

La discutida autorización (1) de la administración concursal para interponer recursos en procesos concursales. Una reinterpretación del precepto (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012 y el voto particular emitido)

Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ

Magistrado especialista en mercantil por el CGPJ. Profesor asociado de Derecho Mercantil de la UMA

Diario La Ley, Nº 7950, Sección Doctrina, 24 Oct. 2012, Editorial **LA LEY**

LA LEY 17154/2012

El presente artículo analiza la reciente sentencia de 28 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo y el voto particular formulado por uno de los componentes de la Sala de lo Civil en tanto plantean la necesidad o no de tener autorización de la administración concursal para interponer un «recurso» cuando el procedimiento se ha iniciado con anterioridad a la declaración de concurso de acreedores del propio recurrente. En el supuesto en concreto el recurso se interpone en el seno de otro procedimiento concursal. La conclusión del trabajo es que la expresión «recursos» del art. 54.2 LC no puede ser entendida como medio de impugnación siendo necesario la reconstrucción de la interpretación, sino en relación a supuestos de inicio de acciones, como pueden ser los denominados recursos en el régimen contencioso-administrativo.

Jurisprudencia comentada

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, 28 May. 2012 (Rec. 1044/2009)

I. INTRODUCCIÓN

Muy interesante se plantea la discusión recientemente desarrollada en la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la necesidad o no de autorización de la administración concursal (al concursado) para interponer el recurso de apelación en los procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso, utilizando los arts. 51 y 54 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC). La sentencia de 28 de mayo de 2012 (2) conlleva un voto particular de uno de sus miembros, a la sazón magistrado especialista en asuntos propios de los órganos de lo mercantil (3), que discrepa del parecer de la mayoría utilizando para ello la «laguna de Ley» y la analogía (4). El punto clave de la cuestión suscitada es la necesidad de conformidad de la administración concursal para interponer recursos en procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso y que terminan con sentencia impugnada con posterioridad a dicha declaración. En ello se utilizan el apartado tercero del art. 51 LC y el apartado segundo del art. 54 LC.

Para la mayoría del TS la interpretación (nomofiláctica) debe obedecer a la literalidad (interpretación gramatical) de la norma. De conformidad a ello, el art. 54 se utilizaría para los procedimientos posteriores a la declaración de concurso y no para los que ya se hubieran iniciado con anterioridad. A estos últimos les sería de aplicación el art. 51 LC y por ello no sería, en el supuesto de intervención, necesaria esa autorización de la AC en tanto en cuanto —de

forma distinta al art. 54 LC— no se recoge en su contenido la palabra «recursos» como necesitado de autorización.

La decisión final de no necesitar autorización si el procedimiento ya se había iniciado con anterioridad a la declaración de concurso del recurrente no toma en consideración los efectos que ello puede producir; entre éstos, la necesidad de plantear las estrategias procesales con carácter previo a la solicitud de declaración de concurso, respecto de las demandas en las que se deba intervenir atendiendo a la libertad procesal que la referida sentencia justifica por un simple criterio temporal; y ello sin considerar (algo que deberá hacerse con posterioridad) aquellos supuestos previstos en las normativas procesales de los diferentes órdenes jurisdiccionales en donde se requiere la consignación previa como requisito de procedibilidad o el pago periódico y continuado de determinadas cantidades. Difícil será conciliar la posibilidad del derecho procesal libre construido en la sentencia referida y estos otros que parten de la necesidad de autorización, también, al amparo del art. 40 LC. Quizás, entonces, la solución será diferente en supuestos venideros debiendo conciliar ambos. Pero aun así la estrategia concursal debe considerar el resultado de dicha sentencia en el marco previo al concurso.

Entendemos que la discrepancia surgida en el seno del Alto Tribunal, de no ser corregida en el futuro, será interesante a los efectos de una adecuada respuesta genérica a los supuestos de poder mantener o no la necesidad de autorización en estos casos en los que la demanda se inicia con anterioridad a la declaración de concurso y finalmente ha de formularse apelación (recurso) con posterioridad a dicho momento temporal de inflexión. La decisión que se tome (finalmente en la construcción de la jurisprudencia) deberá considerar otros apartados —todos en realidad— y los diferentes escenarios que pudieran plantearse según los órdenes jurisdiccionales, los tipos de tutela o la necesidad de completar esa decisión con otra concurrente de consignación o pago (total o periódico) que pudiera legalmente exigirse, e incluso de los curiosos pagos tributarios que los nuevos tiempos nos han traído para mantener el sistema.

Pero también es cierto que en el caso concreto nos encontramos con un proceso concursal y no otro proceso, con toda la complejidad y el conjunto de procedimientos que en el marco universal en el que se mueve conlleva. Esto hace que sea difícil concentrar la discusión exclusivamente en el marco de los arts. 51 y 54 de la Ley Concursal y deban considerarse otros preceptos como el art. 184, el art. 129 o el art. 40.7 de la Ley Concursal. Es por ello que la sección segunda del capítulo segundo del título III se intitula «De los efectos sobre las acciones individuales» y dentro del citado marco se habla de juicios declarativos en los que el deudor sea parte y también (5) , en la redacción anterior a su reforma (6) , de la posibilidad de acumular éstos al concurso del deudor, algo imposible cuando hablamos de un recurso contra una sentencia dictada en el seno de otro procedimiento concursal y más en concreto en un supuesto de oposición a un convenio firmado entre los acreedores y el concursado.

