

Nº: 1.127/2019

## SEÑORES :

Fernández de la Vega Sanz, Presidenta  
Lavilla Alsina  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Herrero y Rodríguez de Miñón  
Ledesma Bartret  
Aza Arias  
Camps Cervera  
Alonso García  
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,  
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2020, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de la entonces Ministra de Justicia de 30 de diciembre de 2019, con registro de entrada el mismo día, ha examinado, con carácter urgente, el expediente relativo a un proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

## ANTECEDENTES

De antecedentes resulta:

**Primero.** Se somete a consulta un proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

El texto sometido a dictamen (en adelante, el proyecto) está conjuntamente suscrito por los Ministerios de Justicia y de Economía y Empresa, tiene fecha de 27 de diciembre de 2019 y está integrado por un preámbulo, un único artículo, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El preámbulo comienza recordando que la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas, pues es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones, a través de sucesivas leyes y decretos leyes, con un ritmo acentuado en la décima legislatura.

Señala a continuación el preámbulo que, durante la gestación de la que habría de ser la Ley 22/2003, se había debatido sobre la conveniencia de incorporar al entonces derecho proyectado las instituciones propias del denominado derecho preconcursal, pero la mala experiencia que, en el inmediato pasado, había supuesto la deformación de los procedimientos formalmente predispuestos para el tratamiento de situaciones de iliquidez, militaba en contra de la distinción entre el derecho concursal y el preconcursal; por otra parte, la alegada rigidez del procedimiento concursal y de muchas funciones atribuidas al juez del concurso no se consideraban especial problema por la simultánea creación de los Juzgados especializados. Sin embargo, a poco de promulgada la ley, la crisis que atravesó la economía española evidenció los defectos y las insuficiencias de la nueva normativa, colapsando los juzgados de lo mercantil y produciéndose una cierta “huida de la Ley Concursal” española. Por esta razón, indica el preámbulo, el legislador español se sintió constreñido a intervenir, con frecuencia, invocando razones de extraordinaria y urgente necesidad, *“para tratar de dar solución adecuada a lo que no la tenía, aunque ello comportara, en ocasiones, la sustitución de elementos básicos del recién estrenado sistema concursal”*. Así, junto con reformas estables, ha habido casos de reformas de lo reformado, en un proceso continuado de diseño y rediseño.

Esa acumulación de reformas justificó que la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, y la finalización del plazo allí establecido para la refundición ha motivado que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyera una disposición final tercera que ampliaba dicho plazo.

Indica a continuación el preámbulo que las Cortes Generales, al incluir en la habilitación la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos, han establecido el método y, al mismo tiempo, fijado los límites del encargo al poder ejecutivo. La fidelidad al mandato recibido impide la mera yuxtaposición de artículos y permite, dice el preámbulo, solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema vigente.

Apunta el preámbulo que la doctrina del Consejo de Estado ha señalado que regularizar, aclarar y armonizar textos legales supone, en primer lugar, la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y, en segundo lugar, la posibilidad de alterar la literalidad de los textos para depurarlos.

La alteración de la sistemática ha dado lugar, en primer lugar, a la división del texto refundido en tres libros, el primero de ellos dedicado al concurso de acreedores, el segundo al derecho preconcursal, *“ese otro derecho de la crisis que es alternativo -y, en ocasiones, previo- al derecho tradicional de insolvencia”*, y el tercero a las normas de derecho internacional privado. En relación con el libro I, subraya el preámbulo que, en la distribución de la materia entre los distintos títulos de que se compone existen diferencias importantes con la sistemática de la Ley 22/2003; respecto al libro II, señala que ha sido el de mayor dificultad técnica en su elaboración, dadas las reconocidas deficiencias, incluso terminológicas, del régimen de estos expedientes o procedimientos, de modo que *“quizás sea aquí donde los límites de la refundición resultan más patentes”* y *“en la refundición de esas normas se ha procedido con especial prudencia para evitar franquear los límites de la encomienda”*.

La alteración de la literalidad, en segundo lugar, es, según el preámbulo, la manifestación más significativa del mandato de claridad. Esa alteración de la literalidad ha ido unida a una nueva relación entre el continente y el contenido.

Asimismo, recuerda el preámbulo que el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir

mandatos jurídicos vigentes. Pero, dentro de los límites fijados por las Cortes, la tarea exigía actuar “con buen sentido”, pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones.

En fin, subraya esta parte expositiva que la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido *“no excluye que el legislador español tenga que continuar el proceso de reforma legislativa del derecho de la insolvencia. Además, habrá que incorporar al derecho español aquellas iniciativas, en fase de gestación en la Unión Europea, que tienen como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas”*.

Por lo que hace a la parte dispositiva del proyecto de Real Decreto Legislativo remitido a consulta, su artículo único aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

La disposición adicional primera se remite a la definición de los grupos de sociedades contenida en el artículo 42.1 del Código de Comercio; la disposición adicional segunda establece que las referencias normativas a la Ley 22/2003 se entenderán realizadas a los preceptos correspondientes del texto refundido; la disposición adicional tercera establece que, dentro del mes siguiente a la publicación oficial del real decreto legislativo, *“se divulgará a través de la página web de los Ministerios de Justicia y de Economía y Empresa, con efectos meramente informativos, una tabla de correspondencias con los preceptos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*; y la disposición adicional cuarta establece que el Gobierno adoptará las medidas pertinentes necesarias para garantizar la elaboración de la estadística concursal.

La disposición derogatoria enumera las normas que se derogan. La disposición final primera establece que el texto refundido se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, que atribuye al Estado la

competencia exclusiva en materia de “legislación mercantil” y de “legislación procesal”; y la disposición final segunda establece que el real decreto legislativo y el texto refundido que aprueba entrarán en vigor “a los dos meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”, con la excepción de los artículos identificados en el apartado 2, cuya entrada en vigor se pospone.

El proyecto de texto refundido de la Ley Concursal contenido en el proyecto de Real Decreto Legislativo remitido a consulta (al que también se aludirá en lo sucesivo, de modo abreviado, como el "Proyecto") está integrado por 752 artículos, y responde al siguiente contenido y estructura:

LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores

TÍTULO I. De la declaración de concurso

CAPÍTULO I. De los presupuestos de la declaración de concurso

CAPÍTULO II. De la legitimación

CAPÍTULO III. De la declaración de concurso a solicitud del deudor

SECCIÓN 1ª.- DEL DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

SECCIÓN 2ª.- DE LA SOLICITUD DEL DEUDOR

SECCIÓN 3ª.- DE LA PROVISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DEL DEUDOR

CAPÍTULO IV. De la declaración de concurso a solicitud de acreedor y de otros legitimados

SECCIÓN 1ª.- DE LA SOLICITUD DE ACREEDOR Y DE OTROS LEGITIMADOS

SECCIÓN 2ª.- DE LA PROVISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ACREEDOR Y OTROS LEGITIMADOS

SECCIÓN 3ª.- DE LA OPOSICIÓN DEL DEUDOR

SECCIÓN 4ª.- DE LA RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD

CAPÍTULO V. Del auto de declaración de concurso

SECCIÓN 1ª.- DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

SECCIÓN 2ª.- DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

SECCIÓN 3ª.- DE LA PUBLICIDAD DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CAPÍTULO VI. De los concursos conexos

SECCIÓN 1ª.- DE LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE CONCURSOS

SECCIÓN 2ª.- DE LA ACUMULACIÓN DE CONCURSOS YA DECLARADOS  
SECCIÓN 3ª.- DE LA TRAMITACIÓN COORDINADA DE LOS CONCURSOS  
CONEXOS

TÍTULO II. De los órganos del concurso

CAPÍTULO I. Del juez del concurso

SECCIÓN 1ª.- DE LA COMPETENCIA

SECCIÓN 2ª.- DE LA JURISDICCIÓN

CAPÍTULO II. De la administración concursal

SECCIÓN 1ª.- DEL NOMBRAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN  
CONCURSAL

Subsección 1ª.- De la composición de la administración concursal

Subsección 2ª.- Del requisito de la inscripción en el Registro público concursal

Subsección 3ª.- Del nombramiento de la administración concursal

Subsección 4ª.- De la recusación de la administración concursal

Subsección 5ª.- De los auxiliares delegados

SECCIÓN 2ª.- DEL EJERCICIO DEL CARGO

SECCIÓN 3ª.- DE LA RETRIBUCIÓN

Subsección 1ª.- Del régimen jurídico de la retribución

Subsección 2ª.- De la cuenta de garantía arancelaria

SECCIÓN 4ª.- DE LA RESPONSABILIDAD

SECCIÓN 5ª.- DE LA SEPARACIÓN Y DE LA REVOCACIÓN

TÍTULO III. De los efectos de la declaración de concurso

CAPÍTULO I. DE LOS EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

SECCIÓN 1ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE EL CONCURSADO EN GENERAL

SECCIÓN 2ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LA REPRESENTACIÓN Y  
DEFENSA PROCESAL DEL CONCURSADO

SECCIÓN 3ª.- DE LOS EFECTOS ESPECÍFICOS SOBRE LA PERSONA  
NATURAL

SECCIÓN 4ª.- DE LOS EFECTOS ESPECÍFICOS SOBRE LA PERSONA  
JURÍDICA

SECCIÓN 5ª.- DE LOS DEBERES DE COMPARECENCIA, COLABORACIÓN  
E INFORMACIÓN DEL CONCURSADO

CAPÍTULO II. De los efectos sobre las acciones individuales

SECCIÓN 1ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES Y SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DECLARATIVOS

SECCIÓN 2ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LAS ACCIONES Y SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

Subsección 1ª.- De las reglas generales

Subsección 2ª.- De las reglas especiales para los procedimientos de ejecución de garantías reales y asimilados

CAPÍTULO III. De los efectos sobre los créditos

CAPÍTULO IV. De los efectos sobre los contratos

SECCIÓN 1ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS

SECCIÓN 2ª.- DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Subsección 1ª.- De la resolución por incumplimiento

Subsección 2ª.- De la resolución en interés del concurso

SECCIÓN 3ª.- DEL DERECHO A LA REHABILITACIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 4ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y SOBRE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Subsección 1ª.- De los efectos sobre los contratos de trabajo 4

Subsección 2ª.- De los efectos sobre los contratos del personal de alta dirección

Subsección 3ª.- De los efectos sobre los convenios colectivos

SECCIÓN 5ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

TÍTULO IV. De la masa activa

CAPÍTULO I. De la composición de la masa activa

CAPÍTULO II. Del inventario de la masa activa

CAPÍTULO III. De la conservación y de la enajenación de la masa activa

SECCIÓN 1ª.- DE LA CONSERVACIÓN DE LA MASA ACTIVA

SECCIÓN 2ª.- DE LA ENAJENACIÓN DE BIENES Y DERECHOS DE LA MASA ACTIVA

Subsección 1ª.- De las reglas generales

Subsección 2ª.- De las especialidades de la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial

Subsección 3ª.- De las especialidades de la enajenación de unidades productivas

Subsección 4ª.- De la cancelación de cargas

CAPÍTULO IV. De la reintegración de la masa activa

SECCIÓN 1ª.- DE LAS ACCIONES RESCISORIAS ESPECIALES

SECCIÓN 2ª.- DE LAS DEMÁS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN

CAPÍTULO V. De la reducción de la masa activa

CAPÍTULO VI. De los créditos contra la masa activa

SECCIÓN 1ª.- DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA ACTIVA

SECCIÓN 2ª.- DEL RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA ACTIVA

SECCIÓN 3ª.- DE LAS ESPECIALIDADES EN CASO DE INSUFICIENCIA DE LA MASA ACTIVA

TÍTULO V. De la masa pasiva

CAPÍTULO I. De la integración de la masa pasiva

CAPÍTULO II. De la comunicación y del reconocimiento de créditos

SECCIÓN 1ª.- DE LA COMUNICACIÓN A LOS ACREEDORES

SECCIÓN 2ª.- DE LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS

SECCIÓN 3ª.- DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

Subsección 1ª.- De las clases de reconocimiento

Subsección 2ª.- De los supuestos especiales de reconocimiento

SECCIÓN 4ª.- DEL CÓMPUTO DE LOS CRÉDITOS

SECCIÓN 5ª.- DE LA COMUNICACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CRÉDITOS

CAPÍTULO III. De la clasificación de los créditos concursales

SECCIÓN 1ª.- DE LAS CLASES DE CRÉDITOS

SECCIÓN 2ª.- DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS

Subsección 1ª.- De los créditos con privilegio especial

Subsección 2ª.- De los créditos con privilegio general

SECCIÓN 3ª.- DE LOS CRÉDITOS SUBORDINADOS

CAPÍTULO IV. De la lista de acreedores

TÍTULO VI. Del informe de la administración concursal

CAPÍTULO I. Del informe de la administración concursal

SECCIÓN 1ª.- DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS ANTERIORES A LA PRESENTACIÓN DEL INFORME

SECCIÓN 2ª.- DEL INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

CAPÍTULO II. De la impugnación del inventario y de la lista de acreedores



CAPÍTULO III. De la presentación de los textos definitivos y del fin de la fase común

SECCIÓN 1ª.- DE LA PRESENTACIÓN DE LOS TEXTOS DEFINITIVOS

SECCIÓN 2ª.- DE LA FINALIZACIÓN DE LA FASE COMÚN

CAPÍTULO IV. De la modificación de la lista definitiva de acreedores

TÍTULO VII. Del convenio

CAPÍTULO I. De la propuesta de convenio

SECCIÓN 1ª.- DE LOS PROPONENTES

SECCIÓN 2ª.- DEL CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

Subsección 1ª.- De las reglas generales sobre la propuesta de convenio

Subsección 2ª.- De la propuesta de convenio con asunción

Subsección 3ª.- Del contenido alternativo de la propuesta de convenio

SECCIÓN 3ª.- DEL PLAN DE PAGOS Y DEL PLAN DE VIABILIDAD

CAPÍTULO II. De la presentación de la propuesta y de la admisión a trámite

SECCIÓN 1ª.- DEL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

Subsección 1ª.- De la presentación anticipada de la propuesta de convenio

Subsección 2ª.- De la presentación ordinaria de la propuesta de convenio

SECCIÓN 2ª.- DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

CAPÍTULO III. De la evaluación de la propuesta de convenio

CAPÍTULO IV. De la aceptación de la propuesta de convenio por los acreedores

SECCIÓN 1ª.- DE LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA

SECCIÓN 2ª.- DE LAS ADHESIONES A LA PROPUESTA DE CONVENIO

SECCIÓN 3ª.- DEL SISTEMA DE ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO

SECCIÓN 4ª.- DE LA ACEPTACIÓN DE LAS DEMÁS PROPUESTAS DE CONVENIO

Subsección 1ª.- De la aceptación en junta de acreedores

Subsección 2ª.- De la aceptación en caso de tramitación escrita

SECCIÓN 5ª.- DE LAS MAYORÍAS DEL PASIVO ORDINARIO NECESARIAS PARA LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

SECCIÓN 6ª.- DE LA VERIFICACIÓN Y PROCLAMACIÓN DEL RESULTADO

SECCIÓN 7ª.- DE LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA DE CONVENIO POR EL CONCURSADO

CAPÍTULO V. De la aprobación judicial del convenio

SECCIÓN 1ª.- DEL CARÁCTER NECESARIO DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

SECCIÓN 2ª.- DE LA OPOSICIÓN A LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

SECCIÓN 3ª.- DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO

CAPÍTULO VI. De la eficacia del convenio

CAPÍTULO VII. Del cumplimiento del convenio

SECCIÓN 1ª.- DEL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

SECCIÓN 2ª.- DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

TÍTULO VIII. De la liquidación de la masa activa

CAPÍTULO I. De la apertura de la fase de liquidación

CAPÍTULO II. De los efectos de la apertura de la fase de liquidación

CAPÍTULO III. De las operaciones de liquidación

SECCIÓN 1ª.- DE LAS REGLAS GENERALES DE LIQUIDACIÓN

SECCIÓN 2ª.- DEL PLAN DE LIQUIDACIÓN

SECCIÓN 3ª.- DE LAS REGLAS SUPLETORIAS

Subsección 1ª.- Del procedimiento de enajenación

Subsección 2ª.- De la regla del conjunto

CAPÍTULO IV. De la publicidad de los bienes y derechos objeto de liquidación

CAPÍTULO V. De los informes trimestrales de liquidación

CAPÍTULO VI. De la consignación preventiva

CAPÍTULO VII. De la prolongación indebida de la liquidación

TÍTULO IX. Del pago a los acreedores concursales

TÍTULO X. De la calificación del concurso

CAPÍTULO I. Disposiciones generales

CAPÍTULO II. De la sección de calificación

SECCIÓN 1ª.- DE LA FORMACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

Subsección 1ª.- Del régimen general

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

SECCIÓN 2ª.-DE LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN

SECCIÓN 3ª.- DE LA CALIFICACIÓN EN CASO DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

TÍTULO XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores

CAPÍTULO I. De la conclusión del concurso

SECCIÓN 1ª.- DE LAS CAUSAS DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

SECCIÓN 2ª.- DEL RÉGIMEN DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

Subsección 1ª.- De la conclusión del concurso por revocación de la declaración

Subsección 2ª.- De la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio

Subsección 3ª.- De la conclusión del concurso por finalización de la liquidación

Subsección 4ª.- De la conclusión por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso

Subsección 5ª.- De la conclusión por insuficiencia de la masa activa posterior al auto de declaración del concurso

Subsección 6ª.- De la conclusión del concurso por satisfacción de los acreedores, por desistimiento o por renuncia

SECCIÓN 3ª.- DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

SECCIÓN 4ª.- DE LOS RECURSOS Y DE LA PUBLICIDAD

SECCIÓN 5ª.- DE LOS EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

CAPÍTULO II. Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho

SECCIÓN 1ª.- DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

SECCIÓN 2ª.- DEL RÉGIMEN GENERAL

Subsección 1ª.- De los presupuestos de la exoneración

Subsección 2ª.- De la solicitud de exoneración y de la concesión del beneficio

Subsección 3ª.- De la extensión de la exoneración

Subsección 4ª.- De la revocación de la exoneración

SECCIÓN 3ª.- DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EXONERACIÓN POR LA APROBACIÓN DE UN PLAN DE PAGOS

SECCIÓN 4ª.- DE LOS EFECTOS COMUNES DE LA EXONERACIÓN

CAPÍTULO III. De la reapertura del concurso

TÍTULO XII. De las normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos

CAPÍTULO I. De la tramitación del procedimiento

CAPÍTULO II. Del procedimiento abreviado

SECCIÓN 1ª.- DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
SECCIÓN 2ª.- DE LAS ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO  
ABREVIADO  
CAPÍTULO III. Del incidente concursal  
CAPÍTULO IV. De los recursos

TÍTULO XIII. De la publicidad del concurso  
CAPÍTULO I. De la publicidad telemática  
CAPÍTULO II. De los edictos  
CAPÍTULO III. De los mandamientos  
CAPÍTULO IV. Del registro público concursal

TÍTULO XIV. De los concursos de acreedores con especialidades  
CAPÍTULO I. Del concurso de la herencia  
CAPÍTULO II. De las especialidades del concurso por razón de la persona del  
deudor

SECCIÓN 1ª.- DE LAS COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES  
ESPECIALES

SECCIÓN 2ª.- DE LAS ESPECIALIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN  
CONCURSAL

SECCIÓN 3ª.- DE LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO DE ENTIDADES  
DE CRÉDITO, DE EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN, DE  
ENTIDADES ASEGURADORAS, DE ENTIDADES QUE SEAN MIEMBROS DE  
MERCADOS OFICIALES DE VALORES Y DE ENTIDADES PARTICIPANTES  
EN LOS SISTEMAS DE COMPENSACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE VALORES

SECCIÓN 4ª.- DE LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO DE EMPRESAS  
CONCESIONARIAS DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS O CONTRATISTAS  
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SECCIÓN 5ª.- DE LAS ESPECIALIDADES DEL CONCURSO DE ENTIDADES  
DEPORTIVAS

LIBRO SEGUNDO. Del derecho preconcursal

TÍTULO I. De la comunicación de la apertura de negociaciones con los  
acreedores

CAPÍTULO I. De la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores

CAPÍTULO II. De los efectos de la comunicación

SECCIÓN 1ª.- DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LOS CRÉDITOS

SECCIÓN 2ª.- DE LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN SOBRE LAS ACCIONES Y SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS

SECCIÓN 3ª.- DE LOS EFECTOS SOBRE LAS SOLICITUDES DE CONCURSO

CAPÍTULO III. De la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso

TÍTULO II. De los acuerdos de refinanciación

CAPÍTULO I. De los acuerdos de refinanciación

SECCIÓN 1ª.- DE LAS CLASES DE ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

SECCIÓN 2ª.- DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS DE REFINANCIACIÓN

SECCIÓN 3ª.- DE LOS ACUERDOS SINGULARES DE REFINANCIACIÓN

CAPÍTULO II. De la homologación de los acuerdos de refinanciación

SECCIÓN 1ª.- DE LOS REQUISITOS DE LA HOMOLOGACIÓN

SECCIÓN 2ª.- DE LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

Subsección 1ª.- Del procedimiento de homologación

Subsección 2ª.- De la impugnación de la homologación

SECCIÓN 3ª.- DE LA EXTENSIÓN DE LA EFICACIA DEL ACUERDO HOMOLOGADO DE REFINANCIACIÓN

Subsección 1ª.- De la extensión a los créditos sin garantía real

Subsección 2ª.- De la extensión a los créditos con garantía real

Subsección 3ª.- De la conservación de las garantías personales

CAPÍTULO III. Del incumplimiento del acuerdo de refinanciación

TÍTULO III. Del acuerdo extrajudicial de pagos

CAPÍTULO I. De los presupuestos

CAPÍTULO II. Del nombramiento de mediador concursal

SECCIÓN 1ª.- DE LA SOLICITUD DE NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL

SECCIÓN 2ª.- DEL NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL

Subsección 1ª.- Del nombramiento

Subsección 2ª.- De la aceptación

SECCIÓN 3ª.- DE LA COMUNICACIÓN DEL NOMBRAMIENTO

SECCIÓN 4ª.- DEL RÉGIMEN SUPLETORIO

SECCIÓN 5ª.- DEL DEBER DE SOLICITAR APLAZAMIENTO O  
FRACCIONAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LOS CRÉDITOS DE  
DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO III. De los deberes de comprobación

CAPÍTULO IV. Del acuerdo extrajudicial de pagos

SECCIÓN 1ª.- DE LA CONVOCATORIA A LOS ACREEDORES

SECCIÓN 2ª.- DE LA PROPUESTA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE  
PAGOS

Subsección 1ª.- De la propuesta

Subsección 2ª.- De los documentos adjuntos a la propuesta

SECCIÓN 3ª.- DE LA ACEPTACIÓN DE LA PROPUESTA

Subsección 1ª.- Del deber de asistencia

Subsección 2ª.- De las mayorías

SECCIÓN 4ª.- DE LA FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

CAPÍTULO V. De la eficacia del acuerdo

CAPÍTULO VI. De la impugnación del acuerdo

CAPÍTULO VII. Del cumplimiento del acuerdo

TÍTULO IV. De las especialidades del concurso consecutivo

CAPÍTULO I. Del concurso consecutivo

CAPÍTULO II. De las normas comunes en materia de concurso consecutivo

SECCIÓN 1ª.- DE LAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE  
REINTEGRACIÓN DE LA MASA ACTIVA

SECCIÓN 2ª.- DE LAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CALIFICACIÓN  
DEL CONCURSO

CAPÍTULO III. De las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo de  
refinanciación

CAPÍTULO IV. De las especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo  
extrajudicial de pagos

SECCIÓN 1ª.- DE LA SOLICITUD DE CONCURSO CONSECUTIVO

SECCIÓN 2ª.- DEL RÉGIMEN DEL CONCURSO CONSECUTIVO

LIBRO TERCERO. De las normas de derecho internacional privado

TÍTULO I. Disposiciones generales

TÍTULO II. De la ley aplicable

CAPÍTULO I. Del procedimiento principal

CAPÍTULO II. Del procedimiento territorial

CAPÍTULO III. De las reglas comunes a ambos tipos de procedimientos

TÍTULO III. Del reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia

TÍTULO IV. De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia

### **Segundo. Memoria del análisis de impacto normativo**

El Anteproyecto se acompaña de una Memoria del análisis del impacto normativo, encabezada con una ficha resumen ejecutivo.

