

**PROCESO CONCURSAL Y MIINISTERIO FISCAL. PROBLEMAS DE
COMPETENCIA Y CALIFICACIÓN DEL CONCURSO**

**Autor: Luis Carlos Díez Lirio. Letrado de la Sección de Estudios e Informes del
Consejo General del Poder Judicial. Fiscal en situación de servicios especiales.**

ESQUEMA GENERAL DE LA PONENCIA

En esta ponencia se abordan los principales aspectos que la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal. En primer lugar se delimita el alcance y contenido del artículo 8 de la LC, habida cuenta que en este precepto se fija la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso, cuestión ésta de relevancia capital para dilucidar, en cada caso, si dicho juez es competente para conocer de un determinado asunto o materia.

Siendo importante conocer con precisión el ámbito jurisdiccional del juez del concurso, no debe olvidarse que la atribución competencial que el indicado artículo 8 le asigna, se especifica y concreta en otros preceptos, a saber, los artículos 50 y 51, en lo que al orden jurisdiccional civil concierne, en el artículo 64, relativo al orden jurisdiccional social, el artículo 52 concerniente a los convenios arbitrales y al laudo y el artículo 55 cuyo objeto son las ejecuciones y apremios.

Junto a estos aspectos que enmarcan en lo competencia objetiva del juez del concurso, también serán objeto de tratamiento aquellas cuestiones que versan sobre la competencia territorial, en particular los aspectos relacionados con la declinatoria a que se refiere el artículo 12, así como sobre la competencia internacional.

En el segundo apartado se incidirá sobre todas aquellas cuestiones relativas a la calificación del concurso, tanto en el aspecto sustantivo de la calificación del concurso como sobre otros aspectos, tales como la forma y contenido del informe a que se refiere el artículo 169.2 de la LC y la sentencia de calificación cuyo régimen jurídico se establece en el artículo 172 y 172 bis.

En general, se hará hincapié en las novedades introducidas por la ley 38/2011, y sobre la doctrina jurisprudencial elaborada tras la entrada en vigor de dicha norma.

SUMARIO: 1. LA JURISDICCION EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DEL JUEZ DEL CONCURSO; 1.1 EL ARTICULO 8 DE LA LC; 1.1.1 Cuestiones Generales; 1.1.2. La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito y de la pena de multa; 1.1.3. La responsabilidad de los administradores sociales; 1.1.4. Situaciones litisconsorciales; 1.1.5. Materia laboral; 1.1.6 Otras cuestiones 1.2 LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS; 1.2.1 Consideraciones Generales; 1.2.2. Los nuevos juicios declarativos; 1.2.3. El apartado cuatro del artículo 50; 1.2.4 Los juicios declarativos en tramitación; La suspensión de los juicios declarativos pendientes 1.3 LA INCIDENCIA DEL CONCURSO EN EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN; 1.3.1 Los convenios arbitrales; 1.3.2 Los procedimientos arbitrales en tramitación. 1.4 LAS EJECUCIONES Y APREMIOS; 1.5 LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ DEL CONCURSO; 1.5.1 Aspectos Generales; 1.5.2 Competencia territorial en caso de conexidad; 1.6 LA COMPETENCIA INTERNACIONAL; 1.7 LA DECLINATORIA; 2. LA CALIFICACION DEL CONCURSO; 2.1 LA FORMACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LA SECCION SEXTA; 2.2. LA ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL EN LA SECCION DE CALIFICACION; 2.2.1 Finalidad de la intervención del Ministerio Fiscal; 2.2.2 El dictamen del Ministerio Fiscal. 2.3 OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CALIFICACIÓN; 2.3.1 La Sentencia de calificación; 2.3.1.1. Cuestiones generales, 2.3.1.2. Las medidas susceptibles de ser acordadas; 2.3.1.3 Especial referencia a la cobertura del déficit concursal; 2.4 LOS MOTIVOS DE CULPABILIDAD; 2.5 LA PERSPECTIVA JURÍDICO PENAL

1.- DE LA JURISDICCION EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DE LOS DIFERENTES ASPECTOS COMPETENCIALES.

1.1.- EL ARTÍCULO 8 DE LA LC

1.1.1 Cuestiones Generales

El artículo 8 de la LC atribuye al juez del Concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las siguientes materias:

1º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.

2º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

4º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

5º Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

6º Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

7º Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

El apartado primero delimita el ámbito de actuación del Juez del concurso mediante una regla de carácter general circunscrita por una excepción, de modo que cualquier acción de naturaleza civil dotada de relevancia para el patrimonio del concursado deberá ser conocida por aquél, tanto si la competencia objetiva viene atribuida con carácter general al juez de Primera Instancia como al juez de lo Mercantil. La excepción a que se ha hecho mención opera cuando las acciones con trascendencia patrimonial se ejerciten en los procesos a que se refiere el artículo 748 de la LEC.

Llama la atención que el legislador no haya exceptuado de la jurisdicción del juez del concurso a acciones de naturaleza eminentemente personal, tales como las que versen sobre los derechos honoríficos de la persona o las que pretendan la tutela del derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y aquéllas relativas a la tutela civil de cualquier otro derecho fundamental (artículo 249.1.1º y 2º de la LEC). Es notorio que estas acciones también pueden contener pretensiones de carácter resarcitorio o indemnizatorio, con la consiguiente incidencia sobre el patrimonio del concursado. En estos casos, el juez del concurso debe conocer de esta clase de acciones, y ello no obstaría la intervención del Ministerio Fiscal que proclama el artículo 249. 1.2º de la LEC respecto de la tutela de los derechos indicados.

1.1.2. La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito y de la pena de multa.

La categórica redacción dada al artículo 8.3 dispensa de mayores abundamientos sobre el particular que ahora se aborda, puesto que sobre cualquier ejecución sobre los bienes y derechos de contenido patrimonial, sea cual sea la autoridad que lo haya ordenado, le corresponde conocer al Juez del concurso. Sin embargo, circunstancias tales como que la Ley Concursal no haga referencia a la responsabilidad civil derivada de cualquier hecho delictivo, y que solamente el artículo 260.3 del Código Penal prevea la integración de la responsabilidad civil en la masa del concurso, pueden suscitar ciertas dudas al respecto.

No obstante, la expresa atribución de créditos con privilegio general a la responsabilidad civil de los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad así Social -así lo dispone el artículo 91.5 de la LC- , permite afirmar que la ejecución de la responsabilidad civil derivada del resto de de figuras delictivas también se incardina dentro del ámbito concursal, pues no se entrevé razón alguna que justifique un tratamiento jurídico diferenciado para este último supuesto.

En cuanto a la pena de multa, dos son los motivos que abogan a favor de la jurisdicción del Juez del concurso, de cara a la ejecución de dicha sanción. Por una parte, el artículo 92.4 de la LC atribuye la condición de crédito subordinado a las multas y demás sanciones pecuniarias, sin mayor matización; por otro lado, carecería de sentido que la ejecución de la pena de multa tuviera carácter extraconcursal, a diferencia de la responsabilidad civil, máxime cuando aquélla ocupa el último lugar en el orden de prelación de pagos que establece el artículo 126 del Código Penal.

Dicho lo anterior, conviene matizar que las atribuciones del Juez del Concurso en relación con la multa se circunscriben a la satisfacción de la misma conforme a su condición de crédito subordinado – esa es la condición que le asigna el artículo 92 de la LC-, de manera que el órgano correspondiente al orden jurisdiccional penal mantiene el resto de facultades que le confiere el Código Penal.

Para finalizar este apartado, se estima oportuno traer a colación la STS de 11.5.2012 (Sala II), en la cual se formulan interesantes consideraciones sobre la interrelación entre la responsabilidad civil declarada en el proceso penal por delito de insolvencia punible y el procedimiento concursal, de cara a evitar, sobre todo, situaciones de enriquecimiento injusto.

(...) En materia de responsabilidad civil ligada al delito de insolvencia concursal, la relación entre la jurisdicción civil y penal es autónoma pero interrelacionada. El art. 260.3 del CP es claro cuando señala, a los efectos que ahora interesan, que "... el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa". El desenlace en el ámbito de la responsabilidad civil estará condicionado, como es obvio, por el art. 112 de la LECrim, conforme al cual, una vez se ejercita la acción penal, se entenderá también utilizada la acción civil, a no ser que el perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla una vez terminado el juicio criminal. De ahí que no exista cobertura jurídica para afirmar que el Juez penal llamado a enjuiciar el carácter delictivo de la insolvencia concursal carezca de capacidad para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada de ese hecho ilícito. Las fuentes obligacionales son distintas y como tal operan en cada uno de los procesos.

La competencia del Juez penal para pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del delito de insolvencia punible ha sido proclamada en varios precedentes jurisprudenciales (cfr. por todos, STS 1013/2003, 11 de julio). En su escrito de desarrollo del motivo, la defensa menciona la STS 382/2010, 28 de abril. El supuesto de hecho allí enjuiciado, sin embargo, nada tenía que ver con el que ahora es objeto de examen. Allí se trataba de una causa por un posible delito de apropiación indebida, relacionado con el cobro de un premio correspondiente al sorteo de la lotería primitiva, en el que la parte querellante ya había ejercido con carácter previo la acción civil por la vía del art. 109.2 CP, habiendo obtenido una resolución condenatoria de acuerdo con sus pretensiones por la mitad del importe total del premio. Ninguna relación tiene con las dificultades interpretativas del art. 260.3 del CP y los términos de la incorporación a la masa del importe de la indemnización.

Al margen de ello, conviene precisar que la existencia de un tratamiento jurisdiccional en paralelo, aunque claramente interrelacionado en materia de responsabilidad civil, se manifiesta en otros preceptos de la legislación concursal. Tal es el caso del art. 50.2 de la Ley 22/2003, 9 de julio, en el que se exhorta a los Jueces y Tribunales del orden penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor a que emplacen a la administración concursal y la tengan como parte en defensa de la masa, si se personase.

De ahí que no nos hallemos ante un problema de "non bis in ídem", como con cierto desenfoque se defiende en el motivo. La prohibición constitucional de doble incriminación, en la medida en que supone un desbordamiento del principio de culpabilidad, no acoge en su ámbito natural las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil. La exclusión del deber de pagar de forma duplicada una obligación civil, encuentra una explicación más lógica en la concurrencia de alguna de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 Código Civil).

No se trata, en fin, de un problema asociable al "non bis in ídem", sino a la idea civil de enriquecimiento injusto, excluible, precisamente, mediante una decisión jurisdiccional que, ya en fase de ejecución, analice la concurrencia de algún hecho extintivo del deber de hacer frente a la obligación declarada o, como sucede en el caso presente, de una disposición legal (art. 260.3 CP) que aplique a un destino específico -su incorporación a la masa- la cantidad resultante.

En suma, no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos. No en vano, el art. 86 ter 1º, 3º de la LOPJ señala entre las competencias del Juez del concurso conocer de "... toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado". Idéntica cautela late en el art. 53.1 de la Ley Concursal 22/2003, 9 de julio, en el cual se dispone que el Juez mercantil ha de dar cumplimiento a las sentencias dictadas antes o después de la declaración de concurso "... el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda ".