De continuar la interpretación dada por el Tribunal Supremo (bien en el criterio de la mayoría o bien en el del voto particular) la cuestión se centrará en delimitar el ámbito de las citadas normas. Sin embargo, entendemos que el marco en el que deben operar los citados preceptos no debe limitarse al régimen de recursos jurisdiccionales, entendidos como medios de impugnación, en el seno de una acción ya ejercitada que de por sí ya están, todos, sujetos a limitación por autorización cuando deba operar alguno de los supuestos especiales de depósito, consignación o pagos periódicos que las diferentes normas exigen por la regla general del art.

Diario LA LEY

40 LC.

II. LAS SENTENCIAS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

La sentencia dictada en primera instancia (7) resuelve la oposición planteada frente a los convenios de acreedores aprobados respecto de varias empresas cuya tramitación se llevaba de forma acumulada. Tal y como nos tiene acostumbrados el ponente, los hechos probados sobre los que se construye son los siguientes:

- 1.º** El 23 de octubre de 2006 se dictó sentencia aprobando los citados convenios.
- 2.º** Consorcio Ganadero, S. L., había hecho una oferta a la administración concursal para la adquisición de los activos de estas sociedades libres de cargas y gravámenes y al corriente de todo tipo de licencias.
- 3.º** Dicha oferta tuvo su reflejo en los convenios luego aprobados por los respectivos acreedores de las cuatro sociedades y sancionados por la sentencia de 23 de octubre de 2006.
- 4.º** Consorcio Ganadero, S. L., es una sociedad participada mayoritariamente por otro grupo, habiendo sido ambas declaradas en concurso por auto de 11 de julio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Segovia, en autos de concurso ordinario núm. 475/2007.
- 5.º** Mediante escrito de 6 de septiembre, las citadas concursadas solicitaron la declaración de incumplimiento de convenio conforme al art. 142.3 LC que se declara en auto de 26 de septiembre de 2007, que da por terminada la fase de convenio y abre la liquidación de las cuatro sociedades, reponiendo a la administración concursal.

Finalmente, la sentencia desestima el recurso y es apelada, el 9 de julio de 2007, por un acreedor que es declarado en concurso de acreedores en fecha de 11 de julio de 2007 (8), es decir, dos días después de la demanda. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial (9) es contundente y sanciona la falta de legitimación de la recurrente, ya en concurso de acreedores, por la falta de autorización de la administración concursal nombrada en su propio procedimiento, conforme a lo siguiente:

«El auto de declaración de concurso del Consorcio Ganadero, S. L., de fecha 11 de julio de 2007, declaró la intervención de las facultades de administración y disposición de la concursada, por lo que, como efectos de la declaración del concurso en el ejercicio de acciones judiciales de la concursada, el deudor conserva su legitimación, si bien necesitará la autorización de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando ello pueda afectar a su patrimonio, de conformidad con el art. 54.2 de la Ley Concursal. En el caso de autos, es evidente que no habiendo dado la administración concursal autorización para la interposición del presente recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria dictada en los presentes autos, necesario porque la apelante Consorcio Ganadero, S. L., ha sido declarada en concurso el 11 de julio de 2007, solo cabe apreciar su falta de legitimación para interponer este recurso de alzada, por lo que la inadmisión a trámite del mismo conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto».

Frente a la citada sentencia, la recurrente interpone recurso extraordinario por infracción procesal con apoyo en el art. 469, apartado 1, ordinal tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia, como único motivo, la infracción por aplicación indebida del art. 54, apartado 2, y la infracción por inaplicación del art. 51, apartado 1, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La contraria alega la falta de legitimación de la recurrente por no tener, a tal efecto, autorización de la administración concursal de conformidad al art. 54.2 LC.

El Tribunal Supremo analiza la legitimación de la recurrente llegando a la conclusión de su legitimación y entrando en el fondo del asunto, lo desestima. El análisis de la legitimación realizada por la mayoría del TS se fundamenta en lo siguiente:

«La Ley 22/2003, de 9 de julio, en desarrollo de su art. 40, regula los efectos que la declaración del concurso produce en los procesos declarativos en los que el deudor sea parte y distingue entre los iniciados antes de dicha declaración —art. 51— y los que lo hubieran hecho después de ella —art. 54—. Además, en ambos casos, atiende a que las facultades de administración y disposición del concursado hubieran sido suspendidas o meramente intervenidas.

En particular, el art. 51 establece que el juicio declarativo, si se encontrare en tramitación en el momento de ser declarado el concurso, continuará hasta que la sentencia gane firmeza, con independencia de que sea por no haber interpuesto las partes recurso alguno o porque los que lo fueron hubieran sido desestimados.

Dicho precepto dispone que, en caso de mera intervención, el deudor —que conserva la capacidad para actuar en juicio y puede ejercerla hasta aquel momento procesal— necesitará la autorización de la administración concursal "para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio".

