



INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, EXONERACIÓN DE DEUDAS E INHABILITACIONES, Y SOBRE MEDIDAS PARA AUMENTAR LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACIÓN, INSOLVENCIA Y EXONERACIÓN DE DEUDAS Y POR LA QUE SE MODIFICA LA DIRECTIVA (UE) 2017/1132 (DIRECTIVA SOBRE REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA)

1. Antecedentes. 2. Consideraciones previas. 3. Estructura y fundamento del anteproyecto. 4. Consideraciones sobre el objeto del anteproyecto. 5. Observaciones sobre el texto remitido. 6. Conclusiones.

1. Antecedentes

En fecha 5 de agosto de 2021 tuvo entrada en la Fiscalía General del Estado comunicación del Sr. Secretario de Estado de Justicia remitiendo el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) —en adelante APL—, solicitando el informe del Consejo Fiscal con carácter urgente e improrrogable. El APL se acompaña de su correspondiente Memoria de análisis de impacto normativo.



El oficio justifica su remisión en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante EOMF) y la urgencia en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de agosto de 2021 por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente del expediente.

El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de la ciudadanía y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social (artículo 124 CE y artículo 1 EOMF).

Para el cumplimiento de esta misión corresponde al Ministerio Fiscal, entre otras funciones, velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes, lo cual suscita la necesidad de informe del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 EOMF; y a la intervención del Ministerio Fiscal, tanto en el procedimiento concursal, como en determinados procedimientos civiles, en los que debe tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (artículo 3.6 EOMF).

No obstante, la aludida limitación material de la potestad de informe, la función consultiva de este órgano viene siendo interpretada en términos amplios, habiéndose expresado en otras ocasiones el Consejo Fiscal en el sentido de entender que, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, han de ser expresadas sus consideraciones sobre aspectos que afecten a derechos y libertades fundamentales, así como en relación a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, y todo ello con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por



consiguiente, a su efectiva aplicabilidad, una vez aprobados, en los procesos judiciales en los que el Ministerio Fiscal ejercita las funciones que legalmente tiene encomendadas.

El Anteproyecto sometido a informe, si bien no afecta a la organización y estructura del Ministerio Fiscal, está relacionado con sus funciones al reconocer la legislación actual la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal y en los procedimientos civiles.

2. Consideraciones previas

La finalidad del APL es la incorporación a la legislación española de la Directiva (UE), 2019/1023, de 20 de junio de 2019, que entró en vigor el 16 de julio de 2019, de conformidad con lo previsto en su artículo 35. El plazo para la transposición de la Directiva se establece en el artículo 34, previéndose con carácter general que la misma habría de tener lugar, a más tardar, el 17 de julio de 2021, habiéndose concedido un año más de prórroga de conformidad con el apartado 2 del mencionado precepto, lo que genera la necesidad de realizar su transposición basada en los criterios de eficiencia y tramitación rápida.

La reciente reforma de la legislación concursal operada a través del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Concursal*, no excluía que el proceso de reforma del derecho de insolvencia hubiera finalizado; proceso que, además, adolecía de ciertas limitaciones derivadas del escaso uso de los instrumentos preconcursales, de la exigua utilización del concurso en relación con los países de nuestro entorno y, sobre todo, por ser usado como recurso en caso de dificultades avanzadas, lo que, unido a la excesiva duración del procedimiento, implicaba que la mayoría de los concursos finalizaran en liquidación y no en



convenio, con una reducida utilización del procedimiento de segunda oportunidad.

El APL busca afrontar una reforma del sistema de insolvencia que supere las limitaciones del actual y que tienda a procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos para que en el caso de actividades económicamente viables pero con dificultades financieras puedan facilitarse reestructuraciones del pasivo, garantizando los derechos de acreedores y la continuidad de la empresa; y en el supuesto de actividades inviables, extraer el mayor valor de los activos para devolver a sus acreedores, respetando un orden de prelación.

La reforma se basa en tres pilares fundamentales: en primer lugar, la introducción de los planes de reestructuración como instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia o a superarla en una fase previa de dificultades, con la consiguiente supresión de los actuales instrumentos preconcursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago); en segundo lugar, la agilización del procedimiento mediante la introducción de un procedimiento de insolvencia único y especialmente adaptado para las microempresas y la flexibilización de la intervención judicial en el concurso basada en los criterios de necesidad y proporcionalidad; finalmente, en tercer lugar, la introducción de un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz que contemple la relación de deudas exonerables y la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor, con la existencia de un plan de pagos que le permita conservar su vivienda habitual y sus activos empresariales.

El APL tiene como objeto adoptar las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, para lo cual se lleva a cabo una importante reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el



Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante TRLC), y que conlleva, por un lado, una transposición de los preceptos de la misma, a excepción del artículo 30 (procedimiento de comité) y los artículos 32 a 35 (relativos a aspectos de revisión, transposición y entrada en vigor) y, por otro lado, la aplicación de los principios que rigen la citada Directiva.

La transposición de la Directiva debe ser necesariamente incorporada a la legislación española, por lo que es precisa la aprobación de una norma con rango de ley al incorporar derechos y obligaciones. En este sentido, a la vista de la extensión de las cuestiones reguladas y los problemas que implica armonizar la sistemática de la regulación europea y española —como reconoce la exposición de motivos—, entendemos que la opción de transposición sobre una legislación concursal ya sistematizada y clara es la más adecuada para llevar a cabo la misma.

En todo caso, el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la Directiva es obligatoria, igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos, pero es un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Esto significa que, tras la entrada en vigor de la Directiva, su contenido forma parte de nuestro ordenamiento jurídico pero no desplegará efectos directos hasta su transposición formal o hasta que se produzca el vencimiento del plazo de incorporación si sus previsiones son claras, precisas e incondicionadas, por lo que la interpretación por los tribunales de la conformidad de la legislación estatal con la normativa europea es una obligación que se activa desde el mismo momento de la publicación de la Directiva, no cuando ha pasado el plazo de transposición, con la finalidad de evitar situaciones que supongan un obstáculo a su aplicación, tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal de



Justicia —STJCE de 8 de diciembre de 1997, Asunto Inter-Environment Wallonie (C-129/96), y STJCE de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold (C-144/04)—.

En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal, cabe citar que el Anteproyecto modifica la regulación del procedimiento previsto en el capítulo II del Título X del Libro I del TRLC sobre la pieza sexta de la calificación del concurso (pieza de calificación prevista en los artículos 446 a 464 TRLC). De este modo, se pasa de una intervención del Ministerio Fiscal que devenía obligatoria para la emisión del preceptivo dictamen de calificación (fortuita o culpable del concurso), de conformidad con la redacción del artículo 449 TRLC, a suprimir su actuación en la pieza y pasar a ser mero receptor de la deducción de testimonio por parte del órgano judicial en los supuestos de la puesta de manifiesto por los informes de calificación de la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible a instancia de parte (artículo 450 bis APL).

Por otro lado, se mantiene su intervención en materia de declinatoria por competencia territorial (artículo 51 APL), en el control de la competencia nacional e internacional (artículo 589 APL), en la homologación del concurso (artículo 647 APL) y se establece la posibilidad de su intervención penal en el Libro III, relativo al nuevo procedimiento especial para microempresas por falta de veracidad de la información aportada en las mismas (artículos 689 y 718 APL), por lo que la emisión del presente informe se contrae principalmente al estudio de dichos preceptos, sin olvidar otros que pudieran tener incidencia en el proceso penal, ámbito principal de actuación del Ministerio Fiscal.



3. Estructura y fundamento del anteproyecto

El APL se compone de una exposición de motivos, donde se enuncian de forma minuciosa los motivos, objetivos y alcance de la regulación abordada; de un artículo único distribuido en 181 apartados (no los 176, que erradamente se citan en la exposición de motivos) en los que se concretan las modificaciones planteadas en relación al TRLC y que afectan a su Libro I (artículos 1 a 582) sobre *el concurso de acreedores* (apartados 1 a 176 del APL), a su Libro II (artículos 583 a 686) sobre *el derecho preconcursal* (apartado 177 del APL), a su Libro III de nueva creación (artículos 687 a 720) relativo a *los procedimientos especiales para microempresas* (apartado 178 del APL) y a su Libro IV (artículos 720 a 752) en el que se introduce el actual Libro III del TRLC relativo a las *normas de derecho internacional privado* (apartados 179 a 181 del APL).

La exposición de motivos se divide en ocho secciones.

La primera se refiere a la justificación de los motivos de la reforma y a la necesidad de adaptar el marco normativo nacional como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que plantea una reasignación de modo eficiente de los recursos productivos con el fin de determinar la viabilidad o inviabilidad de una empresa y, sobre todo, la necesidad de abordar una reforma estructural de los instrumentos preconcursales.

La segunda sección explicita los criterios rectores (buena regulación, necesidad, eficacia, proporcionalidad y seguridad jurídica) y define su estructura en la que se percibe el error de citar 176 apartados, cuando en realidad existen 181, e igualmente 12 disposiciones finales, cuando en realidad son 11, según se puede observar en la página 244 del APL. Asimismo, se hace



referencia a que las modificaciones legales que implica la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, suponen una reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder judicial*, sobre las competencias de los Juzgados de lo Mercantil, secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, juzgados de primera instancia y demás secciones de las Audiencias Provinciales, respecto de la que ya se ha emitido informe por el Consejo Fiscal.

