

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 1/1995, de 6 de abril, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.**

Referencia: FIS-C-1995-00001

#### **I. Introducción**

La causa de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de quiebra se halla legalmente determinada: calificar las insolvencias, eventualmente a incluir en estructuras de responsabilidad punible (arts. 895 del CC, 1.383-1.384 de la LEC en relación con los arts. 520-521 del CP). En las suspensiones de pagos el Ministerio Fiscal, es parte en la pieza separada que se forma para calificar las insolvencias definitivas con la finalidad de depurar las responsabilidades en que haya podido incurrir el comerciante declarado en suspensión de pagos (art. 20 en relación con el 8 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922); e interviene además en ellas con la misma condición de parte, desde la iniciación del procedimiento hasta su terminación, cuyo momento coincide con el cumplimiento total del convenio (art. 23 de la Ley de Suspensión de Pagos), que es la solución normal del expediente. El tenor de los textos es claro: el Ministerio Fiscal es parte tanto en la pieza de calificación de la insolvencia definitiva como en el procedimiento de suspensión; su presencia en ellos es esencial porque como dijo la ya vieja sentencia de 20 de diciembre de 1949 la falta de emplazamiento del Ministerio Fiscal origina necesariamente una contravención del orden público, por ser al propio tiempo que el sujeto activo y necesario de la relación jurídica procesal, el órgano específico de fiscalización. Mas esa claridad no aparece ya en la norma cuando se trata de perfilar cuál sea el objeto que persigue la calificación. Y tampoco en la práctica de las suspensiones de pagos hay coincidencia sobre la intensidad y la forma de proyectarse la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos, pues sucede que instalado en sus distintas fases de modo genérico, unas veces la actividad desarrollada en ellos es real, la que corresponde a su cualidad de parte, pero en otras ocasiones es puramente formal o mero destinatario de notificaciones de actos procesales y de resoluciones judiciales. Actitudes que se armonizan con las heterogéneas interpretaciones mantenidas desde hace tiempo sobre las normas reguladoras, y que aún se mantienen, como puede apreciarse en algunas de las observaciones recogidas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994, pues mientras para algunos Fiscales sería deseable la revisión de aquéllas, reduciendo la intervención del Ministerio Fiscal a la estricta vigilancia de los procedimientos, otros entienden que en los puntos claves las disposiciones legales limitan y coartan lo que debía ser una auténtica intervención. Estos contrapuestos puntos de vista, muy generalizados, ante un mismo lenguaje jurídico, deben eliminarse, bien saliendo de la inhibición quienes hayan llegado a ella o mejor aún, conciliando la diversidad buscando una interpretación unificadora que garantice una verdadera presencia del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos. Es lo que pretende esta Circular.

La exposición del esquema histórico-legislativo de las suspensiones de pagos resulta ilustrativo para mostrar cómo las funciones asignadas en ellas al Ministerio Fiscal no han sido las mismas en las sucesivas etapas: en un principio sólo informa en la pieza de calificación, después interviene en la calificación de la clase de quiebra, momentos a los que siguieron las fases de inexistencia de intervención y de intervención máxima (en la pieza de calificación y en el procedimiento de suspensión). Estas alternativas con oscilaciones radicales y el hecho de que

no fueran inicialmente miembros caracterizados del Ministerio Fiscal quienes despachaban las suspensiones de pagos, quizá pudo contribuir al desinterés y a la falta de un criterio con soluciones únicas.

## **II. Antecedentes inmediatos sobre la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos**

Coincidiendo con los precedentes nacionales de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que consideraban quiebra de primera clase la de los comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo (los «quebrados atrasados»), el Código de Comercio de 1829 —en parte vigente, como es sabido— configura la suspensión de pagos como una de las clases de quiebra (arts. 1.002.1.º y 1.003), sin ofrecer un tratamiento procesal y sustancial esencialmente diferenciado, aunque es cierto que sólo los suspensos pueden obtener un convenio de espera y no están sujetos a sanciones penales. A fin de calificar el tipo de quiebra se formaba un expediente en el que intervenían de una parte, el quebrado (art. 1.137), y por otra los Síndicos y el Comisario, quienes presentaban al Tribunal, respectivamente, informe y exposición sobre la clase de quiebra (art. 1.139), de los que se debe dar traslado al Promotor Fiscal del Juzgado para que, si encontrare algún delito o falta, promueva su castigo (art. 1.140), pero no para proponer calificación de la quiebra lo que correspondía en exclusiva al Juez quien procedía a la formación de causa criminal si existían méritos para incluir la quiebra en cualesquiera de las insolvencias fraudulenta o culpable o en el alzamiento (art. 1.144).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se sigue considerando la suspensión de pagos como una clase de quiebra. Al Promotor Fiscal se le pasan ya los autos (art. 1.383), y no sólo los informes y exposición de Comisario y Síndicos, y con la específica finalidad de que pueda deducir pretensión formal sobre la calificación de la quiebra, procediéndose criminalmente contra el quebrado si se incluyera entre los supuestos de fraudulencia o en el alzamiento (arts. 1.386, 1.387).

En el Código de Comercio vigente, las únicas clases de quiebra son las derivadas de las insolvencias fortuita, culpable y fraudulenta, excluyéndose ya de ellas la suspensión de pagos (art. 886), regulada como institución autónoma (arts. 870-873). Aún cuando hasta la reforma operada por Ley de 10 de junio de 1897 figuraron en el marco de las suspensiones de pagos hechos constitutivos de insolvencia definitiva, no se previó para ellas pieza de calificación, ni tampoco, en consecuencia, intervención alguna del Ministerio Fiscal en el procedimiento. La calificación de las quiebras si se hace siempre con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 895), persiguiéndose las culpables y fraudulentas siempre que el Juez o Tribunal estime que existen méritos para proceder criminalmente (art. 896), y si las fortuitas excluyen el tipo penal de quiebra punible, no son obstáculo para la apertura de procesos penales cuando de los juicios pendientes sobre convenios, reconocimientos de créditos o cualquier otro incidente, resultaren indicios de la comisión de hechos punibles (art. 897).

En definitiva, de todas las antiguas clases de quiebra, atendida la regulación del Código de Comercio, sólo la suspensión de pagos es ajena al ámbito penal, pues para ella ni hay disposición semejante a la del citado artículo 897, ni tampoco calificación capaz de generar responsabilidad directa. Si esto es así cabe preguntarse que sucedía con los procedimientos de suspensión de pagos antes de la Ley de 26 de julio de 1922, y qué papel se asignaba en ellos al Ministerio Fiscal, si es que tenía alguno. Su tramitación hasta la Ley de 10 de junio de 1897 pudo ajustarse al de quita y espera en el concurso, pero como para la suspensión de pagos en el Código de Comercio no existe pieza de calificación serían inaplicables las normas del concurso de acreedores sobre calificación, que es el único momento en que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal (arts. 1.296-1.298 de la LEC). Y con la promulgación de la Ley de 1897, que excluyó de las suspensiones de pagos las pretensiones de quita o rebaja de los créditos (art. 872 del CC), no existiría siquiera el paralelismo formal entre concurso de acreedores y suspensión de pagos, hasta el punto de disponer el artículo 873 del Código de Comercio que el expediente de suspensión de pagos se acomodará a los trámites marcados por una ley especial; pero lo cierto es que la reforma entró en vigor sin el cauce procesal que se anunciaba, conociéndose en el orden procesal únicamente que eran los Jueces de primera instancia los competentes para declarar las suspensiones de pagos. Espacio procesal que

permanece vacío hasta la Ley de 26 de julio de 1922 tanto en lo que se refiere al procedimiento como a la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

La síntesis muy resumida de la participación del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, sería ésta: o no intervención o intervención marginal. Y con una particularidad que patentiza la entidad menor de los procedimientos de suspensiones de pagos. Interventían en ellos los «Promotores Fiscales» creados por Decreto de las Cortes de 13 de septiembre de 1812. La expresión es recogida en el Código de Comercio de 1829 y permanece en el texto vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts., entre otros, 1.383, 1.385, 1.388), designándose con el término a quienes ejercían sus funciones exclusivamente en los Juzgados (los Fiscales, en las Audiencias y en el Tribunal Supremo). Ordenó la Ley Adicional a la Orgánica de 14 de octubre de 1882 la supresión «de la clase de Promotores Fiscales» (art. 56), y desde ese momento representarán al Ministerio Fiscal los Fiscales municipales Letrados en todos los negocios civiles en que deban ser oídos los Promotores Fiscales con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 58), y en los Juzgados en que no hubiera Fiscales municipales Letrados tales funciones se confieren a los sustitutos (Real Decreto de 11 de noviembre de 1882).

### III. El Ministerio Fiscal y la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1992

Ya se dijo que conforme a los artículos 20 y 23 de esta ley, es obligada la intervención del Ministerio Fiscal tanto en la pieza separada de calificación como en el expediente de suspensión de pagos desde su apertura hasta la terminación con el cumplimiento del convenio. En los procedimientos de quiebras únicamente es preceptiva su audiencia o dictamen en la pieza de calificación (arts. 895 del C de C y 1.383 de la LEC), necesaria para poder exigir al deudor responsabilidad criminal (arts. 896 del C de C y 1.386 de la LEC). Claro resulta; que la actuación del Ministerio Fiscal en las quiebras es limitada, y que el motivo determinante es la persecución de hechos hábiles para integrarse en la estructura de cualesquiera de los tipos de quiebras punibles (arts. 520-521 del CP). Es manifiesto, asimismo, que aún siendo ya compatibles las suspensiones de pagos con un estado de insolvencia definitiva por actos fraudulentos o culpables del deudor, su inclusión en la calificación sólo lo es a efectos de exigencia de responsabilidades no penales. Resulta así una falta de congruencia entre las posiciones del Ministerio Fiscal ante las respectivas piezas de calificación de quiebras y suspensiones de pagos, porque en tanto la audiencia al Fiscal en las quiebras se corresponde con la posible calificación de delictiva para éstas, la intervención del Ministerio Fiscal como parte en la pieza de calificación de las suspensiones de pagos no está legalmente condicionada por la eventualidad de perseguir un inexistente delito de suspensión de pagos fraudulenta o culpable. Si la intervención del Ministerio Fiscal en esta pieza de calificación no se encamina a sancionar posibles delitos de suspensiones de pagos, será necesario explicar de otro modo su función atendiendo a la defensa del interés público ya en el orden civil para lo que es colocado al menos en la misma situación procesal que acreedores e interventores.

A) Intervención del Ministerio Fiscal en la pieza formada para depurar las responsabilidades del supremo

#### 1. La apertura de la pieza separada

En el mismo auto en que se declara el estado de suspensión de pagos, la insolvencia es calificada como provisional o como definitiva (art. 8, párrafo penúltimo). La firmeza del auto declarando la insolvencia definitiva es presupuesto condicionante para la apertura de la pieza separada dirigida a esclarecer las posibles responsabilidades del suspenso (art. 20, inciso primero). Sólo los autos que hayan adquirido la cualidad de firmes dan lugar a la apertura, porque las insolvencias definitivas declaradas pueden perder su eficacia con la conversión en insolvencias provisionales consignando o afianzando el *quantum* en que el pasivo supera al activo en el término previsto (art. 8, sexto párrafo), o cuando se impide la prosecución del expediente, ya sea por solicitarse el sobreseimiento o la declaración de quiebra por el deudor o por los acreedores que representen 215 del total del pasivo (art. 10, inciso uno).

La apertura de la pieza separada para calificar la insolvencia definitiva como culpable, fraudulenta o fortuita (art. 20, párrafo segundo), es decisión exclusiva del Juez y tiene como

base el informe de los interventores referido en el artículo 8, y el testimonio o certificación de los antecedentes que sirvan de fundamento a las apreciaciones y conclusiones del informe.

El Ministerio Fiscal se halla expresamente legitimado y sin limitaciones para intervenir en la pieza separada, calificar la insolvencia e iniciar, en su caso, el juicio de responsabilidad. La participación en ella de interventores y acreedores está condicionada. La ley, sin mayores precisiones, dice que el Ministerio Fiscal será parte en la pieza de calificación de la insolvencia definitiva (art. 20, párrafo segundo). A propósito de esta intervención hay que aclarar algunos temas a fin de que quede definida la posición a adoptar por el Ministerio Fiscal. Uno es éste: ¿una vez iniciada la pieza debe continuar, en todo caso, hasta su terminación? Lo que realmente se cuestiona es si en el supuesto de que se sobresea el expediente de suspensión de pagos después de la apertura de la pieza separada, continuarán los trámites pendientes en la pieza de calificación y el eventual juicio de responsabilidad. Otro tema: el mismo hecho de la continuidad o no de la sustanciación de la pieza, se plantea cuando, *medio tempore*, se ha aprobado el Convenio. Cuestiones que se analizan separadamente. Por último, trataremos de los efectos del desistimiento sobre la pieza de calificación.

a) El sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos, con el efecto de darle por terminado, puede acordarse por el Juez después de la firmeza del auto que declaró la insolvencia definitiva en los casos siguientes: cuando el deudor no concurriera a la Junta de acreedores convocada (art. 13, párrafo segundo); si abierta las sesiones de la Junta no asistieren acreedores que representen los 3/5 del pasivo (art. 13, cuarto inciso), y cuando en la votación que se haga en la Junta sobre el convenio, no se reúna la mayoría (3/5), con lo que se entiende desechada la propuesta de convenio (art. 15, párrafo segundo). Si en todos estos casos se archiva el expediente de suspensión de pagos ¿esta conclusión anormal del procedimiento principal extiende esos mismos efectos extintivos a la pieza separada. Dándola por terminada cualesquiera sea el estado en que se hallare? La jurisprudencia ha entendido que el sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos impide la formación o la continuación, en su caso, de las piezas separadas cuya finalidad es calificar las insolvencias definitivas. Y de esa misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, que seguidamente se cita, se desprende que el Ministerio Fiscal en los casos resueltos consideró compatibles sobreseimiento y juicio de responsabilidad contra el comerciante suspenso, lo que no es exacto.

Conforme resulta de la Sentencia de 7 de junio de 1968, declarada en suspensión de pagos una sociedad anónima, la insolvencia fue calificada de definitiva, por lo que se manda formar pieza separada para depurar las responsabilidades de los consejeros. A pesar de haberse sobreseído el expediente, el Ministerio Fiscal formuló demanda considerando fraudulenta la insolvencia, calificación acogida por las sentencias de instancia y que fueron anuladas por el Tribunal Supremo, porque si en cumplimiento del artículo 13 de la Ley se declaró legalmente concluido el expediente, tal procedimiento queda caducado sin ulterior curso ni recurso, por lo que la demanda para la depuración de las responsabilidades, de fecha posterior al sobreseimiento, no puede prosperar, y al acogerla la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 20 de la Ley.

De los hechos de la Sentencia de 26 de marzo de 1976 se obtiene que formulada pieza separada para depurar posibles responsabilidades, se remitió al Ministerio Fiscal después de sobreseído el expediente, quien dedujo demanda de responsabilidad con la pretensión de declaración de fraudulencia para la insolvencia definitiva. Tesis no compartida por el Tribunal Supremo porque acreditado el sobreseimiento del expediente, lo que equivale a archivo sin ulterior curso, es improcedente la apertura de la pieza o su posterior sustanciación, a salvo el derecho de los acreedores para promover la quiebra.

Las dos sentencias se hallan en la misma línea y con idéntico presupuesto legal, sin que se hubiera instado la declaración de quiebra que autoriza el artículo 9, párrafo tercero, cuando termine la tramitación del expediente por sobreseimiento. Si, en armonía con esta doctrina, el sobreseimiento da fin al expediente de suspensión de pagos y es obstáculo para la existencia de la pieza de calificación, cuando se dé traslado de ella al Ministerio Fiscal y advirtiere que el procedimiento de suspensión de pagos ha sido sobreseído por alguna de las causas legales, dictaminará en el sentido de que procede dar por concluida la pieza, absteniéndose de formular

demanda; y si el sobreseimiento tuviere lugar durante la tramitación del juicio de responsabilidad, instará el desistimiento en éste.

b) Pero a la firmeza del auto en que se declara la insolvencia definitiva puede seguir la llamada solución normal del expediente de suspensión de pagos, que es la aprobación del convenio, y no el sobreseimiento que es más infrecuente. El convenio aprobado judicialmente unas veces se cumple y otras no. Cuando el convenio aprobado, sea o no dilatorio, se incumple, sin que por los acreedores se pida su rescisión y la declaración de quiebra (art. 17, párrafo último) o cuando se ha cumplido o se está en fase de cumplimiento, es problemático si se trata de situaciones compatibles con la pieza para determinar las posibles responsabilidades del suspenso. Pero el convenio simplemente aprobado no debe cuestionarse su concurrencia con la pieza, porque como se decía en el preámbulo de la Ley de 26 de julio de 1922, en ésta «se sienta el principio de la responsabilidad del suspenso, aún en el caso de que llegue a celebrarse el convenio, porque sobre el interés privado del deudor y de los acreedores ha de prevalecer el interés público que impone que la imprudencia y el dolo tengan la debida sanción». Si el convenio es incumplido y se insta la declaración de quiebra, en este procedimiento concursal se aseguran las responsabilidades civiles. Pero el convenio aprobado y cumplido o en fase de cumplimiento ¿es conciliable con la apertura y prosecución de la pieza? El Tribunal Supremo ha declarado que la aprobación e incluso el cumplimiento del convenio no es incompatible con la pieza de calificación y la consiguiente demanda de responsabilidad. La Sentencia de 8 de noviembre de 1941 resolvió un recurso en el que se sostuvo que una vez aprobado el convenio el auto de insolvencia definitiva debe reputarse inexistente, sin que, además, pueda continuar el juicio de responsabilidad. Argumento que se rechaza, porque el artículo 20 ha hecho posible la subsistencia del juicio encaminado a la exigencia de responsabilidad (trazado en contemplación a un interés público y como tal no influido por el principio dispositivo), con el establecimiento de un convenio, por lo que el hecho de haberse aprobado no obsta a la declaración de culpabilidad o fraudulencia de la suspensión de pagos. En el mismo sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1955. Otra sentencia, la de 7 de junio de 1968, anotaba que si el procedimiento de suspensión de pagos llega a su consumación con el acuerdo entre suspenso y acreedores, habiéndose dictado auto de insolvencia definitiva deberán depurarse las responsabilidades en que hayan podido incurrir el comerciante suspenso o los consejeros o gerentes de las compañías mercantiles. Doctrina confirmada por la Sentencia de 30 de septiembre de 1987.

En definitiva, dado que el convenio aprobado y no impugnado obliga al suspenso y es compatible con la exigencia de responsabilidades contenido del juicio de esta naturaleza, no existen obstáculos legales para que el Ministerio Fiscal cuando se le dé traslado de la pieza de calificación, pueda formular demanda al amparo del artículo 20 de la Ley cuyo *petitum* será exclusivamente de naturaleza civil.

c) Valoración y efectos del desistimiento en la pieza de calificación.