En su apartado I, "Oportunidad de la propuesta", la Memoria comienza haciendo referencia a la habilitación legal conferida al Gobierno, sucesivamente, en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal y en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

Enumera a continuación la Memoria las 28 normas por las que se ha modificado, desde su aprobación en 2003, la Ley Concursal, "*incidiendo en aspectos muy diversos a través de reformas de distinto calado*". Partiendo de esas premisas, dice la Memoria, se consideró que la preparación del texto refundido debía encomendarse a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

A este respecto, la Memoria pone igualmente en valor el reciente proceso enmarcado en la necesidad de una reforma de las Administraciones Públicas, constatada en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, presentado al Consejo de Ministros del 21 de junio

de 2013. En dicho informe se ponían de manifiesto determinados defectos del sistema legislativo español como son la inclusión en las disposiciones adicionales de normas que nada tienen que ver con la regulación de que trata la ley o la ausencia de una lista exhaustiva de los artículos y leyes que deroga la nueva regulación en el momento de su aprobación; factores a los que añadía otro derivado de la especial situación que se ha vivido en España en los últimos años y de la urgente necesidad de adoptar importantes medidas, especialmente en el ámbito económico, que han obligado a legislar utilizando en numerosas ocasiones la figura del real decreto-ley.

Por otro lado, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece en su disposición adicional segunda que la Administración General del Estado debía acometer una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico.

En cuanto al ámbito subjetivo de la norma, señala la Memoria que la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente. Respecto a los intereses públicos afectados, se enumeran los siguientes: 1º) Mejorar la calidad de las leyes individualmente consideradas y también del ordenamiento jurídico en el cual se integran, con arreglo al artículo 9.3 de la Constitución; 2º) Fomento de la simplicidad, cognoscibilidad y, en definitiva, seguridad jurídica del marco legal aplicable, en línea con lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Respecto a “por qué es el momento adecuado” para aprobar la refundición, señala la Memoria que, desde 2003, junto con reformas estables, *“también ha habido casos de reformas de lo reformado, en un proceso continuado de diseño y rediseño, a medida que se manifestaban las insuficiencias de las primeras soluciones, acentuando así la inestabilidad de la normativa. Esa acumulación de reformas justifica la aprobación de un texto refundido ante las dificultades que, tras tantas reformas, suscita la lectura y la interpretación de las normas legales e incluso la comprensión de la lógica interna del sistema concursal vigente”*.



En cuanto a el objetivo de la refundición normativa, se apuntan los de facilitar el acceso de las empresas y los ciudadanos a la normativa reguladora de la institución concursal, evitar en el futuro la existencia de legislación dispersa y fragmentada en este ámbito y, en definitiva, garantizar un principio básico del ordenamiento jurídico como es el de la seguridad jurídica.

En fin, indica la Memoria que no se han valorado otras alternativas, ya que el texto refundido es el único modo de alcanzar los objetivos que persigue el proyecto.

En el apartado II, la Memoria resume sucintamente el contenido del Real Decreto Legislativo y del texto refundido proyectado, haciendo referencia a la doctrina del Consejo de Estado en relación con los límites de las autorizaciones para refundir textos legales con la facultad de “regularizar, aclarar y armonizar”, y a las principales alteraciones en la sistemática y en la literalidad de la Ley Concursal que, con arreglo a esa doctrina, se han introducido en el Proyecto.

En relación con la alteración de la sistemática, destaca la Memoria la división del texto refundido en tres Libros. El primero, el más extenso, está dedicado al concurso de acreedores y en la distribución de la materia entre los distintos títulos que lo componen existen diferencias importantes con la sistemática de la Ley de 2003, lo que ha supuesto el traslado y la recolocación de muchas normas contenidas en títulos diferentes de la Ley Concursal, y la exclusión de los doce primeros títulos, dedicados a las normas concursales generales, de aquellas normas especiales que estaban dispersas por el articulado, *“sin distraer al aplicador del Derecho con aquellas particularidades de ámbito más o menos restringido”*. El libro segundo, dedicado a ese otro derecho de la crisis que es alternativo al derecho tradicional de la insolvencia, ha sido, según la Memoria, el de mayor dificultad técnica en su elaboración por las reconocidas deficiencias, incluso terminológicas, del régimen de estos “expedientes” o “procedimientos”; reconoce en este punto la Memoria que *“quizás sea aquí donde los límites de la refundición resultan más patentes: no faltarán quienes consideren que el Gobierno hubiera debido aprovechar la*

*ocasión para clarificar más el régimen jurídico aplicable a esos institutos y, en especial, del régimen aplicable a los acuerdos de refinanciación (...), solventando las muchas dudas que la aplicación de las normas legales ha permitido identificar. Sin embargo, en la refundición de esas normas se ha procedido con especial prudencia para evitar franquear los límites de la encomienda, pues la delegación para aclarar no es delegación para reconstruir sobre nuevas bases las instituciones*". La razón de la creación del libro tercero, en fin, se encuentra en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, de aplicación no solo a los concursos de acreedores, sino también a los procedimientos que el texto refundido agrupa en el Libro segundo.

En cuanto a la alteración de la literalidad, entiende la Memoria que es *"la manifestación más significativa del mandato de claridad"*. Esta alteración de la literalidad ha ido unida a una nueva relación entre el continente y el contenido. En el texto originario de la Ley Concursal y, sobre todo, en el ya reformado, existían artículos que, por razón de la materia, era aconsejable dividir en varios independientes.

A continuación, la Memoria efectúa el análisis jurídico del Real Decreto Legislativo proyectado, con indicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la utilización de este instrumento normativo, se refiere a las disposiciones de la Ley 22/2003 que resultan derogadas y, por último, examina el contenido de los tres Libros del texto refundido desde el punto de vista de la regularización, aclaración y armonización que introducen en la legislación concursal. Se examinan, así, las principales alteraciones y cambios sistemáticos y las alteraciones en la literalidad y aclaración de redacciones de cada título.

Tras este detallado análisis jurídico, la Memoria describe la tramitación del Proyecto, desde la redacción de la propuesta por la Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (entregada el 6 de marzo de 2017) y la habilitación legislativa contenida en la Ley 1/2019, respecto a la que se indica que *"la dificultad para cumplir los plazos de habilitación condiciona la premura en la tramitación del*

*texto refundido proyectado. Por este motivo se ha prescindido de elevar en primera vuelta el proyecto de real decreto legislativo al Consejo de Ministros atendiendo a las razones de urgencia previstas en el artículo 26.4 de la Ley del Gobierno*". En relación con la celebración de consulta pública previa, se hace referencia a la publicación en la web del Ministerio de Justicia en el año 2017, indicándose que, *"fruto del nuevo mandato de refundición del año 2019, con un texto que ya es conocido desde entonces, no tendría sentido el cumplimiento de dicho trámite, dado que el mismo está pensado para realizarse antes de la redacción de una reforma, con lo que el de sometimiento a consulta pública previa del artículo 26.2 de la Ley del Gobierno se considera innecesario"*. La información pública del artículo 26.6 de la Ley del Gobierno se desarrolló entre los días 20 de marzo y 11 de abril de 2017, recibándose 23 escritos de observaciones, que la Memoria enumera; en fin, hace referencia a los informes del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Fiscal y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, así como a los restantes emitidos a efectos del artículo 26.5 de la Ley del Gobierno. También se cita la preceptividad del dictamen del Pleno del Consejo de Estado.

El apartado III, "Adecuación a la distribución de competencias", señala que la norma se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil, procesal y civil, sin perjuicio de las necesarias especialidades que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Se citan a continuación algunas sentencias del Tribunal Constitucional relevantes a estos efectos.

El apartado IV contiene el análisis de impactos. En primer lugar, se examina el impacto económico general, que se considera nulo más allá del impacto positivo que genera en el sistema toda norma que suponga una mejora en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a los efectos en la competencia en el mercado, se entiende que el proyecto puede tener efectos positivos para la competencia en el mercado, ya que esta se verá favorecida por el más fácil conocimiento de la norma por parte de los destinatarios de la misma, como consecuencia de la simplificación y aclaración normativa. En el análisis de las cargas normativas se entiende que no incluye ninguna distinta de las que ya

estaban recogidas por las leyes objeto de refundición e integración. En cuanto al impacto presupuestario, se considera nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, se indica que el texto refundido no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público.

El apartado V incluye el análisis de impacto por razón de género, que también se considera nulo, al no incluirse disposición u obligaciones nuevas distintas de las ya recogidas en las leyes objeto de refundición.

La Memoria incluye como Anexo una tabla de correspondencias entre los artículos de la Ley 22/2003 y los del texto refundido proyectado.

### **Tercero. Contenido del expediente**

Además del Anteproyecto que se somete a dictamen y su Memoria, de la Orden Comunicada y de un índice numerado de documentos, figuran en el expediente informes de los siguientes organismos y entidades:

a) La Secretaría de Estado del Ministerio de Hacienda (primer informe de 8 de abril de 2019 e informe adicional de 11 de abril de 2019).

b) La Subsecretaría del Ministerio de Hacienda (informe de 17 de abril de 2019).

c) El Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (informe de 30 de abril de 2019).

d) El Ministerio de Cultura y Deporte (informe de 13 de mayo de 2019).

e) El Consejo Fiscal (informe de 20 de junio de 2019).

f) La Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad (informe de 10 de julio de 2019).

g) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Empresa (informe de 2 de agosto de 2019). Consta igualmente la conformidad de este Ministerio a la versión segunda del texto proyectado (de fecha 17 de diciembre de 2019), conformidad fechada el 27 de diciembre de 2019.

h) La Comisión Nacional del Mercado de Valores (informe de 2 de agosto de 2019).

i) El Banco de España (informe de 2 de agosto de 2019).

j) El FROB (informe de 2 de agosto de 2019).

k) El Consejo General del Poder Judicial (informe de 26 de septiembre de 2019).

l) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (informe final de 27 de diciembre de 2019).

Asimismo, el Anteproyecto ha sido sometido a un trámite de audiencia de información pública en el que han presentado observaciones: don Agustín Tirado Ponce (Economista de H2a Consultores); doña M<sup>a</sup> Dolores Ramos Calvo (ICALI); el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España; el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito; don Alejandro Martín Zamarriego; don José María Lamo de Espinosa; don Jaime Fernández-Obanza Carro; la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA); doña Beatriz Satrústegui (ASHURST); el Consejo General de Economistas; la Asociación Española de Banca; don Juan Rojo de Castro (AUREN); don Francisco Lagoa Cabana (AUREN); el Colegio de la Abogacía de Barcelona (ICAB) y el Consell de l'Advocacia Catalana (CICAC); la Abogacía General del Estado; ASPAC; Cuatrecasas; el Colegio de Abogados de Madrid; la Asociación

de Administradores Concursales; el Colegio de Registradores; el Consejo General de Procuradores; y la Asociación Española de Derecho de Insolvencia.

Se incorporan asimismo al expediente, como anexos al Proyecto, dos tablas con la valoración de las distintas observaciones formuladas en el trámite de información pública y en los informes preceptivos: una primera tabla, de 421 páginas, con las observaciones al Libro I; y una segunda tabla, de 114 páginas, con las observaciones a los Libros II y III. En ambas se examinan algunas de las extensas y detalladas observaciones formuladas por los distintos entes y organismos intervinientes, buena parte de ellas aceptadas e incorporadas al texto del Proyecto y, en los casos en que no han sido aceptadas, se motiva las razones en que se funda el rechazo.

#### **Cuarto. Trámite de alegaciones ante el Consejo de Estado**

Estando el expediente en este Consejo de Estado, se concedió trámite de audiencia a Doña María Emilia Adán García, Decana del Colegio de Registradores de España, que presentó escrito de alegaciones el 28 de enero de 2020; don Valentín Pich, Presidente del Consejo General de Economistas, que presentó un amplio cuadro comparativo de la vigente Ley Concursal y del texto refundido proyectado; y a don Diego Comendador, Presidente de la Asociación Profesional de Administradores Concursales (ASPAC), que finalmente no ha presentado alegaciones en este trámite.

**Quinto.** Mediante Acuerdo de 24 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros ha solicitado a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión del presente dictamen con carácter urgente, a no más tarde del jueves 2 de abril de 2020.

En tal estado de tramitación, se emite el presente dictamen con carácter de urgente.

## **CONSIDERACIONES**

### **Primera. Objeto y competencia**

La consulta se refiere a un proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Conforme a lo dispuesto en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, correspondería conocer del asunto al Consejo de Estado en Pleno. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que, mediante Acuerdo de 24 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros solicitó al Consejo de Estado la emisión del presente dictamen con carácter urgente, no más tarde del jueves 2 de abril de 2020. En aplicación del artículo 19.2 de la citada Ley Orgánica del Consejo de Estado, y en la medida en que el plazo de urgencia fijado es inferior a diez días, la consulta, aun siendo competencia del Pleno, debe ser despachada por la Comisión Permanente, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno.

### **Segunda. La autorización para refundir. Plazo.**

Al amparo de lo establecido en los artículos 82 y siguientes de la Constitución Española, la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, delegó en el Gobierno la potestad de dictar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en un plazo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de aquella ley de habilitación.

Dicho plazo, sin embargo, transcurrió sin que el Gobierno ejercitara su autorización para refundir. Tal y como viene señalando este Consejo de Estado, el plazo establecido en las delegaciones legislativas es, por su propia naturaleza y por cuanto se desprende del artículo 82.3 de la Constitución, un plazo de caducidad, cuyo mero transcurso implica la cancelación automática de la delegación e impide al Gobierno un uso intempestivo. Ello es consecuencia lógica del carácter con el que el Gobierno deviene titular de aquella potestad; lo contrario supondría reconocer al ejecutivo una facultad absoluta e incondicionada de aprobar un Real Decreto Legislativo

sin límite temporal alguno, facultad que la Constitución indudablemente no le atribuye.

Ahora bien, producida esa caducidad de la habilitación inicial, el legislador decidió renovarla en la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que reza así:

*“Al objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos”.*

Este nuevo plazo de ocho meses para la elaboración y aprobación del texto refundido de la Ley Concursal comenzó a contar el 13 de marzo de 2019, fecha de la entrada en vigor de la Ley 1/2019 (de conformidad con su disposición final sexta, veinte días después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que a su vez se produjo el 21 de febrero de 2019). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 21.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, entiende suspendidas las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales *“durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales”*. Habida cuenta de que el Gobierno de España estuvo en funciones desde el 29 de abril de 2019 hasta el 8 de enero de 2020, debe concluirse que durante dicho periodo el transcurso del referido plazo de ocho meses quedó interrumpido, por lo que, en el momento de la emisión del presente dictamen, restarían todavía algo menos de cuatro meses para proceder a la aprobación del texto refundido dentro del plazo de ocho meses previsto en la Ley 1/2019.

En relación con ese plazo, se suscita la eventual incidencia que pudieran tener las disposiciones adicionales tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno declaró el estado



constitucional de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como las eventuales prórrogas de ese estado.

La citada disposición adicional tercera, rubricada “suspensión de plazos administrativos”, establece que *“se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas al mismo”* (apartado 1). La misma disposición contempla dos excepciones a esta regla general de la suspensión (apartados 3 y 4, que no resultan aquí relevantes) y establece que la citada suspensión de términos y la interrupción de plazos *“se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”*.

Por su parte la disposición adicional cuarta, del aludido Real Decreto, con el título “suspensión de plazos de prescripción y caducidad”, establece que *“los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren”*.

El Consejo de Estado estima que el ejercicio de la habilitación conferida al Gobierno en la Ley 1/2019 y su plazo de caducidad de ocho meses no encajan en el sentido estricto de esas previsiones. La mencionada disposición adicional tercera se refiere a “plazos administrativos”, naturaleza que en sentido estricto no tiene el atribuido para el ejercicio de esta delegación, que tampoco supone la tramitación de un “procedimiento de una entidad del sector público” en el sentido en que este último está definido en la Ley 39/2015. De acuerdo con el artículo 2 de esta Ley, el sector público comprende a la Administración General del Estado, pero no parece que esta mención comprenda la actuación del Gobierno como órgano constitucional al que las Cortes Generales han conferido una delegación legislativa. La disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, por su parte, decreta la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad *“de cualesquiera acciones y derechos”*, lo que tampoco parece englobar la facultad normativa atribuida al Gobierno mediante la delegación.

En todo caso, la conveniencia de contar con una regulación concursal tan depurada como la que contiene el proyecto de texto refundido objeto de este dictamen se ha acentuado, pasando a la de estricta necesidad a la vista de la grave situación económica que la propia crisis del COVID-19 anuncia-. Por todo ello, el Consejo de Estado estima necesario urgir al Gobierno la más pronta aprobación del texto refundido preparado, sin esperar a un debate de resultado incierto sobre el eventual alcance de las comentadas disposiciones adicionales del Real Decreto 463/2020 respecto de la delegación legislativa que se viene comentando.

### **Tercera. Procedimiento**

En cuanto a la tramitación del proyecto, y en el marco de lo dispuesto por la Ley del Gobierno, se han atendido las exigencias de índole procedimental imprescindibles que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.

De conformidad con la habilitación legislativa, el texto se propone de forma conjunta por los Ministerios de Justicia y de Economía y Empresa, habiendo sido encomendada su redacción a una ponencia designada en el seno de la Sección Segunda (Derecho Mercantil) de la Comisión General de Codificación. Ello merece una opinión muy favorable a este Consejo, que ha venido reiteradamente preconizando la conveniencia de utilizar el valioso acervo de conocimientos y la sobresaliente contribución que esa Comisión General puede prestar a la hora de preparar iniciativas normativas tan complejas y de tanto rigor técnico como la que ahora se dictamina. En muchas ocasiones, este Cuerpo Consultivo ha echado en falta que no se contase con el criterio de la citada Comisión General de Codificación para elaborar diversos proyectos legales, desaprovechando con ello no solo sus conocimientos, sino también el singular y flexible foro que brinda para contar con una pluralidad de ópticas y de especialistas en la más armónica articulación de los textos legales.

Se congratula, pues, el Consejo de Estado de que la ambiciosa refundición que el Proyecto acomete haya sido gestada, como ya lo fue el

Anteproyecto de la Ley de 2003, en el seno de la citada Comisión, máxime a la vista del muy positivo resultado de sus trabajos. Por lo mismo, parece conveniente aprovechar la presente oportunidad para animar a que se insista en esa dirección.

En otro orden de cosas, constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- las sucesivas versiones del proyecto de Real Decreto Legislativo sometido a consulta (incluida su versión definitiva) y la preceptiva memoria del análisis de impacto normativo que lo acompaña. El contenido de esta última es en líneas generales adecuado, aunque en ocasiones resulta excesivamente escueto y podría completarse con explicaciones sobre la justificación y motivación de algunos preceptos importantes, como se indicará en las observaciones al articulado del Proyecto.

Asimismo, han informado el Proyecto los distintos órganos y dependencias administrativas que han intervenido en su elaboración, y se ha dado un amplio trámite de audiencia pública. Dentro del amplio margen de discrecionalidad de que se dispone para seleccionar las entidades informantes, estima este Consejo que las que se han elegido en este caso permiten tener en cuenta los necesarios puntos de vista para el objetivo pretendido. El resultado de esta tramitación es un expediente de más de mil páginas, que ha nutrido un provechoso y complejo debate en torno al texto proyectado.

Nada hay que objetar, en fin, a que parte de la tramitación del presente expediente y, en particular, la participación de algunos de los órganos preinformantes se haya producido durante el periodo en que el Gobierno ha estado en funciones. Aunque la Ley del Gobierno suspende durante el referido lapso temporal las delegaciones legislativas, ello significa que el Gobierno en funciones no podría aprobar el real decreto legislativo, pero no obstaculiza que continúe su tramitación, pues los órganos de la Administración General del Estado no están en funciones (pese a que el Gobierno sí lo esté), sino que siguen funcionando normalmente, no pudiendo dejar de ejercer sus funciones por esa razón (dictamen 1.109/2015, que se refiere a la emisión del dictamen del Consejo de Estado en estos casos).

#### **Cuarta. Alcance y límites de la habilitación**

En atención a los precisos límites a que está constitucionalmente sujeta la delegación legislativa a la que responde el proyecto de texto refundido sometido a dictamen, conviene a continuación efectuar algunas consideraciones generales sobre el alcance de tal tipo de delegaciones.

El Real Decreto Legislativo es una norma dictada por el Gobierno con rango de ley, fruto de una delegación parlamentaria, ya sea para elaborar un texto articulado mediando una ley de bases, ya, como en el presente caso, un texto refundido. Para este último supuesto, el artículo 82.5 de la Constitución establece que la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación y especificará si la misma se circunscribe a la mera formulación de un texto único o se incluye, además, la facultad de *“regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”*. La autorización legal para refundir ha de estar sometida siempre a plazo y, como viene señalando este Consejo de Estado, se agota mediante su ejercicio.

En el caso aquí examinado, la Ley 1/2019 encomienda al Gobierno la tarea de *“consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*, pero precisa además que esa autorización *“incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos”*.

Se trata, por tanto, de elaborar un texto que recoja la actual redacción consolidada de la Ley 22/2003, norma que ha sido reiteradamente reformada después de su aprobación, modificando el tenor original de muchos de sus preceptos y mediante la denominada “técnica de las incrustaciones”. Tal y como señaló este Consejo de Estado en su dictamen nº 527/2015 (relativo al texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios), nuestro ordenamiento no regula la “norma consolidada” como figura jurídica de contornos propios; de ahí que en este caso (como en aquel y en otros muchos), se recurra a la figura del texto refundido que, si bien

no puede decirse que excluya la posibilidad de elaborar una norma o texto consolidado, no está genuinamente prevista para ello.

El objeto del Proyecto que ahora se dictamina es, pues, elaborar un único texto normativo consolidado, pero que al mismo tiempo sea entendible, sistemático y coherente. Ello supone la posibilidad de alterar la sistemática de la ley y la literalidad de los textos para su depuración, clarificación y armonización, pero sin que el texto refundido que se apruebe pueda incluir innovaciones o modificaciones del marco legal refundido, introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes. En definitiva, se trata de una eventual labor técnica, que puede suponer una cierta interpretación e integración de posibles lagunas y antinomias, pero que ha de carecer de cualquier alcance innovador y que solo se justifica en razón de la propia coherencia del texto normativo.

Sentado lo anterior, cabe no obstante recordar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“si bien es verdad que de los dos supuestos de delegación legislativa que distingue el art. 82.2 CE, el de la refundición de varios textos legales en uno solo (art. 82.5 CE), y el supuesto de Ley de bases para la formulación de un texto articulado (art. 82.4 CE), éste último, “que se enmarca con frecuencia en un proceso de reforma legislativa” (STC 205/1993, de 17 de junio, FJ 3), supone un mayor margen para la actuación del Gobierno, pero no es menos cierto que la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad “de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”, pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16, la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y*

*eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”* (Sentencia nº 166/2007, de 4 de julio, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1780-1999, planteada respecto del párrafo segundo del art. 150 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

Corresponde a este Consejo de Estado comprobar si el Proyecto ha respetado estos límites de la habilitación concedida al Gobierno, sin incurrir en vicio de nulidad por establecer mandatos jurídicos nuevos que no se encuentren en las normas objeto de refundición o por no incluir ciertas reglas jurídicas que sí que estaban previstas en los textos legales que había que refundir y si, al llevar a cabo esa tarea, ha respetado las normas elementales de la buena técnica legislativa. Este juicio sobre el ejercicio de la delegación legislativa es estrictamente formal y no implica valoración alguna respecto al contenido de aquellos aspectos del Proyecto con los que el Consejo de Estado considera que se ha incurrido en *ultra vires*. Tal calificación únicamente significa que la modificación proyectada no puede realizarse en el marco de una labor de refundición, sin prejuzgar la viabilidad de que finalmente se introduzcan en el ordenamiento jurídico a través de la correspondiente reforma legal.

