

La intervención y los «poderes de disposición» del Ministerio Fiscal en el proceso concursal italiano y español*

SUMARIO: 1. Introducción de la cuestión y planteamiento del supuesto de hecho. – 2. La imposibilidad de declarar el fallimento «ex officio» en la legge fallimentare italiana y en la ley concursal española. – 2.A. La legitimación activa del ministerio fiscal para la solicitud del fallimento en el ordenamiento concursal italiano. – 2.B. la inexistencia de legitimación activa del ministerio fiscal para solicitar el concurso en el proceso concursal español. – 3. Los actos procesales de disposición del ministerio fiscal en el procedimiento fallimentare italiano: una posibilidad inexistente en el derecho concursal español. – 3.A. La renuncia de los actos del juicio por parte del ministerio fiscal en el procedimiento fallimentare italiano: delimitación conceptual de la institución procesal. – 4. Conclusiones y propuesta de reforma.

1. Introducción de la cuestión y planteamiento del supuesto de hecho.

Dentro del proceso civil general, el Estado no puede dejar la defensa de sus intereses a disposición de personas que tienen intereses coincidentes o, que estén afectados por *intereses públicos*; tampoco puede dejarlos en manos del Juez, que será, en todo caso, el que deba decidir, a través de resolución judicial, si deben ser o no tutelables. Por esta razón,

* Questo saggio analizza in chiave comparata i profili critici sottesi alla sentenza della Corte di Cassazione, 14 giugno 2012, n. 9781 e al decreto del Trib. Firenze, 28 settembre 2011, entrambi pubblicati in questo numero della rivista, p. 743 ss.

** El coautor, David García Bartolomé, quiere agradecer encarecidamente a la Profesora Dra. Stefania Pacchi (Catedrática de Diritto Commerciale), el trato y todo el apoyo recibido durante su estancia de investigación en la *Università degli studi di Siena* (Italia). Por otro lado, le gustaría agradecer con la misma intensidad, al Servicio de Investigación de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), por haberle concedido financiación para la realización de dicha estancia de investigación. Finalmente, no quiere dejar pasar la oportunidad de agradecer públicamente toda la ayuda y confianza que le han brindado todos sus compañeros del Área de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

se creó al Ministerio Fiscal, que en el ámbito de su actuación procesal, es un órgano distinto, creado para el ejercicio judicial de los *intereses estatales*. En estos casos, el Estado garantiza la defensa de los *intereses públicos*, con el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal¹.

Una de las principales notas características del Ministerio Fiscal, es que se configura como un órgano del Estado que tiene constitucionalmente encomendada la promoción de la justicia por medio de órganos propios, para cumplir funciones muy diversas. Las principales actividades que emprende son: el ejercicio de acciones, la iniciativa procesal, y la actuación ante Juzgados y Tribunales a través de sus propios órganos².

Cuando la política imperante en un Estado lleva a éste a ocuparse en exclusiva del orden jurídico, las funciones del Ministerio Fiscal, se amplían hasta el punto de que, su intervención se extenderá a todos los procesos jurisdiccionales que se ventilen, es decir, *verbi gratia*: en los procesos penales, el Ministerio Fiscal intervendrá casi siempre, mientras que, en los procesos jurisdiccionales civiles, en los que rige la voluntad de las partes y la libre economía de mercado, tendrá una menor intervención o, la misma vendrá limitada³.

A pesar de la anterior afirmación, desde hace varias décadas, se ha venido produciendo una marcada *penalización* del proceso civil, por lo que se prevé una mayor intervención del Estado – a través de la intervención del Ministerio Fiscal – en cuestiones o parcelas que en la actualidad se encontraban en manos de los particulares, como pudiera ser el caso de los procesos concursales⁴, puesto que, en este tipo de

¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La eficacia del proceso de declaración en Para un proceso civil eficaz*, Bellaterra, 1982, p. 127.

² *Vid.*, CATENA, *Manual de introducción al derecho procesal*, Valencia, 2010, p. 164.

³ Para entender correctamente la atribución de legitimación al Ministerio Fiscal para la defensa del interés público en los procesos civiles, es conveniente *vid.*, en general, el fundamental trabajo de MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2009, p. 440 ss.

⁴ *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La eficacia*, cit., p. 127 ss. El autor ya venía alertando, entonces, de una fuerte e irreversible penalización de los procesos civiles, debido a una mayor intervención del Estado; como bien apuntaba dicho autor, un ejemplo claro era, entonces, el Proyecto de Dictamen de Ley Concursal que estaba elaborando la Comisión de Codificación, allá por el año 1982, en el que se regulaba y se pretendía instaurar un proceso de declaración judicial de quiebra *ex officio*. Por lo tanto, como así concluía el autor, se iba a producir una ampliación de la esfera pública en detrimento de la privada, con una presencia masiva del Ministerio Fiscal en los proceso civiles, lo que producirá de forma gradual la denominada penalización del proceso civil, esgrimida, en su día, por Cappelletti.

proceso civiles especiales, en los que se comprometen los *intereses de la sociedad*, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, como legítimo representante de dichos intereses⁵.

Hoy en día, es reconocida la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos concursales de muchos Ordenamientos jurídicos, pero, no en todos se presenta con las mismas facultades y poderes de disposición dentro del proceso concursal. Por poner un ejemplo, en el Proceso Concursal italiano, incluso, el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa⁶ para solicitar la declaración judicial de *fallimento* (arts. 6 y 7 de la *Legge fallimentare, en adelante l.fall.*⁷), mientras que, en la Ley Concursal española (*en adelante l.c.*), su intervención como parte procesal (art. 184, co. 1, l.c.), se limita a la denominada sección sexta o calificación del concurso, cuando proceda su apertura (arts. 163 y ss l.c.)⁸; también, intervendrá en la sección primera (art. 183, co. 1, l.c.) para la adopción, en su caso, de las medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales del deudor (art. 1, co. 3, LOPRC⁹); además, por otro lado, deberá ser oído sobre cuestiones de competencia territorial (art. 12, co. 2, l.c.)¹⁰.

⁵ *Vid.*, en DAMIÁN MORENO, *Introducción al sistema judicial español*, Madrid, 2010, p. 145.

⁶ Entre otros, el artículo 6 de la Ley Concursal Belga de 8 de agosto de 1997, el artículo 6 de la *Legge fallimentare* italiana, el artículo 20 del Código de la insolvencia y de la recuperación de empresas (código da insolvência e da Recuperação de empresas portugués), atribuyen legitimación al Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de quiebra o de concurso – según el caso –, siempre y cuando, se verifiquen determinados actos, junto al deudor, los acreedores y los administradores provisionales.

⁷ *Vid.*, la reciente Sentencia dictada por la *Corte Suprema di Cassazione* Italiana (Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781) Civil, en la que se resuelve un recurso de casación promovido por una compañía insolvente que había sido declarada judicialmente en *fallimento*, a pesar de haber desistido el acreedor instante; todo ello en virtud de la facultad del juez civil – que detecta en el curso de un procedimiento civil el estado de insolvencia del deudor – de poner en conocimiento dicha situación al Ministerio Fiscal para que este inste la solicitud de declaración judicial de *fallimento* ante el juez competente (art. 6 y 7.2 LF).

⁸ Así lo dispone la Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su apartado IV. La intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico.

⁹ *Vid.*, la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 2 de julio, del Poder Judicial.

¹⁰ *Vid.*, por todos, la obra de PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, Madrid, 2009, p. 454.

En el supuesto que procedemos a comentar – emanado del decreto dictado por Tribunal de Firenze, 28 de septiembre de 2011 –, trataremos la legitimación activa y los poderes de disposición del Ministerio Fiscal en el procedimiento de declaración judicial de *fallimento* italiano (art. 6 y 7 l.fall.), en contraposición a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal español (art. 4 l.c.); con ello, pretendemos dar solución a la situación controvertida que se nos plantea en dicho supuesto.

Como se puede comprobar de la lectura del decreto judicial, el supuesto de hecho consiste en la concurrencia de cuatro solicitudes de declaración judicial de *fallimento* —sucesivas en el tiempo— frente a la sociedad deudora, por parte de tres acreedores de dicha sociedad y, también, por parte del Ministerio Fiscal, todo ello en virtud de la legitimación activa que les confiere el contenido del artículo 6 de la *Legge fallimentare*.

La primera solicitud de declaración judicial de *fallimento* frente a la sociedad deudora, fue instada por la sociedad (AA), el 12 de octubre de 2010, aunque, al poco tiempo, de forma inesperada, dicha acreedora, decidió *desistir* de su solicitud el 29 de diciembre de 2010, produciéndose el archivo definitivo de dicha solicitud entre el 5 y 10 de mayo 2011. En segundo lugar, el Ministerio Fiscal insta la segunda declaración judicial de *fallimento* frente la sociedad deudora, con fecha 25 de noviembre de 2010, basando su petición, principalmente, en la situación de perdidas que venía reflejando la deudora en los balances contables de los ejercicios 2008 y 2009: básicamente, perdidas por € 1,6 millones de euros y € 1,3 millones de euros respectivamente, además de haber sufrido el protesto de un efecto cambiario por importe de casi €40.000,00.

En fecha posterior, el día 17 de mayo de 2011, la sociedad mercantil (BB), también acreedora, solicita la tercera declaración judicial de *fallimento* frente a la deudora; pero, también, de forma inesperada decide *desistir* de la misma el 30 de mayo de 2011. Finalmente y, con la misma intención, la compañía (CC) también solicita la cuarta declaración judicial de *fallimento* frente a la deudora (YYY), con fecha 14 de junio de 2011, pero, de forma tempestiva el 7 de julio del mismo año, *desiste* de la misma.

La cuestión, a priori, parece bastante clara; el panorama es el siguiente: en primer lugar, se habían planteado ante el tribunal competente italiano cuatro solicitudes de *declaración judicial de fallimento* – situación que nos puede dar claros indicios de que la sociedad se encontraba en avanzado estado de insolvencia – instadas frente a la sociedad mercantil, de las cuales, tres solicitudes han sido *desistidas* por parte de las tres acreedoras instantes, quedando solamente viva la solicitud de declara-

ción judicial de *fallimento* instada por el Ministerio Fiscal, en virtud de su *legitimación activa* (art. 7 1.fall.).

Así las cosas, entendemos que el procedimiento de declaración judicial de *fallimento* que aquí se había instado, podría haber seguido tramitándose normalmente, puesto que, el hecho de que las tres sociedades (acreedoras) instantes hubieran *desistido* de sus solicitudes, no sería óbice para la efectiva prosecución del proceso de declaración judicial de *fallimento*, sustentándolo, únicamente, en la acción de declaración judicial de *fallimento* ejercitada por el Ministerio Fiscal¹¹, el 25 de noviembre de 2010 (arts. 6 y 7 1.fall.).

Hasta aquí, todo perfecto; pero el problema que se nos plantea en este supuesto, es que el Ministerio Fiscal, salvo la propia *solicitud de declaración de fallimento* instada, no se ha ratificado, puesto que, no ha efectuado alegación alguna durante las tres audiencias celebradas (art. 15 1.fall.); es más, ni siquiera, ha comparecido en las mismas como parte legitimada del proceso de *fallimento*, *precluyendo*, por tanto, el momento procesal oportuno para ejercer su derecho de alegación, proposición y, por supuesto, aportación, de los medios de prueba de los que quisiera hacerse valer, para poder fundar su solicitud de *declaración judicial de fallimento*.

En virtud de los hechos que se desprenden del decreto dictado por el tribunal italiano, parece que el Ministerio Fiscal hubiera abandonado, renunciando o, mejor dicho, *desistido implícitamente* del proceso que había instado, es decir, en este caso, a priori, parece que se ha producido lo que la doctrina procesalista italiana viene denominando la extinción del proceso por «*rinuncia agli atti del giudizio*»¹² (regulada

¹¹ *Vid.*, a PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, p. 111. Cabe reconocer el mérito a dicho autor, puesto que el mismo ha venido defendiendo, incluso, antes de la reforma de la *Legge fallimentare* de julio de 2006, que en el *Diritto fallimentare* italiano, la iniciativa del Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de *fallimento*, viene siendo un verdadero y auténtico *poder de acción*.

¹² *Vid.*, en profundidad, los clásicos trabajos de MICHELI, *La rinuncia agli atti di giudizio*, Padova, 1937; MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, en *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 1156 ss.; VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, en *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 960 ss.; también, a nivel general, en SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 405 ss.; REDENTI, Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 353 ss.; SASSANI, *Lineamenti del proceso civile italiano*, Milano, 2010, p. 443 ss.; LUGO, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 248 ss.; LUISO, *diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 253 ss.; ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO, *Corso base di diritto procesuale civile*, Milano, 2008, p. 433 ss.

en el artículo 306 del *Codice di Procedura Civile* italiano), *en adelante*: (c.p.c.), puesto que, en el *proceso de fallimento* al que estamos haciendo alusión, el Ministerio Fiscal – salvo la solicitud de declaración judicial de *fallimento* solicitada el 25 de noviembre de 2010 – ni compareció, ni presentó alegación alguna en ninguna de las tres audiencias celebradas en sede jurisdiccional, por lo tanto, dejó *desierta y abandonada* su posibilidad de intervención en el proceso para alegar, proponer y/o aportar: los hechos, las alegaciones y los medios de prueba que tuviera por conveniente, para poder fundar su solicitud de *declaración judicial de fallimento*.

En este caso, parece claro que el Ministerio Fiscal ha *desistido implícitamente*¹³ del proceso de declaración de *fallimento* que había instado¹⁴, puesto que, su postura ante el proceso ha sido de mera *pasividad*, sin, ni siquiera, realizar alegación alguna sobre los *desistimientos* en cadena efectuados por las tres sociedades mercantiles acreedoras de la sociedad deudora, en las audiencias celebradas (art. 15 l.fall.).

En definitiva, parece que nos encontramos con la siguiente situación: tres de las cuatro solicitudes de *fallimento* instadas, han sido *desistidas* (probablemente debido a la existencia de algún acuerdo o convenio extrajudicial puro¹⁵ – como pudiera ser un *piano di risanamento* –

¹³ La institución procesal de la *rinuncia agli atti del giudizio* en el proceso civil Italiano (art. 306 c.p.c), es lo que viene denominándose en Derecho Procesal español, *desistimiento del proceso*, distinta de la *renuncia de la acción* y, regulado en el artículo 20 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con los mismos efectos y consecuencias que en el sistema italiano.

¹⁴ Según se desprende del relato fáctico del Decreto judicial que ahora comentamos, el Ministerio Fiscal instó la declaración judicial de *fallimento* de la sociedad mercantil, el 25 de noviembre de 2010.

