

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2012 (8025/2012)**

**Legitimación del acreedor personado
en el incidente de oposición a la calificación
del concurso como culpable para recurrir
en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil**

Comentario a cargo de:
Juan Ignacio Fernández Aguado
Socio
CMS Albiñana & Suárez de Lezo

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2012**

ID CENDOJ: 28079119912012100016

PONENTE: *EXCMO. SR. DON JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 resuelve favorablemente para el recurrente la cuestión relativa a si un acreedor, que se haya personado en el incidente de oposición a la calificación del concurso como culpable, tiene legitimación para recurrir la sentencia que dicte el Juzgado de lo Mercantil. En este caso, el acreedor era la Tesorería General de la Seguridad Social, y habiendo recaído sentencia de primera instancia calificando el concurso como culpable, sin embargo la responsabilidad patrimonial de los administradores de la concursada se declaraba sólo respecto de aquellas deudas que hubieran nacido a partir de una determinada fecha.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. La legitimación del acreedor personado para recurrir. 5.2. El alcance de la legitimación del acreedor concursal cuando la administración concursal y el Ministerio Fiscal califican el concurso como fortuito: posiciones jurisprudenciales. 5.3. Conclusión. 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

En la pieza de calificación del procedimiento concursal de una sociedad anónima, tanto la administración concursal, como el Ministerio Fiscal, solicitaron que el concurso debía ser calificado como culpable por cuanto, en la contabilidad de la concursada, se habían detectado irregularidades relevantes que disimulaban el estado de insolvencia y dificultaban la comprensión de su situación patrimonial y financiera. Adicionalmente, había inexactitudes graves en uno de los documentos fundamentales que había acompañado a la solicitud de concurso, como eran los balances de la deudora. Finalmente, se sostenía que la concursada había incurrido en retraso en la solicitud del concurso.

Con base en esta valoración, se identificaban como personas que debían resultar afectadas por la calificación las dos personas físicas administradoras de la concursada, los cuales debían ser condenados al pago del déficit concursal.

En ese contexto, la Tesorería General de la Seguridad Social, en su condición de acreedora con interés legítimo, se personó en las actuaciones, realizando alegaciones en sentido coincidente al de la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

La concursada mostró su oposición a la calificación del concurso como culpable, alegando a tal efecto diversas circunstancias que, en su parecer, no habían sido tomadas en cuenta.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de lo Mercantil número Uno de San Sebastián dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2008, conforme a la cual se calificaba el concurso como culpable, afectando a los dos administradores de la concursada, a los que se inhabilitaba durante un periodo de cuatro años, se decreta la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o de la masa, e igualmente se decreta su responsabilidad solidaria respecto de los créditos asumidos por la concursada desde una determinada fecha y en la medida en que no hayan podido hacerse efectivos en la liquidación del concurso.

Esta sentencia es apelada exclusivamente por la Tesorería General de la Seguridad Social.

3. Solución dada en apelación

La Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2009, desestimando el recurso de apelación.

La sentencia de apelación negó a la Tesorería General de la Seguridad Social legitimación para recurrir la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, por lo que preparó e interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4. Los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación alegados

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de un único motivo, en el que se denuncia, con apoyo en el artículo 469, apartado 1, ordinales tercero y cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 168, apartados 1 y 2, 184 y 193, apartado 2, de la Ley Concursal, así como el artículo 24 de la Constitución Española.

El recurso de casación se compone igualmente de un único motivo, en el que se denuncia, con apoyo en el artículo 477, apartados 2, ordinal tercero, y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 168, apartados 1 y 2, 170, apartado 3, 172, apartado 4, y 193 de la Ley Concursal, y 10 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. La legitimación del acreedor personado para recurrir

El Tribunal Supremo viene a considerar que la negación de la legitimación a la Tesorería General de la Seguridad Social para recurrir la sentencia del Juzgado de lo Mercantil atenta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que procede su reconocimiento, debiendo devolverse las actuaciones a la Audiencia Provincial para que de respuesta sobre el fondo del recurso de apelación planteado.

A estos efectos, estima irrelevante la redacción originaria del artículo 168, apartado 1, de la Ley Concursal, modificada posteriormente por el Real De-

creto Ley 3/2009, de 27 de marzo, que preveía la posibilidad de que cualquier acreedor o persona que acreditase interés legítimo pudiera personarse en la sección de calificación alegando por escrito cuanto considerase relevante para la calificación del concurso como culpable, pero sin atribuir a esa personación la condición procesal de “ser parte”, como luego sí introdujo la referida reforma.