#### **Quinta. Valoración general de la refundición proyectada**

Con carácter general, el Consejo de Estado considera que la refundición proyectada es necesaria, interviene en tiempo oportuno y se ha llevado a cabo con una cuidada técnica normativa.

#### **a) Sobre la necesidad de aprobar un texto refundido de la Ley Concursal**

Las numerosas modificaciones de que ha sido objeto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, hacen de la aprobación de un texto refundido una necesidad cada vez más perentoria.

Desde su aprobación en 2003, la Ley Concursal ha sido modificada en 28 ocasiones sucesivas para paliar algunas de sus insuficiencias, particularmente ostensibles durante los años de la crisis económica. Ocho de estas reformas se hicieron mediante Real Decreto-ley, invocando la “urgencia y necesidad” de los cambios introducidos. Algunas de esas modificaciones legales enmendaron, a su vez, aspectos anteriormente revisados, “*en un proceso continuado de diseño y rediseño*”, como con acierto apunta el preámbulo del Proyecto. Basta observar el apartado 2 de la disposición derogatoria del Proyecto para constatar la frecuencia con que se han introducido cambios en el texto de la Ley Concursal desde su aprobación.

Aunque estas 28 reformas se han llevado a cabo en la misma norma (la Ley de 2003), el resultado de dicha inestabilidad normativa ha sido un texto remendado y corregido que, por ello y pese a la acertada técnica normativa y redacción de la ley original, adolece hoy de un elevado grado de incoherencia interna y de falta de sistemática, y cuya interpretación suscita numerosas dudas. Tales defectos dificultan la localización y la aplicación de unas normas que tienen como destinatarios principales no solo a autoridades, funcionarios y profesionales del Derecho, sino también a particulares, personas naturales o jurídicas, tanto cuando están en la posición de deudores insolventes o como en la de acreedores.

Por todo ello, desde la perspectiva de la seguridad jurídica debe valorarse muy positivamente la elaboración del texto refundido proyectado, al amparo de la autorización contenida en la disposición final tercera de la Ley 1/2019.

#### **b) Sobre la oportunidad temporal de aprobar el texto refundido proyectado**

Sin perjuicio de esta valoración positiva, hay que tener presente que sobre la legislación concursal se proyectan con cierta inminencia reformas ineludibles y de considerable entidad, ante la necesaria transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas

e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

Esta Directiva, en vigor desde el 15 de julio de 2019, debe estar en su mayor parte incorporada a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a más tardar el 17 de julio de 2021 (artículo 34.1 de la Directiva). En el caso español, esta transposición obligará a una nueva reforma de distintos aspectos de la normativa concursal, con especial incidencia, entre otros, en la regulación de los instrumentos preconcursales y en el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

La previsibilidad de esta nueva reforma de la Ley Concursal y la proximidad con que habrá de abordarse ha suscitado en el expediente varias observaciones sobre la oportunidad de proceder en este momento a la aprobación del texto refundido proyectado, sugiriéndose la conveniencia de retrasarla para aprobar con posterioridad una nueva ley concursal que incorpore ya las modificaciones resultantes de la transposición (en este sentido se han pronunciado el Consejo General de Economistas, la Asociación Española de Banca o el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).

El Consejo de Estado no comparte, sin embargo, esta opinión, y considera que, con independencia de la previsibilidad e inminencia de esa reforma, varios motivos aconsejan proceder a la aprobación del texto refundido proyectado dentro del plazo conferido al efecto al Gobierno en la disposición final tercera de la Ley 1/2019.

En primer lugar, hay que recordar que el legislador español, teniendo ya conocimiento de la cercana aprobación de la Directiva, optó por autorizar la refundición aquí proyectada, frente a la aprobación de una ley de nueva planta que acometiera conjuntamente la transposición y la regularización, aclaración y armonización de la normativa hasta ahora vigente. A juicio del Consejo de Estado, el Gobierno no debe sustraerse de ese encargo del legislador.



En segundo lugar, este Consejo de Estado entiende que el texto refundido puede tener vocación de permanencia como tal, con independencia de que en un futuro próximo deba ser objeto de reforma. Es más, el nuevo texto refundido ofrecerá una base idónea para acometer, de forma más ordenada, clara y sistemática la inexcusable transposición de la Directiva 2019/1023.

Dicha transposición, por las características de la norma europea, es una tarea que reviste una considerable dificultad; por ello, la solución alternativa consistente en elaborar y aprobar una nueva ley concursal que incorpore las previsiones de la Directiva 2019/1023 implicaría posponer la urgente sistematización que la refundición persigue, prolongándose la vigente situación de inseguridad jurídica en el terreno concursal y privándose entretanto a los operadores del inestimable instrumento del texto refundido aquí examinado. Esta situación podría extenderse hasta el 17 de julio de 2021 (fecha en que inicialmente debe haberse llevado a cabo la transposición de la Directiva, con arreglo a su artículo 34.1), o incluso hasta el 17 de julio de 2022, en la medida en que el artículo 34.2 de la norma europea confiere a los Estados miembros *“que experimenten especiales dificultades”* para aplicarla la extraordinaria facultad de disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo anterior.

Es más, y aun con esa posibilidad de prolongación del plazo de transposición, en la medida en que a la ya compleja tarea de la transposición se uniese una eventual reconsideración de los restantes aspectos del sistema concursal español y la labor de su propia reordenación sistemática, existiría el riesgo de incumplir el plazo de transposición fijado en la Directiva.

Sin perjuicio de lo anterior, en el análisis del presente texto refundido debe tenerse en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados exigen que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva fijado por esta (es decir, en este caso, hasta el 17 de julio de 2021 o de 2022, según proceda), los Estados miembros *“se abstengan de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha Directiva”* (por todas, STJUE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement*

*Wallonie ASBL y Région wallonne*, C-129/96). El Proyecto debe, por tanto, analizarse también desde esta perspectiva.

Tampoco parece oportuno retrasar la aprobación del proyectado texto refundido con el argumento de que falta la aprobación del Reglamento de la administración concursal (al que la Ley de 2003 -y el futuro texto refundido- se remite en aspectos esenciales) y el del Arancel de retribución de los administradores concursales. Sin perjuicio de advertir sobre la conveniencia de que ambas regulaciones se aprueben con la mayor premura posible, la aprobación previa del texto refundido servirá, también en este caso, para realizar un desarrollo reglamentario en mejores condiciones de claridad y seguridad jurídica.

En fin, a todas las consideraciones precedentes se añade ahora la eventual necesidad de introducir novedades en la regulación concursal que puedan venir exigidas para dar la respuesta más adecuada a las irremediables consecuencias económicas derivadas de la presente crisis sanitaria por el COVID-19.

### **c) Sobre la técnica normativa y los límites de la refundición proyectada**

Entrando ya en el examen de la técnica normativa empleada, el referido encadenamiento de las sucesivas reformas de la Ley Concursal ha hecho indispensable ir más allá de su mera consolidación para, haciendo uso de las facultades de regularizar, aclarar y armonizar atribuidas al Gobierno en la ley de delegación, proyectar un texto de nuevo cuño en el que se alteran, en gran medida, tanto la sistemática como la propia literalidad de la vigente Ley.

#### **i) Modificaciones en la sistemática de la Ley Concursal**

Varias son, en primer lugar, las modificaciones que se introducen desde el punto de vista de la sistemática u orden interno de la norma.

Por una parte, el texto refundido proyectado (en adelante, TR) se estructura en tres libros dedicados, respectivamente, al concurso de acreedores, el Derecho preconcursal y las normas de Derecho internacional privado. Los artículos de la Ley Concursal de 2003 (en lo sucesivo, LC), por el contrario, se agrupan en nueve títulos que contienen de forma indiferenciada normas estrictamente concursales y disposiciones de Derecho preconcursal. La regulación separada de ambas materias permite una mejor diferenciación y comprensión de las mismas, y facilita localizar las normas preconcursales, hasta ahora diseminadas en la vigente LC. A este mismo objetivo de clarificación responde la propia estructura interna de cada uno de los tres libros: el Libro I se divide en catorce títulos, en los que se incorpora la regulación del concurso de acreedores siguiendo, en líneas generales, el orden cronológico de las actuaciones concursales; el Libro II se divide en cuatro títulos en los que se agrupan, con importantes adaptaciones, los preceptos de la LC relativos a la apertura de las negociaciones con los acreedores, los acuerdos de refinanciación, los acuerdos extrajudiciales de pagos y las especialidades del concurso consecutivo, respectivamente; y los cuatro títulos del Libro III, en fin, reproducen en líneas generales la estructura en capítulos del título IX de la LC sobre Derecho internacional privado. Como consecuencia de esta importante reordenación sistemática, es difícil encontrar una serie larga de preceptos que tengan idéntica ubicación en la LC y en el texto proyectado, con la excepción de los preceptos integrados en el nuevo Libro III del TR.

Por otra parte, también responde al objetivo de mejora sistemática la opción de separar claramente las normas generales y las de carácter especial. Así, el artículo 3 de la LC contiene las reglas generales y especiales sobre legitimación para solicitar la declaración del concurso, supuestos que el TR trata de forma diferenciada en sus artículos 3 (reglas generales), 695.a) (concurso consecutivo) y 568 (concurso de la herencia); y el contenido del artículo 13 LC, sobre plazo para proveer la solicitud de concurso, se encuentra en el TR escindido en los artículos 10 y 11 (provisión y subsanación de la solicitud del deudor), 14 y 17 (provisión y subsanación de la solicitud del acreedor y otros legitimados), 572.2, 3 y 4 (comunicaciones especiales de la solicitud de concurso de entidades de crédito, empresas de servicios de

inversión, aseguradoras o reaseguradoras y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social), por citar solo algunos ejemplos.

La sistemática del texto mejora también gracias al desglose de numerosos artículos de la LC que son excesivamente largos. Ello responde primeramente mandato de las Directrices de técnica normativa, de 28 de julio de 2005, de que cada artículo tenga un máximo de cuatro apartados y recoja *“un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una misma unidad temática”*. Con frecuencia, la escisión en varios artículos permite diferenciar supuestos, normas generales y especiales, o reglas correspondientes a momentos procesales distintos.

Como consecuencia de ello, los artículos resultantes de ese tipo de desgloses no siempre permanecen en el TR en el mismo orden en el que estaba en la LC la regulación en ellos contenida. Paradigmático de esta técnica es el artículo 33 de la LC: las funciones de los administradores concursales detalladamente enumeradas en ese artículo se mencionan ahora, a lo largo y ancho del TR, en los preceptos correspondientes al momento o la sede material de las actuaciones en que aquellas se ejercen; de esta forma, lo actualmente establecido en un solo artículo se recoge en más de cincuenta preceptos distintos del TR. Otros ejemplos son el artículo 5 *bis* LC, relativo al deber de solicitar la declaración de concurso, cuyo contenido se traslada a los artículos 583.1 y 2, 584, 585.1 y 3, 585.3, 588.1, 583.3, 589, 593, 590, 591.1, 592, 595 y 583.4 del TR (citados siguiendo el orden de la regulación vigente que incorporan); el artículo 56 LC, sobre paralizaciones de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación, que se traslada a los artículos 145.1, 147.2, 148, 150, 145.2, 146, 151 y 147.1 del TR; el artículo 64 LC, cuyas heterogéneas reglas sobre los contratos de trabajo (contenidas en 11 apartados) se recogen ahora en más de veinte artículos distintos del TR; o el artículo 149 LC, relativo a las reglas legales de liquidación, que se trasladan a los artículos 421, 422, 215, 216, 220, 217, 218, 221, 224.1, 189 y 225 del TR.

Ciertamente, este desmembramiento y conversión de disposiciones excesivamente extensas en varios preceptos diferenciados ha multiplicado el número total de artículos en el TR (que tiene 752, frente a los

más de 250 de la LC -pues hay varios artículos *bis*, *ter* y *quater*-), pero no por ello se ha ampliado sustancialmente su extensión global. La técnica ha de valorarse positivamente, en definitiva, pues responde a lo establecido en las Directrices de técnica normativa y facilita la comprensión y la localización de las distintas normas.

Por lo demás, aunque no hayan sido desmembrados en normas distintas, el orden interno de los artículos de la LC ha sido frecuentemente alterado para facilitar una lectura más ordenada. El artículo 4 del TR, que reproduce (en orden inverso) las disposiciones del artículo 4 de la LC, es un ejemplo de este tipo de modificación.

El Consejo de Estado viene reiteradamente señalando que los textos refundidos tienen *“una función que puede considerarse “racionalizadora”, en la medida en que una adecuada configuración sistemática del texto a refundir facilita la tarea de la interpretación de la norma, el mejor entendimiento conceptual de sus previsiones, y, en definitiva, la puesta de relieve con mayor facilidad y precisión para quien la aplica de la ratio legis. Con ello la labor de refundición se aproxima a la tarea codificadora, aun sin tener esa finalidad, ni ser su función propia. Se facilita la localización de los preceptos en cada caso aplicables, de otro modo dispersos permitiendo discernir la función de cada uno”* (Memoria del Consejo de Estado de los años 2014 y 2015, página 230).

En el presente caso, entiende el Consejo de Estado que el resultado de todas las alteraciones sistemáticas referidas es un texto en líneas generales más coherente, claro, homogéneo y técnicamente más preciso, lo que facilita su comprensión y contribuye a una mayor seguridad jurídica, todo ello dentro del respeto al sentido y alcance de la Ley objeto de refundición. Dichas alteraciones se ajustan, por tanto, a los límites materiales que fijan el artículo 82 de la Constitución y la propia autorización para refundir.

## ii) Modificaciones en la redacción de la Ley Concursal

Lejos de ser una transcripción mimética de la LC en su redacción actual consolidada, el Proyecto modifica también la literalidad de un amplio

número de preceptos de aquella, a los que da nueva redacción en aras a una mayor claridad, en unos casos, o a una mayor precisión técnica, en otros.

Esas modificaciones comienzan con una unificación terminológica orientada a eliminar las diferencias en el lenguaje jurídico empleado en las sucesivas reformas de la LC y dotar así al texto de una mayor homogeneidad (se distingue, por ejemplo, entre el deudor y el concursado, en atención al momento procesal; el término “patrimonio” se reemplaza, donde procede, por “masa activa”, etc.).

También se ha hecho un importante esfuerzo para eliminar las numerosas remisiones -internas o a otras normas- que dificultan la lectura y comprensión de la LC. En algunos casos, la remisión se sustituye por una sucinta descripción de la regulación a la que se hace referencia: un ejemplo es el artículo 541.1 del TR, en el que se precisa brevemente el objeto de las acciones que se tramitan por el incidente concursal en materia laboral, frente a la compleja remisión múltiple del artículo 195 de la LC (que reenvía al artículo 64.8 de la propia Ley, con la dificultad de que este a su vez comporta remisiones a sus apartados anteriores y a la Ley 36/2011); en este mismo sentido también pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, los artículos 123.1, 168.3, 242.7º, 334, 499.2.2º, o 530.1 del TR. En otros casos, la cita de artículos, apartados y hasta subdivisiones más detalladas se reemplaza por una remisión general a *“lo establecido en esta ley”* (por ejemplo, en el artículo 114.2 del TR). Sin perjuicio de algunos casos puntuales que más adelante se observarán, el Consejo de Estado valora positivamente la eliminación de este tipo de reenvíos normativos, en la medida en que la aludida nueva sistemática y reordenación del texto permitirá una más fácil localización de cada uno de los contenidos afectados. En fin, ese mismo objetivo de claridad justifica otros casos en los que se reemplaza una remisión de carácter general a *“lo establecido en las leyes”* por la reproducción de lo regulado: el artículo 251.1 del TR, por ejemplo, establece que *“Todos los créditos contra el deudor, ordinarios o no, a la fecha de la declaración de concurso, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio del acreedor, quedarán integrados en la masa pasiva, estén o no reconocidos en el procedimiento, salvo que tengan la consideración de créditos contra la masa”*, frente al artículo 49.1 de la LC, que establece que *“Declarado el*

*concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes”.*

Nada hay que objetar a los aludidos cambios terminológicos ni a la eliminación de las remisiones, que en modo alguno afectan al sentido y alcance de la regulación refundida. La habilitación para regularizar, aclarar y sistematizar las normas objeto de refundición permite la puesta al día de la terminología y la coordinación entre textos de distintas disposiciones legales.

Mayores dudas de encaje en la facultad de regularizar, aclarar y armonizar pueden suscitar otros cambios, de alcance más sustantivo, que también se introducen en el TR respecto a la literalidad de la LC.

El preámbulo del Proyecto indica a este respecto que, en aras a una mayor claridad, un elevado número de artículos *“se han redactado de nuevo, para precisar, sin alterar el contenido, cuál es la interpretación de la norma. (...) el sentido de la norma se hace coincidir con la formulación, evitando el mayor número de incertidumbres posibles; y las fórmulas legislativas más complejas se exponen con la mayor simplicidad posible”*. Efectivamente, son frecuentes los supuestos en los que el TR proyectado elimina previsiones de la LC que se consideran erróneas (en el artículo 704.3 del TR, por ejemplo), introduce precisiones en aras a una redacción más clara o técnicamente más precisa, o modifica la redacción de determinados preceptos de la LC para aclarar su interpretación y evitar así la litigiosidad que su oscuro tenor frecuentemente genera.

Los objetivos de clarificación, inteligibilidad y precisión técnica no pueden, sin embargo, justificar por sí solos cualquier tipo de alteración en el tenor de las normas objeto de refundición: como ya se indicó, el texto refundido resultante puede suponer una cierta interpretación e integración de posibles lagunas y antinomias, pero no puede incluir innovaciones en sentido estricto ni modificaciones del marco legal refundido, introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad ni excluir mandatos jurídicos vigentes.

En consecuencia, sin perjuicio del juicio general favorable que, como se indicó, merece el texto preparado, corresponde al Consejo de Estado comprobar si estos cambios con respecto a la literalidad de la LC respetan los términos y límites en que se ha formulado la autorización para refundir y, en particular: si el TR proyectado es completo o faltan normas objeto de refundición que deben incluirse; si se han incorporado al Proyecto disposiciones que no deben ser refundidas; y si los términos concretos del Proyecto omiten o modifican alguna prescripción que conduzca a considerar que se ha producido una extralimitación o *ultra vires* en la tarea refundidora.

El presente dictamen clausura una discusión especialmente amplia y muy abundante en alegaciones y enmiendas. El Consejo de Estado centrará su examen en el resultado de esos muy relevantes trabajos y abordará aquellos aspectos del Proyecto que merecen algún comentario u observación por su carácter destacado, por los elementos novedosos que incorporan o por haber suscitado algún tipo de objeción o alegación de redacción en el expediente. A ello se dedicará el apartado séptimo.

A este respecto, cabe en particular añadir que, con el encomiable objetivo de mejorar el funcionamiento del vigente sistema concursal, muchos de los intervinientes en el trámite de información pública han sugerido la conveniencia de regular en el TR diversas cuestiones adicionales que la LC no trata y que, por tanto, no tienen cabida en la autorización para refundir. Por ese motivo, el Consejo de Estado no entrará a analizar en detalle dichas sugerencias, en la medida en que exceden del ámbito propio de un proyecto de texto refundido y sin que ello implique una opinión o valoración contraria al respecto. Tal análisis deberá llevarse a cabo cuando, con ocasión de la transposición de la Directiva 2019/1023, se proceda a una ulterior reforma del texto refundido. Como ya se indicó, el nuevo texto refundido que se apruebe sobre la base del Proyecto aquí examinado, depurado de los excesos *ultra vires* que se apuntan en el presente dictamen, constituirá, gracias a su excelente calidad normativa, la mejor base para acometer la improrrogable transposición de la Directiva 2019/1023 y para identificar esas otras modificaciones importantes del sistema concursal apuntadas a lo largo del expediente por los



distintos intervinientes pero que, por exceder del contenido de la delegación legislativa, no pueden incorporarse al nuevo TR.

Ambos objetivos pueden alcanzarse, como se ha indicado, mediante una futura reforma del TR; ahora bien, dada la relevancia e índole de esos contenidos que, por su propia naturaleza, no pueden incorporarse al texto refundido en el momento de su aprobación, y teniendo en cuenta, igualmente, que la transposición de la Directiva debería acometerse con cierta premura, el Consejo de Estado considera que una forma especialmente recomendable para acometer esa reforma podría ser elaborar, aprobar y someter a las Cortes Generales un proyecto de Ley de bases en la que se delegue en el Gobierno la potestad de aprobar un texto articulado en materia concursal. De acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la Constitución, esa eventual Ley de bases debería delimitar con precisión el objeto y alcance de tal delegación legislativa, uno de cuyos elementos ha de ser el nuevo TR, y fijar los principios y criterios que habrían de seguirse para la transposición de la Directiva y la introducción de otras reformas puntuales del sistema concursal a través de ese eventual texto articulado. Un precedente relevante en este sentido fue la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas, orientada a permitir la incorporación al ordenamiento español, en el momento de la entrada de España en las Comunidades Europeas, del llamado *acquis* comunitario.

A la vista de las actuales circunstancias, no obstante, cabe añadir que cuanto precede debe entenderse sin perjuicio de la eventual necesidad de llevar a cabo, con cierta premura, cambios urgentes de los instrumentos concursales y preconcursales a la luz de las necesidades que puedan surgir para hacer frente a las consecuencias de la actual situación de crisis sanitaria.

#### **Sexta. Observaciones sobre el proyecto de Real Decreto Legislativo**

Antes de analizar el contenido del texto refundido proyectado, cabe formular algunos comentarios y observaciones en relación con los

preceptos del proyecto de Real Decreto Legislativo, como instrumento de aprobación de aquel.

## **1. Preámbulo**

El Proyecto se abre con un completo y cuidado preámbulo, cuyo último párrafo señala que la aprobación del TR *“no excluye que el legislador tenga que continuar el proceso de reforma legislativa del derecho de la insolvencia”*, en particular dado que *“habrá que incorporar al derecho español aquellas iniciativas, en fase de gestación en la Unión Europea, que tienen como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas”*. En la medida en que en este inciso parece hacerse referencia a la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, habría que sustituir dicho inciso por una mención expresa de esta norma.

## **2. Disposición adicional tercera**

Tras el artículo único, por el que se aprueba el TR, el proyecto de Real Decreto Legislativo contiene cuatro disposiciones adicionales, una derogatoria y dos disposiciones finales.

Debe subrayarse la importancia de la disposición adicional tercera, en la que se establece que, dentro del mes siguiente a la publicación oficial del Real Decreto Legislativo, *“se divulgará a través de la página web de los Ministerios de Justicia y de Economía y Empresa, con efectos meramente informativos, una tabla de correspondencias con los preceptos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. Dicha tabla constituye un instrumento esencial para asegurar una transición sosegada entre la LC y el nuevo texto

refundido y por esta razón la previsión de su divulgación resulta especialmente acertada. En el expediente remitido consta ya un borrador de dicha tabla, que deberá, no obstante, revisarse para adaptarlo a la numeración definitiva del TR, eliminar erratas y completarla, pues no son pocos los artículos de la LC que se hacen corresponder con un único precepto del TR cuando, en realidad, su contenido se ha trasladado a varios artículos distintos en la refundición. Por lo demás, la tabla de correspondencias no debería dejar en blanco las casillas correspondientes a los preceptos de la LC que no se han recogido en el TR, precisando sucintamente el motivo por el que carecen de correspondencia.

### **3. Disposición derogatoria**

En relación con el contenido de la disposición derogatoria -que, en todo caso, debe designarse como “única”, véanse las observaciones a los artículos 644 y 645 TR.

### **4. Disposición final segunda**

La disposición final segunda establece en su apartado 1 que el Real Decreto Legislativo y el TR que aprueba entrarán en vigor a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En atención a lo establecido en las Directrices de técnica normativa, sería preferible señalar el concreto día, mes y año en que esa entrada en vigor tendrá lugar (la entrada en vigor, dicen las Directrices, “*solo se fijará por referencia a la publicación cuando la nueva disposición deba entrar en vigor de forma inmediata*”).

### **5. Sobre la necesidad de una disposición transitoria**

El Proyecto no contiene una disposición transitoria. Su inserción, sin embargo, viene impuesta para solventar el desajuste temporal normativo que se plantea en relación con la refundición de los artículos 27, 34 y 198 de la LC, todos ellos relativos al régimen de la administración concursal.