Por el contrario, si el juicio declarativo se hubiera iniciado después de declarado el concurso, el art. 54 establece que, en caso de que las mencionadas facultades del concursado hubieran sido solamente intervenidas, el mismo necesitará "la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio".

Fijando la atención en la facultad de recurrir —que es la que aquí nos interesa—, parece evidente que, si las facultades de administración y disposición del deudor hubieran sido solamente intervenidas, la Ley 22/2003 —art. 54, apartado 2— exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieren ya pendientes.

Ésa es la interpretación que, de acuerdo con los cánones a que remite el art. 3 del Código Civil, resulta de los artículos citados.

En consecuencia, de aplicar un criterio sistemático deriva la procedencia de entender que los recursos a que se refiere el art. 54 —al efecto de exigir la conformidad de la administración concursal— son los que se interpongan en los procesos iniciados después de la declaración del concurso, ya que se trata de los que el precepto regula, y no los que se interpongan en los que en ese momento estuvieran pendientes, regulados en el art. 51».

III. LOS RECURSOS QUE INICIAN ACCIONES INDIVIDUALES DEL ARTÍCULO 54.2 LC

En la lógica de la solución dada por el Alto Tribunal se acoge una interpretación literal de la norma partiendo de dos supuestos diferentes en función del tiempo en el que se inician los procedimientos y de la situación concreta, intervención o suspensión, que se haya declarado respecto del concursado (10) ; se parte entonces de considerar la expresión recurso como medio de impugnación:

a) El art. 51 LC regularía y se referiría a los supuestos de procedimientos declarativos iniciados

con anterioridad a la declaración de concurso. Conforme a ello el concursado estaría sometido a un doble régimen en función de que, de conformidad al art. 40 LC, se hubiere declarado la intervención o suspensión de sus funciones de administración y disposición. En estos procedimientos, temporalmente anteriores a la declaración de concurso, la intervención supone que el deudor conserva su capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En cuanto a las costas, se estará a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado anterior. No se recoge por tanto el supuesto de recursos que es el que se trata en la resolución comentada. En el supuesto de suspensión la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el secretario judicial traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizadas tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas. No obstante, la sustitución no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso, sin que en ningún caso pueda realizar las actuaciones procesales que, conforme al párrafo anterior, corresponden a la administración concursal con autorización del juez.

b) El art. 54 LC se referiría a los supuestos de procedimientos iniciados con posterioridad a la declaración de concurso en cuyo caso el concursado estará sometido a un régimen diferente, también distinto en función de la intervención o la sustitución declarada. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa. Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses

siguientes al requerimiento. En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme. Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal.

El momento temporal fijado en la norma y conforme ha sido interpretado por el Tribunal Supremo partiría del inicio del procedimiento (si el juicio declarativo se hubiera iniciado) sea cual sea, entonces, la posición que ocupe el concursado como demandante, como demandado o como interviniente; incluso en el supuesto del art. 150.2 LEC.

Es evidente que el marco de la capacidad (11) señalada, y no completada, en estos supuestos, no ha considerado otros apartados derivados de la necesidad de disposiciones económicas respecto de quien recurre, cuando la legalidad así lo exija y todo ello sin perjuicio de los efectos que el concurso pudiera tener respecto de la ejecución provisional de la citada resolución. Éste sería el supuesto concreto del art. 449 LEC (12) en tanto exige, en supuestos especiales, la consignación o depósito de las cuantías objeto de condena al objeto de iniciar e incluso de continuar el recurso.

De otro lado también es interesante ver que la exigencia de depósitos para recurrir (13) , como medida tributaria novedosa en nuestro Derecho tras un largo periodo sin ello, y sin cuyo requisito no se admitirá el recurso, necesita también de autorización, de conformidad al art. 40 LC, por parte de la administración concursal, bien sea en intervención o en suspensión, si el dinero ha de salir del activo del concursado.

Situaciones como las anteriores exigen pensar no solo en la autorización para recurrir, sino también en la capacidad de disposición económica del concurso y el cumplimiento de los criterios y preferencias que recoge el art. 84 de la Ley Concursal. De hecho el art. 84.2.3 LC recoge, como créditos contra la masa, «los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos».

Como se puede comprobar la referencia legal en tanto al pago en materia de recursos se englobaría en el primer apartado del precepto; es decir, se pagarán con cargo a la masa las costas y gastos de los procesos iniciados o que se inicien derivados de la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores y se exceptúan los supuestos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor (en supuestos de suspensión) sin recoger la referencia a los recursos tanto en cuanto a los depósitos necesarios como en cuanto a las cuantías que se tengan que consignar o depositar. A *sensu contrario* y partiendo de la interpretación del Supremo podríamos llegar a la conclusión de que necesitada o no de autorización (y en el supuesto de su exigencia que ésta se haya dado) el recurso constituiría un derecho del recurrente concursado y por ello la autorización conllevaría la necesidad de autorizar igualmente el depósito e igualmente la consignación y los pagos periódicos. Sin embargo, nada impediría que esta autorización, en el supuesto en que sea

necesaria, fuera limitada o condicionada. De otra forma y no necesitada de la misma (como es el supuesto que afirma el Supremo en el presente caso) todavía nos quedaría por intentar analizar si esa posibilidad conlleva la obligatoriedad por parte del concurso y de la administración concursal, en consecuencia, de autorizar el gasto que supone el depósito para recurrir y, en su caso, las consignaciones o pagos que pudieran derivarse de ello.