1.1.3. La responsabilidad de los administradores sociales.

El mandato estatuido en el artículo 8.7 no presupone, en absoluto, que cualquier solicitud de responsabilidad frente a los administradores sociales deba ser conocida por el Juez del Concurso. De acuerdo con lo establecido en el RD-Leg 1/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades del Capital (TRLSCP), las acciones que cabe dirigir frente a los administradores son las siguientes:

a) Acción social de responsabilidad. Su régimen jurídico se recoge en los artículos 238 a 240. Dicha acción puede ser ejercitada previo acuerdo de la junta general (artículo 238) o, subsidiariamente, por los socios minoritarios (artículo 239) o, cuando el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente, a los acreedores sociales (artículo 240).

b) Acción individual de responsabilidad. El artículo 241 habilita su ejercicio a los socios y terceros cuando los actos de los administradores lesionen directamente los intereses de aquéllos.

c) Acción de responsabilidad solidaria. El contenido y alcance de esta acción se establece en el artículo 367. Básicamente, los administradores responderán solidariamente ante terceros cuando incumplan los deberes impuestos por la ley, siempre concurra causa de disolución de la sociedad. Ello implica que responderán solidariamente (con la sociedad) de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de los de Madrid, de fecha 12.9.2012, ha abordado esta cuestión y así, con expresa invocación de la STS 501/2012, en el fundamento jurídico único se indica que la única acción que compete conocer al Juez del Concurso es la acción social de responsabilidad a que se refiere el artículo 8.7 de la LC, pues la acción de responsabilidad solidaria queda sujeta a la paralización a que se refieren los artículos 50.2 y 51 bis.1 de la LC, mientras que la acción individual de responsabilidad queda extramuros del ámbito concursal.

Tal criterio sustentado en la sentencia traída a colación resulta de todo punto acertado, pues cualquier otra interpretación abocaría a una extensión manifiestamente exorbitante del artículo 8.7., y ello no obstante la redacción dada a la segundo párrafo del artículo 51.1, el cual prevé la acumulación de oficio al concurso de todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada, contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Lógicamente, la redacción del último artículo citado no puede servir de pretexto para extender la jurisdicción del Juez del Concurso más allá de lo previsto en el artículo 8 de la LC

1.1.4. Situaciones litisconsorciales

Dentro de las cuestiones que suscita la aplicación del artículo 8.1.1º de la LC se trae a colación la problemática que plantea las situaciones litisconsorciales. De conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la LEC *“Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del objeto o del título o causa del pedir”*. Los supuestos de litisconsorcio pueden dividirse en dos modalidades, a saber, la que tiene lugar con motivo de una acumulación puramente voluntaria – litisconsorcio voluntario simple- y el litisconsorcio pasivo necesario, que de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 de la citada Ley ritaria tiene lugar *“Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa”*.

Mayoritariamente, la doctrina considera que el juez del concurso carece de competencia para conocer de las acciones dirigidas frente a terceros distintos del concursado, ya que en esos casos faltaría el requisito previsto en el artículo 73.1º de la LEC, que exige *“Que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o de la cuantía para conocer de la acción acumulada (...)”*. Sin embargo, este aserto no sería aplicable a los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario habida cuenta que si se rechazara la acumulación subjetiva, se produciría una indeseable ruptura de la continencia de la causa, lo cual aboga a favor de la competencia del juez del concurso para conocer de estas situaciones litisconsorciales. Este criterio ha sido mantenido por algunas resoluciones judiciales, tales como la SAP de Pontevedra, de fecha 5.5.10, la cual distingue entre situaciones de litisconsorcio pasivo voluntario, en las que opera la causa impeditiva del artículo 73.1.1º de la LEC, de aquellas otras que configuran un litisconsorcio pasivo necesario que exigirán que el juez del concurso conozca también de la acción ejercitada contra

terceros distintos del concursado pues, como ha indicado el Tribunal Supremo, concurre una “comunidad de relación jurídica”.

En el mismo sentido, la SAP de Madrid, de fecha 18.6.2012 refleja que “(...) En el presente procedimiento, objeto del recurso que nos ocupa, al tratarse de una acumulación puramente voluntaria en base a la solidaridad, no existe un argumento válido para sostener la competencia del juez del concurso respecto de las acciones dirigidas contra sujetos distintos del concursado, por carecer el Juez del concurso de competencia objetiva para ello y faltar, por tanto, uno de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones, porque para admitirse la acumulación es preciso a tenor de lo dispuesto en el art. 73.1.1º de "que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulación o acumuladas" dándose lugar a que si el demandante pretende un litisconsorcio pasivo voluntario ante el Juez del concurso por medio de la acumulación subjetiva de acciones , deba ser requerido para que desacomule las acciones frente a terceros distintos de la concursada(...)” .

1.1.5. Materia Laboral

El artículo 8.1.2º atribuye al juez del Concurso la competencia para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Básicamente, la aplicación práctica de este precepto, en lo que al orden competencial se refiere, se circunscribe al supuesto previsto en los artículos 64.10 y 65 de la LC. La reforma operada por la Ley 38/2011 del artículo 64.10 ha modificado sustancialmente el régimen jurídico aplicable a las denominadas acciones resolutorias (a instancias del trabajador) de carácter individual interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, que traigan causa de la situación económica o insolvencia del concursado. Dicho régimen queda delimitado del siguiente modo.

a) Atribución de naturaleza colectiva a las acciones individuales iniciadas desde la incoación del expediente de extinción colectiva.

b) Suspensión de de la tramitación de los procedimientos iniciados con posterioridad a la solicitud de concurso, hasta en tanto adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. Dicho auto producirá el efecto de cosa juzgada sobre los procedimientos individuales suspendidos.

c) Los Juzgados de lo social continuaran tramitando, conforme a lo previsto en el artículo 50 de la LC, los procedimientos iniciados con anterioridad a la solicitud de concurso.

1.1.6 Otras cuestiones

También corresponde al juez del concurso adoptar cualquier medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º del artículo 8.1. La amplitud de este mandato queda corregida y matizada en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.2 de la LC, que implícitamente excluye de la jurisdicción del juez del concurso las acciones con trascendencia patrimonial que se esgriman ante los órganos judiciales de las órdenes

contencioso-administrativo, social o penal, que constriñe el ámbito de actuación del juez del concurso en la adopción de medidas cautelares a los estrictos términos del ámbito competencia que le confiere el artículo 8.1 de la LC, sin que quepa exasperar sus facultades a otra clase de acciones o procedimientos.

Por otro lado, la novedad introducida en el ordinal cuarto por la Ley 38 /2011 confiere al Juez del concurso la facultad de incidir en el ámbito propio de las medidas cautelares acordadas en el proceso arbitral, bien acordando la suspensión de las mismas o solicitando su levantamiento, siempre que la tramitación del concurso así lo aconseje. La redacción del precepto no se antoja acertada: en primer lugar, no parece que el Juez del Concurso deba solicitar el levantamiento de medida cautelar alguna; además, la suspensión es una medida suficiente para garantizar la adecuada tramitación del procedimiento concursal.

1.2. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO SOBRE DETERMINADOS PROCEDIMIENTOS.

1.2.1. Consideraciones Generales

El artículo 50 del la LC establece lo siguiente:

1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

2. Los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior.

3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

4. Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.

De la lectura del precepto fácilmente se deduce que la regulación que se ofrece en cada uno de los números que lo integran contempla situaciones distintas, y así, mientras el número uno trata de reforzar la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso, exhortando a los jueces del orden civil y social para que inadmitan a trámite de aquellas demandas reservadas al conocimiento de aquél, so pena de nulidad radical las actuaciones practicadas contraviniendo la regla anterior, el número cuatro del precepto en cuestión va dirigido a los jueces de las órdenes jurisdiccionales que cita expresamente, para que en la sustanciación de aquellos procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor que deban de conocer no obstante la declaración del concurso, emplacen a la administración concursal y la tengan como parte en defensa de la masa si se personare. Con ello se pretende que la administración concursal sea tenida en cuenta, como una parte más en defensa de los intereses que legalmente se le atribuyen.

Los números dos y tres, introducidos por la reforma operada por Ley 38/2011, tienen un alcance concreto y específico, ya que su objeto versa sobre las reclamaciones formuladas al amparo del artículo 1597 del Código Civil (número tres) o el ejercicio de la acción a que se refiere el artículo 367 del TRLSCP (número dos). Aun cuando no se diga expresamente, la correcta exégesis de ambos números lleva a colegir que los números indicados prohíben el ejercicio de este tipo de reclamaciones durante la sustanciación del concurso y, de ahí el mandato que se dirige a los Jueces de Primera Instancia y de lo Mercantil, al objeto de no admitir a trámite las demandas que se formulen.

Obviamente, ello implica que el Juez del Concurso tampoco sea competente para conocer de las mismas, pues lo pretendido por el legislador consiste en impedir que durante la sustanciación del concurso pueda tener lugar la resolución de estas acciones individuales, obligando a los acreedores a acudir al procedimiento concursal para la efectividad de su crédito, una vez cegada la vía privilegiada que supone el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil.

Respecto de la responsabilidad solidaria que contempla el artículo 367 del TRLSC, el legislador ha sido consciente de la repercusión indirecta que el ejercicio de estas acciones supone, pues aunque no incidan directa o indirectamente en el patrimonio del concursado, sí lo hacen sobre el patrimonio de los administradores sociales, lo que a la postre puede dar lugar a que en aquellos supuestos en que estos últimos sean condenados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, al amparo de lo previsto en el artículo 172.2.3º de la LC, o a la cobertura total o parcial del déficit concursal, de conformidad con lo previsto en el artículo 172.bis de la citada Ley, los restantes acreedores verían mermadas sus expectativas de cobro

1.2.2. Los nuevos juicios declarativos.

El Título que encabeza el precepto sugiere que las consecuencias jurídicas que del precepto se derivan sólo resultan predicables de los juicios declarativos; estos juicios son aquéllos de los que debe de conocer el juez del concurso, de conformidad con lo previsto en la LC, lo cual obliga a retomar lo dispuesto en los números uno y dos del artículo 8 de la LC, para así poder comprender el verdadero alcance del precepto.

El enunciado del artículo no se limita a hablar de los “juicios declarativos” sino que complementa la frase con el vocablo “nuevos”. Tal matización permite entender que en régimen jurídico que dicho precepto establece sólo resulta predicable de aquellos procedimientos de carácter declarativo que puedan ser considerados nuevos. Dado que el carácter de novedoso sólo puede ser atribuible en términos relativos, para delimitar con exactitud cuales son los nuevos juicios declarativos es necesario conectar el precepto analizado con lo que en relación con los juicios declarativos pendientes establece el primer párrafo del artículo 51-1 de la LC, que como es de ver contempla como variables a tener en cuenta el momento de la declaración del concurso y la precedente tramitación del juicio declarativo.

La operatividad del primer párrafo del artículo 50-1 de la LC se circunscribirá, en lo que a los juicios declarativos se refiere, a aquéllos en que la interposición de la demanda se produce con posterioridad a la declaración del concurso, puesto que para aquellos juicios declarativos que se encuentran en tramitación al momento de la declaración del concurso, la regla general aplicable es bien distinta – la continuación hasta la firmeza de la sentencia “ex artículo” 51.1, primer párrafo de la LC-. Dicha posición es, además, la que mejor se concilia con lo dispuesto en el artículo 410 de la LEC, que al referirse a la litispendencia establece que esta figura, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda si después es admitida.

El primer párrafo del artículo 50-1 contiene un mandato expreso dirigido al juez del orden civil ante quien se interponga la demanda, en cuya virtud este debe de abstenerse de conocer. La abstención que se estatuye, supone la introducción de una causa de inadmisión de la demanda y, por tanto, el proceder del juzgador se limitará a rechazar la misma mediante auto, previniendo, eso si, a la parte actora (advuértase que la dicción legal del precepto que alude a las “partes” se antoja incorrecta) del derecho que le asiste para usar de su derecho ante el juez del concurso.

Sin embargo, dado que es perfectamente posible que el escrito de demanda no advierta de la existencia de un procedimiento concursal en tramitación e, incluso, que tal circunstancia sea ignorada por el propio actor, la previsión que contiene el párrafo segundo del artículo 50-1 se antoja procedente y oportuna de todo punto, ya que una vez se haya constatado la existencia de declaración del estado concursal con fecha anterior a la presentación del escrito de demanda, ante la evidente actuación judicial carente de competencia, la consecuencia que el legislador establece ordenando el archivo de lo actuado y la subsiguiente carencia de validez, es la más adecuada y conforme con la sistemática procesal.

