

La reforma de la legislación concursal italiana

GUILLERMO VELASCO FABRA
Doctor Europeo en Derecho. LL.M.
Abogado Asociado en Deloitte

El Decreto Legislativo número 5, de 9 de enero de 2006, sobre la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, ha modificado en profundidad la *Legge fallimentare* de 1942 (1). El origen de la reforma se encuentra en los trabajos de las Comisiones Trevisanato (2001) y Trevisanato *bis* (2004). El Decreto Ley número 35, de 14 de marzo de 2005, de disposiciones urgentes en el ámbito del plan de acción para el desarrollo económico, social y territorial, modificó puntualmente la *Legge fallimentare* en la acción revocatoria, el convenio preventivo y los acuerdos de reestructuración de deudas (2).

La *Legge fallimentare* debía adecuarse a las sentencias de la *Corte Costituzionale* (3), a la nueva estructura del proceso civil y Derecho Societa-

(1) Sobre la reforma, vid. BONFATTI, S. y CENSONI, P. F., *La riforma della legge fallimentare e la disciplina dell'azione revocatoria, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione nelle procedure concorsuali pendenti e nelle procedure concorsuali iniziate dopo l'entrata in vigore della riforma*, Padova (CEDAM), 2005; PANZANI, L. y DE CRESCIENZO, U., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano (IPSOA), 2005; DI PAOLA, N. S., *La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività: aggiornato alla riforma del diritto fallimentare*, Matelica (Halley), 2006; FIALE, A., *Diritto fallimentare: aggiornato al D.Lgs. 9 gennaio 2006, num. 5 (riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, Napoli (Esselibri Simone), 2006; IANNIELLO, B., *Il nuovo diritto fallimentare: guida alla riforma delle procedure concorsuali*, Milano (Giuffrè), 2006; VIRGINTINO, E., *La riforma delle procedure concorsuali*, Napoli (Esselibri Simone), 2006.

(2) Sobre la minireforma de 2005, vid. VELASCO, G., «La pequeña reforma de la legislación concursal italiana», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, págs. 339-341.

(3) El legislador aprovecha la reforma para adaptar y derogar artículos, y así adecuarse a las exigencias de la *Corte Costituzionale* que declaró inconstitucionales artículos de la *Legge fallimentare* (v.gr., arts. 98, 99 y 100 —pasivo y derechos reales mobi-

rio (4), simplificar y reducir los plazos del procedimiento (5), ajustarse al Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia y, finalmente, eliminar instituciones obsoletas.

El presupuesto subjetivo del concurso se modifica al establecer que están sujetos al concurso y convenio preventivo (desaparece la administración controlada) los empresarios que ejerzan una actividad comercial, excluidos los entes públicos y pequeños empresarios. La novedad más destacada consiste en definir en negativo a los pequeños empresarios con criterios cuantitativos (por ejemplo, no son pequeños empresarios si han realizado inversiones en la empresa por un capital de valor superior a 300.000 euros, art. 1 LF). Sin embargo, el presupuesto objetivo del concurso se ha mantenido inalterado (art. 5 LF). El estado de insolvencia se manifiesta por el incumplimiento y otros hechos externos que demuestren que el deudor no puede satisfacer regularmente sus obligaciones. La jurisprudencia considera que el empresario se encuentra en estado de insolvencia cuando no puede hacer frente regularmente y con medios ordinarios a sus obligaciones porque no tiene liquidez y la capacidad de crédito indispensable para el ejercicio de la actividad empresarial (6). El presupuesto objetivo del convenio preventivo es el «estado de crisis» que no es definido por el legislador (art. 160 LF).

Los órganos del concurso —Tribunal, juez delegado, curador y Comité de acreedores— se mantienen, aunque algunas de sus competencias se han visto modificadas. Así, por ejemplo, en la venta a término o plazos en caso de concurso del comprador, el curador puede subentrar en el contrato con la autorización del Comité de acreedores en lugar del juez delgado (art. 73 LF). El Comité de acreedores sale especialmente reforzado porque amplía sus

liarios de terceros— por las sentencias núm. 152, de 27 de noviembre de 1980, núm. 102, de 16 de abril de 1986, núm. 120, de 24 de abril de 1986, y núm. 538, de 14 de diciembre de 1990/art. 119 —decreto de terminación del concurso— por la sentencia núm. 493, de 28 de noviembre de 2002/art. 147 —concurso de sociedades de responsabilidad limitada— por las sentencias núm. 142, de 16 de julio de 1970, núm. 110, de 27 de junio de 1972, núm. 127, de 28 de mayo de 1975, y núm. 319, de 21 de julio de 2000.