No parece muy problemático el tema del depósito que, siendo un supuesto exigido *ad recurso* no puede entenderse sin él y por ello la necesidad de autorización conlleva la disponibilidad para ello y la no necesidad de dicha autorización también conlleva la obligatoriedad, si se ejercita, de que así sea autorizado. Lo contrario supondría mermar la capacidad del recurrente y por ello contrario a la norma y a la interpretación nomofiláctica que el Tribunal Supremo realiza del art. 51.3 LC.

Sin embargo, el planteamiento del recurso y la obligatoriedad de consignación o pagos periódicos exigen, por otro lado, una disponibilidad presupuestaria que quedaría al margen del sistema de pagos previsto en la Ley Concursal, tomando en cuenta que la alteración del mismo solo podrá realizarse, en el marco del art. 84.3 LC, por decisión de la administración concursal cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social. Sistema general que se verá afectado también en el supuesto de insuficiencia de la masa activa de conformidad al art. 176 bis LC.

Ni que decir tiene, además, que la citada limitación pendiente de autorización (o no) debe cumplir su ámbito de forma limitada en el marco del recurso devolutivo, cuando sea necesaria, y nunca del recurso interlocutorio y además que suponga una nueva instancia o recurso extraordinario, puesto que el planteamiento de los recursos frente a las resoluciones del propio Tribunal afectará al derecho procesal de la parte y por ello a la tutela judicial efectiva que se pretenda. Aunque cierto es que la norma no refiere nada y que se recoge la palabra «recursos» sin limitación alguna. Quizá por ello la decisión del Alto Tribunal se configura también como acertada dado que si el procedimiento ya está iniciado en sí mismo no se entiende que el recurso (sea o no interlocutorio) deba ser igualmente autorizado variando la estrategia procesal o la capacidad del que lo hubiere iniciado (14) . Y así parece confirmarlo la norma si contemplamos individualmente el art. 54.2 LC pero a su vez nos introduce una contradicción:

- 1.º** Si el procedimiento ya está iniciado y le es aplicable el art. 51 LC entonces a éste deberemos estar tanto al mismo como a los posibles recursos.
- 2.º** Entonces nos resulta difícil compaginar esto con el art. 54.2 LC en tanto a la exigencia de autorización para interponer recursos dado que el recurso solo se entiende respecto del proceso ya iniciado. En sí mismo esto podría derivarse a lo siguiente:
 - a)** O bien lo que la norma pretende es exigir (y con ello la interpretación del TS) autorización para iniciar demanda posterior al concurso y en su caso interponer recurso (o recursos) cada vez que éstos se planteen en dicho procedimiento ya iniciado (15) .
 - b)** O bien se refiere a los recursos que se encuentren en plazo o cuyo plazo surja tras la declaración de concurso.
 - c)** O bien la expresión «recursos» no es técnicamente utilizada por el legislativo y al referirse a «demandas o recursos» en realidad lo está haciendo a los supuestos en que la norma jurisdiccional correspondiente así lo determina; éste sería el caso del orden jurisdiccional

contencioso-administrativo (16) .

La utilización de la disyuntiva «o» al referirse a *demandas o recursos* y su referencia exclusiva en el art. 54 LC tiene entonces su lógica si tomamos en consideración que no es recurso jurisdiccional como medio de impugnación a lo que se refiere, sino a otros supuestos mediante los cuales se inicien procedimientos o se ejerciten acciones. Y tiene su razón de ser también en la existencia de una regulación referida a esos posibles recursos en contencioso-administrativo ya iniciados (arts. 50 y 67 LC) frente a los siguientes que pudieran plantearse tras la declaración de concurso y cuya regulación se encontraría en el citado precepto.

Dos nuevos argumentos abundarían en lo que hemos señalado:

1.º En primer lugar, lo previsto en el art. 45.1.d) LJCA en donde se recoge la necesidad de acompañar al recurso contencioso-administrativo «el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado». Es lógico por tanto pensar que la intervención concursal debe conllevar que los nuevos procesos (recursos también) que se inicien deben contar con la autorización del órgano de administración y que éste está igualmente limitado para el recurso contencioso-administrativo (y por tanto en régimen procesal) por el citado art. 54.2 LC.

2.º En segundo lugar, la propia referencia del art. 54 LC en tanto se refiere a las limitaciones en el inicio de acciones del concursado y bien es cierto que con el recurso como impugnación no se inicia acción alguna, sino que se utiliza la institución procesal del recurso para mantener la acción ya iniciada con la demanda (o con el recurso contencioso-administrativo) (17) . Tiene su lógica con el segundo apartado del art. 54.2 LC, cuando afirma que «si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla». Entonces ya no hace referencia a recursos y solo a demanda, lo que podría interpretarse como que la administración concursal solo puede autorizar recursos (como medios de impugnación) pero no ejercitarlos cuando lo entienda conveniente. Además hemos de considerar que el art. 50.4 LC recoge que «los jueces o Tribunales de los órdenes Contencioso-Administrativo, Social o Penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase». No parece lógico que la referencia al recurso como medio de impugnación y no como ejercicio de una acción pueda llevar al sistema a considerar que la administración concursal (que puede ser parte) pueda venir a limitar a la contraparte cuando no comparta sus argumentos mermando con ello su derecho de defensa.