La tercera define las razones de la modificación del Libro II del TRLC, que afecta al derecho preconcursal a través de los artículos 586 a 720, bajo la premisa de la adopción de los criterios de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual (artículo 2 de la Directiva) y la introducción de los planes de reestructuración como medio de llevar a cabo la misma con una nueva regulación en cinco títulos, con especial incidencia en los planes de reestructuración y la introducción de la figura del experto encargado de la reestructuración.

La cuarta sección detalla las modificaciones del Libro I. Resalta la utilización de la exoneración del pasivo insatisfecho mediante dos modalidades de exoneración: con liquidación de la masa activa y con plan de pagos, que son intercambiables y que se basan en la buena fe del deudor, reduciéndose el plazo mínimo de diez años para gozar de una nueva exoneración, así como los criterios para su revocación.

La quinta sección se hace eco de la especial composición de las empresas en nuestro país. Se establece un nuevo Libro III (artículos 687 a 720) que regula el procedimiento especial para microempresas, lo que supone la instauración de una serie de medidas para la solución de las crisis de esta clase de empresas, la simplificación procesal del procedimiento mediante trámites sencillos y sin coste y el carácter único de este procedimiento especial que tiene unas reglas generales (Título I), con un plazo formal de periodo de negociación, dirigido



bien a la continuación de la microempresa (Título II), bien a su liquidación rápida (Título III).

La sexta sección hace referencia a la modificación de la regulación legal para la tramitación rápida y eficiente de los procedimientos. Se considera el convenio como solución excepcional del concurso, con la posibilidad de superposición de sus fases de tramitación, la reducción de trámites, la conexión de plazos y la supresión de decisiones judiciales y el establecimiento de normas legales de liquidación.

La séptima cita otras novedades en la legislación concursal entre las que debe destacarse los deberes de los administradores concursales, la pieza de calificación del concurso donde se suprime la intervención del Ministerio Fiscal, los parámetros para el nombramiento de los administradores concursales y sus criterios de actuación, y la dotación de herramientas de alerta temprana a los deudores para poder detectar problemas financieros.

Finalmente, la octava sección —que erróneamente se cita como séptima— enumera las modificaciones del actual Libro IV (anterior Libro III), entre las que destaca la necesidad de adaptarse al Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia y adaptar a las nuevas reglas relativas a procedimientos concursales.

Las disposiciones adicionales 1ª a 11ª establecen modificaciones necesarias para implementar los modelos previstos en las medidas, como son la aprobación del Reglamento de la administración concursal (1ª), el Reglamento del Registro Público Concursal (2ª), el Reglamento de Estadística Concursal (3ª), los modelos de solicitud de concurso voluntario de acreedores (4ª), la Plataforma electrónica de liquidación de bienes (5ª), el programa de cálculo de plan de pagos (6ª), los formularios del procedimiento especial de



microempresas (7ª), la web para el autodiagnóstico de salud empresarial (8ª), el portal de liquidaciones en el Registro Público Concursal (9ª), la regulación de la información de posición de riesgo a suministrar por los Registradores Mercantiles (10ª) y el régimen aplicable a los avales otorgados en virtud de los Reales Decretos-leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 25/2020, de 3 de julio (11ª).

Las disposiciones transitorias 1ª a 4ª aluden a las normas de derecho transitorio en relación con los procedimientos tramitados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y a las reglas sobre ciertas actuaciones en el concurso, como son la obligatoriedad de comunicación de los Letrados de la Administración de Justicia desde el 1 de enero de 2020 de todas las incidencias en la actuación de los administradores concursales (2ª), las reglas para el nombramiento de los administradores concursales en los procedimientos especiales para microempresas (3ª) y las reglas de remisión de las resoluciones judiciales dictadas en materia de exoneración provisional con plan de pagos (4ª).

Las disposiciones finales 1ª a 11ª describen las modificaciones operadas en otros cuerpos legales, como son el Código de Comercio, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Sociedades de Capital, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y el Estatuto de los Trabajadores, así como las normas relativas al título competencial y entrada en vigor del APL.

4. Consideraciones sobre el objeto del anteproyecto

El APL tiene por objeto, esencialmente, adoptar las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, e igualmente afrontar una



reforma del sistema de insolvencia que supere las limitaciones del actual.

En el primer punto, entendemos que el APL cumple con la finalidad expuesta de llevar a cabo la transposición como se deduce de la Memoria de Análisis del Impacto Normativo, ya que la casi totalidad de los preceptos de la Directiva tienen cabida en el presente APL al tratarse de una Directiva flexible que permite buscar la solución más adecuada al sistema español. Destaca en este aspecto la nueva redacción de la definición del presupuesto objetivo de la insolvencia del apartado 3 del artículo 2 del APL que redefine el marco temporal de la insolvencia inminente en un plazo de tres meses.

En segundo lugar, la regulación se considera positiva en lo relativo a la introducción en nuestra legislación de los planes de reestructuración previstos en los artículos 8 a 16 de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, las modificaciones en la exoneración del pasivo insatisfecho y, finalmente, la adopción de medidas de agilización de la tramitación y eficiencia del procedimiento y la potenciación del convenio entre concursado y acreedores mediante la supresión del convenio anticipado y la junta de acreedores simplificando la tramitación.

En tercer lugar, en relación con la creación de la figura del experto en reestructuración, prevista en el Título IV del Libro II (artículos 674 a 686), no aparece detallado con precisión en el artículo 676 del APL la manera de acreditar los conocimientos especializados y experiencia necesaria en materia de reestructuraciones para su nombramiento, por lo que debería evitarse esta indefinición que repite el problema que actualmente existe con la figura del administrador concursal y que sigue vigente pese a la nueva redacción del artículo 62 del APL, ya que carece de regulación por falta de desarrollo reglamentario.



En cuarto lugar, es de destacar que el pilar del procedimiento especial para microempresas (Libro III) es la veracidad de la información aportada y que la falta de veracidad tiene consecuencias no solo dentro del concurso (calificación culpable), sino desde el punto de vista del derecho penal (estafa procesal o insolvencia punible).

Finalmente, debemos poner de manifiesto que con carácter previo a la entrada en vigor de la ley objeto del presente APL y, sobre todo, de la terminación de la moratoria para la transposición de la Directiva, deben estar previstos todos los sistemas tecnológicos y herramientas que la misma describe (vistas telemáticas, comparecencias electrónicas, medios electrónicos de comunicación, herramientas de alerta temprana, soportes audiovisuales, programas de cálculo, formularios del procedimiento especial de microempresas, etc.), ya que aunque las disposiciones adicionales establecen fechas para la puesta en práctica de las reformas legales que permitan la creación de los mecanismos acordados —las Disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta del APL hacen referencia a estos problemas—, la falta de implementación de los mismos impediría la aplicación efectiva de la ley, generando problemas sobre su aplicación real, por lo que debería establecerse una disposición transitoria que regule, en su caso, la implantación efectiva de la presente ley o una moratoria en el supuesto de que los mismos no estén implementados en el momento de aprobación de la Ley.

5. Observaciones sobre el texto remitido

Exposición de motivos

En cuanto al contenido de la exposición de motivos, debe hacerse referencia a las menciones que realiza sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el



procedimiento concursal.

En primer lugar, en la página 24 se dice que «El pilar del procedimiento es la veracidad de la información aportada. Por ello, la ocultación de información relevante, la manipulación de datos o la aportación de documentación incorrecta o no enteramente veraz tiene consecuencias severas. Es causa expresa de calificación culpable, se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y es perseguida como estafa procesal o como insolvencia punible en el Código Penal».

En segundo lugar, en relación con la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación, en la página 43 se señala que «La Directiva no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación. La presente ley mantiene la calificación del concurso de acreedores, aunque con importantes innovaciones relativas a la presentación del informe de calificación, con continuidad de plazos para acelerar la tramitación de la Sección sexta, y a la supresión del dictamen del Ministerio Fiscal. Esta supresión se compensa con el reconocimiento de la legitimación de los acreedores que alcancen un determinado porcentaje del pasivo para presentar informe de calificación simultánea e independientemente del informe del administrador concursal, solicitando que el concurso sea calificado como culpable».

Por lo tanto, establece la justificación del cambio de paradigma de la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal que obedece a una nueva concepción del procedimiento concursal en el que se justifica la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal mediante el otorgamiento de la legitimación a



los acreedores en la mencionada pieza.

Artículo 2. *Presupuesto objetivo*

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

Entendemos positiva la modificación de este párrafo 3 en el que se procede a la fijación de un plazo temporal para la declaración de insolvencia inminente (tres meses), frente a la anterior regulación que establecía simplemente que el deudor previera dicha situación, ya que se agiliza el procedimiento y se cumple con lo previsto en el artículo 2.2 b) de la Directiva que deja la definición de dicho concepto al desarrollo de la normativa nacional.

Artículo 4. *De la intervención del Ministerio Fiscal*

«1. Cuando en las actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal, el Ministerio Fiscal instará del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

2. De igual modo, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez competente para conocer del concurso del deudor por si respecto de este se encontrase en tramitación un



concurso de acreedores.»