La redacción de estos artículos que retoma el TR, es coincidente - con algunas precisiones a las que más adelante se hará referencia- con la

última versión de los mismos mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la disposición transitoria segunda de la citada Ley 17/2014 establecía expresamente que las modificaciones introducidos en esos artículos 27, 34 y 198 de la LC *“no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses”*. Pese a ese mandato, el referido desarrollo reglamentario aun se encuentra pendiente de aprobación; en consecuencia, la nueva redacción prevista en la Ley de 2014 para esos artículos todavía no se encuentra vigente.

Al margen de la consideración crítica que merece esta técnica normativa, lo cierto es que la habilitación legislativa no permite al TR entender sin más derogada esta previsión sobre transitoriedad de la Ley 17/2014. Aunque, de hecho, en el Proyecto no se prevé expresamente su derogación, tal sería el resultado, pues la nueva redacción de esos preceptos de la LC -con las modificaciones que introduce el TR, como se ha indicado- entraría inmediatamente en vigor al hacerlo el propio TR, soslayando así el mandato del legislador en la referida disposición transitoria.

A la vista de cuanto precede, entiende el Consejo de Estado que el Proyecto debe incorporar una disposición transitoria en la que se reproduzca ese mandato de aplicación temporal de la vigente redacción de los preceptos referidos, posponiendo la entrada en vigor de los artículos correspondientes del TR hasta que se apruebe y entre en vigor el desarrollo reglamentario a que en ellos se hace referencia.

**Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **Séptima. Observaciones sobre el proyecto de Texto Refundido**

Las consideraciones realizadas en el apartado quinto del presente dictamen en relación con las modificaciones que el TR introduce en la sistemática y la literalidad de la LC permiten vislumbrar la dificultad de “resumir” o simplemente extractar los aspectos más importantes o las líneas generales del texto proyectado. Aunque algunos de los cambios introducidos presentan indudablemente más importancia que otros, más allá de lo indicado desde una perspectiva formal en el referido apartado quinto, tales líneas generales simplemente no existen, como es lógico y habitual en la elaboración de un texto refundido. El primer y principal cambio es de sistemática, y este afecta a la totalidad de la materia regulada, quizás con la única exclusión (en parte) de las normas de Derecho internacional privado, pues el Libro tercero reproduce en gran parte la regulación del título IX de la LC, prácticamente con el mismo orden. En cuanto al contenido, una descripción exhaustiva de las novedades consistiría en una prolija confrontación de artículos de la LC y el TR (muy frecuentemente, de apartados, párrafos o incluso incisos que se desglosan). Todo ello unido a la extensión de la regulación analizada explica que ni tan siquiera la Memoria dé íntegramente cuenta de los cambios proyectados.

Aun con estas limitaciones, el presente dictamen pretende ofrecer un examen lo más amplio posible del contenido del TR; por este motivo, junto a las observaciones críticas a la redacción de distintos artículos, se analizan también aquellos otros aspectos del texto proyectado que el Consejo de Estado considera particularmente dignos de mención por su relevancia y meritorios de ciertas reflexiones en atención a las dudas u objeciones que en ocasiones han suscitado por parte de distintos intervinientes en el expediente. Sin perjuicio del elogio que, con carácter general, merece la compleja y pormenorizada labor de refundición acometida, se realizarán a continuación dichos comentarios y observaciones, siguiendo el nuevo orden y sistemática del TR.

Tal y como se indicó, el presente dictamen centra su examen en confrontar las disposiciones de la vigente LC y demás normas refundidas con los concretos términos en que se propone ejercitar la delegación legislativa de

la que deriva el TR. Tal examen desemboca en una mayoría de juicios favorables al proyecto texto refundido de la vigente Ley Concursal, cuyo rigor y calidad técnica debe ser enfatizada. Junto a tales juicios favorables, este dictamen también identifica varios puntos en los que aprecia que el TR se excede de los contornos propios y específicos de la delegación legislativa de la que deriva. Consecuentemente, las observaciones referidas a esos puntos tienen carácter esencial, en el concreto sentido previsto en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, en la medida en que, sin avanzar una discrepancia sustancial con el tratamiento que se da a tales puntos, este Consejo entiende que no pueden formar parte del proyectado texto refundido de la vigente Ley Concursal, ya que escapan del objetivo de esa refundición. Pese a lo llamativo que puede aparentemente resultar su número en términos absolutos, esas observaciones esenciales responden exclusivamente a un doble criterio:

- en primer lugar, merecen tal calificación las observaciones sobre preceptos del TR que exceden los límites de la delegación legislativa por incorporar elementos novedosos, no incluidos en las normas objeto de refundición o que forman parte de las cuestiones que deberán considerarse al trasponer la Directiva 2019/1023 (tal es el caso de las relativas a los artículos 44.4, 45.4, 86.1.3ª, 194.2, 250.2, 317.2, 325.2, 326, 485, 496, 499.2, 618.2, 642.1 y 697.1 del TR);
- en segundo lugar, son también esenciales aquellas observaciones en las que se apunta la necesidad de incorporar al TR normas jurídicas previstas en los textos legales a refundir que, sin embargo, están ausentes de aquel -en ocasiones se trata de la omisión de simples precisiones o incisos-, en la medida en que ello supondría la indebida derogación de tales normas (así ocurre en relación con los artículos 58, 65, 91, 120.3, 161, 383 y 644 del TR, y respecto a la ya indicada necesidad de incorporar una disposición transitoria al Proyecto).

## **I) LIBRO PRIMERO**

### **A) Título I. Declaración del concurso**

#### **1. Artículos 2 y 5 TR: insolvencia actual e inminente**

Los artículos 1 y 2 TR establecen los presupuestos que deben reunirse para la declaración del concurso. El contenido del artículo 2 de la LC se recoge principalmente, con ciertos ajustes, en el artículo 2 del TR. En particular, el TR clarifica que la definición del estado de insolvencia del artículo 2.2 LC (*“Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*) se refiere únicamente a la llamada insolvencia actual, mencionada en el artículo 2.3 LC. De acuerdo con esta interpretación, el artículo 2 TR establece, en su apartado 2, que *“la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia”*, para a continuación precisar, en su apartado 3, que la insolvencia podrá ser actual o inminente (como ya hace la LC), y definir ambas.

El artículo 5.1 TR, por su parte, establece que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes *“a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual”*. Frente al artículo 5.1 LC, que se refiere a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer *“su estado de insolvencia”*, el TR introduce una precisión que parece necesaria a la luz de la aclaración introducida en el artículo 2.3 TR: el deudor podrá solicitar la declaración de concurso con fundamento en su estado de insolvencia actual o inminente, y estará obligado a hacerlo en los dos meses posteriores a conocer o haber conocido su insolvencia actual, interpretación que parece ajustada al texto de la LC y razonable, pues la insolvencia inminente depende de un factor subjetivo (que el deudor “prevea” no poder cumplir sus obligaciones).

En consecuencia, entiende el Consejo de Estado que estas precisiones carecen de alcance innovador y tienen perfecta cabida dentro de la habilitación para refundir.

Por otra parte, el artículo 2.4 TR reproduce los requisitos que debe reunir la solicitud de declaración de concurso formulada por el acreedor, reproduciendo los ya contenidos en el artículo 2.4 LC y añadiendo a continuación un requisito adicional actualmente no previsto en ese precepto de la LC (*“1º. La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme”*), pero que puede deducirse, de forma indirecta, del artículo 15.1 LC, por lo que también tiene cabida dentro de la habilitación. No obstante, en el número 4º de este artículo 2.4 TR podría precisarse, como hace la LC, que se hace referencia al pago corriente de las obligaciones del deudor.

## **2. Artículos 12, 17.2 y 25.1 TR: régimen de recursos contra las resoluciones de inadmisión y desestimación de la solicitud de declaración de concurso**

El Proyecto ha introducido una serie de precisiones en la regulación de la LC sobre los recursos que cabe interponer contra los autos por los que se inadmiten o se desestiman las solicitudes de declaración de concurso presentadas por el propio deudor o por otras personas (acreedores y otros legitimados). Esa regulación, actualmente contenida en los artículos 13.2, 14.2 y 20.2 LC adolece de algunas evidentes contradicciones, que el TR trata de salvar.

El artículo 13.2 LC, párrafo segundo, se refiere a la impugnación del auto de inadmisión de la solicitud de concurso, señalando que *“será susceptible de recurso de reposición”*. Esta previsión es, en principio, indistintamente aplicable a las solicitudes formuladas por el deudor, el acreedor u otros legitimados, pues el precepto no introduce precisiones al respecto. Por su parte, el artículo 14.2 LC establece que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso formulada por el deudor *“sólo cabrá recurso de reposición”*. La LC no contiene ningún precepto específicamente relativo a la impugnación del auto desestimatorio de la solicitud de concurso formulada por el acreedor o por otros legitimados, pero el artículo 20.2 LC establece que contra el auto estimatorio o desestimatorio de la solicitud de concurso *“cabrá,*



*en todo caso, recurso de apelación...*”; en ausencia de cualquier precisión, esta previsión del artículo 20.2 LC parece también indistintamente aplicable a todos los autos que resuelvan solicitudes de concurso, con independencia de si esa solicitud fue formulada por el deudor, el acreedor u otros legitimados. Existe, por tanto, una aparente contradicción entre el artículo 14.2 LC (con arreglo al cual la desestimación de la solicitud formulada por el deudor solo puede impugnarse en reposición) y el 20.2 LC (que establece la impugnabilidad en todo caso en vía de apelación).

EL TR ha tratado de aclarar este régimen de recursos y de superar el referido contrasentido de la siguiente forma:

- en el artículo 12 TR, se establece que contra el auto que inadmita o desestime la solicitud de declaración del concurso presentada por el deudor, el solicitante solo podrá interponer recurso de reposición (en línea, por tanto, con lo ya establecido en el artículo 13.2 LC respecto a la inadmisión, y en el artículo 14.2 LC, respecto a la desestimación);
- en el artículo 17.2 TR, se establece que contra el auto que inadmita la solicitud de declaración del concurso presentada por el acreedor o por otro legitimado distinto del deudor, estos solo podrán interponer recurso de reposición (tal y como se desprende, de nuevo, del artículo 13.2 LC);
- y, en el artículo 25 TR, se establece que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de declaración de concurso presentada por acreedor o por cualquier otro legitimado distinto del deudor, podrá interponerse recurso de apelación, limitando así la aplicación de la regla general del artículo 20.2 LC a estos dos supuestos.

El Consejo de Estado valora positivamente la aclaración introducida en estos artículos del TR, y considera que se encuentra en línea con la voluntad del legislador: en la impugnación de la desestimación de la solicitud presentada por el deudor (artículo 12 TR), se da prioridad a la regla especial contenida en el artículo 14.2 LC frente a la general del artículo 20.2 LC; por el

contrario, la aplicación de dicha regla general a la desestimación de las otras solicitudes (recurso de apelación: artículo 25 TR) parece lógica dada la ausencia de una regla especial y por analogía respecto a lo previsto para la impugnación del auto de declaración del concurso solicitado por el acreedor, que el artículo 15.1 LC remite a *“los recursos previstos en el artículo 20”*.

### **3. Artículo 18.3 TR: eficacia de las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso**

El artículo 17.3 LC establece que, *“Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares”*. El artículo 18.3 TR recoge esta regla en los siguientes términos: *“En el mismo auto en el que declare el concurso o desestime la solicitud, el juez se pronunciará necesariamente sobre las medidas cautelares que hubiera acordado antes de ese auto”*.

Estos preceptos presentan, en primer lugar, dos diferencias menores de redacción: por una parte, el TR incorpora el adverbio *“necesariamente”*, que no cabe objetar, pues en todo caso esa preceptividad se desprende también del futuro imperativo que emplea la LC; por otra parte, se elimina la referencia a *“la eficacia”*, que no obstante se sobreentiende.

El TR también incorpora, sin embargo, un cambio algo más sustantivo, al precisar que ese pronunciamiento se hará *“en el mismo auto”* de declaración del concurso o de desestimación de la solicitud, en tanto que la LC parece permitir que se haga en un momento posterior, *“declarado el concurso o desestimada la solicitud”*. Desde el punto de vista del alcance de la habilitación nada hay que objetar a esta exigencia de la unidad de acto procesal, que la dicción de la LC tampoco excluye.

#### **4. Artículo 28.1.4º TR: nombramiento de la administración concursal en el auto de declaración de concurso**

Un objetivo de eficacia procesal parece inspirar la inclusión, dentro del contenido obligatorio del auto de declaración del concurso que regula el artículo 28.1 TR, del pronunciamiento sobre *“el nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados”* (número 4º). El artículo 21 LC no incluye una previsión equivalente en su regulación del contenido del citado auto, y la única precisión a este respecto se encuentra en el artículo 26 LC -que carece de correlato exacto en el TR-, en el que se establece que el juez ordenará la formación de la sección segunda *“declarado el concurso conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores”*.

El TR parece de nuevo respetar la voluntad del legislador, pues esta precisión novedosa se acompaña, en el artículo 31.1 TR, de una disposición según la cual la formación de la sección segunda se ordenará en la resolución judicial en la que se declare el concurso. Se trata, por tanto, de una armonización que tiene cabida dentro de los límites de la habilitación.

#### **5. Artículos 38 y 41.1 TR: deudores legitimados para solicitar la declaración judicial conjunta de varios concursos; acumulación de concursos**

El artículo 38 TR establece que aquellos deudores *“que sean cónyuges, socios y administradores total o parcialmente responsables de las deudas sociales de una sociedad y de las sociedades pertenecientes al mismo grupo podrán solicitar la declaración judicial conjunta de los respectivos concursos”*, redacción que se aparta de la dicción literal del artículo 25.1 LC, que también legitima a estos efectos a los deudores que sean *“miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica”*. La Memoria que acompaña al Proyecto no ha justificado esta diferencia de tenor, que se sugiere corregir para evitar que queden excluidos los casos de personas jurídicas que no tengan base societaria. Asimismo, la

conjunción “y” que emplea el artículo 38 TR (“*socios y administradores*”) debería reemplazarse por “o”.

Idéntica observación cabe realizar en relación con el artículo 41.1 TR y su ajuste a la dicción del artículo 25 bis.1.3º LC.

## **B) Título II: Órganos del concurso**

### **1. Artículo 44 TR: competencia objetiva del juez del concurso**

El artículo 44 TR contiene las reglas para determinar el juez competente, desde un punto de vista objetivo, para declarar y tramitar el concurso de acreedores, incorporando algunas novedades respecto a lo dispuesto en la LC.

El artículo 44.1 TR atribuye con carácter general esa competencia a los jueces de lo mercantil, como actualmente hace el artículo 8 LC. El artículo 44.2 TR dispone, no obstante, que, *“por excepción a lo establecido en el apartado anterior, los jueces de primera instancia son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario”*. Esta salvedad proviene de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), cuyo artículo 86 ter.1 establece que los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, *“en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6”*, precepto este último que a su vez atribuye a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer en el orden civil *“de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora”* (regulación añadida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio).

Nada cabe objetar a la inclusión de estas precisiones exteriores a la ley objeto de consolidación en el TR, pues, tal y como ha señalado este Consejo de Estado, *“delimitados la materia concreta y el ámbito normativo de la delegación, caigan fuera de la autorización delegante las leyes que, perteneciendo a la materia y al ámbito normativo*

*determinados, han introducido en ellos alteraciones. En último extremo, el texto refundido, en cuanto recoge estrictamente lo sancionado por ley formal, actúa reflejando lo que por propia naturaleza y voluntad legislativa forma parte del ordenamiento de la materia”* (dictamen número 420/94, de 12 de mayo). Con arreglo a este planteamiento, no puede considerarse que con tal proceder se incurra en un exceso *ultra vires*, sino más bien que existe un acatamiento obligado a lo legislado y al propósito ínsito en la delegación, además de servir a exigencias de seguridad jurídica (dictamen número 1.024/2015, de 22 de octubre).

Desde esta perspectiva deben igualmente analizarse los apartados 3 y 4 de este mismo artículo 44 TR, en los que se introducen otras precisiones adicionales para una mejor delimitación de esta competencia judicial:

- el apartado 3 añade que: *“A los efectos de lo establecido en este libro son empresarios las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil”;*
- y el apartado 4 establece que: *“Aunque a la fecha de la solicitud de declaración de concurso el deudor ya no tuviera la condición de empresario, los jueces de lo mercantil son competentes para declarar el concurso de acreedores si de la propia solicitud y de la documentación que la acompaña resulte que el importe de los créditos contraídos en el ejercicio de la actividad empresarial es superior al importe de los demás créditos”.*

La introducción en el TR de estas dos disposiciones, realizada con la loable finalidad de disminuir la litigiosidad, debe valorarse a la luz de los límites de la competencia para *“regularizar, aclarar y armonizar”*.

Por lo que respecta a lo dispuesto en el apartado 3, entiende el Consejo de Estado que la remisión a la definición que da la legislación mercantil del concepto de empresario persona natural carece en sentido estricto del alcance innovador que podría dar lugar a la existencia de un exceso *ultra vires*. El artículo 85.6 LOPJ establece que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia conocer de los concursos de persona natural que no sea empresario

*“en los términos previstos en su Ley reguladora”*, pero la vigente LC, aunque hace referencia en múltiples ocasiones y a diversos efectos al “empresario”, en ningún momento ofrece una delimitación de tal concepto a efectos del procedimiento concursal, por lo que en principio sería aplicable la noción que ofrecen las normas mercantiles.

Solamente el artículo 231.1 LC establece, en su párrafo segundo, que *“a los efectos de este Título”* (el Título X, en el que se regula el acuerdo extrajudicial de pagos), *“se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”*. A juicio del Consejo de Estado, por tanto, esta definición del “empresario personal natural” contenida en el artículo 231.1 LC (y que el TR incorpora en el artículo 638.4) se configura como una excepción únicamente aplicable en el ámbito de los acuerdos extrajudiciales de pagos, ampliando a estos efectos el concepto de empresario propio de la legislación mercantil, que, en defecto de previsión expresa, debe entenderse aplicable para el resto de la materia concursal.

En consecuencia, la introducción de esta precisión en el artículo 44.3 TR, manteniéndose la delimitación por excepción para los acuerdos extrajudiciales de pagos en el artículo 638.4 TR, puede considerarse una aclaración o armonización de preceptos refundidos. Se echa de menos, no obstante, una explicación sobre este artículo 44 en la Memoria que acompaña al Proyecto.

La adición contenida en el apartado 4 del artículo 44 TR tiene, por el contrario, un importante alcance innovador que excede de los límites de la delegación para refundir aquí ejercitada. El referido apartado precisa el reparto competencial entre los juzgados de lo mercantil y los juzgados de primera instancia diseñado en la LOPJ, privándose a dichos órganos judiciales de la facultad de interpretar *ad casum* los contornos de ese reparto. Es más, como acertadamente ha observado el Consejo General del Poder Judicial, una previsión de este tipo solo tendría cabida en una norma con rango de ley

orgánica. En conclusión, aun compartiendo el objetivo de limitar la litigiosidad que persigue el comentado artículo 44.4 TR, el Consejo de Estado considera que no se ajusta a los términos de la autorización para refundir y debe eliminarse. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **2. Artículo 45 TR: competencia territorial del juez del concurso**

El artículo 45 TR establece las reglas para la determinación del juez territorialmente competente para declarar y tramitar el concurso, reproduciendo, con algunos ajustes y novedades, lo establecido en el artículo 10.1 LC.

El apartado 1 de este artículo 45 TR establece como punto de conexión principal para la determinación de esta competencia la del territorio donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales, como hace el artículo 10.1 LC, y reproduce la definición que a estos efectos ofrece este último artículo. La única novedad radica en que el TR se refiere al *“juez en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales”*, en lugar de al *“juez mercantil”*: la modificación es consecuencia de la distribución de competencias entre los juzgados de primera instancia y los mercantiles introducida en 2015, como antes se vio, en la LOPJ, de la que el TR se hace ahora eco de forma expresa.

El apartado 2 reproduce la presunción de que el deudor persona jurídica tiene el centro de sus intereses principales en el lugar del domicilio social, considerando ineficaz a estos efectos *“el cambio de domicilio inscrito en el Registro mercantil dentro de los seis meses anteriores a la solicitud del concurso”*, tal y como hace el artículo 10.1 LC, pero precisando que esa ineficacia juega con atención exclusiva a la fecha de la inscripción, *“cualquiera que sea la fecha en que se hubiera acordado o decidido”*. A juicio del Consejo de Estado, esta aclaración se deduce ya del tenor del precepto refundido; en

consecuencia, carece de un alcance estrictamente innovador y tiene cabida dentro de la delegación legislativa.

El apartado 3 introduce, con una redacción algo más clara, la regla contenida en el segundo inciso del párrafo primero del artículo 10.1 LC. Dispone así el TR lo siguiente: *“Si el domicilio del deudor y el centro de sus intereses principales radicara en territorio español, aunque en lugares diferentes, será competente, a elección del acreedor solicitante, el juez en cuyo territorio radique el domicilio”*. Se echa en falta, sin embargo, el adverbio “también” que sí incluye la LC (“será también competente”); en otro caso, la facultad de elección que se atribuye al acreedor solicitante quedaría sin contenido.

El apartado 4 establece una nueva regla de atribución de competencia al juez español: *“Si el domicilio del deudor radicara en territorio español y el centro de sus intereses principales radicara fuera de España, será también competente para declarar y tramitar el concurso de acreedores el juez en cuyo territorio radique el domicilio”*. A juicio del Consejo de Estado, esta previsión constituye una innovación *ultra vires*, en la medida en que tal norma no se desprende de la regulación contenida en la LC y podría contravenir lo establecido en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

El artículo 10.3 LC se refiere a los casos en los que, aunque el centro de sus intereses principales no se halla en territorio español, el deudor tiene en este un establecimiento, extendiendo la competencia del juez español en cuyo territorio radique ese establecimiento, con la precisión de que los efectos del concurso correspondiente, que en el ámbito internacional se considerará “concurso internacional”, se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España. Esta misma regla se reproduce en el artículo 49 TR.

El artículo 45.4 TR, sin embargo, parece ir más allá de lo establecido en ese artículo 10 LC, atribuyendo al juez español correspondiente al domicilio del deudor cuyo centro de intereses radique en el extranjero la competencia para declarar y tramitar el concurso. Por una parte, ello constituye



una excepción y sin base legal a la regla general contenida en el artículo 10 LC (reproducido en este punto del artículo 45.1 y 2 TR), de acuerdo con el cual la competencia corresponde al juez en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales; además, en el caso que contempla ese nuevo artículo 45.4 TR no sería de aplicación la presunción de que ese centro de intereses se halla en el lugar del domicilio social, pues precisamente se parte de una escisión de ambos puntos. Por otra parte, la nueva regla no puede considerarse una mera extensión de lo dispuesto para los casos de concursos de deudores que tengan en España uno o varios establecimientos permanentes en el artículo 10.3 LC, pues este último (ya reproducido, por lo demás, en el artículo 49 TR) delimita también materialmente la competencia del juez del concurso en tales casos, que serán “concursos internacionales” limitados a los bienes del deudor que estén situados en España.

Además, el proyectado artículo 45.4 TR vulnera lo dispuesto en el artículo 3.2 del citado Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia, de aplicación directa en España, y en el que se establece que cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro “*solo serán competentes*” para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Precisa también la norma europea que los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

La inclusión, en el artículo 45.4 TR, del adverbio “también” (“*será también competente para declarar y tramitar el concurso*”) resulta insuficiente para garantizar esta delimitación material de la competencia del juez español y su caracterización como procedimiento de insolvencia secundario, que se desprenden tanto de la vigente LC como del citado Reglamento europeo. En consecuencia, el precepto constituye un exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y debe eliminarse. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **3. Artículo 48 TR: preferencia para la declaración del concurso**

El artículo 48 TR reproduce el tenor del artículo 10.2 LC, estableciendo que *“si se hubieran presentado solicitudes de declaración del concurso ante dos o más juzgados competentes, será preferente aquel ante el que se hubiera presentado la primera solicitud”*. A continuación, sin embargo, el referido artículo del Proyecto añade el siguiente inciso: *“aunque esa solicitud o la documentación que la acompañe adolezcan de algún defecto procesal o material o aunque la documentación sea insuficiente”*. A juicio del Consejo de Estado, esta aclaración, de extrema utilidad, puede deducirse del tenor del precepto refundido (que no precisa que la primera solicitud presentada deba reunir, a estos efectos, todos los requisitos necesarios para su plena eficacia); en consecuencia, el precepto aquí comentado carece de un alcance estrictamente innovador y tiene cabida dentro de la delegación legislativa.

