



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL PROYECTO DE REAL
DECRETO LEGISLATIVO POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL**

1. Antecedentes 2. Consideraciones Previas y Estructura Normativa 3. El Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal 4. Reflexiones sobre una futura reforma. 5. Conclusiones

1. Antecedentes

Por medio de comunicación de 20 de marzo de 2019 -con entrada en la Fiscalía General del Estado de la misma fecha-, el Sr. Secretario de Estado de Justicia remite el texto del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

En fecha 5 de abril de 2019, el Fiscal Jefe Inspector dirigió comunicación al Secretario de Estado para poner en su conocimiento que el Proyecto será informado por el Consejo Fiscal en un periodo de tiempo superior al pretendido, como consecuencia de los numerosos asuntos incluidos ya en los órdenes del día de dicho órgano colegiado para sus reuniones de mayo y junio próximos, entre los que se encuentra el informe del Consejo Fiscal al proyecto de Reglamento de la Carrera Fiscal. Por el Sr. Secretario de Estado se ha remitido comunicación fechada en 15 de abril de 2019 y con entrada en la Fiscalía General de la misma fecha en la que se concede la ampliación en un mes del plazo para emitir el informe del Consejo Fiscal, con efectos desde el 12 de abril de 2019.

A tenor de lo prescrito en el artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal emitir informe acerca de los proyectos de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones propias del Ministerio Fiscal.

Dado que la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal se concentra en el artículo 4 del Proyecto, la declinatoria de jurisdicción conforme establece el artículo 12, la sección de calificación del concurso regulada en los artículos 441 a 463 y las especialidades en materia de calificación del concurso consecutivo de los artículos 699 a 701, 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.

En los anteriores términos, el informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal, expresa el parecer de dicho órgano colegiado sobre el Proyecto, y da cumplimiento al trámite preceptivo previsto en la legislación orgánica del Ministerio Público.

2. Consideraciones Previas y Estructura Normativa

La profunda crisis por la que ha atravesado la economía española evidenció enseguida las carencias e insuficiencias de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, además de provocar un notable aumento de los procedimientos regulados en la norma y tramitados en los juzgados de lo mercantil. Al propio tiempo, comenzaron a apreciarse síntomas de lo que el pre-legislador denomina la «huida de la Ley Concursal». En efecto, algunas importantes sociedades españolas en situación de crisis, acudieron, siempre que ello les fue posible, a foros extranjeros dotados de procedimientos menos estigmatizantes, más rápidos y económicos que nuestro concurso por razón de insolvencia real o inminente, beneficiándose así de soluciones de las que carece la legislación española. En este sentido, piénsese en la celeridad de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que están dotados los procedimientos de crisis empresarial en los EEUU, o las soluciones pre-concursales y de consenso previstas por el derecho belga.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador se vio obligado a intervenir para tratar de dar respuestas adecuadas a las diferentes situaciones planteadas, lo que ha comportado, en alguno caso, la sustitución de elementos básicos del recién estrenado sistema concursal, además de la ampliación de las posibilidades que originariamente ofrecía la nueva Ley, siempre con el fin último de conseguir una normativa más adecuada, más flexible y más pendiente de los diversos intereses en conflicto. Junto con reformas estables, se detectan en la Ley Concursal supuestos de reforma de lo ya reformado, en un proceso continuo de diseño y rediseño que va en detrimento de la estabilidad normativa y la seguridad jurídica.

Según destaca la propia Exposición de motivos del texto que se informa, desde su aprobación la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha sido modificada hasta en veintiocho ocasiones por medio de reformas de distinto calado que han incidido en aspectos muy diversos.

Para hacer frente, entre otras, a situaciones como la anteriormente descrita, el artículo 82 de la Constitución española establece que:

«1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

3. *La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.*

4. *Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.*

5. *La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.*

6. *Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.»*

La acumulación de las aludidas sucesivas reformas motivó que la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitara al Gobierno para aprobar un Texto Refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, TRLC). La finalización del plazo establecido para esa refundición hizo que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera una disposición final tercera que habilita un nuevo término, próximo a expirar, para aprobar un texto refundido a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa.

De las dos posibilidades a que hace alusión el artículo 82.2 de la CE, se elige en este caso la más ambiciosa, dado que la autorización incluye la facultad de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos, pudiendo llegar a explicitar normas complementarias, de modo que, sin cambiar su sentido, es posible redactar los preceptos de forma más clara, alterando su literalidad, siendo también deseable la eliminación de contradicciones y la mejora de la sistemática interna de la norma. Así se expresa en la exposición de motivos, apelando a la sentencia del Tribunal Constitucional número 166/2007. El texto comentado cita también la sentencia 122/92, que, sin embargo, no se refiere a esta materia, siendo así que dicha referencia debería corregirse.

Estructuralmente, el Proyecto de Real Decreto Legislativo consta de una Exposición de motivos; un artículo único, que tiene por objeto la aprobación del texto refundido, que se sigue a continuación; una disposición adicional relativa a los grupos de sociedades; una disposición transitoria relativa al derecho comunitario europeo; una disposición derogatoria, que deroga de forma expresa el articulado de la Ley Concursal, así como ocho de sus disposiciones adicionales y dos de sus disposiciones finales, quedando vigentes las relativas a normas interpretativas o a otras modificaciones legislativas; y dos disposiciones finales, sobre la competencia conferida al Gobierno para producir la norma y sobre su entrada en vigor.

El Texto refundido de la Ley Concursal consta de 751 artículos distribuidos en tres libros, a su vez integrados por títulos, capítulos (con algunas excepciones) y, en ocasiones, secciones y subsecciones.

El Libro I, bajo el epígrafe «Del concurso de acreedores», consta de un total de XIV títulos, de entre los cuales, se efectuará comentario del artículo 4 del Proyecto, incluido en el Capítulo II «De la legitimación» del Título I «De la declaración de concurso».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Asimismo, se comentará el artículo 51, incluido en el Capítulo I «Del Juez del concurso», dentro del Título II «De los órganos del concurso»; en el Título V, «De la masa pasiva», el artículo 260 sobre reconocimiento forzoso del crédito que deriva del proceso penal y el artículo 280 sobre la clasificación de créditos con privilegio general y en el Título VI, «Del informe de la administración concursal» el artículo 308, relativo a la modificación de la lista de acreedores.

Se efectuará el estudio del Título X, «De la calificación del concurso», que contiene los artículos 441 a 463 del Proyecto, distribuidos bajo los siguientes epígrafes:

CAPÍTULO I. «Disposiciones generales»

CAPÍTULO II. «De la sección de calificación»

Sección 1ª. «De la formación y tramitación de la sección de calificación»

Subsección 1ª. «Del régimen general»

Subsección 2ª. «Del régimen especial en caso de incumplimiento del convenio»

Sección 2ª. «De la sentencia de calificación»

Sección 3ª. «De la calificación en caso de intervención administrativa»

Por último, se hará referencia a las especialidades recogidas en el TÍTULO IV del Libro II relativo a las especialidades del concurso consecutivo en lo que se refiere a la pieza de calificación (artículos 699 a 701 del TRLC).

El Proyecto incluye además un Libro III, titulado «De las normas de derecho internacional privado», compuesto a su vez de cuatro títulos, contenidos estos últimos que no serán objeto de comentario por cuanto exceden de las competencias que el artículo 14. 4.j) del EOMF atribuye al Consejo Fiscal. Aun cuando en todo proceso concursal late un cierto interés público –el mismo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sobre el que se pretende fundamentar la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación- lo cierto es que la presencia del Fiscal en la ley es muy limitada, y es por ello que el presente informe debe limitarse a los preceptos a que se hizo alusión más arriba.