(4) El legislador concursal ha incorporado aspectos de la reforma del Derecho societario de 2003 como el criterio de valoración de las obligaciones emitidas por la sociedad por acciones (anónima) y de los títulos de deuda emitidos por la sociedad de responsabilidad limitada, que es una nueva forma de financiación que incorporó el Decreto Legislativo número 6, de 17 de enero de 2003 (arts. 58 LF y 2.483 del Código Civil).

(5) Desde la declaración de concurso hasta el decreto de conclusión transcurren cerca de siete años, con una gradual tendencia a aumentar (6 en 1997, 6,3 en 1998, 6,6 en 1999, 6,7 en 2000 y 7 en 2001), vid. (http://www.istat.it/dati/catalogo/20041111_02/Inf_04_32_processo_civile.pdf). En cuanto a la excesiva duración de los procedimientos concursales, vid. las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2004, *Vadalà c. Italia*, núm. 51703/99 y de 22 de abril del 2004, *Neroni c. Italia*, núm. 7503/02.

(6) Vid. *Cass.* núm. 3371, de 28 de julio de 1977, núm. 1274, de 14 de marzo de 1978, y núm. 1439, de 26 de febrero de 1990.

funciones consultivas y de autorización (art. 41 LF). Además, gana autonomía porque nombra a su Presidente en lugar de venirle impuesto por el juez delegado (art. 40 LF). Las decisiones del Comité de acreedores se adoptan por mayoría de los miembros, que pueden emitir su voto por telefax o por otro medio electrónico o telemático. Otro ejemplo de adaptación a las nuevas tecnologías es la posibilidad que tiene el curador de comunicar por telefax o correo electrónico a los acreedores o titulares de derechos reales o personales sobre bienes muebles e inmuebles que pueden participar en el concurso con su respectivo crédito (art. 92 LF).

Se han suavizado los efectos personales sobre el concursado. Así, para el cambio de residencia o domicilio es suficiente con comunicárselo al curador (art. 49 LF). Los aspectos más punitivos que consistían en la prohibición al concursado del cambio sin el permiso del juez delegado y la posibilidad de recurrir a la fuerza pública si no se presentaba cuando era instado a ello han desaparecido, así como el Registro Público de concursados. En caso de incumplimiento de esta comunicación, no existe sanción contra el concursado, aunque el supuesto de liberación de deudas podría no aplicársele por falta de cooperación con los órganos del concurso (art. 142.1 LF).

En el ámbito contractual, el artículo 72 de la *Legge fallimentare* se aplica a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes, sin delimitar su ámbito a la compraventa como hasta el momento. Se establece como regla general que el curador tiene la facultad de subentrar en el contrato asumiendo todas las obligaciones o resolverlo. La novedad más importante es que el curador necesita la autorización del Comité de acreedores en lugar del juez delegado. La parte *in bonis* puede meter en mora al curador, estableciendo el juez delegado un plazo no superior a sesenta días (en lugar de los ocho días existentes hasta la reforma) para que el curador se pronuncie, pasado el cual, si no lo hace, el contrato se entiende resuelto. En caso de resolución, el contratante *in bonis* puede insinuar su crédito en el pasivo. Son nulas las cláusulas contractuales que permitan resolver el contrato por la declaración de concurso. La *Legge fallimentare* establecía únicamente que los contratos de cuenta corriente, mandato y comisión se resolvían por el concurso de una de las partes. La reforma precisa que el contrato de mandato se resuelve por concurso del mandatario, pero en el caso de concurso del mandante, el curador puede subentrar en el contrato. En este supuesto, el crédito del mandatario por la actividad realizada después de la declaración del concurso es prededucible (art. 78 LF).

La disciplina del ejercicio provisional de la empresa se ha modificado profundamente, sobre todo respecto a las funciones desarrolladas por los órganos del concurso (art. 104 LF). El ejercicio provisional de la empresa puede ser autorizado por el Tribunal, si la interrupción comporta un daño grave y siempre que no ocasione perjuicio a los acreedores, o sucesivamente

por el juez delegado, a propuesta del curador, previo parecer favorable del Comité de los acreedores, si se considera la continuación temporal del ejercicio de la empresa conveniente para los propios acreedores o más adecuada para los fines de la empresa en el mercado. Durante el periodo del ejercicio provisional, el Comité de acreedores es convocado por el curador, al menos cada tres meses, para ser informado sobre la evolución de la gestión y para pronunciarse sobre la oportunidad de continuar el ejercicio. El juez delegado ordena el cese del ejercicio provisional si el Comité de los acreedores considera que no debe continuar. El curador tiene que presentar un balance de la actividad mediante depósito en la cancillería cada semestre y a la conclusión del periodo del ejercicio provisional. El Tribunal puede ordenar el cese del ejercicio provisional cuando lo considere oportuno, con decreto en sala de consejo no sujeto a recurso, oídos el curador y el Comité de los acreedores. Durante el ejercicio provisional, los contratos pendientes siguen vigentes (salvo decisión del curador) y los créditos surgidos durante el curso del ejercicio provisional son prededucibles (art. 111 LF).