En la práctica forense suele ser el demandado quien, al evacuar el trámite de contestación, hace notar que ha sido declarado en situación de concurso. Ante esta tesitura los jueces de Primera Instancia suelen acudir al trámite previsto en el artículo 48 de la LEC, confiriendo el preceptivo traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, al objeto de informar sobre la competencia, mientras que los jueces de lo Social acuden al trámite previsto en el artículo 5 de la Ley de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que también prevé la intervención de las partes y del Ministerio Fiscal. A este respecto hemos de indicar que si bien el artículo 50.1 no contempla un trámite similar al previsto en los preceptos objeto de cita, resulta adecuado que la decisión judicial esté

precedida del previo informe de las partes y del Ministerio Fiscal, tal y como acontece en todos aquellos supuestos en los que se dilucida respecto de la competencia del órgano judicial, máxime si se tiene en cuenta que la adopción de la medida que contempla el número dos del citado artículo conlleva la invalidez de todo lo actuado.

La expresa mención de los juicios declarativos supone que quedan excluidos del precepto analizado, y en consecuencia sujetos a un régimen jurídico propio, los procedimientos arbitrales (artículo 52 de la LC) y las ejecuciones y apremios (artículo 55 y siguientes). Asimismo, quedan fuera de las previsiones del artículo 50-1 todos aquellos procedimientos especiales que allí se mencionan en el artículo 8.1.1ª (los comprendidos en el Título I del libro IV relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores), los cuales, con independencia del momento en que sea interpuesta la demanda con relación a la declaración de concurso, siempre han de ser conocidos por el juez de Primera Instancia.

Hecha la anterior observación, no cabe albergar duda alguna respecto de la competencia del Juez del concurso para conocer de los juicios ordinarios y verbales que puedan suscitarse con posterioridad a la declaración del estado concursal; asimismo, los juicios monitorios y cambiarios entablados con posterioridad a la declaración del concurso también habrán de ser conocidos por el juez del Concurso, y ello con independencia de las disquisiciones que se puedan llevar a cabo en atención a su naturaleza especial ya que las posibilidades de despachar ejecución que los artículos 815 y 825 de la LEC establecen, así como la potestad de ordenar el embargo preventivo que el artículo 821.2º de la citada norma contempla, refuerza aún más la atribución competencial a favor de aquel órgano.

1.2.3. El apartado cuatro del artículo 50

La exégesis del número primero del artículo citado, la cual ha quedado expuesta en el apartado anterior, facilita el correcto entendimiento del número cuatro que, tal y como se observa, sólo contiene un mandato dirigido a los jueces y tribunales de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal, mandato que contempla la obligación que les incumbe de emplazar a la administración concursal y tenerla como parte en defensa de la masa si se persona, siempre y cuando ante dichos jueces o tribunales se susciten acciones con posterioridad a la declaración del concurso, con relevancia para el patrimonio del deudor. Por tanto, para que puedan operar las previsiones que el precepto contiene, es necesario que las acciones se entablen con posterioridad a la declaración del concurso, y que las mismas se ejerciten ante los órganos del orden social, contencioso-administrativo o penal.

La “ratio” del precepto no es otra que permitir o facilitar la defensa de los intereses de la masa, en aquellos procedimientos en que por definición van a ser conocidos por un órgano judicial distinto del juez del concurso. Siendo esta la finalidad que se persigue, llama la atención que el precepto en cuestión haya obviado cualquier referencia a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil, ya que si bien es cierto que la regla general que establece el artículo 8-1º de la LC atribuye al Juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente respecto de las acciones con trascendencia patrimonial que se susciten ante este orden jurisdiccional, no debe olvidarse que quedan excluidas del conocimiento del juez del concurso, tengan o no trascendencia para el

patrimonio del deudor concursado, las acciones que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el Título I del libro IV de la LEC, y no siendo descartable “a priori” que en este tipo de acciones -de eminente contenido personal- concurren intereses económicos susceptibles de incidir en el patrimonio del concursado, no se alcanza a comprender las razones por las que en estos supuestos no se ha facultado la personación de la administración concursal, a los meros efectos, eso sí, de permitir la defensa de la masa, máxime cuando el artículo 47, números dos y tres, fija cual es el régimen jurídico de la obligación de satisfacer alimentos con cargo a la masa activa, en el caso que se imponga dicha obligación al concursado por resolución judicial dictada en cualquiera de los procedimientos que hemos hecho mención.

También resulta llamativo que la operatividad del precepto se circunscriba a aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la declaración del concurso, es decir, aquellos que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 410 de la LEC, la demanda ha sido presentada con posterioridad a dicha declaración, olvidando que el fin primordial del artículo 50.4 es procurar la defensa de los intereses de la masa, intereses que concurren tanto en los procedimientos iniciados con posterioridad como con anterioridad a la declaración del concurso. Puesto que al margen de los supuestos contemplados en el artículo 50.4 de la LC, no existe obligación de emplazar a la administración concursal, las únicas posibilidades de intervención de esta última en los procedimientos que se sustancien ante los órganos del orden jurisdiccional civil, pasa por la aplicación al caso de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LEC (intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados e intervención provocada), preceptos que, en atención al contenido de la Disposición final quinta de la LC resultan de aplicación supletoria al caso.

También se ha de hacer mención a que el mandato que contiene el artículo 50.2 es de naturaleza imperativa y, por tanto, la omisión de tal obligación producirá los efectos inherentes a toda resolución que se dicte con omisión de una persona que debe ser citada conforme a ley.

Por último hemos de resaltar también, que las previsiones de este artículo solo son aplicables a aquellos supuestos en los que no se haya acordado la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, puesto que para el caso contrario, la administración concursal sustituirá a la persona del deudor en el procedimiento en cuestión, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 51 de la LC

1.2.4. Los juicios declarativos en tramitación.

El artículo 51.1 de la LC establece lo siguiente:

1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia.

Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores.

Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia.

Tal y como refleja el tenor del precepto, cuando los juicios declarativos en que sea parte el deudor se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso, a diferencia de lo que acontece en el supuesto previsto en el artículo 50.1, se habrán de continuar hasta la firmeza de la sentencia. Tal afirmación supone que el órgano judicial que inició el conocimiento de los mismos debe concluir hasta la finalización de la fase declarativa. Esta regla general no supone más que una extrapolación de las consecuencias inherentes a litispendencia, impidiendo que un hecho ocurrido con posterioridad, cual es la declaración del concurso, pueda afectar a la competencia del primigenio juez, salvo el supuesto excepcional que el propio precepto contempla. Como ya hemos apuntado anteriormente, el procedimiento debe entenderse sujeto a tramitación desde el mismo momento en que se presenta la demanda, si después es admitida a trámite, sustanciándose a continuación según la normativa prevista en la LEC con carácter general. Respecto de los juicios de carácter civil que resultan afectados por el precepto estudiado, se estima conveniente analizar con detenimiento cual es el régimen jurídico aplicable a los procedimientos monitorios y cambiarios a los que se refiere el Título III del Libro IV de la LEC, pues los restantes procedimientos no suscitan problemas de particular enjundia.

En relación con el proceso monitorio, la problemática que se suscita se bifurca en dos sentidos. Según la mecánica procedimental reflejada en los artículos 812 y siguientes de la LEC, una vez admitida a trámite la petición inicial y efectuado el requerimiento de pago en forma al deudor, si este último no paga o no promueve oposición, según dispone el artículo 816 de la LEC se dictará decreto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada y, consiguientemente, la ejecución despachada proseguirá conforme a lo dispuesto para las sentencia judiciales, quedando vedada la posibilidad de que en un ulterior proceso ordinario se vuelva a reclamar la cantidad solicitada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviese. Por ello, resulta conveniente dilucidar si habiéndose presentado la petición inicial del procedimiento monitorio con anterioridad a la declaración del concurso corresponde al Juez de primera instancia continuar la tramitación del procedimiento o, por el contrario, es al Juez del concurso a quien corresponderá conocer. La cuestión como es de ver, presenta un indudable interés práctico y como más adelante se expone, la adopción de un criterio extremo en uno u otro sentido da lugar a soluciones insatisfactorias, ya que si se considera aplicable, con todas las consecuencias, el criterio que sustenta el artículo 51.1 de la LC, ante la falta de oposición del deudor el juez civil deberá dictar auto despachando ejecución por la cantidad adeudada, lo cual es contrario a lo dispuesto en los artículos 8-3º y 55 de la LC. Por el contrario si se reputa competente al Juez del concurso, para el caso de que el deudor presente oposición en tiempo y forma, este último estaría conociendo de un procedimiento declarativo (verbal u ordinario, según los casos), cuyo inicio ha tenido lugar con anterioridad a la declaración

del concurso, lo que también implicaría el incumplimiento del mandato contenido en el artículo 51.1 de la LC.

La solución más aceptable es la que ofrece el Auto del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao de fecha 23.1.06, resolución que entiende que si el deudor requerido no plantea oposición, el juez civil deberá dictar auto finalizando el procedimiento, dado que no es posible, al amparo de lo dispuesto en el artículo 55-1 de la LC, que aquél pueda iniciar ejecuciones singulares, ora sean judiciales o extrajudiciales. Mas, si el deudor se opone, entonces no existe óbice alguno para que el juez civil pueda continuar con la tramitación del procedimiento hasta firmeza de sentencia, tal y como dispone el artículo 51.1 de la LC.

Junto al aspecto enunciado, también cabe abordar la cuestión desde la perspectiva del carácter unitario o dualista que se asigne al procedimiento monitorio. La SAP de la Coruña, de fecha 11.5.2012, y los AAP de Madrid, de fecha 30.3.2012 y 21.6.2011 reflejan la tesis mayoritaria. Dichas resoluciones consideran que el procedimiento monitorio tiene carácter único, si bien se bifurca en dos fases diferenciadas, según exista o no oposición del deudor. Conforme a tal postulado, siempre que la petición inicial se haya formulado con anterioridad a la declaración del concurso será competente el Juez de Primera Instancia al amparo del artículo 51.1 de la LC.

Ahora bien, para los partidarios de la tesis dualista, que implica que el procedimiento monitorio propiamente dicho finalice con la oposición del deudor, lo verdaderamente decisivo a efectos de la aplicación del artículo 50.1 o, en su caso, del artículo 51, ambos de la LC, es la fecha en que el procedimiento se tramite conforme al juicio verbal u ordinario; y si esta es posterior a la declaración de concurso deberá inadmitirse, conforme a lo estatuido en el artículo 50.1 de la LC (vide SAP de Toledo, de 19.10.2010 y SAP de Valencia, de 5.10.2009).