Dado que son objeto de comentario un número muy limitado de artículos, el texto propuesto para cada precepto se incluye en el informe para facilitar su lectura y comprensión. En cuanto al orden expositivo, se sigue el del propio articulado sujeto a análisis.

3. El Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el presente Proyecto resulta particularmente expresiva la Exposición de motivos, por cuanto es en ella donde se enuncian, de forma minuciosa, los motivos, objetivos y alcance exacto de la refundición abordada.

Como ya se ha adelantado, son numerosísimas las reformas que ha sufrido la Ley Concursal desde su entrada en vigor, hasta un total de veintiocho. Resulta pues obvio que las mismas tienen cierta inevitable incidencia en la sistemática interna del texto legal, con el consiguiente riesgo para la propia seguridad jurídica.

Según recuerda con acierto la Exposición de motivos, *«Las Cortes Generales han establecido el método y, al mismo tiempo, fijado los límites del encargo al poder ejecutivo. El Texto refundido de la Ley Concursal debe ser el resultado de la regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes. Regularizar significa ajustar, reglar o poner en orden. Aclarar es verbo de múltiples significados: a veces, alude a quitar lo que impide apreciar la realidad de alguna cosa; otras, implica la idea de explicar. Y armonizar equivale a hacer que no discuerden dos o más partes de un todo. La autorización no se circunscribe a la mera formulación de un texto consolidado, sino que incluye esa triple facultad. La fidelidad al mandato recibido impide, pues, la mera yuxtaposición de artículos».

Destaca también la Exposición de motivos del nuevo texto que el Consejo de Estado en sus dictámenes números 838/2015 y 1013/2015 recuerda que «Los textos refundidos no pueden innovar el ordenamiento jurídico, sino que, a lo sumo, [tal y como contempla el transcrito precepto constitucional], pueden regularizar, aclarar y armonizar aquellas normas que son objeto de refundición, lo que es lógico pues se trata de ofrecer un único texto normativo que sea entendible, sistemático y coherente». En atención a lo anterior, y siendo así que la literalidad de un buen número de preceptos se ha visto sutilmente modificada, será preciso valorar si en el esfuerzo por *regularizar, aclarar y armonizar* la normativa, no se han producido cambios en el sentido de alguno de los preceptos del articulado original.

Desde este particular punto de vista, se puede anticipar que, exclusivamente en lo que respecta a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal conforme a la habilitación legal que le proporciona el articulado de la vigente Ley Concursal, el Texto Refundido tan solo altera la sistemática y/o la ubicación de algunos preceptos, en general, para mejorar su coherencia interna, aunque en muy concretos casos -que valoraremos en este informe-, se observan diferencias de redacción u omisiones que pudieran superar los términos de la delegación conferida al ejecutivo. Asimismo, se desdoblaron un buen número de preceptos particularmente extensos de la Ley Concursal que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mantienen agrupadas materias muy heterogéneas, sustituyéndolos por artículos de redacción mucho más sencilla. Piénsese que la Ley Concursal apenas supera los 250 artículos, mientras el Texto refundido multiplica por tres este número. Además, se acoge la interpretación que la Instrucción 1/2013, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal* respecto del dictamen de calificación del Ministerio Fiscal en la pieza sexta de la Ley Concursal, disipando así de forma definitiva las dudas acerca de su contenido y formato.

De todos modos, el propio legislador reconoce en el tantas veces aludido preámbulo del nuevo texto que *«La imprescindible reordenación, clarificación y armonización del Derecho vigente que representa este Texto refundido no excluye que el legislador español tenga que continuar el proceso de reforma legislativa del Derecho de la insolvencia. Además, habrá que incorporar al Derecho español aquellas iniciativas, en fase de gestación en la Unión Europea, que tienen como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el Derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas»*. La realidad de las anteriores afirmaciones hace pensar que -aun a pesar de la refundición-, el nuevo texto se verá sometido a nuevas y reiteradas reformas ante el previsible avance de la normativa comunitaria en esta materia.

LIBRO PRIMERO, «DEL CONCURSO DE ACREEDORES»

TÍTULO I, «DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO»

CAPÍTULO II, «DE LA LEGITIMACIÓN» (artículo 4)



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 4.- De la intervención del 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 y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el 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 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 éste se encontrase en tramitación un concurso de acreedores.

Las previsiones del artículo 4 fueron una novedad introducida en el trámite parlamentario de la Ley de 22/2003, y su finalidad no es otra que la de dotar de un mayor carácter público a las situaciones de crisis empresarial. El Ministerio Fiscal está llamado a velar, muy limitadamente, por ese interés público -latente en todo procedimiento concursal- mediante el catálogo de previsiones a que se refiere el precepto. El texto refundido mantiene esta previsión legal en su artículo 4, igual que en la Ley original. Sí introduce algunos cambios en su literalidad que, sin embargo, no suponen una modificación sustancial del sentido de la norma, resultando mejorada la redacción anterior.

Se separan en dos apartados (designados con los números 1 y 2) las obligaciones del fiscal de instar al juez penal para que informe a los acreedores de la posible situación de insolvencia a fin de valoren la solicitud de concurso o el ejercicio de las acciones que les correspondan y la de instar del juez penal la comunicación al competente por si estuviera en trámite un concurso de acreedores. Se omite, acertadamente, la referencia expresa al juez de lo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mercantil, por cuanto la competencia para tramitar y declarar el concurso de una persona natural que no sea empresario le corresponde al juez de primera instancia (artículo 44.2 del proyecto).

Aun cuando es algo que se detecta que todo el texto de la ley, se quiere dejar constancia en este momento de que el Texto refundido prescinde en todo caso de la expresión «Ministerio Fiscal», utilizando la de «fiscal», al aludir a la intervención en el proceso del Ministerio Público. Lo anterior tiene trascendencia porque en el articulado se utilizan reiteradamente expresiones como «identificación fiscal», «medida fiscal», «consecuencia fiscal», de modo que el Consejo Fiscal considera que debe designarse a la institución por su denominación propia, «Ministerio Fiscal», que además ofrece mayor claridad semántica, o al menos utilizar la expresión «Fiscal» -con mayúscula- cuando se trata de aludir a nuestra intervención en el procedimiento objeto de regulación.

TÍTULO II, «DE LOS ÓRGANOS DEL CONCURSO»

CAPÍTULO I, «DEL JUEZ DEL CONCURSO» (artículo 51 del TRLC)

Artículo 51. Declinatoria

1. El deudor podrá plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se le hubiera emplazado. También podrán plantearla los demás legitimados para solicitar la declaración de concurso, en el plazo de 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 concursado sin que, previa audiencia del fiscal, haya resuelto la cuestión de competencia planteada. En caso de que estime la



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

cuestión de competencia, deberá inhibirse a favor del órgano al que corresponda, con emplazamiento de las partes y remisión de lo actuado.

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

Reproduce casi exactamente el nuevo artículo 51 lo previsto en el texto original en el artículo 12, relativo a la declinatoria, a excepción de la mención al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 23 de la Ley que se sustituye ahora por la expresión «desde la publicación del edicto de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado», lo que facilita la comprensión del precepto al omitir la anterior remisión.

Obviamente, el contenido del precepto se integra con el de los artículos 63 al 65 y 67 de la LEC conforme a su carácter de ley procesal supletoria. No obstante, la norma específica prevista en la Ley Concursal excluye que la declinatoria tenga carácter suspensivo, no obstante tenerse que resolver antes de la eventual oposición al concurso con la previa e imperativa audiencia del Ministerio Fiscal y conservarse la validez de todo lo actuado, aun estimándose la declinatoria.

Dado que el precepto no ha provocado durante su vigencia demasiadas dificultades interpretativas, se valora positivamente su reiteración y su nueva ubicación sistemática, que sirve al efecto de ordenar mejor la ley.