¹⁵ En el sistema concursal español, *vid.*, por todos, el trabajo de PULGAR EZQUERRA, *Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, RDCP, núm. 5, Madrid, 2006, p. 46 ss. La autora expone la reforma parcial de la *Legge fallimentare*, llevada a cabo a través del DLey de 14 de marzo de 2005; se adentra en los denominados “escudos protectores” regulados en el sistema italiano, exponiendo, además, las características de los acuerdos extrajudiciales puros o también denominados acuerdos amistosos extrajudiciales de remoción de la insolvencia (*piani di risanamento*) llevados a cabo por el deudor y su acreedores dentro de un marco negocial extrajudicial, alertándonos de los riesgos que puede correr el deudor, puesto que éste, no queda protegido de las posibles ejecuciones singulares que puedan instar los acreedores disidentes del acuerdo. En este caso los acreedores disidentes del acuerdo, tampoco quedan cubiertos por los *piani di risanamento*, debido a que no se exige en el informe del

mento¹⁶ (*vid.*, art. 67 III. d., l.fall.) o un acuerdo de reestructuración de deudas (art. 182 bis l.fall.)¹⁷ – en el cual, la empresa deudora haya podido llegar a un acuerdo con las tres acreedoras instantes del *fallimento*, al margen de toda intervención judicial.

experto independiente, un pronunciamiento sobre la *razonabilidad del acuerdo*, en el que se analice, si el acuerdo alcanzado permitirá a los acreedores disidentes satisfacer puntual e íntegramente sus créditos (*ragionevolezza*). Como bien argumenta la autora, estos acreedores disidentes, al no quedar protegidos, por no exigir la norma el informe de la *razonabilidad*, en el piano *di risanamento*, optan, en la mayoría de las ocasiones, por iniciar acciones ejecutivas singulares o, incluso, instar la solicitud de la declaración de un procedimiento concursal frente al deudor.

Con total acierto, la autora afirma que, cuanto mayor es la autonomía negocial de las partes intervenientes en dicho acuerdo extrajudicial, menor es el marco de protección del acuerdo. Finalmente, la autora concluye que, con la nueva reforma, se introduce el nuevo “escudo protector” del art. 67. III. d., que prevé la exención de la acción revocatoria frente a los actos, pagos y garantías constituidas sobre bienes del deudor, en ejecución de un acuerdo que parezca *idóneo* para llegar a conseguir reflotar la empresa, asegurando el equilibrio de la situación financiera de la misma y cuya *razonabilidad* quede comprobada en el informe del experto que éste se pronuncie sobre razonabilidad del acuerdo, en el sentido del artículo 250-1. bis. 4 CC (en relación con la fusión). Como se puede observar, en los *piani de risanamento* se limita el ámbito de aplicación de la exención de la revocatoria concursal, a las garantías concedidas sobre bienes del deudor, mientras que en los *accordi di ristrutturazione*, la exención de la revocatoria comprende todas las garantías y, no solo sobre bienes del deudor, sino también por un tercero o sobre bienes de terceros.

¹⁶ *Vid.*, a DEMARCI, *I piani di risanamento ex art. 67 Legge fallimentare – Tentativo di ricostruzione di un instituto a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, en *www. il caso.it*, II, 189/2010; también en SCARSELLI, *Le sistemazione stragiudiziali (ovvero gli accordi di restrutturazione dei debiti e piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale de Diritto Fallimentare*, Milano, 2011, p. 548 ss.

¹⁷ *Vid.*, por todos a Rojo, *La reforma del Derecho Concursal italiano y el Derecho Concursal español (un apunte de Derecho comparado desde un perspectiva española)*, en *Anuario de Derecho Concursal* (ADco), 10, 2007, pp. 315-341. Como bien apunta el autor, el acuerdo de *restructuración de deudas* (art. 182-bis l.fall.) combina elementos de los acuerdos extrajudiciales clásicos con los elemento del concordato preventivo (con una remisión parcial al régimen general). El acuerdo de reestructuración de deudas, parece más bien, una subespecie del concordato preventivo, o más bien, un concordato abreviado (con propuesta, aceptación, desjudicializado pero con homologación judicial); PULGAR EZQUERRA, *Licitud*, cit., p. 46 ss.; SCARSELLI, PACCHI, *Manuale*, cit., p. 535 ss.; GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del gruppo*, en *Dir. fall.*, 3-4, 2010, p. 343 ss.; PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, en *Dir. fall.*, 3-4, 2010, p. 340 ss.; Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, en *Dir. fall.*, 3-4, 2010, p. 352 ss.; PALUCHOWSKI, «*L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*», en *Il fallimento*, 1, 2011, 98 ss.

Por otro lado, nos encontramos con la solicitud de declaración judicial de *fallimento* instada por el Ministerio Fiscal, aunque, la pasividad mostrada por el mismo en las audiencias celebradas (art. 15 l.fall.) –, no sirve para mantener viva la *acción de declaración judicial de fallimento*, debido a que, la inactividad mostrada por el Ministerio Fiscal en los momento procesales oportunos – momentos procesales fundamentales y cruciales para poder alegar, proponer y aportar todos los medios de prueba de los que se quisiera hacer valer para fundar su solicitud de quiebra –, hace pensar en un posible *desistimiento tácito* del Ministerio Fiscal sobre su propia solicitud.

Por lo tanto, si el Ministerio Fiscal debía haber ratificado su solicitud en las preceptivas audiencias (art. 15 l.fall. y no lo hizo, dicho momento procesal *precluye* y, por ende, dicho proceso no puede proseguir, debiendo el tribunal competente archivar las actuaciones¹⁸, puesto que en los casos que se de un desistimiento de todos los acreedores instantes, el *fallimento* no se puede declarar *ex officio*¹⁹. El anterior argumento fue una de las excepciones alegadas en la audiencia por la concursada, a la hora de oponerse a la *declaración judicial de fallimento*.

Por lo tanto, el Tribunal italiano, ante tal situación y, ante la imposibilidad de declarar la situación de *fallimento ex officio*²⁰, no le ha quedado más remedio que archivar definitivamente la solicitud del Ministerio Fiscal junto con las solicitudes instadas por la sociedad mercantil (BB), y la sociedad mercantil (CC), que ya habían manifestado también, en un momento procesal anterior, su interés de *desistir* de sus respectivas solicitudes.

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, Cass., 14 de octubre de 2009, n. 21834.

¹⁹ *Vid.*, sobre *derecho transitorio*, la interesante resolución judicial de la Corte de Apello de Lecce, de 22 de marzo de 2007, in *Il fallimento*, 2007, 1408, anotada en abril, donde se recurre en apelación una declaración de fallimento de oficio con cancelación del deudor en registro de la empresa. Esta sentencia fue concebida como un gran *test jurisprudencial* entre la vieja y la nueva *Legge fallimentare*, puesto que examinaba la posibilidad de una declaración de fallimento *ex officio* – después del 16 julio de 2006 – de un empresa sobre la que estaba *litigiosa* una *istruttoria prefallimentare*, en la cual, todos los acreedores habían *desistido*, al final, el tribunal resolvió negativamente, puesto que después de la operada reforma de 2006, no es posible la declaración de fallimento *ex officio*.

²⁰ Antes de la aprobación del d.lgs. de 9 de enero de 2006, núm. 5, el derogado artículo 8 de la l.fall. permitía la declaración judicial del fallimento de oficio. El viejo artículo 8 de la l.fall., fue derogado por el artículo 6 co. 1, d.lgs. de 9 gennaio, 2006, núm. 5, que entró en vigor el 16 de julio de 2006. *Vid.*, al respecto la sentencia Cass., 30 maggio 2012, núm., 9781.

Una vez expuesto todo el relato fáctico anterior, se plantean diversas cuestiones de orden procesal, a las que intentaremos dar solución en torno a una visión comparada de los Ordenamientos jurídicos italiano (l.fall.) y español (l.c.), en los siguientes epígrafes; algunas de las cuestiones que pueden plantearse: i) ¿Es posible que el propio Tribunal, ante tales acontecimientos, declare la quiebra *ex officio*?; ii) ¿Puede el Ministerio Fiscal disponer del proceso de declaración judicial de *fallimento* a pesar de representar al denominado «*interés público*» que se pone de manifiesto en los procesos de quiebra?; iii) en caso afirmativo, en este supuesto, el Ministerio Fiscal, ¿ha *desistido* del proceso de declaración judicial de *fallimento* a renunciado a la acción de *fallimento* instada?; ¿qué ocurriría si la compañía mercantil en estado de insolvencia, como consecuencia de alcanzar un *piano di risanamento*, saliese del estado de crisis y, posteriormente, al no poder cumplir con los extremos pactados en dicho acuerdo, deviniera otra vez en estado de *insolvencia*?

2. La imposibilidad de declarar el *fallimento ex officio* en la *legge fallimentare italiana* y en la ley concursal española.

En el supuesto que estamos comentando, el tribunal que está conociendo de las solicitudes de declaración de *fallimento* instadas frente a la sociedad deudora, no puede declarar el mismo *ex officio*. En la actualidad, en el Derecho *fallimentare* italiano no es posible la declaración judicial del *fallimento* de oficio, se necesita, en todo caso, la iniciativa (*rectius*: escrito de demanda²¹) de algún sujeto legitimado para solicitar la declaración judicial de *fallimento*, es decir, que al igual que ocurre en el proceso concursal español (art. 3 l.c.), rigen los principios rectores del proceso civil: el denominado «*principio dispositivo*» o «*principio de rogación*»²² y,

²¹ La declaración judicial de *fallimento* será declarada a instancia de parte, es decir, con la interposición de un *escrito de demanda* ante el tribunal competente. El vigente artículo 6 de la l.fall. hace referencia al término solicitud de declaración judicial de *fallimento* por las personas legitimadas, aunque el término procesal correcto sería el de *demandas judicial*; en España, el artículo 3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que regula la legitimación para solicitar el concurso, también hace referencia al término: «*solicitud...*», aunque técnicamente, «*la solicitud de declaración judicial de concurso*» es un verdadero y auténtico *escrito de demanda* judicial.

²² Vid. a RAMÍREZ, *La quiebra: Derecho Concursal Español*, Barcelona, 1997, pp. 589-591.

con mayor intensidad, el «*principio de demanda*²³» en contraposición al «*principio inquisitorio*» vigente antes de la reforma del año 2006, pues, el hecho de que el propio juez competente pudiera declarar el *fallimento ex officio*, significaba que – en virtud de la fuerte presencia del *interés público* en todos los procedimientos de *fallimento*²⁴ – el juez con base en el *principio inquisitorio* declaraba la quiebra sin necesidad de que hubiera una *instancia de parte*. Con respecto a la declaración judicial de *fallimento ex officio*, parte de la doctrina procesalista italiana²⁵ afirmaba que se trataba de un supuesto especial de declaración judicial de *fallimento sin acción judicial*²⁶.

Actualmente, al igual que ocurre con el proceso concursal español, el proceso *fallimentare* italiano viene informado por el *principio de aportación* de parte y el *principio dispositivo*²⁷, cosa que no ocurría anteriormente a la reforma de 16 de julio de 2006, donde el proceso *fallimentare*, más bien, venía configurado como un proceso inquisitivo de acusación judicial, en el que el juez podía iniciar el *fallimento ex officio*, es decir, que el Juez o Tribunal podía declarar el *fallimento de oficio* sin necesidad de que alguno de los sujetos legitimados lo hubiera solicitado²⁸, hipótesis que, como ya hemos apuntado, vino siendo denominada por algún autor, como *jurisdicción sin acción judicial*²⁹.

Los anteriores principios, son considerados por la doctrina más autorizada, principios rectores – por excelencia – del Proceso civil (apli-

²³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso*, en (Dirs.), en *Tratado de Derecho Mercantil: Derecho Procesal Concursal*, Vol. 7, dirigido por Olivencia, Fernández-Nóvoa, Jiménez de Parga, Jiménez Sánchez, Madrid, 2008, p. 37.

²⁴ Antes de la reforma de 2006, donde se derogó el artículo 8 de la l.fall., la *Corte Suprema di Cassazione* en diversas sentencias ya había puntualizado que la prevalente finalidad pública que caracterizaba a los procedimientos de *fallimento*, imponía al tribunal la posibilidad de declarar el concurso incluso, sin darse la *instancia de parte*. (*Vid.*, las sentencias de la *Corte Suprema di Cassazione*: 141-142/1970, 110/1972, 148/1996).

²⁵ MICHELI, *Giurisdizione e azione (premesse critiche allo studio dell'azione nel proceso civile)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, p. 107.; CARNELUTTI, *Clausule di rinuncia alla giurisdizione italiana*, in *Studi di Diritto Processuale*, I, Padova, 1925, p. 159 ss.; MONACO, *In tema de dichiarazione di fallimento d'ufficio*, in *Temi gen.*, 1951, p. 78.; CRISTOFOLONI, *La dichiarazione del proprio disesso nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, p. 231 ss.

²⁶ *Vid.*, en CRISTOFOLONI, *La dichiarazione*, cit., p. 231 ss.

²⁷ *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación al proceso de declaración de quiebra*, en *Revista de Derecho Mercantil*, (RDM), 146, 1977, p. 506.

²⁸ *Vid.*, la reciente sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781.

²⁹ *Vid.*, en CRISTOFOLONI, *La dichiarazione*, cit., p. 231 ss.

cables, en todo caso, al proceso *fallimentare*), pero, según afirma algún autor³⁰, debemos delimitar el alcance de los mismos para no caer en el error de confundir ambos principios. El *principio de demanda* – presente tanto en el proceso *fallimentare* italiano como en el proceso concursal español – se desprende de la propia Constitución Italiana (art. 24) y Española (art. 24), pero tiene, además, una clara manifestación en el proceso civil; esto significa que la *tutela jurídica* que se pretende del órgano jurisdiccional, siempre es a *voluntad del interesado*, es decir, que para impulsar el proceso será necesaria la *instancia de parte* o, mejor, si se quiere, la maquinaria judicial se pondrá en marcha siempre que el actor o los actores interpongan escrito de *demand*a ante el juez o tribunal competente para que éste declare dicha situación.

En este caso, habrá que resaltar que los principios *«ne procedat iudex sine actore»* y *«ne ultra vel extra petita partium»*, ponen de manifiesto, de forma indubitable, que la tutela jurídica que se pretende de un órgano jurisdiccional civil, depende, en todo caso, de la voluntad del interesado³¹.

Por todo lo anteriormente afirmado, podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que, tanto en el proceso *fallimentare* como en el proceso concursal español, rige lo que la doctrina viene denominando el *principio de acción* – tanto en la solicitud por parte del deudor como en la solicitud por parte de otro legitimado –, cuya aplicación, determina una disposición absoluta sobre el derecho que pone en juego con su escrito de demanda, al mismo tiempo imposibilita que el órgano jurisdiccional declare el *fallimento* si no ha sido solicitado o pedido por algún sujeto legitimado para ello³².

Con respecto al *principio dispositivo*³³ – imperante tanto en el proceso de *fallimento* italiano como en el proceso concursal español –, debemos decir que éste, hace referencia a la influencia del derecho material

³⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La Constitución Española y los principios rectores del proceso civil*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (CDJ), núm. XXII, Madrid, 1993, p. 148 ss.

³¹ *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La constitución*, cit., p. 150.; Ramírez, *La quiebra: Derecho concursal español*, Barcelona, pp. 589-591

³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 503.

³³ Para comprender con claridad la vigencia del *principio dispositivo* y sus repercusiones en el viejo proceso de quiebra español *vid.*, en profundidad, el fundamental trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., pp. 461-517. Cabe destacar la importancia de este trabajo, porque a finales de los setenta, fue uno de los trabajos esenciales para una correcta comprensión del *proceso de declaración judicial de quiebra*, desde la óptica del Derecho Procesal.

en el proceso que se pone en juego, es decir, si las partes tienen pleno dominio sobre el derecho material por el que litigan, también tienen pleno dominio sobre los derechos procesales que comporta el proceso jurisdiccional, en el sentido de que son libres de *ejercitarlos o no*. Además, en virtud del conocido *principio dispositivo* las partes legitimadas tienen pleno poder para *renunciar a la acción, allanarse o transar* (instituciones procesales determinantes para comprender el verdadero sentido del *principio dispositivo* sobre el objeto del proceso), pues, no cabría afirmar que un derecho material es dispositivo si no se permitiera al actor *renunciar a la acción*³⁴.