En mi opinión resulta más acertada la tesis mayoritaria, en la medida en que se acompaña mejor con la naturaleza “sui generis” del procedimiento monitorio. Ciertamente es que el contenido del artículo 818.2 del LEC puede servir de base para sustentar la denominada concepción dualista, pero como pone de relieve la SAP de la Coruña, de 11.5.2012 *“La respuesta mayoritaria de las Audiencias Provinciales se decanta por entender que debe seguir conociendo el Juzgado de Primera Instancia que ya conocía del proceso monitorio. Así se argumenta: que debe considerarse que se trata de un único proceso desde el momento en que se promueve, y donde la competencia del Juez, tanto la territorial como la objetiva, para conocer de la totalidad de su tramitación y las diferentes fases que lo componen se determina en el momento de admitir la solicitud inicial, y no cuando se presenta la demanda de la fase de cognición (Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25, de 21 de junio de 2011 y 18 de marzo de 2011 ; (ii) que el artículo 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la tramitación de la oposición del deudor en el monitorio , cuando el importe de la reclamación es superior a la prevista para el juicio verbal, dispone que si el peticionario no interpusiera demanda dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, se sobreseerán las actuaciones con condena en costas al acreedor; y si la presentare se seguirán los trámites de los artículos 404 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que pone de manifiesto la unidad procedimental en estos casos de manera que la fase contradictoria en que se entra no deja de formar parte del procedimiento inicial (Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de abril de 2010); que en la previsión del artículo 8 de la Ley Concursal , en relación en el artículo 51 del mismo texto legal, debe entenderse comprendida la fase*

declarativa, que debe continuar conociendo hasta la firmeza de la sentencia o del auto correspondiente; y una vez el interesado obtenga su sentencia o su correspondiente auto, que no incumbe al juez del concurso dictar, podrá exigir para ese título el tratamiento que como acreedor le corresponda en el concurso (para esto último sí deberá dirigirse al juez del concurso, ya que lo que no podrá es iniciar a partir de entonces una ejecución separada de su crédito, según el artículo 55 de la Ley Concursal (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 26 de marzo de 2010. En la misma línea se pronuncian los Autos de la Audiencia Provincial de Cáceres de 28 de enero de 2010 y de Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de julio de 2009.)”

Respecto del procedimiento cambiario, el problema se plantea desde el mismo momento en que se produce la admisión a trámite de la demanda, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 821.2 el requerimiento de pago irá indisolublemente unido al embargo preventivo de bienes del deudor, siempre y cuando la deuda no sea saldada. El AAP de Madrid de fecha 26-2-08, aborda específicamente esta cuestión, y tras analizar la naturaleza de este tipo de juicios concluye que aun cuando el juicio cambiario es un procedimiento especial que habilita una cognición limitada de la acción y de las relaciones entre el acreedor y los deudores cambiarios, prevalecen, no obstante, las medidas de ejecución automáticas dirigidas al apremio, a través del embargo preventivo y posterior despacho de ejecución, siendo por tanto de aplicación lo dispuesto en el artículo 55.2 –y no el artículo 51.1 de la LC- lo que a la postre determina que el Juez civil no pueda continuar conociendo del procedimiento, aun cuando este se haya iniciado con anterioridad a la declaración del concurso. La solución a la que llega dicha resolución, con ser discutibles los argumentos que ofrece sobre la naturaleza del juicio cambiario, es no obstante la más razonable y la que de mejor modo soslaya los inconvenientes que suscita el embargo preventivo a que se refiere el artículo 821.2-2º de la LEC, que como medida cautelar que es, sólo puede ser adoptada por el juez del concurso.

El criterio reflejado en el párrafo anterior ha sido refrendado, entre otras resoluciones, por el AAP de Barcelona, de fecha 27.6.2012, y por la SAP de Madrid de 13.9.2010. Sin embargo, el ATS de 22.11.2011, en cuya virtud se dilucidó un conflicto de competencia objetiva entre un juzgado de Primera Instancia y el juzgado de lo Mercantil que conocía de un procedimiento concursal, atribuyó la competencia al juzgado de Primera Instancia, al entender que era *“de aplicación preferente el artículo. 51 de la Ley Concursal que dispone que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso, continuarán hasta la firmeza de la sentencia. Dado que el juicio cambiario iniciado en los Juzgados de Valdepeñas es de fecha 27 de noviembre de 2008 y la declaración de concurso tuvo lugar el 3 de marzo de 2009, corresponde la competencia al primeramente citado. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo. 51.1 párrafo primero in fine de la Ley Concursal, en relación con el párrafo segundo del mismo, sobre posible acumulación.*

El segundo párrafo introduce una excepción de calado, cuya aplicación será imperativa siempre que el objeto del litigio verse *sobre reclamaciones por daños y perjuicios a la persona jurídica contra sus administradores o liquidadores, de hecho o derecho, y contra los auditores.* El Proyecto de reforma de la LC confirió al referido párrafo la siguiente redacción: *“Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios contra los*

administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica concursada”. Sin embargo, con motivo de la enmienda número 221 del Grupo Socialista, la redacción final del precepto es la que anteriormente se ha transcrito. La finalidad explícita de la enmienda fue la siguiente: *Se modifica expresamente el párrafo segundo (del artículo 51.1) en coherencia con el número 7 del artículo 8, y así se aclara que la acumulación a que se refiere el precepto es la acción social*. Vista la razón dada, no parece que la redacción finalmente empleada sea muy afortunada, habida cuenta que habría bastado con trasladar el contenido del artículo 8.7 al párrafo segundo del artículo 51.1 del LC, y ello habría evitado las dudas inherentes a cualquier redacción imprecisa, como es el caso. No obstante, la explícita finalidad de la enmienda corrobora lo ya manifestado al analizar el contenido del artículo 8.7 de la LC.

Desde otra perspectiva, el mandato consignado en el párrafo segundo del artículo 51.1 tampoco comporta ventajas que justifiquen una alteración de la litispendencia. Como es de ver, la acumulación se producirá imperativamente siempre que el juicio se sustancia en la primera instancia y no se haya celebrado el acto de la vista o juicio. Por ello, son obvios los inconvenientes que pueden derivarse de la acumulación al concurso en un estadio tan avanzado de la tramitación, si bien debe reconocerse que el precepto no vulnera la regla general establecida en el artículo 77.4 de la LEC.

Además, en realidad la acumulación a que se refiere el párrafo analizado no es tal, puesto que conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 51.1, los juicios acumulados continuaran su tramitación ante el Juez del concurso, de acuerdo a los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia. Ante tal previsión, lo que realmente se establecido es una regla de competencia objetiva a favor del Juez del concurso, que altera el régimen jurídico enunciado en el primer párrafo del artículo citado.

1.2.5 Suspensión de los juicios declarativos pendientes

Artículo 51 bis

1. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.

2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.

El artículo 51 bis se establece un régimen de suspensión para aquellos procedimientos derivados del ejercicio de acciones de responsabilidad por incumplimiento de los deberes cuando hubieran concurrido causas de disolución de la sociedad o se hubiera ejercitado la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil. Las medidas a que se refiere el artículo 51 bis son complementarias de las prohibiciones

de admisión a trámite previstas en los números dos y tres del artículo 50, pues pretenden evitar la descapitalización que podría tener lugar con motivo del ejercicio de esta clase de acciones individuales. En la medida en que este precepto no atañe a ningún aspecto de carácter competencial, huelga cualquier pronunciamiento por parte del Ministerio Fiscal.

1.3. LA INCIDENCIA DEL CONCURSO EN EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN.

1.3.1. Los convenios arbitrales.

El artículo 52 del LC dispone que: *1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.*

2. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

Según se desprende del artículo 9.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje, el convenio arbitral queda definido como el acuerdo de voluntad de las partes relativo al sometimiento a arbitraje de todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir en el contexto de una determinada relación jurídica, ora sea contractual o no contractual. Según reza el artículo 11.1 de la citada Ley, son dos las consecuencias de índole procesal que se derivan de la existencia del convenio arbitral. La primera impide el conocimiento de la controversia por parte de los tribunales y, la segunda, corolario de la anterior, supone la atribución de la plena competencia para conocer a los árbitros que resulten designados.

Sin embargo, para que opere la primera de las consecuencias a que se ha hecho mención, es necesario que la parte a quién le interese invoque, mediante la interposición de declinatoria, la sumisión a arbitraje (artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje). Esto implica que dicha parte habrá de sujetar su actuación a lo previsto en los artículos 63 y siguientes de la LEC, no obstante lo cual, tal y como se desprende del contenido del artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, la interposición de declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.

A diferencia de lo establecido en la primigenia redacción, el actual artículo 52.1 de la LC dispone que la declaración del concurso no afectará, por sí sola, a los pactos de mediación o convenios arbitrales suscritos por el concursado. Dicha regla general implica que tales pactos y convenios conservaran su vigencia y, pese a la declaración del concurso, podrán dar lugar al desarrollo del procedimiento arbitral o de mediación, salvo que el Juez del concurso entendiera que los pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, en cuyo caso procedería la suspensión de sus efectos.

De la literalidad del artículo 52.1 no se desprende limitación alguna sobre el objeto del arbitraje. Sin embargo, dado que el artículo 8 confiere al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre determinadas materias, debe entenderse que lo estatuido en el último artículo citado también afecta al procedimiento arbitral o de mediación. Esta tesis se cohonestaba con la interpretación “a contrario sensu” del artículo 52.1, en su redacción inicial, en cuya virtud la pérdida de eficacia de los convenios arbitrales sólo operaba sobre las materias comprendidas en el artículo 8 (vide STSJ de Andalucía –Granada-, de 25.11.2011).

Distinta solución debe predicarse respecto de las prohibiciones de admisión a trámite a que se refiere los números dos y tres del artículo 50, toda vez que en dichos apartados expresamente se alude al Juez de Primera Instancia y al Juez de lo Mercantil. Por ello, en principio nada impide que los árbitros puedan conocer sobre la acción contemplada en el artículo 1597 del Código Civil o de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 367 del TRLSC, aunque tal posibilidad les esté vedada, desde la declaración del concurso hasta su conclusión, a los órganos jurisdiccionales. No obstante, es previsible que en los casos anteriormente citados se haga huso de la facultad de suspensión, dada la trascendencia del ejercicio de tales acciones.

En cualquier caso, salvo que la controversia sobre la aplicación del convenio arbitral incida sobre las materias contempladas en el artículo 8 de la LC, el resto de cuestiones son ajenas a la intervención del Ministerio Fiscal.

1.3.2. Los procedimientos arbitrales en tramitación.

El artículo 52.2 participa de la misma sistemática que primer párrafo del número uno del artículo 51, por lo cual, los procedimientos arbitrales en tramitación continuarán hasta la firmeza del laudo, siempre y cuando dicha tramitación se haya iniciado con anterioridad a la declaración del concurso. Para determinar el momento en que se ha de entender iniciado el procedimiento arbitral hay que acudir a lo que establece el artículo 27 de la Ley de Arbitraje, en cuya virtud, desde el momento en que el demandado ha recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se ha de entender iniciado el procedimiento arbitral, el cual perdurará hasta que definitivamente el laudo adquiera la fuerza de cosa juzgada, de conformidad con lo que en tal sentido dispone el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, una vez haya sido resuelto por sentencia el recurso de anulación que, en su caso, se haya interpuesto.

1.4. EJECUCIONES Y APREMIOS.

El artículo 8.3º de la LC atribuye jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso, respecto de toda ejecución “*frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere ordenado*”. El párrafo primero del artículo 55.1 se acompasa con lo dispuesto el precepto anteriormente citado, pero en el párrafo segundo se introduce una excepción a favor de aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo, y de las ejecuciones laborales en los que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor”.

El número dos del artículo 55.2 complementa lo dispuesto en el número uno al disponer que las actuaciones de ejecución que se hallen en tramitación quedarán en suspenso desde la declaración del concurso, sin perjuicio el tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos. Por último, debe destacarse que el régimen jurídico previsto para las ejecuciones y apremios queda exceptuado para las ejecuciones que insten los acreedores con garantía real.

1.5. LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUEZ DEL CONCURSO.

1.5.1. Aspectos generales.

El primer párrafo del artículo 10.1 estatuye una regla general básica para concretar la competencia territorial, a saber, el lugar donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales. El párrafo segundo establece una definición auténtica de lo que ha de entenderse por tal centro, siendo destacables las notas de habitualidad en el ejercicio de la administración de los intereses empresariales y la exteriorización frente a terceros de tal extremo. Con todo, algunas resoluciones judiciales han implementado la definición legal enfatizando la diferencia entre la administración social y el ejercicio de la actividad empresarial o la ubicación del patrimonio y así, AATSJ de 25.1.2012 y 1.12.09 de Andalucía (Granada) distinguen nítidamente entre esos conceptos, al considerar que lo primordial es el lugar donde *“las empresas aparecen en el mercado adoptando decisiones y centralizando la gestión de sus negocios”*. Este criterio aboga a favor de la conexión administrativa en detrimento del ejercicio principal de la actividad empresarial – es decir, de la conexión patrimonial. Sin embargo, cuando se trate de personas jurídicas se presumirá que el centro de sus intereses principales coincide con el domicilio social.