Con referencia a la nueva disciplina del arrendamiento de la empresa destaca el poder asignado al curador (art. 104 *bis* LF). El juez delegado, a propuesta del curador, previo parecer favorable del Comité de los acreedores, puede autorizar el arrendamiento de la empresa del concursado a terceros en interés de la misma. La elección del arrendatario tiene que tener en cuenta, además del precio, las garantías prestadas y la credibilidad de la continuidad de las actividades empresariales. Además, se ha previsto un contenido contractual mínimo obligatorio, consistente en el derecho de inspección de la empresa por parte del curador, en la constitución de garantías idóneas para todas las obligaciones del arrendatario derivadas del contrato y de la ley, y el derecho del curador a resolver el contrato previo pago al arrendatario de una indemnización justa que será prededucible.

En el supuesto de venta de la empresa, el derecho de preferencia a favor del arrendatario puede ser concedido convencionalmente, previa autorización del juez delegado y parecer favorable del Comité de los acreedores. En tal caso, acabado el procedimiento de determinación del precio de venta de la empresa, el curador, en un plazo de diez días, se lo comunica al arrendatario, que puede ejercer el derecho de preferencia en cinco días desde que recibe la comunicación.

El curador tiene que establecer, en un plazo de sesenta días desde la redacción del inventario, el programa de la liquidación (art. 104 *ter* LF). A diferencia de lo que sucedía en el sistema anterior, donde la actividad liquidatoria era competencia del juez delegado, que autorizaba los actos individuales de venta y procedía personalmente a la venta de los inmuebles, tras la reforma, el curador se ha convertido en el único responsable de la fase liquidatoria. El programa de liquidación constituye un acto de gestión que tiene

que obtener el parecer favorable del Comité de los acreedores y después ser aprobado por el juez delegado. El programa tiene que indicar las modalidades y los plazos previstos para la realización del activo. El Comité de los acreedores puede proponer al curador modificaciones al programa presentado. Se permite que el curador presente un suplemento al plan de liquidación para hacer frente a nuevas exigencias. Antes de la aprobación del programa de liquidación, el curador puede proceder a la liquidación de bienes, previa autorización del juez delegado, oído el Comité de los acreedores, si del retraso pueden derivarse perjuicios para los intereses de los acreedores.

En cuanto al convenio concursal, se amplía la legitimación activa para proponer el convenio concursal. Antes de la reforma se limitaba la posibilidad sólo al concursado; ahora podrá el curador, acreedores y terceros. Aunque la nueva formulación del artículo 124 de la *Legge fallimentare* prevé expresamente al acreedor y terceros, una lectura sistemática permite incluir al curador (art. 129 LF). Otra novedad es la posibilidad, para el proponente, de subdividir a los acreedores en clases previendo, además, tratos diferenciados entre los acreedores pertenecientes a clases diferentes. El convenio es aprobado si obtiene el voto favorable de los acreedores que representen la mayoría de los créditos admitidos a voto, en lugar de los dos tercios exigidos antes de la reforma (art. 128 LF).

El procedimiento de liberación de deudas de la persona física es una novedad introducida en los artículos 142 a 144 de la *Legge fallimentare* (en lugar de la rehabilitación civil). Existen dos concepciones en la regulación de la insolvencia del consumidor: en primer lugar, la «nueva oportunidad o *fresh start*», típica del Derecho anglosajón a la que se aproxima la *Insolvenzordnung* alemana, y el sistema de la «reeducación» que caracteriza a los ordenamientos continentales. La insolvencia del consumidor está especialmente desarrollada en Estados Unidos y ha inspirado a otros ordenamientos jurídicos como el italiano. Precisamente, se aprobó la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (2005) con el objetivo de reducir el número de concursos de consumidores que superó el millón y medio en 2005 (7). La liberación de deudas no satisfechas por el deudor, persona física en la nueva regulación concursal italiana, es posible si ha cooperado con los órganos del procedimiento, no ha retrasado el desarrollo del procedimiento, no ha incumplido las disposiciones del artículo 48 de la *Legge fallimentare* (correspondencia), no se ha beneficiado de otra liberación en los últimos diez años, no ha agravado el concurso dificultando la reconstrucción del patrimonio o recurrido abusivamente al crédito y no ha sido condenado por insolvencia fraudulenta, delitos contra la hacienda pública, industria, comercio u otros delitos relacionados con el ejercicio de la actividad de la empresa, salvo que haya sido rehabilitado.