En puridad, como bien afirma algún autor³⁵, debemos decir que la acción está en poder los sujetos legitimados para instar la declaración judicial de *fallimento* y, ello, significa que no solo pueden interponer demanda de solicitud de declaración de *fallimento*, sino que también pueden disponer de ella negativamente, apartándose del proceso cuando lo estimen conveniente a través de la figura del *desistimiento*. Todo lo anterior supone la disposición total sobre el derecho a pedir el *fallimento*.

En el mismo sentido, debemos pronunciarnos en lo que respecta a los tres *desistimientos* realizados por las empresas acreedoras instantes de la declaración judicial de *fallimento*, puesto que, desde el punto de vista del proceso concursal español, tenemos que decir que, las empresas acreedoras instantes pueden *desistir* de la solicitud de declaración judicial de *fallimento*, como así venía ocurriendo en la vieja normativa de quiebra española – y en la vigente Ley Concursal – siempre y cuando, dicho *desistimiento* se produjera antes de la declaración judicial de la *quiebra o de concurso*³⁶.

Antes de que se modificara la *Legge fallimentare* italiana, a través de la reforma llevada a cabo en julio del año 2006, el juez podía declarar el *fallimento ex officio*³⁷, en virtud de los dispuesto en el viejo artículo 8 de la *Legge fallimentare* – hoy derogado – en los casos en los que, durante la sustanciación de un proceso civil, el juez detectara que alguna de las

³⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, La *Constitución*, cit, pp. 150-151.

³⁵ *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., pp. 504-505.

³⁶ *Vid.*, al respecto a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 505, concretamente, *vid.*, la nota a pie de página núm. 63, y toda la doctrina allí citada por el autor.

³⁷ *Vid.*, la reforma de la *Legge fallimentare*, operada por el d.lgs. publicado en la *Gazzetta Ufficiale*, n. 12, de 16 de enero de 2006. El artículo 6 co. 1 de este Decreto derogó el artículo 8 de la l.fall., suprimiendo la posibilidad de poder declarar el fallimento *ex officio*.

partes intervenientes en el mismo, estuviera en situación de insolvencia, lo pondría en conocimientos del Juez competente para que éste procediera a declarar el *fallimento ex officio*³⁸.

Sobre este mecanismo se pronunció gran parte de la doctrina italiana, entendiendo que el mismo era contrario a la Constitución, puesto que la apertura (*rectius*: declaración judicial de *fallimento*) del *fallimento* no se podía poner en manos del juez competente para que éste la declararse *ex officio*, debido a la vigencia del *principio de demanda*³⁹ en el proceso *fallimentare* italiano, ya que, en los procesos civiles, la tutela judicial que se pretende, depende siempre del interesado, es decir, rige la *instancia de parte* o también el denominado *principio de rogación*⁴⁰; por lo tanto, el legislador concursal italiano, haciendo caso a las múltiples voces doctrinales que venían invocando la inconstitucionalidad⁴¹ del precepto y, quizás, inspirándose en la realidad de otros Ordenamientos jurídicos⁴², derogó el artículo 8 de la *Legge fallimentare*⁴³.

Por lo tanto, en virtud de lo anterior, en el procedimiento *fallimentare* italiano, el juez no puede declarar *ex officio* el *fallimento*, sino que, éste debe ser instado por un sujeto legitimado para ello (art. 6 l.fall.). En la actualidad, si durante la sustanciación de un procedimiento civil se

³⁸ Así disponía el derogado artículo 8 de la *Legge fallimentare* italiana. En la doctrina científica *vid.*, por todos, SCARSELLI, PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milán, 2011, p. 61.

³⁹ En el Ordenamiento jurídico italiano, *vid.*, por todos, a SCARSELLI, PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale*, cit., p. 61; en el Ordenamiento jurídico español *vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La Constitución*, cit., pp. 149-150.

⁴⁰ *Vid.*, a RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., pp. 589-591.

⁴¹ El viejo artículo 8 de la l.fall. chocaba frontalmente con los postulados del artículo 24 de la Constitución Italiana y los artículos 91 al 112 del c.p.c., pues el proceso civil debe ser incoado siempre a instancia de parte. También se podía afirmar que, la posibilidad de declarar la quiebra *ex officio*, podía romper la independencia e imparcialidad de todo juez predeterminado por Ley, por lo tanto dicho mecanismo chocaría frontalmente con el artículo 111 de la Constitución Italiana.

⁴² Rojo, *La reforma del Derecho Concursal italiano y el Derecho concursal español (un apunte de Derecho comparado desde un perspectiva española)*, en *Anuario de Derecho Concursal (ADCO)*, 10, 2007, pp. 315-341. Como bien afirma el autor, a la hora de legislar o afrontar un reforma es importante tener en cuenta como son y como funcionan otros “sistemas concursales”. Contemplar el Derecho propio desde la perspectiva de un Derecho ajeno es siempre saludable. La comparación entre el derecho concursal italiano vigente, con sus defectos y virtudes, y el derecho concursal español, también con sus defectos y virtudes.

⁴³ Artículo derogado por el artículo 6.1 del d.lgs., de 9 de enero de 2006, núm. 5, publicado el 16 de julio de 2006.

pusiera de manifiesto la situación de insolvencia del deudor, sea o no, uno de los intervenientes del proceso⁴⁴, el juez que está conociendo del proceso, no puede ni debe poner en conocimiento dicha situación de insolvencia al juez competente para que declare el *fallimento*, puesto que éste, no lo puede declarar *ex officio*⁴⁵.

El legislador italiano, en la reforma operada en el año 2006, ha salvado tal escollo, traspasando ese poder al Ministerio Fiscal, para que éste, asuma la verdadera *iniciativa* de solicitar la declaración judicial de *fallimento* (art. 7, co. 2, l.fall.)⁴⁶, todo ello, en respeto del *principio de demanda*, la necesaria *imparcialidad* del tribunal del *fallimento*, además del respeto al importante principio del *giusto proceso* (art. 111 *Costituzione Italiana*)⁴⁷. Además, la denuncia y/o comunicación del Juez civil al Ministerio Fiscal, en cualquier procedimiento civil (art. 7, co. 2, l.fall.), del estado de insolvencia del deudor, en ningún caso choca con los principios de *imparcialidad e independencia* del juez, instaurados en el artículo 111 *Costituzione Italiana*, puesto que dicha comunicación nos es un acto con contenido decisorio del juez; más bien se trata de un acto neutro y privado de efectos decisorios, es decir, no se prejuzga, la valoración decisoria del tribunal que detecta el estado de insolvencia,

⁴⁴ *Vid.*, la reciente sentencia de Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781.

⁴⁵ *Vid.*, la reciente sentencia de Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781.

⁴⁶ *Vid.*, en este sentido la importante sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781. En este caso la sentencia versa sobre el recurso de casación interpuesto por el deudor concursado impugnando el hecho de haber sido declarado judicialmente en *fallimento* por solicitud del Ministerio Fiscal, a pesar de que había desistido el acreedor instante; entre otros, el deudor recurrente invocaba la ilicitud del artículo 7. 2 de la l.fall., por considerar que éste es contrario al artículo 111 de la *Costituzione Italiana*, ya que, a juicio del recurrente, vulnera el principio de *imparcialidad e independencia judicial*. Finalmente, el recurso es desestimado en el fondo, puesto que como bien declara la *Corte Suprema di Cassazione*, la denuncia o notificación realizada por el Juez civil, comunicando el estado de insolvencia del deudor concursado – detectada por el mismo en el curso del proceso que está conociendo –, para que el Ministerio Fiscal solicite la solicitud de declaración judicial de concurso ante el juez competente (iniciativa oficiosa), no afecta a los principios fundamentales de *independencia e imparcialidad* que debe concurrir en todo proceso judicial por parte de órganos Jurisdiccionales competentes.

⁴⁷ Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio en la consecuzione delle procedure concorsuali*, en *Il fallimento*, 2008, p. 130. El autor afirma que la supresión de la declaración de *fallimento ex officio*, ha sido la inevitable consecuencia del respeto a los principios fundamentales, como la necesidad de un contradictorio en el proceso, la igualdad de armas procesales y, de la garantía de la *independencia e imparcialidad* del juez del proceso, cuyo sustento normativo es constitucional (regulados en el artículo 111 de la *Costituzione Italiana*).

no prejuzga el fondo, que posteriormente se ventilará cuando se abra el verdadero procedimiento *fallimentare*⁴⁸. La posibilidad de declarar judicialmente el *fallimento ex officio* era, en el derecho italiano derogado, una clara manifestación de la tutela del *interés público* que subyace en el procedimiento *fallimentare*⁴⁹, por lo tanto, ahora, al expropiar la Ley ese poder al Juez que debiera conocer del *fallimento*, el *interés público* presente en todo proceso *fallimentare*, se tutela con la legitimación activa que ostenta el Ministerio Fiscal para instar la declaración judicial de *fallimento* (art. 7 l.fall.). Además, la novedad consiste en que si en el curso de un proceso civil se manifiesta la insolvencia de alguno de los intervenientes, dicho Juez *deberá* ponerlo en conocimiento del Ministerio Público⁵⁰, con el fin de que éste inste o solicite la declaración judicial de *fallimento* (art. 7, co. 2, l.fall.)

La imposibilidad de declarar el *fallimento ex officio* es una cuestión relativamente novedosa en el Derecho *fallimentare* italiano, puesto que, como ya hemos dicho, desde antiguo y, hasta la reforma operada el 16 de julio del año 2006⁵¹, el juez podía declarar el *fallimento* de oficio. Parece que el legislador italiano, en esta cuestión, buscó dar un giro radical a la apertura de la *declaración de fallimento* inspirándose en los postulados de otros ordenamientos jurídicos concursales, como por ejemplo el sistema concursal español que, salvo alguna excepción muy residual⁵², no permite la *declaración judicial de concurso ex officio* e,

⁴⁸ Como señala la reciente sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781.

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781 y todas las sentencias de la misma sala allí citadas; las sentencias de la *Corte Suprema de Cassazione*, como por ejemplo: la núm. 141/1970; la núm. 142/1970; la 110/1972; y la importante sentencia núm. 148/1996, en la que la corte declaraba que, cuando el juez declaraba de oficio el *fallimento*, sin iniciativa de parte, no lo hacía como si de un actor se tratara, sino que lo hacía desde su potestad jurisdiccional y, desde una posición *supra partes*.

⁵⁰ *Vid.*, en este sentido, las sentencias del Trib. Monza, 18 de enero de 2011; C. App. Brescia, 7 de octubre de 2009; Trib. Tivoli, 6 de abril de 2009.

⁵¹ La modificación y correspondiente supresión de la declaración judicial de *fallimento ex officio*, fue operada por el artículo 6, co. 1., del d.lgs., 9 de enero de 2006, núm. 5, que entró en vigor el 16 de julio de 2006.

⁵² De forma residual y para los procedimientos concursales que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal, existe un único caso en que si procede la declaración judicial de concurso *ex officio*. La disposición transitoria primera, apartado 2º, de la ley 22/2003, de 9 julio, prevé la declaración judicial *ex officio* en un caso muy concreto; en los casos en los que una resolución judicial declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales anteriores a la reforma, como pudieran ser: el concurso de acreedores y la quita y espera o, la quiebra

incluso, en la normativa derogada no se permitía solicitar la quiebra al Ministerio Fiscal⁵³.

A principios de los años ochenta, el proceso de *fallimento* italiano, justificaba la declaración de *fallimento* de oficio, debido, a nuestro entender, al *interés público* que subyace de todo procedimiento judicial de *fallimento*⁵⁴. Era una cuestión que se podía entender como el “mecanismo” o “contrapeso” para la defensa del *interés general* que se pone en juego una vez que se incoa un proceso de estas características y que, a priori, también pudiera parecer un mecanismo rápido y eficaz para declarar cuanto antes el *fallimento* de la compañía mercantil en situación de crisis (art. 5 I.fall.), obteniendo con ello un mayor valor de los activos de la sociedad para proceder a su correcta liquidación – olvidando, en ambos casos, el importante el *principio de la demanda* – cosa que no ocurría en el Derecho Concursal español, como así se podía observar en la antigua normativa concursal.

Antiguamente, algún autor⁵⁵ aconsejaba y defendía la introducción – en el derecho de quiebra español – de la declaración judicial de *fallimento ex officio* por parte del tribunal competente, puesto que si no se permitiera, en muchas ocasiones, en el caso de que se instaran acciones ejecutivas singulares frente al concursado, se produciría un retraso inherente a dichos procedimientos, produciéndose con ello, una efectiva disminución de la masa activa con el correspondiente aumento de la masa pasiva, puesto que la declaración judicial de la quiebra en estos

y la suspensión de pagos; si dicha resolución adquiere firmeza después de la entrada en vigor de la ley Concursal, procederá la declaración *ex officio* a los efectos de tramitar la fase de liquidación, acordando en la misma resolución la suspensión de las facultades de disposición y administración del concursado sobre sus bienes, ordenando la formación de la sección de calificación del concurso, con el fin de depurar las eventuales responsabilidades en las que pudieran haber incurrido los administradores o liquidadores (de hecho y de derecho) o, los apoderados generales de la persona jurídica. *Vid.*, en este sentido, con profundidad, el trabajo de Rojo, *El derecho Concursal transitorio en Las claves de la Ley Concursal*, dirigido por Quintana, Bonet, García-Cruces, Navarra, 2005, p. 617 ss.; y de forma más general el trabajo de PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores: la declaración*, Madrid, 2009, p. 451 ss.

⁵³ *Vid.*, CERDÁ ALBERO, SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2000, p. 74.

⁵⁴ *Vid.*, la sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781 y todas las sentencias dictadas por la misma sección, allí citadas: la núm., 141/1970, la núm., 142/1970, la núm., 110/1972, la núm., 148/1996.

⁵⁵ *Vid.*, RAVELLO, *Declaración “de oficio” del estado de quiebra*, en *Revista de Derecho Mercantil* (RDM), 119, 1971, pp. 135-137.

casos se produciría, siempre, con demasiado retraso. Por todo ello, el anterior autor⁵⁶, entendía que la anticipación a la declaración judicial de la quiebra *ex officio* por el tribunal competente, podría constituirse como la mejor garantía de respeto al principio de graduación y prelación de los créditos.

En el mismo sentido, la doctrina italiana más autorizada⁵⁷, incluso, criticó los textos pre-legislativos de reforma de la vieja normativa concursal española con los que se estaba trabajando a principios de los años ochenta, aconsejando al legislador español una ampliación de los mismos, en la que se regulara una mayor intervención del Estado en los procedimientos de insolvencia, a través de la declaración judicial de la quiebra *ex officio* o, la legitimación activa del Ministerio Fiscal para solicitar el concurso.

La doctrina concursalista española⁵⁸ no tardó en pronunciarse sobre tal cuestión, mostrándose reacia a dejar la apertura del concurso en ma-

⁵⁶ RAVELLO, *Declaración*, cit., p. 136.