Junto a la regla anterior, el párrafo primero del artículo 10 que los acreedores puedan también puedan optar por el domicilio del deudor cuando éste no coincida con el centro de sus intereses principales. En el caso que, conforme a los anteriores fueros, se hubieran presentado varias solicitudes de concurso, conocerá el Juez ante quien se hubiera presentado la primera solicitud.

El número tres del artículo 10 se ocupa del denominado “concurso territorial”. Por tal, se entiende aquél en que el centro de intereses principales del deudor radica en el extranjero, pero mantiene en territorio nacional uno o varios establecimientos. En estos casos, en los que el concurso se limitará a los bienes situados en España, será competente el órgano judicial del lugar donde radique cualquiera de los establecimientos.

Por último, cumple decir que las reglas de competencia territorial tienen carácter imperativo y, por ello, el juez examinará su competencia de oficio y determinará en cuál de los criterios enunciados se asienta. (artículo 10.4)

1.5.2. Competencia territorial en caso de conexidad.

Tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, El régimen jurídico relativo a la conexidad concursal ha sido compendiado en un único capítulo, a saber el Capítulo III del Título I, el cual contiene tres artículos en los que se regula la declaración conjunta del concurso de varios acreedores (artículo 25), la acumulación de los concursos (artículo 25 bis) y la tramitación coordinada de los concursos conjuntamente declarados y de los acumulados (artículo 25 ter). Al margen de las novedades estrictamente procesales que se introducen, reviste un especial interés las reglas competenciales que se instauran para los diferentes supuestos de conexidad, y así, el artículo 25.4 estatuye que *“será juez competente para la declaración conjunta del concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor de mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo”*.

En los casos la acumulación, el artículo 25 bis 3 atribuye la competencia *“al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo, o en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando el concurso no se solicite respecto de ésta, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de los deudores”*.

Las modificaciones introducidas por no alteran de manera la regla competencial anteriormente recogida contenida en el artículo 10.4 de la LC, ya que en realidad sólo se introduce una mejora técnica en relación con los grupos de empresas cuando el concurso no se declare respecto de la empresa dominante. No obstante resulta criticable establecer un fuero diferente para el caso de declaración conjunta y de acumulación en el último supuesto citado.

1.6. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL.

El artículo 10 contempla dos supuestos diferenciados en relación con el ámbito internacional del concurso; el primero de ellos, resulta operativo cuando el deudor tiene su centro de intereses principal o su domicilio social en España, en cuyo caso, en el ámbito internacional se considerará concurso principal, según reza el párrafo tercero del artículo 10.1, mientras que si el deudor sólo tuviera un establecimiento en el territorio nacional entonces sólo se considerará en el ámbito internacional como concurso territorial.

La diferencia entre ambos ámbitos reside en el alcance del concurso y así, si se trata de un concurso principal éste tendrá alcance universal sobre los bienes del deudor, tanto si radican o no en España, mientras que si el alcance es territorial, el concurso se limitará a los bienes situados en España, sin perjuicio, en ambos casos, de acudir a las reglas de coordinación prevista en el Capítulo IV del Título XI en aquellos casos en que se declara un procedimiento de insolvencia en el extranjero.

Sobre este particular, la LC es prácticamente coincidente con el Reglamento 1346/2000, como no podía ser de otro modo, y así, el criterio determinante del carácter principal del concurso viene dado en función del lugar donde radique el centro de intereses principal del deudor, mientras que el carácter secundario -o territorial según terminología de la LC- derivará de la simple existencia de un establecimiento en el territorio nacional.

No obstante la gran similitud existente entre la normativa nacional y comunitaria, entre ambas concurren algunas diferencias no desdeñables, cuyo tratamiento se aborda a continuación. Como se ha indicado con anterioridad, el párrafo primero del artículo 10.1 dispone que si el deudor tuviera su domicilio en España y el lugar de éste no coincidiera con el centro de sus intereses principal, el acreedor puede optar por el juez del lugar donde radique dicho domicilio. Por el contrario, el artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000 atribuye la competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado en cuyo territorio radique el centro de los intereses principales del deudor, estableciendo la presunción “*iuris tantum*”, -al igual que la legislación nacional- de que el domicilio de las sociedades y personas jurídicas es el centro de los intereses principales. Por tanto, conforme a lo previsto en el artículo 10.1 de la LC, sólo cabría entender fundada la competencia de los Tribunales españoles en aquellos casos en que el domicilio social radique en España y el centro de los intereses principales radique en un tercer estado no comunitario

El procedimiento secundario podrá abrirse, con carácter general, con posterioridad a la declaración del procedimiento principal y siempre que tenga una finalidad liquidatoria. Para que dicho procedimiento pueda abrirse con anterioridad al procedimiento principal, es necesario, tal y como prevé el artículo 3.4 del Reglamento, que no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia, a tenor de las condiciones establecidas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor, o bien cuando la apertura del procedimiento territorial haya sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentra en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.

Aunque la LC no prevé la expresa intervención del Ministerio Fiscal, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la LEC, aplicable con carácter supletorio, su audiencia resulta preceptiva.

1.7. LA DECLINATORIA

El artículo 12 de la LC prevé que las posibles controversias que en relación con la competencia territorial pueden suscitarse, se han de resolver a través de la declinatoria en los términos siguientes:

1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 10 días desde la publicación ordenada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23.

2. La interposición de declinatoria, en la que el promotor estará obligado a indicar cuál es el órgano competente para conocer el concurso, no suspenderá el procedimiento concursal. En ningún caso se pronunciará el juez sobre la oposición del concursado sin que previa audiencia del Ministerio Fiscal haya resuelto la cuestión de competencia planteada. En caso de que estime la cuestión de competencia, deberá inhibirse a favor del órgano al que corresponda la competencia, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.

3. Todo lo actuado en el concurso será válido aunque se estime la declinatoria.

La legitimación para plantear la declinatoria ha sido concebida en términos amplios, de modo que cualquier legitimado para solicitar la declaración del concurso puede plantarla. Dada la importancia que reviste la pronta actuación judicial en el procedimiento concursal, el legislador ha previsto que la interposición de la declinatoria no suspenderá el procedimiento concursal, salvo lo relativo a la oposición del concurso que deberá resolverse con posterioridad a la decisión sobre la competencia territorial.

La intervención del Ministerio Fiscal se prevé expresamente y su razón de ser trae causa de que la competencia territorial no está sujeta a la disposición de las partes.

2. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

2.1. LA FORMACIÓN y TRAMITACION DE LA DE LA SECCIÓN SEXTA

El artículo 163 regula bajo qué supuestos procede la formación de la Sección de calificación del concurso. Dos son los supuestos que el citado precepto enuncia; en primer lugar, cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quinta superior a un tercio del importe de sus créditos o una empresa superior a 3 años y, también, en todos los supuestos de apertura de la fase de calificación.

Como se ve, el legislador establece un régimen diferenciado en función de la aparente gravedad de los efectos del concurso, que se presume en los supuestos de liquidación y en aquéllos otros en que se ha alcanzado una solución convencional, pero a costa de un gravamen importante sobre los derechos de los acreedores.

Conforme a la reforma operada por la Ley 38/2011, el artículo 167.1 establece que *“la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial en la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.*

Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio anticipado en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (...).”

El precepto analizado solamente contempla, como excepción a la apertura de la Sección Sexta, la culminación de un convenio anticipado en el que el porcentaje de la quita o el tiempo de espera no exceda de los límites indicados. Mediante esta medida se ha pretendido llevar a cabo una generalización de la calificación del concurso, de manera que incluso aquél que finalice por convenio quede sujeto al trámite de calificación, excepto que la propuesta anticipada de convenio fuera aprobada, en los términos previstos en el artículo 109 de la LC, con los requisitos adicionales que recoge el proyectado artículo 167.

El apartado dos del artículo 163 de la LC, a diferencia de la anterior legislación sobre quiebras, solo contempla dos alternativas: el concurso se califica de fortuito o como culpable. Sobre este aspecto se abundará en otro apartado.

Los aspectos más relevantes que atañen a la formación y tramitación se recogen en los artículos 167 a 172 de la LC. Dentro de este apartado, haremos mención a aquellos aspectos de mayor interés y relevancia, que de modo especial guarden relación con la actuación del Ministerio Fiscal.

En el apartado uno del artículo 167 se establece que el Juez del concurso ordenará la formación de la Sección Sexta en la misma resolución por lo que se apruebe el convenio o en la que se ordene la liquidación junto con el testimonio de esta resolución se incorporarán los testimonios de la solicitud de declaración del concurso, de la documentación que hubiere presentado el deudor con dicha solicitud o a requerimiento del juez, y del auto de declaración del concurso. El apartado 2 regula el procedimiento a seguir cuando se hubiere formado la Sección de Calificación con motivo del incumplimiento del convenio, a los solos efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar.

El artículo 168.1 habilita a cualquier acreedor o persona que acredite un interés legítimo a personarse y ser parte en la Sección. No debe pasar inadvertida la expresa mención a la condición de parte, que se incluyó con motivo de la entrada en vigor del RD-L 3/2009. Esta medida se complementa con el reconocimiento de la posibilidad de recurrir que el artículo 172.4 reconoce a quienes hubieran sido parte en la sección de calificación. Sobre este aspecto reviste particular la STS de 13.9.2012, la cual reconoció a la TGSS la posibilidad de recurrir en apelación la sentencia recaída en la instancia, no sólo en atención a la modificación operada por el Real Decreto Ley antes citado, sino incluso con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, conforme a la doctrina asentada por la STC 61/2012.

Tras la formulación de los informes por la administración concursal y el Ministerio Fiscal a que se refiere el artículo 169, aspecto éste que será analizado en otro apartado de esta ponencia, siempre que alguno de ellos considere que el concurso debe de ser calificado como culpable, se dará un plazo de audiencia por diez días al deudor y emplazará a todas las personas que pudieran verse afectados por la calificación del concurso o declaradas cómplices para que comparezcan en la Sección, si no lo hubiera hecho ya, en un plazo de cinco días. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, ésta se sustanciará por los trámites del incidente; en caso contrario, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

2.2. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA SECCION DE CALIFICACIÓN.

2.2.1. Finalidad de la intervención del Ministerio Fiscal

Antes de adentrarnos en el estudio de la problemática que suscita la intervención del Ministerio Público en la Sección Sexta, resulta conveniente esclarecer, con carácter previo, cual es la finalidad perseguida con tal intervención. A estos efectos, resulta escasamente esclarecedora la Exposición de Motivos de la LC, ciertamente magra en

sus alusiones hacia la figura del Ministerio Fiscal, y sobre todo ayuna de cualquier mención respecto del sentido o razón de ser de tal intervención. Pese a ello, es posible aventurar, al menos con carácter presuntivo, el principal cometido que la actuación del Ministerio Fiscal debe perseguir la Sección de Calificación.

El artículo 172 ordena que el juez debe declarar si el concurso ha de reputarse fortuito o culpable; determinar, en su caso, las personas que resultan afectadas por tal calificación o deban ser declarados cómplices y, respecto de ellos, resolver sobre la imposición de medidas tales como la inhabilitación para la administración de los bienes ajenos o para representar o administrar a cualquier persona, la eventual pérdida de los derechos que éstas personas pudieran ostentar como acreedores concursales o de la masa, la condena a devolver bienes o derechos que hubieran obtenido del concurso indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa activa, indemnizar los daños y perjuicios causados y, finalmente, si deben cubrir el denominado déficit concursal.

