicano le disposizioni degli articoli 8 e 9.

*(nota: secondo l'art. 9, rubricato **Aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación**, per un anno dalla dichiarazione dello stato di allarme, il debitore non ha l'obbligo di richiedere la liquidazione del bene quando viene a conoscenza dell'impossibilità di adempiere ai pagamenti promessi o alle obbligazioni contratte successivamente all'approvazione del **convenio**, a condizione che il debitore presenti una proposta di modifica dello stesso elaborata in conformità all'articolo 8. Per lo stesso periodo, inoltre, il giudice non decreterà l'apertura della fase di liquidazione, anche qualora il creditore dimostri l'esistenza di uno qualsiasi dei fatti idonei alla dichiarazione di insolvenza).*

RIFORMA DELLA «*LEY CONCURSAL*»: NOVITÀ

A differenza dell'Italia che, a causa della pandemia di Covid-19, ha preferito rinviare l'entrata in vigore del Codice della crisi al 1° settembre 2021, la Spagna ha varato la riforma della *Ley Concursal*.

Il Regio Decreto Legislativo n. 1/2020, del 5 maggio 2020, in vigore dal 1° settembre 2020, ha approvato il testo rifuso della *Ley Concursal* precedentemente contenuto nella Legge n. 22/2003, del 9 luglio 2003.

Tra le **novità** incontriamo quella introdotta nel corpo dell'**art. 456, Real Decreto Legislativo 1/2020**, il quale sostituisce, integrandola, la disciplina precedentemente contenuta nell'art. 172 *bis*, della *Ley Concursal* n. 22/2003.

L'art. 456, a differenza della previgente disposizione contenuta nell'art. 172 *bis*, della *Ley Concursal* n. 22/2003, precisa, per la prima volta, cosa debba intendersi per “deficit” risarcibile da amministratori, liquidatori e direttori generali ritenuti responsabili del dissesto.

Il Legislatore della riforma, con la definizione introdotta al paragrafo 2, dell'art. 456, prende le distanze dall'interpretazione del *Tribunal Supremo* che, con la sentenza n. 214/2020, del 29 maggio 2020, nel vigore dell'art. 172 *bis*, *Ley Concursal* n. 22/2003, aveva, invece, precisato che per “deficit” risarcibile doveva intendersi non quello risultante dai due documenti redatti dal curatore (inventario dell'attivo concorsuale, da un lato, ed elenco dei creditori, dall'altro lato), ma, piuttosto, il disavanzo conseguente all'insufficienza di quanto ottenuto con la liquidazione dei beni ricompresi nell'attivo concorsuale per pagare tutti i creditori che, com'è evidente, può emergere solo dopo la compiuta liquidazione dell'attivo medesimo.

RIFORMA DELLA «LEY CONCURSAL»: NOVITÀ

Artículo 456. Condena a la cobertura del déficit.

1. ... el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Articolo 456. Condanna per la copertura del disavanzo.

1. ... il giudice, nella **sentencia de calificación**, può condannare, con o senza solidarietà, tutti o alcuni degli amministratori, dei liquidatori, di diritto o di fatto, o dei direttori generali della persona giuridica fallita che sono stati dichiarati colpiti dalla **calificación**, nella misura in cui il comportamento di questi soggetti che ha determinato la **calificación** della persona giuridica fallita come colpevole ha generato o aggravato l'insolvenza.

*(nota: la **sentencia de calificación** è quel provvedimento giudiziale per mezzo del quale viene dichiarato il carattere colpevole, oppure fortuito dell'insolvenza dichiarata).*

2. Si ritiene che sussista un disavanzo quando il valore dei beni e dei diritti patrimoniali risultante dall'inventario redatto del curatore fallimentare è inferiore alla somma degli importi dei crediti iscritti nell'elenco dei creditori.

3. Se vi sono più persone condannate a coprire il disavanzo, la sentenza individua l'importo che deve essere pagato da ciascuna di esse, in funzione della loro partecipazione agli eventi che hanno determinato la **calificación** della procedura di insolvenza.

TRIBUNAL SUPREMO SENT. 214/2020

El precepto no aclara qué debe entenderse por déficit ... Para desentrañar qué entiende el art. 172 bis.1 por "déficit", a falta de una especificación legal, debemos atender a la razón de esta responsabilidad. La causa de la responsabilidad es la generación o agravación de la insolvencia y se responde en función de la concreta contribución que la conducta que ha merecido la calificación de concurso culpable ha tenido en dicha generación o agravación de la insolvencia.

Esta insolvencia es la que ha determinado la apertura del concurso de acreedores y por ello no es tanto la insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), como el estado en que se encuentra "el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", al que se refiere el art. 2.2 LC.

Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial).