⁵⁷ *Vid.*, por todos, a SANTINI, *Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado*, en *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español celebradas del 16 al 19 de diciembre de 1980, en el seno de la Cámara Oficial de comercio e Industria de Madrid, la Fundación Universidad-Empresa y el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1982, p. 35 ss. El profesor Gerardo Santini, en una ponencia magistral, aconsejaba al legislador español la ampliación del anteproyecto, con respecto a una mayor intervención del Estado en los procedimientos concursales a través de la posibilidad de la declaración judicial del concurso *ex officio* y, la legitimación activa del Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de concurso. La objeción realizada por el profesor Gerardo Santini al Legislador español, venía fundada en que, a su juicio, debía haber una mayor intervención estatal en los procedimientos de concurso, debido a la indudable existencia de los intereses públicos en los modernos derechos concursales y, dicha intervención estatal debía estar concretada o reflejada en la propia legitimación para abrir el concurso.

⁵⁸ *Vid.*, a OLIVENCIA RÚIZ, *Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial*, en *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español celebradas del 16 al 19 de diciembre de 1980, en el seno de la Cámara Oficial de comercio e Industria de Madrid, la Fundación Universidad-Empresa y el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1982, p. 115 ss. Estas son las conclusiones a las que llegó el profesor Manuel Olivencia en las jornadas de 1979, sobre la reforma del Derecho de Quiebra: «*Lo que no puede el juez es declarar el concurso de oficio. Las bases conservan aquí el esquema tradicional del concurso voluntario o necesario, porque ha estimado la ponencia que los intereses generales presentes en esta materia no exigen el recurso y la iniciativa judicial, de aplicación práctica por demás dudosa y confusa. Esos intereses tienen protagonistas, que en su carácter de acreedores, pueden solicitar el concurso necesario. La pasividad o lentitud de éstos en el ejercicio de la acción de concurso, puede encontrar el adecuado*

nos del órgano jurisdiccional, evitando también el otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal, para que pueda solicitar el concurso. Además, el legislador español tampoco siguió dichos consejos y, evitó – tanto en los textos pre-legislativos⁵⁹ como en la vigente Ley Concursal – la declaración *ex officio* del concurso, además, de la posibilidad de que se solicitase el mismo por el Ministerio Fiscal.

En el mismo sentido y, en virtud de lo que ya hemos afirmado, la Ley Concursal española, tampoco permite la declaración judicial de concurso *ex officio*⁶⁰, siguiendo en esta cuestión las bases estructurales del moderno Derecho Concursal europeo. El Juez del concurso no puede, aún a sabiendas del estado de insolvencia de del deudor, declarar el concurso de oficio, puesto que la norma no le ampara. Será necesaria la *instancia de parte*, es decir, debe existir una *solicitud* de declaración judicial de concurso por parte legitimada (art. 3 l.c.), sin ella, el Juez del concurso no podrá declarar el concurso *ex officio*.

Esta es una cuestión específica en la doctrina española, que entiende que la *declaración judicial de concurso* no puede dejarse en manos del Juez, en virtud de la vigencia del importante *principio de demanda*, y de la adaptación del *principio dispositivo* al proceso de declaración judicial de concurso, con la disposición absoluta del actor – sea el deudor, acreedores o terceros legitimados – del derecho potestativo que ponen en juego al ejercitar la *acción concursal*, esto es, el derecho potestativo al cambio o situación jurídica, es decir, el *derecho a pedir* que se declare judicialmente el concurso⁶¹.

Por todo ello, en el caso que nos acontece, no es posible que el tribunal que está conociendo del procedimiento de *fallimento* de la empresa

contrapeso, a nuestro juicio, en la obligación que se establece a cargo del deudor en determinados casos de crisis de manifestarse en concurso y en la competencia judicial, para adoptar de oficio medidas cautelares provisionales sobre el patrimonio del deudor»; también *vid.*, del mismo autor en *La declaración de concurso*, en *La nueva Ley Concursal: estudios de Derecho judicial*, 59, 2005, p. 49 ss.

⁵⁹ El anteproyecto de la Ley Concursal de 1959; el anteproyecto de Ley Concursal de 27 de junio de 1983; la revisión de 1 de marzo de 1986 del anteproyecto de Ley Concursal de 1983; la propuesta de anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995; los anteproyectos de Ley Concursal de 17 de noviembre de 2000; los anteproyectos de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 y de 9 de enero de 2002; La Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, tampoco permite la declaración judicial de concurso *ex officio*.

⁶⁰ *Vid.*, en Rojo y BELTRÁN, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, dirigido por Menéndez, Madrid, 2003, p. 864; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 37.

⁶¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 37.

concursada, pueda declarar el mismo *ex officio*, ya que actualmente la norma no contempla esta posibilidad (art. 6 l.fall.) y, además, es necesaria la *instancia* o *solicitud* de alguno de los sujetos legitimados (art. 6 l.fall.).

En este caso, el tribunal, ante la pasividad y no ratificación del Ministerio Fiscal en las tres audiencias celebradas (art. 15 l.fall.), no puede optar por la declaración de oficio del *fallimento*, puesto que ésta, en la actualidad, siempre dependerá de la existencia de solicitud por sujeto legitimado (art. 6 l.fall.)⁶², siguiendo los postulados del importante *principio de la demanda* (art. 24 *Costituzione italiana*, y artt. 99 y 112, c.p.c.).

La desidia mostrada por el Ministerio Fiscal, parece dar a entender que el mismo *desiste implícitamente* de su solicitud instada el 25 de noviembre de 2010, con los efectos que ello conlleva (art. 306 c.p.c.). En este caso, el tribunal, como bien se ha declarado en el Decreto que ahora comentamos, no puede declarar el *fallimento*, viéndose obligado a archivar⁶³ el proceso, puesto que si no existe *actor legitimado*, debido a un allanamiento, desistimiento o transacción, el proceso de declaración de *fallimento* no puede continuar, debido a la repercusión que tiene el *principio dispositivo* en dicho proceso⁶⁴.

2.A. La Legitimación activa del Ministerio Fiscal para la solicitud de la declaración judicial de fallimento en el ordenamiento concursal Italiano.

En materia concursal, actualmente existen diversos ordenamientos jurídicos que permiten que el Ministerio Público pueda solicitar la *declaración judicial del concurso*⁶⁵. Como ya hemos dicho anteriormen-

⁶² *Vid.*, en este sentido la sentencia Cass., 14 de octubre 2009, n. 21834.

⁶³ *Vid.*, sentencias Cass., 14 de octubre 2009, n. 21834 y Cass., 2 de febrero 2011, n. 3472.

⁶⁴ DAMIÁN MORENO, *Introducción al sistema judicial español*, Madrid, 2010, p. 161. Como bien afirma el autor, las partes son libres de decidir de qué manera resuelven sus diferencias, es decir, son libres de acudir a los tribunales o no; y, aunque los jueces entiendan o consideren que dicha tutela debe ser otra, las partes también pueden poner fin al proceso cuando lo consideren oportuno, allanándose, desistiendo o alcanzando acuerdo durante la sustanciación del proceso.

⁶⁵ Entre otros, el artículo 6 de la Ley Concursal Belga de 8 de agosto de 1997, el artículo 6 de la Legge fallimentare italiana, el artículo 20 del Código de la insolvencia y de la recuperación de empresas (código da insolvência e da Recuperação de empresas portugués), atribuyen legitimación al Ministerio Fiscal para solicitar la declaración de

te, actualmente en el sistema concursal italiano, el artículo 6 de la *legge fallimentare*, legitima al Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de *fallimento* del deudor⁶⁶, todo ello, siempre y cuando, concurran las hipótesis establecidas en el artículo 7 de la *Legge fallimentare*⁶⁷, es decir, siempre y cuando: i) la insolvencia del deudor se ponga de manifiesto en un proceso penal en tramitación – sin necesidad de que el proceso se esté sustanciando frente al deudor insolvente; el precepto, simplemente dice que se ponga de manifiesto en el curso de un proceso penal (art. 7, co. 1, l.fall.)⁶⁸ –, el Ministerio Fiscal *deberá* solicitar la declaración judicial de *fallimento*, si en el curso de un proceso penal la insolvencia resulta o se pone de manifiesto de la fuga del deudor, del cierre apresurado de las instalaciones y, de la disminución fraudulenta de los activos de la empresa o, ii) cuando la insolvencia se ponga de manifiesto en un procedimiento civil⁶⁹ – donde el deudor

quiebra o de concurso – según el caso –, siempre y cuando, se verifiquen determinados actos.

⁶⁶ Para una mejor comprensión de la iniciativa del Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de *fallimento* ver, entre otros, a SCARSELLI, PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale*, cit., p. 61 ss.; BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 65 ss.; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 120 ss.; TERRANOVA, FERRI, GIANELLI, GUERRERA, PERRINO, SASSANI, *La nuova Legge fallimentare annotata*, Napoli, 2006, p. 15 ss.; También, *vid.*, los autores que han tratado la cuestión antes de la reforma de 16 febrero 2006.; PRESTI, RESCIGNO, *Corso de diritto comérciale*, Bologna, 2007, p. 269 ss.; DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 44 ss.; BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento en Le Procedure concorsuali: il fallimento*, dirigido por Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 1997, pp. 286-287; MAZZOCA, *Manuale de diritto Fallimentare*, Napoli, 1996, pp. 88-90.; FERRARA jr. y BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1995, 240 ss.; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto Processuale*, Milano, 1994, p. 575 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 1976, p. 111 ss.; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 215 ss.; MURANO, *Corso di diritto fallimentare*, Napoli, 1965, p. 254 ss; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1962, p. 324 ss.; COMINELLI, *Le procedure di fallimento*, Roma, 1942, p. 8 ss.; FARINA, *La legittimazione del P.M. a presentare la richiesta di fallimento in caso de insolvenza risultante in sede penale*, en *Il fallimento*, 2011, 1167 ss.; PANZANI, *Iniziativa del P.M. e fallimento d'ufficio*, en *Il fallimento*, 2004, 785 ss.

⁶⁷ *Vid.*, a APICE, *L'abolizione*, cit., p. 130.

⁶⁸ *Vid.*, la sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781.

⁶⁹ El artículo 7.2 de la l.fall. se refiere a cualquier procedimiento civil en el que sea parte el deudor insolvente, incluso aunque se hay producido un desistimiento por parte de los acreedores instantes, *Vid.*, en este sentido los fundamentos de la Sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781, puesto que, como bien afirma la misma, el juez que conoce de la audiencia previa (art. 15 l.fall.) a la declaración judicial de *fallimento*, es también un juez civil

concursado fuese parte del proceso civil, como pudiera ser el caso de *l'istruttoria prefallimentare* o procedimiento civil – de cognición plena – previo a la declaración judicial del concurso (art. 15 l.fall.)⁷⁰ –, el juez que esté conociendo del mismo, *deberá* ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que éste, solicite *ex professo* la declaración judicial del *fallimento* ante el tribunal competente (art. 7, co. 2, l.fall.). Como ya hemos adelantado, antes de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo el 16 de julio de 2006, el Ministerio Fiscal solo podía solicitar la declaración de *fallimento* en caso de que concurriera la primera de las hipótesis anteriormente expuestas (art. 7, co. 1, l.fall.), es decir, en los casos en los que la insolvencia del deudor aflorara o se pusiera de manifiesto en un proceso penal – incluso sin necesidad de que sea parte en el proceso dicho concursado –, puesto que, anteriormente, en los casos en los que concurriera la segunda hipótesis, no era necesaria la posible intervención y/o solicitud de *fallimento* por parte del Ministerio Fiscal, puesto que el órgano jurisdiccional civil que detectara que uno de los intervenientes en el proceso que está conociendo, estuviera en estado de insolvencia, podía comunicar dicha situación al juez competente, para que este procediera declarar el *fallimento ex officio*⁷¹.

Ahora, como ya hemos apuntado, después de la materialización de la reforma y de la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda declarar el *fallimento ex officio*, el Ministerio Fiscal puede instar la solicitud de declaración de *fallimento* también en el segundo caso. Todo ello, con base en *el interés público*⁷² que subyace en todo proceso *fallimentare* que, además, también es coincidente con los *intereses privados* que se ponen en juego en el proceso de declaración de *fallimento*. A nuestro juicio, creemos que el Ministerio Fiscal, al tener legitimación para solicitar el *fallimento*, debido a que su intervención en la apertura de los procedimientos de *fallimento* (legitimación activa para instar la declaración judicial de *fallimento*), representa al importante *interés público* que, anteriormente, venía siendo representado implícitamente en la posibilidad

⁷⁰ *Vid.*, la sentencia Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781, en donde se cita, también una sentencia de la misma Cass., 22 de enero 2010, n. 1098, donde se declara que el procedimiento civil al que hace alusión el artículo 7. 2 de la *Legge fallimentare*, pudiera ser la nueva istruttoria prefallimentare (*ex. art. 15 l.fall.*), a la que define como un auténtico procedimiento civil especial de cognición plena.

⁷¹ *Vid.*, por todos SCARSELLI, PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale*, cit., p. 61

⁷² *Vid.* Cass., 30 de mayo 2012, n. 9781

de la declaración judicial de *fallimento ex officio* (posibilidad que venía siendo regulada en el derogado artículo 8 de la *Legge fallimentare*⁷³).

El hecho de que el Ministerio Fiscal pueda solicitar la declaración judicial de *fallimento* de una sociedad de capital concursada en el proceso italiano, contrasta con la inexistencia de esta posibilidad en otros ordenamientos; un ejemplo cercano es el proceso concursal español, donde la ley Concursal, no atribuye legitimación activa al Ministerio Fiscal para solicitar el concurso; en este sentido, el legislador ha querido que la intervención del Ministerio Fiscal se limite a la denominada sección sexta o de calificación de concurso – cuya apertura es eventual – y, cuando ésta proceda, dicha intervención será preceptiva⁷⁴, constituyéndose como parte en el proceso concursal (art. 184 l.c.); aunque, en este sentido, algún autor⁷⁵ ha venido afirmando que, lo que realmente hace el Ministerio Fiscal, es actuar como garante del orden público – al igual que en otros procesos jurisdiccionales –, sirviendo además, de enlace entre las jurisdicciones civil y penal (art. 4 l.c.), puesto que, el resultado de la sentencia de calificación de concurso, no es sino, la imposición de sanciones civiles para la que no es precisa la intervención del Ministerio Fiscal.

Con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal en la sección de calificación del concurso, tenemos que decir, que en la normativa derogada, dicha intervención era de gran importancia, debido a la existente vinculación entre la pieza de calificación del concurso y el posterior proceso penal (por concurso y quiebra punible)⁷⁶, es decir, la condena o la imposición de sanciones civiles en la sentencia de calificación era el requisito de procedibilidad para poder incoar el ulterior proceso penal.

⁷³ Artículo derogado por el artículo 6. 1 del d.lgs. de 9 de enero, núm. 5, publicado el 16 de julio de 2006.

⁷⁴ *Vid.*, a SENÉS MOTILLA, *Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de domicilio de deudor*, Art. 184, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, p. 2744.

⁷⁵ QUECEDO ARACIL, *Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio fiscal* (art. 169), en *Comentarios a la nueva Ley Concursal: Derecho Concursal Práctico*, dirigido por Fernández-Ballesteros, Barcelona, 2004, p. 769.

⁷⁶ *Vid.*, en este sentido a GARCÍA-CRUZES, *Sentencia de calificación*, Art 172, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, pp. 2574-2575., del mismo autor *vid.*, también *El problema de la represión de la conducta del deudor común*, en *La reforma de la legislación concursal*, dirigido por Rojo, Madrid, 2003, p. 248 y ss., desde la óptica del punto de vista penal *vid.*, los trabajos de GONZÁLEZ MONTES, *La calificación de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona, 1974.