De hecho, de contemplarse de otra forma, podríamos incluso estar atentando contra un derecho fundamental, derivando la necesidad de autorización a un órgano de administración concursal que puede, mediante la no autorización, limitarlo. Esto es lo que podría suceder en el marco de un proceso contra la propia empresa en concurso o contra el propio concursado persona física en el ámbito penal. En el proceso penal la tutela judicial efectiva, tal y como afirma MONTERO-AROCA (18) , comprende el derecho al recurso (SSTC 42/1982, 116/1988), no porque lo disponga literalmente la Constitución, sino porque el art. 10.2 de ésta conduce a la aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y

Diario LA LEY

la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto en la Ley».

La redacción del propio precepto así parece también indicarlo (interpretación gramatical conforme al art. 3 CC):

El apartado primero recoge los supuestos de suspensión de facultades y por ello la sustitución de la administración concursal en el ámbito de las acciones de índole no personal.

El apartado segundo se refiere a la capacidad para actuar en juicio por parte del concursado (sin distinguir tipo de orden jurisdiccional). En el segundo párrafo añade que necesitará conformidad de la administración concursal (y no autorización) para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Se refiere entonces al inicio de acciones individuales. En el tercer apartado se refiere a la posibilidad de la administración concursal de iniciarlas cuando el concursado no quiere o no la acepta con autorización judicial. En estos supuestos e incluso en los supuestos de suspensión el concursado podrá intervenir a su costa.

Ello es coherente, por tanto, con lo que hemos señalado de la previsión del art. 84 LC en relación al pago de los gastos y costas en relación a los recursos (como medios de impugnación) en el seno de los procedimientos judiciales. Y es por ello que no se recogen expresamente en el art. 51 LC no por olvido del legislador, sino por coherencia con la regulación que se pretende desde incluso el anteproyecto de Ley Concursal.

La contradicción fue puesta de manifiesto (aunque siempre pensando en recursos como medio de impugnación) por la obra citada anteriormente (ROJO/BELTRÁN) (19) respecto de la interposición de recursos precisamente por la posición que ocupa el concursado en ellos y por la delimitación de los preceptos concluyendo con la posibilidad de interpretar que el art. 54 LC es aplicable a aquellos supuestos en que el concursado ocupa la posición de demandante.

Por lo tanto, debemos concluir que la referencia a «recursos» del art. 54.2 LC no debería ser al recurso, o no puede serlo como medio de impugnación, sino al «recurso (20) » que inicia un procedimiento y ejercita una acción en similitud a la demanda (21) .

IV. LA SOLUCIÓN INTEGRADORA DEL VOTO PARTICULAR COMO SOLUCIÓN IN GENERE

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo ha optado por identificar la expresión «recursos» recogida en el art. 54.2 LC referidos a los medios de impugnación y no como demanda iniciadora de un procedimiento concreto.

Fijándonos en el referido ámbito y partiendo hipotéticamente de la certeza de dicha afirmación (al menos hasta el momento lo es) deberíamos concluir que si el recurso-impugnación requiere conformidad de la administración concursal (22) resulta ciertamente confuso distinguir entre procesos anteriores y posteriores a la declaración de concurso para exigir o no esa conformidad cuando la misma viene condicionada a la afectación del patrimonio del concursado en cualquier caso. En el supuesto del art. 54.2 LC porque así se declara expresamente y en el supuesto del art. 51.3 LC porque todavía las limitaciones del art. 40 LC en relación a la intervención conllevarán la necesidad de que la administración concursal dé su conformidad para los depósitos, consignaciones y pagos periódicos a los que esté obligado el recurrente.

Y si bien la solución dada se fundamenta en la literalidad de las normas y en una interpretación que el Alto Tribunal llama sistemática para utilizar un criterio redistributivo, entendemos que la misma es la adecuada en Derecho pero no por los criterios que el Tribunal afirma, sino porque esencialmente el recurso se plantea funcionalmente en el seno de un procedimiento concursal y que por ello (y aun tratándose de un proceso lo es con toda la complejidad y con la composición de procedimientos que el mismo conlleva) —de no ser apreciable lo previsto en el apartado anterior que hemos señalado en referencia al recurso no como medio de impugnación— no son aplicables las reglas de los arts. 51 y 54, sino que las mismas deben matizarse en relación a los arts. 129 y 184 LC.