TÍTULO V: DE LA MASA PASIVA

CAPÍTULO II DE LA COMUNICACIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

SECCIÓN 3ª DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

SUBSECCIÓN 1ª DE LAS CLASES DE RECONOCIMIENTO (artículo 260)



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 260. Reconocimiento forzoso de los créditos

1. La administración concursal incluirá necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por resolución procesal o por laudo, aunque no fueran firmes; los asegurados con garantía real inscrita en registro público; los que consten en documento con fuerza ejecutiva; los que consten en certificación administrativa, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

Este precepto reproduce el artículo 86.2 LC, y aunque en su previsión de reconocimiento forzoso de los créditos declarados por “resolución procesal o por laudo, aunque no fueran firmes” bastaría para entender comprendido los derechos de crédito de los perjudicados por el delito, para una mayor claridad y mejor protección de las víctimas, el Consejo Fiscal sugiere su previsión expresa.

CAPÍTULO III DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES

SECCIÓN 2ª DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

SUBSECCIÓN 2ª DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

Artículo 280. Créditos con privilegio general

Son créditos con privilegio general:

1º. Los créditos por salarios que no tengan 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; las 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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; 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°. Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3°. 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°. 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 2° de este artículo. Respecto de los créditos tributarios y de la seguridad social, 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 2° de este mismo artículo y los créditos subordinados.

5°. Los créditos por responsabilidad civil extracontractual y los créditos por responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública y contra la Tesorería General de la Seguridad Social. No obstante, los créditos por daños personales no asegurados estarán incluidos en el número anterior en concurrencia con los demás créditos de ese número.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

6°. *Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación no rescindibles en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.*

7°. *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 art. 91. 5º LC del actual texto a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social fue introducida en el precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y no debería entenderse en el sentido de excluir como privilegiados los créditos por responsabilidad civil nacida de otros delitos. Por eso es conveniente eliminar la mención a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por la confusión que genera esa individualización. De esta forma quedaría más claro que la “responsabilidad civil extracontractual” incluye a la derivada de cualquier delito.

TÍTULO VI, DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL CAPÍTULO IV, MODIFICACIÓN DE LA LISTA DEFINITIVA DE ACREEDORES

Artículo 308. Modificación de la lista definitiva de acreedores

El texto definitivo de la lista de acreedores podrá modificarse en los casos siguientes:

1°. *Cuando se estimen los recursos interpuestos contra las resoluciones del juez del concurso en los incidentes de impugnación de la lista de acreedores.*

2°. *Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones derivadas de la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

comunicación extemporánea de créditos.

3º. Cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte la existencia, la modificación del importe o de la clase del crédito o la extinción de un crédito concursal.

4º. Cuando, en un procedimiento administrativo de comprobación o inspección iniciado después de presentado el informe de la administración concursal o el texto definitivo de la lista de acreedores, se dicte resolución administrativa que suponga la existencia de un crédito concursal de Derecho público.

5º. Cuando, en un proceso penal o laboral iniciado después de la presentación del informe de la administración concursal o del texto definitivo de la lista de acreedores, se dicte sentencia que suponga la existencia de un crédito concursal.

6º. Cuando, después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

El Ministerio Fiscal propone la adición de un nuevo apartado entre los ordinales 5º y 6º del siguiente tenor literal: “cuando, en un procedimiento penal iniciado después de presentado el informe de la administración concursal o el texto definitivo de la lista de acreedores, se dicte resolución judicial que suponga la existencia de un crédito derivado de la responsabilidad civil por delito”. El apartado 5º debería quedar circunscrito a los procedimientos laborales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Nuestra propuesta responde a dos razones: por un lado, no se pueden equiparar los procedimientos penales y los sociales; por otro, el texto del actual artículo 97.3.3º LC no coincide con el del artículo 308.5º del proyecto, resultando éste más restrictivo, pues en la LC basta para la modificación de la lista que “se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal”, mientras que el proyecto exige que haya recaído “sentencia que suponga la existencia de un crédito concursal”. Téngase en cuenta que en los autos de incoación de procedimiento abreviado o de apertura del juicio oral, se debe incluir ya una valoración inicial de la responsabilidad civil que pueda derivarse del procedimiento, que es a la que parece referirse la LC cuando no exige que haya recaído sentencia. La restricción que ahora se incluye en el proyecto puede exceder el ámbito de la delegación.

Título X, «DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO CAPÍTULO I «DISPOSICIONES GENERALES» (artículos 441 a 444)

Se regula en este epígrafe el contenido del Título VI de la Ley Concursal. Resuelve el texto refundido distinguir, de un lado el régimen general de la calificación del concurso, que ubica en el Libro I, Título X; y de otro, las especialidades en caso de concursos consecutivos, que se encuentran en el Libro II, Título IV, Capítulo 2º, Sección 2º.

Artículo 441.- Calificación del concurso

El concurso se calificará como fortuito o como culpable.

Artículo 461.- Regla de la no vinculación de los jueces de lo penal

La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Una parte de las previsiones del artículo 163 de la Ley Concursal pasan ahora al artículo 441 del Texto refundido, mientras el segundo apartado del precepto originario integra el contenido del nuevo artículo 461 del Texto refundido, en el que se incluye la denominada regla de no vinculación de los jueces de lo penal respecto de la calificación que del concurso haga el juez mercantil. Salvo esa modificación sistemática, el texto refundido coincide en su tenor literal.

Artículo 442.- Concurso culpable

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

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

1º. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

2º. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

3°. *Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.*

4°. *Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.*

5°. *Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido en la que llevara irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera.*

6°. *Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.*

Artículo 443.- Presunciones de culpabilidad

El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

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

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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

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

Por lo que respecta a las causas para declarar el concurso como culpable, se mantienen las previstas en el artículo 164 de la LC, alterando el orden en las necesarias, que aparecen enunciadas en el artículo 442.2 del TRLC.

Se suprime el requisito establecido en el artículo 165.2º de la LC (artículo 443.2 del proyecto) que, para presumir el concurso culpable por la ausencia en la junta de acreedores de representantes legales, administradores o liquidadores exigía que su presencia fuera determinante para la adopción del convenio. La supresión de este presupuesto, por sus graves consecuencias, bien pudiera constituir un exceso en el ejercicio de la delegación que está en el origen del Texto Refundido.

Asimismo, se mantienen las presunciones de culpabilidad del artículo 165 de la LC, no obstante lo cual, y en coherencia con la nueva sistemática adoptada, se desplaza el supuesto del incumplimiento sin causa justificada por los socios de las actuaciones necesarias para cumplir con la capitalización de deuda de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos, al artículo 699 del Texto refundido, dentro del apartado en el que se regula el régimen de las especialidades del concurso consecutivo.

Artículo 444. Cómplices

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



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable

El texto de este precepto del texto refundido reproduce en su entera literalidad lo previsto en el artículo 166 de la Ley Concursal.

CAPÍTULO II. «DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN»

SECCIÓN 1ª. «DE LA FORMACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN»

SUBSECCIÓN 1ª. «DEL REGIMEN GENERAL» (artículos 445 a 450 del TRLC)

Los siguientes preceptos del Texto refundido se corresponden básicamente con los artículos 167 y 168 de la Ley Concursal.

Artículo 445.- Formación de la sección sexta

1. En la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa conforme a las normas legales supletorias el juez ordenará la formación de la sección sexta.

2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, no procederá la formación de la sección sexta cuando se apruebe un convenio en el que se establezca, para todos los créditos o para los de una o varias clases o subclases de las establecidas en esta ley, una quita inferior a un tercio del importe de esos créditos y una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

3. La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial que haya ordenado 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.

Artículo 446.- Personación de acreedores

Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución en la que el juez hubiera acordado la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable.