Ahora, en la actualidad, la intervención del Ministerio Fiscal en el concurso de acreedores, pierde peso, debido a la aplicación del principio de independencia de las jurisdicciones⁷⁷.

En definitiva y, después de todo lo aducido, hemos de afirmar que en el supuesto que se nos ha planteado, el *Ministerio Fiscal* ha ejercitado una auténtica acción de *declaración judicial de fallimento* (art. 7, co. 2, l.fall.); con dicha solicitud de declaración de *fallimento*, el Ministerio Fiscal, ejerce un auténtico *poder de acción*⁷⁸ (artt. 69 y 72 c.p.c.). Por lo tanto, al estar legitimado el *Ministerio Fiscal*, el tribunal competente italiano admitió a trámite dicha solicitud, en virtud de los artículos 6 y

⁷⁷ Para un correcto entendimiento de los problemas que suscitaba la vinculación existente entre la jurisdicción civil y penal en los procesos de quiebra anteriores; la sentencia de calificación civil como presupuesto de procedibilidad para la apertura del posterior proceso penal en los casos de insolvencia punible, con carácter general, *Vid.*, por todos a GONZÁLEZ MONTES, *La calificación del concurso en el Proyecto de Ley Concursal: aspectos procesales*, en *Libro Homenaje al Profesor D. Eduardo Font Serra*, Madrid, 2004, p. 1171 ss.; con mayor profundidad, el mismo autor en *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona, 1974; FERREIR BARRIENDOS, *Repercusiones del nuevo código penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial CDJ: Derecho Concursal II*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 542 ss; Quecedo Aracil, *Art. 169, Comentarios a la nueva Ley Concursal: Derecho Concursal Práctico*, dirigido por Fernández-Ballesteros, Barcelona, 2004, p. 769; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La independencia del proceso penal en materia concursal respecto al civil-mercantil. Particular estudio de los apartados 3º y 4º del artículo 260 del Código Penal en su nueva redacción*, en *Estudios sobre la nueva regulación concursal*, Navarra, 2006, p. 39 ss.

⁷⁸ *Vid.*, por todos a PAJARDI, *Manuale*, cit., p. 120 ss; donde el autor afirma con todo rigor que la solicitud de *declaración judicial de fallimento* por parte del Ministerio Fiscal es un verdadero poder de acción. Cabe mencionar el mérito de dicho autor que, incluso mucho antes de la entrada en vigor de la reforma del 2006, ya afirmaba con todo rigor que, la iniciativa del Ministerio Fiscal para instar la *declaración judicial de la quiebra* era un verdadero poder de acción. *Vid.*, en este sentido también del mismo autor: *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1976, p. 111 ss.; FERRO, *Piano di risanamento non seguito, desistenza del creditore istante, ricorso del PM., e fallimento d'ufficio: le modalità di apertura e prosecuzione dell'attività istruttoria dell'indagine sull'insolvenza*, en *Il fallimento*, 2000, 322; LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concursuali*, Milano, 1995.; En contra, *Vid.*, a Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 450 ss.; BONGIORNO, *Il fallimento*, in *Le procedure concursuali*, Trattato diretto da RAGUSA MAGGIORE e COSTA, Torino, 1997, p. 287; FEDERICO, *L'iniziativa del p.m. nella dichiarazione di fallimento*, en *Il fallimento*, 2002, 1297. En este caso dichos autores afirman que el poder de iniciativa del Ministerio Fiscal, no es un verdadero poder de acción, sino que se trata de un instrumento para solicitar al juez competente que ejerzte su facultad de declarar el *fallimento ex officio*, por lo tanto en palabras de estos autores dicha iniciativa responde a una mera señalación por parte del Ministerio Fiscal.

7 de la *legge fallimentare*⁷⁹, junto con las otras tres solicitudes de los acreedores instantes.

Ante esta afirmación, debemos decir que el Ministerio Fiscal, asume la representación del *interés público*⁸⁰ implícito en todo proceso *fallimentare* que, además, es coincidente con los *intereses privados* que se ponen en juego en los procedimientos concursales, por lo tanto, si ostenta el poder de acción con base a una *legitimación extraordinaria* atribuida ministerio *legis* (artt. 69 y 72 c.p.c., y artt. 6 y 7 l.fall.), también, a nuestro juicio, ostentará el poder de *disposición del proceso* que inste. Es decir, en los procesos donde el Ministerio Fiscal intervenga como parte procesal (art. 6 l.fall.), podrá interponer demanda judicial, oponer excepciones, solicitar la admisión de los medios de prueba de los que se quiera hacer valer para fundar su pretensión y, por supuesto, hacer las alegaciones que tenga por conveniente en el proceso, al igual que las demás partes intervenientes en el mismo.

A pesar del verdadero *poder de acción* que ejercita el Ministerio Fiscal⁸¹ al instar la declaración judicial de *fallimento*, el 25 de octubre de 2010 (art. 6 l.fall.), posteriormente no ratifica dicha solicitud, es decir, no se persona, ni siquiera, a las tres audiencias celebradas, no realiza alegación alguna y, ni siquiera, propone o aporta prueba alguna que funde su solicitud de declaración de *fallimento*⁸².

Pudiera parecer, que en este caso se hubiera producido lo que la doctrina procesalista italiana viene denominando la *rinuncia alla domanda*. Aunque, siguiendo los postulado del *giusto proceso* (art. 111 della Costituzione italiana), entendemos, que la anterior tesis no puede tenerse como válida porque, entendemos que el *Ministerio Fiscal* “agente”, cuando actúe en procesos concursales en los que se ponen de manifiesto *intereses públicos* del Estado, coincidentes, en muchas ocasiones,

⁷⁹ En el sistema italiano, el Ministerio Fiscal no siempre está legitimado para solicitar la quiebra; el artículo 7 de la l.fall., establece los supuestos hipotéticos que deben concurrir para que el Ministerio Fiscal pueda solicitar la declaración judicial de *fallimento*. Nosotros entendemos que no es una facultad, pues, si el Ministerio Fiscal representa el interés público, *deberá solicitar la declaración judicial de fallimento*, siempre que se den los supuestos establecidos en el artículo 7 l.fall., es decir, parece que nos encontramos ante un contrapeso de equilibrio para tutelar el interés general o, más bien, el *interés público* derivado de todo proceso *fallimentare*.

⁸⁰ FABIANI, *Pubblico Ministero, iniziativa di fallimento e potere di impugnazione*, en *Il fallimento*, 2007, 771.

⁸¹ *Vid.*, a PAJARDI, *Manuale*, cit., p. 111 ss.

⁸² Cass., 14 de octubre, n. 21834.

con los *intereses privados* que se ponen en juego en dichos procesos, no puede, bajo ningún concepto, *renunciar a la acción*, pues, como ya hemos dicho, el *Ministerio fiscal* actúa en *defensa de legalidad*, en este caso, como único estandarte para el mantenimiento de la *acción de declaración judicial de fallimento* (en defensa del *interés público* implícito en el proceso de *fallimento*), en los casos en los que los demás sujetos legitimados no soliciten la declaración judicial de *fallimento*.

2.B. La inexistencia de legitimación activa del Ministerio Fiscal para solicitar el concurso en el proceso concursal español.

Es obvio, que el caso que estamos comentando, no puede darse en el proceso concursal español, puesto que, la ley concursal, no atribuye *legitimación activa* al Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de concurso (art. 3 l.c.)⁸³, por lo tanto, en ningún caso, podría darse una situación análoga en la que se nos plantee un *desistimiento implícito* de solicitud de concurso por parte del Ministerio Fiscal.

En los textos pre-legislativos anteriores a la aprobación de la ley concursal, la consideración de la figura del Ministerio Fiscal ha sido diversa en los distintos textos; en primer lugar, en el Anteproyecto de Ley concursal de 1959, se reconocía legitimación activa al Ministerio Fiscal para instar la *declaración judicial de concurso*, siempre que actuara en representación de personas o entidades cuya defensa o asistencia le esté encomendada por Ley, así como para intervenir en el proceso como representante de la Ley, para la defensa de ésta o, de los intereses de orden económico y social que, con independencia de los de carácter privado, queden afectados por el concurso de acreedores⁸⁴.

En el anteproyecto de Ley concursal de 1983, el Ministerio Fiscal no gozaba de legitimación activa para solicitar la declaración judicial de

⁸³ Rojo y BELTRÁN, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, dirigido por Menéndez, Madrid, 2003, p. 864; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 37.; BELLIDO PENADÉS, *El procedimiento de declaración de concurso*, Navarra, 2010, p. 71.; OLIVENCIA RUÍZ, *Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso*, en *Revista del Poder Judicial: La Ley Concursal*, XVIII, Núm. especial dirigido por el Profesor Rojo, p. 38.; del mismo autor *vid.*, también en *La declaración*, cit., pp. 47-48.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Los presupuestos del concurso*, en *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6250, 11 de mayo de 2005, p. 1.; VILATA MENADAS, *Elementos de Derecho Concursal*, Valencia, 2011, pp. 30-31.

⁸⁴ *Vid.*, el artículo 5, co. 3, del Anteproyecto de Ley Concursal de 1959.

concurso⁸⁵, aunque si se mantenía su intervención como parte en la calificación del concurso⁸⁶. Posteriormente, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, a cargo del Profesor Rojo⁸⁷, tampoco se regulaba la legitimación activa del Ministerio Fiscal para solicitar la declaración judicial de concurso pero, se seguía manteniendo su intervención como parte en la calificación del concurso⁸⁸. En los anteproyectos de Ley concursal, de 2000⁸⁹, tampoco se incluía al Ministerio Fiscal dentro de los sujetos legitimados para solicitar la declaración judicial de *fallimento*, cosa que también se repitió en los anteproyectos de Ley concursal de 7 de septiembre de 2001 y de 9 de enero de 2002.

En la actualidad, la propia Exposición de motivos de la vigente ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, ya dice que: *«la intervención del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta Ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio»*. Dicha cuestión ha sido debatida en el seno de la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley concursal en sede de enmiendas (*vid.*, la enmienda núm. 233)⁹⁰, puesto que, ya existían algunas voces que aconsejaban la

⁸⁵ *Vid.*, el artículo 7 del Anteproyecto de Ley Concursal, de 27 de junio de 1983

⁸⁶ *Vid.*, el artículo 308 ss., del Anteproyecto de Ley Concursal, de 27 de junio de 1983.

⁸⁷ En el año 1993, se trabajaba sobre el anteproyecto de Ley de Bases sobre el Concurso de acreedores de 16 de febrero de 1993, en el que intervinieron los profesores don Manuel Olivencia Ruíz, don Luis Vacas Medina, don Jorge Carreras Llansana, don Guillermo Jiménez Sánchez y don Ángel Rojo Fernández-Río (que componían la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación), pero dicho anteproyecto de reforma y modernización del derecho Concursal no llegó a ver la luz. Posteriormente, el Ministerio de Justicia hizo llegar a la Sección de derecho Mercantil de la Comisión General de codificación unos criterios básicos de elaboración de un nuevo anteproyecto. Para ello, la Comisión sugirió al Ministro que para la consecución de un texto articulado en un tiempo razonable, se encomendara tal encargo al Profesor Ángel Rojo Fernández- Río, que acometió el encargo, entregándolo al Ministerio de Justicia el 12 de diciembre de 1995, posteriormente, dicha propuesta, fue publicada por el propio Ministerio en febrero de 1996.

⁸⁸ *Vid.*, los artículos 4 y 210 de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal, elaborada por el Prof. Rojo, de 12 de diciembre de 1995.

⁸⁹ *Vid.*, el artículo 3 del Anteproyecto de Ley Concursal, de 17 de noviembre de 2000, elaborados por la sección especial para la reforma concursal de la comisión general de codificación

⁹⁰ *Vid.*, en BELLIDO PENADÉS, *El procedimiento*, cit., p. 71; Pulgar Ezquerro, *La declaración*, Madrid, 2009, p. 451; SENÉS MOTILLA, *Art. 4*, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, pp. 225-226. La enmienda número 233, contenía un propuesta para la atribución al Ministerio Fiscal de legitimación activa para

ampliación de la legitimación activa para solicitar la declaración judicial de concurso (art. 3 l.c.). Al final, todo cayó en saco roto y, en ninguno de los casos, el legislador decidió atribuir competencia al Ministerio Público para promover el proceso de declaración judicial de concurso, ni posibilitar al juez del concurso, la declaración *ex officio*.

La ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, atribuye, con carácter general, la legitimación activa para solicitar la *declaración judicial de concurso*: i) al propio deudor concursado o, ii) a cualquiera de sus acreedores (art. 3 l.c.), pero, en ningún caso, atribuye *legitimación activa* para solicitar la declaración judicial de concurso al propio Ministerio Fiscal.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal (art. 4 l.c.), como bien afirma alguna autora⁹¹, realmente bajo la rúbrica: «De la intervención del Ministerio Fiscal», el artículo 4 de la Ley Concursal, no prevé, en ningún caso, la intervención del Ministerio Público en el proceso concursal y, menos aún, su *legitimación* para instar la declaración judicial de concurso. Dentro del proceso concursal, el Ministerio Fiscal adopta un papel de interviniente como parte procesal a los efectos de la sustanciación de la *sección de calificación*, en los casos en los que proceda su apertura (arts. 184, co. 1, *in fine* l.c.)⁹².

Con respecto a la intervención del Ministerio Fiscal, no puede quedar lugar a duda, el artículo 4 de la ley concursal no debe inducir a error, lo que el legislador ha venido a regular en el artículo 4 de la Ley concursal, no es ningún género de intervención del Ministerio Fiscal en el proceso concursal, más bien, en puridad, lo que el legislador está regulando es la intervención de Ministerio Fiscal en el proceso penal y ante los órganos jurisdiccionales penales⁹³.

En puridad, el Ministerio Fiscal, ocupa un posición intermedia en el proceso concursal entre el órgano jurisdiccional y las partes, no siendo

instar al declaración judicial de concurso, pero al final, dicha enmienda no prosperó.

⁹¹ SENÉS MOTILLA, *De la intervención de Ministerio Fiscal*, Art. 4, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirigido por Rojo y Beltrán, Madrid, 2004, p. 225.

⁹² El Ministerio Fiscal también interviene en la adopción de medidas restrictivas de derechos y libertades del deudor concursado (art. 1.3 LOPRLC), en las cuestiones sobre competencia territorial (art. 12.2).

⁹³ *Vid.*, por todos, a GUASP y ARAGONESES, *Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores*, en *Revista de Derecho Procesual*, 1-3, 2004, pp. 339-341; BONET NAVARRO, *De la intervención del Ministerio Fiscal*, Art. 4, en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. da Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2004, p. 77 ss; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 37; SENÉS MOTILLA, Art. 4, cit., p. 71. PULGAR EZQUERRA, *La declaración*, cit., p. 451 ss.

total su intervención, puesto que, incluso, la mayor parte de sus intervenciones no se regulan expresamente en la Ley. Aunque, en este sentido, parece que la Ley concursal si regula, en un determinado terreno particular (la sección de calificación del concurso), la intervención del mismo ⁹⁴.