Se suprime el mencionado precepto en cuyos apartados (designados con los números 1 y 2) se establecían las obligaciones del Ministerio Fiscal de instar al Juez penal para que informara a los acreedores de la posible situación de insolvencia a fin de que pudieran valorar la solicitud de concurso o el ejercicio de las acciones que les correspondieran y la de instar del Juez penal la comunicación al juez competente por si estuviera en trámite un concurso de acreedores.

Tradicionalmente, en los Códigos de Comercio de 1829 y de 1885 la intervención del Ministerio Fiscal obedecía a otros criterios distintos a los del actual TRLC. Así, el artículo 895 CCo, en su redacción anterior a la regulación de la Ley Concursal, establecía que «La calificación de la quiebra, para exigir al deudor la responsabilidad criminal, se hará siempre en ramo separado, que se sustanciará con audiencia del Ministerio Fiscal, de los síndicos y del mismo quebrado», que perseguía una vía de apertura del procedimiento penal.

El artículo 4 TRLC fue instaurado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, que en su exposición de motivos establecía que «La intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico». Su finalidad, en principio, era la de dotar de un mayor carácter público a las situaciones de crisis empresariales, pues de este modo el Ministerio Fiscal velaba muy limitadamente por ese interés público, que puede latir en ese procedimiento concursal a través de las previsiones del precepto.

La Instrucción de la FGE núm. 1/2013, *sobre la Intervención del Fiscal en el Proceso Concursal*, establecía que en los intereses en juego subyace un



interés público y social que lleva al legislador a dar entrada en el proceso concursal, bien que limitada, al Ministerio Fiscal.

Con posterioridad, tanto en la LC como en el TRLC la intervención del Ministerio Fiscal se asimilaba a una función *facultativa*, ya que intervenía en la pieza de calificación, y no siempre, sino solo en aquellos casos en los que concurría alguno de los supuestos necesarios para que se abriera la misma. Igualmente, dentro de la normativa concursal y penal encontramos preceptos en los que se desvincula el procedimiento penal del proceso concursal. Así, cabe decir que no existe vinculación del Juez penal a la calificación que se haga en el concurso (artículo 462 TRLC) e, igualmente, en el artículo 259.6 CP, en su redacción establecida en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que también establece que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal».

Asimismo, en la legislación concursal y penal el inicio de un juicio penal no implica la existencia de prejudicialidad sobre el concurso de acreedores (artículo 519 TRLC), existiendo reglas para la adopción de medidas cautelares a solicitud de jueces o tribunales del orden jurisdiccional penal (arts. 519 y 520 TRLC), siguiendo así la línea marcada por la jurisprudencia, entre la que cabe destacar el ATS de 29/10/2017, Sala de lo Civil (rec. 4521/2017) y el ATS de 11 de octubre de 2019, Sala de lo Civil (rec. 6/2019).

Entendemos que la opción que ha tomado el legislador suprimiendo el mencionado precepto es ajustada a los artículos antes citados que establecen la separación de la jurisdicción concursal y penal, y es consecuencia de la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza sexta de calificación del concurso, lo que no impide la persecución de la posible comisión de hechos delictivos que puedan producirse en el procedimiento a la oportuna



deducción de testimonio que realice el Juez de la posible existencia de un hecho constitutivo de un delito no perseguible únicamente a instancia de la persona agraviada, como se prevé expresamente en los artículos 450 bis, 689.2 y 717.1 TRLC.

Asimismo, pese a la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en el APL, no debemos olvidar que subsiste su intervención como defensor de la ciudadanía en el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, esto es, en la intervención del Ministerio Público en relación con los efectos del concurso sobre los derechos fundamentales, en la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones del deudor, en el deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, en la entrada en el domicilio del deudor y su registro y arresto domiciliario, siendo preceptiva la audiencia del Ministerio Fiscal para la adopción de medidas, conforme a su párrafo tercero.

Finalmente, debemos recordar que la legitimación para promover la acción de la justicia cuando puedan verse afectados los derechos de la ciudadanía y el interés público tutelado por la ley que otorga al Ministerio Fiscal el artículo 124 de la CE, puede determinar su participación en materia concursal en los supuestos previstos en el art. 11.5 LEC para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, e igualmente en procedimientos laborales que puedan afectar a los trabajadores y en los supuestos previstos en el art. 177.3 LRJS de procedimientos laborales que afectan a derechos fundamentales, siempre que ambos supuestos puedan referirse a dicha materia.



Artículo 37 ter. Especialidades de la declaración de concurso sin masa

«1. Si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañen resultare que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones a que se refiere el artículo anterior, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo que resulte de la documentación, sin más pronunciamientos, ordenando que se publique edicto en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro público concursal con llamamiento al acreedor o a los acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a la publicación de ese edicto puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente informe razonado y documentado sobre los siguientes extremos:

1.º Si existen indicios suficientes de que el deudor hubiera realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley.

2.º Si existen indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

3.º Si existen indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado de culpable.

2. En el caso de que, dentro de plazo, ningún legitimado hubiera formulado esa solicitud, el deudor que fuera persona natural podrá presentar solicitud de



exoneración del pasivo insatisfecho.»

La declaración de concurso sin masa en base a los criterios del artículo 37 bis no debe impedir, en los supuestos de su párrafo tercero —cuando existieren indicios suficientes de que el concurso pudiera ser calificado como culpable—, que se proceda a la formación de la pieza de calificación del concurso.

Artículo 44. Competencia objetiva

«Son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores los jueces de lo mercantil.»

Esta modificación es consecuencia de la aplicación de los principios de la Directiva y entendemos que es positiva ya que prima el principio de especialización que se deriva de la tramitación por los Juzgados de lo Mercantil de los concursos de personas naturales que no sean empresarios que antes eran tramitados por los Juzgados de Primera Instancia (artículo 44. 2 TRLC) y que permitirá una respuesta más rápida a la ciudadanía, y no la aplicación de criterios de oportunidad para la resolución de la cuestión basados en la distribución de la carga de trabajo; armoniza, además, con la supresión del actual artículo 85.6 LOPJ, introducido en la reforma operada por el artículo único. 22 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, que se prevé en el apartado tres del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial para la transposición de la Directiva.

Artículo 46. Competencia en caso de concursos conexos

«1. Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar



91

donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con 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 respecto de esta, el de la sociedad de mayor pasivo. Si ya hubiera sido declarado el concurso de la sociedad dominante, será juez competente para la declaración del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo aquel que esté conociendo del concurso de aquélla.

2. Será competente para decidir sobre la acumulación de los concursos conexos, si estos hubiesen sido declarados por diferentes juzgados, y para su posterior tramitación conjunta, el juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando esta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.»

Por las razones expuestas en el precepto anterior se suprime el párrafo tercero en relación con los concursos de persona natural no empresario, persona natural empresario o persona jurídica al pasar a ser competencia del Juez de lo Mercantil el competente para la tramitación de los mismos.

Artículo 51. *Declinatoria*

«1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia internacional y territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de diez días desde la publicación del edicto de la declaración del concurso en el «Boletín Oficial del Estado.

2. La interposición de declinatoria, en la que el promotor estará obligado a



indicar cuál es el órgano competente para conocer del concurso, no suspenderá el procedimiento concursal. En ningún caso se pronunciará el juez sobre la oposición del deudor 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, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.

3. Aunque se estime la declinatoria por falta de competencia territorial será válido todo lo actuado en el concurso.»

Este precepto es una reproducción del actual artículo 51 TRLC que, a su vez, reproducía el artículo 12 LC, con la salvedad de que se establece que únicamente la estimación de la declinatoria por falta de competencia territorial no afecta a la validez de lo actuado en el concurso, de conformidad con lo que establece el artículo 65.5 LEC, por lo que debe aplicarse como regulación supletoria para los supuestos de falta de competencia objetiva el artículo 48.4 LEC, y para los de falta de competencia internacional el artículo 38 LEC.

Artículo 52. *Carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción*

«La jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

- 1ª. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.
- 2ª. Las ejecuciones relativas a créditos concursales o contra la masa sobre los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la



hubiera ordenado, sin más excepciones, que las previstas en la legislación concursal.

3ª. La determinación del carácter necesario de un bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

4ª. La declaración de la existencia de sucesión de empresa en los casos de transmisión de unidad o de unidades productivas, así como la determinación en esos casos de los elementos que las integran.

5ª. Las medidas cautelares que afecten o pudieran afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores.

6ª. Las demás materias establecidas en la legislación concursal.

3. Cuando el deudor sea persona natural, la jurisdicción del juez del concurso será también exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1ª. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.

2ª. La disolución y liquidación de la sociedad o comunidad conyugal del concursado.

4. Cuando el deudor sea persona jurídica, la jurisdicción del juez del concurso será también exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1ª. Las acciones de reclamación de deudas sociales que se ejerciten contra los socios de la sociedad concursada que sean subsidiariamente responsables del pago de esas deudas, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran contraído, y las acciones para exigir a los socios de la sociedad concursada el



desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias.

2ª. Las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o, de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra las personas, cualquiera que sea su denominación, que tengan atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo de administración en uno o varios consejeros delegados o en una comisión ejecutiva, por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.