### **4. Artículo 49 TR: competencia por razón de radicar en España un establecimiento**

En el artículo 49.1 TR debe precisarse, para una mejor comprensión y tal y como hace la LC, que quien tiene un establecimiento en territorio español y su centro de intereses en el extranjero es el deudor: *“Si el centro de los intereses principales del deudor no se hallare en territorio español pero tuviese en este un establecimiento...”*.

### **5. Artículo 58 TR: administración concursal dual**

Entrando ya en los preceptos relativos a la administración concursal (Capítulo II), el artículo 57 TR reproduce la regla, de carácter general, contenida en el artículo 27 LC, de que la administración concursal estará integrada por un único miembro, que podrá ser persona natural o jurídica; y el artículo 58 TR introduce, por excepción a lo anterior, la posibilidad de que el juez, en los concursos en que concurra causa de interés público, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, nombre *“como segundo*

*administrador concursal a una Administración pública acreedora o a una entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de aquella*” (apartado 1). A continuación, el precepto establece que la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal (apartado 2). Con ello y con la precisión sobre la persona de ese segundo administrador concursal que contiene el artículo 63.3 TR en su último inciso, queda completa la reproducción en el Proyecto del primer párrafo del artículo 27.7 LC.

El TR no incorpora, sin embargo, lo previsto en el segundo párrafo de ese artículo 27.7 LC: *“La Administración Pública acreedora o la entidad vinculada a ella podrá renunciar al nombramiento”*. En ausencia de esta previsión, habría que aplicar la regla general del artículo 71 TR, que dispone que *“una vez aceptado el cargo, el (administrador concursal) nombrado solo podrá renunciar por causa grave o por haber perdido de forma sobrevenida las condiciones exigidas para ejercer el cargo”*. Sin embargo, el artículo 27.7 LC establece una posibilidad de renuncia libre, no condicionada a ninguna circunstancia o motivo particular, posibilidad que en principio cabe entender aplicable tanto antes como después de la aceptación del cargo; en todo caso, se trata de una disposición abierta a la interpretación judicial, facultad que no debe el Gobierno indebidamente limitar. Por tal motivo, entiende el Consejo de Estado que la habilitación legislativa obliga en el presente caso a reproducir lo dispuesto en este segundo párrafo del artículo 27.7 LC en el Proyecto. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

#### **6. Artículo 65 TR: prohibiciones para el nombramiento de administradores concursales**

El artículo 64 TR transcribe las cuatro incompatibilidades para ser nombrado administrador concursal que recoge el artículo 28.1 LC. A continuación, el artículo 65 TR regula las prohibiciones para tal nombramiento: en su apartado 1 se reproduce la prohibición actualmente contenida en el párrafo primero del artículo 28.2 LC, aplicable a quienes hayan sido designados

como administrador concursal por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores, y en su apartado 3 la contenida en el párrafo segundo de ese mismo artículo 28.2 LC, aplicable a quienes hayan sido separados del cargo de administrador dentro de los tres años anteriores o se encuentren inhabilitados. En el apartado 2, el artículo 65 TR recoge una prohibición aplicable al nombramiento como representante de la persona jurídica administradora concursal: esta disposición no se encuentra en el artículo 28 LC, pero sí se desprende del contenido del artículo 30.3 LC; en consecuencia, y pese a que dicho precepto ya se recoge en el artículo 63.4 TR (*“Al representante de la persona jurídica administradora concursal le será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, separación y responsabilidad establecido para los administradores concursales”*), nada hay que objetar a reiterar en el artículo 65, con finalidad aclaratoria, tal prohibición.

Sorprende, sin embargo, que el aquí comentado precepto no incorpore otras dos prohibiciones establecidas en el artículo 28 LC: la relativa a quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente para ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso (artículo 28.3 LC) y la aplicable al experto independiente que hubiera informado en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso (artículo 28.5 LC). La Memoria guarda silencio en relación con este punto. El resultado de esta omisión es el ejercicio, por el TR, de una facultad derogatoria de esos preceptos, facultad que no está incluida en la delegación legislativa y que constituye, en consecuencia, un exceso en su ejercicio. Ambas prohibiciones deben, por tanto, incorporarse al TR o, en caso de que la supresión de las mismas derive de su incorporación en otros preceptos, resulta necesario, por razones de seguridad jurídica, referenciarlos en el precepto aquí examinado. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **7. Artículo 71 TR: renuncia**

De acuerdo con el artículo 29.3 LC, una vez aceptado el cargo, el administrador concursal designado *“solo podrá renunciar por causa grave”*. El artículo 71 TR, sin embargo, introduce una precisión importante, al señalar que *“sólo podrá renunciar por causa grave o por haber perdido de forma sobrevenida las condiciones exigidas para ejercer el cargo”*. Este el último añadido, sin embargo, no tiene un alcance innovador en sentido estricto, pues la necesidad de la renuncia en tales circunstancias se desprende indirectamente de las previsiones del Título II de la LC. Su inclusión en el TR tiene, por tanto, cobertura suficiente en la delegación legislativa.

## **8. Artículo 76 TR: nombramiento obligatorio de auxiliares delegados**

El artículo 76 TR dispone lo siguiente: *“El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio cuando el concurso sea de gran tamaño, cuando en la masa activa existan establecimientos dispersos por el territorio español, cuando el administrador concursal solicite prórroga para la emisión del informe y, en los concursos conexos, cuando se hubiera nombrado una administración concursal única”*.

El TR reproduce así los supuestos establecidos en el artículo 31.1 LC, párrafo tercero, si bien con la particularidad de que el previsto para *“empresas de gran dimensión”* se reemplaza por una referencia a los concursos de gran tamaño, tipología ya prevista en el artículo 27 LC pero cuya concreta delimitación dependerá de lo establecido en un futuro desarrollo reglamentario. A juicio del Consejo de Estado, esta sustitución es posible, en la medida en que el concepto de *“empresas de gran dimensión”* es tan indeterminado como el de *“gran tamaño”* y, en último término, remiten a un mismo criterio; es más, el hecho de que el segundo concepto vaya a ser precisado en vía reglamentaria, aunque ese desarrollo normativo aun esté pendiente, debe valorarse positivamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

### **9. Artículo 81 TR: ejercicio de funciones en caso de administración concursal dual**

El artículo 81 TR se refiere a la forma de ejercicio de las funciones propias de la administración concursal cuando este órgano esté integrado por dos miembros, disponiendo en su apartado 1 que *“se ejercitarán de forma mancomunada”*, resolviendo el juez en caso de disconformidad, y en el apartado 2, que el juez *“podrá atribuir determinadas competencias de forma individualizada a uno de los administradores o distribuirlas entre ellos”*. En este punto, el Proyecto se aparta de la literalidad del artículo 35.2 LC, que tiene la siguiente dicción: *“Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma conjunta. Las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez”*.

Estas diferencias de redacción obedecen a la necesidad de clarificación de lo establecido en la LC, y no suponen la introducción de elementos innovadores no cubiertos por la delegación.

### **10. Artículo 85 TR: determinación de la retribución de los administradores concursales**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 34.1 LC (artículo 84 TR), los administradores concursales tienen derecho a una retribución con cargo a la masa. El artículo 85 TR dispone, de acuerdo con el artículo 34.2 LC, que esa retribución *“se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente”*, reproduciendo a continuación los criterios a que deberá atenderse en esa determinación: *“El arancel atenderá a las funciones de la administración concursal, al número de acreedores, al tamaño del concurso según la clasificación establecida a los efectos del nombramiento de la administración concursal y a la acumulación de concursos”*. El artículo 34.2 LC se refiere más concretamente, sin embargo, a *“las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal”*. Aunque la eliminación de esta precisión no suponga un cambio de sentido del precepto constitutivo de *ultra*

*vires*, el inciso no es irrelevante y permitiría un mejor ajuste de la cuantía del arancel a las circunstancias del caso, especialmente a la vista de lo dispuesto en el artículo 34.2.d) LC en relación con el devengo de la retribución, como después se indicará. Se sugiere, por ello, reproducir de forma más literal lo establecido en la LC en relación con este punto.

### **11. Artículo 86 TR: reglas de determinación de la retribución de los administradores concursales**

El artículo 86 TR enuncia las reglas a las que deberá ajustarse el arancel que determine la retribución de la administración concursal, reglas que actualmente se consagran en el artículo 34.2 LC. La dicción del Proyecto presenta en este punto, sin embargo, algunas diferencias con respecto a lo establecido en la LC.

Esas diferencias son particularmente relevantes en relación con la forma en que en uno y otro texto se define la llamada regla de la eficiencia (artículo 34.2.d) LC y artículo 86.1.3ª TR).

En primer lugar, el artículo 86.1.3ª TR omite la precisión, que sí hace la LC, de que la retribución de la administración concursal *“se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33”*. Esta indicación debe incorporarse al TR con los necesarios ajustes (en particular, eliminando la referencia al artículo 33 LC, pues este precepto carece de correspondiente en el TR -la lista de funciones allí contenida se ha dispersado en el texto proyectado, como ya se indicó-).

En segundo lugar, la comparación de los dos párrafos del artículo 34.2.d) LC y los tres párrafos del artículo 86.1.3ª TR permite constatar algunas divergencias entre los supuestos que, con arreglo a la LC, dan al juez una simple facultad de reducir la retribución (*“podrá ser reducida por el juez”*) y aquellos en los que debe necesariamente proceder a tal reducción (*“deberá reducirse la retribución”*).

a) Por una parte, la reducción de la retribución en caso de calidad deficiente de los trabajos de la administración concursal se configura con carácter general en la LC como un presupuesto que autoriza la reducción potestativa de la retribución por el juez (artículo 34.2.d) LC, primer párrafo *in fine*); el TR, sin embargo, tras reproducir esta previsión general de facultad potestativa (artículo 86.1.3ª TR, primer párrafo *in fine*), precisa luego los supuestos en los que se entiende que existe tal calidad deficiente, considerando como tal el caso en que “*se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la relación de acreedores en favor de los demandantes en proporción igual o superior al diez por ciento del valor del inventario provisional o del importe de la relación provisional de acreedores presentada por la administración concursal*” (artículo 86.1.3ª TR, párrafo tercero), con la particularidad de que, en ese caso, el TR dice que el juez “*reducirá la retribución*” en la proporción a continuación determinada. La dificultad radica en que la LC (artículo 34.2.d) LC, párrafo segundo *in fine*) no configura este supuesto como un caso de “calidad deficiente” (que da lugar a una facultad de reducción meramente potestativa), sino como un caso independiente de reducción obligatoria. El TR plantea, desde esta perspectiva, el doble problema de sembrar dudas sobre el carácter potestativo u obligatorio de la reducción de la retribución en el referido caso de la resolución de impugnaciones; y, con independencia de lo anterior, limitar en apariencia el supuesto general de “calidad deficiente” al caso precitado.

b) De igual forma, la LC estipula claramente que “*se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución (...) cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información de los acreedores*” (artículo 34.2.d) LC, párrafo segundo), en tanto que el TR dispone que la retribución “*podrá ser reducida por el juez de forma motivada por el incumplimiento de los deberes impuestos a la administración concursal, incluyendo los relativos a la información de los acreedores...*” (artículo 86.1.3ª TR, párrafo primero).

Por cuanto precede, el texto del artículo aquí analizado debe respetar al máximo la diferenciación entre supuestos necesarios y potestativos de reducción de la retribución que realiza la LC y seguir más de cerca la configuración de los casos contenidos en esta. **Esta observación tiene**



**carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **12. Artículo 91 TR: constitución, gestión y funcionamiento de la cuenta de garantía arancelaria**

En artículo 91 TR se ha omitido reproducir la habilitación reglamentaria contenida en el artículo 34 quáter.5 LC (*“Reglamentariamente se regulará el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria”*). Tal habilitación puede deducirse de lo establecido en el apartado 2 del citado artículo 91 TR (*“El funcionamiento de la cuenta, incluido el régimen de disposición de los fondos, se regirá por lo establecido en esta ley y en cuentas normas se dicten en su desarrollo”*); sin embargo, habida cuenta de que el TR carece de una delegación general para su desarrollo reglamentario, y en la medida en que el Gobierno no puede modificar, en un texto refundido, la habilitación que en su favor hizo el poder legislativo, el Consejo de Estado considera necesario mantener dicha habilitación específica. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **13. Artículo 101 TR: nuevo nombramiento de administrador concursal**

El artículo 101 TR regula el supuesto, contemplado en el artículo 38 LC, en que haya que nombrar un nuevo administrador concursal, bien por cese del administrador anterior (artículo 101.1 TR), bien por que la persona jurídica nombrada administradora concursal revocara a la persona natural que la representaba en el ejercicio de las funciones propias del cargo (artículo 101.2 TR). En este último caso, el TR establece que dicha persona jurídica administradora *“deberá comunicar simultáneamente al juzgado la identidad del nuevo representante”*, a diferencia del artículo 38.2 LC, en el que se dispone que *“el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo”*.

La novedad introducida en el TR responde a un correcto ejercicio de las facultades de aclaración y regularización conferidas al Gobierno en la habilitación legislativa, pues resulta más lógico que la obligación de comunicación se imponga a quien revoca la representación, frente a la previsión de la LC de que sea el juez (que no necesariamente tendrá conocimiento inmediato de esa circunstancia) quien requiera la comunicación de la identidad del nuevo representante de la persona jurídica administradora.

#### **14. Artículo 102 TR: rendición de cuentas**

El artículo 102.2 TR regula el contenido que debe tener el escrito de rendición de cuentas que debe presentar el administrador concursal en caso de cese antes de la conclusión del concurso. Esta rendición de cuentas se encuentra prevista en el artículo 38.4 LC, que a su vez se remite al régimen general de rendición de cuentas del artículo 181 LC. El TR efectúa aquí una regulación más detallada del contenido del escrito que la que ofrecen estos dos preceptos de la LC, aunque en todo caso en un adecuado ejercicio de las facultades de aclaración de la delegación legislativa.

Convendría aclarar, no obstante, la referencia, algo oscura, a la necesidad de especificar si los pagos a expertos, tasadores y entidades especializadas *“se han realizado con cargo a la retribución del propio administrador concursal con cargo a la masa”*. Se trata, en definitiva, de aclarar si hay que precisar si dichos pagos han sido con cargo a la retribución del administrador concursal, que a su vez es con cargo a la masa (artículo 34.1 LC; artículo 84 TR), o si se trata de una alternativa.

### **C) Título III: Efectos de la declaración del concurso**

#### **1. Artículo 110 TR: pagos al concursado**

El TR incorpora, en el Título III del Libro I (De los efectos de la declaración del concurso), una nueva previsión destinada a colmar una laguna

de la vigente LC en relación con la eficacia de los pagos realizados al concursado en los concursos sin elementos de extranjería.

La LC establece en su artículo 216 que *“el pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la apertura del concurso en España”* (apartado 1), añadiendo a continuación que, *“salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del concurso la publicidad a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”* (publicidad en el extranjero) (apartado 2). Asimismo, el artículo 225 LC dispone que *“el pago hecho en España a un deudor sometido a procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado y conforme al cual deberá hacerse al administrador o representante en él designado sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la existencia del procedimiento”* (apartado 1), incluyendo a continuación una presunción semejante a la del artículo 216.2 LC. Estos preceptos se han reproducido en los artículos 737 y 747 TR, respectivamente.

La LC, sin embargo, no incluye ninguna disposición paralela para determinar el marco temporal en el que los pagos hechos al concursado en España, en concursos sin ningún elemento de extranjería, son eficaces. Para colmar esta laguna, el artículo 110 TR incorpora la siguiente previsión: *“El pago realizado al concursado sólo liberará a quien lo hiciere si, al tiempo de efectuar la prestación, desconocía la declaración de concurso. Se presume el conocimiento desde la publicación de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado”*.

La falta de correspondencia de este artículo en el texto de la LC ha llevado a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa a recomendar la supresión del precepto, por las dudas que puede suscitar su encaje en los límites de la habilitación y a fin de descartar un posible riesgo de incurrir en *ultra vires*. A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, el nuevo artículo 110 TR no excede los límites de la habilitación para *“aclarar, regularizar y armonizar”*, en la medida en que el acotamiento de la eficacia de los pagos al concursado que allí se hace constituye una consecuencia evidente de la aplicación del principio

general de la buena fe y de las reglas sobre la eficacia que se asocia a toda publicación oficial, y es coherente con lo establecido en la propia LC para los concursos con elementos de extranjería.

## **2. Artículo 120 TR: representación y defensa procesal del concursado en caso de suspensión**

El artículo 120 TR regula los distintos supuestos de representación y defensa procesal del concursado en caso de suspensión. En su apartado 3, en particular, se establece que *“en los procedimientos civiles que se inicien después de la declaración del concurso en los que se ejerciten acciones de índole personal, el concursado necesitará autorización de la administración concursal para presentar la demanda, interponer recursos, allanarse, transigir o desistir cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa”*.

El artículo 54.1 LC, del que procede esta exigencia de autorización de la administración concursal, tiene un tenor más general, no limitando aquella a los procedimientos posteriores a la declaración del concurso; debe entenderse que el requisito es también aplicable, por tanto, respecto de aquellos procedimientos en los que se ejerciten acciones de índole personal y que se encuentren en trámite. La redacción del artículo 120.3 TR debe, por consiguiente, extender su ámbito de aplicación también a estos casos, salvo que su sentido pueda deducirse de otro precepto del TR. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **3. Artículo 144 TR: excepciones a la suspensión de las actuaciones y de los procedimientos de ejecución**

El artículo 55.1 LC regula en su párrafo segundo las actuaciones y procedimientos de ejecución que pueden proseguir pese a la tramitación del concurso, disponiendo lo siguiente: *“Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los*

*que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.*

El apartado 1 del artículo 144 TR reproduce en líneas generales lo establecido en el citado precepto de la LC, pero introduce la precisión de que dichas actuaciones y procedimientos podrán proseguirse cuando se incorpore *“el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que un bien o derecho concreto que hubiese sido objeto de embargo no es necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*. Se aclara por primera vez en la norma, por tanto, que corresponde al juez del concurso determinar si el bien o derecho embargado es o no necesario para la continuidad de esa actividad. Entiende el Consejo de Estado, sin embargo, que ese nuevo añadido no constituye un exceso *ultra vires*, sino un ejercicio razonable de las facultades de regularización y aclaración que viene, además, confirmado por una reiterada doctrina de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo.

El mismo artículo 144 TR introduce a continuación otra importante novedad regulatoria en su apartado 2, que dispone lo siguiente:

*“El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa. No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe de lo obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso”.*

La Memoria afirma que este precepto del TR ha sido redactado siguiendo la doctrina mayoritaria de los tribunales, pues lo cierto es que la LC no contiene ninguna disposición en este sentido. No obstante, pese a su carácter innovador, entiende el Consejo de Estado que la regulación proyectada en el artículo 144.2 TR no es sino consecuencia lógica de lo establecido en el

artículo 55.1 LC (144.1 TR), teniendo en cuenta que la jurisprudencia viene manteniendo que el derecho de ejecución separada del concurso que contempla ese artículo 55.1 de la LC no comporta una preferencia de cobro, y que en esas ejecuciones separadas iniciadas antes de la declaración de concurso el administrador concursal puede en todo caso ejercitar una tercería de derecho para hacer valer la aplicación del orden de prelación de créditos concursal (en este sentido, STS de 13 de febrero de 2019, nº 90/2019 y STS de 30 de mayo de 2018, nº 319/2018). La existencia en este caso de una preferencia de cobro debería haber sido expresamente establecido en la LC, como excepción a la aplicación del citado orden de prelación concursal; y, en sentido contrario, la existencia de una previsión como la contenida en el artículo 55.1 LC (la posibilidad de continuar esas ejecuciones separadas) solo se entiende si los procedimientos o actuaciones de referencia pueden finalizar con un pago del crédito que dio lugar a los mismos. La única posibilidad de conjugar ambas exigencias parece ser la interpretación apuntada por la jurisprudencia y que el artículo 144.2 TR consagra ahora, en ejercicio de las facultades de aclaración y regularización atribuidas al Gobierno.

En conclusión, nada cabe objetar a la redacción de este artículo 144 TR desde el punto de vista del alcance de la delegación legislativa, pues, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, *“la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa”* (STC nº 166/2007, de 4 de julio).

#### **4. Artículo 153: compensación de créditos y deudas**

El artículo 58 LC establece una prohibición general de compensación de los créditos y las deudas del concursado a partir de la declaración del concurso. El artículo 153 TR reproduce esta prohibición, si bien con algunas novedades dignas de mención.

En el apartado 1, el artículo 153 establece que *“la compensación cuyos requisitos hubieran existido antes de la declaración de concurso producirá plenos efectos aunque sea alegada después de esa declaración o*

*aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella”, disposición que coincide con el último inciso del primer párrafo del artículo 58 LC. El TR añade, no obstante, lo siguiente: “El hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación”. Esta aclaración no modifica el sentido de la disposición aclarada, por lo que debe entenderse suficientemente cubierta por la habilitación para aclarar y armonizar.*

En el apartado 2, el artículo 153 TR comienza reproduciendo la prohibición de compensar los créditos y las deudas del concursado después de la declaración del concurso, y añade a continuación la salvedad de lo establecido en las normas de derecho internacional privado (que ya se encuentra en la LC) y una nueva excepción: la de los créditos y deudas que procedan de una misma relación jurídica. Dispone así este apartado 2 lo siguiente: *“Declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado a excepción de aquellos que procedan de la misma relación jurídica. Queda a salvo lo establecido en las normas de derecho internacional privado”.*

Esta precisión relativa a los créditos y deudas de una misma relación jurídica no supone, sin embargo, la introducción de una verdadera excepción -que sería *ultra vires*- a la prohibición general contenida en el artículo 58 LC, dado que en esos casos no hay una “compensación” en sentido estricto, sino una liquidación de relaciones sinalagmáticas.

Así lo ha confirmado la jurisprudencia; en este sentido, la STS nº: 581/2018, de 17 de octubre, establece lo siguiente:

*“1.-La prohibición general de compensación contenida en el art. 58 LC tiene como finalidad impedir que los acreedores que, a su vez, son deudores del concursado, tengan un trato de favor, y por tanto, no alterar el principio de igualdad de trato. Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (SSTS 19 de diciembre de 1991, 20 de mayo de 1993, 11 de julio de 2005 y 25 de octubre de 2007), ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de*

*obligaciones recíprocas en situaciones concursales, en defensa, precisamente, de la par condicio creditorum que podría resultar injustificadamente alterada en beneficio del acreedor in bonis. Lo que ha sido reiterado en similares términos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, al interpretar el mencionado art. 58 LC (por todas, sentencias 46/2013, de 18 de febrero, y 229/2016, de 8 de abril).*

*2.- No obstante, a los efectos de la aplicación del art. 58 LC, cabe distinguir entre compensación de créditos y liquidación de las relaciones recíprocas en un único contrato bilateral. Como hemos dicho en las sentencias 428/2014, de 24 de julio, y 473/2017, de 20 de julio, y las que en ellas se citan, una cosa es la compensación de créditos propiamente dicha, en la que dos deudas recíprocas dimanantes de diferentes relaciones crediticias se extinguen en la parte concurrente, y otra la liquidación de una única relación contractual sinalagmática de la que han surgido obligaciones para una y otra parte”.*

Nada hay que objetar, pues, a la introducción de esta aclaración del alcance de la prohibición de compensación en el artículo 153.2 TR. Se echa en falta, sin embargo, una justificación al respecto en la Memoria.

#### **5. Artículo 160 TR: resolución por incumplimiento anterior**

Se percibe una errata en el tenor del artículo 160 TR, que reproduce el último inciso del artículo 62.1 LC: debe precisarse que se refiere al incumplimiento anterior a la declaración de concurso (como ya hace el título del precepto).