El legislador concursal español no ha querido dar *acción* al Ministerio Fiscal para que éste inste la declaración judicial de concurso, dejando dicha posibilidad a quien ostente un *interés legítimo*, evitando con ello, que el propio Ministerio Público, como representante del *interés público*, pueda ejercitar el *derecho a pedir la declaración judicial de concurso*; en definitiva, parece que, como bien afirma algún autor ⁹⁵, el legislador concursal español entiende que en la propia declaración judicial de concurso no existen intereses públicos tutelables, al menos, a los efectos de que los tutele el Ministerio fiscal, puesto que, en ningún caso la Ley concursal le atribuye legitimación para la solicitud de declaración judicial de concurso.

Frente a la anterior interpretación, nos mostramos en desacuerdo, puesto que entendemos que realmente si existen *intereses públicos* en la declaración judicial de concurso, lo que ocurre, es que el legislador español los tutela estableciendo una verdadera y auténtica obligación del deudor de solicitar su declaración judicial de concurso (art. 5 l.c.), además de la competencia del órgano jurisdiccional competente para adoptar las medidas cautelares oportunas y pertinentes ⁹⁶.

En definitiva, lo que se viene a regular en el artículo 4 de la ley concursal, son los deberes de comunicación del Ministerio Fiscal al Juez penal que esté conociendo de un causa en la que el sea parte para que este proceda a comunicar al juez de lo mercantil competente. Cuando se esté sustanciando cualquier tipo de actuación judicial por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico ⁹⁷, en las que se pongan de manifiesto indicios del estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y, se verifique, también, la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal que sea parte en dicho proceso, instará del Juez penal que estuviera conociendo de la causa, para que éste, realice la comunicación pertinente al juez de lo mercantil competente

⁹⁴ *Vid.*, a GUASP y ARAGONESES, *Nociones*, cit., p. 340.

⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 37.

⁹⁶ OLIVENCIA RUÍZ, *Los sistemas*, cit., p. 49 ss.

⁹⁷ Los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico están regulados en el título XIII del Libro II del Código Penal español (arts. 234 a 304)

para conocer del concurso del deudor, por si ya estuviera tramitándose un procedimiento concursal.

En este sentido, como bien afirman algunos autores⁹⁸, la comunicación anterior solo desplegará sus efectos cuando exista un proceso concursal en tramitación, porque si no lo estuviera, el Juez de lo mercantil competente no podría, aún a sabiendas del estado de insolvencia, declarar judicialmente el concurso *ex officio*, puesto que el proceso concursal viene informado por el importante *principio de rogación*. El proceso concursal español no deja la declaración judicial de concurso, en manos del juez del concurso, ni tampoco, otorga legitimación activa al Ministerio Fiscal para poder solicitar la declaración judicial de concurso, apartándose por tanto, de algunas soluciones ofrecidas por otros ordenamientos jurídicos⁹⁹.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal deberá instar del juez penal que estuviera conociendo de la causa, la comunicación a los acreedores cuya identificación resulte de las actuaciones penales que se estén sustanciando, a fin de que dicha situación llegue a ser conocida por los acreedores, pudiendo, por tanto, ejercitar sus derechos ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del concurso de acreedores, es decir, para que puedan solicitar la *declaración judicial de concurso*, si así lo tienen por conveniente (art. 3 l.c.).

Las dos comunicaciones anteriores, pueden entenderse que son el resorte para la defensa del *interés general* que deriva de la situación de la insolvencia de un deudor, y en la medida que esta puede afectar a la seguridad del tráfico, por ello, a diferencia de lo que ocurre en el proceso *fallimentare* italiano, el legislador concursal español decidió modular dicho interés, privando al Ministerio Fiscal de legitimación activa para solicitar el concurso, pero, a la vez, imponiéndole el *deber* de sendas comunicaciones.

Es cierto que el deber de comunicación a los acreedores, cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso (art. 4 l.c.), podría con-

⁹⁸ GARCÍA ESPINOSA, *Legitimación para solicitar la declaración de concurso de las sociedades mercantiles*, en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, p. 1038; SENÉS MOTILLA, *Art. 4*, cit., p. 227.

⁹⁹ En el Ordenamiento Jurídico italiano, el Ministerio Fiscal tiene legitimación activa para solicitar la declaración judicial de *fallimento* (art. 6 l.fall.). En un mismo sentido, el artículo 6 de la Ley Concursal Belga, de ocho de agosto de 1997, también reconoce legitimación activa para instar la declaración judicial de concurso, al Ministerio Fiscal junto al deudor, los acreedores y los administradores provisionales.

siderarse como la contrapartida a la privación de *legitimación* del Ministerio Fiscal para instar la solicitud de declaración judicial de concurso¹⁰⁰, pero, no debemos equivocarnos, pues el Ministerio Fiscal cuando está comunicando, en absoluto está ejerciendo *la acción concursal*, solamente, está comunicando a los acreedores cuya identidad ha sido reconocida en las actuaciones penales, para que éstos ejerciten los derechos que les asisten ante el órgano jurisdiccional competente. En consecuencia, serán éstos últimos los que ejerciten, si lo creen conveniente, la denominada *acción concursal*, en la que solicitarían la declaración judicial de concurso, esto es, ejercitarían su *derecho potestativo al cambio jurídico*¹⁰¹, que no es sino, la manifestación del carácter dispositivo del derecho que se ejercita por el que se solicita la declaración de concurso¹⁰².

A continuación, debemos decir que, en contraste con lo que ocurre en el proceso de declaración de *fallimento* italiano, en el proceso concursal español, el Ministerio Fiscal, también debe ser oído en el incidente de adopción de medidas restrictivas sobre los derechos fundamentales y libertades del deudor (art. 1.3 LOPRC); también, interviene en el trámite procesal subsiguiente al del planteamiento de la declinatoria (art. 12.2 l.c.) y, además, adquiere la condición de parte procesal (art. 184.1 *in fine*) en la sección de calificación del concurso (art. 163 y ss. l.c.); escenario, donde incluso, deduce pretensión formal de la calificación a través de su informe (art. 169, co. 2, l.c.); ésta ha sido y es, una de las funciones que se le ha venido atribuyendo al Ministerio Fiscal, incluso, desde antiguo, en los procedimientos de *declaración de quiebra* regulados en la normativa anterior¹⁰³, puesto que el aspecto público de la quiebra y, por ende, el interés público tutelado por el Ministerio Fiscal da lugar a la apertura de lo que se denominaba la pieza de calificación de quiebra¹⁰⁴.

En el derecho concursal anterior, tampoco se atribuía *legitimación activa* al Ministerio Fiscal para que instara la *quiebra*, aunque, si que es cierto que en dichos procesos, se hacia necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, porque en ellos confluía un verdadero *interés público*, so-

¹⁰⁰ SENÉS MOTILLA, *Art. 4*, cit., p. 227.

¹⁰¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 30. Según la tesis del citado autor, cuando el deudor o los acreedores están solicitando la declaración judicial de concurso, están ejercitando un derecho potestativo al cambio jurídico, y que si es admitido por el juez crea una nueva situación jurídica: el concurso de acreedores.

¹⁰² CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La naturaleza*, cit., p. 39.

¹⁰³ GÓMEZ DE ORBANEJA, *Derecho procesal*, Madrid, 1951, p. 699.

¹⁰⁴ GÓMEZ DE ORBANEJA, *Derecho*, cit., p. 698.

bre todo, en la pieza de calificación de la quiebra¹⁰⁵ (art. 1325 LECiv)¹⁰⁶. En lo que respecta a los antiguos expedientes de suspensión de pagos, tampoco se le reconocía legitimación para instar el expediente, pero la propia Ley¹⁰⁷, disponía que, el Ministerio fiscal debía intervenir como parte en el procedimiento – desde que se iniciaba el expediente de suspensión de pagos hasta la efectivo cumplimiento del convenio¹⁰⁸ –.

Como podemos ver, la legislación concursal española sigue otro camino a la hora de regular la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso concursal, puesto que el mismo, en ningún caso, tiene *legitimación activa* para solicitar la declaración judicial de concurso. Por todo lo anterior, no es posible que en el proceso concursal español, se planteara una cuestión análoga a la que se nos plantea en el Decreto.

3. Los actos procesales de disposición del ministerio fiscal en el proceso fallimentare italiano: una posibilidad inexistente en el derecho concursal español.

3.A. La renuncia de los actos del juicio de la solicitud de fallimento por parte del Pùblico Ministerio en el procedimiento de fallimento italiano: delimitación conceptual de la institución procesal.

Una de las cuestiones más conflictivas que se nos ha planteado en el asunto que estamos estudiando, consiste en ver si el Ministerio Fiscal puede o no *renunciar a los actos del juicio*¹⁰⁹, es decir, si puede o no *desistir* de su solicitud de declaración judicial de *fallimento*. En este caso, parece patente que el Ministerio Fiscal, según la actitud mostrada

¹⁰⁵ CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra*, Pamplona, 1999, pp. 179-180.

¹⁰⁶ El artículo 1385, al igual que los artículos 1383 y 1388 II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente derogados, regulaban la intervención del Ministerio Fiscal en la pieza de calificación de la quiebra, en la que debía efectuar escrito de calificación de la quiebra y dictamen sobre la rehabilitación del quebrado. Como bien afirmaba Gómez de Orbaneja, el Ministerio Fiscal deducía en su escrito de calificación de la quiebra, una auténtica pretensión formal sobre la calificación de la misma.

¹⁰⁷ La Ley de Suspensión de pagos de 1922 (actualmente derogada), en su artículo 23, también regulaba la intervención del Ministerio Fiscal desde el inicio de expediente de suspensión de pagos, hasta el completo cumplimiento del convenio.

¹⁰⁸ *Vid.*, CORDÓN MORENO, *Suspensión*, cit., p. 42 ss.

¹⁰⁹ La *renuncia de los actos del juicio* viene siendo regulada en los artículo 306 del c.p.c., y se corresponde con el instituto del *desistimiento* en sistema procesal español

en el proceso incoado, ha *desistido implícitamente*¹¹⁰ de su solicitud de declaración judicial de *fallimento*, puesto que, en ningún momento posterior a su solicitud – durante la sustanciación de las tres audiencias celebradas (art. 15 1.fall.) –, ratificó la misma, (no realizando alegación alguna y, tampoco, aportando medios de prueba concluyentes para fundar su solicitud).

Es cierto que pueden existir dudas de si el Ministerio Fiscal puede o no *desistir* de su solicitud, puesto que su actuación en este proceso, representa el *interés público* que subyace en todo procedimiento *fallimentare*, es decir, como ya hemos afirmado anteriormente, en dichos procesos se ponen de manifiesto *intereses públicos* del Estado, coincidentes, también, con todos los intereses privados, que también entran en juego en el proceso *fallimentare*.

En el caso en cuestión, no cabe hablar, en ningún caso, de *renuncia de acción*, puesto que en ningún caso se está *renunciando* a la *tutela judicial*; en puridad, la *renuncia de la acción* supone que no exista la posibilidad de poder volver a incoar un proceso con el mismo objeto y las mismas partes, puesto que, si se *renuncia* plenamente a la acción, también entraría en juego la autoridad de la *cosa juzgada*¹¹¹. A nuestro juicio, en este caso, el Ministerio Fiscal podía *desistir* del proceso puesto que todavía no se había declarado judicialmente el *fallimento*; aunque, bien es cierto, que dicha posibilidad desaparecería una vez se haya declarado el *fallimento* y se haya designado al *curatore*, ya que, desde el mismo momento en que se designa al *curatore*, entendemos que éste ostentaría la representación de la masa activa del concursado, y por tanto, a partir de este momento no se admitirían actuaciones individuales y decisivas de los instantes¹¹². Lo que se si está claro es que, en ningún caso, el Ministerio Fiscal está *renunciando a la acción*, puesto que, actúa en el proceso de declaración de *fallimento*, garantizando con su oficio la legalidad del proceso en aras a la objetividad y el interés público de la sociedad.

Cabe plantearse, pues, si en el caso que estamos estudiando, es posible que el Ministerio Fiscal pueda *desistir* de la solicitud de declaración

¹¹⁰ El desistimiento implícito, se corresponde con la *rinuncia agli atti di giudizio de forma implicita*.

¹¹¹ *Vid.*, en GARCÍA BARTOLOMÉ, *Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación judicial del convenio*, en *Anuario de Derecho Concursal*, ADco, 22, 2011, p. 484.

¹¹² *Vid.*, RAMÍREZ, *La quiebra*, cit, p. 1900.

de *fallimento* que ha instado inicialmente; en este sentido, debemos recordar que el papel que desempeña el Ministerio Fiscal en el proceso *fallimentare* – al igual que en otros procesos civiles –, es el de defensor de la legalidad, permaneciendo en el mismo, como autoridad de justicia en interés de la objetividad¹¹³; además, la subordinación del Ministerio Fiscal a la justicia aparta al mismo de la tentación de convertirse en un representante parcial de una de las partes intervenientes en el proceso, puesto que el Ministerio Fiscal no es un sustituto procesal de las partes (art. 81 c.p.c.)¹¹⁴.

En definitiva, el Ministerio Fiscal en los procesos concursales se muestra, por tanto, como el representante del *interés público* de la sociedad, cuyo interés principal radica en que no se vuelvan a repetir hechos de esta naturaleza, que tanta alarma causan¹¹⁵; Además, la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso civil es considerada como un verdadero correctivo al poder de disposición de las partes intervenientes en el proceso¹¹⁶.

Según el relato fáctico del decreto, en el caso en cuestión, el Ministerio Fiscal no ratifica su solicitud de *fallimento* en ninguna de las audiencias celebradas en sede judicial (art. 15 l.fall.), por lo tanto, la ausencia de ratificación de la solicitud del Ministerio Fiscal, hace pensar que, ante la incomparecencia y la pasividad mostrada por el Ministerio Fiscal, nos encontramos ante lo que la doctrina procesalista italiana denomina «*rinnuncia agli atti di giudizio*» de carácter implícito o tácito, que viene a coincidir con el denominado instituto del *desistimiento*¹¹⁷ del derecho procesal español.

¹¹³ *Vid.*, a FAIRÉN GUILLÉN, *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969, p. 486 ss.

¹¹⁴ *Vid.*, a MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Pádova, 2000, p. 129; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1955, p. 175.

¹¹⁵ RIVES y MARTÍ, *Concurso de acreedores y quiebra*, Madrid, 1954, pp. 267-268.

¹¹⁶ LUGO, *Manuale de diritto processuale civile*, Milano, 2009, p. 104; LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 175.

¹¹⁷ El *desistimiento* es uno de los institutos procesales de disposición de los procesos en España, viene siendo regulado en el artículo 20 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil.

A nuestro juicio, no existen dudas de que el Ministerio Fiscal, al igual que el propio deudor¹¹⁸ o los acreedores¹¹⁹, pueda *desistir* de su solicitud de declaración de *fallimento*, siempre y cuando, el tribunal que esté conociendo del proceso, no haya declarado judicialmente el *fallimento*¹²⁰. El Ministerio Fiscal, al igual que las demás partes legitimadas para solicitar la declaración judicial del *fallimento* (art. 6 y 7 l.fall.), ejerce un auténtico *poder de acción* (artt. 69 y 72 c.p.c.), al igual que los demás actores legitimados y, por ello, también podrá *disponer* de dicho proceso, aunque sea tácita o implícitamente¹²¹, como ha ocurrido en nuestro caso.

Todo lo anterior tiene su razón de ser, puesto que mientras no se haya declarado el *fallimento*, la situación de insolvencia es una situación de hecho, es decir, sin resolución judicial que lo declare, no se puede hablar técnicamente de situación de *fallimento*, por lo tanto, creemos que en dicha fase del procedimiento, es posible *renunciar* a los actos del juicio o *desistir* expresa o implícitamente del mismo.