Para dar claridad al texto del artículo 445.1, debería insertarse una coma después de «plan de liquidación» y otra antes de «el juez ordenará».

El artículo 445.2 del Texto refundido traslada las previsiones del artículo 167.1 de la Ley Concursal, pero sustituye la disyuntiva «o» por la copulativa «y», de manera tal que se requiere la concurrencia de ambos requisitos, que la quita sea inferior al importe de esos créditos y, además, una espera inferior a tres años para excluir la apertura de la sección sexta, de calificación del concurso, lo que supone un cambio respecto de la Ley Concursal, que solo exige la concurrencia de uno de esos supuestos. Esto nos lleva a plantearnos la posible existencia de un exceso en la delegación, pues se impone la concurrencia de ambos requisitos para la exclusión de la pieza, en lugar de bastar uno solo de ellos, como en el texto de la LC. La Memoria del proyecto defiende esta solución para resolver los actuales problemas de interpretación. El proyecto toma así partido por una de las posturas que habían defendido parte de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

doctrina y de la jurisprudencia menor; no obstante, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia 61/2019, de 31 de enero, concluye que no es exigible la concurrencia de ambas condiciones (quita inferior a un tercio y espera inferior a tres años) sino que basta con la presencia de una de ellas, ya sea para todos los acreedores o para alguna de sus clases o subclases, para que el convenio pueda considerarse poco gravoso y excluir la formación de la pieza. El Consejo Fiscal considera que, si esta interpretación es la que acoge nuestro más alto tribunal ordinario, el Ejecutivo ha de atenerse a ella en el ejercicio de la función, que se le delega, de aclaración de la norma.

El apartado 2 del artículo 167, relativo al incumplimiento del convenio, pasa a ser el nuevo artículo 451, ubicado específicamente en la Subsección Segunda, «Del régimen especial en caso de incumplimiento del convenio», dentro de la Sección 1ª, «De la formación y tramitación de la sección de calificación», mejorando así la sistemática de la norma, al separar en dos preceptos dos materias heterogéneas que, no obstante, en la Ley Concursal están incluidas en uno solo.

Aunque el artículo 446 se titula «Personación de acreedores», también incluye a los que acrediten interés legítimo, aunque no tengan la cualidad de acreedor. El vigente artículo 168 de la LC bajo el rótulo «Personación y condición de parte», prevé que dichos sujetos podrán personarse y ser parte en la sección. El nuevo 446 suprime la mención a la condición de parte en el encabezamiento del artículo, pero en su texto continúa diciendo que los acreedores y personas con interés legítimo podrán «personarse y ser parte». Y es esa condición la que les legitima para interponer apelación contra la sentencia (artículo 459). Se trataría de una especie de «parte con facultades disminuidas», pues en realidad no puede dirigirse directamente al juez impetrando una determinada calificación del concurso, sino coadyuvar con sus alegaciones al Administrador concursal y al Ministerio Fiscal para que ellos pidan la calificación que proceda



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

(artículos 446 y 447), y es a esos informe y dictamen a los que ha de atender el juez para calificar el concurso, estando vinculado a ellos cuando coinciden en considerarlo como fortuito (artículo 449). Así las cosas, la nueva regulación no dista mucho de la prevista en los artículos 168.1, 169 y 170 de la LC; en realidad lo que se hace es concretar cuáles son las limitadas facultades de los personados, las que en la LC se desprendían del texto de los preceptos citados, y que ahora se expresan con mayor claridad.

Artículo 447. Informe de la administración concursal

1. Una vez transcurrido el plazo a que se refiere el artículo anterior, el letrado de la administración de justicia dictará resolución requiriendo a la administración concursal para que, en el plazo de quince días, presente un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si los acreedores o personas con interés legítimo hubieran formulado alegaciones para la calificación del concurso como culpable, en esa misma resolución se ordenará dar traslado de esos escritos a la administración concursal.

2. Si la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe, que tendrá la estructura propia de una demanda, 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.

Artículo 448. Dictamen del fiscal

1. Una vez unido a la sección sexta el informe de la administración concursal, el letrado de la administración de justicia dará traslado del contenido de esa sección al fiscal para que, en el plazo de diez días, emita dictamen, con la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

misma estructura que la del informe de la administración concursal, 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 estime procedentes. Atendidas las circunstancias, el juez podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más.

2. Si el fiscal no emitiera dictamen dentro de plazo, se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación de la administración concursal y seguirá su curso la tramitación de la sección.

Se mantiene el régimen previsto en el artículo 169 de la LC actual en lo que respecta a la legitimación para pedir la calificación e intervención y el contenido de la propia solicitud (artículos 447 y 448 TRLC), de modo que solo la administración concursal y el Ministerio Fiscal pueden interesar una concreta calificación del concurso. Se reiteran asimismo las previsiones de la Ley sobre el informe de la administración concursal, que debe tener la forma de una demanda, el contenido especificado en el precepto y la petición de indemnización de daños y perjuicios, en su caso.

Se incluye expresamente en el nuevo precepto la exigencia de que el informe de la administración tenga la forma de una demanda, asumiendo así la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, expresada, entre otras, en la STS Sala 1ª, Sección 1ª, núm. 203/2016 de 1 abril -EDJ 2016/30600-, donde se dice que «*la Ley no sujeta el informe de la administración concursal, ni el dictamen del Ministerio Fiscal, a una formalidad específica. Pero como deben contener una solicitud concreta y las razones que justifican esta petición, que lógicamente se fundarán en una relación de hechos y en su valoración jurídica, la forma es equivalente a la demanda*».



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por lo que respecta al Ministerio Fiscal, el nuevo texto disipa los anteriores problemas interpretativos derivados del silencio de la Ley Concursal respecto a cuál deba ser el contenido de su dictamen. El Texto refundido acoge la exégesis avanzada en su día por la Instrucción de la FGE nº 1/2013, sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal, cuando señalaba que dicho dictamen tiene el mismo contenido que el informe de la administración concursal. Se mantiene no obstante la doble denominación informe/dictamen en referencia a la administración concursal y el Ministerio Fiscal respectivamente, lo que puede tener su razón de ser en la diferente naturaleza del órgano que lo emite en cada caso.

Artículo 449. Tramitación de la sección

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

2. En otro caso, el letrado de la administración de justicia dará 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.

3. A quienes 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 comparecieran con posterioridad al vencimiento del plazo, les tendrá por parte sin retroceder el



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

curso de las actuaciones. Si no comparecieren, el letrado de la administración de justicia los declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.

Artículo 450. Oposición a la calificación

1. Si el concursado o alguno de los comparecidos formulase oposición deberá hacerlo en la forma prevista para un escrito de contestación a la demanda. Para los trámites posteriores el procedimiento se sustanciará según lo previsto para el incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.

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

Los artículos 449 a 453 se corresponden con los 168 a 171 de la Ley Concursal, si bien de nuevo se procura corregir la sistemática de la Ley y agrupar los preceptos, de modo que todos ellos aborden materias homogéneas.

El artículo 449 reproduce en su integridad el 170 de la Ley Concursal y el 450, el 171.

SUBSECCIÓN 2ª. «DEL REGIMEN ESPECIAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO» (artículos 451 a 453 del TRLC)

Artículo 451.- Especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio

1. En caso de incumplimiento del convenio, en la misma resolución judicial que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

acuerde la apertura de la liquidación por razón de ese incumplimiento el juez ordenará la formación de la sección sexta si no se hubiera abierto por razón del contenido del convenio aprobado.

2. Si la sección sexta hubiera sido formada en su día por razón del contenido del convenio, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón de ese incumplimiento, el juez procederá del siguiente modo:

1º. Si se hubiera dictado en ella sentencia de calificación o auto de archivo de la sección, ordenará la reapertura de esa sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

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.

