

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### Instrucción 1/2013, de 23 de julio, sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal.

Referencia: FIS-I-2013-00001

#### ÍNDICE

1.-Introducción 2.-Aspectos funcionales 2.-1 Ideas generales 2.-2 Formación de la sección sexta 2.-3 Contenido del dictamen del Fiscal 2.-4 Los motivos de culpabilidad 2.-5 Procedimiento 2.-6 Sentencia 2.-7 Otros efectos de la calificación concursal: la cobertura del déficit concursal 2.-8 Deducción de testimonio 2.-9 Especialidades en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad 3.- Aspectos orgánicos 4.- Conclusiones.

#### 1. Introducción

Las instituciones de Derecho concursal se orientan a proteger variados intereses, tales como el interés de los acreedores, el interés en la continuación de la actividad económica, la tutela del empleo, o la tutela del interés del mercado.

En estos intereses en juego subyace un interés público y social que lleva al Legislador a dar entrada en el proceso concursal, bien que limitada, al Ministerio Fiscal.

La preocupación de la Fiscalía por conseguir pautas de actuación uniformes a fin de fomentar una intervención ágil y eficaz en la materia se manifiesta en la profusa doctrina que la misma ha generado en anteriores contextos normativos. Así pueden citarse la Consulta de 23 de octubre de 1913, sobre los requisitos de perseguibilidad en los delitos de quiebra fraudulenta; la Circular de 16 de noviembre de 1922, sobre suspensiones de pagos; la Circular de 31 de mayo de 1926, sobre la intervención del Fiscal en la aplicación de la Ley de 26 de julio de 1922 sobre suspensión de pagos; la Consulta de 16 de febrero de 1974, sobre la coexistencia del ejercicio de la acción civil en el procedimiento universal de quiebra con la acción civil derivada del delito en el proceso penal por quiebra fraudulenta; la Consulta de 9 de octubre de 1976, sobre la responsabilidad civil de los cómplices de una quiebra y la Circular 1/1995, de 6 de abril, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos.

En defensa del interés público tutelado por la Ley y para la satisfacción de los intereses sociales, especialmente ante la situación de grave crisis económica por la que atravesamos, las obligaciones que nuestro ordenamiento impone al Fiscal en relación con las situaciones de insolvencia deben ser escrupulosa y eficazmente cumplidas, tanto en el proceso concursal como en depuración de eventuales responsabilidades penales. La actuación diligente de los Sres. Fiscales es de capital importancia en esta materia, atendiendo a los sensibles intereses en juego. Toda dilación en este ámbito, más que indebida en sentido constitucional, imprecendente y evitable, quebranta la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho.

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) la intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico.

Se orientará la presente Instrucción a dar pautas en relación con la intervención del Ministerio Público en esta pieza de calificación del procedimiento concursal.

## 2. Aspectos funcionales

### 2.1. Ideas generales

La LC dedica su Título VI a la calificación del concurso, dando en esta pieza un importante papel al Ministerio Fiscal. Debe en todo caso partirse de que conforme al apartado segundo del art. 163 LC la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. En el mismo sentido, el art. 260.4 CP dispone que en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

Por tanto, el principio es el de absoluta autonomía entre la jurisdicción civil y la penal a la hora de calificar jurídicamente el concurso. En modo alguno la calificación en el proceso concursal condiciona al proceso penal, no siendo por tanto una condición de procedibilidad que en aplicación de la LC se llegue a la conclusión de que el concurso fue culpable.

Expresamente declara al respecto la Exposición de Motivos que los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia.

No obstante, y de ello se extraerán consecuencias, parece claro que en la intervención del Fiscal en la pieza de calificación subyace la intención del Legislador de que el Ministerio Público realice una primera evaluación de las circunstancias que han conducido a la crisis, a fin de que si aparecen prima facie elementos con posible trascendencia penal, pueda servirse de esta información para promover la apertura de un procedimiento de este tipo.

Esta justificación de la intervención del Fiscal a efectos de depuración de responsabilidad puede colegirse con claridad de los antecedentes legislativos existentes, en relación con la regulación de las antiguas figuras de las suspensiones de pago y quiebras. En este sentido, declaraba expresamente la Circular 1/1995, de 6 de abril 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.

### 2.2. Formación de la sección sexta

El art. 167 LC determina, como regla general, la procedencia de la formación de la sección de calificación del concurso. Por excepción no procederá la formación de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido.

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

El art. 167.1 reformado por Ley 38/2011 establece que la formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial en la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias.