No resulta infrecuente el hecho de que cuando se halla la pieza de calificación, tras grandes esfuerzos probatorios, muy próxima a la declaración de fraudulencia o de culpabilidad, se promueva por los administradores o gestores o por el suspenso, el desistimiento de la solicitud de suspensión de pagos. Tal petición acostumbra a aceptarse sin más trámites por los Juzgados, atribuyéndola efectos extintivos, que se extienden a las actuaciones practicadas en el expediente de suspensión y en la pieza separada. De donde se obtiene, de un lado, que todo el trabajo del Ministerio Fiscal, casi siempre difícil y laborioso, ha sido estéril, y por otro, que los acreedores solo dispondrán ya, como única vía para hacer efectivos sus créditos, del juicio universal de quiebra, largo y complicado. Resulta al menos extraño, dados los intereses que justifican la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, aceptar incondicionadamente que ese simple desistimiento de quien en la pieza es demandado y cualesquiera sea la fase procesal en que se encuentren el procedimiento principal y la pieza separada, obstaculice la prosecución de las acciones de responsabilidad emprendidas por el Ministerio Fiscal, para lo que está directa y especialmente legitimado (art. 20). Lo mismo que para abandonar la acción (Sentencia de 8 de noviembre de 1941).

No está prevista en la Ley de 1922 la posibilidad de desistir de la suspensión de pagos solicitada, si bien a tal acto son asimilables en sus efectos las causas que dan lugar a la terminación o sobreseimiento del expediente por la sola voluntad del suspenso (arts. 2.º, 10.1 y

13). Partiendo de la admisibilidad del desistimiento, dado el carácter voluntario y de privilegio procesal renunciable de la suspensión de pagos, y tras identificar situaciones distintas, como son el desistimiento de la demanda en un juicio declarativo con desistimiento de la solicitud de un expediente de suspensión de pagos al que son ajenos los conceptos de demanda y demandado, es cuestión no resuelta siquiera en el plano jurisprudencial, la de la concreción del momento procesal final en que la facultad de desistir puede ser ejercitada. Conforme a un criterio restrictivo, el límite temporal coincidiría con el auto declarando la suspensión de pagos y expirado el plazo para el afianzamiento o consignación del déficit y partiendo de otra posición más amplia se admitiría el desistimiento hasta la aprobación del convenio, porque una vez aceptada por los acreedores la oferta contractual o proposición de convenio, es irrevocable por decisión unilateral. Con independencia de que se dé acogida a uno u otro criterio, debe partirse de que el desistimiento, acto en su origen rigurosamente unilateral del suspenso, no produce efectos inmediatamente después de la manifestación de esa voluntad si ya estaba iniciada la pieza de responsabilidad, supuesto en el que será exigible un acto de comunicación al Ministerio Fiscal o acreedores que figuren como actores en la misma, para que tengan la oportunidad de oponerse, solicitar la continuidad de la tramitación y exigir sentencia definitiva que concluya el juicio de responsabilidad.

## 2. El contenido de la pieza separada

Al declarado en suspensión de pagos cuya insolvencia fue calificada de definitiva y su propuesta de convenio ha sido judicialmente aprobada e incluso cumplida se le pueden exigir responsabilidades distintas a las derivadas del convenio. La naturaleza de estas condicionará el contenido de la demanda que debe construir el Ministerio Fiscal teniendo como antecedente la pieza de calificación.

La insolvencia definitiva del suspenso al igual que la insolvencia causante de la quiebra, puede ser culpable o fraudulenta, porque el artículo 20 se remite a los artículos 886-894 del Código de Comercio. En estos casos el fin de la calificación de la quiebra puede ser la exigencia de responsabilidad al deudor (art. 895 del C de C), siempre que el Juez de la quiebra decida deducir el oportuno testimonio para incoar el procedimiento penal (arts. 896 del C de C y 1386 de la L.E.C.). Si no media la providencia ordenando la deducción del testimonio, en cuanto es condición de procedibilidad, las quiebras fraudulentas o culpables son impunes; y aun cumpliéndose la condición de procedibilidad, a los estados de insolvencia culpable o fraudulenta no se anudan necesariamente consecuencias penales, porque el Juez penal no queda vinculado por la calificación civil de la quiebra (Sentencias de 23 de junio de 1984, 27 de enero de 1988, 18 de abril de 1990 de la Sala Primera del Tribunal Supremo y Sentencias, entre otras, de 13 de junio de 1959, 19 de abril de 1969, 23 de marzo de 1979, 17 de abril 1982, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo). En las suspensiones de pagos el fin de la calificación de las insolvencias definitivas no constituirá nunca el antecedente necesario para exigir responsabilidad criminal al declarado en suspensión de pagos, dada la inexistencia de tipos que prevean las suspensiones punibles. Sin embargo este es un tema que no resplandece con la claridad deseada en la Ley de Suspensión de Pagos. La formación de las piezas de calificación posteriores a la aprobación del convenio, así como las sentencias recaídas en el juicio de responsabilidad, pretenden la determinación y efectividad de las responsabilidades (arts. 8, penúltimo párrafo y 20, inciso uno); para nada se alude en la pieza de calificación a responsabilidad criminal, ni tampoco a la eventual deducción de testimonio de lo actuado en el juicio de responsabilidad. Y si el procedimiento a seguir para fijar estas responsabilidades del suspenso es el declarativo de mayor cuantía (art. 20, tercero) esa responsabilidad será, obviamente, de naturaleza civil y para asegurarla en el mismo proceso se adoptarán medidas cautelares sobre los bienes del deudor (art. 20, cuarto). Pero es que tampoco la referencia a responsabilidad puede centrarse en la responsabilidad penal nacida de delitos descubiertos durante la tramitación de la pieza, porque las resoluciones que recaigan en ella no prejuzgan ni impiden el ejercicio de acciones penales (art. 20, último párrafo). Sin embargo, indirectamente conocemos que este no es siempre el criterio del Ministerio Fiscal, sino que, en ocasiones, al suspenso cuya insolvencia se califica de fraudulenta o de culpable en la pieza abierta para depurar responsabilidades, se le atribuye la misma condición jurídica que al quebrado y en consecuencia se solicita por el Ministerio Fiscal la deducción de testimonios para proceder contra él criminalmente por suspensión de pagos punible, otras veces aunque no consta de modo expreso esta petición en el suplico de la demanda del

Ministerio Fiscal, por lo menos se deduce que ha estado conforme con esos pronunciamientos anómalos al no haberlos impugnado. Ese conocimiento no directo se extrae de determinadas sentencias del Tribunal Supremo en las que se da cuenta de la postura mantenida por el Ministerio Fiscal en los juicios de responsabilidad civil. Proceder que no es de ahora, ni aislado según se desprende de las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En la Sentencia de 7 de junio de 1968 consta que declarada la insolvencia definitiva de una sociedad anónima, el Ministerio Fiscal formuló demanda de responsabilidad suplicando sentencia por la que se decidiera que la insolvencia era fraudulenta así como que existen méritos para proceder criminalmente contra los demandados componentes del Consejo de Administración, por lo que es de declarar, asimismo, que existen méritos para actuar criminalmente contra ellos, ordenando instruir sumario. En parecidos términos, los antecedentes de las Sentencias de 26 de marzo de 1976 y 10 de julio de 1980.

Figura en la Sentencia de 27 de marzo de 1987 que la demanda del Ministerio Fiscal solicitaba la declaración de fraudulenta para una suspensión de pagos; acogida por la sentencia de instancia, agregaba la deducción de testimonio de los particulares necesarios para la formación de causa criminal, particular confirmado en apelación. Se halla en los antecedentes de la Sentencia de 8 de abril de 1990 que el Ministerio Fiscal instó la declaración de suspensión culpable para los gerentes de una sociedad anónima, tesis que fue aceptada en ambas instancias, estableciendo la sentencia de apelación que son parte en el lado pasivo de la pieza que para la calificación de la insolvencia se abra, el deudor o los gerentes o consejeros a los que haya de exigirse responsabilidad criminal derivada de la calificación de la insolvencia, pues aunque en tal pieza no proceda el formular condena alguna, constituye un requisito de procedibilidad que deja expedito el procedimiento penal en obligado acatamiento a lo dispuesto en el artículo 896 del Código de Comercio.

Más llamativo aún que la interpretación dada por el Ministerio Fiscal y las sentencias de instancia al artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos., es que el Tribunal Supremo (Sala Primera), y a veces de modo explícito, la confirma plenamente.

Ya la Sentencia de 23 de abril de 1931 dijo que lo único que cabe hacer en el juicio civil es declarar la suspensión de pagos culpable o fraudulenta, «expresando en este caso, si así se estima, que hay motivos para proceder criminalmente, declaración previa de insolvencia punible necesaria para el proceso criminal conforme a los artículos 537 y 538 del Código Penal (los actuales artículos 520 y 521).

La Sentencia de 10 de julio de 1980, en el marco de una suspensión de pagos, entiende que la insolvencia calificada de culpable a tenor del artículo 889.1.º del Código Civil sólo genera responsabilidades de orden civil, pero no en el penal, lo que sí se produce en los casos que contempla el artículo 888.

Para la Sentencia de 27 de marzo de 1987, igualmente referida a la suspensión de pagos, «la razón última de la calificación radica en el interés público, que demanda que el autor de todo delito sea castigado, y es este particular aspecto el que da lugar a la apertura de la pieza de calificación, cuya resolución final deviene como requisito previo de procedibilidad en el proceso penal, y en el normativo actúa como ley en blanco, en tanto en cuanto el tipo penal ha de integrarse con las disposiciones correspondientes del Código de Comercio».

Pero la atipicidad de las suspensiones de pagos culpables o fraudulentas es manifiesta, por lo que elevarlas a categoría delictiva no solamente está en contra de la prohibición de la analogía *in malam partem* (art. 4.2 del Código Civil) sino que infringe los principios de legalidad y de tipicidad (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución y 1 y 23 del Código Penal). Ni la conducta de referencia está en el Código Penal —en sus arts. 520 y 521 el sujeto activo es el *quebrado*— ni lo ha estado nunca (Códigos de 1848, arts. 433, 434, de 1870, artículos 537, 538, de 1932, artículos 512, 513). Y así lo ha entendido la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la única ocasión en que el tema fue directamente planteado. Se trata de la Sentencia de 13 de febrero de 1957, que fue el resultado de una larga y laboriosa tramitación. Sus hechos son los mismos que los de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1941, en donde calificada una suspensión de pagos como fraudulenta, se ordenó la deducción de los testimonios necesarios para proceder criminalmente contra los comerciantes suspensos. Tras

variadas vicisitudes, hasta el año 1956 no recayó sentencia penal en la audiencia, condenándose en ella por delito de insolvencia en suspensión de pagos definido en el artículo 512 del Código Penal de 1932 (idéntico al actual 520). Los condenados recurrieron, denunciando infracción del precepto penal aludido, al haberse aplicado a la suspensión de pagos la sanción prevista únicamente para el delito de quiebra fraudulenta. Se da lugar al recurso, entre otras razones, porque la Audiencia parte «de una interpretación extensiva que pugna con los principios informadores de los admitidos por las leyes penales y singularmente con el principio fundamental en este orden jurídico que se establece como base de nuestro ordenamiento en el artículo 1 del Código Penal, que exige la definición penal positiva del hecho susceptible de sanción... extensión inadmisibles ni aún bajo el pretexto, siempre repudiable, de la existencia de una laguna legal, por lo cual no puede aceptarse que la insolvencia definitiva calificada como fraudulenta en una suspensión de pagos por el Tribunal civil competente... pueda llegar a encajar en la tipificación del artículo 512 del Código Penal».

La situación para el futuro puede ser distinta. Las exigencias materiales del principio de legalidad se cumplirán al sancionar ciertas suspensiones de pagos, pues bajo la rúbrica de «insolvencias punibles» en el artículo 257 del Proyecto de Código Penal de 1994, junto a la quiebra y el concurso, se describe normativamente el tipo de injusto de suspensión de pagos con consecuencias jurídico-penales.

Sin aspirar a dar una respuesta exacta a los propósitos que hayan presidido la redacción de la nueva figura jurídica, merece que concurramos sobre algunos puntos a la reflexión sobre el tratamiento, dado que nos parece lleno de perplejidades.

No está determinado si la apertura de los nuevos procesos por delitos de suspensión de pagos está condicionada, como actualmente el de quiebra, ni el momento en que puede iniciarse el procedimiento. Aunque en la literalidad del artículo 257.1 parece que basta con que haya precedido la declaración de suspensión de pagos («el que fuere declarado en... suspensión de pagos») entendemos que ésta, como la declaración de quiebra, no es condición de procedibilidad sino en todo caso condición objetiva de punibilidad. Por diversas razones es necesario concluir que la calificación civil de la suspensión de pagos, y no sólo el auto de declaración, debe preceder a la apertura del proceso penal. Una, porque al decir el precepto (art. 257.4) que «la calificación de la insolvencia en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal» se parte de que tal calificación ha de existir. A lo que debe añadirse que si sólo es punible la insolvencia causada dolosamente (art. 257.1), para conocer ese carácter, aunque no vincule, ha de mediar la calificación de la insolvencia definitiva. Todo ello se confirma con la dicción de que el delito se persigue «sin esperar a la conclusión del proceso civil» (art. 257.3), siendo así suficiente que haya llegado el momento de la calificación, sin perjuicio de continuar los trámites del declarativo de mayor cuantía (art. 20 de la Ley de Suspensión de Pagos), hasta que adquieran la sentencia y la calificación la cualidad de firmes. Surge, seguidamente, la incógnita de si la estricta calificación, como fraudulenta o culpable, es la condición de procedibilidad, o si se requiere además, en paralelismo con la quiebra punible, que el Juez civil que conozca del juicio de responsabilidad ordene sacar testimonio de las actuaciones para proceder en vía penal.

Otro tema. En el artículo 257.1 aparece claramente que el resultado típico en el delito de suspensión de pagos es la situación de insolvencia. Pero hay que añadir algo más a este elemento central para la definición del delito: la insolvencia definitiva, al ser la única objeto de calificación. Pero no la insolvencia definitiva culpable o fortuita, sino sólo la causada a título de dolo, separándose así este artículo del artículo 256.1 del Anteproyecto de 1983 en el que era hecho típico la insolvencia aún cuando fuera debida a la imprudencia.

El importe de la responsabilidad civil del delito deberá incorporarse, en su caso, a la masa (art. 257.3). Parece partirse de la acumulación de la acción civil en el nuevo delito de suspensión de pagos, en armonía con los artículos 108 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establecen en principio del ejercicio conjunto de la acción penal con la civil reparatoria. No es, sin embargo, pacífica en la actual legalidad, la cuestión relativa a la coexistencia del ejercicio de la acción civil en el proceso universal de la quiebra con la acción civil derivada del delito en el proceso penal por quiebra punible. A favor del sistema acumulativo se pronunció la consulta de esta Fiscalía 2/1974, al declarar que no es incompatible el ejercicio de la acción civil en el proceso penal por quiebra con la acción civil ya ejercitada y nacida directamente de la situación

de quiebra, porque el contenido de la responsabilidad civil derivada de la penal es distinto y más amplio que el de la otra responsabilidad civil coexistente. Pero, poco después, este criterio sin rechazarse de modo expreso, fue considerado excepcional en la Consulta 6/1976, de 9 de octubre, en donde se sostiene que, en general, todas las consecuencias económicas y patrimoniales de la insolvencia se resuelven en el proceso civil de quiebra, quedando limitado el proceso penal al castigo del quebrado o sus cómplices.

El planteamiento futuro, de permanecer el texto del proyecto, será distinto al actual, porque si ahora la conclusión del proceso penal es, necesariamente, posterior al proceso civil en el que se esgrimieron acciones civiles, con la nueva ordenación de las insolvencias punibles se persigue el delito sin esperar a la terminación del proceso civil correspondiente (art. 257.3), por lo que resulta ajustado expresar que, «en su caso», se incorporará a la masa el *quantum* de la responsabilidad civil.

Pero en la actualidad hay que situarse en un área ajena a la responsabilidad penal y sin perder de vista la naturaleza y peculiaridades de los convenios. El convenio judicialmente aprobado e incluso cumplido no es obstáculo para el juicio de responsabilidad civil. El objeto del convenio es una propuesta de cumplimiento de las obligaciones (o como dice el art. 2.4 de la Ley «para el pago de los débitos»), modificando el existente al tiempo de solicitar la declaración de suspensión de pagos. La propuesta ofrece diversas soluciones. Puede perseguirse con el convenio sólo un efecto dilatorio o aplazamiento del pago; también son posibles los convenios remisorios o de quita con lo que quedarían parcialmente extinguidos los créditos, sin que sean desconocidas en los convenios las cláusulas liquidatorias, entregando el suspenso su patrimonio en concepto de pago (Sentencias de 28 de febrero de 1989 y 26 de noviembre de 1991), o como cesión de bienes que libera de responsabilidad por su importe (art. 1.175 del CC). En estas modalidades de convenio, o se han modificado las obligaciones contraídas por el deudor antes de la solicitud de suspensión o se han extinguido, reemplazándose por las nacidas del convenio homologado no impugnado. Así, a los convenios no exclusivamente dilatorios van unidos modos de extinción de las obligaciones o sustitutivos del cumplimiento, como son la remisión o condonación parcial y la dación en pago (*aliud pro alio* en su forma de *rem pro pecunia*), o prestaciones diferentes a las debidas, cuya aceptación por la generalidad de los acreedores hace que las obligaciones iniciales sean inexistentes.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que debe excluirse de las pretensiones a deducir por el Ministerio Fiscal en la pieza de calificación —aún partiendo de insolvencias fraudulentas o culpables— la exigencia de responsabilidad criminal, con lo que el *petitum* de la demanda que inicie el juicio de responsabilidad se concretará en responsabilidades de otra naturaleza. Y como las obligaciones incumplidas de las que pudiera dimanar responsabilidad civil se han extinguido con la aprobación del convenio aceptado por los acreedores sustituyéndolas por las cumplidas o en vías de cumplimiento, ofrece dificultades la actitud a adoptar en estos casos por el Ministerio Fiscal. La Ley de Suspensión de Pagos nada resuelve sobre si esas responsabilidades, contenido del juicio declarativo que instaura su artículo 20, son de naturaleza civil, patrimonial, y, en su caso, cual sea su extensión. En unas ocasiones dice que la finalidad de la pieza de calificación es determinar y hacer efectivas las responsabilidades en que pueda haber incurrido el suspenso (art. 8, penúltimo párrafo), o que la pieza separada se forma para la depuración de responsabilidades (art. 20, uno). Y otras veces, que el proceso que se abre se denomina juicio de responsabilidad (art. 20, tres), en el que son parte pasiva el deudor o los gerentes a quienes haya de exigirse responsabilidad (art. 20, dos).

Lo cierto es que, como norma, las responsabilidades civiles atribuibles al suspenso se han liquidado en el proceso principal con la aprobación y ejecución del convenio. Mas hay que agotar todas las posibilidades interpretativas del artículo 20 en otro sentido, porque incluso tras la conclusión del procedimiento de suspensión de pagos, prevé la iniciación de un juicio declarativo para exigir responsabilidad distinta a la penal. Ante esta situación caben dos opciones para llenar de contenido la pieza de situación: acción civil de responsabilidad contra el suspenso o los administradores y acción civil para la ejecución forzosa del convenio.

La primera es que, de modo preferente, la demanda se dirija no contra el comerciante individual o social, declarado en suspensión de pagos, sino contra los gerentes y administradores de sociedades mercantiles *en* tal estado, pues no en vano están citados *nominatim* en el artículo 20, inciso uno, como destinatarios de la depuración de

responsabilidades, y en el párrafo siguiente de ese mismo precepto, como intervinientes en el proceso de responsabilidad en el concepto de posibles demandados para la exigencia de responsabilidades; esa llamada de gerentes y administradores al proceso estaría fundada en la remisión que hace el artículo 20, párrafo segundo, inciso primero, a los artículos 886 a 894 del Código de Comercio, en donde no sólo se establecen los tipos de insolvencia y las causas a considerar como culpables o fraudulentas, sino también quienes se reputan cómplices fraudulentos (art. 893) y las sanciones civiles prevenidas para los mismos (art. 894), conductas que pueden proceder de las personas que tuvieron responsabilidades en la gerencia y administración de las entidades mercantiles en suspensión de pagos cuya insolvencia se configuró como definitiva. Por supuesto que la responsabilidad civil del declarado en suspensión de pagos o de sus administradores se vinculará en la demanda a alguna de las causas legales de culpabilidad o fraudulencia. o bien cuando sin darse esas conductas típicas hayan perjudicado a los acreedores mediante actos que les sean directamente imputables (art. 1.101 del CC).