Artículo 452.- Personación de acreedores

Dentro del plazo de diez días, contado desde la última publicación que se hubiera dado a la resolución por la que el juez hubiera acordado la reapertura de esa sección o la formación de pieza separada, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección o en la pieza separada y, en su caso, alegar por escrito cuanto considere relevante para que la administración concursal o el fiscal puedan fundar la calificación del concurso como culpable en razón del incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 453.- Contenido del informe y del dictamen

1. En el caso de reapertura de la sección o de formación de pieza separada el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del fiscal se limitará[n] a determinar las causas del incumplimiento del convenio, con propuesta de resolución.

2. En el caso de formación de la sección de calificación, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del fiscal expresará[n] los hechos relevantes para la calificación del concurso, sin la limitación a que se refiere el apartado anterior, con propuesta de resolución.

En cuanto a la apertura extraordinaria de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio, la misma se regula ahora en el artículo 451 TRLC, donde se efectúa una previsión más amplia que la del vigente 167.2 LC, que solo contempla la *reapertura* de la sección de calificación. Se incluye ahora expresamente el supuesto del denominado convenio «poco gravoso» al que se hizo referencia más arriba. El artículo 451 agrupa en un solo precepto las especialidades de la formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento del convenio, que en la Ley Concursal se contienen en el artículo 167, mezcladas con la normativa general prevista para la formación de la sección sexta. En este sentido, el Texto refundido cumple con su función de ordenar la norma.

El texto refundido acoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de aquello que puede ser objeto de enjuiciamiento, y especifica con algo más de detalle la tramitación (artículos 451 a 453 TRLC), previendo el cauce para que los acreedores o terceros puedan informar sobre la causa de la calificación y del incumplimiento del convenio por causas imputables al deudor (actual artículo 164.2. LC y artículo 442.2. del TRLC).



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

SECCION 2ª. «DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN» (artículos 454 a 461)

Los preceptos contenidos en los artículos 454 y 455 del Texto refundido se corresponden en lo esencial con los de los artículos 172 y 172 bis de la Ley Concursal.

Artículo 454.- Sentencia de calificación

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1º. La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices.

En caso de persona jurídica, podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, los apoderados generales y quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones.

Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar específicamente la atribución de esa condición.

No tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en el convenio tuvieran derechos especiales de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición.

2º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período.

La duración del periodo de inhabilitación se fijará por el juez atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada.

Excepcionalmente, en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal en el informe de calificación, la sentencia podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada durante el tiempo de cumplimiento del convenio o por periodo inferior.

3º. La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa.

4º. La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, así como la condena a esas personas a indemnizar los daños y perjuicios causados por esa salida o esa entrega indebidas de bienes o derechos.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Artículo 455.- Condena a la cobertura del déficit

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

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

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

4. En caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.

En cuanto a las personas afectadas por la calificación y los cómplices (art. 454.2.1º TRLC), se reiteran las previsiones del art. 172 LC, pero se acota el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concepto de administradores de hecho, dando una definición auténtica de la figura con el fin de evitar su interpretación extensiva.

La indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 454 del TRLC, es prácticamente equivalente al actual artículo 172 de la Ley Concursal, añadiéndose algunas matizaciones y aclaraciones. La pérdida de derechos se distingue de la condena a restituir o a indemnizar, que pasa a regularse en un ordinal distinto, el 4º del apartado 2 del artículo 454 del Texto refundido.

Respecto de la condena a indemnizar los daños y perjuicios, el artículo 454.2.4º del Texto refundido contiene además una aclaración: estos daños y perjuicios son los «causados por esa salida o esa entrega indebidas de bienes o derechos». Esta precisión legal permite distinguir mejor esta condena a indemnizar, contenida en la actualidad en el artículo 172.2.3º, de la responsabilidad por la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis de la Ley Concursal.

Existen además dos novedades en este régimen de responsabilidad por la cobertura del déficit (artículo 455 TR). La primera es el concepto de déficit. La Ley 38/2011 sustituyó la condena a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos por la liquidación, por la condena a la cobertura total o parcial del déficit. Ante la disparidad de criterios sobre lo que puede entenderse por déficit, el Texto Refundido opta por referirlo al que existía al tiempo de la declaración de concurso.

Una segunda novedad es la previsión expresa de que la condena a la cobertura del déficit se pueda dictar “con o sin solidaridad”. Esta mención no aparece recogida en el texto de la LC, cuyo artículo 172 bis 1, tercer inciso, establece que, para caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos de acuerdo con su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

participación en los hechos, disposición que reproduce el artículo 455.3 del proyecto, pero que en el artículo 455.1 introduce aquella posibilidad de condena solidaria. Esa falta de previsión expresa en el texto que da origen a la refundición, así como el principio general de mancomunidad de las obligaciones que establece el artículo 1137 del Código Civil, nos lleva a dudar que la previsión de solidaridad se exceda de la delegación conferida por el Legislativo. No obstante, la posible condena solidaria se ha aceptado por la jurisprudencia menor (sentencias de Audiencia Provincial Asturias 124/2015, de 12 de mayo o 497/2018, de 18 de octubre) cuando todos los afectados por la calificación han contribuido de manera indistinta o *in solidum* a la culpabilidad del concurso, y esta posibilidad se encuentra en la base de las SSTs 135/2019, de 6 de marzo y 2147/2016, de 5 de abril. Además, la condena solidaria no se impone, sino que, en realidad, se admite como posible para los responsables “de acuerdo con su participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso” (artículos 455.3 TR y 172 bis) por lo que la previsión que ahora se incluye en la norma no aparece sino como una aclaración permitida por el poder delegante.

Por otra parte, en caso de *reapertura* de la sección de calificación (caso en el que haya habido incumplimiento de convenio gravoso), pueden tenerse en cuenta todos los hechos, también los de la sentencia de calificación culpable previa. Se especifica que el juez para fijar la condena a la cobertura total o parcial del déficit, «atenderá tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura»



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 456.- Publicidad

El contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se inscribirá en el Registro público concursal.

Artículo 457.- Cumplimiento de las condenas de inhabilitación

En el caso de que una misma persona fuera inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

Artículo 458.- Cese y sustitución de los inhabilitados

1. *La firmeza de la sentencia de calificación producirá el cese automático de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada que hubieran sido inhabilitados.*

2. *Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.*

Artículo 459.- Recurso de apelación

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

Artículo 460.- Ejecución de la sentencia de calificación

1. *La legitimación para solicitar la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación corresponderá a la administración*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concurzal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.

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

Respecto de la ejecución de las sentencias que declaren culpable el concurso, se prevé en el artículo 456 (artículo 164.3 de la LC) la inscripción de la sentencia. El artículo 457 regula la acumulación de condenas de inhabilitación acordadas en diferentes concursos que afecten a la misma persona, y establece que, en esos casos, el periodo de inhabilitación será la suma de todas las inhabilitaciones. El artículo 458 del Texto refundido regula la ejecución de la inhabilitación en caso de administradores y liquidadores de personas jurídicas. El proyecto mejora así la ubicación sistemática de las aludidas previsiones.

En el nuevo 460.1 se atribuye la legitimación originaria para instar la ejecución a la administración concursal, y la subsidiaria a los acreedores, ubicándose dicha previsión fuera de artículo 172 bis de la Ley Concursal, dedicado a la responsabilidad por déficit. Ello es correcto en la medida en que dicha previsión afecta no sólo a esta responsabilidad, sino a cualquier otro pronunciamiento de condena contenido en la sentencia de calificación.