El artículo 260.4 del Código Penal dispone que, en ningún caso, la calificación de insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal. Este precepto concuerda con lo establecido en el artículo 163.2 de la LC, que en relación con la calificación del concurso prevé que ésta no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal, que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. Dada la absoluta independencia de los órdenes jurisdiccionales civil y penal para determinar, dentro de su respectivo ámbito, la calificación que el concurso merece, no parece que a primera vista se atisbe alguna razón sustancial que justifique la ineluctable presencia del Ministerio Público en el seno del procedimiento concursal, pues tanto si el concurso se declara culpable o fortuito, a través de instrumentos tales como la deducción de testimonio, la denuncia o la querrela, resulta posible que el Ministerio Fiscal pueda ejercitar la acción penal sin necesidad de intervenir en el proceso civil.

Con ser ello cierto, no cabe ignorar que si no se contemplara la intervención expresa del Ministerio Fiscal en el proceso concursal, la persecución de los delitos relacionados con el concurso quedaría al arbitrio de la actuación de terceros, lo que podría favorecer la impunidad de determinadas conductas delictivas en aquellos supuestos en que el órgano judicial se abstuviera de deducir testimonio –bien por considerar que no existen indicios racionales de criminalidad o bien por descuido- o los terceros afectados por el concurso no tuviera interés de persecución penal del deudor o de terceros vinculados con el concurso. Este argumento desvela la principal utilidad de la intervención del Ministerio Fiscal, que no es otra que la de facultar que éste adquiera un conocimiento cabal sobre las circunstancias del concurso, para así poder calibrar “motu proprio” sobre la existencia e indicios racionales de criminalidad. Desde esa perspectiva, la actuación del Ministerio Fiscal se asemeja en buena medida a la prevista en otras normas, por ejemplo la ley reguladora de la Jurisdicción Social que en el artículo 177.3, relativo al procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales, establece que *“El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”*.

La razón esencial que justifica la actuación del Ministerio Fiscal trasciende al propio proceso concursal, pues trata de favorecer que a través de una actuación ajena al orden jurisdiccional penal pueda dilucidar si resulta procedente el ejercicio de una acción de esa naturaleza. No obstante, también se entreven otras motivaciones, tales como la defensa del orden público económico –particularmente en lo que se refiere a la inhabilitación- todo lo cual, amén de el compromiso con la defensa de la legalidad, exige que el Ministerio Fiscal tenga presencia efectiva en el seno de la Sección Sexta que propicie una adecuada sustanciación de esa fase procesal.

2.2.2. El dictamen del Ministerio Fiscal.

Una vez delimitada la anterior cuestión, se aborda el análisis de la concreta actuación del Ministerio Fiscal, respecto de la cual, la LC establece lo siguiente:

Artículo 169.

1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

2. Una vez unido el informe de la administración concursal, el Secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

Artículo 170.

1. Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

2. En otro caso, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad.

3. A quienes comparezcan en plazo el Secretario judicial les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieran con posterioridad al vencimiento del plazo, les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieran, el Secretario judicial los declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

Artículo 171

1. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.

2. Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días”.

Según dispone el artículo 169.2, una vez evacuado el preceptivo informe por la administración concursal, el Secretario judicial conferirá traslado al Ministerio Fiscal para que emita dictamen por un plazo de diez días, salvo que atendidas las circunstancias le sea conferido por el juez un plazo adicional de otros diez días. Si dicho dictamen no fuera emitido en ese plazo, se entenderá que el Ministerio Fiscal nada opone a la calificación formulada por la administración concursal.

Del contenido del precepto traído a colación, varias son las notas características que se extraen. En primer lugar, el dictamen del Ministerio Fiscal no se formula simultáneamente con el informe de la administración concursal sino con posterioridad a que ésta lo haya evacuado. Esta circunstancia supone una ventaja ya que a la hora de emitir el dictamen se conoce el contenido de su calificación, pero ello no implica, bajo ningún concepto, que el dictamen del Ministerio Fiscal deba ser coincidente con dicha calificación, ni que para la confección del dictamen se deban tener en cuenta, exclusivamente, los extremos que recoja tal calificación o los documentos incorporados a la Sección Sexta.

Que el dictamen del Ministerio Fiscal pueda discrepar del informe emitido por la administración concursal es una posibilidad que contempla implícitamente la ley, habida cuenta que el artículo 170.1 sólo permite el archivo de las actuaciones mediante auto cuando el informe de la administración concursal y el dictamen del Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito; ello permite inferir “a contrario sensu” que si cualquiera de los dos sostuviera una calificación de culpabilidad, necesariamente se deberá continuar la tramitación. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá recabar la información que estime precisa sobre cualquiera de los particulares del procedimiento concursal para dictaminar en forma puesto que ningún precepto de la LC impide esa posibilidad y el artículo cuatro apartado uno del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal habilita esa posibilidad. No es necesario, sin embargo, la aportación de aquellos documentos que ya figuren en el procedimiento concursal, pues tal y como refleja la STS de 22.4.2010, *“La exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que ya obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico”*

El dictamen del Ministerio Fiscal no resulta de obligatoria elaboración, pues así se desprende de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 169.2. Sin embargo, el hecho de que la formulación expresa del informe no sea imperativa, no impide que la postura del Ministerio Fiscal se materialice de forma presunta en el mismo sentido que la calificación sostenida por la administración concursal. Sobre este aspecto debe hacerse especial hincapié y exhortar encarecidamente al Ministerio Fiscal a la elaboración del dictamen; en primer lugar porque la falta de pronunciamiento supone una irremisible asunción de las tesis de la administración concursal, a riesgo de que estas sean

improcedentes, lo cual resultaría particularmente llamativo si con motivo del concurso se sigue un proceso penal y, sobre todo, porque tal postura supone una injustificada dejación de funciones.

Otro aspecto a tratar versa sobre la estructura y contenido del dictamen. El artículo 169.1 impone a la administración concursal que el informe que presente al juez se ha de atener a los siguientes requisitos:

- a) Consignación de los hechos relevantes para la calificación del concurso, debidamente razonados y documentados.
- b) Propuesta de calificación, es decir si el concurso debe repuntarse fortuito o culpable.
- c) Identificación de las personas afectadas por la calificación y las que hayan de ser reputadas cómplices, con justificación de la causa.
- d) Determinación de los daños y perjuicios causados por las personas afectadas por la calificación o los cómplices.

Como se observa, el legislador ha querido que el informe de la administración concursal sea detallado y se redacte conforme al siguiente esquema: Hechos; partícipes; calificación jurídica y daños y perjuicios exigibles. Por el contrario, respecto del Ministerio Fiscal nada se dice sobre los aspectos que debe contener su propuesta; es más, hasta se le atribuye el nombre del dictamen en vez de informe, si bien, dada la sinonimia de ambos términos, de este extremo no cabe deducir diferencia sustancial alguna. En una primera aproximación, cabría entender que el Fiscal goza de absoluta libertad para redactar el dictamen a que se refiere el artículo 169.2, si bien necesariamente deberá contener un pronunciamiento sobre el carácter fortuito o culpable del concurso, pues si se omite pronunciamiento alguno sobre ese capital extremo, carecería de sentido cualquier otra consideración, así como la identificación de las personas afectadas.

La SAP de Córdoba, de 15.1.2010, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la anterior cuestión, y aunque reconoce que respecto del dictamen del Fiscal no se prevé ningún requisito específico, dicho dictamen deberá contener, como mínimo, una propuesta de resolución y la identificación de las personas afectadas por tal calificación, de manera principal o como cómplices.

Otros pronunciamientos judiciales, (vide entre otras las SSAP de Barcelona de 30-12-08; La Coruña de 13-10-08; Soria de 2-9-08 y Zaragoza de 15-7-08), equiparan el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal al escrito de demanda. Especial mención merece el fundamento jurídico de la SAP de Barcelona, de fecha 30.12.08 que al respecto indica lo siguiente: *“Habiéndose interesado la calificación culpable del concurso, el jugado dio traslado del informe de la administración concursal y del dictamen del Ministerio Fiscal a la concursada y a su administrador, que había sido expresamente señalado como la persona que debía quedar afectada por la calificación. Estos se opusieron a la calificación y a los demás procedimientos interesados atendiendo a los hechos y causas invocadas por los instantes de la calificación, quienes ya no pueden variar la “causa pretendi” en que*

fundan su pretensión, ni el contenido de esta última. De otro modo se provocaría indefensión, ya que el deudor y las personas afectadas por la calificación, también el cómplice, precisan conocer desde el principio los motivos y razones por los que se informa o dictamen el concurso como culpable y porqué se les considera personas afectadas o cómplices, así como el alcance de su responsabilidad. Todo lo cual impone al informe y al dictamen del Ministerio Fiscal la obligación de reunir básicamente los elementos esenciales de la demanda que se especifique con claridad el petitum y la causa petendi; la calificación concreta que se pide, así como el resto de pronunciamientos que se solicita de la sentencia de calificación y las razones que lo justifican. Sólo así el deudor, las personas afectadas por la calificación y los cómplices están en condiciones de defenderse y oponerse, contradiciendo las razones vertidas en los escritos iniciales (...)”.

Tal como refleja la fundamentación jurídica de esa sentencia, tanto el informe de la administración concursal como el dictamen del Ministerio Fiscal son equiparables a una demanda y ambos deberán cumplimentar los requisitos exigidos a tal escrito. La importancia de este aspecto no es baladí, habida cuenta que los hechos, la “causa pretendi” y “el petitum” son elementos esenciales para que el deudor y los terceros afectados por la calificación puedan ejercer el derecho de defensa de manera adecuada.

Por el contrario, a SAP de Cáceres, de fecha 24.2.09 ofrece una tesis diferente respecto de la naturaleza de los escritos de calificación, que formula en los siguientes términos: *“La Sentencia debería haber tenido por desistido del incidente al administrador concursal por no asistir a la vista, motivo que viene a encontrar su fundamento con la consideración de que el informe de calificación del concurso tiene la condición de demanda, lo que –a juicio de este Tribunal- constituye una conclusión absolutamente equivocada. En efecto; el artículo 169.1, en su primer inciso, de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, dispone que dentro de los quince días siguientes al de expiración de las plazas para la personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución; luego resulta patente que tal informe no tiene la consideración de demanda sino que se configura como una fase inexcusable y preceptiva de la Sección de calificación del concurso; y, hasta el extremo ello es así que no es este dictamen el que inicia el incidente concursal, sino la oposición a tal calificación, tal y como contempla el artículo 171 de la LC, cuando establece que si el deudor o algunos de los comparecidos formulase oposición, el juez lo sustanciará por los trámites del incidente concursal. No es incorrecto, pues –según nuestro criterio- que una vez promovida la oposición, se continúe directamente el proceso conforme a los trámites del juicio verbal, más –en rigor- tampoco lo sería si se estimara la oposición a la calificación del concurso como la demanda iniciadora del incidente concursal (porque es quien lo provoca) y se confiere a la administración concursal y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que contestaran en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)*”.

Desde una perspectiva formal, la doctrina que contempla esta sentencia tiene sentido; no obstante, si se trasciende a un plano material no cabe ignorar que si los escritos de calificación se decantan por el carácter culpable del concurso, habrán de contener unas pretensiones de condena dirigidas contra el deudor y, en su caso, los restantes afectados por la calificación. Siendo ello así, considerar que la formulación de tales pretensiones mediante el informe de la administración concursal o el dictamen del Ministerio Fiscal equivale a la formulación de una demanda resulta de todo punto lógico y, en consecuencia, el escrito de oposición ha de ser equiparado al escrito de

contestación. La importancia que reviste este aspecto es evidente, habida cuenta que al amparo de lo dispuesto en el artículo 218 de la LEC, la sentencia debe ser congruente con las demandas y las demás pretensiones deducidas por las partes, sin apartarse de la “causa petendi” invocada por estas.