#### **6. Artículo 161 TR: resolución por incumplimiento posterior**

El artículo 161 TR establece que, *“declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato podrá ejercitarse por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes”*. El precepto debe precisar, sin embargo, tal y como hace el artículo 62.1 LC, que se refiere a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (de acuerdo con la remisión que el artículo 62.1 LC hace al artículo 61.2 LC). **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130,**



número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

**D) Título IV: La masa activa**

**1. Artículo 194: derechos de adquisición del cónyuge del concursado**

El artículo 194 TR regula los derechos de adquisición de bienes de la masa que se reconocen al cónyuge del concursado, en línea con lo establecido en el artículo 78.3 LC, párrafo segundo. El Proyecto incorpora, no obstante, dos precisiones que deben analizarse.

En el apartado 1 se aclara que los bienes que el cónyuge del concursado puede adquirir son los *“gananciales o comunes incluidos en la masa activa”*, puntualización no contenida en la LC pero que parece evidente, dado que la adquisición se hace, con arreglo al artículo 78.3 LC, párrafo segundo, *“satisfaciendo a la masa la mitad de su valor”*.

Y en el apartado 2, tras establecer, como hace la LC, que el precio de adquisición se fijará de común acuerdo entre el cónyuge del concursado y el administrador concursal y, en defecto de acuerdo, por el juez, el Proyecto añade que, si el juez solicitase a estos efectos el informe de un experto, *“la retribución del experto será a cargo del cónyuge del concursado”*. Este último inciso tampoco está incluido en la LC y, aunque tal disposición pudiera deducirse de las reglas procesales generales, no parece posible que el Gobierno limite el margen de interpretación que la LC confiere en este caso a los tribunales. Por tal motivo, entiende el Consejo de Estado que la habilitación legislativa obliga en el presente caso a suprimir dicho inciso. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **2. Artículo 200: unidades productivas**

El Capítulo II del Título IV regula el inventario de la masa activa, incorporando lo dispuesto en los artículos 82 (formación del inventario) y 83 (asesoramiento de expertos independientes) de la LC.

El artículo 200 TR carece, sin embargo, de correspondencia en el texto de la LC; en él se establece lo siguiente:

*“1. Si en la masa activa existieran uno o varios establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios, se describirán como anejo del inventario, con expresión de los bienes y derechos de la masa activa que las integren.*

*2. Se considera unidad productiva el conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoría”.*

Esta obligación de identificación, en un anejo al inventario, de las unidades productivas, con individualización de los distintos elementos que las integran, no está contenida en la LC, pero responde a la lógica interna de la LC y al tratamiento específico que en el TR se da a las unidades productivas. Por tal razón, su inclusión en el Proyecto no es, a juicio del Consejo de Estado, constitutiva de un *ultra vires*.

## **3. Artículo 204 TR: deber de conservación de la masa activa**

El Capítulo III del Título IV se refiere a la conservación y enajenación de la masa activa. El capítulo se abre con el artículo 204 TR, en el que se reproduce el deber de conservación de la masa activa ahora recogido en el artículo 43.1 LC. Sin embargo, a diferencia de este último, que con carácter general establece que, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, *“se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso”*, el TR dice que *“la administración concursal atenderá a la conservación de los elementos que la integren del modo más conveniente para los intereses del concurso”*, excluyendo así la imposición de esta obligación de conservación a otros sujetos, como el juez del

concurso o el propio deudor. Tal y como ha apuntado en su informe el CGPJ, esta involucración del deudor en el interés del concurso es aún más evidente respecto a las personas jurídicas concursadas, en las que el interés de los socios se ve sustituido por el interés del concurso al que han de guiar su actuación los administradores sociales. Parece por ello conveniente reproducir de forma más literal lo que dispone la LC en este punto.

#### **4. Artículo 206: excepciones a la prohibición legal de enajenación**

En la redacción del artículo 206.1, último párrafo, debe aclararse la referencia a *“los actos de disposición a que se refieren los dos números anteriores”*, pues la colocación del párrafo a continuación del ordinal 3º podría dar pie a pensar que forma parte del mismo y que la remisión se hace a los actos de los ordinales 1º y 2º.

#### **5. Artículo 211: dación en pago o para pago de los bienes afectos**

El artículo 211 TR tiene un contenido sin correspondencia directa en la LC, al regular la posibilidad de que el juez autorice, en cualquier estado del concurso, *“la dación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe”* (apartado 1) y las condiciones en que se llevará a cabo dicha dación en pago (apartados 2 a 4). La Memoria no contiene ninguna precisión en relación con esta nueva previsión.

Entiende el Consejo de Estado, sin embargo, que la redacción de este artículo del Proyecto, además de garantizar un desarrollo más ágil y eficaz del concurso, responde al espíritu y finalidad última de la LC en cuanto al tratamiento de los créditos con privilegio especial, y es coherente con el criterio legal plasmado en otras normas del ordenamiento español (por ejemplo, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, para la reestructuración de la deuda

hipotecaria). Por ello, debe concluirse que no excede de la delegación legislativa y puede mantenerse en sus términos.

## **6. Artículo 221 TR: sucesión de empresa**

Los artículos 215 a 224 TR regulan las especialidades de la enajenación de unidades productivas que formen parte de la masa activa.

En particular, el artículo 221 TR reproduce la regla, actualmente contenida en el artículo 149.4 LC, según la cual, en caso de enajenación de una unidad productiva, se considerará, a los efectos laborales y de seguridad social, que existe sucesión de empresa (apartado 1). A continuación, el artículo aclara la competencia judicial en relación con esta cuestión, estableciéndose que *“el juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa”* (apartado 2).

En relación con lo dispuesto en este apartado 2 -que carece de equivalente en la LC-, el CGPJ ha manifestado que *“la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada por la función armonizadora ínsita en la labor de refundición”*.

Ciertamente, el artículo 86 ter.1 de la LOPJ establece que los Juzgados de lo mercantil *“conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora”*, y el artículo 57 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se remite igualmente a las especialidades previstas en la LC para, entre otros, los supuestos de sucesión de empresa en caso de concurso.

En la práctica, la cuestión de si tal competencia corresponde al juez del concurso o al orden jurisdiccional social dista mucho de ser pacífica, y la jurisprudencia pone de manifiesto las distintas líneas de interpretación

posibles. Sin embargo, la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en sus autos de 9 de diciembre de 2015 y de 9 de marzo de 2016, concluyendo que la competencia atribuida al juez del concurso cede en favor de los órganos de la jurisdicción social cuando *“la acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada, como deudora, y los acreedores”*. Esta es también la posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 11 de enero de 2017, de 18 de mayo de 2017, de 5 de julio de 2017 y de 27 de febrero de 2018).

A la vista de cuanto precede, y dada la cláusula residual de competencia contenida en el artículo 86 ter.1 LOPJ, el Consejo de Estado considera que la precisión del artículo 221.2 TR resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa.

#### **7. Artículo 224 TR: efectos de la transmisión de una unidad productiva sobre los créditos pendientes de pago**

El Proyecto incluye también algunas novedades importantes en la regulación de los efectos de la sucesión de empresa. Así, la regla 3ª del artículo 224.1 TR establece que, como excepción a la regla general, la transmisión de una unidad productiva llevará aparejada la obligación de pago de los créditos satisfechos por el concursado antes de la transmisión *“cuando se produzca sucesión de empresa”*, limitando expresamente esa asunción *“respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”*.

Esta limitación no se contiene en la LC y, aunque la Memoria guarda silencio en relación con este relevante añadido, parece evidente que su introducción responde a la finalidad de asegurar que el adquirente de una unidad productiva asuma solo los créditos concursales laborales y de Seguridad Social de los trabajadores afectos a la unidad por él adquirida, y no los correspondientes a trabajadores afectos a otras unidades productivas existentes en el patrimonio de la concursada y que hubieran sido reconocidos

en el informe de la administración concursal. La interpretación extensiva alternativa ha sido adoptada en algunas resoluciones de la jurisdicción social, lo que en la práctica produce un cierto efecto desincentivador de tales adquisiciones de unidades productivas, ante la incertidumbre de cuál es el pasivo laboral y de la Seguridad Social que el eventual adquirente deberá asumir. Los elementos de la unidad se venden entonces de forma independiente, lo que genera una destrucción de valor y es altamente perjudicial para la conservación del tejido empresarial.

Por el contrario, la solución propuesta en el TR está en línea con las disposiciones de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, STJUE de 16 de mayo de 2019, *Plessers*, C-509/17).

La regulación propuesta está, por tanto, suficientemente justificada, en particular desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y constituye un adecuado ejercicio de la facultad de armonización conferida al Gobierno. Por ello, el Consejo de Estado considera que el artículo 224.1.3ª TR no excede los límites de la delegación legislativa, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa”* (STC 166/2007, de 4 de julio).

#### **8. Artículo 230 TR: actos no rescindibles**

Declarado el concurso, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores, aunque no hubiese existido intención fraudulenta (artículo 228 TR que corresponde al artículo 71.1 LC). El artículo 230 TR reproduce los actos que en ningún caso pueden ser objeto de rescisión, con arreglo al tenor del artículo 71.5 LC.

A estos supuestos se añade, sin embargo, el previsto en el artículo 25.9 de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión: *“Las operaciones mediante las que se instrumenten las medidas de resolución y, en particular, las medidas derivadas de la aplicación de los instrumentos enumerados en este artículo, no serán rescindibles al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. En línea con lo observado por el FROB y para disminuir la dispersión regulatoria en esta materia, el Consejo de Estado sugiere incorporar también este supuesto a la lista del artículo 230 TR, efectuando una remisión al citado precepto de la Ley 11/2015 acompañada de una breve mención conceptual que facilite la comprensión de dicha remisión y del supuesto al que se quiere hacer referencia. Como ya se indicó, la introducción de normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición permite garantizar una mayor seguridad jurídica y tiene cabida dentro de la habilitación para *“regularizar, aclarar y armonizar”* siempre que sea necesaria para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto refundido.

#### **9. Artículo 250 TR: pago de los créditos contra la masa en caso de insucencia de la masa activa**

El artículo 250 regula el orden en que se llevará a cabo el pago de los créditos contra la masa vencidos o que venzan después de la comunicación al juez del concurso de la insuficiencia de la masa. El TR reproduce en este punto la prelación establecida a tal efecto en el artículo 176 bis.2 LC, incluida la excepción que afecta a los créditos contra la masa *“que sean imprescindibles para la liquidación”*. El artículo 250.2 TR introduce a continuación, sin embargo, una presunción no contenida en la LC, con el siguiente tenor: *“En todo caso, se consideran imprescindibles para la liquidación los créditos contra la masa correspondientes a la retribución de la administración concursal para la fase de liquidación, cualquiera que fuera la fecha en que se hubieran devengado”*.

El TR confiere así automáticamente preferencia, como crédito prededucible, a los honorarios de la administración concursal correspondientes a la fase de liquidación, y ello sin necesidad de demostrar, como en la

redacción actual, su carácter “imprescindible” para la misma. Sin perjuicio de la utilidad que una previsión de este tipo pueda tener para un eficaz desarrollo del concurso, entiende el Consejo de Estado que su introducción en el TR, en la medida en que, al introducir una presunción *iuris et de iure* no prevista, altera las vigentes normas de prelación de los acreedores concursales, excede de la delegación legislativa y solo podría introducirse mediante una reforma legal propiamente dicha. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

#### **E) Título V: La masa pasiva**

##### **1. Artículo 268 TR: comunicación extemporánea de créditos**

El artículo 268 TR regula la comunicación extemporánea de créditos; en su apartado 2 se establece lo siguiente:

*“Si los créditos objeto de la comunicación extemporánea fueran reconocidos, se clasificarán como créditos subordinados. Cuando el acreedor justifique no haber tenido noticia de la existencia de los mismos antes de la conclusión del plazo de impugnación, estos créditos serán clasificados según la naturaleza que corresponda”.*

Este precepto se completa con lo dispuesto en el artículo 281 TR, que regula los créditos subordinados, y cuyo apartado 1.1º incluye entre ellos los que se clasifiquen como tales *“por la administración concursal por comunicación extemporánea, salvo que se trate de créditos de reconocimiento forzoso, o por las resoluciones judiciales que resuelvan los incidentes de impugnación de la lista de acreedores y por aquellas otras que atribuyan al crédito esa clasificación”.*

Con estos dos preceptos, el TR incorpora de forma completa lo previsto en el artículo 92.1º LC, cuya escisión en dos artículos distintos, en



atención a la materia regulada y a la nueva estructura del TR, resulta adecuada. Pese a ello, la lectura independiente del primero de ellos (el artículo 268.2 TR) podría generar dudas sobre si subsisten las excepciones que después se recogen en el segundo; por ello, el Consejo de Estado sugiere que, como excepción a la pauta de eliminación de remisiones internas que ha regido en la elaboración del TR, se incorpore una salvedad en el artículo 268.2 TR para los casos exceptuados en el artículo 281.1.11 TR.

## **2. Artículo 269.2: clases de créditos; créditos privilegiados**

El artículo 269.1 TR establece, como hace el vigente artículo 89.1 LC, que los créditos concursales se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados.

En relación con los créditos privilegiados, el artículo 269.2 TR los clasifica en créditos con privilegio especial y créditos con privilegio general, precisando *in fine* que en el concurso “*no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley*”. Este último inciso -tomado también, literalmente, del artículo 89.2 LC- ha sido objeto de una observación del CGPJ que el Consejo de Estado desea reiterar. Considera el CGPJ que el TR desaprovecha la oportunidad de corregir el defecto apreciado en la formulación de este artículo de la LC, cual es la referencia a “esta ley”, “*cuando no solo en la LC se establecen las reglas de clasificación y prelación de créditos, y cuando con esta fórmula se vincula al legislador futuro al contenido del texto proyectado*”; se sugiere, por ello, decir “*en la ley*”, en lugar de “*en esta ley*”. A juicio del Consejo de Estado, ello no supone exceder el marco de la habilitación, sino únicamente armonizar lo previsto en la LC con lo dispuesto en otras leyes que, sin ser objeto de la delegación, sí exigen aclarar la que es objeto de esta.

## **3. Artículo 291 TR: prórroga del plazo para la presentación del informe de la administración concursal**

El administrador concursal cuenta con un plazo de dos meses a contar desde la fecha de aceptación para la presentación de su informe al

juzgado (artículo 74.1 LC, reproducido en el artículo 290 TR). No obstante, dicho plazo puede prorrogarse en una serie de supuestos recogidos en el artículo 74.2 LC y que se reproducen en el artículo 291 TR. En todos estos casos, la LC prevé que la prórroga sea a solicitud de la administración concursal; el TR, sin embargo, ha optado como novedad por introducir una excepción a esa regla en el caso de que el plazo de comunicación de créditos venciera después del plazo legal para la presentación del informe: en este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 74.2.2º LC, el artículo 291.1 TR dispone que *“esta (sic) se prorrogará de manera automática hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo para la comunicación de los créditos”*.

Este cambio con respecto a lo establecido en la LC se introdujo en atención a una observación de la Abogacía General del Estado, por motivos de economía procedimental. El Consejo de Estado entiende que el cambio es adecuado y que tiene cabida dentro de la habilitación para aclarar y armonizar.

El pronombre “esta”, no obstante, debería sustituirse por “este”, pues lo que se prorroga es el plazo de presentación del informe, no la presentación en sí.

#### **4. Artículo 308: modificaciones de la lista definitiva de acreedores**

El artículo 308 TR enumera siete supuestos en los que puede modificarse el texto definitivo de la lista de acreedores. Entre ellos se recogen los enumerados en el artículo 97.3 LC, con algunas modificaciones, y se añaden dos supuestos nuevos.

Los dos supuestos nuevos son los contemplados en los ordinales 1º (*“Cuando se estimen los recursos interpuestos contra las resoluciones del juez del concurso en los incidentes de impugnación de la lista de acreedores”*) y 3º (*“Cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte la existencia, la modificación del importe o la clase del crédito o la extinción de un crédito concursal”*) del artículo 308 TR. Ambos tienen suficiente cobertura en la referencia que el artículo 97.3 LC hace a *“los demás supuestos previstos en*

*esta ley*” y en la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar, en la medida en que resulta evidente que, dictadas esas resoluciones, habrá que modificar la lista de acreedores. La inclusión expresa de estos dos supuestos facilita la comprensión de la norma y un mayor grado de seguridad jurídica.

Por otra parte, el supuesto previsto en el artículo 97.3.3º LC no solo se desdobra en dos supuestos distintos (ordinales 5º y 6º del artículo 309 TR), sino que además introduce una modificación importante en relación con los mismos, pues la modificación ya no puede llevarse a cabo cuando *“se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal”*, sino cuando, en un proceso penal o laboral iniciado después de la presentación del informe o del texto definitivo de la lista de acreedores, *“se dicte sentencia que suponga la existencia de un crédito concursal”*. Diferir la posibilidad de modificación de la lista de acreedores hasta el momento en que se dicte la sentencia que reconozca el crédito parece una medida adecuada, y está en línea con lo dispuesto en el mismo artículo, en relación con créditos reconocidos en procedimientos administrativos. El cambio supone, por tanto, un adecuado ejercicio de las facultades de aclaración y armonización delegadas al Gobierno.

## **F) Título VII: El convenio**

### **1. Artículos 317 y 325 TR: contenido de la propuesta de convenio**

El contenido del artículo 100 LC, relativo al contenido de la propuesta de convenio, se ha desglosado en el TR en una serie de preceptos diferentes al comienzo del Título VII del Libro primero. Además de esas diferencias en la sistemática, se han introducido algunos cambios dignos de mención en la literalidad de la LC.

La previsión general del artículo 100.1 LC (*“La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas”*), se reproduce, aclarándola, en el artículo 317.1 TR, en el que también se añade que la espera *“no podrá ser superior a diez años”*. Este último

inciso no está contenido en el artículo 100.1 LC, pero su inclusión encuentra suficiente cobertura en la facultad de armonización conferida al Gobierno, en la medida en que ese límite temporal se encuentra ya establecido en el artículo 236.1.a) LC, en relación con el contenido de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos.

El artículo 100.2 LC establece que, además de quitas o esperas, la propuesta de convenio podrá contener *“proposiciones alternativas o adicionales para todo o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos”*. El TR ha optado por regular separadamente las proposiciones adicionales, que se llevan al artículo 317.2 TR, y las proposiciones alternativas, que pasan a regularse en los artículos 325 a 330 TR. En ambos casos, sin embargo, la clara exclusión de los créditos públicos contenida en el artículo 100.2 LC se reemplaza en el TR por una referencia a que esas proposiciones adicionales o alternativas podrán afectar a todos o algunos créditos o acreedores o a determinados tipos de ellos *“sin más limitaciones que las establecidas por la ley”*, estableciéndose a continuación que, para que la propuesta de convenio pueda incluir una proposición adicional o una alternativa que afecte a todos los créditos públicos o a algunos de ellos *“será necesario el expreso y previo consentimiento de los titulares de esos créditos”* (artículos 317.2 y 325.2 TR).

Frente a la excepción que literalmente enuncia la LC -que, en definitiva, comporta la prohibición de que los créditos públicos queden afectados por este tipo de proposiciones alternativas o adicionales-, el TR exceptúa a su vez esa prohibición en los casos en los que el titular del crédito público dé su expreso y previo consentimiento. Este cambio, sobre el que la Memoria no ofrece explicación alguna, tiene cierta relevancia y podría resultar útil en determinados casos; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las reglas sobre la indisponibilidad del crédito público contenidas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y, en particular, lo establecido en su artículo 7:

*“1. No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes.*

*2. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley.*

*3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.*

A la luz de estas normas, no cabe sino concluir que la modificación propuesta en los artículos 317.2 y 325.2 TR no puede considerarse una mera armonización cubierta por la delegación legislativa y no puede, por tanto, acometerse en trance de elaborar un texto refundido, sin prejuzgar la oportunidad de introducirla en el ordenamiento jurídico vía la correspondiente reforma legal y con las necesarias garantías, tal y como permite la propia Ley General Presupuestaria. La posibilidad de afectación de créditos públicos debe, por tanto, eliminarse del TR, incorporándose la excepción consagrada en el artículo 100.2 LC. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **2. Artículo 326 TR: ejercicio de la facultad de elección**

El artículo 326 TR se refiere al ejercicio de la facultad de elección en el caso de propuestas de convenio que contengan proposiciones alternativas, estableciendo que tal facultad se ejercitará de acuerdo con el plazo establecido en la propia propuesta, plazo que *“no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de eficacia del convenio”* (apartado 2). El TR modifica así el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo máximo, pues el artículo 102.2 LC

se refiere al plazo de un mes “a contar desde la fecha de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio”.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 393.1 TR, el convenio adquirirá eficacia “desde la fecha de la sentencia que lo apruebe”, debe concluirse que el artículo 326.2 TR adelanta el referido *dies a quo* a un momento anterior (a la fecha de la sentencia, en lugar de la fecha de su firmeza), lo que en la práctica tendrá como efecto limitar el plazo de que podrá disfrutar el acreedor para efectuar su elección. Debe por tanto concluirse que esta modificación excede de la habilitación legislativa y recomendarse reemplazar el *dies a quo* contenido en el Proyecto por el establecido en el artículo 102.2 LC. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **3. Artículo 327 TR: propuesta de convenio con conversión de créditos**

El artículo 327.1 TR contempla el supuesto de propuesta de convenio con conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas o en obligaciones convertibles de la propia sociedad concursada o de otra sociedad, o la conversión de los créditos en créditos participativos, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios, reproduciendo lo previsto a este respecto en el artículo 100.2 LC, con la novedad, en el caso de la conversión de los créditos en créditos participativos, de que sea siempre “*en créditos participativos por periodo no superior a diez años*”. Esta precisión, sin embargo, sí figura en el artículo 236.1.e) de la misma Ley respecto al contenido de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos; por ello, nada cabe objetar a la armonización realizada en este punto.

El artículo 327.2 TR introduce asimismo la precisión de que “*la conversión de los créditos laborales exigirá el consentimiento individual de los*

*titulares de esos créditos*". Lejos de suponer una alteración del régimen de dichos créditos, este añadido se encuentra en línea con las normas contenidas en la LC en relación con las mismas; su inclusión, por tanto, tiene suficiente cobertura en la facultad de armonización conferida al Gobierno.

#### **4. Artículo 328 TR: propuesta de convenio con conversión de créditos en acciones o participaciones sociales**

Otra de las modalidades de proposiciones alternativas es la de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, contemplada en el artículo 100.2 LC, párrafo segundo, y que el TR recoge en su artículo 328. Este artículo 328 TR comienza disponiendo que dicha conversión *"podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles"*, (apartado 1); se aclara así lo dispuesto en el artículo 100.2 LC (*"A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles"*).

A continuación, el citado artículo 328 establece que *"para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales"* (apartado 2); de esta forma, el TR reemplaza la remisión que, a tales efectos, el artículo 100.2 LC hace a los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, preceptos que en efecto establecen mayorías no reforzadas. Sin perjuicio del meritorio esfuerzo que se ha hecho en la redacción del Proyecto para eliminar remisiones que complican la lectura del nuevo texto, considera el Consejo de Estado que en este caso la referencia a los artículos citados contribuye a clarificar el modo de proceder, por lo que se sugiere conservarla.

### **5. Artículo 330 TR: propuesta de convenio con cesión de las acciones o de los efectos de la reintegración**

El artículo 330 TR incorpora un nuevo supuesto de propuesta de convenio de contenido alternativo no previsto en el artículo 100 LC: la cesión a uno o varios acreedores o clases de acreedores de las acciones de reintegración de la masa activa.

A juicio del Consejo de Estado, la enumeración de proposiciones alternativas contenida en el artículo 100.2 LC no es exhaustiva, y el artículo 176 bis.1 LC alude a la cesión de las acciones de reintegración de la masa activa (artículo 473.2 TR). Con independencia de la interpretación de este último precepto cabe entender, por tanto, que el artículo 330 TR tiene cabida dentro del ejercicio de la facultad de aclaración y armonización de la delegación legislativa, con la finalidad de aclarar la viabilidad de propuestas de convenio que tengan por objeto este tipo de cesiones.