Otra opción es la que sigue. La demanda de responsabilidad se dirigiría contra el comerciante individual declarado en suspensión de pagos en supuesto muy específico de incumplimiento por su parte del convenio. El artículo 17 párrafo último cuando el convenio no es cumplido por el deudor, atribuye a cualesquiera de los acreedores la facultad de instar la rescisión del convenio y la declaración de quiebra; pero, con este presupuesto de convenio no cumplido por acto voluntario, puede no ejercitarse por los legitimados la facultad reconocida en aquella norma dadas la inseguridad de esperanzas de un mayor reembolso y lo largo, costoso y complicado del procedimiento de quiebra; la demanda de responsabilidad tendría como contenido el cumplimiento forzoso o coactivo de las obligaciones aceptadas por el suspenso con la proposición y aprobación del Convenio, pues todos los interesados han «de estar y pasar por di» (art. 17, párrafo primero), voluntariamente o no. Hay que reconocer que las posibilidades de prosperabilidad de la demanda, a efectos prácticos, serán mínimas, por no decir nulas, cuando el incumplimiento del convenio traiga su causa de la insolvencia total del suspenso, por lo que antes del ejercicio de la acción habrá que asegurarse que existen activos sobre los que ejercitar el futuro fallo favorable, desistiendo de su ejercicio si no existen, o acompañando la demanda de solicitud de medidas cautelares en caso contrario. Otra dificultad es la derivada de que en el texto de la Ley no está prevista la acción dirigida al cumplimiento forzoso del convenio, sino sólo la rescisoria.

B) Particularidades de la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos

## 1. Naturaleza y precedentes

a) No obstante los muchos años transcurridos desde la promulgación de la vigente Ley de Suspensión de Pagos y de la terminante dicción de su artículo 23, que incorpora, formalmente al menos y de modo pleno, al Ministerio Fiscal a los expedientes de suspensión de pagos, aún se cuestiona el sentido y la naturaleza jurídica de esa intervención. El tema no es accesorio, porque el alcance de su legitimación en el procedimiento será distinto según sea considerado como parte —procesal, si se quiere— o como informante y mero dictaminador. Obviamente que en el proceso principal, de suspensión de pagos, a pesar de que el formalismo normativo del artículo 23 le denomine parte, la actuación del Ministerio Fiscal, no se desenvuelve en el círculo de las partes plenas o en la vía de acción verdadera, por cuanto carece de facultades para promover el expediente, lo contrario a lo que sucede en el artículo 20, dentro de la pieza separada de calificación, con un Ministerio Fiscal situado en la posición activa tanto para el juicio de responsabilidad como en el proceso instrumental o cautelar. En el expediente de suspensión de pagos no alega hechos de propio impulso ni aporta pruebas. Pero aún sin ejercitar propias pretensiones, tampoco es un simple dictaminador a quien deba oírse en puntos concretos, sino que como se ha apuntado por algún sector doctrinal, es interviniente por vía de acción accesorio. Es más que dictaminador, aunque no alcance la posición de parte plena en sentido técnico; si bien ni en el artículo 23 ni en ningún otro lugar de la ley se fijan las atribuciones del Ministerio Fiscal durante el proceso, lo cierto es que no se limita a emitir dictámenes cuando el Juez de la suspensión lo solicite, sino que en la realidad cuenta con ciertas iniciativas procesales con independencia de cuál sea la posición más ajustada para calificar ese protagonismo.

Tampoco fue muy explícito sobre la materia el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926, en cuyo artículo 2.4 referido conjuntamente a las cuestiones de estado civil de las personas, títulos nobiliarios y suspensiones de pagos, se expresaba de modo genérico que el Ministerio Fiscal debe «intervenir ejercitando las acciones y formulando las instancias procedentes». Las disposiciones en vigor sobre títulos de nobleza y cuestiones de estado eran algo menos imprecisas sobre las funciones del Ministerio Fiscal en los respectivos procesos. Para las primeras, títulos nobiliarios, el Real Decreto de 13 de noviembre de 1922 había señalado el criterio a seguir por el Ministerio Fiscal, disponiendo que será parte en ellos (art. 1), e interpondrá cuando lo considere procedente, todos los recursos que las leyes procesales autorizan contra las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales (art. 7), aclarando la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1922 que el Fiscal en esos pleitos en realidad no es demandante ni demandado, sino encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones dictadas en relación con la clase nobiliaria; y admitiendo la construcción procesal francesa entonces por muchos defendida, agregaba que el Ministerio Fiscal tiene la consideración de parte adjunta, interviniendo por vía de requerimiento. La intervención del Ministerio Fiscal en las cuestiones de estado civil para la época de la publicación del Estatuto de 1926, en el orden sustantivo estaban recogidas en el Código Civil, conforme al cual podía actuar como verdadera parte o como informante.

Volvamos a las suspensiones de pagos. Con el artículo 2.4.º del Estatuto anterior la posición del Ministerio Fiscal en estos procesos sigue siendo indefinida. Como en ellos no ejercita acciones, tan sólo «formulará las instancias procedentes», expresión que ni siquiera es legalmente determinable porque partiendo incluso de una remisión implícita a la Ley de Suspensión de Pagos, ésta silencia cualquier tipo de iniciativas o instancias del Fiscal.

b) Pero antes del Estatuto e inmediatamente después de la publicación de la Ley de 26 de julio de 1922 (que lo fue el 14 de septiembre siguiente), el Fiscal del Tribunal Supremo dictó la Circular de 16 de noviembre de 1922 sobre «La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos», a la que siguieron otras de menor entidad, aclaratorias de algunos puntos. Son las de 13 de diciembre de 1922, 24 de enero de 1926 y 31 de mayo de 1926.

En la Circular de 16 de noviembre de 1922 se reconoce que hasta ahora ha sido manifiesta la «ausencia del Ministerio Fiscal en todos los trámites del proceso de suspensión de pagos», por lo que al amparo de lo prevenido en el artículo 23 de la Ley propone unas reglas orientativas para la interpretación de determinados preceptos. Una de ellas, la séptima se trata del carácter y límites de la intervención del Ministerio Fiscal.

Expresa, en primer término, que «el mismo procedimiento fijado en los artículos 1 a 19 de la Ley nos revela que la actitud del Ministerio Fiscal, a pesar de su carácter de parte, no ha de ser igualmente activa en todos los períodos y actuaciones de este juicio universal». Agrega, a continuación, que el Ministerio Fiscal en estos procedimientos «por regla general observará una prudente abstención», y, al efecto, se refiere a diversas cuestiones sujetas a ese principio que ocupan buena parte de los preceptos de la Ley. Si unas veces la no intervención se justifica por tratarse de facultades reconocidas a los acreedores y al suspenso, sin que se mencione en la particular norma al Ministerio Fiscal (así en el nombramiento de interventores del art. 4, y en la impugnación del auto de insolvencia definitiva del art. 8), en otras ocasiones la abstención del Ministerio Fiscal se fundamenta en la concurrencia de intereses exclusivamente privados, como sucede en la impugnación de créditos por los acreedores (art. 11), en la reserva para promover en ciertos casos juicio declarativo (art. 12), en la asistencia a las juntas de acreedores y también en las reclamaciones y oposición a los convenios (art. 1.º, 13, 14, 16, 17 y 18 ) y en la pieza de retroacción (art. 21 ) y las tercerías de dominio promovidas (art. 22). Y en fin, la aludida regla séptima concluye pasando de la «prudente abstención» a la incondicionada «no intervención del Ministerio Fiscal en aquellas cuestiones particulares extrañas al interés público», pensando quizás en la declaración del artículo 763 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, a cuyo tenor el Ministerio Fiscal «promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público».

El carácter positivo o de la intervención, se destaca en otras reglas de la Circular. Con carácter general, los Fiscales «exigirán celo extremado en todo cuanto afecte a la pureza y normalidad del procedimiento, por lo que llamarán cuantas veces sea necesario, la atención del Juez por

medio de sus escritos a fin de que se subsanen las infracciones que adviertan» (regla 8.<sup>a</sup>). Y al considerar singulares supuestos destaca como objeto de esa «llamada de atención» las providencias que tienen por solicitadas las suspensiones de pagos sin que se hayan acompañado los documentos exigidos en los artículos 2 y 3; las declaraciones de insolvencia provisional cuando proceda la insolvencia definitiva, o bien dejar de proveer respecto a alguno de los extremos fijados en el artículo 4: al propio tiempo coadyuvarán los Fiscales a la impugnación que se formule por los acreedores al nombramiento de interventores a fin de combatir ciertas prácticas abusivas, debiendo informar, asimismo, sobre el incumplimiento por los interventores de lo dispuesto en los artículos 5, 8 y 12 (reglas 9.<sup>a</sup> y 10.a) e intervenir en las autorizaciones que el Juez pueda conceder al deudor para continuar las operaciones del negocio o para privar de la administración y gestión al suspenso, o proceder caso de incumplimiento como dispone el artículo 6, párrafo penúltimo (reglas 9 y 10.a).

## 2. La intervención del Ministerio Fiscal en la actualidad

Si en el Estatuto de 1926 (art. 2.4.º), se confirma la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, aunque con terminología distinta a la de la Ley reguladora, en el léxico del vigente Estatuto no figura, en la actualización que hizo de las funciones del Ministerio Fiscal, su intervención en procesos de aquélla naturaleza. Ahora el precepto más próximo a aquél es el del artículo 3.6." Ya con la única cita de las cuestiones de estado civil, dispone que es misión del Ministerio Fiscal «tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos... que establezca la ley». Al suprimirse en el texto actual las suspensiones de pagos, puede pensarse que la idea de la intervención está latente en las frases remisorias al interés público o social. De aceptarse este criterio lo que debe plantearse es si, por regla general, en todos los expedientes de suspensión de pagos subyace un patente interés público o social necesitado de protección y por el que esté obligado a velar el Ministerio Fiscal, o si, al contrario, no siempre trascienden en todos ellos claramente intereses de tal naturaleza que justifiquen la actuación del Ministerio Fiscal. Habría entonces que partir de una intervención variable, más o menos intensa según se tratara de suspensión de pagos de comerciantes individuales con pocos afectados y deudas no relevantes, o de grandes empresas en forma de sociedades con múltiples acreedores y déficit cuantiosos.

De cualquiera de las maneras, el giro «tomar parte» con que se inicia el artículo 3.6, es menos expresivo aún que el acogido en el artículo 2.4 del Estatuto de 1926. No equivale a ser realmente parte sino a participar o intervenir de algún modo en los procesos. Virtualmente es locución paralela a intervenir, por lo que en su radio cabe tanto la actuación de un Ministerio Fiscal dictaminador como el Ministerio Fiscal parte al modo previsto en el artículo 23 de la Ley de Suspensión de Pagos. Dos cuestiones no ofrecen dudas: que, legalmente, continúa siendo imprecisa la posición del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos y que debe calificarse de sustanciación irregular la que haya prescindido de la intervención del Ministerio Fiscal. Si el quebrantamiento de esta formalidad determina la ineficacia de todos los actos procesales ya realizados desde la solicitud de la declaración de suspensión de pagos, o si es posible la subsanación con la intervención posterior (normalmente en trámite de instrucción de las apelaciones, en la pieza principal o en los incidentes interpuestos por el suspenso o los acreedores) es tema que no está debidamente resuelto. Una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ya citada, de 20 de diciembre de 1949, *obiter dicta*, dijo que la finalidad de garantizar el crédito en general en aras del interés público, queda satisfecha con la intervención del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en el expediente, de lo cual se infiere que su falta de emplazamiento originaría forzosamente una contravención del orden público. Sin embargo, la falta de intervención del Ministerio Fiscal en juicios sobre estado civil, con tratamiento procesal semejante al de las suspensiones de pagos, se ha considerado irregularidad o defecto convalidable automáticamente desde el momento en que el Ministerio Fiscal haya intervenido, ya lo fuere en el recurso de casación (Sentencias de 5 de diciembre de 1964, 25 de mayo de 1988 y 23 de junio de 1994), o en la comparecencia del artículo 691 de la Ley Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 6 de febrero de 1991). Criterio este último extendido por Tribunales de apelación a las suspensiones de pagos (Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de abril de 1980 y 24 de noviembre de 1982).

Aunque puede decirse que están superadas buena parte de las normas orientativas de las Circulares de 1922 y 1926, técnica y prácticamente están vigentes en el orden procesal, no en

el orgánico. A la interpretación restrictiva que dieron a la condición de parte en la ley pudieron contribuir variadas causas. El olvido virtual de una intervención extensa pudo justificarse porque en la práctica desde que las suspensiones de pagos dejaron de ser una clase de quiebra con el Código de Comercio de 1885 y su modificación por la Ley de 10 de junio de 1897, el Ministerio Fiscal era ajeno totalmente a las suspensiones de pagos, ya que tramitándose como la quita y espera del concurso en ellas no informaba el Ministerio Fiscal; y más aún si se anota que los representantes del Ministerio Fiscal en los procedimientos concursales de esta naturaleza eran los llamados Promotores Fiscales extinguidos al año siguiente de publicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es necesario añadir las especiales circunstancias que concurrían en la Ley de 26 de julio de 1922, dictada por razones de inmediata e individual oportunidad —se aplicó a los procesos en trámite— y prevista como ley temporal, pues el Gobierno estaba autorizado para dejarla sin efecto transcurridos cuatro años dando cuenta a las Cortes (disposición adicional segunda). En tal sentido, al tiempo de dictarse las Circulares sus disposiciones, como las de la ley, tenían en principio carácter provisional y transitorio. Dada esta naturaleza no era trascendente el hecho de que para algunos momentos del procedimiento se dijera que el Ministerio Fiscal debería «observar una prudente abstención», y que para otras fases del mismo, cuando el interés público exija actuar, «llamarán la atención del Juzgado», sin perjuicio todo ello de «velar por la pureza y normalidad del procedimiento», mas es lo cierto que con el transcurso de los años el recuerdo exclusivo se ha centrado en la frase «prudente abstención», con lo que se ha coartado o inducido a desistir a quienes trataron de actuar como parte, y también ha servido —no siempre, es cierto, ni en todas las Fiscalías— para que se dé cumplimiento al artículo 23 de la Ley con la firma de las notificaciones de actos acaecidos en el procedimiento de suspensión de pagos o en sus incidencias.

Las frecuentes crisis empresariales que llevan a graves situaciones de insolvencia por miles de millones con repercusión *en* intereses supraindividuales, son circunstancias alejadas del fundamento de las antiguas Circulares, por lo que en buena medida sus orientaciones sobre la conducta procesal a observar por el Ministerio Fiscal en los expedientes de suspensión de pagos no se ajustan a las funciones asignadas en la Constitución y el Estatuto orgánico, entre las cuales la defensa incondicionada de la legalidad y el interés público aparecen como esenciales (arts. 124 de la CE y 1.º del Estatuto) y a desarrollar con total imparcialidad (art. 7 del Estatuto). La intervención en suspensiones de pagos que afectan directamente al orden socioeconómico y a la seguridad del crédito mercantil, de modo especial cuando sea elevado el número de acreedores titulares de créditos ordinarios o el *quantum* económico, hay que replantearla con otras perspectivas. Ya no puede ser para el Ministerio Fiscal una ocupación marginal; a fin de no debilitar su creciente prestigio, su actividad debe potenciarse, sin inhibiciones ni abstenciones voluntarias, con una atención diligente en las diversas fases del procedimiento, porque el artículo 23, aún sin especificar, ni pone límites ni le excluye de ninguna de ellas. Sobre todo en los puntos claves del procedimiento, que se analizan más adelante, es indispensable preterir las actuaciones formalistas, sustituyéndolas por otras activas, críticas y analíticas, labor menos difícil ahora con nuevas generaciones de Fiscales que se están especializando en temas de auditoría y contabilidad, situándose por sus propios méritos y conocimientos en el campo de los expertos.

### 3. Los distintos planos de la intervención del Ministerio Fiscal

La finalidad de la Ley de 26 de julio de 1922 fue la de ordenar un procedimiento para la elaboración de suspensión de pagos, ley procesal especial anunciada ya en el artículo 873 del Código de Comercio redactado por la Ley de 10 de junio de 1897. Como se ha visto, la presencia en él del Ministerio Fiscal estaba imaginada para intervenir como parte en el peculiar procedimiento que introduce. Mas durante su *iter* pueden aparecer *ex novo* hechos penales ya sean anteriores, coetáneos o posteriores a la iniciación del expediente, supuestos en que la función de vigilancia del procedimiento no se contraerá a pedir la subsanación de las irregularidades que advierta, sino que se extenderá a la persecución de tales conductas. De igual modo, pueden concurrir en su tramitación suspensiones de pagos y procedimientos penales iniciados autónomamente contra personas vinculadas a la dirección y gestión de empresas declaradas en suspensión, por presuntos fraudes. El ejercicio de la acción penal contra comerciantes que después de ese momento solicitan suspensión de pagos, no es obstáculo a la iniciación ni al curso normal del expediente. Tampoco es impeditivo de la

continuación del procedimiento de suspensión de pagos el ejercicio de acciones penales contra los declarados en estado de suspensión o contra los interventores por los específicos delitos derivados del incumplimiento de ciertas obligaciones (aras. 6 y 8). No hay aquí preferencia de la jurisdicción penal en los términos expresados en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo mismo cabe decir —no interrupción del procedimiento de suspensión de pagos— para los demás delitos que puedan cometerse en el expediente o en la pieza de calificación.

Así, la intervención del Ministerio Fiscal se desenvuelve sobre dos planos distintos. Uno es el de la dimensión procesal-mercantil, y otro el de su proyección penal, pues aunque las insolvencias definitivas sean atípicas, han de investigarse los hechos eventualmente constitutivos de delitos originados en comportamientos del empresario que solicitó la suspensión de pagos, en connivencia o no con otras personas.

## a) Proyección en el orden penal

a') Siempre que el Ministerio Fiscal advierta la existencia de hechos delictivos cualesquiera sea el estado en que se halle la tramitación del expediente, procederá, en su momento, al ejercicio de las acciones para depurar las responsabilidades. Las fuentes de esas infracciones penales pueden ser variadas, lo mismo que la naturaleza jurídica de éstas. La Circular de 16 de noviembre de 1922 al tratar de la inaplicabilidad para el procedimiento de suspensión de pagos de lo dispuesto en los artículos 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresa que pueden nacer contra el suspenso acciones penales conforme al artículo 6, párrafo último, y contra los interventores a tenor del artículo 8, y como expresaba la Consulta 7/1976, de 15 de noviembre, en ningún caso los procesos penales al carecer de precedencia pueden paralizar el expediente de suspensión de pagos. La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1957, luego de establecer que la insolvencia definitiva calificada como fraudulenta por la jurisdicción civil no encaja en el artículo 520 del Código Penal, señala que en la Ley de Suspensión de Pagos está el camino abierto y expedito para perseguir y sancionar los delitos individualizados que se hubieren cometido para llegar a aquellas situaciones.