El artículo 460.2 del Texto refundido reitera la norma contenida en el artículo 172 bis. 3 de la Ley Concursal, de que todas las cantidades obtenidas, no sólo con la condena a la cobertura del déficit, sino también con las derivadas de la condena a la restitución o a la indemnización de daños y perjuicios, irán a parar a la masa activa del concurso.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

SECCIÓN 3ª, «DE LA CALIFICACIÓN EN CASO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA» (artículos 462 y 463 del TRLC)

Desde su entrada en vigor, la Ley concursal ha pretendido siempre imponer los principios de unidad legal, de disciplina, de sistema y de procedimiento, estableciendo un régimen concursal único para todo tipo de comerciantes y no comerciantes.

No obstante, existen especialidades en el concurso de empresarios con estatuto propio que constituyen una excepción a ese principio de unidad. Este régimen excepcional (artículo 27.6 de la Ley Concursal) afecta al mercado financiero, (entidades financieras de crédito), el mercado de valores (empresas de servicios de inversión, miembros y participantes en mercados de valores y sistemas de registro, compensación y liquidación de valores y pagos y entidades emisoras de valores cotizados), y el mercado de seguros (aseguradoras).

De acuerdo con la regulación actual, la insolvencia de entidades de crédito, seguros o agencias y sociedades de valores puede ser abordada mediante una intervención administrativa del organismo de control correspondiente (Banco de España, Dirección General de Seguros, Comisión Nacional del Mercado de Valores), resultando que esta intervención no conlleva la declaración del concurso, aun cuando sí puede motivar la apertura de la sección de calificación. El texto refundido contiene un par de preceptos dedicados a prever la apertura de la sección de calificación en estos casos de intervención administrativa y a establecer algunas especialidades (arts. 462 y 463). Según la memoria del Proyecto, la apertura de la sección de calificación en caso de intervención administrativa es una de las novedades del texto refundido, pero tal apreciación es errónea, pues la regulación del proyecto ya se contiene en su literalidad en los artículos 174 y 175 de la Ley Concursal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 462. 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 del fiscal o 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.*

Artículo 463. Especialidades de la tramitación

- 1. La sección se encabezará con la resolución administrativa que hubiere acordado las medidas.*
- 2. Los interesados podrán personarse y ser parte en la sección en el plazo de quince días a contar desde la publicación prevista en el artículo anterior.*
- 3. El informe sobre la calificación será emitido por la autoridad supervisora que hubiere acordado la medida de intervención.*

La tramitación de la *pieza* de calificación concursal es igual que en el concurso de acreedores, pero comienza con el testimonio de la resolución administrativa que acuerda la intervención. Aun cuando no se menciona expresamente el dictamen del Ministerio Fiscal, se entiende que dicho trámite se mantiene en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los mismos términos y por las mismas razones que en un concurso - llamémosle ordinario-. Sin embargo, no estaría de más preverlo expresamente para evitar las dudas exegéticas que puede plantear el artículo 463 del TRLC cuando hace expresa mención a que el informe sobre calificación es emitido por la autoridad supervisora, sin mención alguna al Ministerio Fiscal, lo que podría interpretarse en el sentido de considerar no prevista la intervención del Fiscal en este supuesto, opción que, desde el punto de vista de la protección del interés público y social, carecería de sentido. La intervención del Fiscal en el artículo 462.2 necesariamente debe interpretarse en el sentido de implicar su participación también en la calificación del concurso pues, si se deseara excluir a la Institución de esta clase de concursos, no se le hubiera conferido la facultad que prevé el artículo 462.2 del proyecto, cuando legitima al Ministerio Fiscal para pedir la apertura de la sección autónoma de calificación.

LIBRO II. TÍTULO IV. DE LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO. CAPÍTULO II. DE LAS NORMAS COMUNES EN MATERIA DE CONCURSO CONSECUTIVO. SECCIÓN 2ª. DE LAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO (artículos 699 a 701 del TRLC).

Artículo 699. Presunción de concurso culpable

1. El concurso consecutivo se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando, sin causa razonable, los administradores se hubiesen negado a proponer o los socios a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y esa negativa hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación o un acuerdo extrajudicial de pagos.

2. Se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así resulte del informe emitido, con anterioridad a la negativa, por experto independiente nombrado por el registrador mercantil del domicilio del deudor.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En los casos de concurso acumulados de grupo o de subgrupo, si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

3. La presunción no será de aplicación a los administradores que, antes o durante la junta general, hubieran recomendado la adopción del acuerdo de capitalización o la emisión de valores o instrumentos convertibles, aun cuando la propuesta hubiera sido posteriormente rechazada por los socios o por la junta.

4. En todo caso, para que la negativa de los socios a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto a la junta general deberá reconocer en favor de los socios de la sociedad deudora un derecho de adquisición preferente en caso de enajenación de las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles por los acreedores que los hubieran suscrito o a los que se hubieran adjudicado como consecuencia de ese acuerdo.

No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier otra entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que esté participada por el acreedor.

5. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el apartado anterior.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 700. Personas afectadas por la calificación del concurso

1. *En caso de persona jurídica podrán ser consideradas personas afectadas por la calificación, además de las establecidas en esta ley, los socios que, sin causa razonable, se hubieran negado a acordar la capitalización de los créditos o a una emisión de valores o instrumentos convertibles o hubieran votado en contra de la propuesta. La calificación de los socios como personas afectadas por la calificación se realizará en función del grado de contribución que hubieran tenido en la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo.*

2. *En el concurso consecutivo, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en un acuerdo de refinanciación no rescindible o en un acuerdo extrajudicial de pagos tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento el plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición.*

Artículo 701. Condena a la cobertura del déficit

En el concurso consecutivo, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a la cobertura, total o parcial, del déficit, a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como a los administradores y a los socios que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

afectadas por la calificación. La condena a la cobertura se realizará en función del grado de contribución que hubieran tenido en la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo y sólo procederá en la medida que esa negativa hubiera determinado la calificación del concurso como culpable por agravación de la insolvencia.

El proyecto distingue en su regulación, según el concurso sea consecutivo a un acuerdo de refinanciación (artículos 702 y 703) o a un acuerdo extrajudicial de pagos (artículos 704 y 705), mas este informe se centra exclusivamente en las especialidades en materia de calificación con motivo de la intervención que en ella se confiere al Ministerio Fiscal.

Los preceptos transcritos se corresponden con los artículos 165, 172 y 173 bis de la Ley Concursal. Se reubican por tanto las cuestiones relativas a la calificación del concurso consecutivo en atención a las diversas especialidades que lo caracterizan, previendo el Texto Refundido una sistemática más ordenada que sin duda facilitará la correcta aplicación de la norma.

El concurso consecutivo, se define en el artículo 693 como el que se declara como consecuencia de la frustración o declaración de nulidad, ineficacia o incumplimiento de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

El artículo 699 contiene la presunción de culpabilidad conforme al actual artículo 165.2 de la LC, el 700 se refiere a las personas afectadas por la calificación y el 701, con una redacción ciertamente intrincada -similar a la del 172 bis de la LC-, regula la acción de cobertura del déficit en caso de concurso consecutivo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No incluye el texto refundido novedades en relación con las funciones del Ministerio Fiscal en esta materia. No obstante, debemos señalar que el artículo 701 contrae la responsabilidad por déficit a los supuestos de hecho que provocan el concurso consecutivo, lo que no implica que los administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica no respondan por el déficit también en los términos previstos en el artículo 455 para el concurso en general, esto es, “en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia”. No obstante, y con la finalidad de ahuyentar cualquier duda que pudiera suscitarse sobre la falta de respeto a las garantías de tipicidad exigibles al derecho sancionador, el Consejo Fiscal estima conveniente incluir expresamente en este artículo 701 una remisión expresa a la responsabilidad que a aquellos gestores impone el artículo 455. Esto reproduciría, en similares términos, las previsiones del artículo 172 bis 1 de la LC, por lo que no implicaría novedad alguna.