3ª. Las acciones de responsabilidad contra los auditores por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada.»

En la redacción del APL se modifica el artículo 52 TRLC y, por un lado, se incluye en el apartado 5 del artículo 52 la regulación de la jurisdicción exclusiva y excluyente en materia de medidas cautelares que ya está prevista en el párrafo 1 del artículo 54 TRLC; y por otro lado, no se incluyen los apartados 5 y 6 del artículo 86 ter LOPJ por estar regulados en los arts. 53 y 55 TRLC, que establecían la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso en las siguientes materias:

«5. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en la legislación concursal, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.



La suspensión de contratos y la reducción de jornada tendrán carácter colectivo cuando afecten al número de trabajadores establecido en la legislación laboral para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo con este carácter

6. La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, sin más excepciones que las establecidas en la legislación concursal, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal. La decisión sobre estas cuestiones no surtirá efecto fuera del concurso de acreedores en que se produzca.»

Por coherencia con la redacción del artículo 86 ter LOPJ, entendemos que deben introducirse todos sus apartados en el artículo 52 del APL y suprimirse los artículos 53, 54 párrafo 1 y 55 TRLC, debiendo pronunciarse el legislador sobre la vigencia del párrafo 2 del artículo 54 TRLC.

Artículo 62. *Nombramiento del administrador concursal*

«1. Como regla general, el nombramiento del administrador concursal deberá recaer en la persona natural o jurídica inscrita en el Registro público concursal que corresponda por turno correlativo en función de la clase de concurso de que se trate, siempre que hubiera hecho constar estar en condiciones para actuar en el ámbito territorial del Juzgado que realice el nombramiento.

2. En los concursos de mayor complejidad el nombramiento recaerá en la persona natural o jurídica inscrita en el Registro público concursal habilitada para ejercer las funciones propias del cargo en dichos concursos que el juez designe, debiendo motivar la designación en la adecuación de la experiencia, los conocimientos o la formación de la persona nombrada a las particularidades del concurso, en los términos que se determinen reglamentariamente. En todo



caso, antes de efectuar el nombramiento, el juez deberá consultar el Registro público concursal.

3. En los concursos con elementos transfronterizos, el nombramiento deberá recaer en persona que, además, tenga acreditado el conocimiento suficiente de la lengua del país o países relacionados con esos elementos o, al menos, el conocimiento suficiente de la lengua inglesa.»

Aunque la regulación se ha modificado en su párrafo 2 estableciendo criterios que implican una menor discrecionalidad que el precedente, al introducir el criterio de *mayor complejidad* frente al precedente de *perfil adecuado*, la motivación de la designación del nombramiento por el juez basada en criterios como las particularidades del concurso, la experiencia y la formación, así como la inscripción en el Registro público concursal, así como se ha modificado en su párrafo 3, que regula el conocimiento del idioma en los supuestos de concursos con elementos transfronterizos, sigue pendiente el desarrollo reglamentario de la figura del administrador concursal que se hace necesaria para el desarrollo de su labor.

Artículo 65. *Prohibiciones*

Se establecen reglas para evitar que las personas que han intervenido en los concursos como auxiliares delegados o expertos en reestructuración puedan intervenir en el procedimiento como administradores concursales.

Artículo 86. *Reglas de determinación de la retribución*

«1. No podrán ser nombrados administradores concursales quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier



clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años.

2. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado de inscritos, no podrán ser nombrados administradores concursales ni auxiliares delegados aquellas personas naturales o jurídicas que hubieran sido nombradas para cualquiera de esos cargos por el mismo juzgado o por el mismo juez en tres concursos dentro de los dos años anteriores contados desde la fecha del primer nombramiento. En el cómputo del límite máximo de nombramientos se incluirán los concursos en los que esas personas hubieran sido designadas representantes de la persona jurídica nombrada para el ejercicio de las funciones propias del cargo de administradora concursal o de auxiliar-delegada. Los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.

3. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado de inscritos, no podrán ser nombrados administradores concursales ni auxiliares delegados aquellas personas naturales o jurídicas que hubieran sido nombradas para cualquiera de esos cargos en más de veinte concursos de acreedores que estén en tramitación en la fecha del nuevo nombramiento.

4. No podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubiera sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por aplicación de lo dispuesto en esta ley.

5. No podrá ser nombrado administrador concursal quien en la negociación de un plan de reestructuración hubiera sido nombrado experto en la reestructuración.»

98



Se estima ajustada la modificación que lleva a cabo el precepto, que se basa en tres criterios previamente existentes (exclusividad, limitación y eficiencia), que reinterpreta —reduciendo las cantidades a cobrar a lo establecido en el arancel— la cantidad máxima a cobrar, y establece incentivos para lograr una mayor celeridad y agilidad.

Igualmente, introduce el criterio de duración del concurso para reducir la retribución de la administración concursal si las fases comunes, de convenio o liquidación exceden del plazo de seis meses, salvo justificación del retraso.

Artículo 280. *Créditos con privilegio general*

«Son créditos con privilegio general:

- 1.º Los créditos anteriores a la declaración de concurso por salarios que no tengan la consideración de créditos contra la masa ni reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; y por los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.
- 2.º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
- 3.º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso.



4.º Los créditos tributarios, los créditos de la seguridad social y demás de derecho público que no tengan privilegio especial ni el privilegio general del número 2º de este artículo. Respecto de los créditos públicos señalados, el privilegio general a que se refiere este número sólo alcanzará al cincuenta por ciento del importe de los respectivos créditos, deducidos de la base para el cálculo del porcentaje los créditos con privilegio especial, los créditos con privilegio general conforme al número 2º de este mismo artículo y los créditos subordinados.

5.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual por daños causados antes de la declaración de concurso distintos de aquellos a que se refiere el número 1º del artículo 242 y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, cualquiera que sea la fecha de la resolución judicial que los declare. Si los daños estuvieran asegurados, el crédito del asegurador por subrogación, regreso o reembolso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario.

6.º El cincuenta por ciento del importe de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación concedidos en el marco de un plan de reestructuración homologado cuando los créditos afectados por ese plan representen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total. En el caso de que la financiación hubiera sido concedida o comprometida por personas especialmente relacionadas con el deudor, será necesario que los créditos afectados por el plan representen más de dos tercios del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas personas para calcular esa mayoría.

7.º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso excluidos los que tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.»

La responsabilidad civil *ex delicto* debe constituir un crédito con privilegio general al tratarse de una responsabilidad civil extracontractual. La referencia que hace el actual artículo 280.5º TRLC a los delitos contra la Hacienda



Pública y la Seguridad Social fue introducido en el artículo 91. 5º LC en la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y no debería entenderse en el sentido de excluir como privilegiados los créditos por responsabilidad civil nacidos de otros delitos. Por ello, es conveniente eliminar la mención a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por la confusión que genera esa individualización. De esa forma quedaría más claro que «la responsabilidad civil extracontractual» incluye a la derivada de cualquier delito.

Artículo 318. *Prohibiciones*

«1. En ningún caso la propuesta de convenio podrá suponer:

- 1.º La alteración de la cuantía de los créditos establecida por esta ley, sin perjuicio de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener.
- 2.º La alteración de la clasificación de los créditos establecida por esta ley.
- 3.º La liquidación de la masa activa para la satisfacción de los créditos.

2. La propuesta de convenio no podrá suponer para los créditos de derecho público ni para los créditos laborales el cambio de la ley aplicable; el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asume sin liberación de ese deudor la obligación de pago; la modificación o extinción de las garantías que tuvieran; o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario.

3. La propuesta de convenio no podrá suponer quita ni espera respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de Seguridad Social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los



porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.»

La modificación del precepto amplía las prohibiciones en los nuevos párrafos 2 y 3, que estimamos positiva ya que no puede afectar a los créditos de derecho público, a los créditos laborales, los relativos a porcentajes de las cuotas de Seguridad Social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales, así como respecto de los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota obrera que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No obstante, como ya expusimos en nuestro informe de fecha 20 de junio de 2019 sobre el Anteproyecto de Texto Refundido de Ley Concursal, entendemos que debería valorarse que el convenio no pueda suponer la alteración de la cuantía de los créditos derivados de la responsabilidad *ex delicto*, sin perjuicio de la quita o quitas que pudiera contener cuando sean asumidas por el perjudicado.

La modificación fundamental operada en el párrafo primero busca cumplir con los criterios de eficiencia preconizados por la Directiva pues adelanta la presentación del informe sobre los hechos relevantes del concurso, siguiendo lo establecido en el artículo 446 del APL, lo que debe considerarse positivo en aras a la agilización del procedimiento.

Artículo 445. Cómplices

«1. Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la



realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

2. Se considerará cómplice el auditor que hubiera verificado las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera sido declarado el concurso si en la emisión del informe de auditoría hubiera concurrido dolo o culpa grave.»

El APL modifica la regulación del Capítulo I del Título X del Libro I que establece las disposiciones generales de la calificación del concurso.

No hay modificaciones en relación con la calificación del concurso (artículo 441 TRLC), del concurso culpable (artículo 442 TRLC), de los supuestos especiales de culpabilidad (artículo 443 TRLC) y de las presunciones de culpabilidad (artículo 444 TRLC).