La disposición no chiarisce cosa debba intendersi per deficit ... Per stabilire ciò che l'art. 172 *bis*.1 intende per "deficit", in assenza di una specificazione legislativa, occorre esaminare la ragione di questa responsabilità. La causa della responsabilità è la generazione o l'aggravamento dell'insolvencia per la quale si risponde in base al contributo specifico che la condotta che ha meritato la classificazione di fallimento come colpevole ha avuto in detta generazione o aggravamento dell'insolvencia.

È questa insolvencia che ha determinato l'apertura della procedura di insolvencia e quindi non è tanto l'attivo insufficiente (attivo inferiore al passivo), quanto lo stato in cui si trova "il debitore che non può adempiere regolarmente ai suoi obblighi", di cui all'articolo 2.2 LC.

Se l'insolvencia fosse il deficit patrimoniale al momento della dichiarazione di insolvencia, allora l'interpretazione della ricorrente sarebbe sensata, poiché essa sarebbe responsabile del contributo alla generazione o all'aggravamento di tale deficit. Tuttavia, poiché **il concetto di insolvencia, del cui contributo alla generazione o all'aggravamento si è responsabili, non è il deficit patrimoniale, ma piuttosto l'impossibilità di adempiere regolarmente agli obblighi richiesti**, è necessario continuare a indagare su ciò a cui fa riferimento l'articolo 172 bis LC quando prevede la frase per la copertura del deficit (totale o parziale).

TRIBUNAL SUPREMO SENT. 214/2020

Esta sala, desde su sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, en que por primera vez interpretamos el art. 172 bis.1 LC, tras la reforma introducida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo ... ha declarado que conforme a la actual regulación la naturaleza de esta responsabilidad es resarcitoria: "la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia"".

Lo que hemos reiterado en la reciente sentencia 279/2019, de 22 de mayo, en caso en que ya era de aplicación la versión actual del art. 172 bis.1 LC.

Dalla sentenza 772/2014 del 12 gennaio 2015, nella quale abbiamo interpretato per la prima volta l'articolo 172 bis.1 LC, a seguito della riforma introdotta dalla RDL 4/2014, del 7 marzo, pur precisando che non si applicava a tale fattispecie ... ha dichiarato che, ai sensi della normativa vigente, **la natura di tale responsabilità è risarcitoria**: "l'introduzione di tale sezione in tale riforma giuridica non può essere considerata come un chiarimento o un'interpretazione della normativa preesistente, ma come la decisione del legislatore di modificare il criterio determinante della responsabilità fallimentare e di **introdurre un regime di responsabilità di natura risarcitoria**, nella misura in cui l'amministratore, il liquidatore o il direttore generale della persona giuridica (e, in determinate circostanze, i soci) possano essere resi responsabili della copertura totale o parziale del deficit fallimentare "nella misura in cui la condotta che ha determinato la classificazione colpevole abbia generato o aggravato l'insolvenza"".

Lo abbiamo ribadito nella recente sentenza 279/2019 del 22 maggio, nel caso in cui fosse già applicabile l'attuale versione dell'art. 172 bis.1 LC.

De este modo, la justificación o *ratio iuris* de esta responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos.

Bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Y quienes hayan contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia, con una conducta que ha justificado la calificación culpable del concurso, responden de la satisfacción de este perjuicio, mediante la cobertura total o parcial del déficit, en función de su contribución.

Pertanto, la giustificazione o la *ratio iuris* di questa responsabilità per deficit risiede nel contributo alla generazione o all'aggravamento dell'insolvenza, che è ciò che ha causato l'apertura del fallimento e, in caso di liquidazione, la conseguenza finale di non essere in grado di pagare tutti i crediti.

Secondo questa logica risarcitoria, ha senso che il deficit, nella misura in cui impedisce il pagamento di tutti i crediti, sia il risultato dell'insolvenza. E coloro che hanno contribuito alla generazione o all'aggravamento dell'insolvenza, con una condotta che ha giustificato la colpevole classificazione dell'insolvenza, sono responsabili della soddisfazione di questo danno, attraverso la copertura totale o parziale del deficit, a seconda del loro contributo.

TRIBUNAL SUPREMO SENT. 214/2020

Un simile cambio di impostazione a livello normativo fa sì che, a partire dal 1° settembre 2020, la procedura di impugnazione dell'inventario, oggi regolata dagli artt. 297 e ss della nuova *Ley Concursal*, assumerà un'enorme importanza, finendo, verosimilmente, per creare non poche tensioni tra chi vorrà massimizzare il valore dell'attivo concorsuale al fine di ridurre quanto più possibile l'ammontare del suddetto "deficit" e chi, invece, vorrà puntare a "svilire" quello stesso valore per incrementare la pretesa risarcitoria formulabile nei confronti di chi è stato ritenuto responsabile della genesi e/o dell'aggravamento dell'insolvenza.