El voto particular afirma en relación al recurso: «en realidad, esta restricción afecta a todos los intereses económico-patrimoniales del deudor, que tengan relevancia para la masa activa y pasiva del concurso, lo que justifica su reflejo en la representación procesal de estos intereses económicos: dependiendo de si el deudor ha sido suspendido o intervenido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición patrimonial, el deudor será sustituido en los procesos en los que se vean afectados estos intereses económicos por la administración concursal, o necesitará su autorización para iniciarlos o realizar un acto de disposición procesal. En este contexto, no cabe negar que la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia suponga un acto de administración o disposición de los intereses económico-patrimoniales del deudor afectados por el juicio resuelto con la sentencia objeto de recurso, razón por la cual se ven afectados por la limitación prevista con carácter general en el art. 40 LC. Así se entiende que el art. 54 LC, respecto del ejercicio de las acciones posteriores a la declaración de concurso, exija, en caso de intervención, la conformidad de la administración concursal no solo para presentar la demanda, sino también para recurrir. De hecho, la interposición del recurso, además de afectar a la expectativa de aquellos intereses económico-patrimoniales objeto de litigio, puede conllevar un gasto para la masa del concurso, por las costas y gastos procesales. Resulta lógico que la administración concursal, en función de las expectativas de éxito y de los intereses patrimoniales en juego, confirme la conveniencia o no de asumir el riesgo del recurso».

Y ciertamente tiene razón el magistrado discrepante, lo que se pondrá de manifiesto posteriormente en la necesidad de esos depósitos, consignaciones o pagos que la administración concursal deba autorizar e incluso en la exigencia de la autorización administrativa del art. 45.1.d) LJCA a la que ya hemos hecho referencia. En algún caso, como en el supuesto del art. 229 LJS (23) con importantes cuantías y afectaciones al concurso. Por tanto, la aplicación de la autorización o conformidad, de ser entendido el recurso como medio de impugnación, debería afectar tanto a los anteriores como a los posteriores. Pero es precisamente esta exigencia derivada, como señala el magistrado, del art. 40 LC la que limita los recursos-impugnaciones en el seno de los concursos; y es precisamente esto mismo lo que nos sirve para afirmar que si esto ya está previsto en virtud de dichos argumentos la referencia a «recursos» prevista en el art. 54.2 LC o es una duplicidad o en realidad —como afirmamos— no puede venir interpretada como medios de impugnación. Carece por tanto de utilidad acudir a la analogía porque no nos encontraríamos ante una laguna de Ley, sino a un supuesto de aplicación de la normativa general del art. 40 LC para los supuestos de limitación de facultades de administración y disposición del concursado en los supuestos de intervención y/o suspensión.

V. INAPLICACIÓN DEL SUPUESTO AL CONCURSO DE ACREEDORES

Hemos señalado que en el supuesto concreto el recurso se interpone frente a la sentencia que aprueba el convenio en el concurso de acreedores. Que lo interpone una persona jurídica que se persona en el procedimiento y que es declarada también en concurso de acreedores antes de la interposición del pertinente recurso de apelación. Es esto lo que motiva que la AP entienda que no tiene legitimación por faltarle la conformidad para dicha interposición de su propia administración concursal (24) .

Utilizando el juego de los arts. 51.3 y 54.2 LC los diferentes Tribunales vienen a delimitar la extensión de la expresión «recursos» que el segundo de ellos realiza.

No se tiene en cuenta el hecho de que estamos ante un proceso concursal y en cuyo seno el legitimado debe estar personado o personarse (art. 184 LC). En el primer supuesto y una vez personado con anterioridad a la presentación del recurso no se entiende que el citado recurso deba —en cualquier interpretación que se realice— volver a requerir autorización, aunque el voto particular sí parece requerirlo en cualquier supuesto. Esto nos llevaría entonces a considerar que tratándose de un incidente concursal al que el legislador ha querido no dar autonomía en sí mismo (25) y cuya articulación se hace dentro del propio proceso concursal resulta ciertamente confuso que pueda limitarse nuevamente cuando se hubiere dado autorización para participar en el concurso. Ello conllevaría no solo intervención, sino modulación de las pretensiones del litigante intervenido. Máxime si tomamos en consideración que dicha sentencia puede ser la más próxima de arrastre de otros supuestos anteriores protestados debidamente.

Distinto sería el supuesto en que no se estuviera personado antes de la declaración de concurso y, siguiendo al TS, la interposición del recurso conlleve el primer trámite en el nuevo proceso. Es entonces cuando la administración concursal debe autorizar el gasto (depósito, consignación, pagos) y de ahí la oportunidad y viabilidad (26) del mismo para poder autorizarlo al amparo del art. 84.3 LC ya referido.

VI. CONCLUSIONES

En definitiva, entendemos que la sentencia de 28 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo y su voto particular referidos a la extensión y aplicación de la necesidad de autorización al concursado (conformidad) de la administración concursal para interponer recursos (entendidos como medios de impugnación) en los diferentes procesos ya iniciados o posteriores a la declaración de concurso parte del axioma erróneo de la expresión «recursos» a la que se refiere el art. 54.2 LC.

Para el Tribunal Supremo, dicha referencia lo es como medio de impugnación en una demanda ya iniciada o que se inicia. Sin embargo, entendemos que la expresión no es utilizada, o no puede venir interpretada, en referencia a los medios de impugnación, sino a las instituciones iniciadoras de acciones jurídicas individuales y en concreto a las demandas, solicitudes o recursos (en este último caso es fácil de comprender en el ámbito del proceso contencioso-administrativo).