La sección sexta o de calificación se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración (art. 167.1 párrafo tercero LC). La administración concursal debe presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, expresando la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así

como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (art. 169.1 LC).

### 2.3. Contenido del dictamen del Fiscal

Conforme al apartado segundo del art. 169 LC una vez unido el informe de la administración concursal, el Secretario judicial dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El Juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.

El Fiscal, cuando ha de examinar las actuaciones para dictaminar, dispone ya del informe de los administradores, informe que puede serle de gran utilidad a la hora de alcanzar sus propias conclusiones. Este punto debe ser subrayado: el Fiscal ha de alcanzar sus propias conclusiones, examinando lo actuado desde la más absoluta autonomía e imparcialidad. Puede perfectamente calificar como fortuito el concurso pese a la calificación de culpable alcanzada por los administradores, y puede, desde luego, calificar el concurso de culpable pese a la calificación fortuita de los administradores. Es más, la propia Ley parte de la posibilidad de calificaciones discrepantes cuando en el art. 170.1 prevé el archivo de la sección de calificación sólo para los supuestos en los que el informe de la administración concursal y el dictamen del Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito. El plazo preclusivo que se otorga al Fiscal, es, pues, de diez días, prorrogable por otros diez.

A la vista del efecto que otorga la Ley al vencimiento del plazo, los Sres. Fiscales, inmediatamente que se les dé traslado, si por la complejidad del expediente o por cualquier otra causa prevén dificultades para emitir el dictamen en diez días, solicitarán del Juzgado la ampliación del plazo.

Puede resultar conveniente pedir al Juzgado, con ampliación del plazo para calificar, que se una a la sección sexta el testimonio de las resoluciones judiciales sobre el ejercicio de las acciones de reintegración (art. 71 LC), pues en tanto se puede haber acordado la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, pueden ser subsumibles en las causas de calificación del concurso como culpable (arts. 164 y 165 LC).

Este tipo de peticiones debe realizarse, no obstante, con moderación y con la debida justificación, pues debe partirse, como establece la STS nº 227/2010, de 22 de abril de que la exigencia de que se deban reproducir, para acompañar con el informe de los administradores, documentos que obran en otras secciones no es razonable, ni es conforme a la economía procesal al suponer un derroche de tiempo y coste económico absolutamente innecesario, sin que resulte afectado en modo alguno el derecho de defensa.

El informe de los Administradores debe reunir los requisitos mínimos previstos por el art. 169.1 LC, esto es, ha de ser razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, identidad en su caso de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. Si el informe no reuniera estos requisitos mínimos, podrán los Sres. Fiscales interesar del Juzgado que se requiera a los Administradores para que subsanen los defectos del informe, con suspensión del plazo para emitir el dictamen.

Algún autor ha mantenido que no es obligatorio para el Fiscal emitir dictamen, sobre la base de la presunción legal de conformidad con la calificación de los administradores si nada dictamina en plazo. Esta interpretación ha de ser tajantemente rechazada: el Fiscal tiene obligación de dictaminar en plazo, y el hecho de que la Ley interprete el silencio como una no oposición al informe de los administradores en absoluto empaña esta obligación legal. Es más, esta consecuencia presuntiva, aplicando el brocardo *qui tacet consentire videtur*, obliga precisamente a una especial diligencia a la hora de emitir el dictamen en plazo.

Para los casos de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio la Ley establece expresamente cual debe ser el contenido del dictamen. Para estos casos, el apartado tercero del art. 169 LC dispone que el informe de la administración concursal y, en su

caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.

Para los demás supuestos, ninguna previsión expresa se contiene en la Ley en cuanto al contenido del dictamen del Fiscal. Para la SAP Córdoba, secc. 3ª, nº 8/2010, de 15 de enero aunque la falta de especificación legal concede una evidente libertad de forma al Fiscal para la redacción de su dictamen de calificación, parece también claro que, como mínimo, deberá contener una propuesta de resolución en relación con la conducta del deudor, y caso de estimarse que es culpable, una identificación de las personas afectadas, tanto a título principal como en calidad de cómplices. Profundizando aún más, la SAP Barcelona, secc. 15ª, nº 487/2008, de 30 de diciembre impone al dictamen del Fiscal la obligación de reunir básicamente los elementos esenciales de una demanda, que se especifique con claridad el *petitum* y la causa *petendi*: la calificación concreta que se pide, así como el resto de pronunciamientos que se solicita de la sentencia de calificación, y las razones que lo justifican. Sólo así el deudor, las personas afectadas por la calificación solicitada y los cómplices están en condiciones de defenderse y oponerse, contradiciendo las razones vertidas en los escritos iniciales.