La STS de 22.4.2010 implícitamente desechó la tesis asumida por la Audiencia Provincial de Cáceres anteriormente expuesta, al entender que la ley no prevé un trámite de contestación por parte de la Administración concursal, que venga referido al escrito de oposición y, además, tampoco resulta exigible por el principio de contradicción procesal.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal deberá poner especial cuidado en dejar constancia expresa en el dictamen de cuantos hechos estime relevantes para la calificación del concurso y, en caso de que ésta fuera de culpabilidad deberá justificar con suficiencia su apoyatura legal, indicar quiénes han de resultar afectados por la calificación y concretar las medidas que resulta procedente imponer al amparo del artículo 172 de la LC. Ciertamente es que en aquellos casos en que la Administración concursal formule un informe que sea asumido por el Ministerio Fiscal, sería aceptable que el dictamen de este último se remita a lo manifestado por aquélla, dado que el artículo 169.2 no impone ninguna forma especial. Mas, si dicho dictamen ha de ser discrepante, se deberá adoptar un celo especial para que su formulación esté suficientemente fundada en Derecho, máxime en aquellos casos en que el Ministerio Fiscal sea el único que sostenga una calificación de culpabilidad, puesto que en la inmensa mayoría de las ocasiones, ésta será impugnada por el deudor o los restantes afectados por la calificación.

Las consideraciones anteriores han sido avaladas por la STS de 22.4.2010, que si bien no considera imprescindible la mención explícita y formal del concreto precepto legal que fundamente la culpabilidad, si resulta necesario que en la fundamentación consten los hechos relevantes para la adecuada calificación, y que claramente sean expresivos de la causa correspondiente.

2.3. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CALIFICACIÓN.

2.3.1. La sentencia de calificación

2.3.1.1. Cuestiones generales.

Otro de los aspectos relacionados con el dictamen del Ministerio Fiscal está estrechamente vinculado con los pronunciamientos de la sentencia de calificación a que se refiere el artículo 172 cuyo tenor es el siguiente:

- 1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.*
- 2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:*

1.º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

El apartado primero del precepto en cuestión impone una obligación ineluctable, cual es discriminar si el concurso es fortuito o culpable. La importancia de tal pronunciamiento es inexorable habida cuenta que los otros eventuales pronunciamientos estén condicionados a la calificación de culpabilidad que de producirse, deberá expresar las causas que justifican tal opción.

2.3.1.2. Las medidas susceptibles de ser acordadas.

El ordinal primero del apartado dos delimita el ámbito subjetivo de la calificación, bien sea como afectados o como cómplices; el segundo hace referencia la imposición de la sanción civil de la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos a quince años o para representar o administrar a cualquier persona durante ese mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos; el ordinal tercero incorpora otras medidas de carácter sancionador, si bien de carácter patrimonial, consistentes en la pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar como acreedores concursales o de la masa, y la obligación de devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio deudor o de la masa activa. Junto con estas medidas, también se contempla exigencia de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Visto el contexto legal, la cuestión que se suscita tiene por objeto esclarecer si la imposición de estas medidas precisa de expresa petición de la administración concursal o del Ministerio Fiscal o bien, de oficio el juez del concurso esta facultado para decidir en tal sentido. Sobre este tema han tenido ocasión de pronunciarse órganos judiciales; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de Alicante de fecha 21-11-07, considera que el empleo del término “contendrá” referido a la sentencia de calificación

aclara que “su función es delimitar qué pretensiones pueden ser objeto de este pleito y que exigen la respuesta judicial, pero ello evidentemente si se solicita y limitada a los términos de la petición (artículo 218 de la LEC), no de oficio. Además, esta interpretación es más garantista, en tanto que permite a la persona afectada conocer de antemano el alcance de los efectos de la calificación contra él pretendida, recordando que es principio general consagrado en el artículo 24 de la Constitución el que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído, y por tanto, debe conocer no sólo de que se le acusa (de haber causado o agravado la insolvencia con culpa grave o dolo) sino también las consecuencias que se puedan derivar de esa calificación como culpable, para alegar y proponer pruebas acerca de la graduación de esas consecuencias (...)”.

El argumento que ofrece la sentencia traída a colación refleja una posición maximalista, pues supedita la imposición de cualquiera de las medidas a que se refiere el artículo a la expresa petición, ora sea de la administración concursal o del Ministerio Fiscal. Sin embargo, esta doctrina no es ni mucho menos mayoritaria. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número un de Oviedo, de fecha 5.11.07 y la SAP de Zaragoza, de fecha 15.5.08, proclaman sin ambages que la imposición de la inhabilitación a que se refiere el artículo 172.2.1º es obligada, dado que es una sanción civil y mediante su imposición se satisface el interés público y general mediante el apartamiento temporal de los sujetos afectados, para que no puedan seguir actuando en tráfico económico, gestionando los bienes ajenos o representado a terceros.

Otras sentencias, entre los que cabe destacar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de Palma de Mallorca, de fecha 10.1.08, y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número uno de Oviedo, de fecha 5.11.07, vienen a entender que además de la inhabilitación, la pérdida de derechos en el concurso, la devolución de bienes y derechos obtenidos indebidamente y la indemnización de daños y perjuicios causados son aspectos sobre los que la sentencia debe necesariamente pronunciarse, con independencia de que haya o no mediante petición de parte. Por el contrario, la posición judicial mayoritaria considera que la condena a la cobertura del déficit concursal solamente puede ser impuesta en la medida en que haya sido solicitada.

La SAP de Murcia, de 31.7.2008, entendió que la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 172.2 3º y la responsabilidad por déficit regulada entonces en el artículo 172.3 (actualmente en el artículo 172 bis) sólo pueden ser impuestas cuando se soliciten por la Administración concursal o el Ministerio Fiscal, ya que así lo exige el principio de congruencia. Sin embargo, el resto de medidas previstas en el artículo 172.2.2º (inhabilitación) y 172.2.3º (pérdida de derechos y reintegración de bienes) son de aplicación automática, al establecerse en la ley como consecuencia necesaria de la calificación de culpabilidad. Esta posición se ve refrendada por la ya citada STS de 22.4.2010, en cuyo fundamento jurídico cuarto corrobora el criterio de la sentencia impugnada, al entender que existen unos pronunciamientos que no pueden ser adoptados si no hay petición de la Administración concursal, y otros que son apreciables de oficio y aplicación automática, si bien la adopción de las medidas requiere, inexcusablemente, la previa audiencia de las personas afectadas, por respeto al principio constitucional de contradicción procesal.

Recapitulando sobre esta cuestión, creo que la tesis sostenida por la Audiencia Provincial de Murcia es la que de mejor manera se acomoda a la literalidad de los preceptos que resultaron de aplicación al caso. Ahora bien, ello no impide afirmar una

obviedad: cuanto más preciso y detallado sea el informe del Ministerio Fiscal, menor será el riesgo de incurrir en incongruencia o, en su caso, que la sentencia omita pronunciarse sobre aspectos que no se hayan interesado expresamente.

2.3.1.3. Especial referencia a la cobertura del déficit concursal.

El artículo 172 bis, introducido por la Ley 38/2011, regula en su integridad la denominada “*responsabilidad concursal*” en los siguientes términos:

1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el Juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit.

Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el Juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En caso de pluralidad de condenados, 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.

2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

En el apartado primero se amplía el círculo de posibles concernidos, incluyéndose a los apoderados generales, mientras que en el apartado tercero se prevé que si hubiera una pluralidad de condenados, el juez individualizará la cuota que cada uno de ellos debe satisfacer, en atención a su participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. Estas son las principales novedades introducidas por la Ley 38/2011.

La naturaleza jurídica de responsabilidad por déficit concursal a que se refiere el artículo 172 bis es objeto de una viva polémica doctrinal y judicial en lo concerniente a su naturaleza jurídica. Básicamente las posturas que al respecto se mantienen son las siguientes:

a) Naturaleza resarcitoria basada en la responsabilidad por daño y culpa. Para los defensores de esta tesis, la exigencia de la cobertura del déficit concursal solamente será factible si además de la calificación culpable del concurso se acredita la existencia de nexo causal entre la conducta de los administradores o liquidadores y la generación o la agravación de la insolvencia, siempre y cuando la formación de la Sección Sexta haya tenido lugar con motivo de la liquidación. La SAP de Barcelona, de fecha 14.9.2009 se decantó netamente por la tesis expuesta

b) Naturaleza sancionadora. Quienes sostienen tal consideración entienden, en esencia, que nos hallamos ante una previsión legal en que la responsabilidad por deudas dimana de la calificación de culpabilidad –respecto del concurso- y en base a ese presupuesto se articula la responsabilidad solidaria de los liquidadores y administradores. La SAP de Alicante de fecha 24.2.09, la cual, tras analizar los diferentes corrientes doctrinales sobre esta cuestión, abogó por el carácter sancionador del artículo 172.3 (actualmente el artículo 172.bis).

El Tribunal Supremo (SSTS de 23.2.2011; 12.9.2011; 6.10.2011 y 17.11.2011) ha optado por calificar como indemnizatoria la responsabilidad concursal regulada en el artículo 172.3, negando en consecuencia el carácter sancionador o punitivo de la misma. Concretamente, en el fundamento jurídico tercero de la STS de 12.9.2011 se plasma el siguiente razonamiento (...) *En todo caso, la afirmación de que la norma del apartado 3 del artículo 172 es sancionadora, en lo que se basa el recurso, no es adecuada. Como puso de relieve la sentencia 56/2011, de 23 de febrero, el precepto carece, en sentido propio, de la naturaleza que le atribuye la recurrente, dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales - sean de hecho o de derecho - que establece " deriva de serles imputable (...) el daño que indirectamente fue causado a los acreedores (...), en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa " (...).*

Sin embargo, la STS de fecha 16.7.2012 se ha decantado a favor de la tesis de la responsabilidad por deuda ajena – y en consecuencia refuta la tesis proclive a la naturaleza resarcitoria-. Los argumentos ofrecidos son los siguientes:

(...) 34. En el caso de las sociedades capitalistas declaradas en concurso, si se declarase culpable, cualquiera que fuese la causa - ya porque en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho del deudor persona jurídica, a tenor del artículo 164.1 de la Ley Concursal (al que, como sostiene la sentencia de 614/2011, de 17 de noviembre, de 2011 , reiterada en la 994/2011, de 16 enero de 2012 , complementa el 165), ya porque concurría cualquiera de las irregularidades objetivas previstas en el artículo 164.2 (supuesto en el que, como precisa la sentencia 644/2011, de 6 de octubre , reiterada en la 994/2011, de 16 enero de 2012 , "la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia"- , el sistema reacciona y:

1) Mantiene los mecanismos societarios de tutela de la sociedad, socios, terceros y acreedores frente a los administradores, -de hecho la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que en el apartado VIII del Preámbulo, afirma la necesidad de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante su tramitación-;

2) Impone a las "personas afectadas" por la calificación o declaradas cómplices la condena "a indemnizar los daños y perjuicios causados" -a tal efecto, el artículo 172.2 de la Ley Concursal (antes de la reforma por la Ley disponía que "la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 3.º (...) la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. La norma no distingue entre daños directos e indirectos por un lado, ni entre los intereses de la sociedad, los socios, los acreedores y los terceros por otro. Se trata de una responsabilidad por daños clásica que requiere los requisitos típicos indicados, en la que la única especialidad a consignar en esta sentencia es que, normalmente, se identifican los daños y perjuicios causados con la "generación o agravación" de la insolvencia.