El Código Penal que siguió inmediatamente a la Ley de Suspensión de Pagos, el de 1928, incluyó delitos especiales relacionados con las suspensiones de pagos en el capítulo de las defraudaciones, junto al alzamiento y las quiebras punibles. Su artículo 715 tipificaba la presentación de relaciones inexactas de bienes para conseguir la declaración del estado de suspensión de pagos o la aprobación del convenio; sujeto activo era el comerciante individual o los representantes del social (art. 723) que para lograr aquellas finalidades presentare en los órganos jurisdiccionales competentes relación de su activo y su pasivo que no esté conforme con la realidad de sus operaciones; si como consecuencia de esas inexactitudes consiguiera ser declarado en suspensión de pagos la pena se imponía en el grado máximo. Por su parte, el artículo 716 elevó a la categoría de delito los conciertos o pactos del comerciante con algunos acreedores en fraude de los demás con el fin de obtener la aprobación del convenio. El círculo de los sujetos activos se amplía al responder tanto el comerciante como los acreedores que hubieren aceptado inteligencias con el deudor a fin de favorecer el convenio.

En ningún caso hay ya en nuestro derecho positivo para las suspensiones de pagos singularidades o concreción de figuras de delitos especiales (*delicta propria*), o que exijan una cualidad en el autor, sino que son los mismos incriminados en los epígrafes comunes del Código Penal. En efecto, pueden cometerse muy variadas modalidades de fraudes y falsedades documentales, como la inclusión o exclusión indebida de créditos, reconocimientos de deudas ficticias, daciones en pago o ventas simuladas, hipervaloración de activos y documentos o balances amañados para conseguir la insolvencia provisional y enervar la formación de la pieza de calificación.

De todas maneras en el propio texto de la Ley de 26 de julio de 1922 hallamos algunos de los delitos que pueden cometerse durante la tramitación del expediente de suspensión de pagos.

Es desconocida para el declarado en suspensión de pagos cualquier tipo de estricta *capitis deminutio* que conlleve privación de derechos civiles patrimoniales, pero sí existe alguna restricción de esta naturaleza. Es lo que ocurre en el artículo 6.º de la Ley, porque siendo cierto

que el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, lo es con limitaciones, ya que precisa el concurso o acuerdo de los interventores para continuar las operaciones ordinarias de su tráfico, realizar cobros, verificar pagos, contratos o llevar a cabo aceptaciones, endosos o protestos de efectos comerciales; y si los interventores no hubiesen tornado aún posesión del cargo es indispensable la autorización judicial para cualquier pago. La falta del consentimiento o de la autorización judicial, en su caso, para aquellos actos de administración y de disposición no sólo produce la ineficacia sino que puede generar responsabilidad criminal, por cuanto el penúltimo párrafo del artículo 6.º reenvía al artículo 548 del Código Penal (que concuerda con el artículo 529 anterior a la reforma de la Ley Orgánica 8/1983) y que ahora lo será al artículo 528. A destacar que no se trata de una infracción formal o que nazca de modo automático una vez acreditada la ausencia de los complementos de capacidad del suspenso, dado que para que los actos que enumera la norma realizados sobre el propio patrimonio constituyan estafa, como anotara la Sentencia de 2 de julio de 1947, ha de mediar el propósito de sustraer a la administración del negocio bienes afectos a los pagos debidos a la masa de acreedores de la suspensión. La interpretación restrictiva del artículo 6.º es doctrina mantenida en la Sentencia de 22 de abril de 1981, al establecer que

lo único vedado es la posibilidad de verificar las operaciones que menciona, pero no el formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales por parte del suspenso encaminadas al reconocimiento de un crédito.

El reenvío que hace el artículo 6, penúltimo párrafo, de la Ley de Suspensión de Pagos al precepto que definía la estafa en el Código Penal de 1870, ha dado lugar a que se identifiquen, incluso en la doctrina jurisprudencial, las conductas comprendidas en aquellas normas con el delito de estafa genérico. Sin embargo existen objeciones serias a ese encuadre. Unas derivan de la literalidad de la remisión contenida en la norma, pues el artículo 6 no dice que los actos de incumplimiento que enumera sean constitutivos de estafa, sino que el suspenso «incurrirá en la responsabilidad definida en el artículo» correspondiente a la estafa. De igual modo, atendiendo al elemento descriptivo no convienen a esas conductas las diversas tipicidades de estafa, sino que crea una nueva figura delictiva a sancionar como la estafa, por lo que sin el artículo 6 los hechos que engloba serían atípicos. En su estructura se parte siempre de bienes propios que se han sustraído al cumplimiento de las obligaciones frente a todos los acreedores, pues el único titular de esos bienes, aunque con límites legales para la administración y disposición, sigue siendo el suspenso. Se trata de sancionar actividades prohibidas al suspenso, pero sobre su propio patrimonio, lo que no se conforma con la estafa cuya finalidad es incorporar al patrimonio propio bienes ajenos mediante engaño. Si esto es así puede examinarse la posibilidad de exigir responsabilidad criminal por título distinto a la estafa. Determinadas resoluciones judiciales de órganos inferiores se han inclinado por el alzamiento de bienes a la hora de tipificar la conducta del suspenso consistente en disponer durante la suspensión de pagos de bienes contraviniendo lo establecido en el artículo 6. Y a ellos no es ajena la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 7 de junio de 1993 incluyó en el artículo 519 del Código Penal un hecho que no se separa de los incumplimientos que el artículo 6 remite su sanción a la estafa: admitida a trámite una suspensión de pagos, la administradora única de la sociedad anónima declarada en tal estado, ante la evidencia de que el informe de los interventores se pronunciaría por la insolvencia como definitiva, solicitó el desistimiento, dictándose auto por el que se dejaba sin efecto la intervención de las operaciones del suspenso una vez que aquel adquiriera la cualidad de firme; pero al siguiente día, y sin esperar a la firmeza, la administradora vendió los bienes inmuebles de la sociedad a algunos acreedores en perjuicio de los demás. Partiendo de esta tipicidad, porque por el suspenso se han realizado actos dispositivos de —sus bienes—, el círculo de los sujetos activos no se limita a los ya declarados en suspensión de pagos, sino que se extiende a todos los deudores comerciantes cuya solicitud de suspensión haya sido admitida a trámite, pues la autorización judicial es necesaria cuando no hayan tomado posesión los interventores y el nombramiento de éstos se hace en la providencia de admisión (art. 4, párrafo segundo). La prohibición de actos dispositivos permanece mientras se halle en tramitación el expediente. Al configurarse como un delito especial propio, que no subsume en la acción típica el comportamiento de un *extraneus*, se plantearán los problemas de participación característicos de estos delitos.

Si el convenio aprobado es incumplido por el deudor, los acreedores, sin *quorum* alguno, pueden instar su resolución y la declaración de quiebra consecutiva. Pero el convenio aprobado permanece y despliega sus efectos aún cuando se pronunciaren sentencias condenatorias contra el suspenso por delitos anteriores o concurrentes con la sustanciación de la suspensión de pagos. Hay, sin embargo, un supuesto en el que las sentencias penales firmes afectan esencialmente al convenio, extinguiéndole *ex tunc*. Está previsto en el artículo 20. Si en un principio en él se afirma que las acciones penales contra el suspenso son compatibles con la subsistencia del convenio, después agrega «a no ser que el delito se hubiera cometido en el concierto del convenio mismo y hubiera tenido influjo decisivo en éste, en cuyo caso la sentencia de lo criminal producirá respecto del expresado convenio los mismos efectos de revisión y por iguales trámites establecidos para las sentencias firmes de lo civil». Esta revisión exigiría una sentencia penal firme construida sobre hechos contemporáneos al concierto del convenio a incardinar en una de las subcausas del artículo 1.796.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: utilización de maquinaciones fraudulentas. Para el artículo 20 de la Ley las maquinaciones no serían simplemente procesales o las propias de aquel motivo de revisión, sino maquinaciones o actividades engañosas, realizadas personalmente por el suspenso con la cooperación de terceros, hábiles para formar estructuras punibles consumadas durante los actos procesales que condujeron a la aprobación del convenio. Ahora bien ¿cuáles serán los delitos cometidos en el concierto del convenio que a través de la posterior revisión determinen la invalidez del auto que le aprobó? Los convenios irregulares y delictivos pueden presentar variadas causas ilícitas, sobre todo fraudes y falsedades procedentes sólo del declarado en suspensión de pagos o en connivencia con acreedores. Precisamente a ellos se refería el tipo penal inserto en el artículo 716 del Código Penal de 1928: pactos particulares en la concertación del convenio entre el deudor y algunos acreedores con fraude de los demás o inteligencias fraudulentas entre ellos. Estas conductas, atentatorias a la igualdad de condición de todos los acreedores sin derecho de abstención, realizadas durante la tramitación del convenio de las suspensiones de pagos, carecen de autonomía delictiva. La conservan, sin embargo, para algunos tipos de quiebras y concursos. Para la quiebra, porque el artículo 522 al sancionar la complicidad remite al artículo 893 del Código Civil, cuyo número 8.º reputa cómplices a los acreedores que en perjuicio y fraude de la masa hicieren con el quebrado convenios particulares y secretos. Norma paralela en el concurso es la del artículo 525.4.º del Código Penal. En las suspensiones de pagos las inteligencias fraudulentas entre deudor y uno o más acreedores para votar a favor del convenio, sólo constituye motivo de oposición a su aprobación (art. 16.3), pues aunque el artículo 20, inciso segundo, dispone que a la calificación de la insolvencia definitiva es aplicable lo que respecto a la quiebra expresan los artículos 886 a 894 del Código Civil y el artículo 893 ordena las causas de complicidad en las quiebras fraudulentas que tipifica el artículo 522, al ser atípicas las insolvencias definitivas fraudulentas en las suspensiones de pagos, inequívocamente también lo serán las conductas de cooperación. En cualquier caso las conductas descritas al no poder subsumirse en suspensiones de pagos punibles, sí pueden constituir falsedades mercantiles ideológicas.

Pero los delitos no sólo han de cometerse en el concierto del convenio, sino que, además, han de ejercer influjo definitivo en éste. Una sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) se ha pronunciado sobre este punto. Es de 30 de noviembre de 1955. Se había interpuesto recurso de revisión civil contra el auto que aprobó un convenio, alegando que el suspenso, confabulado con un acreedor, no había incluido en él una deuda existente y cuyo dinero procedía de un delito de malversación por el que fue condenado el acreedor como autor y el deudor en concepto de cómplice. El Tribunal Supremo no dio lugar a la revisión porque el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos parte del principio de la integridad o subsistencia del convenio pese a recaer sentencias penales contra el suspenso, siendo única excepción la de que el delito se cometiera en el concierto del convenio y además que tenga influjo decisivo en éste, circunstancias que han de concurrir conjuntamente, y en el caso de autos es evidente que no se da la primera de las condiciones exigidas o delito cometido en el concierto del convenio, «concierto que consiste en las inteligencias fraudulentas o confabulaciones entre el deudor suspenso y uno o varios de sus acreedores, como puede verse en el artículo 163 de la Ley y en el artículo 903 del Código Civil relativos a la oposición al convenio, ya que no se ha ejercitado acción criminal para perseguir la simulación y confabulación, ni recaído sentencia que para todos los efectos las declarase».

Indicar, por último, que la demanda de revisión autorizada por el artículo 20 es muy peculiar, porque se extiende a los autos aprobatorios de un convenio cuando según la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.796-1.797) su objeto son exclusivamente las sentencias firmes. El título para estas revisiones es la sentencia penal condenatoria y su efecto inmediato es rescindir el auto en la forma y según los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero su posterior efecto rescisorio nunca será la obtención de un nuevo auto sustituyendo al que aprobó el convenio, sino la iniciación de un procedimiento de quiebra por analogía con el artículo 17, último inciso, en donde a la rescisión del convenio por incumplimiento sigue la declaración de quiebra.

Obligación esencial de los interventores es la de emitir dentro del plazo legal un dictamen cuyo contenido se halla en los dos primeros párrafos del artículo 8. Ese informe es fundamental para declarar el estado de suspensión de pagos y para calificar la insolvencia como provisional o como definitiva. Dada su trascendencia, junto a sanciones civiles para el interventor-acreedor (pérdida de su crédito) y los interventores-audidores (inhabilitación temporal), ese mismo artículo expresa que su incumplimiento «dará lugar a la responsabilidad penal que les corresponda». La concreción de esa responsabilidad penal por delito, dependerá de la naturaleza de los interventores de la suspensión de pagos. Son interventores judiciales, en cuanto nombrados por el Juez en la misma providencia en que se tiene por solicitada la suspensión de pagos (art. 4), y destaca en ellos su condición de auxiliares o colaboradores del titular del órgano jurisdiccional; aún así el incumplimiento en la emisión del informe no encaja en la denegación de auxilio sino en el delito de desobediencia común a la autoridad.

b') El otro tema a considerar en el marco de la proyección penal, es el de los efectos de la eventual concurrencia de procesos penales iniciados contra administradores y gestores y apertura de expedientes de suspensión de pagos. Su coexistencia real en la tramitación es legalmente posible al no quedar afectada por la prejudicialidad penal del artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Simultaneidad que es reconocida, además, tanto en la Circular de 16 de noviembre de 1922 como en la Consulta 7/1976, de 15 de noviembre, sobre proceso penal y suspensión de pagos, por cuanto, se afirma, no existe precedencia del proceso penal respecto al expediente de suspensión de pagos, pero tampoco subordinación a éste —como no sea en la efectividad de las medidas cautelares—, al no ser aplicables los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, idea a la que contribuye también el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos al impedir que estos expedientes sean suspendidos o interrumpidos por incidentes o reclamaciones de cualquier índole. Tal compatibilidad en la sustanciación conlleva necesariamente interrelaciones entre ambos procesos, como serían. de un lado, la extinción de la responsabilidad civil nacida del delito si se llega a un convenio en la suspensión de pagos (art. 117 del Código Penal y Sentencia de 2 de abril de 1982 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo), y de otro, el levantamiento de las medidas cautelares reales en el proceso penal si se ha reservado el ejercicio de las acciones civiles por el perjudicado (art. 113 de la LECr), pero sin que falten, sobre todo, unos especiales efectos limitados en los embargos penales, que se analizan por separado.

Sí se pueden decretar medidas cautelares durante la fase de instrucción de los procedimientos penales desde que resulten indicios de responsabilidad civil para el imputado o terceros (arts. 589, 615 y 785.8, b), de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nada se opone a la posibilidad de que el embargo, en el orden penal, se extienda a las pertenencias de los gestores presuntos responsables penales, y si ni la fianza ni el embargo se hicieren efectivas, recaerán sobre el patrimonio de la sociedad en suspensión de pagos declarada responsable civil, ya lo sea en forma directa o subsidiaria, pero con la particularidad de que si tal empresa se hallare en actividad no es ineludible su paralización sino que se sujetaría a administración judicial (Decreto-Ley de 20 de octubre de 1969) en beneficio de los perjudicados por el delito.

Otra cuestión a ponderar es la de los efectos en el expediente de suspensión de pagos de los embargos decretados en procesos penales. Cabe decir que se encuentran limitados, tanto en la forma de su adopción como en su ejecución, por particulares normas de la Ley de 1922. En el embargo posterior acordado en el proceso penal no serán precisas medidas de aseguramiento superpuestas para hacerle efectivo. Durante la tramitación de un expediente de suspensión de pagos es obligado quedar en suspenso los otros embargos y administraciones judiciales que hayan podido constituirse sobre bienes del declarado en suspensión,

sustituyéndose por la actuación de los interventores judiciales (art. 9, párrafo último), lo que es trasladable a los embargos trabados en procesos penales; sólo cuando concluya la suspensión de pagos sin convenio recupera su eficacia el embargo de los procesos penales paralelos. De igual modo, si queda en estado de suspensión hasta la terminación del expediente, la ejecución de las sentencias recaídas en determinados juicios que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos (art. 9, párrafo cuarto), también se suspenderá, en los mismos términos, la ejecución de las condenas civiles procedentes del orden jurisdiccional penal.

## b) Intervención en el ámbito mercantil-procesal

Si, procesalmente, los confines del círculo sobre el que desenvuelve el Ministerio Fiscal su actividad, no están marcados con exactitud, atendido el orden temporal el radio de su intervención carece de límites: comprende todas las fases del procedimiento, al extenderse desde el comienzo hasta la conclusión del expediente. El día inicial o *dies a quo* se adelanta hasta hacerle coincidir con la presentación de la solicitud ante el Juzgado competente, y no con el momento más tardío de la providencia del Juez teniendo por solicitada la suspensión de pagos. que sólo se pondera para establecer la preferencia entre quiebra y suspensión, pues como sostuvo la Sentencia de 7 de marzo de 1986, a estos efectos, el expediente de suspensión de pagos se halla en trámite desde la providencia en que la misma se tiene por solicitada, siendo éste el instante a partir del cual opera la prohibición para los acreedores de instar la quiebra. Y el *dies ad quem* no es el del auto aprobando el convenio, que puede dilatarse hasta la sentencia firme desestimatoria en la impugnación, sino otro posterior, el del cumplimiento.

Las actuaciones del Ministerio Fiscal en los distintos trámites no tiene siempre igual intensidad; destaca de modo especial en la fase de declaración de la suspensión sin olvidar el convenio cuestiones de las que nos ocupamos tratando de solucionar los puntos más conflictivos.

## a') Presentación de la solicitud de suspensión de pagos

Como ya se decía en la Circular de 16 de noviembre de 1922, el precepto imperativo de que el Ministerio Fiscal sea parte desde su incoación en los expedientes de suspensión de pagos, requiere el cumplimiento respecto al mismo de los artículos 260 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que el emplazamiento se verificará en cuanto se presente el escrito inicial del procedimiento. La notificación de todos los actos y resoluciones, así como los emplazamientos constituyen presupuestos de la intervención del Ministerio Fiscal *oportuno loco et tempore*. Si la colaboración de los Juzgados en este sentido no fue plena en épocas pretéritas, en la actualidad se halla en el plano de la normalidad el cumplimiento de los actos de comunicación, a lo que puede contribuir, en su caso, el uso de la facultad atribuida al Ministerio Fiscal por el artículo 4.1.º del Estatuto.

Presentada la solicitud de suspensión existen los presupuestos previos al examen de la documentación que el Ministerio Fiscal tendrá en cuenta. Uno es la competencia y otro la cualidad de comerciante. La acumulación de solicitudes se presenta como posible.

## a") Competencia

No hay cuestión para las competencias objetiva y funcional. Desde siempre se ha atribuido a los Juzgados de Primera Instancia (art. 870 del CC). Puede haberla en la competencia territorial, y no porque para la determinación del domicilio de los solicitantes existan dificultades legales, sino porque en ocasiones las solicitudes se presentan ante Jueces territorialmente no competentes y alejados de la residencia de los acreedores para dificultar su actuación, o bien porque el domicilio comercial que se hace figurar no se corresponde con el de las actividades mercantiles.