4. Reflexiones sobre una futura reforma

El Consejo Fiscal es consciente de que el vehículo normativo empleado (Texto Refundido) implica unas importantes limitaciones en la iniciativa legislativa derivadas de la delegación de la que hace uso el Ejecutivo. Ahora bien, ello no es óbice para que el Consejo Fiscal, con vistas a una futura reforma legislativa, no quiera dejar de llamar la atención sobre determinados aspectos del texto sometido a nuestra consideración que no quedan, a nuestro juicio, adecuadamente resueltos y que producen grandes dificultades prácticas en orden a la necesaria coordinación del proceso penal y el procedimiento concursal. Igualmente, quiere el Consejo Fiscal mostrar su interés por una mayor y más precisa regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento concursal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Artículo 4. Participación del Ministerio Fiscal

Como decíamos, el Consejo Fiscal echa en falta una regulación más apurada de la intervención del Ministerio Fiscal. La propia FGE en la Memoria del año 2013 hace patente la preocupación por el escaso papel que la Ley Concursal otorga a los fiscales en los procedimientos al dejar limitada su actuación a la fase de calificación siendo necesario que nuestra intervención en el concurso sea más amplia, siempre que exista un interés público relevante, para lo que se exige *"medios técnicos propios para poder evaluar la situación de la empresa concursada"*. Y es que *"la limitada intervención que la Ley Concursal reserva al Ministerio Fiscal está provocando en la práctica algunas disfunciones"*

Estas carencias de la intervención del Ministerio Fiscal no se solucionan en el proyectado artículo 4 que limita la intervención del Ministerio Fiscal a poner de manifiesto la situación de insolvencia conocida en el curso de un procedimiento penal, lo cual podemos considerar insuficiente entretanto se mantenga la intervención de la Institución en este procedimiento.

Por ello mostramos nuestro deseo de que el Ministerio Fiscal, mientras se estime necesaria su intervención en este tipo de procedimientos, pueda participar en el concurso cuando se vean afectados los derechos de los consumidores, para los supuestos de concurrencia de una pluralidad de acreedores vulnerables que puedan encontrarse en situación de indefensión en consonancia con el art. 8, letra «f» del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre que habla de «la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión», y de conformidad con las previsiones de los artículos 11 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

Artículo 37.2 Anotaciones preventivas

Quiere hacer notar el Ministerio Fiscal que el art. 37.2 TRLC (heredero del actual art. 24.4 LC) sigue impidiendo que se anoten embargos preventivos sobre bienes del deudor acordados por el Juez de Instrucción una vez declarado el concurso, lo que nos lleva a valorar la conveniencia de mantener en un futuro esta restricción que, sin duda, produce una distorsión en la eficacia de las medidas de aseguramiento de la responsabilidad civil *ex delicto* adoptadas en un procedimiento penal, sin perjuicio de la decisión definitiva que al respecto pudiera adoptar el juez del concurso.

Artículo 52. Carácter exclusivo y excluyente de la Jurisdicción

Entiende el Consejo Fiscal que este carácter exclusivo y excluyente hace que, si el Juez del concurso asume la competencia sobre las medidas cautelares acordadas en la jurisdicción penal a fin de facilitar la necesaria coordinación entre las dos jurisdicciones, se valoraría muy positivamente la introducción de dos cautelas cuando fuere posible:

- 1) Que se permita la adopción previa de esas medidas por parte del Juez de Instrucción, sin perjuicio de que después éste deba comunicarlas al Juez del concurso para que éste decida lo procedente sobre su mantenimiento o levantamiento en atención a la naturaleza del resto de los créditos reconocidos y a los derechos de los acreedores; y
- 2) Que se garanticen debidamente en la vía concursal los derechos de los perjudicados por el delito antes de levantar cualquier medida cautelar adoptada por el Juez de Instrucción, reconociéndoles un crédito concursal con privilegio general al tratarse en puridad de una “responsabilidad civil extracontractual” (art. 280.5º TRLC).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En tal caso, la previsión del art. 519 de que el Juez del concurso pueda adoptar medidas cautelares sobre la masa activa a solicitud del Juez o Tribunal penal, debiera matizarse incluyendo una mayor coordinación entre los jueces de ambas jurisdicciones en orden al mantenimiento o levantamiento de las mismas

Artículo 54. Medidas Cautelares

Esta necesaria coordinación en la protección de las víctimas del delito y la salvaguarda de los derechos de los acreedores, se vería sin duda facilitada si llegara a excepcionarse la competencia del juez del concurso para suspender las medidas cautelares jurisdiccionales acordadas por el Juez de Instrucción en cumplimiento de la previsión contenida en los artículos 589 y 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre y cuando estas medidas no afectaran al interés del concurso.

Artículo 62.2 Nombramiento de la administración concursal

El Consejo Fiscal muestra su precaución ante la amplísima discrecionalidad con la que en el apartado 2. se regula la designación de administración concursal en los concursos de gran tamaño. Para una mayor transparencia y objetividad, el Consejo Fiscal aboga por una regulación futura en la que se extremen las cautelas sobre la designación de administradores concursales en concursos de gran tamaño

Artículo 120. Pérdida de la capacidad procesal del concursado en caso de suspensión.

Con relación a la sustitución de la administración de la concursada, prevista en el artículo 120 del Texto refundido, el Consejo Fiscal desea dejar constancia de que no se incluyen en las previsiones de este artículo los procedimientos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

penales en los que el deudor aparezca como parte. Sería conveniente que, para una futura reforma, se valore la posibilidad de incluir una regulación al respecto, por la indudable incidencia de esta materia sobre el derecho de defensa de la persona jurídica concursada cuando se le exija responsabilidad penal. En este contexto, toda vez que la administración concursal actúa en el concurso en defensa de los intereses de la masa, deseamos advertir sobre la incidencia que en el derecho de defensa implicaría la previsión de una sucesión procesal extendida al ámbito penal.

Artículo 144. Excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución

Igualmente, sugiere el Consejo Fiscal que en el futuro sería conveniente que se llegara a adicionar al apartado 1. un punto 3º:

“los procedimientos penales en los que la resolución acordando el embargo fuera anterior a la fecha de declaración del concurso”

Artículo 230. Actos no rescindibles

En esta línea de coadyuvar a una mejor coordinación de las jurisdicciones concursal y penal, se valoraría positivamente por el Consejo Fiscal que en un futuro se previera que las medidas cautelares jurisdiccionales acordadas por el Juez de Instrucción en cumplimiento de la previsión contenida en los artículos 589 y 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puedan ser objeto de rescisión los actos de constitución de garantías en favor de los perjudicados en una causa penal, siempre que ello no afecte a los intereses del concurso y no impida la continuación de la actividad productiva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Artículo 268. Comunicación extemporánea de créditos

Dados los distintos tiempos en los que se mueven el procedimiento concursal y el procedimiento penal, no es desventurado afirmar que en muchas ocasiones los créditos de los perjudicados por un delito sean comunicados tardíamente. En el apartado 2 se dispone que los créditos comunicados extemporáneamente se clasificarán como créditos subordinados. Si bien con carácter general el Consejo Fiscal nada tiene que objetar a esta clasificación, en un futuro debiera valorarse la posibilidad de clasificarlos como créditos con privilegio general, con independencia del momento en que sean comunicados.

Artículo 297. Legitimación para impugnar la lista de acreedores

Sin perjuicio de la posibilidad que asiste a cada perjudicado, debiera valorarse la posibilidad de reconocer la legitimación activa del Ministerio Fiscal al estar obligado al ejercicio conjunto de la acción penal y civil de conformidad con el art. 109 de la L.E.Crim. Evidentemente, la no inclusión de un perjudicado en la lista de acreedores podría frustrar sus expectativas de resarcimiento del perjuicio producido por el delito y hacer estéril el ejercicio de la acción civil por el Ministerio Fiscal en el proceso penal.