Se amplía el círculo de legitimados pasivos en el concurso al incluir al auditor en el párrafo 2 del artículo 445, estableciendo la responsabilidad de este en base a dos criterios: en primer lugar, el incumplimiento de las normas que regulan su actuación previstas en el artículo 26 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (LAC), en el caso de que el concurso haya sido declarado culpable; y en segundo lugar, la imputación a título de dolo o culpa grave.

Consideramos positiva la regulación ya que permite la calificación como complicidad de su actuación con criterios precisos. En este sentido, la STS 798/2008, Sala 1ª, de 9 de octubre, señala que «no cabe hacer responsable al auditor por no detectar todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada -algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena-



sino sólo de aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto».

Del mismo modo, queda en el aire en el párrafo 1 la posibilidad de imputación como cómplice del asesor fiscal que pueda haber realizado alguno de los actos del párrafo primero, al no estar expresamente previsto en su redacción.

Artículo 445 bis. *Incumplimiento culpable del convenio*

«1. El incumplimiento del convenio se calificará como culpable cuando 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, dentro del periodo de cumplimiento del convenio, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.

2. En todo caso, el incumplimiento se calificará como culpable en los siguientes supuestos:

1º. Cuando durante el periodo de cumplimiento del convenio hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

2º. Cuando el deudor hubiera realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3. El incumplimiento del convenio se presume culpable, 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 liquidación de la masa activa.



2º. Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad no hubiera formulado en tiempo y forma las cuentas anuales en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a aquel en que hubiera incumplido el convenio; no hubiera sometido esas cuentas a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro mercantil o en el registro correspondiente.»

La redacción del presente precepto es más precisa que la actual en los supuestos de calificación culpable de incumplimientos que se producen en el periodo de cumplimiento del convenio sin que se haya abierto la pieza de calificación de la pieza sexta, separándolos de los supuestos regulados en el párrafo 1. 1º del artículo 452 TRLC, que hace referencia a los casos en los que en la pieza sexta se hubiera dictado sentencia de calificación o auto de archivo.

Entendemos que de este modo se ciñe a lo establecido en la jurisprudencia y determina con precisión el alcance de la sección de calificación reabierta tras el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio. En este sentido la STS 29/2013, Sala Primera, de 12 de febrero, establece que «la reapertura de la calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado».

Artículo 446. Formación de la sección sexta

«1. En el mismo decreto en el que ponga fin a la fase común, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a la formación de la sección sexta.



2. La sección se encabezará con testimonio del decreto por el que se haya procedido a su formación y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación aportada por el deudor, del auto de declaración de concurso y del informe de la administración concursal con los documentos anejos.»

El adelanto de la apertura de la formación de la pieza sexta a la terminación de la fase común del procedimiento acelera su tramitación, no siendo necesario esperar a la aprobación del convenio, plan de liquidación o liquidación de masa activa. Desaparece la intervención del Juez del concurso, ya que es el Letrado de la Administración de Justicia quien debe incluirlo en el Decreto que pone fin a la fase común, que es recurrible ante el Juez.

Por ello, la intervención del Juez en el APL se basa en los principios de necesidad y proporcionalidad y queda exclusivamente reservada a dar audiencia al concursado y partes en la tramitación de la sección (artículo 450), regular la transacción (artículo 451) y dictar la sentencia de calificación conforme a las reglas establecidas en el artículo 455 del APL.

Artículo 447. Alegaciones sobre la calificación del concurso

«Durante el plazo para la comunicación de créditos cualquier acreedor o cualquier personado en el concurso podrá remitir por correo electrónico a la administración concursal cuanto considere relevante para fundar la calificación del concurso como culpable, acompañando, en su caso, los documentos que considere oportunos.»

Este nuevo precepto supone una modificación de la actual regulación al suprimir la intervención del Ministerio Fiscal y dar entrada al acreedor con carácter previo al informe de calificación del concurso, con el fin de que pueda



poner de manifiesto al administrador concursal la existencia de documentos que puedan fundar una calificación culpable del concurso, por lo que en este caso solo se pueden comunicar las conductas que se han podido cometer y detectar en una fase muy temprana.

Artículo 448. Informe de calificación del administrador concursal

«1. Dentro de los quince días siguientes al de la presentación del inventario y de la lista de acreedores provisionales, la administración concursal presentará un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si los acreedores o los que sin ser acreedores se hayan personado en el concurso hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable, esas alegaciones se unirán como anejo al informe de calificación.

2. El informe de calificación tendrá la estructura propia de una demanda si el administrador concursal solicitara la calificación del concurso como culpable.

3. Si la administración concursal 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 y las demás pretensiones que se consideren procedentes conforme a lo previsto por la ley.»

Las novedades del precepto afectan al párrafo 1, ya que los párrafos 2 y 3 del APL suponen separar en dos apartados el anterior párrafo 2 del TRLC, dedicando el primero de ellos a la forma que ha de tener el informe (demanda), y el segundo al contenido del informe de calificación.



La modificación fundamental operada en el párrafo primero busca cumplir con los criterios de eficiencia preconizados por la Directiva pues adelanta la presentación del informe sobre los hechos relevantes del concurso, siguiendo lo establecido en el artículo 446 del APL, lo que debe considerarse positivo en aras a la agilización del procedimiento.

Artículo 449. *Informe de calificación de los acreedores*

«Dentro del mismo plazo, los acreedores que representen, al menos, el diez por ciento del pasivo según la lista provisional presentada por la administración concursal, podrán presentar también un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso como culpable, con propuesta de resolución del concurso como culpable conforme a lo establecido en el artículo anterior.»

Frente al anterior artículo 447 TRLC, que admitía la personación de los acreedores pero solo permitía a los mismos efectuar alegaciones respecto de los informes del administrador concursal (artículo 448 TRLC) y el Ministerio Fiscal (artículo 449 TRLC), el precepto previsto en el APL otorga a los acreedores la posibilidad de ejercer la acusación, pero dentro del mismo plazo que la administración concursal, y con límite de porcentaje que representen el 10% del pasivo, sustituyendo al Ministerio Fiscal en esta función.

Entendemos que debe aclararse si el informe a emitir debe ser único para todos los acreedores que representen ese porcentaje del pasivo para evitar en su caso la falta de agilidad del procedimiento que podría introducir la existencia de varios informes.

Artículo 450. *Tramitación de la sección*



«1. Si en alguno de los informes emitidos se hubiera solicitado la calificación del concurso como culpable, el juez, dentro de los cinco días siguientes al de la presentación, ordenará, mediante providencia, que se dé audiencia al concursado por plazo de diez días y, en la misma resolución, ordenará emplazar a todas las demás 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.

2. El mismo día de la providencia, el Letrado de la Administración de Justicia señalará fecha y hora para la celebración de la vista, que deberá tener lugar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de esa resolución.

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

4. Si el informe de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como fortuito y los acreedores legitimados no hubieran presentado informe de calificación, el Letrado de la Administración de Justicia, sin más trámites, acordará, mediante decreto, el archivo de las actuaciones. Contra el decreto que ordene el archivo de las actuaciones podrá interponerse recurso directo de revisión en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»



Las novedades más importantes obedecen a la mayor participación del Letrado de la Administración de Justicia en la tramitación del procedimiento para su agilización, ya que interviene en el procedimiento con excepción del trámite de audiencia de las partes en los supuestos de que los informes emitidos por los administradores concursales y acreedores califiquen el concurso como culpable, en cuyo caso será el Juez quien les cite mediante providencia.

Artículo 450 bis. *Elevación de los informes al Ministerio Fiscal*

«En el caso de que en cualquiera de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez, en la misma resolución por la que acuerde el emplazamiento de las personas que pudieran quedar afectadas por la calificación o declaradas cómplices, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.»

La exposición de motivos del APL reconoce que «La Directiva no contiene previsiones específicas en materia de calificación del concurso, dado que se trata de una institución que no tiene reflejo en el resto de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que, por el contrario, se encuentra muy desarrollado el Derecho penal de la insolvencia, con funciones parcialmente semejantes a las de la calificación». Sin embargo, opta por mantener la calificación del concurso de acreedores integrándola con importantes innovaciones con el fin de adaptarse a los criterios de flexibilización y agilización del procedimiento que preconiza la Directiva.

Frente a la regulación anterior que establecía la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación (arts. 447, 449, 450, 453, 454 y 463 TRLC), fundando la legitimación del Ministerio Fiscal en representar y velar por el



110

interés público y apareciendo como único legitimado junto con la administración concursal para solicitar la calificación de concurso culpable, el APL suprime su intervención y legitimación, ciñendo la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal a la que pudiera derivarse de los términos establecidos en el artículo 450 bis del APL, que no es otra que recibir del Juez los testimonios de los informes de la pieza de calificación (no hace referencia al resultado final de la calificación, culpable o fortuita) en los supuestos en los que se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

Al desaparecer la intervención del Ministerio Fiscal en la formación de la sección de calificación prevista en los concursos derivados de adopción de medidas administrativas que comportan disolución y liquidación de la empresa, pasa a ser obligatoria la formación de una sección autónoma de calificación para el Juez, si lo solicita la autoridad administrativa.