El Juzgado del domicilio del deudor es el competente. Así se desprende del artículo 63.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque aunque en su dicción sólo constan «los concursos y las quiebras voluntarias», es de recordar que para la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suspensión de pagos no es figura jurídica independiente, sino una clase de quiebra. Al Juez del domicilio del deudor comerciante se refiere el artículo 870 del Código Civil, siendo su domicilio legal el del lugar en que se hallare el centro de sus operaciones comerciales (art. 65 de la LEC). Para las compañías mercantiles en general, el que figura en la escritura de constitución o en los

estatutos por los que se rijan (art. 66 de la LEC). En la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (art. 5), es domicilio «el lugar en que se halle establecida su representación legal o en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto». La vigente Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, en su artículo 6.º da preferencia al domicilio real, al ser «el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación». La fijación dolosa en la solicitud de un domicilio social diferente al real, si no constituyera un fraude de ley (art. 6, párrafo cuarto, del CC), está tan próximo a él que puede dar lugar a la inadmisión, incluso de oficio, cuando el Juez examine la solicitud (art. 4 de la Ley de Suspensión de Pagos), jurídicamente es discutible la posibilidad de que el Ministerio Fiscal plantee cuestiones de competencia cuando apreciar el cambio o la alteración del domicilio en circunstancias tales que hagan presumir un fraude para los acreedores y tenga repercusiones en la competencia territorial. Hay que destacar como argumento para su rechazo, que tanto la declinatoria como la inhibitoria (art. 79 de la LEC) contempladas en el marco de las peculiaridades del procedimiento de la Ley de 1922, tendrían carácter incidental, y que el artículo 9, párrafo primero, de esta Ley, establece que desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos no se admitirá por el Juzgado pretensión alguna incidental que tienda en forma directa o indirecta a aplazar la inmediata efectividad de la declaración judicial. Razón que legitima estas conclusiones. En primer lugar, que las cuestiones de competencia territorial, en cuanto cuestiones incidentales no son admisibles en el expediente de suspensión de pagos. En segundo término, que cuando el Juez aprecie que la solicitud se deduce, de manera fraudulenta, y en perjuicio de los acreedores, en lugar distinto al que correspondería según las normas de competencia territorial, no puede, tampoco de oficio, apreciar este tipo de incompetencia, lo que sólo se prevé para la incompetencia *ratione materiae* (art. 74 de la LEC), pero con base en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial podrá inadmitir la solicitud reservando al deudor comerciante su reproducción ante el Juzgado territorialmente competente, Y, por último, si concurriendo las circunstancias reflejadas, el Juez hubiese admitido a trámite la suspensión de pagos, podrá el Ministerio Fiscal utilizar los medios impugnatorios oportunos.

## b") La cualidad de comerciante

Aunque el término comerciante se viene sustituyendo, incluso en el Código de Comercio (nueva redacción dada a los artículos 16 a 49 por la Ley de 25 de julio de 1989), por el de empresario (empresario mercantil individual, empresario mercantil social). las suspensiones de pagos constituyen un privilegio que se concede a los deudores que tengan la consideración legal de «comerciantes o entidades mercantiles» (art. 2 de la Ley) los demás deudores en las mismas circunstancias deberán acudir al procedimiento de quita y espera. Dado que la cualidad de comerciante es esencial habrá que acudir al artículo 1 del Código Civil. Son comerciantes individuales o sociales quienes realizan de modo habitual o profesionalmente una actividad comercial, industrial o de servicios con ánimo de lucro y en nombre propio. Sin éste último requisito serían comerciantes los factores y representantes legales (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1987, declarativa de que la condición de comerciante o empresario requiere no sólo la actividad profesional con habitualidad, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica no exigido en el art. 1.º del Código Civil consistente en el ejercicio del comercio en nombre propio y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial, y esto hace que el administrador sólo sea comerciante en sentido vulgar o puramente económico por no actuar en su propio nombre sino en el de la sociedad). Teóricamente y con fundamento en el artículo 1.º del Código Civil y en la jurisprudencia interpretativa la cualidad de comerciante no es difícil configurarla. Los supuestos de hecho documentales son decisivos para la apreciación: contenido de la Memoria, relación nominal de los acreedores y procedencia de la deuda (naturaleza de las obligaciones pendientes de cumplimiento), libros de contabilidad. Con base en esos antecedentes el Ministerio Fiscal está en condiciones de informar con seguridad sobre el requisito de la cualidad de comerciante en quien ha solicitado la suspensión de pagos.

No es pacífico, sin embargo, el tratamiento que deba darse a las solicitudes de suspensión de pagos instadas por sociedades irregulares. Como las sociedades mercantiles sólo pueden adoptar alguna de las formas establecidas (principio de tipicidad que consagra el art. 122 del CC) y su constitución y adquisición de personalidad jurídica tiene lugar con el cumplimiento de

ciertos presupuestos solemnes (escritura e inscripción, según los artículos 116 y 119 del CC), si en ellas faltare cualesquiera de esos requisitos formales, su naturaleza será la de sociedades irregulares, hábiles para la producción de efectos internos o *inter partes*, pero no para establecer relaciones jurídicas con terceros. Siendo esto así parece claro que si la cualidad de comerciante no puede atribuirse a las sociedades mercantiles irregulares, tampoco pueden ser declaradas en suspensión de pagos. La Sentencia, ya citada, de 19 de noviembre de 1982, admitió, si bien de modo implícito, que las sociedades irregulares al carecer de personalidad jurídica independiente no están en condiciones de ser declaradas en suspensión de pagos, y como la responsabilidad de cada uno de sus socios componentes es separada e individual, la solicitud de suspensión de pagos deberá hacerse a nombre de ellos si fueren comerciantes individuales que giren bajo la denominación de sociedad irregular. En definitiva, estas sociedades, irregulares normalmente en cuanto no insertas, aún teniendo por objeto la realización de actividades mercantiles, no están en condiciones de acceder a la declaración de suspensión de pagos, porque constituyendo este estado un beneficio legal debe partirse de la legalidad en la constitución y funcionamiento de la entidad solicitante, lo que presupone, entre otras cosas, la legalización de los libros de comercio, acto que sólo es posible para las sociedades previamente inscritas (art. 294.3.º Regl. Reg. Merc.). No obstante, en la práctica reciente, sobre todo la posterior a la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989, han surgido dudas sobre la concurrencia de la cualidad de comerciantes para las sociedades irregulares en general, dado que el artículo 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas considera a las no inscritas como sociedades en formación a las que, en determinadas circunstancias, se aplicarán las normas de las sociedades colectivas, y que según el artículo 286.2.º del Reglamento del Registro Mercantil, ante suspensiones de pagos de empresario no inscrito, expresa que en los casos de sociedades mercantiles irregulares se procederá a la inscripción de las mismas. Y esas dudas se han acentuado para algunos tipos de sociedades irregulares que ofrecen las siguientes características: estar formadas en fechas cercanas a la solicitud de suspensión de pagos creando la apariencia de ejercicio del comercio, en todo caso con denominación identificativa provisional, sin contabilidad legalizada y con cuya creación se ha pretendido conciliar los intereses de una verdadera sociedad mercantil anterior (una sociedad anónima por lo general) con los intereses particulares de algunos caracterizados accionistas de ellas (a menudo administradores) gravados con avales prestados a título personal a la sociedad anónima.

La conclusión más segura es que la constitución irregular de las sociedades al carecer de personalidad jurídica y de patrimonio privativo, supone un obstáculo para acceder al expediente de suspensión de pagos, y que tampoco está previsto para los dirigentes societarios, a no ser que se justifique, como en los hechos de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982, que realmente han realizado actos de comercio en nombre propio o común profesión, excedentes, por supuesto, de operaciones de afianzamiento mercantil.

### c") Acumulación de solicitudes de suspensiones de pagos

No faltan en la práctica las solicitudes de suspensiones de pagos simultáneas, o sucesivas pero con breve intervalo, procedentes de grupos de empresas que tienen distribuidas las actividades de fabricación y comercialización, e incluso la titularidad de los inmuebles del establecimiento, por lo que son evidentes los vínculos de intereses comunes (por ejemplo, titularidad unitaria de acciones, reciprocidad de créditos y deudas, otorgamiento de garantías recíprocas). Solicitudes que exigen un tratamiento único y por el mismo órgano jurisdiccional, de las insolvencias respectivas, pero al que no puede llegarse siempre por el reparto de asuntos civiles. De todas maneras, el procedimiento de la Ley de 1922 no parece pensado para tramitar solicitudes conjuntas de empresarios con personalidad jurídica propias dado el concepto individualista de la solvencia patrimonial, por lo que en su marco es problemática la posibilidad de acumular solicitudes o expedientes ya iniciados; situación resuelta positivamente en la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 al no considerar anómala la tramitación de una suspensión de pagos solicitada conjuntamente por tres comerciantes individuales que habían sido socios de una sociedad irregular «quienes aportaron a la masa del activo la totalidad de sus respectivos patrimonios, lo que justifica la tramitación en un expediente conjunto afectante a todos los que estaban y actuaban en un negocio común, con independencia de la indudable razón de la economía procesal».

Aún cuando un adecuado planteamiento técnico llevaría a la distinción entre acumulación de autos (expedientes) —dándose los presupuestos de existencia de procedimientos pendientes acumulables (arts. 161-163 de la LEC)— y acumulación de acciones (solicitudes), tratamos aquí únicamente de esta última situación, que procederá siempre que medie conexión subjetiva (art. 153 de la LEC) o causal (art. 156 de la LEC) y con la consecuencia (art. 159 de la LEC) de que todas las pretensiones se examinen en un mismo proceso y sean objeto de una decisión conjunta. Si bien esta terminología no es trasladable íntegramente a las suspensiones de pagos, cuando en peticiones acumuladas no haya identidad de sujetos activo y pasivo entendida como plena identidad jurídica en cada uno de los sujetos, sino que se observe diversidad en solicitantes del beneficio de suspensión y heterogeneidad en los acreedores, ello supondría un obstáculo para la acumulación en razón a la inexistencia de conexión subjetiva; y para que pudieran tener cabida en la conexidad causal del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (acciones con identidad de título o de causa de pedir) las pretensiones dirigidas por varios individuos contra una pluralidad de personas, habría que partir de una interpretación extensiva de aquella norma; aún así, la diversidad de la causa de pedir, en aquellas pretensiones de acumulación sería patente, ya que al ser presupuestos de la suspensión de pagos la cualidad de comerciante en el deudor, la pluralidad de acreedores y la insolvencia de aquél, cuando se trate de personas físicas distintas, titular cada una de ellas de un patrimonio propio, sus respectivas insolvencias han de referirse a su incapacidad específica de disponer de bienes para el pago de las obligaciones exigibles, siendo insuficiente el hecho de que éstas sean las mismas para todos si a ello no se añade el que también existe una comunidad patrimonial.

En conclusión, atendidas las ventajas e inconvenientes que pudieran derivarse de la acumulación de solicitudes de suspensión de pagos de diversos comerciantes (normalmente empresarios sociales) el Ministerio Fiscal interesará la acumulación sólo cuando advierta entre ellas elementos de conexidad subjetiva o causal tales que conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil exijan su tramitación conjunta, y en este caso, con independencia de la calificación separada de las diferentes insolvencias, debería propiciar la afectación del patrimonio de los que eventualmente fueren solventes, A la satisfacción de las deudas de los que fueren declarados en insolvencia definitiva, dejando a salvo las preferencias crediticias que sean declaradas.

b') Los documentos a acompañar con la solicitud

En tono imperativo dice el artículo 2, inciso inicial, que a la solicitud deberán acompañarse determinados documentos, así como los libros de contabilidad (art. 3). Unos y otros son, en principio, indispensables para tener por solicitada la suspensión de pagos (art. 4). Para esta declaración basta con la existencia de los documentos revestidos de las formalidades extrínsecas requeridas, sin perjuicio de que sí en la tramitación del expediente—actuando ya los interventores—se pusieren de manifiesto irregularidades internas (falseamiento de balances, defectos en la contabilidad) la insolvencia se califique de definitiva y fraudulenta o el convenio pueda ser impugnado.

Los documentos, con la misma procedencia, van referidos unos a la condición del deudor, su situación patrimonial y las causas de la suspensión, y otros a los acreedores y al convenio que se propone. Así como la omisión total de cualesquiera de ellos hace improsperable la pretensión del solicitante, incorporaciones *ex post* pueden ser hábiles para la prosecución del procedimiento. Sobre este punto y algún otro merece reflexionarse porque no es infrecuente que el Ministerio Fiscal deba pronunciarse sobre ellos.

A la solicitud debe acompañarse el balance (inventario de los bienes y derechos). y si no fuere posible, un estado de situación que refleje la relación en que se hallan los bienes del solicitante y el conjunto de sus obligaciones (art. 2.1.1, pero con eficacia, según el precepto, limitada a treinta días, sustituyéndose entonces por el *balance definitivo*. Los efectos del incumplimiento de esta obligación en el plazo señalado, carecen de expresión legal. No parece, sin embargo, que sea necesaria la confección de ese balance en aquel término esencial, ni que su falta origine, sin más, el sobreseimiento dando por concluido el expediente, porque el artículo 8, párrafo segundo, establece que con el informe de los interventores se presentará el balance definitivo «si antes no se hubieren aportado tales documentos». La consecuencia es que se puede tener por solicitada la suspensión de pagos acompañando sólo el estado de la situación,

y que el incumplimiento por el peticionario de acompañar e] *balance definitivo*, en el breve plazo legal, es subsanable, por cuanto puede presentarse con el informe de los interventores que es muy posterior en el tiempo, pues su nombramiento sigue a la admisión de la solicitud de suspensión de pagos. En conclusión la falta de balance definitivo no impide la admisión provisional de la solicitud de suspensión de pagos, ni su posterior tramitación hasta la emisión del informe por los interventores, momento en el que se resolverá aquella situación provisoria si el balance no es aportado.

Debe adjuntarse también relación nominal de acreedores con la cuantía de los créditos (art. 2.2.º), pero si aquellos pasaren de mil o sí por la índole de las operaciones de que deriven los créditos no fuere posible precisar su cuantía, es suficiente el número aproximado de aquellos y el importe global de los créditos. Así, de igual modo que la aportación del balance con el escrito originario no es esencial, siendo sustituido de modo transitorio por el estado de la situación, la lista del número exacto de acreedores es sustituible provisionalmente por otra indeterminada relativamente, y el *quantum* individualizado de los créditos por su importe conjunto. Pero tanto un dato como otro deben constar ya con certeza en el informe de los interventores (art. 8, párrafo segundo) para después formar la lista definitiva de acreedores (art. 12, inciso primero).

Han de constar la totalidad de los créditos con independencia de su naturaleza jurídica, esto es tanto los comunes como los que atribuyen un derecho de abstención, pues la asistencia o no de sus titulares a la junta para deliberar sobre la propuesta de convenio y su vinculación o no al convenio es una facultad de los acreedores.

La solicitud de suspensión de pagos es un acto voluntario y exclusivo del deudor empresario individual. Cuando proceda de una sociedad anónima la voluntad es colectiva, la del órgano de administración ratificada por la junta general (art. 2.5), lo que implica necesariamente la aportación de los respectivos documentos. Uno es la certificación del acuerdo del Consejo de Administración autorizando la solicitud de suspensión de pagos, que deberá presentarse con este escrito; y otro, el que justifique la convocatoria de la junta de accionistas para someter a ratificación el acuerdo. Con ellos puede recaer providencia de admisión de la solicitud, pero son tan esenciales la celebración de la junta y las decisiones tomadas en ella, que el expediente de suspensión de pagos concluye o se sobresee, cualesquiera sea el trámite en que se hallare, si aquella no tuviere lugar en los plazos marcados en los estatutos o si el órgano soberano de la sociedad no confirma el acuerdo del Consejo de Administración, en cuyo caso quedan los acreedores en libertad para el ejercicio de sus acciones. Ratificado el acuerdo por la junta general (art. 2.5, segundo inciso) se adoptará otro expresivo de las personas u órganos que representarán a la sociedad en el expediente con facultades para modificar la proposición del convenio e intervenir en todas las cuestiones que se susciten.

A la ratificación del acuerdo en la junta celebrada *ad hoc*, puede seguir la impugnación por algunos accionistas y sentencia que declare la nulidad absoluta de la junta o del acuerdo, supuesto que debe equipararse al sobreseimiento plasmado en la falta de convalidación del acuerdo.

Con la petición de suspensión de pagos serán presentados también los libros de contabilidad obligatorios (arts. 25-26 del CC) y los que se hubieren adoptado voluntariamente (art. 3) con los requisitos formales y de orden temporal establecidos (art. 27 del CC). La no disposición por el solicitante de los libros obligatorios, produce el rechazo de la pretensión deducida. Las posibles irregularidades en los libros de contabilidad relativas a la forma o al contenido no son impeditivas de la admisión a trámite, en cuanto constituyen uno de los extremos sobre los que deben pronunciarse los interventores (art. 8, inciso primero, 2), que el Juez podrá valorar para declarar definitiva la insolvencia, para iniciar la pieza de calificación y para calificar de fraudulenta la insolvencia definitiva (art. 20, segundo párrafo, en relación con el artículo 890.3.4 y 5 del C de C).

La indisponibilidad de los libros contables preceptivos se interpreta en sentido absoluto, y no sólo es motivo de inadmisión o rechazo de la solicitud de suspensión de pagos sino que puede integrar una de las causas de quiebra fraudulenta la definida en el artículo 890.3 del C de C. Y por disponibilidad de los libros se entiende la de aquéllos que sean exigidos por la normativa jurídico-mercantil vigente, que ha variado con el tiempo. En su versión originaria el Código de Comercio consideraba libros de contabilidad obligatorios junto a los libros diario mayor y

copiadores, el de inventarios y balances (arts. 33 y siguientes). a los que sin duda se está remitiendo el artículo 3 de la Ley de Suspensión de Pagos con el término «libros de contabilidad» a presentar por el deudor comerciante, y que no sólo deben ser objeto de inspección por los interventores (art. 5.1) sino que estos informarán sobre el estado de esa contabilidad en el dictamen previo al auto en que se declare la suspensión (art. 8. párrafo segundo). Más el Código de Comercio fue modificado parcialmente por Ley de 21 de julio de 1973 (arts. 33-49). y después en esta misma materia por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que regula de otro modo todo lo relativo a libros de contabilidad, estableciendo que el empresario (individual o social), deberá llevar, además de una contabilidad ordenada que permita un seguimiento cronológico de las operaciones de la empresa, los libros estrictamente obligatorios comunes a todos los empresarios, que son (art. 25. 1), un libro de inventarios y cuentas anuales, que se abre con el balance inicial detallado de la empresa (art. 28. 1), y otro diario (art. 28.2); al cierre del ejercicio es cuando se formulan las cuentas anuales, que comprende (art. 34,1 y 2) el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria, cuyos contenidos respectivos se especifica (art. 35), documentos contables que tienen como finalidad mostrar la imagen fiel del patrimonio, la de la situación financiera y de los resultados de la empresa.

El artículo 3 de la Ley de 1922, en su inciso inicial dispone que se presentarán por el solicitante los libros de contabilidad «que deba llevar con sujeción al Código de Comercio o de leyes especiales», términos lingüísticos suficientemente claros que permiten la inclusión de la totalidad de los libros que por obligación legal se exijan en un momento histórico determinado por la legislación comercial común o por la especial. En el ámbito de ésta última se halla la normativa contable de las sociedades anónimas de la Ley de 22 de diciembre de 1989, que armonizándose con la establecida con carácter general por la Ley de 25 de julio de 1989, impone a los administradores la obligación de formular las cuentas anuales (arts. 171-172), integradas por el balance (arts. 175-188), la cuenta de pérdidas y ganancias (arts. 189-198) y la Memoria (arts. 199-201), documentos representativos de la situación financiera, que una vez revisados por auditores de cuentas y aprobados por la Junta general se depositan en el Registro Mercantil (art. 218 del Regl. Reg. Mercantil de 29 de diciembre de 1989), dándose publicidad al cumplimiento de esta obligación (art. 220), en la forma prescrita (arts. 329-335).