En esta misma línea de exigencia se sitúan las SSAP Zaragoza, secc. 5ª, nº 447/2008, de 15 de julio y 550/2007 de 8 de octubre.

En efecto, los principios de justicia rogada (art. 216 LEC) y de congruencia (art. 218 LEC), exigen que el contenido del informe del Fiscal se extienda a los mismos extremos que se prevén para el informe de los administradores, esto es, debe ser un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (art. 169.2).

No se prevé expresamente que el Fiscal se pronuncie en su dictamen sobre el plazo de inhabilitación al que deben ser condenados los responsables. No obstante, tal omisión debe integrarse, utilizando parámetros sistemáticos y teleológicos, en el sentido de que el dictamen habrá de pronunciarse igualmente sobre tal extremo.

Deberán por tanto los Sres. Fiscales adaptar el dictamen a la estructura básica de la demanda, con expresión de hechos, fundamentos de derecho y *petitum*. Es esencial concretar los pedimentos finales y proponer prueba aunque no se interese la celebración de vista, por si el Juez la acuerda. De este modo, interviniendo activamente el Fiscal mediante la presentación de un escrito preciso, completo y riguroso, se evita la indefensión de afectados y cómplices y se facilita una sentencia congruente.

## **2.4. Los motivos de culpabilidad**

El art. 164 LC regula los diferentes supuestos de culpabilidad.

En el art. 164.2 LC se establece el listado de supuestos concretos de culpabilidad.

Además, el art. 164.1 LC incorpora una cláusula general: el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Conforme a la STS nº 459/2012, de 19 de julio la LC sigue dos criterios para describir la causa por la que un concurso debe ser calificado como culpable. Para el supuesto del art. 164.1 la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, hubiera producido como resultado la generación o la agravación del estado de insolvencia.

Para los supuestos del art. 164.2 la calificación es independiente de la prueba de la producción de ese resultado y sólo está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la norma. Este segundo precepto contiene expreso mandato de que el concurso se califique como culpable « en todo caso (...)» siempre que «concurra cualquiera de los siguientes supuestos»; lo que constituye evidencia de que la ejecución de las conductas, positivas o negativas que se describen en los seis ordinales del apartado 2 del art. 164 basta para determinar aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no hayan generado o agravado el estado de insolvencia de la concursada, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo artículo-.

El art. 165 LC establece presunciones de culpabilidad. Ante estos supuestos, el demandado puede demostrar que, a pesar de ello, no existió ni dolo ni culpa grave en su actuación, esto es, se admite prueba en contrario (SSAP Barcelona, secc. 15ª, nº 50/2009, de 30 de enero y Pontevedra, secc. 1ª nº 431/2010, de 13 de septiembre).

El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos mencionados del art. 164, sino que se trata de una norma complementaria de la del apartado 1, pues manda presumir *iuris tantum* la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no baste para convencer al Tribunal (SSTS nº 614/2011, de 17 de noviembre; 259/2012, de 20 de abril; 255/2012, de 26 de abril; y 298/2012, de 21 de mayo; 459/2012, de 19 de julio).

Incluso puede ocurrir que pese a constatarse la concurrencia de alguna de las presunciones *iuris tantum* del art. 165, tal conducta no haya generado ni agravado la insolvencia. En estos casos no habrá de instarse la declaración de culpabilidad.

## 2.5. Procedimiento

Tras la emisión de los informes por la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de ellos considere que el concurso debe de ser calificado como culpable, se dará un plazo de audiencia por diez días al deudor y se emplazará a todas las personas que pudieran verse afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices para que comparezcan en la sección, si no lo hubiera hecho ya, en un plazo de cinco días. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, ésta se sustanciará por los trámites del incidente; en caso contrario, el Juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.

El Ministerio Fiscal será igualmente parte en el incidente concursal que pueda llegar a incoarse ante la oposición a la calificación del concurso como culpable (arts. 171.1 y 184.1 LC).

El incidente de oposición sigue los trámites del juicio verbal (art. 194 LC) aunque solamente se celebrará vista si se hubiera presentado contestación por escrito, con discusión sobre hechos relevantes y con propuesta de medios de prueba (art. 194.4 LC). No se celebrará vista cuando las pruebas propuestas solo sean documentos ya aportados en el proceso sin haber resultado impugnados o informes periciales sobre los que las partes ni el Juez solicitasen la presencia de los peritos para ratificación (art. 194.4 LC).