(7) Vid. *American Bankruptcy Institute* (<http://www.abiworld.org>).

La nueva disciplina del convenio preventivo introduce modificaciones en el contenido de la propuesta de convenio, la formación de las clases de acreedores y la mayoría para su aprobación (voto favorable de los acreedores que representen la mayoría de los créditos admitidos a voto frente a los dos tercios que se exigía antes de la reforma). Durante el mismo, el deudor conserva la administración de sus bienes y el ejercicio de la empresa, bajo la vigilancia del comisario judicial (8), desapareciendo la dirección del juez delegado (art. 167 LF). El Tribunal tiene que homologar el convenio por decreto y es comunicado al deudor y comisario judicial. Para la homologación se prevé un plazo máximo de seis meses desde la presentación de la solicitud del convenio preventivo, prorrogable por un plazo máximo de sesenta días (arts. 180 y 181 LF).

En los casos de terminación del concurso de los artículos 118.3 y 4 de la *Legge fallimentare*, el Tribunal en el plazo de cinco años desde el decreto de terminación, a instancia del deudor o de cualquier acreedor, puede ordenar la reapertura del concurso, cuando del patrimonio del concursado existan bienes para hacer frente a los acreedores (art. 121 LF). El Tribunal recuperará al juez delegado o curador anteriores. Se establece como novedad que los plazos del artículo 16.4 y 5 podrán reducirse a la mitad y simplificarse la actuación de los acreedores ya admitidos al pasivo en el concurso cerrado.

El legislador parece hacer descuidado ciertos aspectos de concordancia. Así, por ejemplo, el artículo 213, que permite coordinar la *Legge fallimentare* con el Derecho societario, comete el error de remitirse a los artículos «2.494 y 2.495» en lugar de hacerlo a los artículos «2.495 y 2.496» del Código Civil (aumento y reducción de capital) o el artículo 241 que mantiene la expresión «rehabilitación civil del concursado» como causa de extinción del delito de bancarrota simple, cuando ha desaparecido por la liberación de deudas (art. 142 LF).

Por otra parte, el legislador ha perdido la oportunidad de modificar los aspectos penales del concurso para adecuarse a las nuevas realidades. Se mantienen los delitos de bancarrota fraudulenta patrimonial, bancarrota fraudulenta documental, bancarrota fraudulenta en la preferencia de los créditos y bancarrota simple. La doctrina penalista ha manifestado en repetidas ocasiones la exigencia de armonizar las disposiciones penales de la *Legge fallimentare* con los principios del Código Penal y la Constitución para evitar lo que CARNELUTTI afirmaba: «*Los delitos concursales han crecido como plantas salvajes, fuera del recinto cultivado por los jardineros del Derecho Penal; el*

(8) Sobre el comisario judicial, vid. artículo 165 de la *Legge fallimentare*. También son de aplicación los artículos 36 a 39 de la *Legge fallimentare* (recursos frente a sus actos, régimen de responsabilidad y compensación).

defecto de cultivo científico se advierte sobre todo en el plano legislativo. No es tarea fácil poner orden en este galimatías» (9).

El Decreto Legislativo número 5, de 9 de enero de 2006, sobre la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, entró en vigor el 16 de julio, seis meses después de su publicación en la Gaceta Oficial (G.U. núm. 12, de 16 de enero de 2006, S.O. núm. 13). Los artículos 45, 46, 47, 151 y 152 entraron en vigor el mismo día de su publicación.

RESUMEN

CONCURSO. ITALIA

El Decreto Legislativo número 5, de 9 de enero de 2006, sobre la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales, ha modificado en profundidad la Legge Fallimentare de 1942. La reforma, que entró en vigor en julio de 2006, ha adecuado la Legge Fallimentare a las sentencias de la Corte Costituzionale, a la nueva estructura del proceso civil y Derecho societario, ha simplificado y reducido los plazos del procedimiento, se ha ajustado al Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia y ha eliminado instituciones obsoletas.

ABSTRACT

BANKRUPTCY. ITALY

Legislative Decree number 5 of 9 January 2006 on the organic reform of the discipline for bankruptcy procedures has deeply modified the Legge Fallimentare of 1942. The reform, which went into force in July 2006, has accommodated the Legge Fallimentare to the rulings of the Corte Costituzionale and to the new structure of the civil process and company law, and it has simplified and shortened the procedure's deadlines. It has been adjusted to Regulation 1346/2000 of 29 May on insolvency procedures and has eliminated obsolete institutions.

(Trabajo recibido el 21-12-2006 y aceptado para su publicación el 30-4-2007)

(9) Vid. CARNELUTTI, F., «Recensione a Nuvolone», en *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pág. 254.