Como el artículo 3 de la Ley de Suspensión de Pagos, con su remisión al derecho común y al especial, no sólo no impide sino que obliga a los empresarios, y de modo particular a las sociedades anónimas que soliciten suspensión de pagos, a la presentación de los documentos contables cuya llevanza sea obligada y en la forma establecida, todas las suspensiones de pagos deben ajustarse a la estricta legalidad con la aportación de los libros de contabilidad reputados esenciales u obligatorios. Si las solicitudes no fueren acompañadas por esa documentación contable, el Ministerio Fiscal informará en sentido negativo.

El balance anual de ejercicio es uno de los documentos constitutivos del libro obligatorio de cuentas anuales (arts. 25.1 C de C y 171-172 de la Ley de Sociedades Anónimas), con el que puede seguirse la actividad de la empresa, conocerse su patrimonio y los resultados de su ejercicio; el balance como documento autónomo a presentar con la solicitud de suspensión (art. 2. 1), que debe señalar el estado actual del patrimonio y sus eventuales variaciones, no se separará mucho del balance que forma parte de los libros de contabilidad (el de cuentas anuales), cuya aportación es también esencial (art. 3, párrafo primero), por lo que resulta evidente que la confección del balance definitivo sea por el deudor comerciante o por los interventores en un término esencial pierde parte de su importancia.

¿Subsiste el requisito de que en el balance figuren bienes suficientes? Si del auto declarativo del estado de suspensión de pagos resulta acreditado, tras el análisis del dictamen de los interventores, que el pasivo excede del activo, la insolvencia definitiva fijada en él puede permanecer, y es compatible con la continuación del expediente y su conclusión por convenio. Pero si del examen de la solicitud de suspensión y de los preceptivos antecedentes documentales se constata ya con claridad la situación de déficit patrimonial, nada dice la Ley Especial sobre la procedencia o no de su admisión a trámite. No es fácil que la insolvencia o insuficiencia de bienes, se reconozca por el solicitante al tiempo de instar la iniciación del proceso, siendo, por el contrario, práctica común la situación inversa, que consiste en reflejar un activo muy superior al pasivo sobrevalorando el activo o disminuyendo el pasivo. ¿Si el balance inicial o su sustitutivo, el estado de la situación, arroja directamente un activo inferior al

pasivo el Ministerio Fiscal debe pedir que se rechace de plano la solicitud del deudor? En la redacción del Código de Comercio vigente al publicarse la Ley de Suspensión de Pagos, figuraba como requisito para solicitar la suspensión de pagos la solvencia del comerciante o suficiencia de bienes para cubrir todas sus deudas (art. 870) o pasivo (art. 871), que debía tener reflejo en el balance a acompañar a la solicitud (art. 872). En la Ley de 1922, de exclusivo carácter procesal según la previsión legislativa (art. 873), en contradicción con la ley sustantiva, ha desaparecido este presupuesto objetivo, por lo que se presenta como dudoso que el Juez haya de atender o no a la suficiencia de bienes para admitir a trámite la suspensión de pagos, que sí influye, sin embargo, en la calificación de la insolvencia declarada. Entendemos que deben equipararse la insolvencia manifestada por el solicitante en su escrito originario y la declarada judicialmente con apoyo en el balance presentado por el deudor o en el balance definitivo confeccionado por los interventores. En conclusión, del propio modo que la ausencia del presupuesto objetivo de la situación de suficiencia patrimonial no es obstáculo para declarar la suspensión de pagos, tampoco el déficit expresado y advertido con la presentación de la documentación tendrá relevancia para impedir su admisión a trámite. Sólo el incumplimiento del deber de aportar la documentación obligatoria determina que el Juez proceda incluso de oficio a rechazar las solicitudes, sin perjuicio de la obligación de oponerse a admisiones indebidas que pesa sobre el Ministerio Fiscal.

c') La providencia resolviendo la solicitud de suspensión de pagos: recursos

Así como la declaración de suspensión de pagos tiene lugar por medio de auto, por providencia se resuelve el pronunciamiento sobre la admisión a trámite de la solicitud, y si ésta «se hubiere producido en forma y la acompañaren los documentos y libros indicados en los artículos anteriores, se tendrá por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos» (art. 4, inciso primero). Si la admisión se condiciona a que la petición se hiciera cumpliendo los requisitos formales y procesales ya vistos, en caso contrario procederá la denegación. Para ambas hipótesis, la de providencia estimatoria dando curso al expediente y la de providencia que desestima la petición, se ha planteado la recurribilidad o no de las mismas a la vista de que el artículo 9, párrafo primero, no admite impugnaciones dilatorias del fin del expediente desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos. Las Circulares del Fiscal del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1922 y 31 de mayo de 1926 decidieron las dudas que sobre este punto se plantearon en sentido afirmativo. En la primera de ellas se sostuvo que contra la providencia que admitió la solicitud a pesar de no acompañarse libros de contabilidad, procedía el recurso de reposición. En la segunda, ante providencia que denegó la solicitud con infracción de los artículos 2 y 3 de la Ley, se resuelve que el Ministerio Fiscal recurrirá en reposición o se adherirá al promovido por el instante de la suspensión de pagos. Doctrina que ha de reputarse vigente. Según la reforma operada por la Ley de 6 de agosto de 1984 en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 376 los recursos contra las providencias que dicten los Jueces de Instancia se reducen al de reposición, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la providencia, de donde se deduce la firmeza de la resolución impugnada. Ahora está más claro que los recursos contra las providencias referidas no se oponen a lo dispuesto en el artículo 9, primer párrafo, de la ley, porque el régimen de esas impugnaciones no contribuye a indebidas dilaciones de los expedientes. Esto es así, de un lado, porque el recurso de reposición contra las providencias no es obstáculo para la eficacia de la resolución al carecer aquél de efectos suspensivos; y de otro, porque ya no hay apelaciones contra providencias, sino sólo contra la resolución de la reposición de autos, a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior que las preveía para las que no fueran de mera tramitación (arts. 377 y 380) al estar equiparadas a los autos.

d') La declaración judicial del estado de suspensión de pagos, el informe de los interventores, la impugnación del auto y la calificación de la insolvencia

Con la Ley de 1922, que introdujo la providencia para decidir sobre la admisión a trámite, la declaración de suspensión de pagos se pospone hasta más allá del nombramiento y posesión de los interventores, al ser el informe o dictamen de estos actos preparatorio de tal declaración. Está claro que la declaración del estado de suspensión de pagos no subsigue inmediatamente a la petición formulada por el deudor comerciante, pero no es tan diáfano que la declaración sea un acto automático, lo que significaría que, una vez admitido a trámite el expediente, la única solución judicial posible es el auto declarativo de la suspensión de pagos, o un acto no

automático, hipótesis en que para decidir sobre ella habrán de examinarse de nuevo los antecedentes documentales aportados, así como el informe de los interventores, posterior en cualquier caso a la providencia, y el Juez, a la vista de ellos, resolverá la única alternativa que es declarar la suspensión de pagos o rechazarla, acordando el archivo. Debe aceptarse la naturaleza no imperativa de la declaración de suspensión de pagos, a lo que contribuye el hecho de que el informe de los interventores deviene en este punto como esencial, porque el Juez en trances de dictar el auto, valora la generalidad de las actuaciones, pero debe tener «en especial consideración» el dictamen de los interventores (art. 8, párrafo cinco). Ciertamente el informe de los interventores no vincula al Juez, pero al emanar de expertos en la materia y estrechos colaboradores del órgano jurisdiccional, puede suministrar nuevos datos técnicos y contables capaces de dar a conocer con exactitud la situación real del deudor, y, al mismo tiempo, de influir, cuando rectifiquen algún presupuesto condicionante (inexistencia de la cualidad de comerciante, documentos esenciales aparentes) en el sentido total del auto hasta el punto de rechazar la declaración de suspensión de pagos: en otras ocasiones el informe, de efectos más limitados, contribuirá a la calificación de la naturaleza de la insolvencia como definitiva o provisional, lo que sucederá cuando del estado de la situación o del balance inicial se desprenda que el activo es igual o superior al pasivo y en el informe se aprecie claramente que el activo es superado por el pasivo, situación que si no justifica el sobreseimiento del expediente, ni impide, por tanto, la declaración de suspensión de pagos, sí incidirá en la calificación de la insolvencia como definitiva.

Si atendida la normativa de la Ley de Suspensión de Pagos, el Juez debe tomar en «especial consideración» el dictamen de los interventores y lo requerido en ella para ser nombrados interventores no acreedores era ser «peritos mercantiles o prácticos» (art. 4, párrafo segundo), ahora los informes se presentan como singularmente cualificados dado que sólo pueden desempeñar las funciones de interventores de las suspensiones de pagos los auditores de cuentas (disposición adicional cuarta de la Ley de Auditoría de Cuentas de 12 de julio de 1988), cualidad que pueden ostentar los titulados universitarios que superen un examen de aptitud profesional organizado y reconocido por el Estado (art. 7.2 de la Ley) con una formación práctica por un mínimo de tres años en trabajos realizados en el ámbito financiero y contable (art. 7.3) e inscritos en el Registro oficial de auditoría de cuentas (art. 6).

Los interventores auditores de cuentas junto al interventor acreedor, en los expedientes de suspensiones de pagos realizan actuaciones relacionadas con aspectos contables que no son actividades de auditoría, sino algo diferente (así, inspección en la elaboración del balance conforme al artículo 2.1 que después será objeto de revisión, diligenciado formal de los libros contables según el art. 3) pero desarrollan otras de verificación contable que encajan en el concepto de auditoría de cuentas, tal y como está definida en el artículo 1 de la Ley de 12 de julio de 1988, cuando emiten el dictamen con el contenido del artículo 8 de la Ley de 1922, en el que tienen proyección los documentos y libros citados en los artículos 2 y 3 de esta misma ley, porque si el fin de la auditoría de cuentas es la revisión y verificación de documentos contables al emitir informes que puedan tener efectos frente a terceros (arts. 1.1 de la Ley de 1988), precisando si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de una empresa (art. 1.2), los criterios seguidos al emitirse por los interventores el dictamen que prevé el artículo 8 vienen a coincidir con el específico de un informe de auditoría, puesto que debe centrarse no sólo sobre el estado e informalidades de la contabilidad sino de modo primordial sobre la existencia y exactitud o imagen fiel de los elementos patrimoniales relacionados en el balance según la normativa actual, que identifica los balances como uno de los documentos integradores de las cuentas anuales (art. 34.1 del C de C).

El auto declarando la suspensión, *conditio iuris* del estado, es inmediatamente ejecutivo (art. 8, párrafo último). Pero no todo él, porque en cuanto de su contenido forma parte la determinación del grado de insolvencia del deudor, las facultades del Juez se extienden a calificar en ese mismo auto la insolvencia, y si inicialmente lo hubiere sido como definitiva, como la consignación o la fianza por el pasivo excedente modifica el auto se elimina tal calificación (art. 8, inciso penúltimo); y si no hubiere cobertura ni prestación de garantía la cualidad de definitiva para la insolvencia se adquiere en un momento posterior.

Por lo demás, el auto es ejecutivo «sin perjuicio de que celebrada la junta de acreedores se pueda impugnar por cualquiera de éstos o por el suspenso en el modo y tiempo fijados en los

artículos 16 y 17 de esta Ley» (art. 8, último inciso). Los artículos remitidos se refieren a la oposición a la aprobación del convenio y sus causas (art. 16), y al procedimiento incidental que deberá seguirse (art. 17), con lo que el auto puede ser impugnado bastante tiempo después de dictado (art. 16, párrafo primero) y anulado total o parcialmente tras agotarse los recursos de apelación y súplica (art. 17, párrafo tercero), siendo de resaltar que las causas de impugnabilidad del artículo 16 no tienen relación con la declaración de estado de suspensión de pagos, sino con la calificación de la insolvencia (inexactitud fraudulenta del balance, exageración de los créditos, error en la estimación del pasivo).

Otro tema de interés. Las dos únicas formas legales de revocar la insolvencia definitiva, recalificando la insolvencia provisional, son la consignación y el afianzamiento hecho por terceros en el *quantum* suficiente para eliminar el desbalance. Por virtud de la prestación de la garantía o de la cobertura del déficit se impide la apertura de la pieza separada de calificación y la eventual declaración de quiebra a instancia del deudor suspenso o de los acreedores que representen dos quintos del pasivo. Han de hacerse siempre por cuenta del deudor; la consignación se concreta (arts. 1.176 y siguientes del CC), en la entrega a título gratuito y a disposición del Juez de la suspensión, de la cantidad en que el pasivo supere al activo, y el afianzamiento, en el gravamen sobre inmuebles con anotación registral, o con el depósito en establecimiento público designado por el Juez de muebles, metálico o valores. Tanto la cobertura como la garantía suponen incremento del activo, y su validez se condiciona a la identificación del tercero y a que se realicen «a satisfacción del Juez» (art. 8, párrafo sexto). Se ha cuestionado la eficacia de formas atípicas, por representar reducción o modificación del pasivo y por ser distintas a la consignación y el afianzamiento, como sería la renuncia por algunos acreedores a créditos reconocidos que forman parte del pasivo con el fin de restablecer el equilibrio patrimonial. No está prevista esta posible modalidad de recalificación de la insolvencia como provisional en la Ley de Suspensión de Pagos, pero el Código Civil regula como causa de extinción de las obligaciones con el nombre de condonación o remisión de la deuda (arts. 1.156 y 1.187), la renuncia al derecho de crédito por su titular. En apoyo de su admisibilidad hay que destacar que si están permitidos en la Ley de 1922 convenios remisorios, de condonación o de quita (paralelos a la quita como acuerdo previo del concurso de los artículos 1.912 y 1.918 del CC), de origen multilateral, en una etapa procesal posterior, también una vez abierta la fase para una posible revocación de la insolvencia definitiva, será eficaz un acto unilateral, o sin pacto ni convenio, de remisión o quitamiento (remisión y quita se emplean como sinónimos en el artículo 1.146 del CC). Es un acto que se perfecciona unilateralmente, sin contraprestación alguna, que debe llegar a conocimiento del deudor y del órgano jurisdiccional; la voluntad del deudor no perfecciona la renuncia y en cuanto favorece al suspenso no requiere tampoco su aceptación formal en virtud del principio *invito beneficia non conferuntur*. Parece, sin embargo, necesario, como ocurre con la consignación y la fianza, que la renuncia a los créditos lo sea «a satisfacción del Juez».

Así como la insolvencia calificada de definitiva en el auto que declara la suspensión de pagos puede ser recalificada de provisional si en el plazo fijado se cumplen las obligaciones de cobertura o de garantía (art. 8, párrafo cuarto), no prevé la ley expresamente la situación contraria o de conversión de la provisional en definitiva. Pero tal modificación es posible y debe dictarse un auto en ese sentido cuando prosperen ante el Juez de la suspensión o ante el que resuelva el posterior juicio declarativo las reclamaciones cuyo *petitum sea* la inclusión de un crédito excluido o el aumento del incluido (arts. 11, párrafo tercero, y 12, inciso segundo). o cuando se dé lugar a la oposición a la aprobación judicial del convenio por error en la estimación del activo o del pasivo si hubiere influido en la calificación de la insolvencia (art. 16.5.).

Analizamos aquí la posibilidad de que durante la tramitación del expediente se concluyan eficazmente negocios dispositivos o de enajenación sobre bienes y traslativos de créditos de la titularidad del suspenso. Se trataría siempre de actos excedentes de la ordinaria administración que exigen en el declarante como requisito legal de eficacia (*conditio iuris*) la plena capacidad de obrar o de ejercitar por sí los derechos y someterse a las obligaciones, requisitos que no se dan en el declarado en suspensión de pagos. Es cierto que como ha reconocido el Tribunal Supremo en interpretación de las oportunas normas (Sentencias, entre otras, de 28 de octubre de 1985, 11 de febrero de 1986, 22 de abril de 1987 y 18 de noviembre de 1988), que el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las

limitaciones que el Juez estime convenientes, siempre contando con el concurso de los interventores para determinadas operaciones, por lo que no se trata como ocurre en la quiebra (art. 878 del C de C), de una inhabilitación equiparable a la incapacidad, sino de una actuación similar a la *auctoritas interpositio* semejante a la del tutor. Pero aunque en la declaración del estado de suspensión de pagos no se produce la inhabilitación total del deudor en la esfera patrimonial, si estamos ante una incapacidad parcial de obrar que restringe la aptitud para realizar actos de atribución patrimonial o de gravamen de inmuebles, puesto que requieren para su validez un complemento de capacidad (consentimiento de los interventores, autorización judicial). En efecto, en la Ley de 1922, una vez iniciada la suspensión de pagos, la capacidad de obrar del deudor comerciante ya no es plena, sino que para determinados negocios son imprescindibles actos complementarios que se erigen en requisitos constitutivos para la eficacia. En unas ocasiones (antes de la declaración del estado de suspensión y de la calificación como definitiva de la insolvencia), los límites a la capacidad de disposición pueden ser legales o bien impuestos expresamente por el Juez (art. 6). Otras veces (tras la calificación y permanencia de la insolvencia definitiva), los límites no tienen más fuente que la judicial (art. 8, párrafo sexto, último inciso).

Para la primera de las fases aludidas, e incluso hasta que el convenio obtenga la aprobación de los acreedores, es principio general que el suspenso conserva la administración de los bienes y la gerencia de sus negocios, pero con las limitaciones, sin restricción alguna, que, en cada caso, fije el Juzgado previo informe especial de los interventores (art. 6, inciso primero), por lo que si el acto a realizar se hallare en el área de los límites la capacidad habrá de completarse, pero sin que aquí el precepto diga cómo ni por quién. Por el contrario, si el Juez no se ha pronunciado sobre la graduación de la capacidad, regirán de modo directo las limitaciones *ope legis* a las que acomodará el suspenso la realización de los actos negociales (art. 6, párrafo primero, números 1, 2, 3), figurando entre ellas la necesidad del acuerdo o consentimiento de los interventores «para celebrar todo contrato» y para «la venta de bienes que sea necesario enajenar».

Para la segunda fase no existen límites *ex lege*, por lo que será obligatorio un explícito pronunciamiento judicial sobre los actos que puede concluir el suspenso y los que se condicionan a la autorización, al disponer el artículo 8, párrafo sexto, último inciso, que en el auto en que se declare la insolvencia definitiva, el Juez «fijará los límites de la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado». En este caso no es necesario que preceda informe especial de los interventores para concretar la extensión de los límites a la capacidad de obrar, por lo que es libre la facultad del Juez para mantener los que pudiera haber acordado en la anterior etapa, reducirlos o ampliarlos.