## 2.6. Sentencia

La sentencia que se dicta en la sección sexta debe pronunciarse sobre la calificación del concurso. En caso de que se califique como culpable, habrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices; impondrá a todas aquéllas la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal, durante un período de dos a quince años; les impondrá, asimismo, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados.

En cuanto a la posibilidad de que en sentencia se acuerden medidas no interesadas por ninguna de las partes la STS (Pleno) nº 227/2010, de 22 de abril considera que existen unos pronunciamientos que no pueden ser adoptados si no hay petición de la Administración Concursal o del Ministerio Fiscal, y otros que son de apreciación de oficio y aplicación automática por el Juez del Concurso. Esta sentencia confirma la recurrida en la que se

declaraba que procede mantener la condena de instancia en cuanto a la inhabilitación impuesta... así como la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores del concurso o de la masa y a devolver lo que hubieran recibido de la masa, art. 172.2.3º, pues estos efectos se producen como consecuencia automática de ser personas afectadas por la declaración de concurso culpable, y procedentes, por tanto, aunque no exista una petición concreta por parte de la administración concursal y del Ministerio Fiscal.

Es importante, no obstante, que los Sres. Fiscales impetren en su dictamen cuantas medidas consideren que deben ser impuestas, a fin de evitar alegaciones sobre incongruencia.

Los Sres. Fiscales deberán valorar si contra la sentencia procede interponer recurso de apelación (art. 172 bis apartado cuarto LC) o recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC).

Deberán los Sres. Fiscales contestar de forma amplia al recurso o recurso interpuestos contra la sentencia de condena, absteniéndose de escritos formularios, e instando que el Administrador concursal los conteste en debida forma.

## **2.7. Otros efectos de la calificación concursal: la cobertura del déficit concursal**

El art. 172 bis, introducido por la Ley 38/2011, regula en su integridad la denominada “responsabilidad concursal” estableciendo que cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit.

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

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

El apartado cuarto de este mismo precepto dispone que quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.

Como declara la STS nº 459/2012, de 19 de julio la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable. Se condiciona a la sentencia de calificación del concurso y depende de una razonable discrecionalidad del Juez.

## **2.8. Deducción de testimonio**

Los Sres. Fiscales deberán solicitar la correspondiente deducción de testimonio si al estudiar las actuaciones, consideran que los hechos pueden tener trascendencia penal. Tal petición, que puede efectuarse en cualquier momento, puede también acordarse por el Juez en cualquier estadio del procedimiento, no siendo necesario que lo haga en la sentencia.

Al analizar las actuaciones habrán los Sres. Fiscales de tener especialmente presentes los tipos sobre insolvencias punibles contenidos en el capítulo VII del título XIII del Código Penal (arts. 257 a 261 bis CP).

Debe recordarse que el tipo de alzamiento (art. 257 CP) dispone en su apartado quinto que este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

Por su parte, el tipo que castiga el concurso causado o agravado dolosamente (art. 260) dispone en su apartado tercero que este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin

esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de este. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

Por otra parte, conforme al art. 172.3 LC la sentencia que se dicte en esta sección sexta puede pronunciarse sobre la indemnización de daños y perjuicios.

Armonizando ambas normativas, la STS nº 372/2012, de 11 de mayo declara que no existe obstáculo alguno para que el proceso penal culmine con una declaración de responsabilidad civil, cuya efectividad quedará, sin embargo, condicionada por el resultado del proceso concursal. Y será precisamente al Juez mercantil a quien incumbirá la adopción de las decisiones precisas para que, en ningún caso, pueda generarse un enriquecimiento injusto para alguno de los perjudicados o una quiebra del principio de igualdad en la efectividad de los respectivos créditos.

Además, en el ámbito del proceso penal el art. 4 LC impone a los Fiscales unas obligaciones específicas para con los acreedores: cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal.

Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

## **2.9. Especialidades en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad**

Debe también recordarse que en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, el art. 174 LC prevé que la autoridad supervisora que las hubiera acordado comunicará inmediatamente la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad.

En estos supuestos, el apartado segundo de este mismo precepto prevé que recibida la comunicación y, aunque la resolución administrativa no sea firme, el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso.

En este incidente autónomo de calificación también interviene, pues, el Fiscal, siguiendo los trámites del art. 175, que incorpora la especialidad de que el informe sobre la calificación será emitido por la autoridad supervisora que hubiere acordado la medida de intervención.

## **2.10. Medidas cautelares**

Debe también recordarse que la Ley prevé la intervención del Fiscal, como defensor de los derechos de los ciudadanos, en el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares previstas en el art. Primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (en adelante LORC), esto es, en la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones del deudor, deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio, entrada en el domicilio del deudor y su registro y arresto domiciliario.