Los recursos a los que se refiere la norma son por tanto al que inicia una acción y no al medio de impugnación.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo ha concluido que la referencia lo es al recurso
 Diario LA LEY

como medio de impugnación y para ello distingue dos supuestos diferentes: por un lado, aquellos en los que la demanda ya se ha iniciado antes de la declaración del concurso del demandante o procesos en los que éste ya esté interviniendo. En este último caso, entiende el TS que para formular recursos no es necesaria autorización de la administración concursal por no exigirlo el art. 51.3 LC de forma distinta al art. 54.2 LC que sí lo exige, en casos siempre de intervención, para los procesos que se inicien con posterioridad a la declaración de concurso. En este último caso, el Supremo exige autorización para iniciar el procedimiento y posteriormente para interponer recursos.

En relación a los recursos y en este último sentido, el Tribunal Supremo no ha aclarado el ámbito de los mismos (interlocutorios o frente a resoluciones finales, devolutivos o no) pero la sentencia se dicta en el seno de un procedimiento concursal (intraproceso) y por ello parece querer extenderlo a todos los supuestos de impugnación. Algo que parece, a simple vista, desmedido.

Entendemos también que, cualquiera que sea la interpretación que se quiera dar, limitar el derecho al recurso, como medio de impugnación, en el seno de un procedimiento tan complejo como el concurso de acreedores y que puede conllevar el arrastre de otras resoluciones protestadas podría mostrarse, solo por dicha exigencia, inconstitucional (27) . Otra cosa es considerar la disponibilidad presupuestaria a los efectos de autorizar el gasto (que también exige conformidad de la administración concursal) por la propia dinámica del concurso de conformidad al art. 84 LC.

En definitiva, consideramos que todavía queda mucho por decir al respecto y que el análisis del art. 54.2 LC y su referencia al recurso (recursos) puede encontrar serios problemas de gestión de mantenerse la identificación con los medios de impugnación en cuyo seno se ha desarrollado la polémica que hemos transcrito. Si ello es así (es decir, si se mantiene esta identificación) es importante pensar en los procesos concursales partiendo de una estrategia diferente (en el ámbito procesal) puesto que el TS ha abierto una puerta importante que se limitará con posterioridad a la declaración de concurso y que solo por ello merece ser pensada y prevista antes de la solicitud.

(1)

La expresión correcta del art. 54.2 es «conformidad».

Ver Texto

(2)

Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón. Núm. de sentencia: 321/2012. Núm. de rec.: 1044/2009. Ref. EUDER: 105574/2012. Referencia Cendoj: 28079110012012100428.

Ver Texto

(3)

Fecha: 28 de mayo de 2012. Que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo a la sentencia de veintiocho de mayo de dos mil doce, recurso de casación núm. 1044/2009.

Ver Texto

(4)

La analogía es aplicada igualmente, en sentido contrario, para los supuestos de allanamiento, transacción y desistimiento por MARÍN LÓPEZ, M. J., en «Art. 54», en Comentarios a la Ley Concursal, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, 2004, pág. 550.

Ver Texto

(5)

Tengamos en cuenta que la norma aplicada por el Tribunal Supremo parte de un supuesto anterior a la reforma del art. 51 LC y por tanto debemos estar a su interpretación conforme a la normativa legal vigente a dicho momento.

Ver Texto

(6)

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, núm. 245 de 11 de octubre

Diario LA LEY

de 2011, páginas 106.745 a 106.801 (57 págs.) BOE-A-2011-15938.

[Ver Texto](#)

(7)

Roj: SJM 26/2008. Órgano: Juzgado de lo Mercantil de Bilbao 1.º. Núm. de rec.: 310/2007. Núm. de resolución: 134/2008. Fecha de resolución: 3 de marzo de 2008. Procedimiento: apelación, concurso de acreedores. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui. Tipo de resolución: sentencia.

[Ver Texto](#)

(8)

Concurso voluntario. Auto de 11 de julio de 2007, en los autos núm. 475/07 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Segovia, designando a administradores concursales, y declarando la intervención de Consorcio Ganadero, S. L.

[Ver Texto](#)

(9)

Roj: SAP BI 757/2009. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Bilbao. Sección: 4. Núm. de rec.: 380/2008. Núm. de resolución: 154/2009. Fecha de resolución: 26 de febrero de 2009. Procedimiento: Civil. Ponente: María de los Reyes Castresana García. Tipo de resolución: sentencia.

[Ver Texto](#)

(10)

Diario LA LEY

En la discusión parlamentaria es posible comprobar como el legislador confundía ambos preceptos y no llegó a distinguir entre ambos momentos temporales distintos. El informe de ponencia en el Senado rechazó, por mayoría, las enmiendas números 76, del G. P. Entesa Catalana de Progrés, 139, del G. P. Socialista, y 263, del G. P. Convergència i Unió, que se justificaban en la misma redacción de ambos supuestos, cuando la realidad es que regulaban procesos ya iniciados, por un lado, y otros no iniciados, por otro.

Ver Texto

(11)

Sobre dicha limitación ya me he referido en el trabajo: «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», editado por: Consejo General del Poder Judicial, colección: Estudios de Derecho Judicial, año 2007. ED0712305. Vid. también SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Incidencia de la Ley Concursal en el ámbito administrativo», Actualidad Administrativa, núm. 3, 2004.