### **6. Artículo 383 TR: motivos de oposición a la aprobación judicial del convenio**

El artículo 383 TR enumera en su apartado 1 los tres motivos en los que puede fundarse la oposición a la aprobación judicial del convenio, refundiendo lo establecido al efecto en el artículo 128.1 LC. En su apartado 2, el precepto proyectado reproduce lo dispuesto en el artículo 128.4 LC, si bien con una diferencia: el Proyecto establece únicamente que *“no podrá formularse oposición fundada en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta por quien, habiendo asistido a esta, no la hubiese denunciado en el momento de su comisión, o, de ser anterior a la constitución de la junta, en el momento de declararse constituida”*, obviando la salvedad incluida en el inciso inicial del artículo 128.4 LC –*“Salvo en el supuesto previsto en el último párrafo del apartado 1”*-. Dicho supuesto es el recogido en el artículo 383.1.3º TR; la referida salvedad debe recogerse en el Proyecto. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**



**G) Título VIII: Liquidación de la masa activa**

No se formulan observaciones.

**H) Título IX: Pago a los acreedores concursales**

No se formulan observaciones.

**I) Título X: Calificación del concurso**

- **Artículo 456 TR: condena a la cobertura del déficit**

El artículo 456 TR recoge la facultad del juez, consagrada en el artículo 172 bis.1 LC, de condenar a la cobertura total o parcial del déficit a determinadas personas cuya conducta haya determinado la calificación del concurso como culpable, en la medida que tal conducta haya generado o agravado la insolvencia. En su apartado 2, el artículo 456 TR define qué debe considerarse “déficit” a estos efectos, precisión que no se encuentra contenida en la LC. Cabe concluir, sin embargo, que se trata de un uso correcto de las facultades de aclaración y armonización, en particular si se tiene en cuenta que la condena puede alcanzar una cobertura total o parcial de dicho déficit.

**J) Título XI: Conclusión y reapertura del concurso de acreedores**

**1. Artículo 485 TR: efectos específicos de la conclusión del concurso en caso de concurso de persona jurídica**

En relación con los efectos de la conclusión del concurso de una persona jurídica, el artículo 485.2 TR introduce una importante novedad al reconocer la posibilidad de adjudicación de bienes o derechos de la masa activa, en los siguientes términos:

*“De existir bienes o derechos en la masa activa al tiempo de decretarse la conclusión del concurso, el juez, en la misma resolución en que la*

*acuerde, decidirá sobre la atribución de esos bienes y derechos y, de estar hipotecados o pignorados, se darán en pago al titular del derecho real de garantía”.*

Con independencia del juicio que pueda merecer la disposición proyectada y de la eventual oportunidad de facilitar la conclusión del concurso en estos casos de insuficiencia de la masa con patrimonio pendiente de liquidación, una previsión de este tipo no puede incorporarse, por su carácter estrictamente innovador, a través de un texto refundido. Debe procederse, por tanto, a su supresión. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

## **2. Artículo 491 TR: extensión de la exoneración del pasivo insatisfecho**

El Capítulo II del Título XI comprende las reglas sobre el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, sistematizando la regulación en la actualidad contenida en los ocho largos apartados del artículo 178 bis LC, que se desglosa así en los artículos 486 a 502 TR. Tras un primer artículo (el 486, que integra la Sección 1ª) sobre el ámbito de aplicación del beneficio, la regulación se divide en tres secciones, relativas, respectivamente, al régimen general del beneficio de exoneración (artículos 487 a 492 TR), al régimen especial de la exoneración por la aprobación de un plan de pagos (artículos 493 a 499 TR) y a los efectos comunes de la exoneración (artículos 500 a 502 TR).

Dentro del régimen general, el Proyecto divide los requisitos para la solicitud del beneficio contemplados en el artículo 178 bis.3 LC, en un presupuesto subjetivo (artículo 487 TR: buena fe, que opera con dos presunciones) y unos presupuestos objetivos, diferentes en función de si el deudor ha celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, por una parte, o no lo hubiera intentado, por otra parte (artículo 488 TR, apartados 1 y 2, respectivamente).

En esta misma sección 2ª, dedicada al régimen general, el artículo 491 TR, rubricado “Extensión de la exoneración” establece, en su apartado 1, que, en los casos en que se haya intentado el citado acuerdo extrajudicial, *“el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos”*; y, en su apartado 2, que, cuando no se hubiera intentado tal acuerdo, el beneficio *“se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados”*.

Ninguna de estas dos previsiones se recoge en el artículo 178 bis LC. La delimitación de la extensión del beneficio efectuada en el artículo 491.2 TR (para casos en que no se haya intentado el acuerdo extrajudicial de pagos) es consecuencia lógica de la definición del presupuesto objetivo en este caso (artículo 488.2 TR y artículo 178 bis.3.4º LC); su inclusión responde, por tanto, a las facultades de aclaración. En cuanto a la delimitación que realiza el artículo 491.1 TR (en particular, en cuanto excluye del beneficio los créditos de derecho público y por alimentos), puede considerarse una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5.1º LC (artículo 497.1.1º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos.

### **3. Artículo 496 TR: aprobación del plan de pagos**

Dentro ya de las disposiciones específicas para la exoneración del pasivo insatisfecho en caso de aprobación de un plan de pagos, el Proyecto incorpora varias novedades.

Por una parte, en el artículo 495 TR se prevé expresamente que la propuesta de plan de pagos debe acompañarse a la solicitud de exoneración del pasivo, lo que no se aclaraba en el artículo 178 bis LC, aunque podría deducirse de su sentido general, por lo que nada hay que objetar a esta aclaración.

Por otra parte, el artículo 496 TR incorpora en líneas generales la previsión del artículo 178 bis.6 LS, párrafo segundo (*“... el deudor deberá*

*presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de diez días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas*”), pero sorprende que el plazo de alegaciones a las partes (la administración concursal y los acreedores personados) se reduce de diez a cinco días, diferencia que, en todo caso, excede de los límites de la delegación, por lo que debe corregirse. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

#### **4. Artículo 499 TR: exoneración definitiva**

El artículo 499 TR se dedica a la exoneración definitiva para los casos en que el deudor se acoge al plan de pagos, actualmente regulada en el artículo 178 bis.8 LC. El apartado 2, en particular, sistematiza los casos, consagrados en el segundo párrafo del artículo 178 bis.8 LC, en los que el juez, aunque el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, puede conceder dicha exoneración definitiva; el ordinal 2º, en particular, tiene por objeto el supuesto definido en la LC con remisión a la concurrencia en el deudor de *“las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad”*. Se advierte, sin embargo, un error en la reproducción de esas circunstancias, pues se han recogido las correspondientes a la redacción original del citado Real Decreto-ley 6/2012, en lugar de las correspondientes al nuevo tenor de ese artículo 3.1.a) y b), modificado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y en los Reales Decretos-leyes 1/2015, 25/2015 y 5/2017. Por tanto, debe corregirse la redacción del artículo 499.2 TR en este punto. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

**K) Título XII: Normas procesales generales, del procedimiento abreviado, del incidente concursal y del sistema de recursos**

**1. Artículo 521 TR: Derecho procesal supletorio**

El Capítulo I de este Título XII del Libro primero (“Tramitación del procedimiento”) contiene una serie de normas procesales generales del concurso de acreedores. El artículo 521 TR (que lo clausura) reproduce, de forma simplificada, la regla de la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente prevista en la disposición final quinta de la LC. De acuerdo con lo establecido en las Directrices de técnica normativa, el Consejo de Estado entiende que esa previsión debe estar contenida en una disposición final, en lugar de incorporarlo al articulado del TR.

**2. Artículos 534 y 539 TR: partes y proposición de medios de prueba en el incidente concursal**

El Capítulo III (artículos 532 a 541 TR) contiene las reglas para la tramitación del incidente concursal, reproduciendo lo establecido en los artículos 192 a 196 LC con importantes cambios sistemáticos y algunos añadidos que en particular afectan a la regulación de las partes (artículo 534 TR), la proposición de prueba (artículo 539 TR) y el incidente concursal en materia laboral (artículo 541 TR, que se tratará en el número siguiente).

En relación con las partes, el artículo 534.1 TR dispone que en el incidente concursal *“se considerarán partes demandadas aquéllas contra las que se dirija la demanda”*. El artículo 193 LC recoge esta misma regla añadiendo que también serán parte *“cualquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora”* (apartado 1 *in fine*) y que *“cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria”* (apartado 2). Con base en el amplio tenor de estas disposiciones, el artículo 534.2 TR clarifica el régimen de intervención en estos incidentes, estableciendo que *“cualquier persona comparecida en el*

*concurso podrá intervenir en el incidente concursal conforme al régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para sujetos originariamente no demandantes ni demandados*”, y, como principal novedad, exonera al juez de pronunciarse expresamente sobre la intervención y de dar audiencia a las partes *“cuando se trate de aquellas que ostenten previamente la condición de parte en el concurso o se trate de acreedores incluidos en la lista de acreedores”*. Tal y como se refleja en la Memoria, la razón de ser de ambas especialidades es el interés directo y legítimo que concurre en estos sujetos; a juicio del Consejo de Estado, las modificaciones introducidas tienen por ello un encaje suficiente en la facultad de armonización (en particular, en este caso, con la legislación procesal general).

En cuanto a la proposición de medios de prueba, el artículo 539 TR -que carece de contenido correspondiente en la LC- introduce dos reglas: por una parte, en el apartado 1 se establece que las pruebas en el incidente concursal *“se propondrán en los escritos de alegaciones, resolviéndose sobre la admisión mediante auto”*, clarificación que carece de un alcance innovador en sentido estricto, pues se desprende de la normativa procesal general; y, por otra parte, en el apartado 2 se dispensa expresamente de la carga de aportar la prueba documental *“si los documentos constasen en el concurso de acreedores”*, precisándose no obstante que *“la parte interesada deberá designar el documento completo que proponga como prueba y señalar en qué trámite fue presentado”*, añadidos a los que tampoco cabe objetar desde la perspectiva de los límites de la delegación legislativa.

### **3. Artículo 541 TR: incidente concursal en materia laboral**

El artículo 541 TR contiene las reglas especiales para la tramitación del incidente concursal en materia laboral, reproduciendo, con algunas variantes, el contenido del artículo 195 LC.

En el apartado 1 se precisa el objeto de las acciones que se tramitan por este incidente, reemplazando la compleja remisión sucesiva del artículo 195.1 LC. En el apartado 2 se recoge el plazo de un mes para la presentación de la demanda que tiene el trabajador, plazo que computa desde

que conoció o pudo conocer la resolución judicial, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 64.8 LC, párrafo segundo. En línea con esta previsión de la ley vigente, el TR aclara cuál es el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo cuando el demandante sea el Fondo de Garantía Salarial (*“desde que se le notifique la resolución”*) o el personal de alta dirección (*“desde que la administración concursal le notifique la decisión adoptada”*). Ambas precisiones tienen cabida dentro de la facultad de armonización y de aclaración que la habilitación legislativa concede al Gobierno.

En la reproducción del artículo 195 LC se han omitido, sin embargo, dos importantes precisiones: por una parte, la referencia al trámite de subsanación de la demanda (con un plazo de cuatro días) contenida en el apartado 1; y, por otra parte, la mención sobre el trámite de proposición de pruebas por las partes incluida en el apartado 2. Ambas menciones deberían incluirse en el artículo 541 TR, salvo que su sentido pueda deducirse de otro precepto de este Capítulo del TR o de la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **L) Título XIII: Publicidad del concurso**

### **1. Artículo 561 TR: organización del Registro público concursal**

La Memoria que acompaña al Proyecto afirma que los cambios introducidos en la publicidad del concurso *“no difieren sustancialmente del régimen de la vigente Ley Concursal, salvo la mejora sistemática que se puede apreciar en la tabla de correspondencias que figura como anexo de esta memoria”*. Frente a esta afirmación, el Consejo de Estado considera necesario analizar los importantes cambios que el TR efectúa en la regulación del Registro público concursal (Capítulo IV) y, en particular, en la organización del mismo, a la que se dedica el artículo 561 TR.

Así, el Registro público concursal pasa a dividirse en cinco secciones, frente a las cuatro que tiene en la actualidad con arreglo al artículo 198 LC:

- La sección primera sigue siendo, en el texto proyectado, la sección de edictos concursales, sin cambios de relieve respecto a lo establecido en la LC.
- La sección segunda se dedica, al igual que en la LC, a la publicidad registral (donde se insertan las resoluciones judiciales -se corrige la referencia de la LC a “resoluciones registrales”- anotadas o inscritas en los registros públicos de personas, incluida la de la calificación del concurso como culpable. El artículo 561.2ª incorpora, no obstante, una importante novedad en este punto, al crear en esa sección *“una subsección, de personas afectadas por la calificación, en la que se insertarán, ordenadas alfabéticamente y por fechas, las resoluciones judiciales anotadas o inscritas en los registros públicos de personas relativas a cada una de ellas”*.
- La sección tercera, que en la LC tenía por objeto los acuerdos extrajudiciales, es en el TR la sección de exoneración del pasivo insatisfecho, donde se insertarán *“la obtención provisional de ese beneficio con un plan de pagos con una duración máxima de cinco años, y la resolución judicial por la que se conceda la exoneración definitiva”*.
- La sección cuarta sigue siendo, al igual que en el artículo 198 LC, la dedicada a los administradores concursales y auxiliares delegados, sin cambios de relieve en su regulación, salvo por la creación en su seno de una nueva subsección en la que se insertará *“la indicación del administrador cuya designación secuencial corresponda a cada juzgado en función del tamaño de cada concurso”*.
- La nueva sección quinta, en fin, tiene por objeto los *“acuerdos extrajudiciales de pagos y acuerdos de refinanciación de pasivo financiero”*, coincidiendo así con la actual sección tercera de la LC, sin diferencias importantes en cuanto a su organización, salvo por la introducción de la salvedad de los datos que tengan carácter reservado y la referencia expresa a



la inserción en dicha sección de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

La creación de una nueva sección dedicada a la exoneración del pasivo insatisfecho tiene, a juicio del Consejo de Estado, suficiente cobertura legal, dado que el artículo 178 bis.3.5º.v) LC establece ya expresamente que *“la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años”*. Partiendo de lo anterior, la reorganización de las secciones que el TR lleva a cabo (la sección tercera pasa a ser la quinta, para que la “sección especial” prevista en la LC pueda integrarse como nueva sección tercera) constituye un ejercicio apropiado de la habilitación para refundir.

La creación de dos nuevas subsecciones, por otra parte, puede entenderse también suficientemente cubierta por esa habilitación, en la medida en que con ello no se altera el sentido de la Ley objeto de refundición. Sin embargo, en este punto hay que recordar que el artículo 198.3 LC remite a una ulterior norma reglamentaria -aun no aprobada- el desarrollo de *“la estructura, contenido y sistema de publicidad a través de este registro y los procedimientos de inserción y acceso”*; por esta razón, entiende el Consejo de Estado que ese desarrollo de la estructura legal del registro tendría un mejor acomodo en la futura norma reglamentaria, sin que parezca acertado tratar de hacer frente a su pendencia mediante la introducción de preceptos en el TR, ya que ello comporta un indeseable efecto de congelación de rango legal de una regulación que debería quedar abierta a precisiones reglamentarias.

#### **M) Título XIV: Concursos de acreedores con especialidades**

En el Título XIV y último del Libro primero del TR se reproducen las especialidades que presentan distintos tipos de concursos y cuya regulación se encuentra actualmente dispersa en el articulado de la LC. En líneas generales, el TR transcribe lo establecido en la LC, aunque se han introducido algunos ajustes necesarios para la armonización y aclaración a la que autoriza la habilitación para refundir. Así, por ejemplo, en el artículo 569 TR se aclara

que el concurso de acreedores de la herencia tendrá la consideración de voluntario cuando la primera solicitud la presente el administrador de la herencia yacente o un heredero (en lugar de “el deudor”, como indica el artículo 22 LC); y en el artículo 574 TR, se precisa, de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que en el concurso de este tipo de entidades el juez nombrará administrador al Consorcio de Compensación de Seguros (no a un administrador dentro de los propuestos por dicho Consorcio, como prevé el artículo 27.6 LC, que debe entenderse modificado en este punto por dicha Ley 20/2015).

El artículo 582 TR, por su parte, se refiere al concurso de entidades deportivas. En él se incorpora, en líneas generales, lo establecido en la disposición adicional segunda bis LC. Cabe recordar, no obstante, que dicha disposición de la LC -añadida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre- contenía, en su segundo párrafo, un mandato al Gobierno para, en el plazo de seis meses, remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre especialidades del tratamiento de la insolvencia de las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, y de los créditos salariales de sus deportistas. En la medida en que la disposición derogatoria del proyecto de real decreto legislativo declara expresamente derogada esta disposición adicional segunda bis de la LC, y pese a haber expirado el plazo allí previsto, el Gobierno deberá valorar la oportunidad de proceder a la elaboración de ese proyecto de regulación legal.

## **II) LIBRO SEGUNDO: DERECHO PRECONCURSAL**

### **A) Título I: Comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores**

El Título I del Libro segundo (artículos 583 a 595 TR) regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, sistematizando lo dispuesto en el artículo 5 bis LC, con incorporación de precisiones procedentes de otros preceptos de la propia LC (por ejemplo, los artículos 235.2 y 242 bis LC).

- **Artículo 592 TR: créditos de derecho público**

El artículo 592 TR exceptúa la aplicación de las reglas relativas a efectos de comunicación sobre las acciones y sobre los procedimientos ejecutivos (artículos 588 a 593 TR) a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público (ejecuciones que, de esta forma, no pueden ser objeto de paralización como consecuencia de la apertura de negociaciones con los acreedores).

Aunque esta salvedad está ya contenida en el artículo 5 bis.4 LC, párrafo sexto, su incorporación al TR ha suscitado objeciones en el expediente. La Asociación Española de Banca y el Consejo General de Economistas, por ejemplo, consideran que debe eliminarse ese privilegio de los créditos públicos, que consideran injustificado y eventualmente contrario a la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

La citada Directiva 2019/2013 establece, en su artículo 6.1, que los Estados miembros deben velar por que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva, y el artículo 6.2 les impone asimismo la obligación de garantizar que esa suspensión *“pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes”*. Esa previsión podría servir de cobertura a la previsión ahora comentada del artículo 592 TR. Sin embargo, el Consejo de Estado entiende que el Gobierno no puede, al amparo de la delegación para refundir, introducir cambios en la legislación vigente al amparo de las facultades para aclarar, armonizar y regularizar la LC, aunque sea con la finalidad de adaptarla a la norma europea. Tal y como se indicó en las consideraciones generales de este dictamen, esa transposición de la Directiva 2019/2013 deberá llevarse a cabo en un momento posterior, antes del plazo de adaptación fijado en la misma.

Ciertamente, desde la entrada en vigor de la Directiva y hasta que transcurra el plazo para su transposición, los Estados miembros deben abstenerse de *“adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha Directiva”* (STJUE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Région wallonne*, C-129/96). Entiende el Consejo de Estado, sin embargo, que la mera confirmación de la validez de una disposición por su reproducción literal y sin ningún cambio ni precisión adicional en un texto refundido aprobado por el Gobierno no equivale a la adopción de una disposición de nuevo cuño y no le es, por tanto, oponible lo establecido en la citada jurisprudencia europea. La eliminación en el TR de esta previsión de la LC implicaría su derogación, una decisión que el Gobierno no puede adoptar amparándose en el ejercicio de la delegación legislativa, que no incluía la facultad de derogar normas aprobadas por las Cortes Generales.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el citado artículo 6.2 de la Directiva 2019/1023, aunque establece que la suspensión de las ejecuciones singulares alcance a todo tipo de créditos, lo hace *“sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5”* de ese mismo artículo 6, y el apartado 4 permite a los Estados miembros *“excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando: a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa, o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos”*. La eventual supresión del privilegio de no suspensión de las ejecuciones que afectan a créditos de derecho público deberá, por tanto, ser objeto de consideración en el marco de lo dispuesto en este apartado, en el momento en que se lleve a cabo la aprobación de la ley de transposición de la Directiva 2019/1023, pero resulta correcto, desde un punto de vista de técnica normativa, mantenerlo en el TR

## **B) Título II: Acuerdos de refinanciación**

Los acuerdos de refinanciación (principalmente regulados en el artículo 71 bis y en las disposiciones adicionales cuarta y quinta LC) constituyen

el objeto del Título II del Libro segundo del TR (artículos 596 a 630), con un importante cambio en la sistemática de la regulación y algunas aclaraciones y modificaciones de cierto relieve.

### **1. Artículo 597 TR: acuerdos de refinanciación**

El artículo 597 TR se refiere al momento en que el deudor puede alcanzar un acuerdo de refinanciación, partiendo, como regla general, de que este puede adoptarse *“en cualquier momento”*, y precisando, a continuación que, si hubiera efectuado comunicación al Juzgado competente del inicio de negociaciones con los acreedores, *“el acuerdo de refinanciación deberá alcanzarse dentro de los tres meses siguientes a la fecha de esa comunicación”*.

El silencio de la LC al respecto permite aclarar, en el TR, que el acuerdo puede alcanzarse en cualquier momento. En cuanto al plazo de tres meses incluido en el segundo inciso, parece una aclaración correcta de lo establecido en el artículo 5 bis.5 LC al regular la comunicación de la apertura de negociaciones: *“Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación (...), deberá solicitar la declaración del concurso dentro del mes hábil siguiente (...)”*. Resulta claro, por lo demás, que este segundo inciso contempla el caso singular de que, con carácter previo al acuerdo de refinanciación (artículo 71 bis LC), se haya efectuado la referida comunicación al Juzgado (artículo 5 bis LC), pero sin exigir que esa comunicación sea en todo caso necesaria para alcanzar aquel.

En conclusión, la inclusión de este nuevo precepto responde a un ejercicio adecuado de las facultades de aclaración y armonización.

### **2. Artículo 598 TR: requisitos de los acuerdos colectivos de refinanciación**

El artículo 596 TR distingue entre acuerdos de refinanciación colectivos, con o sin homologación judicial, y acuerdos de refinanciación singulares, que en ningún caso pueden ser homologados por el juez. Se trata

de dos categorías que el artículo 71 bis LC ya distingue en cierta medida, aunque el TR les atribuye estos nuevos *nomen iuris*.

El artículo 598 TR se refiere a los acuerdos de refinanciación colectivos, reproduciendo, con pequeñas precisiones y algún cambio de sistemática, los requisitos enumerados en el artículo 71 bis.1 LC. No puede obviarse, sin embargo, el hecho de que el artículo 598 TR presenta dichos requisitos como condiciones de validez de los acuerdos colectivos de refinanciación, al establecer que “*deberán reunir los siguientes requisitos*”, mientras que en el artículo 71 bis.1 LC esos mismos requisitos tienen como consecuencia el carácter no rescindible de los acuerdos que los cumplan (“*No serán rescindibles...*”). El artículo 602 TR precisa la eficacia de esos acuerdos colectivos.

La conversión de los requisitos contemplados en el artículo 71 bis.1 LC en condiciones para la validez de los acuerdos de refinanciación plantea en sí misma ciertos interrogantes pero, en cualquier caso, no puede llevar a una eliminación de la regulación del carácter no rescindible de los acuerdos que cumplan dichos requisitos, circunstancia que podría deducirse de una primera lectura del referido artículo 598 TR.

Esta conclusión inicial aparece desmentida más adelante, por el juego de lo establecido en los artículos 965, 697 y 698 TR, incluidos en el Título IV de este Libro, relativo a las especialidades del concurso consecutivo, como luego se verá. En tales casos, la Ley establece una regla y una excepción en materia de reintegración de la masa activa: la regla general es que, declarado el concurso consecutivo de un acuerdo de refinanciación que hubiera sido incumplido o declarado nulo o ineficaz, son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los realizados durante la fecha de cumplimiento de ese acuerdo si se acreditara contravención del propio acuerdo, alteración de la igualdad de trato o la concurrencia de fraude (art. 697.1 TR); las excepciones, por su parte, son dos: a) Los acuerdos de refinanciación homologados; b) Los acuerdos de refinanciación no homologados que reúnan los requisitos establecidos en la Ley (art. 698 TR), es

decir, precisamente los que reúnan los requisitos establecidos en el antes referido artículo 598 TR. Por lo tanto, aquel acuerdo que reúna estos requisitos será objeto de protección en un eventual escenario concursal.