En resumen, en relación con los preceptos modificados por el APL, hemos de apuntar que la desaparición de la legitimación del Ministerio Fiscal en la pieza sexta de calificación se compensa con un empoderamiento mayor del resto de los participantes en la pieza de calificación (acreedores y personas que acrediten interés legítimo), a los que junto a la administración concursal se legitima para la calificación del concurso ya que, en primer lugar, los acreedores pueden hacer alegaciones a la administración concursal para que califique el concurso como culpable (artículo 447 TRLC), pueden emitir informe de calificación (artículo 449 TRLC) e, incluso, pueden adherirse junto con cualquier otra persona que acredite interés legítimo a la calificación culpable solicitada por el administrador concursal (artículo 450 ter TRLC). No obstante, debería aclararse por seguridad jurídica el límite temporal para ejercitar la adhesión, del mismo modo que lo hace en la tramitación de la sección (artículo



450 TRLC).

Igualmente, la no presencia del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación se suple, por un lado, con un papel más importante de los acreedores ya que su intervención es para hacer alegaciones sobre la calificación del concurso y no como el actual artículo 447 TRC en el que simplemente se hablaba de personación en el concurso, y en todo caso, tanto el artículo 450 bis, en los supuestos de elevación de los informes al Ministerio Fiscal, como el artículo 451 del TRLC, respecto a la transacción, queda a salvo la posibilidad de elevar informe al Ministerio Fiscal con independencia del tipo de calificación (fortuita o culpable) o de la existencia de acuerdo transaccional que únicamente afecta al contenido económico de la calificación.

A la vista de la nítida separación del procedimiento concursal y del procedimiento penal y a que las funciones del Ministerio Fiscal en la pieza sexta del concurso son traspasadas al administrador concursal, acreedores y personas con interés legítimo en la causa y que, por otro lado, existe una salvaguarda del interés público mediante la deducción de testimonio prevista en el artículo 450 bis, entendemos que la regulación es positiva al agilizar el procedimiento conforme a lo establecido por la Directiva.

Artículo 450 ter. *Personación de acreedores y demás legitimados*

«Si el informe de calificación de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como culpable, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección sexta para defender esa calificación.»

Esta modificación supone una nueva posibilidad de actuación de los acreedores en el procedimiento, que únicamente puede ser utilizado en los



112

supuestos de calificación culpable de la administración concursal (distinta de la de los acreedores legitimados en el artículo 447 del APL), pero debería regularse si dicha personación está sujeta a límite temporal de adhesión y las consecuencias procesales de su personación.

Artículo 451 bis. *Transacción*

«1. La administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que, según cualquiera de esos informes, pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices podrán alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación.

2. La eficacia del acuerdo transaccional estará condicionada a la aprobación del juez del concurso. Contra el auto por el que apruebe la transacción los personados en la Sección sexta que no hubieran sido parte de la transacción podrán interponer recurso de apelación.

Contra el auto por la que se deniegue no cabrá interponer recurso alguno.»

Respecto a la transacción, que antes no estaba prevista, entendemos positiva su introducción en el TRLC ya que la regulación del acuerdo transaccional aparece limitada; por un lado, porque solo cabe llevarla a cabo una vez presentado el informe de calificación y, por otro lado, porque únicamente afecta al contenido económico de la calificación y no al grado de imputación de la calificación, permitiendo la agilización del procedimiento.

Igualmente, pese a la transacción, queda a salvo la posibilidad de elevar informe al Ministerio Fiscal en caso de deducción de testimonio de conducta delictiva y, en todo caso, está sometida a aprobación judicial que comprobará la legalidad del acuerdo.



Artículo 452. Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio

«1. En la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón de incumplimiento del convenio, el juez procederá del siguiente modo:

1º. Si en la sección sexta se hubiera dictado sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de la propia resolución que ordene esa reapertura.

2º. Si continuara en tramitación, ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este Título que le sean de aplicación.

2. El plazo para la presentación del informe o informes de calificación se iniciará al siguiente día de la notificación de la apertura de la liquidación al administrador concursal y a los acreedores personados en el concurso.»

La regulación de este precepto modifica la anterior redacción con el fin de suprimir el párrafo 1, respecto a la formación de la pieza sexta, con una mejor técnica legislativa.

Artículo 453. Personación de acreedores y demás legitimados

«En caso de incumplimiento del convenio, si el informe de calificación de la administración concursal solicitara la calificación del concurso como culpable cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección sexta o en la pieza separada para defender esta calificación.»



Destaca la nueva redacción del encabezamiento del precepto al incluir específicamente la figura de los *demás legitimados*, que antes no estaban en el mismo, suprimiendo la intervención del Ministerio Fiscal.

Artículo 454. Contenido del informe y del dictamen

«En el caso de reapertura de la sección o formación de pieza separada el informe o informes de calificación se limitarán a determinar si ha concurrido dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución.»

Se suprime toda referencia a la intervención del Ministerio Fiscal y el párrafo 2, respecto a la formación de sección de calificación, se establece que en todo caso los informes de calificación deben acreditar la existencia de dolo o culpa grave en el incumplimiento del convenio.

Artículo 455. Sentencia de calificación

«3. En materia de costas, serán de aplicación las siguientes reglas especiales:

- 1.^a La sentencia que desestime la solicitud de calificación del concurso como culpable a solicitud de la administración concursal no condenará a esta al pago de las costas, salvo que concurra temeridad.
- 2.^a La sentencia que estime la solicitud de calificación del concurso como culpable no condenará a las personas afectadas por la calificación o declarados cómplices al pago de las costas en que hubieran incurrido los legitimados personados en la Sección sexta para defender la calificación del concurso como culpable.



4. La sentencia declarará el incumplimiento del convenio como fortuito o como culpable. La sentencia que califique ese incumplimiento como culpable contendrá, además, los pronunciamientos a que se refiere el apartado segundo y tercero de este artículo.»

Esta modificación introduce la posibilidad de condena en costas a la administración concursal en caso de actuar con temeridad en el supuesto de desestimación de la calificación del concurso como culpable.

Artículo 462. Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal

«La calificación no vinculará a los Tribunales del orden jurisdiccional penal que conozcan de aquellas actuaciones de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices que pudieran ser constitutivas de delito.»

Se amplía el ámbito de la no vinculación de los tribunales del orden jurisdiccional penal a la calificación en relación con las personas declaradas cómplices en el concurso, que antes no estaban previstas en el precepto.

Artículo 463. Formación de la sección de calificación

«1. En los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad.

2. Una vez recibida la comunicación y, aunque la resolución administrativa no sea firme, el juez, de oficio o a solicitud de la autoridad administrativa, dictará



auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso

3. Se dará al auto la publicidad prevista en esta ley para la resolución judicial de apertura de la liquidación.»

Al desaparecer la intervención del Ministerio Fiscal en la formación de la sección de calificación, en los concursos derivados de adopción de medidas administrativas que comportan disolución y liquidación de la empresa pasa a ser obligatoria la formación de una sección autónoma de calificación para el Juez, si lo solicita la autoridad administrativa.

En resumen, en relación con los preceptos modificados por el APL, hemos de decir que la desaparición de la legitimación de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza sexta de calificación se compensa con un empoderamiento respecto al resto de los participantes en la pieza de calificación (acreedores y personas que acrediten interés legítimo), a quienes junto a la administración concursal se legitima para la calificación del concurso.

En este sentido, los acreedores pueden hacer alegaciones a la administración concursal para que califique el concurso como culpable (artículo 447 TRLC) y no como el actual artículo 447 TRC en el que simplemente se hablaba de personación en el concurso, pueden emitir informe de calificación (artículo 449 TRLC) e, incluso, pueden adherirse junto con cualquier otra persona que acredite interés legítimo a la calificación culpable solicitada por el administrador concursal (artículo 450 ter TRLC), aunque debería aclararse por seguridad jurídica el límite temporal para ejercitar la adhesión, del mismo modo que lo hace en la tramitación de la sección (artículo 450 TRLC).

Por ello, entendemos que la eliminación de la intervención del Ministerio Fiscal



117

en la pieza de calificación del concurso queda cubierta por la legitimación de los acreedores y demás legitimados y, en todo caso, en los supuestos de existencia de delitos en la tramitación del concurso la elevación de informe por el Juez hace cumplir las funciones del Ministerio Fiscal.

Artículo 473. Informe de la administración concursal sobre la insuficiencia sobrevenida.

«1. En caso de insuficiencia sobrevenida de la masa activa para satisfacer todos los créditos contra la masa, la administración concursal, una vez pagados o consignado el importe de aquellos ya devengados conforme al orden establecido en esta ley, deberá solicitar del juez la conclusión del concurso de acreedores, con rendición de cuentas.

2. A la solicitud de conclusión acompañará un informe con el mismo contenido establecido para el informe final de liquidación, en el que, además, razonará inexcusablemente:

1.º Que el deudor no ha realizado actos perjudiciales para la masa activa que sean rescindibles conforme a lo establecido en esta ley.

2.º Que no existe fundamento para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho de la persona jurídica concursada; o contra la persona natural designada por la persona jurídica administradora para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados.

3.º Que no existe fundamento para que el concurso pueda ser calificado de culpable.



4.º Que lo que se pudiera obtener del ejercicio de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa pendientes de pago.