No habrá, en consecuencia, impedimentos prácticos para la realización de determinados activos del suspenso siempre que se hayan situado excepcionalmente por el Juez en el círculo de su capacidad, o que concurran los elementos formales que completan la capacidad de obrar del suspenso. Tampoco hay cuestión en orden a que los requisitos particulares de validez (autorización judicial, acuerdo de los interventores), han de ser anteriores al acto dispositivo, sin que quepa la ratificación posterior en armonía con el principio de no convalidación de los actos nulos, por lo que si, eventualmente, hubieren subseguido, no pueden actuar retroactivamente, dándoles eficacia. Lo no resuelto es si en alguna ocasión la concurrencia de aquellos requisitos será cumulativa o conjunta; en particular, cuando el Juez no haya establecido límites, y entre los legales, como sucede en el artículo 6, se halle el acuerdo o concurso de los interventores para actos de disposición, ¿es necesaria, además, la autorización judicial? Interpretando restrictivamente los límites, el penúltimo párrafo de esa norma conduce a la solución negativa, porque según su tenor los actos que enumera «realizados sin el concurso o acuerdo de los interventores... serán nulos e ineficaces», y sólo es necesaria la autorización del Juez para los que puedan tener lugar «antes de que los interventores tomen posesión de su cargo». Así, son considerados el acuerdo de los interventores y la autorización judicial aisladamente, conduciendo su falta a la invalidez textual. Más la solución parece extraña, dado que los interventores son delegados o auxiliares del Juez para todos los actos en que está previsto su concurso, por lo que más acorde con su naturaleza sería imponerles el deber de informar al Juez, e incluso a las partes, sobre causas y fundamentos de la enajenación de activos, y con oposición o sin ella el Juez podría confirmar o no el acto de disposición en proyecto.

e') El convenio: desde la proposición al cumplimiento total

Las normas de la Ley de 1922 ordenan, con exclusión de cualesquiera otras, el procedimiento de suspensión de pagos (art. 1), cuya conclusión más frecuente coincide con la aprobación por el Juez del convenio propuesto por el deudor, que tiene fuerza vinculante para todos si es aceptado por la mayoría legal de acreedores. Antes del refrendo judicial el convenio es impugnabile por determinados acreedores (los discordantes, los no asistentes a la junta y los eliminados de la lista definitiva, según puede verse en el art. 16); el incumplimiento por el deudor del convenio aprobado, no lleva aparejada la facultad resolutoria propia de los negocios jurídicos bilaterales, sino su rescisión y la declaración de quiebra; efecto del cumplimiento en el orden sustantivo es la extinción de las obligaciones preexistentes en los términos estipulados, y en el orden procesal representa el *dies ad quem* de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento.

Entre los presupuestos formales requeridos para la apertura del expediente de suspensión de pagos, uno de los cuales es la propuesta de convenio, y el cumplimiento del convenio, que le pone fin, existen variados actos, contractuales unos y otros procesales, y distintas formalidades que conducen a la homologación judicial. Algunas de ellas, en el marco de las relaciones privadas entre acreedor y deudor, extrañas a las funciones del Ministerio Fiscal. La exposición sucinta de su cronología muestra esas diferenciadas facetas.

La propuesta de convenio se acompaña a la solicitud (art. 2.4), quedando a disposición de los acreedores hasta el día señalado para la celebración de la junta (art. 10, último párrafo), a la que tienen derecho a asistir, y el deudor obligación, pues su falta da lugar a la conclusión del expediente (art. 13, párrafos primero y segundo); constituida la junta la propuesta de convenio se lee por el Secretario, abriéndose debate sobre el mismo, sin límites porque se reconoce el *ius variandi* a acreedores y deudor, pudiendo concluir la oferta con la aceptación o aprobación por los acreedores si concurrieren los *quorum* exigidos (art. 14), o con su rechazo si no se reuniera esa mayoría (art. 15, segundo inciso), declarándose terminado en este supuesto el expediente (art. 13, párrafo cuarto); el Juez proclama el resultado de la votación favorable al convenio (art. 15, uno), y transcurridos ocho días desde la celebración de la junta sin que los legitimados hubieran formulado oposición (art. 16, párrafo inicial), el Juez dicta auto aprobando el convenio y mandando a los interesados estar y pasar por él (art. 17, primer inciso).

A este convenio aprobado en junta por los acreedores, o con adhesión oral a] proyecto del deudor, se equipara el convenio mediante tramitación escrita o con la adhesión formal (notarial o judicial), prestada por los acreedores a la proposición del deudor, regulado en los artículos 18 y 19, si bien con algunas variantes en los trámites que llevan a la homologación del convenio o al sobreseimiento del expediente.

La fase contractual que se inicia con la oferta que hace el deudor para el pago de los créditos, y que se mantiene durante el perfeccionamiento por la adhesión mayoritaria de los acreedores, constituye un espacio jurídico sin funciones para el Ministerio Fiscal. Pero las recupera en etapas subsiguientes en las que la tramitación rebasa la expresión de voluntades de acreedores y deudor, que están formadas por la oposición a la aprobación y por la rescisión del convenio aprobado cuando fuere incumplido. En efecto, antes de la aprobación judicial, el convenio aceptado por mayoría de los acreedores no titulares del derecho de abstención, es impugnabile (la llamada oposición al convenio prevista en los arts. 16 y 19), por causas que van desde irregularidades formales al fraude; después del auto de homologación judicial, el incumplimiento puede hacer perder su eficacia al convenio (art. 17, párrafo último).

En la Ley (art. 16, inciso primero), figuran como legitimados para instar la nulidad del convenio aún no aprobado sólo algunos acreedores, y para promover su rescisión y la declaración consecutiva de quiebra cualquiera de los acreedores (art. 17, inciso final). No extraña la exclusión de los interventores judiciales porque cesaron en sus funciones cuando el Juez proclama el resultado de la votación favorable al convenio (art. 15, uno), si bien los acreedores, ya a título particular, pueden conferirles su representación para ejercitar las acciones procedentes (art. 15, párrafos primero y segundo). No se menciona tampoco al Ministerio Fiscal para su eventual intervención en el proceso incidental de oposición ni en el juicio declarativo a seguir en el supuesto de convenio incumplido. De nuevo habrá que acudir a la formulación general del artículo 23 sobre el Ministerio Fiscal parte «hasta el total cumplimiento del

convenio», expresión comprensiva tanto de la fase procesal de la aprobación-oposición al convenio como de la del cumplimiento-incumplimiento. Interpretación que, aunque por vía indirecta, no es ajena a la jurisprudencia (Sentencias de 21 de octubre de 1973, 28 de abril de 1987), pues habiéndose alegado la anómala constitución de la relación jurídica procesal al no haber intervenido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo lo rechazó porque el artículo 23 lo que ordena es que el Ministerio Fiscal sea parte en el expediente de suspensión de pagos, pero el precepto no es aplicable a las reclamaciones judiciales contra quienes se hallen declarados en estado de suspensión de pagos, conforme a esta ajustada tesis, cumplimiento excesivo de la intervención del Ministerio Fiscal tanto en instancia como en casación, fue la que se desprende de los antecedentes de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 que trae su causa de demanda promovida por acreedores antes de formular oposición al convenio, en la que ejercitándose una acción declarativa se solicitó la nulidad del expediente de suspensión de pagos planteada al margen de este proceso ante la prohibición legal (art. 9, primero y segundo inciso), de solicitar dentro de él la nulidad, o la revocación del auto que declara la suspensión de pagos.

En el proceso incidental de oposición al convenio es necesaria la participación del Ministerio Fiscal. La razón es doble. Porque algunos de los motivos que lo autorizan se concretan en inobservancia de formalidades en el procedimiento (art. 16.7), en falta de personalidad (art. 16.2) o en errores de la estimación del pasivo o en la declaración del derecho de abstención (art. 16.5 y 6), todos configurados como causas de nulidad formal que afectan al procedimiento y a la eficacia del convenio. Y, sobre todo, porque entre los denominados motivos de oposición, hay causas de nulidad sustancial relacionadas con el fraude en muy diversas manifestaciones (inteligencias fraudulentas entre deudor y acreedores o de éstos entre sí con vulneración del principio de *par conditio creditorum*, exageración de créditos, de inexactitudes, también fraudulentas en el balance, art. 16.3 4 y 7), que no sólo repercuten en la formación de las mayorías o en el concierto y aprobación del convenio, sino que integran figuras delictivas comunes cuyas consecuencias civiles serían la invalidación del convenio.

A pesar de que la jurisprudencia configura el convenio como institución de carácter contractual que ha de cumplirse como los demás contratos (Sentencia de 15 de febrero de 1962), o como negocio jurídico *sui generis* (Sentencia de 30 de mayo de 1969), o complejo (Sentencia de 4 de julio de 1966), su incumplimiento por el deudor se sanciona de forma distinta a la prevenida para los contratos bilaterales, pues para la eventualidad del incumplimiento el artículo 17, último párrafo, sólo concede acción para instar un tipo de invalidez que, a pesar de no fundarse en la lesión o perjuicio, llama rescisión, y una vez obtenida la declaración de ineficacia del convenio en el correspondiente juicio declarativo (Sentencia de 8 de octubre de 1975), puede pretenderse la quiebra (Sentencia de 30 de abril de 1968). De esta manera resulta que los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos son paralelos a los del incumplimiento de los convenios en el concurso y en la quiebra; en el concurso de acreedores (art. 1.919 del CC), con el incumplimiento total o parcial renace el crédito primitivo y puede pedirse la declaración o la continuación del concurso, lo mismo que ocurre en los convenios de quita o espera (art. 1.155 de la LEC). La falta de cumplimiento del convenio en la quiebra legítima a cualquiera de los acreedores para pedir la rescisión y la continuación de la quiebra que ya había sido declarada (art. 906 del C de C).

Los efectos del incumplimiento del convenio en la suspensión de pagos están relacionados con la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar en los procesos que los declaren. El Ministerio Fiscal es parte hasta el cumplimiento (art. 23) y como el incumplimiento es situación anterior a la satisfacción por el deudor de las prestaciones acordadas, en principio parece que se halla en el ámbito de la intervención del Ministerio Fiscal. Pero sucede que, presupuesto el incumplimiento, la acción cuyo ejercicio reconoce el artículo 17 no se dirige al cumplimiento del convenio sino a su extinción e ineficacia. Luego si el Ministerio Fiscal interviene sólo hasta el cumplimiento, ha de entenderse hasta el cumplimiento normal o voluntario del convenio, porque frente al incumplimiento no existe en el artículo 17 la opción entre el ejercicio de la acción de resolución y la de cumplimiento forzoso sobre el patrimonio del deudor.

C) Publicidad registral de las resoluciones recaídas en los expedientes de suspensión de pagos

En íntima relación con la protección de los derechos de los acreedores y con el principio de seguridad jurídica, hay que colocar la publicidad registral de la declaración del estado de

suspensión de pagos y la de otras resoluciones dictadas en el procedimiento, porque al imponer ciertas limitaciones a la facultad de libre disposición del suspenso, influyen en la validez de negocios jurídicos a concluir permaneciendo aquellas situaciones. De ahí la necesidad del acceso a los asientos registrales de los actos del Juez que por disposición legal deben ser objeto de anotación o de inscripción. Materia ésta que tampoco debe ser ajena a las funciones a desarrollar por el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

En orden a la capacidad de obrar del suspenso y de su aptitud para realizar negocios o actos de enajenación de bienes cuya titularidad le corresponde, ya se ha advertido que la intervención de las operaciones del deudor aunque aparentemente se presenta como medio de fiscalización y control de la administración y gestión, en realidad produce una limitación de la capacidad, al reputarse ineficaces en el artículo 6 de la Ley, los actos realizados por el suspenso sin que se hayan observado las formalidades que constituyen el complemento de capacidad. De modo que si la declaración de suspensión de pagos no supone incapacidad para el deudor o para los representantes o gestores de la sociedad, si constituye una limitación a la disposición de los bienes; uno y otros conservan intacta su capacidad de obrar general, pero no son absolutamente libres para perfeccionar válidamente actos de disposición sobre bienes propios o que tienen en administración en calidad de gestores o representantes de la sociedad declarada en estado de suspensión. Aunque la actividad encomendada a los interventores no esté en función de la restricción de la capacidad de obrar del deudor y los gestores, sí es representativa de una prohibición que limita la libertad de disposición, de entidad tal que es susceptible de acceder al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil y para el empresario individual también al Registro Civil, todo ello por razones de seguridad del tráfico jurídico y de los derechos de los acreedores o de terceros. En este sentido, dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991, 20 de octubre de 1991 y 19 de abril de 1993, que la declaración de suspensión de pagos sólo tiene eficacia, respecto a la actividad patrimonial del deudor, desde el momento en que la declaración judicial de tal situación irregular para el normal tráfico jurídico impone la fiscalización de todas las operaciones del deudor con la consiguiente designación de interventores, y por tanto el deudor conserva intacta su capacidad, pero no es plenamente libre sino que tiene su operatividad controlada a fin de procurar su propio interés y de los acreedores mientras se halle sujeto al procedimiento.

Como con el sistema de publicidad ordenado legalmente para las declaraciones de suspensión de pagos y demás actos esenciales, no sólo se trata de proteger a los acreedores y a los terceros que puedan contratar con el deudor comerciante suspenso, sino también de afirmar el principio de seguridad jurídica de todo tipo de relaciones jurídico-privadas consagrado en el artículo 9 de la Constitución, es preciso que el Ministerio Fiscal cuide también la faceta registral del procedimiento de suspensión de pagos a fin de que por el titular del órgano jurisdiccional se cursen sin dilaciones los mandamientos prevenidos para que se inscriban o anoten, en su caso, las resoluciones que deban constar en los Registros respectivos; pues no en vano, como ha quedado expuesto, desde que la suspensión de pagos es admitida a trámite, y en mayor medida cuando es declarada, aunque no dé lugar a una restricción general de la capacidad, sí produce una modificación jurídica en la esfera patrimonial del suspenso por disposición de la Ley semejante a la que pueda derivarse de las prohibiciones de disponer.

Este tema de la publicidad registral de las resoluciones recaídas en expedientes de suspensiones de pagos no se halla armónicamente regulado en las distintas normas que se ocupan de ella. Una exposición analítica resumida de las mismas nos muestra las siguientes particularidades.

El acceso al Registro de la Propiedad de los autos declarando la suspensión de pagos y fijando la calificación de la insolvencia, tiene su amparo en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, al declarar inscribibles las resoluciones judiciales «por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes», y que está desarrollado por el artículo 10 del Reglamento Hipotecario, en el que se aclara que las resoluciones judiciales inscribibles en el Registro no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, «sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante». Si bien es cierto, como se ha dicho que la limitación de disponer que representa la declaración de

suspensión de pagos no constituye incapacitación, la inscripción se hará en el Libro de incapacitados (art. 386 del RH) y la cancelación se hará por nota marginal (art. 386, inciso segundo, del RH). Mediante esta inscripción se da publicidad registra] a la limitación impuesta a la libertad de disposición a fin de que pueda ser conocida por los eventuales adquirentes de bienes inmuebles pertenecientes al suspenso, al tiempo que facilita al Registrador el dato de esa limitación en el desempeño de la función calificadora; en otro caso podrían acceder al Registro actos nulos o anulables, no convalidables ciertamente por la inscripción según el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, pero esa nulidad había de mantenerse en relación al tercer adquirente protegido por la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de dicha Ley Hipotecaria.

Reconociendo que la solicitud de suspensión de pagos no presenta los caracteres, la forma ni la estructura de una verdadera demanda, a efectos de la posible anotación preventiva pueden identificarse. Y en tal sentido es procedente la anotación preventiva de la providencia que admite a trámite la solicitud de suspensión de pagos, porque si en el artículo 42.5.º de la Ley Hipotecaria sólo se faculta para pedirla al que propusiere la demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el artículo 2.4, conforme al artículo 43, párrafo tercero, de la propia Ley Hipotecaria podrá hacerse también esa anotación preventiva de oficio en virtud de providencia judicial, a lo que debe añadirse que el artículo 142 del Reglamento Hipotecario establece, de modo muy genérico, que procede la anotación preventiva de que trata el artículo 42.5.º de la Ley Hipotecaria «en los casos de suspensión de pagos... previos los trámites establecidos en las leyes».

Si en la legislación hipotecaria la exigencia de publicidad derivada de la inscripción y la anotación preventiva para el auto que declare la suspensión de pagos y para la providencia de admisión a trámite de la solicitud, se obtiene de modo implícito e indirecto, en las normas reguladoras del Registro Mercantil (Reglamento aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1989), la obligación de la publicidad registral para determinados actos procesales del Juez dictados en el expediente de suspensión de pagos, aparece de forma expresa y directa, aunque con algunas imprecisiones. Se prevén en el Reglamento del Registro Mercantil tanto la inscripción como la anotación preventiva, procediendo una u otra según que la resolución remitida en virtud de mandamiento judicial sea o no firme (art. 287.1). Conforme a lo que dispone el artículo 284, en la hoja abierta a cada empresario individual, sociedad o entidad inscribible, se inscribirán los siguientes actos: la providencia de admisión a trámite de la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos; el acuerdo del Juez declarando legalmente concluido e] expediente por no haber concurrido a la junta el número de acreedores previsto en el artículo 13 de la Ley de Suspensión de Pagos (y aunque no se diga los demás supuestos de terminación anormal del expediente); el auto de aprobación del convenio del suspenso con sus acreedores, y cuantas resoluciones se dicten en el procedimiento de suspensión de pagos que afecten a la limitación de las facultades patrimoniales del deudor, así como el nombramiento y la sustitución de los interventores. Es de notar que a tenor del artículo 9.1.º del Reglamento, que sólo desde la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» los actos sujetos a inscripción son oponibles a terceros de buena fe, con lo que la inscripción no es constitutiva sino un mero instrumento de publicidad de los actos inscritos.

Los asientos antes referidos se cancelan en virtud de mandamiento judicial, transcribiendo la parte dispositiva de la resolución judicial firme por la que se sobresea la suspensión de pagos o se declare el íntegro cumplimiento del convenio aprobado (art. 289).

Las suspensiones de pagos tampoco permanecen al margen del Registro Civil, obviamente cuando los afectados por ellas sean empresarios individuales. Si la Ley del Registro Civil (art. 46) dice muy genéricamente que se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento «las declaraciones de suspensión de pagos», el Reglamento, muy especificativo, declara inscribibles (art. 178) la providencia por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, el auto declarando este estado —inscripción en la que se precisará si la insolvencia es provisional o definitiva y los límites que el Juez fije a la capacidad del suspenso—y el hecho de haberse aprobado judicialmente el convenio.

La publicidad registral no aparece suficientemente regulada en la Ley de Suspensión de Pagos. Por lo pronto, no todas las resoluciones que imponen límites a la capacidad figuran en el marco legal, y están omitidos parte de los supuestos que concluyen de modo anormal el expediente.

Sin que haya referencias a la publicidad con causa en resoluciones producidas en el juicio de responsabilidad o en el instrumental cautelar.

Se anotarán en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad en que se hallen inscritos los inmuebles del suspenso, la providencia de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos (art. 4, inciso uno), en la que se ha ordenado la intervención de las operaciones del deudor (art. 4, párrafo segundo), con la amplitud que se detalla en el artículo 6.

Sin embargo, para el auto que declara la suspensión de pagos y califica la insolvencia, el artículo 8, último párrafo, contempla sólo la publicidad extrarregistral, que queda a la discrecionalidad del Juez; a tal auto, en efecto, «se le dará la publicidad que el Juez estime conveniente según la importancia del pasivo y el número de acreedores». Pero como en ese auto el Juez debe fijar «los límites de la actuación gestora del suspenso» (art. 8, inciso penúltimo), que afectan a su capacidad de disposición, su acceso al Registro de la Propiedad está justificado por el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria, y al Registro Mercantil por el artículo 284 de su Reglamento

La publicidad para la conclusión normal del expediente que conlleva el fin de los límites de las facultades patrimoniales, sí está prevista, pues del auto aprobando el convenio el Juez librará los correspondientes mandamientos a los Registros Mercantil y de la Propiedad (art. 17, primer inciso). Al auto aprobatorio del convenio cumplido ha de seguir la providencia ejecutoria, ya que conforme al artículo 83 de la Ley Hipotecaria tal resolución es indispensable para la efectividad de la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial. Si las cancelaciones no son automáticas, sólo con la notificación a los Registros de la providencia se extinguirá la situación jurídica creada consiguiendo el asiento de cancelación de las anotaciones o inscripciones.