Artículo 313. Medidas cautelares en orden a la modificación de la lista definitiva de acreedores

El Consejo Fiscal expone su deseo de que en futuras reformas se prevea la posibilidad de que, cuando la modificación pretendida de la lista sea consecuencia de una resolución penal, el Juez penal exhorte al Juez del concurso para que, durante el procedimiento de modificación, adopte las medidas cautelares que estime oportunas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Artículo 318. Prohibiciones de la propuesta de convenio

En el este artículo se imponen unos límites a la autonomía de la voluntad en la configuración del contenido del convenio. Ahora bien, llama la atención el Consejo Fiscal sobre la especial naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*, que es disponible para el perjudicado, pero no para el Ministerio Fiscal salvo en los casos de renuncia expresa del mismo.

A este respecto no se considera suficiente con la previsión de que el convenio en ningún caso pueda suponer la alteración de la cuantía de los créditos establecida por esta ley, sin perjuicio de la quita o quitas que pudiera contener. El Consejo Fiscal, dada esa especialidad del ejercicio de la acción civil *ex delicto* por el Ministerio Fiscal, considera que, en una regulación futura debe 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.

Artículo 335. Prohibiciones a la presentación de propuesta anticipada de convenio.

En el apartado 1. 1º se veda esta posibilidad a quien haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

El Consejo Fiscal valora positivamente esta prohibición, si bien entiende que la referencia a sentencia firme no resulta eficaz. Entendemos que debe valorarse en orden a una futura reforma, como más acorde a las especialidades del proceso penal que se vete esta posibilidad de propuesta anticipada en todos aquellos supuestos en los que se haya dictado auto de procedimiento



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

abreviado o apertura de juicio oral por alguno de los delitos mencionados.

Igualmente, se reforzaría la protección de la víctima del delito si en futuros textos se contemplara la facultad del juez del concurso de inadmitir la propuesta anticipada o declararla sin efecto en aquellos supuestos en los que, estando la causa penal en fase de instrucción, entienda que la propuesta puede resultar contraria a los intereses de los perjudicados por el delito, especialmente en aquellos supuestos en los que aún no se ha podido determinar individualizadamente a los mismos.

Artículo 413. Efectos de la liquidación sobre el concursado

El apartado 3º viene referido al concursado persona jurídica para establecer que, no obstante, la declaración de disolución y el cese de los administradores, éstos continúan en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sean parte.

El Consejo Fiscal, a fin de evitar interpretaciones dispares que se producen en la práctica forense, entiende conveniente que esta previsión se extienda específicamente a la representación de la persona jurídica en el proceso penal cuando la misma se encuentre investigada o acusada.

5. Conclusiones

PRIMERA. Con carácter general, y también en lo que respecta a la específica intervención del Ministerio Fiscal en el concurso, se valora positivamente la nueva estructura del Texto Refundido, que sin duda supera los problemas de sistemática interna de que adolece la Ley Concursal tras las numerosas reformas que ha sufrido desde su entrada en vigor.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

SEGUNDA. Destaca la unificación en la terminología utilizada a lo largo de todo el texto y la separación de institutos sustantivos y procesales de naturaleza diversa que en la norma vigente se regulan en un mismo precepto sin razón que lo justifique.

TERCERA. Debería garantizarse que el Texto Refundido recoja las previsiones del Derecho comunitario sobre todo en cuanto respecta a la progresiva mayor trascendencia del Derecho pre-concursal y los mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia.

CUARTA. Resulta conveniente la sustitución en todo el Texto refundido del término “fiscal” por el de “Ministerio Fiscal”, que es el nombre propio de la Institución, y evita además cualquier confusión que pudiera provenir de la utilización de aquella palabra en los diversos sentidos que le confiere la norma cuando habla de “identificación fiscal”, “medida fiscal” o “consecuencia fiscal”, por ejemplo.

QUINTA. El Consejo Fiscal propone la previsión expresa del reconocimiento forzoso del crédito derivado de un procedimiento penal en el artículo 260.1 del proyecto, alejando así cualquier duda sobre la inclusión de esta clase de derechos en los términos genéricos en que viene redactado el precepto y en garantía de las víctimas del delito.

SEXTA. En el artículo 308.5 del proyecto, se propone separar el reconocimiento de los créditos laborales de los penales, pasando éstos a otro apartado, al tener distinta naturaleza en su origen.

Asimismo, se observa que en este precepto se introduce una modificación respecto del texto del artículo 97.3. 3º LC, exigiendo el proyecto que el crédito se reconozca mediante sentencia, mientras que para la LC basta con que se



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

inicie el procedimiento laboral o penal del que pueda derivar el reconocimiento de un crédito concursal. La exigencia de que el crédito aparezca reconocido en sentencia puede superar los límites de la delegación.

SÉPTIMA. La supresión en el artículo 443.2 del proyecto del requisito que establecía el artículo 165.2º de la LC que, para presumir el concurso culpable por la ausencia en la junta de acreedores de representantes legales, administradores o liquidadores exigía que su presencia fuera determinante para la adopción del convenio, por sus graves consecuencias bien pudiera constituir un exceso en el ejercicio de la delegación que está en el origen del Texto Refundido.

OCTAVA. La sustitución de la disyuntiva «o» por la copulativa «y» en el artículo 445.2 del Texto refundido, de manera que se requiere para excluir la formación de la pieza de calificación tanto que la quita sea inferior a un tercio del importe de los créditos como que la espera sea inferior a tres años, modifica el sentido del artículo 167.1 LC, en contra a la interpretación que ha dado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia 61/2019, de 31 de enero. Esta modificación del texto de la norma, obviando la interpretación jurisprudencial, por sus consecuencias, excede de los términos de la delegación.

NOVENA. La previsión expresa de que la condena a la cobertura del déficit pueda ser solidaria, introducida como novedad en el artículo 455.1, respeta los términos de la delegación pues no se impone en todos los casos y el texto refundido, al igual que la Ley Concursal, admite que se gradúe esa responsabilidad de acuerdo con la participación de los afectados por el concurso en los hechos que hubieran determinado la calificación (artículos 455.3 TR y 172 bis LC)



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

DÉCIMA. En los supuestos de intervención administrativa, resulta conveniente prever expresamente que participa Ministerio Fiscal en la calificación, para evitar cualquier duda que pueda derivar al omitirse a la Institución en el artículo 463 del proyecto, que sólo refiere la calificación por parte de la autoridad administrativa. La facultad conferida al Ministerio Fiscal en el artículo 462.2 de solicitar la apertura de la pieza presupone que intervenga en la calificación.

UNDÉCIMA. En los supuestos de concurso consecutivo, el artículo 701 contrae la responsabilidad por déficit a los supuestos de hecho que provocan esta clase concursal. Aun cuando esto no implica que los administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica no respondan por el déficit también en los términos previstos en el artículo 455 para el concurso en general, con la finalidad de ahuyentar cualquier duda que pudiera suscitarse sobre la falta de respeto a las garantías de tipicidad exigibles al derecho sancionador, el Consejo Fiscal estima conveniente incluir expresamente en este artículo 701 una remisión expresa a la responsabilidad que a aquellos gestores impone el artículo 455. Esto reproduciría, en similares términos, las previsiones del artículo 172 bis 1 de la LC, por lo que no implicaría innovación alguna.

DUODÉCIMA. Para una futura reforma de la Ley Concursal, el Consejo Fiscal propone se reflexione sobre los extremos expuestos en el apartado 4 de este informe.

Madrid, a 20 de junio de 2019

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

María José Segarra Crespo