4. El mismo día de la presentación de la solicitud de conclusión del concurso la administración concursal remitirá el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica tenga constancia.

5. El mismo día de la presentación de la solicitud de conclusión o, si no fuera posible, en el siguiente, el Letrado de la Administración de Justicia lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a todas las partes personadas por el plazo de diez días.»

La nueva regulación del artículo 473 APL establece la posibilidad de proceder a la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, permitiendo la misma mediante la solicitud del administrador concursal al Juez. A esta solicitud debe acompañarse un informe respecto del que se establecen varios requisitos, entre ellos que no haya fundamento para que el concurso sea calificado como culpable.

No obstante, podrán oponerse a la conclusión del convenio, por insuficiencia sobrevenida solicitada por la administración concursal a través de los trámites del incidente concursal, cualquier persona que acredite interés legítimo, incluidos los acreedores que gozan de legitimación para ser parte en el procedimiento de conformidad con el artículo 475 del APL. La conclusión del concurso no impide la tramitación de la pieza de calificación por la administración concursal (artículo 477.5 APL).

Artículo 489. *Extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho*



«1. La exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de las deudas insatisfechas, salvo las siguientes:

- 1.º Las deudas por responsabilidad civil extracontractual, incluida la derivada del delito, por muerte o daños personales, así como por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.
- 2.º Las deudas por alimentos.
- 3.º Las deudas por salarios correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como los que se hubieran devengado durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial.
- 4.º Las deudas derivadas de créditos de derecho público.
- 5.º Las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves.
- 6.º Las deudas por costas y gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración.
- 7.º Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, pero en todo caso sólo en la parte cubierta por el privilegio especial.

2. Excepcionalmente, el juez podrá declarar que no son total o parcialmente exonerables deudas no relacionadas en el apartado anterior cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito.»

Se entiende positiva la regulación del precepto que limita la exoneración del pasivo insatisfecho a las deudas por responsabilidad civil extracontractual, incluida la derivada del delito, por muerte o daños personales, así como por



indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.

Artículo 509. Partes necesarias de las secciones

«1. En las distintas secciones del concurso serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor que hubiera comparecido en el concurso de acreedores y la administración concursal.

2. En la sección sexta sólo serán partes necesarias la administración concursal y, si comparecen en ella, las personas que, según el informe de calificación, pudieran quedar afectadas por la calificación y los acreedores que hubieran propuesto en tiempo y forma la calificación del concurso como culpable.»

Se suprime la intervención necesaria del Ministerio Fiscal en la sección sexta, ampliando la legitimación pasiva a las personas que pudieran ser afectados (concurados o cómplices) y los acreedores, aunque la intervención de estos tiene diferentes ámbitos de actuación según los arts. 447, 449, 450 ter y 453 del APL y de conformidad con las reglas de representación del artículo 512 del APL.

Artículo 589. Control de la competencia internacional y territorial

«Cuando el Letrado de la Administración de Justicia estime que, con arreglo a las normas sobre competencia internacional o territorial, el juzgado no es competente para conocer de la comunicación, dará cuenta de inmediato al juez, quien oír a la solicitante y al Ministerio Fiscal por el plazo común de cinco días, resolviendo al siguiente mediante auto. Contra el auto que declare la falta de competencia internacional o territorial se podrá interponer recurso de apelación.»



Este nuevo precepto supone una modificación del régimen de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores respecto a lo previsto en los actuales artículos 583 a 585 TRLC, que solo regulan la forma de la comunicación, el momento y la publicación, y admiten abrir por parte del Letrado de la Administración de Justicia un procedimiento en el que se plantea tanto el contenido de la comunicación (defectos formales) como la falta de competencia internacional o territorial para tramitar el precurso que es un procedimiento judicial, requiriendo la intervención del Ministerio Fiscal.

Artículo 647. Admisión a trámite

«1. Una vez recibida la solicitud de homologación, el juez, de considerarse competente, dictará providencia admitiéndola a trámite. En la providencia expresará los motivos en los que se base su competencia, en particular si se basa en la localización del centro de los intereses principales o de un establecimiento del deudor en su territorio, y decretará la prohibición de iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes del deudor y la paralización de las ejecuciones ya iniciadas hasta que se resuelva sobre la homologación.

2. Si considera que carece de competencia internacional o territorial, el juez, previa audiencia del solicitante y del Ministerio Fiscal por el plazo común de cinco días, resolverá al siguiente mediante auto. Contra el auto que declare la falta de competencia, el solicitante podrá interponer recurso de apelación.»

Al igual que en el precepto anterior en el que se regulaba el examen de la competencia para los supuestos de apertura de un plan de negociación, se establece la misma posibilidad en los supuestos de homologación de los planes de reestructuración de nueva creación en este APL.



Artículo 676. Condiciones subjetivas (expertos en reestructuración)

«El nombramiento de experto deberá recaer en la persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga los conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones. Cuando la reestructuración que se pretende conseguir tuviera particularidades, bien por el sector en el que opera el deudor, bien por las dimensiones o la complejidad del activo o del pasivo, bien por la existencia de elementos transfronterizos, estas particularidades deberán ser tenidas en cuenta para el nombramiento del experto.»

La regulación es todavía más imprecisa que la del administrador concursal prevista en el artículo 62 del APL ya que, aunque reproduce los requisitos de naturaleza financiera y de viabilidad de los planes, no establece criterios concretos respecto a los requisitos subjetivos que deben tener los profesionales que ejecuten dichos informes, que debe ser objeto de desarrollo reglamentario que determine los elementos necesarios para el ejercicio de la profesión, así como los profesionales que pueden llevarla a cabo.

En otros países, como Italia, en la transposición de la Directiva se han establecido criterios que recaen en expertos cualificados financieros definidos en los artículos 356 y 358 del Código de la crisis de la empresa y de la insolvencia de Italia.

Artículo 689. La provisión de información o documentación gravemente inexacta o falsa

«1. El procedimiento especial se calificará como culpable, en todo caso, cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los formularios normalizados remitidos o en los documentos acompañados a los



123

mismos presentados durante la tramitación del procedimiento especial, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

2. Si el juez, las partes o, en su caso, la administración concursal, apreciaran la posible existencia de un hecho que ofrezca apariencia de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, se podrá acordar la remisión al Ministerio Fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

Se entenderá que se incurre en inexactitud grave cuando el importe total de un ejercicio, del pasivo o el del activo o el de los ingresos o el de los gastos fuese realmente superior o inferior al veinte por ciento del consignado en el formulario, siempre que suponga un importe de al menos 10.000 euros.»

En el nuevo procedimiento especial para microempresas previsto en el APL rige el *principio de veracidad de la información aportada*, por lo que el precepto castiga, en su párrafo primero, la aportación de documentos falsos que se acompañan en los formularios asimilándolos a una estafa procesal, y reproduce la elevación al Ministerio Fiscal de la posible existencia de un hecho que ofrezca apariencia de delito no perseguible únicamente a instancia de la persona agraviada.

Asimismo, entendemos que debe corregirse en el párrafo 2 el tiempo verbal «podrá acordar» por «acordará», ya que de este modo se cumple con la obligación expresada en la exposición de motivos de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible existencia de un delito.

Artículo 718. Régimen general aplicable a la calificación abreviada

«1. Resultará aplicable la regulación del Libro primero respecto de las disposiciones generales de la calificación del concurso y de la sentencia de



calificación.

2. Respecto a las presunciones de culpabilidad, se considerará, además, como presunción sin prueba en contrario inexactitud grave o provisión de información o documentación falsa, falseada, incompleta o inveraz prevista en el Título I de este Libro tercero.»

Se considera positiva la regulación supletoria del Libro Primero sobre la calificación del concurso y sentencia, al tratarse de la calificación de un concurso con reglas especiales, pero que dispone de una pieza de calificación, y la introducción de la presunción de culpabilidad del párrafo 2 ya que no aparece expresamente prevista en el artículo 444 del TRLC.

Disposición transitoria primera

«1. La presente ley será de aplicación:

- 1º. A los concursos declarados a partir de su entrada en vigor.
- 2º. A las solicitudes de exoneración del pasivo de deudores declarados en concurso antes de la entrada en vigor de la presente ley que se presenten después de que hubiera entrado en vigor.
- 3º. A las comunicaciones de apertura de negociaciones con los acreedores realizadas a partir de su entrada en vigor.
- 4º. A los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación de planes de reestructuración que se presenten a partir de su entrada en vigor.
- 5º. A los procedimientos especiales de microempresas solicitados a partir de su entrada en vigor. Los artículos reguladores de las vistas virtuales, y todas aquellas solicitudes, notificaciones y trámites procesales que requieran el uso de medios electrónicos entrarán en vigor cuando los Registros, juzgados y



tribunales y fiscalías dispongan de los medios técnicos necesarios para el cumplimiento de establecido en el Libro tercero.

2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, a los concursos consecutivos a un acuerdo de refinanciación o a un acuerdo extrajudicial de pagos que se declaren a partir en vigor de la presente ley continuarán aplicándose los artículos 697 a 720 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo.»