En la Ley de Suspensión de Pagos, la publicidad registral para la terminación del expediente en forma distinta a la del convenio, se reduce a la del acuerdo por el cual el Juez le concluye cuando a la Junta no concurriesen acreedores cuyos créditos no alcanzaren el *quantum* del pasivo del deudor determinado *ex lege* (art. 13, párrafos cuarto y quinto). Mas nada se dice para los demás casos de archivo o sobreseimiento del expediente, seguidos o no de la declaración de quiebra, debidos unas veces a conductas de los acreedores o del deudor (art. 10, párrafo primero) y otras a las del deudor (art. 13, segundo inciso), o a la de los acreedores (art. 15, dos). También en estos supuestos se cancelará la anotada denegación de acceso al Registro de cualquier acto dispositivo a concluir por el solicitante de la suspensión admitida o por el declarado en ese estado.

De conformidad con las normas generales relativas a las anotaciones preventivas contenidas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que resultan aplicables aunque se parte de un *numerus clausus* para ellas, tendrán acceso al Registro de la Propiedad las medidas cautelares que hayan podido adoptarse durante la tramitación del juicio de responsabilidad (art. 20, párrafo cuarto de la Ley de Suspensión de Pagos), así como las sentencias firmes recaídas.

## Conclusiones

1.<sup>a</sup> En las suspensiones de pagos el Ministerio Fiscal es parte, según terminología de la ley reguladora, siendo obligada su intervención tanto en la pieza separada que se forma para calificar las insolvencias definitivas y exigir responsabilidades (art. 20, inciso segundo), como en el procedimiento principal de suspensión desde su apertura hasta que concluye con el cumplimiento del convenio aprobado (art. 23); pero es cuestionado aun el sentido y su naturaleza jurídica, así como las atribuciones que conlleva su intervención en estos procesos, indefinición a la que han podido contribuir los términos poco explícitos de los Estatutos del Ministerio Fiscal sucesivamente vigentes.

2.<sup>a</sup> En la práctica de las suspensiones de pagos, siendo, por supuesto, el Ministerio Fiscal más que un mero dictaminador, el modo de manifestarse su actividad no se sujeta siempre a unos mismos criterios tanto si se atiende a la forma como a la intensidad de sus iniciativas procesales: estas heterogéneas actitudes deben conciliarse buscando una interpretación unificadora que armonice con el principio estatutario de unidad de actuación. La consecución

de un exclusivo esquema de actuación capaz de eliminar la disparidad, es el objetivo pretendido por esta Circular.

3.<sup>a</sup> Sobre la apuntada disparidad interpretativa respecto a las funciones que realmente ha de cumplir el Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos han podido influir dos factores. Uno sería la evolución histórica de la intervención del Ministerio Fiscal, que nos muestra oscilaciones situadas o en la intervención de grado mínimo, cuando la suspensión de pagos era una clase de quiebra, o en la inexistencia de cualquier intervención, cuando la suspensión de pagos adquiere el carácter de figura jurídica autónoma sin prever para ella una eventual calificación. El otro factor podría estar constituido por alguna de las orientaciones contenidas en las Circulares del Fiscal del Tribunal Supremo de 1922 sobre interpretación de la ley recientemente promulgada, en donde tras afirmarse que hasta ahora ha sido manifiesta la ausencia del Ministerio Fiscal en todos los trámites de las suspensiones de pagos, se expresa, sobre determinadas fases y momentos del procedimiento, que el Ministerio Fiscal deberá observar una prudente abstención. Tan singular doctrina restrictiva, inadmisibles hoy, pudo ser ajustada a las circunstancias de la época, con escasas suspensiones de pagos y de poca entidad, e incluso a la propia naturaleza de la ley que analizaba, que fue prevista como norma temporal, razón por la cual también los criterios de la Fiscalía del Tribunal Supremo serían transitorios, sin perspectivas de permanencia absoluta e incondicionada en el futuro.

4.<sup>a</sup> La apertura de la pieza para depurar responsabilidades al suspenso cuya insolvencia se declare como definitiva es decisión del Juez, pero el Ministerio Fiscal interviene sin limitaciones en ella, calificando la insolvencia definitiva, instando medidas cautelares e iniciando por demanda el llamado juicio de responsabilidad. Más a propósito de esta intervención hay que aclarar algunos puntos a fin de que quede definida la posición del Ministerio Fiscal sobre la continuación o no de la pieza de calificación abierta.

1. Si tras haberse iniciado la tramitación de la pieza para exigir responsabilidades, el otro procedimiento, el de suspensión de pagos, se sobreseyere por alguna de las causas legales, tal conclusión extiende sus efectos extintivos a la pieza separada, por lo que cuando el Ministerio Fiscal conociere que el expediente de suspensión de pagos ha sido sobreseído, dictaminará en la pieza en el sentido de que procede tenerla por concluida, absteniéndose de formular demanda, y si el sobreseimiento se produjere en tramitación ya el juicio de responsabilidad desistirá de él.
2. Si al auto que declara la insolvencia definitiva sigue no el sobreseimiento sino la aprobación del convenio, esta situación es compatible con la prosecución de la pieza y con la calificación de culpable o fraudulenta para la suspensión de pagos, así como con la formulación de demanda por el Ministerio Fiscal.

c) Aun cuando no esté previsto en la ley el desistimiento, a iniciativa del suspenso, hay que partir de su admisibilidad dado el carácter voluntario y de privilegio procesal de la suspensión de pagos, pero con límites de distinta naturaleza; por virtud de los temporales, el ejercicio de la facultad ha de ser anterior a la iniciación de la pieza de responsabilidad, y por razón de los límites formales sus efectos no son automáticos, sino que es exigible la comunicación del acto unilateral del desistimiento a las demás partes para que tengan la oportunidad de solicitar la continuación del procedimiento.

Si la calificación de la quiebra lleva aparejada consecuencias penales cuando se reputa fraudulenta o culpable (arts. 520-521 del Código Penal), y inedia el requisito legal de procedibilidad, las insolvencias definitivas en las suspensiones de pagos, aun calificadas de culpables o fraudulentas, no constituyen, en ningún caso, el antecedente necesario para exigir responsabilidad criminal, por cuanto no existen tipos penales que prevean suspensiones de pagos punibles, por lo que el Ministerio Fiscal en las demandas de responsabilidad fundadas en insolvencias fraudulentas o culpables, no solicitará deducción de testimonio alguno de particulares para proceder criminalmente contra el suspenso.

6.<sup>a</sup> Si en el derecho dado está excluida de modo incondicionado la petición de eventuales responsabilidades criminales derivadas de la calificación de las insolvencias definitivas como culpables o fraudulentas, y a pesar de ello la Ley de Suspensión de Pagos (arts. 8 y 20), ordena para esos casos la iniciación de un juicio civil --el declarativo de mayor cuantía-- para

la determinación y efectividad de las responsabilidades del suspenso, parece inobjetable la naturaleza civil patrimonial de la responsabilidad a exigir, pero acontece que como con el convenio aprobado, cumplido o en vías de cumplimiento, que normalmente precede al juicio de responsabilidad se han extinguido las preexistentes obligaciones de cuyo incumplimiento hubiera podido dimanar responsabilidad. el Ministerio Fiscal se hallará en la duda, si se decide a formular demanda en el juicio de responsabilidad por existir activos objeto del futuro fallo favorable, sobre quienes deberán ser demandados y por qué circunstancias de hecho y jurídicas. Procedería deducir la demanda ejercitando la acción civil de responsabilidad o la acción, también civil, para la ejecución forzosa del convenio, con estas particularidades.

1. Dirigirla no contra el suspenso, porque con un convenio aprobado e incluso ejecutado, no tiene responsabilidades civiles pendientes, sino que como demandados podrían figurar consejeros o gerentes de sociedades, que son también destinatarios de la acción para depurar responsabilidades (art. 20, párrafo primero). La responsabilidad se hará derivar de alguna de las causas de culpabilidad o fraudulencia o cuando el perjuicio de los acreedores provenga de otros actos imputables al demandado.
2. Demandar al declarado en suspensión de pagos cuando haya incumplido el convenio judicialmente homologado, y los acreedores no hayan ejercitado su rescisión y la consecutiva declaración de quiebra, supuesto en que el *petitum* de la demanda sería el cumplimiento coactivo de las obligaciones asumidas en el concierto del convenio, si tal forma de ejecución no se considera ajena a la suspensión de pagos.

7.<sup>a</sup> Situados ya en el marco del procedimiento principal, el expediente de suspensión de pagos, la intervención del Ministerio Fiscal se extiende tanto a las fases procesales de declaración como a las del convenio (art. 23), pero su actividad ofrece variedad de fines, pues si es cierto que la ley lo considera primordialmente en su faceta de parte en los procesos de esa naturaleza, no puede olvidarse al Ministerio Fiscal como titular de la acción penal que ha de iniciar o continuar durante la sustanciación del expediente para la persecución de infracciones punibles.

1. Concretos preceptos de la ley describen conductas antijurídicas de los interventores (art. 8), y del suspenso (art. 6), derivadas del incumplimiento de obligaciones legales; en el primer caso de la obligación de emitir dictamen, y para los suspensos, de la inobservancia de la obligación de completar su capacidad — limitada para actos de administración y disposición patrimonial— que por remisión de la norma se suelen incardinar en la estafa genérica, pero dado que la acción recae sobre actos negociales o bienes propios, su tipicidad puede hallar un mejor encaje en la figura del alzamiento de bienes.
2. El ejercicio de acciones por cualesquiera otros delitos de cuya comisión puedan desprenderse indicios en los datos que resulten del expediente concursal, es conciliable con la prosecución de éste, compatibilidad que se extiende a los procesos por delitos iniciados antes de la suspensión de pagos; sin embargo, con esa tramitación paralela y concurrente de procesos concursales y penales, siempre que de estos derive responsabilidad civil directa y subsidiaria, surgen problemas de no fácil solución relativos al modo en que las medidas cautelares adoptadas en el proceso penal pueden afectar a la tramitación de un procedimiento de suspensión de pagos.
3. Aun cuando el artículo 20 de la Ley parte de la integridad y subsistencia del convenio no obstante la prosperabilidad de las acciones penales, cuando se trate de delitos cometidos durante el concierto del convenio, y con influencia decisiva en éste, por el deudor y algunos de los acreedores (fraudes, falsedades, inteligencias fraudulentas), el convenio puede quedar sin efecto, pero para ello es indispensable promover demanda de revisión civil con base en la sentencia penal condenatoria.

8.<sup>a</sup> Como el *dies a quo* del expediente de suspensión de pagos coincide con la presentación de la solicitud, y el Ministerio Fiscal interviene en él desde su iniciación al dársele traslado de aquella junto a la documentación preceptiva, tendrá especialmente en cuenta para construir su

dictamen los presupuestos procesales y sustantivos cuya inexistencia puede dar lugar a la inadmisión a trámite de la solicitud.

1. La fijación dolosa por el deudor de un domicilio distinto al que corresponda con arreglo a las normas de competencia territorial dará lugar a la inadmisión de la suspensión de pagos; la referida alteración fraudulenta no es causa válida para fundamentar cuestiones de competencia territorial, al presentarse éstas como inconciliables con la regulación del expediente de suspensión de pagos.
2. Aun cuando en el procedimiento que establece la ley es problemática la posibilidad de una tramitación conjunta o acumulación de solicitudes de suspensiones de pagos procedentes de empresarios con personalidad jurídica propia, en la práctica no faltan solicitudes simultáneas o sucesivas, pero con corto intervalo, procedentes de grupos de empresas con intereses comunes que tienen distribuidas las actividades de fabricación y comercialización, supuestos estos y otros análogos, en que el Ministerio Fiscal interesará la acumulación cuando advierta entre ellas elementos de conexidad subjetiva o causal tales que conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil exijan una tramitación conjunta.
3. No es normal que la insolvencia (pasivo superior al activo), y sí sólo la iliquidez, se reconozca en las solicitudes de suspensión de pagos, pero si así ocurriera excepcionalmente y tras el examen de los antecedentes documentales se constatará la situación de déficit patrimonial, ello no sería obstáculo decisivo para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente la admisión a trámite, pues la suficiencia de bienes como requisito objetivo exigido por el Código de Comercio para solicitar la suspensión (arts. 870871), se desconoce en la Ley de 1922, con lo que la insuficiencia patrimonial inicial sólo es productora de efectos en la calificación de la insolvencia de las suspensiones de pagos admitidas y declaradas.
4. Como el artículo 3.º de la Ley de Suspensión de Pagos remitiéndose al derecho común y al especial, obliga a los empresarios solicitantes de suspensiones de pagos a la presentación de documentos contables cuya llevanza es preceptiva, y en la forma prevista. el Ministerio Fiscal se cerciorará de si con las solicitudes se aportaron materialmente los libros reputados esenciales u obligatorios para todos los empresarios (art. 25 del C de C), y para las sociedades anónimas (arts. 171-172 de la Ley de Sociedades Anónimas), y de que cumplen las formalidades extrínsecas exigidas, por lo que la omisión de cualesquiera de ellas o la constancia de graves irregularidades, determinará la emisión de dictamen interesando la improcedencia de las pretensiones del solicitante; y si en los casos de indisponibilidad de libros obligatorios o de su aportación pero con anomalías esenciales, recayere providencia admitiendo a trámite la suspensión de pagos, recurrirá el Ministerio Fiscal en reposición autorizado por el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) En circunstancias ordinarias el requisito de la cualidad de comerciante para el empresario individual no es difícil constatarlo por el contenido de la Memoria, libros de contabilidad, relación nominal de los acreedores y naturaleza de las obligaciones pendientes de cumplimiento. Pero no es pacífico si concurre este presupuesto subjetivo de la cualidad de comerciante en las sociedades llamadas irregulares o en que falten requisitos formales esenciales, pareciendo lo más ajustado entender que suponen un obstáculo para acceder al expediente de suspensión de pagos y que tampoco es posible para los dirigentes societarios, a no ser que se justifique, como ocurrió en los hechos de la Sentencia de 19 de noviembre de 1982 que realmente han realizado actos de comercio en nombre propio.

9.ª Aunque la ley establece que el auto declarando la suspensión de pagos es inmediatamente ejecutivo (art. 8, último párrafo), y que no se admitirá pretensión alguna que tienda a impugnar la procedencia de la declaración judicial (art. 9, inciso primero), hay que matizar porque, de un lado, del contenido de aquel auto forman parte también las calificaciones de la insolvencia que sí son modificables en los estrictos términos legales, y de otro lado, el auto es impugnabile, si no inmediatamente sí muy *a posteriori*, una vez celebrada la junta de acreedores y por las mismas causas que legitiman la oposición a la aprobación del convenio (art. 8, inciso final), todas ellas relacionadas con la calificación de la insolvencia.

10.<sup>a</sup> Atendidas las normas de la ley, ha de tomarse en consideración por el Juez el preceptivo dictamen de los interventores al declarar el estado de suspensión de pagos, y ahora de modo especial dada su cualidad de auditores de cuentas, expertos en actuaciones de verificación de documentos contables; del propio modo, el contenido del informe contribuirá esencialmente a la calificación de la naturaleza de la insolvencia como definitiva o como provisional, si bien para pronunciarse sobre la modificación o recalificación de las respectivas insolvencias, el Juez de la suspensión tiene total autonomía, en cuanto los elementos a valorar sobre la corrección y suficiencia de la cobertura y las garantías son estrictamente jurídicos.

11.<sup>a</sup> Las dos únicas formas legales de conversión de la insolvencia definitiva en provisional son la consignación o cobertura del déficit y el afianzamiento hechos por terceros en la cuantía necesaria para eliminar el desbalance; en la práctica se ha planteado la eficacia de formas atípicas de recalificación que no suponen incremento del activo como sucede en aquellas, sino reducción del pasivo, siendo una de las más representativas y frecuentes, la renuncia por parte de acreedores a los créditos ya reconocidos o a parte de ellos. La solución afirmativa debe aceptarse para esta modalidad de recalificación; de un lado, porque en el Código Civil se prevé como causa de extinción de las obligaciones la renuncia al derecho de crédito por su titular (condonación o remisión), y de otro, porque al reconocerse por la jurisprudencia la eficacia de los convenios o pactos remisivos entre el suspenso y los acreedores, también serán productores de efectos los actos unilaterales de condonación perfeccionados tras la apertura del plazo hábil para la recalificación.

12.<sup>a</sup> Se cuestiona la posibilidad de sí, dándose determinadas circunstancias durante la tramitación de los expedientes producen la plenitud de sus efectos normales la conclusión de actos excedentes de la ordinaria administración (enajenación de activos, actos traslativos de créditos) sobre bienes de la titularidad del suspenso. Es principio general que con la admisión de la suspensión de pagos, el deudor, intervenidas sus operaciones, se halla inhabilitado para realizar actos de disposición patrimonial, por lo que es obligado un complemento de capacidad para celebrar válidamente actos contractuales y de enajenación (art. 6), y que en el auto declarativo del estado de suspensión, el Juez fijará los límites de la capacidad de obrar de aquel o de su actuación gestora (art. 8, sexto párrafo), modificando o no la situación anterior. No existen, pues, especiales impedimentos técnico-jurídicos para la realización de activos siempre que con anterioridad a la conclusión del negocio dispositivo se hayan cumplido los requisitos particulares de validez complementarios de la capacidad.

13.<sup>a</sup> Entre la proposición del convenio y su cumplimiento existen variadas etapas. Unas propiamente procesales y otras que no desbordan el área de las relaciones contractuales con intereses particulares en juego resueltos con la oferta y aceptación. La expresión última de éstas se halla en la junta de acreedores en la que éstos y el deudor discuten libremente y acuerdan pactos sobre la cuantía futura o el aplazamiento de los créditos, materia que obviamente, debe ser extraña al Ministerio Fiscal. Es, sin embargo, fase procesal la que se inicia con el acto de oposición que sigue a la aceptación del convenio por la mayoría de acreedores y que suspende la aprobación judicial del mismo. Con independencia de que no se mencione al Ministerio Fiscal como interviniente en el proceso incidental de oposición, participa en el mismo tanto porque aún no se ha cumplido el convenio, día final de su presencia en el proceso, como porque alguno de los motivos de nulidad formal afectan directamente a la regularidad del procedimiento y a la eficacia del convenio, y otras causas de nulidad no sólo están vinculadas con el fraude sino que integran figuras delictivas.

14.<sup>a</sup> La capacidad de disposición patrimonial de los empresarios individuales y sociales titulares de bienes, puede quedar limitada por algunas de las resoluciones recaídas en los expedientes de suspensión de pagos (providencia de admisión a trámite de la solicitud, auto de declaración del estado y de calificación de la insolvencia), y como resulta obligado constatarlos en forma de anotación o de inscripción, por medio de mandamiento judicial dirigido a los correspondientes Registros, el Ministerio Fiscal atenderá de modo especial a su efectividad por razones de seguridad del tráfico jurídico y de los derechos de acreedores y terceros. De igual modo, vigilará el cumplimiento de la obligación de instar la cancelación de los asientos practicados, que tendrá lugar por la comunicación a los Registros de los actos de conclusión normal (aprobación y cumplimiento del convenio), y anormal (sobreseimiento o archivo), de los

expedientes de suspensión de pagos, en cuanto ellos ponen fin a la prohibición judicial de enajenar que había privado al suspenso de la facultad de disponer.