La *rinuncia agli atti di giudizio* o, *desistimiento* del proceso¹²², es el instituto procesal por el cual, el Ministerio Fiscal ha manifestado su

¹¹⁸ *Cfr.*, en RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 587. El autor dice, siguiendo la tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de octubre de 1973, que el deudor que solicita la quiebra voluntaria podrá *desistir* de su solicitud, dependiendo en qué estado esté el proceso de quiebra; Por otro lado, *vid.*, a RIVES y MARTÍ, *Concurso*, cit., p. 267, afirma de forma tajante, que el deudor quebrado podrá *desistir* de su solicitud, siempre y cuando, el tribunal que esté conociendo de la misma no la haya declarado judicialmente. En el momento que la quiebra hay sido declarada, ya no se podrá desistir de la solicitud. En este sentido *vid.*, Cass., 14 de octubre 2009, n. 21834.

¹¹⁹ *Vid.*, con detenimiento, en este sentido Cass., 26 de febrero de 2009, n. 4632. En la que se confirma que, los acreedores, al perseguir un interés privado siempre pueden renunciar a su solicitud de declaración de *fallimento*, puesto que, la *rinuncia agli atti di giudizio*, no impide que los legitimados (art. 6 l.fall.) puedan volver a solicitar posteriormente la solicitud de declaración de *fallimento*. Como bien afirma la sentencia, en los casos en los que los acreedores hayan desistido de sus solicitudes de declaración de *fallimento*, el Tribunal deberá declarar a través de *decreto judicial* la extinción del proceso (archiva el proceso incoado, por decaer la instancia de parte).

¹²⁰ RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 1894.

¹²¹ RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 597. No cabe duda, el *desistimiento* puede ser tanto expreso por petición de los instantes – ya sea el propio deudor o un acreedor –, como tácito o implícito.

¹²² *Vid.*, en este sentido, con carácter general, la delimitación jurídico-procesal del desistimiento de procesos frente a la renuncia de acciones, como actos clásicos de disposición del proceso junto a toda la doctrina allí citada, en García Bartolomé, D., «Las acciones de reintegración de la masa...», op. cit., págs. 481 y ss.

intención de *desistir* de su solicitud inicial de declaración judicial de *fallimento*; generalmente, cuando el *desistimiento* del actor entra en juego en el ámbito de proceso civil general, es necesaria la aceptación de la contraparte o demandado¹²³, puesto que, el hecho de *desistir* del proceso no impide que el actor pueda volver a promover de nuevo el proceso, simplemente, lo que se está haciendo es abandonar el proceso iniciado.

Como apunta algún autor¹²⁴, cuando se desiste de la solicitud de *fallimento*, al quedar el fondo del asunto imprejuzgado, y ante la posibilidad de que el actor pueda volver a promover la solicitud de declaración, será necesario el consentimiento de la parte contraria, puesto que, es posible que el demandado, ante la posibilidad de que el actor pueda volver a promover la solicitud de declaración judicial de *fallimento*, esté interesado en que el proceso prosiga hasta sentencia firme con autoridad de *cosa juzgada*¹²⁵.

En contra de la anterior idea, y siguiendo la doctrina de la *Corte di Cassazione Italiana*¹²⁶, debemos afirmar que la preceptiva aceptación del demandado no es exigible en el caso del procedimiento *fallimentare*, es decir, que en el caso de que en un proceso de declaración de *fallimento*, se solicite el desistimiento por parte de alguno de los actores legitimados (art. 6 l.fall.), no es necesaria la aceptación o el beneplácito del deudor¹²⁷.

Para poder hablar de *desistimiento del proceso* debe darse una clara manifestación *expresa o tácita* por parte del actor en la que *desista* de su solicitud inicial. Cuando se produce la *renuncia de los actos del juicio* por parte del actor instante, se produce una finalización *anormal del proceso*¹²⁸, es decir, viene a producirse la llamada *extinción del proceso*¹²⁹, puesto que, si el *desistimiento* es admitido por el Juez, éste deberá

¹²³ *Vid.*, en CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 2000, p. 419.

¹²⁴ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, p. 391.

¹²⁵ GARCÍA BARTOLOMÉ, *Las acciones*, cit., p. 485.

¹²⁶ *Vid.*, la interesante sentencia Cass., 14 de octubre 2009, n. 21834, que declara la innecesidad de la aceptación del deudor para tener por válido un *desistimiento* en el proceso *fallimentare* italiano.

¹²⁷ *Vid.*, Cass., 18 de agosto 2010, n. 18620.

¹²⁸ *Vid.*, con carácter general en Ramírez, *La quiebra*, cit., p. 1853 y ss., donde se entiende al *desistimiento* como un modo anormal de acabar la quiebra. *Vid.*, también, concretamente el apartado E): *Desistimiento del instante*, p. 1893 ss.

¹²⁹ *Vid.*, en MANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., p. 389 y ss.; SATTA, PUNZI, *Diritto processuale*, cit., p. 405 ss.; REDENTI y VELLANI, *Diritto processuale*, cit., p. 353 ss.; SASSANI, *Linea-*

declarar el *sobreseimiento*, archivando el proceso y dejando imprejuzgado el fondo del asunto, no pudiendo, por tanto, declarar el *fallimento de oficio*¹³⁰.

Debe entenderse admisible el *desistimiento tácito o implícito*¹³¹ de la solicitud del *fallimento* por parte del Ministerio Fiscal, como bien ha declarado el tribunal, pues como ya hemos dicho el Ministerio Fiscal, ni siquiera ha comparecido en las tres audiencias celebradas (art. 15 1. fall.), en las que debía haber ratificado su solicitud de *fallimento*, entendiendo, que dicha pasividad es la expresión inequívoca de la intención de no ratificación de su solicitud y, por ende, de *renuncia a los actos del juicio*. Por todo ello, creemos que, si el Ministerio Fiscal, tiene el poder de *acción de fallimento*, también tendrá el poder de *desistir* de dicho proceso, siempre y cuando, no se haya declarado judicialmente el *fallimento*¹³².

Desconocemos los motivos por los cuales el Ministerio Fiscal, no ratifica su solicitud de *fallimento* en ninguna de las tres vistas celebradas, pero lo cierto, es que no es posible declarar el *fallimento de oficio*, sin actor que ratifique su solicitud de declaración (actualmente no es posible la declaración judicial del *fallimento ex officio*); es decir, después de la reforma operada en el año 2006, no es posible que el tribunal que esté conociendo del proceso, aún conociendo que un deudor se

menti, cit., p. 443 ss.; LUGO, *Manuale*, cit., p. 247 ss.; LUISO, *Diritto processuale*, cit., p. 253 ss.; ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO, *Corso base*, cit., p. 433 ss.

¹³⁰ *Vid.*, en este sentido la sentencia de Cass., 9 de febrero de 2009 n. 4632, en la que se dice que, en los casos que el actor *desista* de su solicitud de declaración de *fallimento*, el tribunal deberá archivar el proceso *fallimentare*, no pudiendo verificar autónomamente la insolvencia del deudor en cuestión, ni declarar el *fallimento de oficio*.

¹³¹ *Vid.*, RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 597. El autor afirma, acertadamente que el desistimiento de la solicitud de declaración de quiebra, puede darse antes de que el tribunal que está conociendo de la misma la declare, puesto que la nueva situación creada con la declaración judicial de la quiebra, no ha sido constituida, por ello, no hay inconveniente en aceptar en ese ínterin temporal el *desistimiento* del solicitante de la declaración judicial de quiebra, al no haberse pronunciado el tribunal sobre la misma. Continua dicho autor, defendiendo la tesis de que el *desistimiento tácito* del deudor solicitante de la quiebra, es igual de válido que el *desistimiento expreso*, por lo tanto, en nuestro caso, la *renuncia o desistimiento tácito* del Ministerio Fiscal, se debe entender de forma análoga al *desistimiento* de cualquier legitimado para promover la solicitud de declaración de *fallimento*, puesto que, todos los legitimados (art. 6 LF), ostentan el mismo poder de acción y, por ende, de disposición del proceso que promueven.

¹³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 505, *vid.*, la nota al pie de página núm. 63 del autor, y toda la doctrina allí citada por el autor.

encuentra en estado de insolvencia, pueda declarar el *fallimento* sin que haya sido instado por alguno de los sujetos legitimados (art. 6 l.fall.) o, sin que exista o se mantenga la acción judicial de *fallimento* por alguno de los sujetos legitimados (art. 6 l.fall.).

Con respecto a las *renuncias de los actos del juicio* manifestadas por las compañías acreedoras, debemos decir que son ajustadas a derecho porque, como ya hemos apuntado, los promotores del proceso de *fallimento*, pueden desistir de sus solicitud, siempre y cuando el tribunal no haya declarado el *fallimento*¹³³. Como podemos ver, según los datos que se desprenden del decreto, el tribunal da por válidas las renuncias de los actos del juicio por parte de las tres empresas acreedoras, puesto que, cuando se han solicitado dichas renuncias el *fallimento* todavía no había sido declarado judicialmente.

Finalmente, es cierto que la *rinuncia agli atti del giudizio* es una clara consecuencia directa de la existencia de una transacción extrajudicial *sobrevenida* a la que hayan podido llegar las partes¹³⁴, por ello, pensamos que las tres compañías acreedoras hayan podido llegar a un acuerdo extrajudicial (*verbi gratia*: un *piano di risanamento* o un *accordo di ristrutturazione dei debiti*), con la empresa deudora y, como consecuencia de ello, se han producido las tres *renuncias de los actos de juicio*, por parte de las tres entidades acreedoras.

En cuanto a las costas el proceso, siempre que el tribunal verifique la regularidad del *desistimiento* y declare la extinción, también deberá pronunciarse por las costas del proceso, que en los casos de desistimiento siempre serán a cargo del que renuncia a los actos del juicio¹³⁵. Aunque en este caso, el tribunal no se ha pronunciado expresamente sobre la condena en costas de los desistimientos efectuados por los acreedores, creemos que es por la existencia de las serias dudas de hecho y de derecho que plantea la cuestión. En cuanto al *desistimiento* efectuado por el Ministerio Fiscal, en ningún caso se impondrán costas al mismo, en los procesos jurisdiccionales en los que intervenga como parte, como ha sido el caso¹³⁶.

¹³³ *Vid.*, nota 55.

¹³⁴ *Vid.*, en este sentido, a SASSANI, *Lineamenti*, cit., p. 444; CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA, *Manual de Derecho Procesal civil. Parte general*, Valencia, 2011, p. 313.

¹³⁵ *Vid.*, a SATTA, PUNZI, *Diritto processuale*, cit., p. 406; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1966, p. 415.

¹³⁶ *Vid.*, el ejemplo del sistema procesal español, donde el artículo 394.4 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, así lo prescribe.

4. Conclusiones y propuesta de reforma.

Como hemos visto, el Tribunal de Firenze tenía encima de la mesa hasta cuatro solicitudes de declaración de *fallimento* – *situación que nos puede indicar el grado de insolvencia en el que se encontraba la sociedad deudora* – y, finalmente, todas han sido *desistidas*, por lo tanto, no ha podido declarar el *fallimento*, viéndose obligado al archivo de las actuaciones judiciales.

A pesar de que el tribunal tenga por válida la *renuncia de los actos del juicio*¹³⁷ (*desistimiento implícito del proceso*) por parte del Ministerio Fiscal, en este caso, se presenta una cuestión cuanto menos extraña, porque al no quedar ninguna instancia viva, el proceso *fallimentare* no puede proseguir¹³⁸, debido, en gran parte, a la supresión de la declaración *ex officio*, y a que el proceso de declaración judicial de *fallimento* viene informado por el importante *principio de rogación*, con plena vigencia, además, del *principio de acción*, lo que significa que el actor o *instante legitimado* que promueva la solicitud de declaración judicial de *fallimento*, tiene plena disposición sobre el objeto y el derecho que pone en juego con el escrito de *demand*¹³⁹, pudiendo, por tanto, desistir de su solicitud, en cualquier momento antes de la declaración judicial de *fallimento*.

Ante este caso, el tribunal no podía declarar el *fallimento ex officio*, incluso, a sabiendas de que la empresa se encontraba en avanzado estado de insolvencia. Como ya hemos apuntado, la vigencia del *principio de acción* en el procedimiento *fallimentare*, determina de manera absoluta el poder de disposición de los actores sobre el interés o el derecho que se pone en juego en la solicitud de declaración de *fallimento*; al mismo tiempo supone que el órgano jurisdiccional no puede declarar el *fallimento ex officio*¹⁴⁰.

Con respecto a todos los *desistimientos concurrentes* por parte de las acreedoras y el *desistimiento implícito* por parte del Ministerio Fiscal, éstos se han producido en una fase idónea del proceso *fallimentare*, puesto que, al igual que ocurre con el proceso concursal español, sin declaración judicial de *fallimento*, nada hay, la situación de crisis o de

¹³⁷ Regulada en el artículo 306 del c.p.c.

¹³⁸ *Vid.*, RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., p. 1902.

¹³⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 503.

¹⁴⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 503.

insolvencia es un estado de facto y dicho estado debe ser declarado judicialmente por un juez; por lo tanto, mientras no haya resolución de declaración judicial de *fallimento*, no se podrá hablar técnicamente de situación de *fallimento*¹⁴¹; en este sentido, debemos decir que, al no existir la declaración judicial de *fallimento* y, por ende, al no estar designado el *curatore*, entendemos que deben ser admitidos los *desistimientos* solicitados por todos los acreedores en cuestión (como ha ocurrido en el supuesto).

En consecuencia, al producirse el *desistimiento expreso* de todos los acreedores instantes, además del *desistimiento implícito* del Ministerio Fiscal, es lógico el archivo de las actuaciones judiciales del proceso, ya que ha desaparecido uno de los presupuestos necesarios para la prosecución del mismo, como es la vigencia de una acción judicial de *fallimento*¹⁴².

El hecho de que el tribunal haya admitido las *desistimientos*, no significa que se cierren las puertas a una posterior solicitud de declaración de *fallimento*, es decir que, los efectos que produce en este caso la *renuncia a los actos del juicio*, son los mismos que los de la *caducidad*, por ello, en ningún caso, la aceptación de dicha *renuncia* por parte del tribunal, perjudica, en modo alguno, a la *acción*, sino que tan solo, el proceso concluye¹⁴³ sin prejuzgar el fondo, pudiendo en cualquier momento posterior, volver a promover solicitud de declaración de *fallimento*¹⁴⁴, ya que la *renuncia de los actos del juicio* no extingue la acción¹⁴⁵. Además, como ya hemos expuesto anteriormente, la *rinuncia implícita* de los actos del juicio en el proceso *fallimentare* italiano, no requiere de consentimiento del deudor concursado¹⁴⁶.

Para terminar, creemos que, a pesar de que en la actualidad se deben admitir dichos *desistimientos* – al no existir norma que lo prohíba expresamente –, es oportuno decir, que sería conveniente que el legislador italiano, tomase nota y regulase una solución que pueda evitar estos

¹⁴¹ *Vid.*, GARCÍA BARTOLOMÉ, *Las acciones*, cit., p. 509; también del mismo autor, *vid.*, en *Los efectos del concurso sobre el arbitraje tras la Ley 11/2011*, en *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, dirigido por Damián Moreno, Madrid, 2011, p. 218.