Efectuada esta aclaración, el Consejo de Estado sugiere que, por motivos de seguridad jurídica y como excepción a la pauta de eliminación de remisiones internas que ha regido en la elaboración del TR, se incorpore una remisión en el artículo 598 TR a lo dispuesto, en materia de irrevocabilidad, en el referido Título IV.

### **3. Artículo 616 TR: adhesión a un acuerdo homologado de refinanciación del pasivo financiero**

El artículo 616 TR contempla el régimen de la adhesión a un acuerdo de refinanciación homologado, reproduciendo en líneas generales lo establecido en el párrafo quinto de la disposición adicional cuarta, apartado 1, LC (*“Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta disposición”*). Se añade también, en el apartado 2 del artículo, la siguiente previsión: *“A los acreedores adheridos se les extenderá el contenido del acuerdo homologado”*. Esta disposición carece de correlato en la LC, pero no constituye en sentido estricto una innovación, pues tal extensión del acuerdo es el sentido propio de la adhesión. Nada cabe, por tanto, objetar a su introducción.

### **4. Artículo 618 TR: impugnación de la homologación**

El artículo 618 TR regula la legitimación para impugnar la homologación de un acuerdo de refinanciación en los siguientes términos:

*“1. Dentro de los quince días siguientes a la publicación de la homologación en el Boletín Oficial del Estado los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación o que hubiesen mostrado su disconformidad al*

*mismo podrán impugnar la homologación ante el mismo juez que hubiera homologado el acuerdo.*

*2. Los acreedores sindicados afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnar la homologación ante el mismo juez que hubiera homologado el acuerdo”.*

El apartado 1 de este artículo recoge así la legitimación para impugnar la homologación de los acreedores de pasivos financieros disidentes (que no hubieran suscrito el acuerdo o que hubieran mostrado su disconformidad al mismo) en los términos ya plasmados en la disposición adicional cuarta.7 LC.

En el apartado 2, sin embargo, se extiende la legitimación activa a un grupo de acreedores a los que la LC no atribuye expresamente tal facultad: los acreedores sindicados disidentes que, pese a ello, estén afectados por la homologación judicial como consecuencia de la llamada “mayoría de arrastre”.

Los efectos de los acuerdos de refinanciación homologables pueden, en efecto, extenderse a acreedores disidentes (que no hubieran suscrito el acuerdo o que hubieran mostrado su disconformidad al mismo), cuando el acuerdo se alcance con unas determinadas mayorías. Así ocurre con los acreedores que están sujetos a un pacto de sindicación, esto es, aquellos que han concertado previamente entre sí someterse, en ciertas condiciones, a lo aprobado por una mayoría concreta en relación con los créditos que mantienen con un deudor común. De este modo, tal y como establecen la disposición adicional cuarta.1 LC, párrafo cuarto, y, en el Proyecto, el artículo 607.4 TR:

*“En el caso de pasivo financiero sujeto a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que suscribe el acuerdo de refinanciación la totalidad de los acreedores sindicados cuando quienes suscriban el acuerdo representen, al menos, el setenta y cinco por ciento del pasivo sindicado. Si en el régimen o en el pacto de sindicación se hubiera establecido una mayoría inferior, será de aplicación esta última”.*



El acreedor sindicado se ve “arrastrado”, en definitiva, al acuerdo de refinanciación si así lo decide el 75 por ciento del pasivo sindicado (o una mayoría inferior, si fuera la convenida en el pacto): los efectos de dicho acuerdo se le extenderán pese a su voto disidente, como consecuencia de su sometimiento previo y voluntario al pacto de sindicación.

La LC, como se ha indicado, no contiene ninguna previsión específica sobre la impugnación del acuerdo por parte de esos acreedores sindicados, laguna que se pretende colmar en el artículo 618.2 TR, reconociéndoles expresamente legitimación activa. En el cuadro-resumen de observaciones anejo a la Memoria se explica que este nuevo precepto persigue *“aclarar” lo que estaba implícito en la actual regulación*, armonizando en este supuesto con el marco de impugnación previsto para los restantes acreedores afectados. Entiende el Consejo de Estado, sin embargo, que este añadido tiene un evidente alcance innovador que excede de la delegación legislativa y no puede, por tanto, incorporarse en el TR.

Prueba de ese carácter innovador del precepto proyectado son las dudas que suscita este supuesto en la práctica, en torno al cual existen importantes discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia. Un análisis de la propia evolución de la redacción de la LC en este punto, al hilo de las sucesivas reformas de que ha sido objeto su disposición adicional cuarta, acrecienta tales interrogantes:

- El párrafo en cuestión (párrafo cuarto de la disposición adicional cuarta.1 LC) fue originariamente introducido en la LC mediante el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Su primera redacción era la siguiente: *“En caso de préstamos sindicados, se entenderá que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas que regulan la*

*sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última”.*

- La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, modificó esta redacción, introduciendo la importante precisión de que esa presunción de suscripción del acuerdo por los acreedores sindicados disidentes era a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de aquel (*“A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última”*).
- La última redacción, vigente en el momento en que se acomete la refundición proyectada, proviene de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y en ella se vuelve a eliminar el referido inciso inicial, quedando el precepto con el siguiente tenor: *“En caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación, se entenderá que la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo afectado por el acuerdo de sindicación, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última”* (esta es la redacción que, como ya se indicó, se reproduce en el artículo 607.4 TR).

La inclusión y posterior eliminación de la aclaración relativa a los efectos de esa presunción *iuris et de iure* de suscripción del acuerdo de refinanciación incluso por los acreedores disidentes pone de manifiesto, cuando menos, la voluntad del legislador de dejar libertad al órgano judicial para determinar cuáles son esos efectos y, en particular, si la finalidad de tal presunción o “regla de arrastre” es exclusivamente facilitar que se alcance el porcentaje exigido para la homologación del acuerdo de refinanciación (artículo 606 TR), pudiendo los acreedores sindicados disidentes acogerse a la regla general de legitimación (artículo 618.1 TR), o si, por el contrario, debe interpretarse que la presunción de suscripción se aplica hasta sus últimas consecuencias, y que ello priva a dichos acreedores sindicados de la posibilidad de impugnar el acuerdo de refinanciación que se presume han suscrito en virtud de lo establecido en el pacto de sindicación (y en la propia Ley).

El artículo 618.2 TR acoge expresamente la primera de estas dos interpretaciones posibles mediante la introducción de una regulación indiscutiblemente inédita en la LC. Por consiguiente, en atención a los motivos antes indicados, ha de concluirse que, con la introducción, *ex novo*, de una precisión de este tipo, el TR incurre en un indebido *ultra vires*. Debe, por tanto, eliminarse lo previsto en el artículo 618.2 TR. La anterior conclusión no pretende, no obstante, prejuzgar el sentido material de tal disposición en materia de legitimación, que cabría aprobar mediante una norma con rango de ley, sino simplemente objetar la posibilidad de acometerlo en trance de elaborar un texto refundido de la LC. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **C) Título III: Acuerdo extrajudicial de pagos**

El Título III del Libro Segundo del Proyecto regula la figura del acuerdo extrajudicial de pagos, que puede alcanzarse con la intervención de un mediador concursal. Se lleva a cabo aquí la refundición de lo establecido en el Título X de la vigente LC, con algunas adaptaciones sistemáticas y aclaraciones. Sorprende la falta de mención a este importante Título en la

Memoria que debiera colmarse para que esta última cumpla adecuadamente su función.

### **1. Artículo 634 TR: prohibiciones**

El artículo 634 TR enumera las personas que no pueden solicitar el nombramiento de mediador concursal, reproduciendo los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 231 LC. El Proyecto no incorpora, sin embargo, el párrafo tercero del artículo 231.5 LC, en el que se dispone lo siguiente: *“No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras”*.

Queda así derogada esta prohibición expresamente prevista en la LC, con la finalidad de eliminar una antinomia existente en su seno, dado que el artículo 233.5 de la misma LC, al regular el nombramiento del mediador concursal, establece que *“en el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros”*. Este otro precepto parte, por tanto, de la presunción de que este tipo de entidades sí pueden solicitar el nombramiento de un mediador concursal con la finalidad de concluir un acuerdo extrajudicial de pagos.

Tal y como han manifestado en el expediente los órganos proponentes, en orden a la eliminación de esta contradicción, se ha optado por autorizar a las entidades aseguradoras y reaseguradoras el acceso a este procedimiento, en la medida en que la redacción del vigente artículo 233.5 LC proviene de una reforma legal posterior a la prohibición incluida en el artículo 231.5 LC y realizada, además, por una ley de carácter especial. Efectivamente, el artículo 233.5 LC se introdujo por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en tanto que el artículo 231.5 LC procede de la reforma operada mediante la Ley 14/2013, de 27 septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (si bien es cierto que fue mantenido por una modificación legal posterior a todas las anteriores, la realizada en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social).

Por consiguiente, de acuerdo con el criterio temporal plasmado en el principio *lex posterior derogat anterior* y con la prevalencia de la norma especial sobre la general que recoge el axioma *lex specialis derogat generali*, el Consejo de Estado entiende que es acertada la opción del Proyecto de salvar el acceso de las entidades aseguradoras y reaseguradoras al mecanismo del acuerdo extrajudicial de pagos, derogando la prohibición contenida en el inciso del párrafo tercero del artículo 231.5 LC e incorporando lo establecido en el artículo 233.5 TR. En este punto, ha de recordarse que la autorización para refundir habilita al Gobierno para llevar a cabo una depuración técnica de las normas objeto de refundición y, en particular, para eliminar las discordancias y antinomias que se hayan detectado en esa regulación, para lograr así un texto refundido coherente y sistemático.

## **2. Artículo 642 TR: requisitos generales del mediador**

El artículo 642 TR establece que el mediador concursal, sea persona natural o jurídica *“deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, reunir las condiciones establecidas para ser nombrado administrador concursal y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia”*.

El Proyecto difiere en este punto de lo dispuesto en el artículo 233.1 LC que, tras prever que el nombramiento recaerá en la persona natural o jurídica a quien de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la correspondiente lista oficial, dispone que el mediador *“deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27”*. Del tenor literal de este precepto cabe deducir que el mediador concursal solo debe reunir las condiciones establecidas para ser administrador concursal cuando vaya a actuar como tal, esto es, en caso de concurso consecutivo (artículo 709.1 TR). Por consiguiente, la exigencia al mediador concursal, *a priori*, de los requisitos necesarios para el ejercicio de la administración concursal tiene un alcance

innovador que excede de la delegación legislativa y no puede mantenerse en sus términos.

En relación con este punto, cabe además subrayar que el artículo 27 LC, en la redacción dada por la Ley 17/2014, se limita a señalar que solo podrán ser designadas como administradores concursales *“las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso”*, remitiendo la determinación concreta de tales condiciones necesarias para la inscripción registral a un ulterior desarrollo reglamentario que aún se encuentra pendiente (lo mismo se establece en el artículo 61 TR; la entrada en vigor de esa redacción del artículo 27 LC está igualmente pendiente de ese desarrollo reglamentario, como ya se indicó). Como consecuencia de ello, la redacción proyectada en el artículo 642.1 TR implicaría la imposición al mediador concursal, por norma con rango de ley, de los requisitos que reglamentariamente se establezcan para los administradores concursales, requisitos entre los que podría eventualmente incluirse, por ejemplo, la superación de una prueba de aptitud específica; la extensión de este eventual requerimiento a los candidatos a mediadores concursales podría resultar, como apunta la Dirección General de Política Económica, desproporcionado.

Los órganos proponentes han apuntado en el expediente que esta doble exigencia (requisitos para ser mediador y para ser administrador concursal) *“está en vigor para la inscripción en la sección segunda del Registro de Mediadores”* en virtud de lo establecido en el artículo 18.2 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, este precepto se limita a indicar que, para la inscripción en el Registro de mediadores, *“deberán acompañarse los documentos que acrediten el cumplimiento de alguna de las condiciones a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1 del artículo 27 de la Ley Concursal”*. Se realiza también, por tanto, una remisión al artículo 27 LC, en particular, a los números 1º y 2º de su apartado 1, preceptos que en la redacción anterior del artículo hacían referencia a la exigencia de que los administradores concursales fuesen abogados,

economistas, titulados mercantiles o auditores de cuentas, en todos los casos con al menos cinco años de experiencia y especializados en el ámbito concursal (estos requisitos fueron eliminados del texto legal mediante la reforma operada en la LC por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, aunque están transitoriamente vigentes, de acuerdo con la disposición transitoria segunda de dicha ley, hasta que entre en vigor el citado desarrollo reglamentario).

En conclusión, entiende el Consejo de Estado que, en el marco de una labor de refundición, aunque incluya la facultad de armonizar y regularizar, no cabe admitir una modificación como la que se incluye en el artículo 642.1 TR. Para salvar este exceso *ultra vires*, bastará con que el TR indique, como hace la LC, que el cumplimiento de las condiciones establecidas para ser nombrado administrador concursal solo será exigible al mediador para actuar como tal administrador. En todo caso, ha de precisarse que esta observación no implica ningún juicio crítico sobre el contenido de la modificación proyectada, que podría eventualmente efectuarse mediante la correspondiente reforma legal. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

### **3. Artículo 644 TR: supuestos especiales de mediación concursal**

El artículo 644 TR recoge los que califica como “supuestos especiales” de mediación concursal: el ya referido del mediador nombrado por el Consorcio de Compensación de Seguros, cuando el deudor sea una entidad aseguradora o reaseguradora (apartado 2), y el de la mediación asumida por una Cámara Oficial (apartado 1). Este último supuesto se encuentra ya contemplado en el artículo 233.3 LC, cuyos términos retoma el Proyecto, con pequeñas adaptaciones de estilo.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la disposición adicional primera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social,

contiene una serie de previsiones complementarias en relación a este ejercicio de la mediación concursal por las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Por su conexión con el objeto de la refundición proyectada, en la medida en que el Proyecto la declara expresamente derogada (apartado 2, letra u) de la disposición derogatoria del Proyecto de Real Decreto Legislativo) y salvo que su sentido pueda deducirse de otro precepto del TR, el contenido de esas previsiones de la Ley 25/2015 debería incorporarse al Proyecto. **Esta observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

#### **4. Artículo 645 TR y disposición derogatoria.2.u) del proyecto de real decreto legislativo: remuneración del mediador concursal**

En cuanto a la remuneración de los mediadores concursales, la disposición adicional octava de la LC, introducida mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, establece que *“serán de aplicación (...) las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”*. Con posterioridad a la introducción de esta previsión, sin embargo, la disposición adicional segunda de la ya citada Ley 25/2015, de 28 de julio, fijó unas reglas específicas para el cálculo de la remuneración del mediador concursal (apartado 1), con la precisión de que dichas reglas solo serían de aplicación *“hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal”* (apartado 2), desarrollo reglamentario que aún no se ha llevado a cabo.

A la vista de la aparente discordancia de ambas previsiones, cabe entender que la Ley 25/2015 derogó lo establecido en la disposición adicional octava de la LC, sustituyendo la extensión a los mediadores de las normas sobre remuneración de los administradores concursales por una habilitación (implícita en su apartado 2) para regular reglamentariamente esa cuestión y unas normas transitorias aplicables en tanto ese desarrollo reglamentario no se aprobase. Nada cabe objetar, por tanto, a la reproducción de esa remisión



reglamentaria en el artículo 645.2 TR; sin embargo, en la medida en que el reglamento de referencia todavía no se ha aprobado, entiende el Consejo de Estado que el Proyecto no debería derogar las normas transitoriamente aplicables contenidas en la disposición adicional segunda de la Ley 25/2015 (incluida, sin ninguna precisión adicional, en el apartado 2, letra u de dicha disposición derogatoria) o, alternativamente, habría que incluir una previsión específica para garantizar dicha aplicación transitoria (como se hace, por ejemplo, en el apartado 2 de la disposición final segunda del Proyecto de Real Decreto Legislativo).

### **5. Artículo 697 TR: acciones de integración**

El artículo 242 LC regula las “especialidades del concurso consecutivo”; en su apartado 2, en particular, dispone que dicho concurso “se regirá por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con las siguientes especialidades: (...)”, entre las que se encuentra la siguiente: “4.ª *El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación*”. El precepto parece así configurar este *dies a quo* como una excepción a lo establecido en el artículo 71.1 LC, de acuerdo con el cual, declarado el concurso, “*serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración*”.

El Proyecto, sin embargo, suprime en apariencia esta “especialidad” del concurso consecutivo consagrada en la LC, al disponer en el artículo 697.1 TR lo siguiente: “*Declarado el concurso consecutivo (...) serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (...)*”.

Sin pretender de este modo prejuzgar el contenido de tal modificación -que, en su caso, podría realizarse mediante ley-, entiende el Consejo de Estado que este cambio en el referido *dies a quo* excede del marco de la habilitación legislativa. La redacción del artículo 697.1 TR debe, por tanto, alinearse en este punto a lo establecido en el artículo 242.2.4ª LC. **Esta**

**observación tiene carácter esencial en el concreto sentido recogido por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.**

Por lo demás, el primer inciso del artículo 697.1 TR (*“Declarado el concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación que hubiera sido incumplido o declarado nulo o ineficaz serán rescindibles...”*) es susceptible de importantes mejoras en su redacción:

En primer lugar, se aprecia una contradicción entre el referido artículo 697.1 TR y las salvedades en materia de rescindibilidad de acuerdos de refinanciación establecidas en el artículo 698 TR (véase, a este respecto, la observación formulada en relación con el artículo 598 TR). El artículo 697.1 establece que son rescindibles los acuerdos de refinanciación declarados incumplidos (*“Declarado el concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación que hubiera sido incumplido (...) serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa...”*), en tanto que el artículo 698 TR, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 LC, dispone que, en caso de concurso consecutivo, no son rescindibles *“los acuerdos de refinanciación homologados ni (...) los acuerdos de refinanciación que, aun no habiendo sido homologados, reúnan los requisitos establecidos en esta ley...”*. Si se produce el incumplimiento, los acreedores pueden instar la declaración del concurso consecutivo (artículos 629.2 y 695 TR), pero el acuerdo incumplido no deja por ello de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 27 LC para su irrevocabilidad. Para eliminar esta indebida antinomia debe procederse, por tanto, a la supresión, en el artículo 697.1 TR, del inciso *“incumplido o”*.

En segundo lugar, no parece adecuada la declaración del carácter no rescindible de los actos correspondientes a un acuerdo de refinanciación que hubiera sido declarado ineficaz que igualmente hace el artículo 697.1 TR. La declaración de incumplimiento supone que el acuerdo de refinanciación deviene ineficaz; y el artículo 629.1 TR establece que *“la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación supondrá la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos”*. En consecuencia, esa referencia al carácter no rescindible de los actos de refinanciación ineficaces que aparece en el

artículo 697.1 TR, resulta algo equívoca. Aunque su introducción puede explicarse por la voluntad de cubrir los casos de mera anulabilidad, sería preferible también suprimir en el artículo 697.1 TR el inciso “o *ineficaz*”, limitando así la rescindibilidad a los acuerdos declarados nulos, sin perjuicio de que tal expresión pueda interpretarse en un sentido amplio, y excluyendo en todo caso, como se ha indicado, los acuerdos incumplidos.

#### **6. Artículo 713 TR: impugnación del inventario y de la lista de acreedores en el concurso consecutivo**

El criterio aplicado en relación con el artículo 697 TR lleva, a *contrario*, a la conclusión de que nada cabe objetar al artículo 713.3 TR, en el que se establece que la impugnación del inventario y la lista de acreedores, se tramitará, en el concurso consecutivo, con arreglo a lo establecido para las impugnaciones en el procedimiento abreviado. La aplicabilidad de estas reglas (en lugar de los trámites del incidente concursal, que el artículo 96.5 LC declara aplicables con carácter general para estas impugnaciones en los restantes concursos) viene determinada por lo establecido en el artículo 242.2 LC, antes citado.

### **III) LIBRO TERCERO: NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

El Libro Tercero del Proyecto contiene las normas de Derecho internacional privado actualmente contenidas en el título IX de la LC. Este Libro Tercero es la fracción del TR que menos modificaciones presenta en materia de sistemática y respecto a la redacción de los preceptos de la LC. Tal y como indica el preámbulo, la razón de la creación de este último Libro se encuentra en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, de aplicación no solo a los concursos de acreedores, sino también a los procedimientos que el TR agrupa en el Libro Segundo. Se trasladan así a este último Libro del TR todas las normas de Derecho internacional privado de la insolvencia, incluidas las que hasta ahora estaban circunscritas al concurso de acreedores.

No se formulan observaciones en relación con este Libro.

## **Octava. Corolario**

### **1. Sobre las observaciones esenciales**

A lo largo de la presente consulta, y ajustado al alcance que tiene la aprobación del texto refundido proyectado al amparo de la delegación contenida en la disposición final tercera de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se han ido formulando una diversidad de observaciones con la finalidad de contribuir a mejorar la proyectada regulación.

Dado el distinto alcance de tales observaciones, importa recapitular aquellas que tienen carácter esencial en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, que son, en concreto, las siguientes:

- 1) la relativa a la necesaria introducción de una disposición transitoria en el proyecto de Real Decreto Legislativo (consideración sexta, 5),
- 2) las referidas a las disposiciones del TR proyectado que incurren en un exceso en relación con lo establecido en la delegación legislativa; son las formuladas en relación con los artículos:
  - 44.4, 45.4, 86.1.3<sup>a</sup> (consideración séptima, I, B);
  - 194.2, 250.2 (consideración séptima, I, D);
  - 317.2, 325.2, 326 (consideración séptima, I, F);
  - 485, 496, 499.2 (consideración séptima, I, J)
  - 618.2 (consideración séptima, II, B);
  - 642.1 y 697.1 (consideración séptima, II, C);
- 3) y las relativas a disposiciones del TR proyectado que omiten la incorporación de disposiciones que deben ser refundidas; son las formuladas en relación con los artículos:
  - 58, 65, 91 (consideración séptima, I, B);

- 120, 161 (consideración séptima, I, C);
- 383 (consideración séptima, I, F);
- y 644 (consideración séptima, II, C).

## **2. Sobre la necesidad de proceder a la aprobación del TR**

Para finalizar, a la vista de la situación en que se encuentra la vigencia de la delegación legislativa conferida al Gobierno para refundir la legislación concursal y de la muy positiva aportación que supondría contar con un instrumento de la calidad del proyectado texto refundido de la Ley Concursal y valorando también, muy especialmente y en cuanto circunstancia sobrevenida, la señalada urgencia de contar con ese texto normativo para hacer frente, a corto plazo, a las ineludibles consecuencias económicas derivadas de la presente crisis sanitaria por el COVID-19, el Consejo de Estado considera necesario urgir al Gobierno a una pronta aprobación del proyectado texto refundido. Todo ello sin perjuicio de acometer el resto de las materias y previsiones que no pueden tener cabida en el proyectado texto refundido, utilizando para ello alguna de las soluciones apuntadas en el cuerpo del presente dictamen, entre las que destaca un nuevo recurso a la legislación delegada, mediante una Ley de Bases que permita abordar esas otras materias y previsiones partiendo de un texto refundido de la vigente Ley Concursal. La aprobación de este último es también independiente de que puedan introducirse otras reformas en los instrumentos concursales y preconcursales que puedan resultar aconsejables para hacer frente a las citadas circunstancias extraordinarias sobrevenidas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales que se formulan en el cuerpo del presente dictamen:

- en relación con la necesaria introducción de una disposición transitoria en el proyecto de real decreto legislativo sometido a dictamen; y

- en relación con los artículos 44.4, 45.4, 58, 65, 86.1.3ª, 91, 120.3, 161, 194.2, 250.2, 317.2, 325.2, 326, 383, 485, 496, 499.2, 618.2, 642.1, 644 y 697.1,

y consideradas las restantes, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal”.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 26 de marzo de 2020  
LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.