Los Sres. Fiscales habrán de dictaminar motivadamente (vid. Instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal) y utilizando los parámetros que la propia LORC introduce (idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso; resultado u objetivo perseguido; proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido; y duración de la medida) y con sujeción siempre al principio favor libertatis.

### 3. Aspectos orgánicos

El despacho de las piezas de calificación de los concursos ha de encomendarse, como regla general a las Secciones de lo Civil, atendiendo a la naturaleza civil del procedimiento concursal y a la atribución de su tramitación al orden jurisdiccional civil.

Debe no obstante repararse en que como se refirió supra, una de las finalidades principales de la intervención del Fiscal en la pieza de calificación es la de que éste evalúe si de lo actuado se desprenden indicios de la comisión de un delito. Desde esta perspectiva, deberán los Fiscales de las Secciones de lo Civil actuar coordinadamente con los Fiscales de las Secciones de Delitos Económicos en una materia en la que existen evidentes interconexiones.

Deberán igualmente conocer las Secciones de lo Civil de las cuestiones de competencia que pudieran plantearse (art. 12).

Del mismo modo, las Secciones de lo Civil intervendrán en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares previsto en el art. 1 de la LORC.

Esta regla general podrá exceptuarse, de modo que las Fiscalías, en ejercicio de sus facultades autoorganizativas, si la eficacia del servicio así lo aconseja, podrán encomendar el despacho de los procedimientos concursales a las Secciones de Delitos Económicos, poniéndolo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

El Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General coordinará la intervención de los Fiscales en los procedimientos concursales, incluso cuando conforme a lo dispuesto supra, se asignen estas funciones a las Secciones de Delitos Económicos.

### 4. Conclusiones

1ª El dictamen del Fiscal en la sección sexta ha de reflejar sus propias conclusiones, examinando lo actuado desde la más absoluta autonomía e imparcialidad. Puede perfectamente calificar como fortuito el concurso pese a la calificación de culpable alcanzada por los administradores, y puede, desde luego, calificar el concurso de culpable pese a la calificación fortuita de los administradores.

2ª A la vista del efecto que otorga la Ley al vencimiento del plazo, los Sres. Fiscales, inmediatamente que se les dé traslado, si por la complejidad del expediente o por cualquier otra causa prevén dificultades para emitir el dictamen en diez días, solicitarán del Juzgado la ampliación del plazo.

Si el informe de los Administradores no reuniera los requisitos mínimos previstos en el art. 169.1 LC, podrán los Sres. Fiscales interesar del Juzgado que se requiera a los mismos para que subsanen los defectos, con suspensión del plazo para emitir el dictamen.

3ª El Fiscal tiene obligación de dictaminar en plazo, y el hecho de que la Ley interprete el silencio como una no oposición al informe de los administradores en absoluto empaña esta obligación legal.

4ª El contenido del informe del Fiscal debe extenderse a los mismos extremos que se prevén para el informe de los administradores, esto es, debe ser un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (art. 169.2).

Deberán los Sres. Fiscales adaptar el dictamen a la estructura básica de la demanda, con expresión de hechos, fundamentos de derecho y petitum.

5ª Los Sres. Fiscales deben pronunciarse en su dictamen sobre el plazo de inhabilitación al que deben ser condenados los responsables.

6ª Los Sres. Fiscales habrán de impetrar en sus dictámenes cuantas medidas consideren que deben ser impuestas, a fin de evitar alegaciones sobre incongruencia.

7ª Como regla general, se atribuye el despacho del dictamen en estas piezas a los Fiscales asignados a las Secciones de lo Civil, debiendo actuar debidamente coordinados con los Fiscales de las Secciones de Delitos Económicos.

8ª Deberán igualmente conocer las Secciones de lo Civil de las cuestiones de competencia que pudieran plantearse (art. 12).

9ª Del mismo modo, las Secciones de lo Civil intervendrán en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares previsto en el art. 1 de la LORC.

10ª La regla general podrá exceptuarse, de modo que las Fiscalías, en ejercicio de sus facultades autoorganizativas, si la eficacia del servicio así lo aconseja, podrán encomendar el despacho de los procedimientos concursales a las Secciones de Delitos Económicos, poniéndolo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado.

11ª El Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General coordinará la intervención de los Fiscales en los procedimientos concursales, incluso cuando se asignen estas funciones a las Secciones de Delitos Económicos.

Madrid, 23 de julio de 2013.-El Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce Lifante.