En relación con el punto 5º, debe manifestarse que en el caso de que los procedimientos especiales de microempresas solicitados a la entrada en vigor de la ley y para el caso de que no estén desarrolladas las aplicaciones relativas a las vistas virtuales y solicitudes, notificaciones y trámites procesales que requieran medios electrónicos debe establecerse cómo se regulará la tramitación de estos, dado que no se establece regulación alternativa.

Fe de erratas

En relación con el contenido del texto, hemos de mencionar la existencia de defectos de redacción en la página 7, segundo párrafo, línea 12, que debería decir «presupuestos»; en la página 26, sexto párrafo, línea 2, donde debería decir «concursal»; en la página 45 el epígrafe debería ser el «VIII»; en la página 111, en la cita del artículo 473, los apartados 4 y 5 del precepto deberían ser los apartados 3 y 4; en la página 129, en la cita del artículo 508.3º, última línea, debería decir «contra los bienes»; en la página 130, en la cita del artículo 508.2, última línea, debería decir «cuando»; en la página 137, en la cita del artículo 563.1, segunda línea, debería decir «la identidad»; en la página 194, en la cita del artículo 691 bis 5, debería decir «Juzgado»; en la página 194, en la cita del artículo 691 ter 1, debería decir «24 a 72 horas»; en la página 199, en la cita del artículo 693.4, línea 7, debería decir «apartado»;



126

en la página 204, en la cita del artículo 697 bis 1, línea segunda debería decir «días» y en la línea final del segundo párrafo debería añadirse la preposición «de» entre las palabras «estado» e «insolvencia»; en el apartado 4 del mismo artículo 697 bis, línea 1, debería decir «tramitará»; en la página 207, en la cita del artículo 697 quater 8, debería decir «solicitado»; en la página 208, en la cita del artículo 698.3, línea 8, debería decir «comunes»; en la página 219, en la cita del artículo 706.3, línea 3, debería suprimirse la preposición «a»; finalmente, en las páginas 244 y 245 se produce un desajuste en la numeración de las disposiciones finales por lo que las dos últimas deberían ser la décima y la decimoprimera.

6. Conclusiones

1.^a La finalidad del APL es la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que entró en vigor el 16 de julio de 2019 en el ámbito del procedimiento concursal.

2.^a El APL busca afrontar una reforma del sistema de insolvencia que supere las limitaciones del actual y que tienda a lograr una reasignación eficiente de los recursos productivos para procurar, en el caso de actividades económicamente viables pero con dificultades financieras, facilitar reestructuraciones del pasivo, garantizando los derechos de acreedores y la continuidad de la empresa, y en el supuesto de actividades inviables, extraer el mayor valor de los activos para devolver a sus acreedores, respetando un orden de prelación.

3.^a La opción de transposición sobre una legislación concursal ya sistematizada y clara es la más adecuada para llevar a cabo la misma, a la vista de la extensión de las cuestiones reguladas y los problemas que implica armonizar la sistemática de la regulación europea y española.



- 127
- 4.^a Se considera positiva la modificación del párrafo 3 del artículo 2 del TRLC en el que se procede a la fijación de un plazo temporal para la declaración de insolvencia inminente (tres meses) frente a la anterior regulación que establecía simplemente que el deudor previera dicha situación, ya que se agiliza el procedimiento y se cumple con lo previsto en el artículo 2.2 b) de la Directiva.
- 5.^a La opción que ha tomado el legislador, suprimiendo el artículo 4 TRLC, es ajustada a los preceptos que establecen la separación de la jurisdicción concursal y penal (artículos 259.6 CP y 462, 519 y 520 TRLC), y trae consecuencia de la supresión de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza sexta de calificación del concurso, lo que no impide la persecución de la posible comisión de hechos delictivos que puedan producirse en el procedimiento concursal mediante la oportuna deducción de testimonio que realice el Juez sobre la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada.
- 6.^a La legitimación para promover la acción de la justicia cuando puedan verse afectados los derechos de la ciudadanía y el interés público tutelado por la ley que otorga al Ministerio Fiscal el art. 124 CE, puede determinar su participación en materia concursal en los supuestos previstos en el art. 11.5 LEC para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, e igualmente en procedimientos laborales que puedan afectar a los trabajadores y en los supuestos previstos en el art. 177.3 LRJS de procedimientos laborales que afectan a derechos fundamentales, siempre que ambos supuestos puedan referirse a dicha materia.
- 7.^a La intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal se prevé en materia de declinatoria por competencia territorial (artículo 51 APL), en el control de la competencia nacional e internacional (artículo 589 APL), en la



homologación del concurso (artículo 647 APL), y se establece la posibilidad de su intervención penal en el Libro III relativo al nuevo procedimiento especial para microempresas por falta de veracidad de la información aportada en las mismas (artículos 689 y 718 APL), así como defensor de la ciudadanía en el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *para la Reforma Concursal*, en la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones del deudor, deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, entrada en el domicilio del deudor y su registro y arresto domiciliario.

8.^a Por coherencia con la redacción del artículo 86 ter LOPJ, deben introducirse todos sus apartados en el artículo 52 del APL, así como suprimirse los artículos 53, 54 párrafo 1 y 55 TRLC, debiendo pronunciarse el legislador sobre la vigencia del párrafo 2 del artículo 54 TRLC.

9.^a La regulación de la figura del administrador concursal (artículo 62 del APL), pese a las modificaciones operadas que establecen criterios que implican una menor discrecionalidad en su nombramiento, sigue pendiente de un desarrollo reglamentario.

10.^a En el artículo 280.5 del APL se entiende conveniente eliminar la mención a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por la confusión que genera esa individualización. De esa forma quedaría más claro que la responsabilidad civil extracontractual incluye a la derivada de cualquier delito.

11.^a La ampliación del círculo de legitimados pasivos en el concurso al incluir al auditor en el párrafo 2 del artículo 445 del APL se considera positiva, ya que de este modo permite la calificación como complicidad de su actuación con criterios precisos y concretos.



12.^a La eliminación de la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación es coherente con la nítida separación del procedimiento concursal y del procedimiento penal y con el hecho de que las actuales funciones del Ministerio Fiscal en la pieza sexta del concurso sean traspasadas al administrador concursal, acreedores y personas con interés legítimo en la causa, quedando cubierta la salvaguarda del interés público que rige su actuación mediante la deducción de testimonio prevista en el artículo 450 bis, agilizándose así el procedimiento conforme a lo establecido por la Directiva.

13.^a Se considera positiva la transacción regulada en el artículo 451 del APL ya que la regulación del acuerdo transaccional aparece limitada, por un lado, a que solo cabe llevarla a cabo una vez presentado el informe de calificación; y, por otro lado, porque únicamente afecta al contenido económico de la calificación y no al grado de imputación de la calificación, permitiendo así la agilización del procedimiento y dejando a salvo la posibilidad de elevar informe al Ministerio Fiscal en caso de deducción de testimonio de conducta delictiva.

14.^a La regulación para el nombramiento de expertos en reestructuración (artículo 676 del APL) no establece criterios concretos respecto a los requisitos subjetivos que deben tener los profesionales que ejecuten dichos informes, lo que debe ser objeto de un desarrollo reglamentario que determine los elementos necesarios para el ejercicio de la profesión, así como los profesionales que pueden llevarla a cabo.

15.^a La regulación del nuevo procedimiento para microempresas (artículos 698 y 718 del APL) es coherente con la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal al establecer las reglas previamente fijadas en el artículo 450 bis para los supuestos de aportación de información falsa en la tramitación del procedimiento y en la pieza de calificación abreviada del procedimiento, debiendo corregirse en el párrafo 2 del artículo 689 del APL el tiempo verbal «podrá acordar» por «acordará», ya que de este modo se cumple

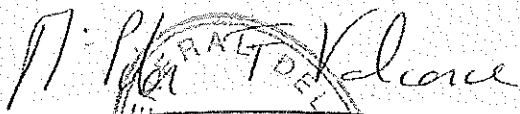
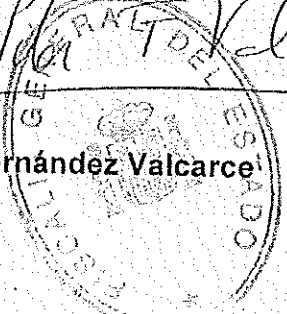


con la obligación expresada en la exposición de motivos de poner el conocimiento del Ministerio Fiscal la posible existencia de un delito.

15.ª Se considera necesario que con carácter previo a la entrada en vigor del presente APL y, fundamentalmente, de la terminación de la moratoria para la transposición de la Directiva, estén previstos todos los sistemas tecnológicos y herramientas que la misma describe (vistas telemáticas, comparecencias electrónicas, medios electrónicos de comunicación, herramientas de alerta temprana, soportes audiovisuales, programas de cálculo, formularios del procedimiento especial de microempresas, etc.), ya que aunque las disposiciones adicionales establecen fechas para la puesta en práctica de las reformas legales que permitan la creación de los mecanismos acordados, y las disposiciones transitoria segunda, tercera y cuarta hacen referencia a estos problemas, la falta de implementación de los mismos puede impedir la aplicación efectiva de la Ley.

Madrid, a 28 de diciembre de 2021

**POR SUSTITUCIÓN DE LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
LA FISCAL DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO**



Pilar Fernández Valcarce