¹⁴² *Vid.*, las sentencias Cass., 14 de octubre 2009, n. 21834 y Cass., 2 de febrero 2011, n. 3472.

¹⁴³ *Vid.*, CHIOVENDA, *Principios*, cit., p. 419.

¹⁴⁴ *Vid.*, ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO, *Corso di base*, cit., 2008, p. 434.

¹⁴⁵ COSTA, *Manuale*, cit, p. 415.

¹⁴⁶ *Vid.*, Cass., 11 de agosto 2010, n. 18620.

desajustes en sede de declaración judicial de *fallimento*, puesto que no es de recibo que, al *decaer* todas las solicitudes de declaración de *fallimento*, el tribunal se encuentre obligado a archivar las actuaciones, ante la imposibilidad de declararlo de oficio, a pesar de la clara situación de crisis por la que la atravesie la concursada.

Como hemos argumentado a lo largo del presente trabajo y, siguiendo la lógica de las instituciones procesales de *disposición del proceso* (ex art. 306 c.p.c.), la solución a la que llega el tribunal, debemos entenderla ajustada a derecho, puesto que los sujetos que tienen el *poder de acción* para ejercitar la acción *fallimentare* (art. 6 l.fall.), ostentan también la disposición absoluta sobre el derecho que ponen en juego a la hora de interponer la solicitud de declaración judicial de *fallimento*, por lo tanto, el deudor, los acreedores y el Ministerio Fiscal, podrán *renunciar* o *desistir* de sus solicitudes, siguiendo los postulados del artículo 306 c.p.c., siempre y cuando, no se haya declarado el *fallimento*.

A pesar de la anterior afirmación, es cierto que el deudor, los acreedores y el Ministerio Fiscal – al tener un poder de *acción de fallimento* – podrán también disponer en sentido negativo de su solicitud de declaración de *fallimento*, es decir, *renunciar* o *desistir* de su solicitud (art. 306 c.p.c.)¹⁴⁷, pero esta posibilidad, como ya hemos dicho, puede plantear serias dudas; sobre todo, la *renuncia implícita* del Ministerio Fiscal, ya que el mismo, interviene en el proceso *fallimentare* como defensor de la *legalidad* y representante del *interés público* que subyace en el procedimiento *fallimentare*; por todo ello, se podría llegar a sostener que el Ministerio Fiscal, debido al papel que desempeña, no podría *renunciar* a su solicitud de declaración judicial de *fallimento*, ya que, a pesar que los acreedores puedan *renunciar*, podría sostenerse que el Ministerio Público, en virtud de las funciones que atesora debido a su cargo, no debería *renunciar* de su solicitud de *fallimento*, al ser considerado un garante de la defensa y legalidad del *interés general* subyacente.

A tenor de los hechos acontecidos, cabría plantearse si el *interés público* latente en el proceso *fallimentare* ha sido tutelado en este caso; con respecto a esta cuestión y, bajo nuestra prudente opinión, a pesar de haberse producido el *desistimiento* de los acreedores instantes y del propio Ministerio Fiscal, en este caso, se puede reflejar, a priori, el hecho de que la empresa haya salido del *estado de insolvencia*, proba-

¹⁴⁷ Vid., a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 503.

blemente, debido a la suscripción de algún *acuerdo extrajudicial puro o un acuerdo de restructuración de deudas* (art. 182 bis l.fall.)¹⁴⁸ con las entidades acreedoras instantes (acreedores profesionales o estratégicos), consiguiéndose con ello, no solo, la satisfacción *mediata* de los intereses de los propios acreedores (que verán como después de pactar alguna quita y/o espera, su créditos serán satisfechos por la deudora), sino que también, de forma inmediata se conseguirá la inminente conservación en el tráfico de la empresa en *situación de crisis*, que continuará con su actividad empresarial para generar el producto, con el cual poder pagar a su acreedores en los extremos pactados en el *acuerdo extrajudicial*.

Por todo lo expuesto, desde aquí, hacemos un llamamiento al Legislador italiano – aprovechando que el Ministerio de Justicia italiano ha constituido un grupo de trabajo para la elaboración de un nuevo texto de reforma de la *legge fallimentare*¹⁴⁹ –, ofreciéndole una propuesta de *lege*

¹⁴⁸ Como pudiera ser un *piano di risanamento* de la *Legge fallimentare* italiana. *Vid., la naturaleza, alcance, regulación, efectos y riesgos de los piani di risanamento* en PULGAR EZQUERRA, LICITUD, cit., p. 46 ss.; DEMARCHI, *I piani*, cit.; también en SCARSELLI, *Le sistemazioni*, cit., p. 548 ss.; Por otro lado, también pudiera tratarse de un acuerdo de reestructuración de deudas (art. 182-bis l.fall.); en cuanto a éstos, *vid.*, también a Rojo, *La reforma*, cit., pp. 315-341; SCARSELLI, PACCHI, BERTACCHINI, GUALANDI, *Manuale*, cit., p. 535 ss.; GALARDO, *Gli accordi*, p. 343 ss.; PACCHI, *Provvedimenti*, cit., p. 340 ss.; Fazzi, *Questioni*, cit., p. 352 ss.; PALUCHOWSKI, *L'accordo*, cit., p. 98 ss.

¹⁴⁹ *Vid.*, la importante noticia: *Fallimenti, riparte la riforma*, *Il sole 24 ore* di mercole-dí 4 abril 2012, p. 6. El Ministerio de Justicia italiano ha constituido un grupo de trabajo para la elaboración de un texto articulado de reforma de la *Legge fallimentare*, compuesta por expertos en *Diritto fallimentare*, entre otros: el presidente del Tribunal de Turino, Luciano Panzani, el presidente de la sezione fallimentare del tribunal de Milano, Filippo Lamanna, el juez milanés, Roberto Fontana, y los Profesores Stefano Ambrosini, Fabrizio Guerrera y Alberto Maffei Alberti, todos ellos, coordinados por el Secretario de Justicia, Andrea Zoppini. El grupo de trabajo deberá trabajar rápido, pues, se pretende que haya un primer borrador del texto articulado antes del verano de 2012, por lo tanto, dicha comisión tiene un duro trabajo por delante. Se pretenden introducir diversos cambios en la *Legge fallimentare*, todos ellos en aras a la conservación y continuidad de la empresa (como principal objetivo perseguido). Entre otras novedades importantes, destacan a título ilustrativo: i) la simplificación de la forma notificación del decreto de apertura del procedimiento de declaración judicial de *fallimento*, introduciendo la posibilidad de notificarlo a través de correo electrónico con firma electrónica certificada; ii) la posible introducción de un procedimiento de alertas (emulando al sistema concursal francés); iii) la introducción del concordato de continuidad; iv) la introducción de la responsabilidad penal de los profesionales que intervienen en el proceso *fallimentare*; y, finalmente (como cuestión central de este trabajo), también habrá que destacar la posibilidad de que se introduzca la *irrenunciabilidad* de la instancia de *fallimento* por las personas legitimadas para instarla (art. 6 l.fall.), es decir, que una vez instada la decla-

ferenda, en la que se contemple o regule la posibilidad de introducir la *irrenunciabilidad* de la solicitud de declaración de *fallimento*, es decir, que ninguno de los legitimados para solicitar la declaración judicial de fallimento (art. 6 l.fall.), pueda *renunciar* a dicha solicitud una vez instada, garantizando así, que el juez pueda declarar el *fallimento* de dicha empresa en situación de insolvencia, puesto que si dicha empresa no es declarada en *fallimento* por falta de actor o actores, se crea un grave perjuicio para el tráfico jurídico mercantil, ya que el Juez no puede declarar el *fallimento ex officio*, y dicha empresa, a pesar de haber suscrito un acuerdo con sus acreedores estratégicos, es posible que pueda volver a entrar en estado de insolvencia, con los riesgos que ello conlleva.

En este sentido, el Legislador italiano, en las reformas operadas en los años 2005 y 2006, parece que actuó con cierta prudencia legislativa, procediendo a reformar la Ley de forma parcial; aunque no es fácil detectar por qué no se optó por un reforma global de la *legge fallimentare*, es posible que dicha actitud de prudencia se justifique debido a la ya comprobada inadecuación de los modelos concursales mas recientes y su escaso o limitado éxito ¹⁵⁰.

ración judicial de *fallimento* por parte del deudor, los acreedores o el Ministerio Fiscal, no sea posible renunciar (*rinuncia agli atti di giudizio*) a la misma (art. 306 c.p.c.).

Por lo tanto, en este sentido es idóneo traer a colación el clarificador trabajo de Rojo, *La reforma*, cit., p. 315-341., en el que ya se venía apuntando, que la reforma de la *Legge fallimentare* italiana llevada acabo en 2005 y 2006, se ha quedado a “medio camino”, ya que, como bien apuntaba el autor, a diferencia de la reforma concursal – global – llevada acabo por el legislador español en el año 2003, el legislador italiano realizó una reforma parcial, modificando muchos de los preceptos de la *Legge fallimentare* para sanear diversas cuestiones controvertidas, pero en ningún caso, se puede hablar de un reforma global, más bien se pude decir que es una reforma parcial, aunque insuficiente; por lo tanto, aún queda mucho camino por recorrer. *Por ello, que mejor oportunidad que la constitución de este grupo de trabajo designado por el Ministerio de Justicia italiano para la elaboración de un nuevo texto de la Legge fallimentare, en el que se contemple un reforma, al menos quasi global de la Legge fallimentare, adaptándola a las nuevas bases del Derecho concursal europeo y, siempre con la mirada puesta en los sistemas de otros países vecinos de derecho comparado.* (la cursiva en nuestra).

¹⁵⁰ Rojo, *La reforma*, cit., p. 315-341. Como bien decía el autor, parecía que el legislador había actuado con cierta prudencia legislativa a la hora de reformar la *Legge fallimentare* en los años 2005 y 2006, puesto que el limitado éxito de las leyes aprobadas recientemente en los países europeos más representativos, aconsejaban no reformar todo el cuerpo normativo de forma global, esperando a que emergiera con mayor nitidez un modelo alternativo, que ofreciera mejores soluciones, puesto que, la “ola de reformas” de leyes concursales acontecidas en el ámbito europeo, ha sido, también, seguida de una “ola de desencantos”.

Es cierto que en este momento, el legislador italiano tiene en su mano, una gran oportunidad para realizar una reforma global de la *legge fallimentare*¹⁵¹, pudiendo eliminar ciertas distorsiones y deficiencias del pasado; pero, con respecto al problema que estamos tratando aquí – la posible *irrenunciabilidad* de la solicitud de *fallimento* –, somos conscientes de que el grupo de trabajo nombrado por el Ministerio de Justicia italiano, tendrá serias dificultades a la hora de conciliar la posibilidad de introducir la *irrenunciabilidad* de la solicitud de declaración judicial de *fallimento*, puesto que, en puridad, desde el punto de vista del Derecho procesal, si la propia *legge fallimentare* atribuye acción de *fallimento* al deudor, a los acreedores o, incluso, Ministerio Fiscal, significa que, el actor o los actores, al poder ejercer la *acción concursal*, en virtud de la legitimación activa que le confiere el artículo 6 de la *legge fallimentare*, también tienen pleno poder de disposición sobre el derecho que ponen en juego a la hora de instar el *fallimento* y, por lo tanto, podrán disponer en sentido negativo del mismo¹⁵², *desistiendo o renunciando* a la solicitud, siempre y cuando, el juez competente no haya declarado el *fallimento*¹⁵³.

¹⁵¹ *Vid.*, Rojo, *La reforma*, cit., pp. 315-341. Como bien apunta el autor, el legislador italiano en las reformas de la *Legge fallimentare* llevadas a cabo en 2005 y 2006, no pretendió afrontar un reforma global de la Ley, sino que simplemente se contentó con “quitar arrugas” del rostro de una normativa sexagenaria y poner alguna prótesis, confiando en que dicha norma tuviera un mejor “calidad de vida” en el tiempo que mantenga vigencia.

Por otro lado, aunque, bien es cierto que la norma concursal italiana (R.d. 16 de marzo de 1942, n. 267) no es tan arcaica como lo fue la normativa española en materia de quiebras (anterior a la Ley Concursal vigente), parece que en los años 2005 y 2006, el legislador italiano tomó un actitud prudente a la hora de afrontar la reforma de dicho cuerpo normativo, puesto que, a pesar de que las insuficiencias de algunas de las concepciones fundamentales de la *legge fallimentare* son patentes, que incluso, hubieran exigido refundar sobre nuevas bases ese conjunto normativo, el Legislador optó por reformar un puñado de artículos dispersos por la normativa vigente, afrontando más bien una reforma parcial. Como bien apuntaba el profesor Ángel Rojo, las reformas llevas a cabo en los años 2005 y 2006, por el legislador italiano, consistían, principalmente, en: adecuar la *legge fallimentare* a la jurisprudencia constitucional, a las nuevas reglas del proceso civil, agilizando la tramitación del procedimiento, y al también nuevo Derecho societario (como, sin duda, acontece, en los artículos dedicados a los “patrimonios destinados a un específico negocio”: *vid.*, artt. 155 y 156) y a eliminar al mismo tiempo algunos “elementos de rigidez” en la configuración institucional, algunos “elementos de distorsión” y algunos “elementos de impronta pública” (como ha acontecido, por ejemplo, al suprimir la declaración judicial de oficio del *fallimento*: artículo 6 *legge fallimentare*.

¹⁵² *Vid.*, a CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Aproximación*, cit., p. 505.

¹⁵³ Ivi.

Por todo ello, vemos difícil que desde el punto de vista procesal, se puedan encajar dichas cuestiones, puesto que el hecho de que la *legge fallimentare* atribuya legitimación activa para solicitar el *fallimento* (los legitimados ejercitan su derecho “potestativo” *a pedir el cambio jurídico*, esto es: a pedir la declaración judicial de *fallimento*), a determinados sujetos y, luego, se les restrinja su derecho a disponer de su derecho en sentido negativo, como pueda ser la imposibilidad de *desistir* una vez hayan solicitado la declaración judicial de *fallimento*.

En otro sentido, habría que corroborar si, más bien, el problema radica exclusivamente en la solicitud emprendida por el Ministerio Fiscal – como sujeto representante del *interés público* – por entenderse ésta irrenunciable per se, en aras del interés de la buena sustanciación del proceso *fallimentare*, por ser garante, de algún modo, de la declaración judicial de *fallimento* y, por ende, tutelar, así, el tan mencionado *interés público* subyacente en todo proceso *fallimentare*.

Finalmente, decir que se podría abogar por una solución intermedia, que no plantea gran distorsión entre la *irrenunciabilidad* de las instancias de *fallimento* y las instituciones básicas de disposición del proceso; como por ejemplo, vetar la posibilidad de *renunciar* a la solicitud de *fallimento* instada por el Ministerio Fiscal y, por ende, abogar por el mantenimiento de su *acción de fallimento* una vez la haya instado, a pesar de que hubieran *renunciado* todos los acreedores instantes (sobre todo en la fase *istructoria prefallimentare*); esta posibilidad serviría para que el proceso *fallimentare* pudiera proseguir su curso y el tribunal pudiera declarar el *fallimento* con base en la solicitud de *fallimento* instada por el Ministerio Fiscal, consiguiéndose, por tanto, la tutela del denominado *interés general*.

STEFANIA PACCHI

DAVID GARCÍA BARTOLOMÉ