3) Además, para los casos en los que el concurso se hubiese declarado culpable, si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, regula la posibilidad de condenar a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa -sin distinguir en función de la fecha en la que se hubieren generado-. No se trata, en consecuencia de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

35. No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos (...).

La sentencia objeto de cita refleja sin ambages la diferente naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños y perjuicios contemplada en el artículo 172.2.3º de la que es objeto de tratamiento en el artículo 172 bis, que define como responsabilidad por deuda ajena, cuya naturaleza es similar a la prevista en el artículo 367 de la TRLSC. El criterio anteriormente expuesto ha sido refrendado por la reciente STS de 20.12.2012

Desde mi punto de vista, la conclusión que alcanza la sentencia citada refleja adecuadamente la esencia del mandato que incorpora el artículo 172 bis. Datos tales como que la responsabilidad por déficit se regule en un apartado diferente, y que frente a la taxatividad de los términos del precepto del artículo 172.2.3º, que no deja resquicio a una posible limitación cuantitativa de la responsabilidad por daños y perjuicios, el artículo 172 bis haya sido redactado en términos facultativos para el juez, de manera que puede optar por imponer la cobertura del déficit y, además, modular la cuantía corroboran la naturaleza disímil de ambos preceptos. La posibilidad de modulación no está relacionada con el carácter resarcitorio, pues si así fuera carecería de sentido la morigeración de la cuantía por parte del juez, dado que lo fundamental es procurar la

indemnidad de quienes hayan sufrido daños y perjuicios, con independencia del mayor o menor grado de reproche culpabilístico que quepa formular contra los administradores o liquidadores.

En relación con la cuantía de la condena, la referida sentencia establece las siguientes pautas interpretativas.

(...) Como hemos indicado, la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. En este sentido, la 644/2011, de 6 de octubre, reiterada en la 614/2011 de 17 noviembre de 2012, afirma que "es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable". También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172.bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

37. Finalmente este es el criterio que tuvieron en cuenta las sentencias de instancia y, en contra de lo afirmado, expresamente fue ponderado por la recurrida que, razonadamente, expuso las consideraciones que "llevan a moderar la condena a la cobertura del déficit que aparece impuesta por la Sentencia recurrida a un porcentaje del 50% que se estima adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes" (...).

2.4. Los motivos de culpabilidad.

Los artículos 164 y 165 de la LC regulan los diferentes supuestos de culpabilidad, siendo su contenido el siguiente:

Artículo 164.

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1º Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

2º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4º Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198 .

Artículo 165.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2º Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

3º Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Del tenor de los preceptos transcritos se deduce que la consideración del concurso como culpable puede obedecer a dos motivos: el dolo o culpa grave en la generación o la agravación de la insolvencia, o la realización de unos determinados comportamientos que el legislador considera lo suficientemente reprobables para que el concurso merezca tal calificación, si bien, dentro del primer apartado, el legislador estima que la

conurrencia de determinadas conductas presuponen la existencia de dolo o culpa con carácter presuntivo.

De conformidad con el esquema propuesto, para que resulte de aplicación la cláusula genérica a que se refiere el artículo 164, solamente se precisa que exista relación de causalidad entre el comportamiento de cualquiera de las personas citada en ese precepto y el estado concursal acontecido, así como que dicha conducta haya sido intencional o el autor haya incurrido en una falta de diligencia exigible que merezca la consideración de grave. La SAP de Pontevedra, de fecha 13.9.2010, resume acertadamente el marco de la operatividad de esta cláusula genérica de la siguiente manera: *“el criterio de atribución de la pertinente responsabilidad anudada a la calificación del concurso como culpable recae, no sobre la producción de un resultado que es el propio de la situación concursal, el estado de insolvencia, sino sobre la conducta del deudor. El criterio determinante de la calificación se hace radicar no en la situación de insolvencia en sí sino en la valoración que ha de merecer la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce o en su producción misma. En consecuencia, es culpable el concurso en aquellos supuestos en que el origen o el empeoramiento de la insolvencia descansan en una conducta dolosa o con culpa grave por parte del deudor, lo que exige un elemento intencional o subjetivo en el proceder, conforme al cual ha infringido los deberes más elementales que sobre él recaen y que tienden a evitar la producción de un estado de insolvencia o su agravamiento” (...).*

Respecto de este primer apartado debe hacerse hincapié en que la cláusula contenida en el artículo 164.1 ha sido configurada a modo de “*númerus apertus*”, sin que en consecuencia quepa entender que su inclusión opera como principio orientativo, de manera que los supuestos de dolo o culpa deban residenciarse exclusivamente dentro del artículo 164.2. El artículo 165, regula aquellos supuestos en que el legislador establece una presunción “*iuris tantum*” de dolo o culpa grave circunscrita a los tres casos que se enuncian; de ahí que la declaración de culpabilidad sustentada en el artículo 164.1 de la LC exige la acreditación de dolo o culpa grave por los instantes de la calificación de culpabilidad, el incumplimiento de cualquiera de los deberes a que se refiere el artículo 165 conlleva una inversión de la carga de la prueba, y habrán de ser el deudor o, en su caso, los representantes legales, administradores o liquidadores quienes enerven tal presunción.

Como ponen de relieve, entre otras las SSAP de Madrid, de 3.10.10, de León, de 17.11.10 y de Navarra de 8.2.10, para que la consideración de culpabilidad derive de lo dispuesto en el artículo 165, es preciso acreditar la relación de causalidad en la generación o agravación de la insolvencia, al igual que ocurre en el supuesto previsto en el artículo 164.1. En realidad, el legislador ha tipificado expresamente tres supuestos que irradian una presunción de dolo o culpa grave. Por ello, la enervación esa presunción se ha de llevar a cabo mediante la constatación de que dichos incumplimientos no fueron producto de un incumplimiento intencional o negligente o que, en su caso, resultan irrelevantes de cara a la generación de la insolvencia o su agravación.

El tercer apartado contempla aquellas conductas que se considerarán susceptibles de dar lugar a una declaración de culpabilidad, al margen de que concurra dolo o culpa o hayan contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. El

empleo, en el artículo 164.2, de la frase “en todo caso” ha dado lugar a que la doctrina judicial haya considerado que la concurrencia de cualquiera de esos supuestos permite calificar el concurso como culpable sin necesidad de cualquier otra consideración. En tal sentido, la SAP de Madrid, de 17.12.10, abunda sobre la naturaleza jurídica de los comportamientos contenidos en el artículo 164.2 de la LC y, en tal sentido, subraya que *“con frecuencia las causas de calificación del concurso como culpable serán precisamente las previstas en el artículo 164.2 de la LC, dado que el legislador, aplicando determinados máximos de experiencia y persiguiendo los determinados objetivos de política legislativa que considera necesario garantizar (en especial, la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico), ha decidido que el concurso en que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte del deudor o, si es persona jurídica, de su administrador o liquidador, de hecho o de derecho, han de suponer en todo caso, su calificación como culpable. Por esa razón no es necesario que en cada supuesto concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, de la propia conducta prevista en los diferentes apartados del artículo 164.2 de la LC, ni que se pruebe la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia (...)”*.

El esquema propuesto coincide con las pautas fijadas en la STS de 19.7.2012, tal y como reflejan las siguientes consideraciones plasmadas en el fundamento jurídico sexto.

(...) Ello sentado, resulta preciso advertir que la Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Conforme a uno - el previsto en el apartado 1 de su artículo 164 -, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia. Según el otro - previsto en el apartado 2 del mismo artículo - la calificación es independiente de la prueba de la producción de ese resultado y sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma. Este segundo precepto contiene expreso mandato de que el concurso se califique como culpable " en todo caso (...) " siempre que "concurra cualquiera de los siguientes supuestos"; lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del artículo 164 basta para determinar aquella calificación por sí sola - esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia de la concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo -.

En la sentencia 614/2011, de 17 de noviembre - siguiendo las números 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril y 298/2012, de 21 de mayo -, señalamos que el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos mencionados del artículo 164, sino que se trata de " una norma complementaria de la del apartado 1 ", pues manda presumir " iuris tantum " la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no baste para convencer al Tribunal (...).

2.5 La perspectiva jurídico- penal

Como anteriormente se ha señalado, la principal función del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal es la de garantizar la efectiva depuración de las conductas

penales que hayan podido acaecer. Acorde con los principios de intervención mínima que inspira el ordenamiento punitivo, el vigente Código sólo tipifica las siguientes conductas:

Artículo 259

Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

Artículo 260

- 1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.*
- 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.*
- 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.*
- 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.*

Artículo 261

El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

El Código Penal sanciona tres tipos de conductas relacionadas con el concurso: El pago indebido de acreedores, la falsedad contable para obtener la declaración de estado concursal y la generación o agravación dolosa de la situación de insolvencia. Respecto de esta última modalidad delictiva deberá tenerse en cuenta una serie de aspectos de interés para el Ministerio Fiscal, pues si bien su actuación en el procedimiento concursal se ha circunscribir a los parámetros propios de dicho procedimiento, de cara a calibrar la procedencia de instar la deducción de testimonio, medida que imperativamente habrá de solicitar si estima que existen méritos para ello, so riesgo de incumplir gravemente el deber que le incumbe, necesariamente se ha de sujetar al contenido de los preceptos penales transcritos.

Como se observa, el artículo 260 solamente castiga la generación o agravación dolosa del concurso, lo que, en primer lugar implica que entre el estado de insolvencia o el incremento de ésta y la conducta del autor debe mediar relación causal. Además, dicha conducta no ha de ser simplemente dolosa, sino buscada de propósito por el autor,

tal y como refiere la STS de fecha 18.11.2005 (seguida también por la STS de 24.4.2009) en los siguientes términos:

“Respecto del elemento subjetivo, el artículo 260.1 exige que la insolvencia o su agravación hayan sido causadas dolosamente por el autor. Como recuerda la STS núm. 237/2004, de 26 febrero, citando la STS 1799/2000, de 20 de noviembre, “este elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas

Es decir, no basta el conocimiento, y la aceptación, o al menos la indiferencia, respecto de la posibilidad de que determinadas actividades puedan conducir a la ruina económica, o a serias dificultades de esa clase, y con ello a la insolvencia, sino que es preciso el dolo directo, de forma que la conducta se dirija precisamente a provocar la situación de insolvencia y con ella al perjuicio a los acreedores mediante la imposibilidad de satisfacción de sus créditos. En este sentido, la STS núm. 452/2002, antes citada, señalaba lo siguiente:

En efecto, la insolvencia, dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente. Desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo éstos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores (...).”

Teniendo en cuenta la anterior premisa, no sólo los comportamientos negligentes sino aquellos otros imputables a título de dolo eventual carecen de entidad penal. Además, la hermenéutica propia de este ordenamiento impide que las presunciones “iuris tantum” de dolo o culpa grave contenidas en el artículo 165 de la LC puedan ser tenidas en consideración de cara a la incoación de un procedimiento penal pues, en todo caso, el requisito de la intencionalidad deberá ser acreditado indiciariamente. Lo mismo cabe decir de las conductas a que se refiere el artículo 164.2. Adviértase que el artículo 260 no exige que el concurso sea declarado culpable, sino que la insolvencia o agravación hayan sido intencionalmente propiciadas por el sujeto activo del delito, lo cual impide que determinadas comportamientos que no sean incardinables dentro de ese módulo adquieran relevancia “ex artículo 260”, todo ello sin perjuicio de su eventual punición extramuros del citado artículo.

Asimismo, dada la autonomía del ordenamiento penal respecto del procedimiento concursal, la consideración del concurso como fortuito no impide “per se” la deducción de testimonio, si bien, sería recomendable que con carácter previo se agoten las posibilidades de impugnación en el proceso concursal y, una vez adquiera firmeza la sentencia de calificación, se valore con medida las posibilidades de que recaiga sentencia condenatoria en sede penal.