Ver Texto

(12)

Vid. también el art. 230 de la Ley de Jurisdicción Social.

Ver Texto

(13)

Disp. Adic. 15 de la LOPJ. Depósito para recurrir.

Ver Texto

(14)

El Tribunal Supremo deberá decidir igualmente el ámbito al que se aplica la expresión «recursos» en el marco del art. 54.2 LC en los supuestos de intervención. Pero es evidente que en la interpretación dada con la sentencia de 28 de mayo de 2012 si el procedimiento ya está iniciado el recurso se entiende autorizado, tanto en interlocutorio como en el supuesto de que deba resolver otro Tribunal superior.

Ver Texto

(15)

En este sentido, se pronuncia BELLIDO, R., en «Art. 54», Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A., y BELTRÁN, E. (dirs.), Thomson-Civitas, 2004, tomo I, página 1.024: «Aunque el concursado hubiera obtenido la conformidad de los administradores concursales para demanda, requerirá de nueva conformidad para recurrir la resolución judicial total o parcialmente adversa que recaiga en ese procedimiento».

Ver Texto

(16)

Vid. art. 45 LJCA. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. BOE-A-1998-16718 - BOE núm. 167 de 14 de julio de 1998: «El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa».

Ver Texto

(17)

El recurso ha sido definido como «acto de parte por el que se solicita la modificación de una resolución que produce una gravamen al recurrente» Rafael HINOJOSA, en «Derecho Procesal Penal», 1993, Andrés DE LA OLIVA y otros, pág. 557 y también como «aquellos medios concedidos a los litigantes que estando disconformes con el contenido de una resolución judicial solicitan que se vuelva a resolver sobre lo ya resuelto reformando o anulando la resolución impugnada». TOMÉ PAULÉ, en «Instituciones de D. Procesal. D. Penal», Tomo IV, pág. 20.

Ver Texto

(18)

MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 266.

Ver Texto

(19)

Op. cit., pág. 54. Comentario.

Ver Texto

(20)

El recurso contencioso-administrativo es el cauce que tiene todo administrado para someter la actuación de la administración a la tutela jurisdiccional, regulada como derecho fundamental en el art. 24 de la CE. STC de 22 de abril de 2004 (Tol 397388), STS de 4 de octubre de 2007.

Diario LA LEY

Ver Texto

(21)

Aunque finalmente no termina de concretarlo, sí podemos ver como DÍAZ MARTÍNEZ, M., en *El proceso concursal*, Editorial Ramón Areces, 2009, al referirse al art. 54 LC inicia la exposición conforme a lo siguiente: «El art. 54 LC efectúa una regulación del ejercicio de acciones del concursado contra terceros, estando pendiente el concurso, distinguiendo los supuestos en que el concursado está suspendido en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de aquellos otros en los que simplemente se encuentra sometido al régimen de intervención». Es por ello que de lo que habla el citado precepto es del ejercicio de acciones (demandas y recursos) y no de medios de impugnación.

Ver Texto

(22)

El Tribunal Supremo utiliza la expresión «autorización». Sin embargo, entendemos que debemos acudir una vez más a la interpretación literal y gramatical. Hablamos de conformidad porque la misma podrá prestarse expresa o tácitamente. De hecho la Audiencia Provincial parte igualmente de la expresión «autorización» y con ello limita la legitimación del recurrente sin dar una oportunidad de subsanación o sin tomar en consideración el art. 40.7 de la Ley Concursal.

Ver Texto

(23)

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Boletín Oficial del Estado, núm. 245, de 11 de octubre de 2011, páginas 106.584 a 106.725 (142 págs.) BOE-A-2011-15936.

Diario LA LEY

Ver Texto

(24)

Hemos de señalar que el precepto habla de conformidad y que la misma podría haber sido entendida como tácita y no solo como expresa por parte del órgano ad quem. De hecho entendemos que se trata de un defecto subsanable en cualquier caso.

Ver Texto

(25)

Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente. En el régimen del convenio la oposición se tramita por incidente concursal conforme al art. 129 LC. Frente a dicha sentencia cabrá recurso de apelación. Es por ello que nos encontramos con un incidente concursal. La exposición de motivos de la LC recoge en referencia a ellos lo siguiente: pieza básica en este sistema procesal de la nueva Ley es el incidente concursal, un procedimiento especial a través del cual se ventilarán todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y que no tengan señalada en la Ley otra tramitación distinta. (...) Con estas dos modalidades de incidente se obtiene una mayor eficacia del proceso concursal. La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, solo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación,

Diario LA LEY

cabrá también recurso de apelación.

Ver Texto

(26)

El voto particular afirma en este sentido: «resulta lógico que la administración concursal, en función de las expectativas de éxito y de los intereses patrimoniales en juego, confirme la conveniencia o no de asumir el riesgo del recurso».

Ver Texto

(27)

Al respecto de la capacidad del quebrado así lo recogían CERDÁ ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., en Curso de Derecho Concursal, Colex, 2000, pág.106: «Además, en virtud del art. 24 CE, se le permitirá con carácter general intervenir en todos aquellos casos en que defienda un interés legítimo y justo».

Ver Texto