5.2. *El alcance de la legitimación del acreedor concursal cuando la administración concursal y el Ministerio Fiscal califican el concurso como fortuito: posiciones jurisprudenciales*

La sentencia que venimos comentado da respuesta de esta manera a la contradicción, en nuestra opinión aparente, que se puede apreciar entre lo dispuesto en los artículos 168, apartado 1, y 172, apartado 4, y el 170, apartado 1, todos ellos de la Ley Concursal.

Y decimos aparente, por cuanto que no vemos inconveniente que en aquellos supuestos en los que la administración concursal y el Ministerio Fiscal, o uno de ellos, interese la calificación del concurso como culpable, aquel o aquellos acreedores que, habiendo acreditado un interés legítimo, se hayan personado y sean parte, puedan interponer recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en los supuestos que estimen que la misma supone un gravamen para sus intereses.

Distinto supuesto es aquel en el que ni la administración concursal, ni el Ministerio Fiscal, han interesado la calificación del concurso como culpable, sino como fortuito, en el que el artículo 170, apartado 1, de la Ley Concursal, determina, sin más trámites, que el juez ordene el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.

En estos casos, entendemos que la sentencia que comentamos no autorizaría a concluir que porque se hubiera personado y fuera parte en la sección de calificación un solo acreedor interesando la calificación del concurso como culpable, haya de tramitarse la sección de calificación atribuyéndose al acreedor una facultad enervante de la obligación de conclusión de la sección, tal y como dispone, como hemos visto, el apartado 1, del artículo 170 de la Ley Concursal.

Sin embargo, la práctica judicial nos enseña que esta conclusión no es compartida por el conjunto de nuestros tribunales, quienes amparándose en la sentencia que comentamos estiman que la atribución de legitimación del acreedor personado y parte en la sección de calificación no debe limitarse a su posibilidad de recurrir la eventual sentencia que pudiera dictar el Juzgado de lo Mercantil supuesta la petición de culpabilidad por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, o uno de ellos, sino que impide la conclusión y archivo sin más trámite de la sección de calificación.

En definitiva, la cuestión que se ha planteado es la relativa a la legitimación de un acreedor para deducir pretensiones en la sección de calificación y, caso de admitirse esa posibilidad, la resolución que debe adoptarse cuando administración concursal y Ministerio Fiscal coinciden, en contra del criterio de aquél, en que el concurso se califique como fortuito.

Ciertamente, el tenor literal del artículo 170, apartado 1, de la Ley Concursal admite poca interpretación: cuando el informe de la administración concursal y el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno, como hemos indicado.

Ahora bien, la duda se suscita sobre si dicho precepto puede ser reinterpretado a la luz del artículo 168 de la Ley Concursal, que podría permitir que la persona personada y tenida por parte en la sección de calificación no se limitara a alegar por escrito cuanto considerara relevante para la calificación del concurso como culpable, sino también deducir pretensiones de condena en el seno de dicha sección. Con este razonamiento, el artículo 170, apartado 1, se referiría en exclusiva al caso en que en la sección no hubiera acreedores personados.

Veamos los motivos por los que algunos tribunales reconocen legitimación activa al acreedor personado para deducir pretensiones en la sección de calificación. Expuestos en síntesis, son los siguientes:

- a) Tras la reforma operada en el artículo 168 de la Ley Concursal, que modifica su rúbrica sustituyendo la anterior por la de “Personación y condición de parte”, subyace el deseo del legislador de otorgar la condición de parte a los acreedores personados en la sección, con el estatus inherente a la misma.
- b) El acreedor personado no es ya un tercero interviniente en el proceso, limitado a hacer alegaciones previas sobre la culpabilidad del concurso, sino una auténtica parte, considerada como sujeto jurídico que pretende una tutela jurisdiccional concreta y asume los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso.
- c) No supone obstáculo a esta tesis que el artículo 170, apartado 1, de la Ley Concursal no haya sido reformado, pues admitiría una exégesis del precepto que permitiría compatibilizarlo con el artículo 168 de la Ley Concursal, en el sentido de que solo procedería el archivo de las actuaciones si no hubiera ningún acreedor personado que hubiera deducido pretensiones de condena y la administración concursal y el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito. Existiendo un personado que calificara el concurso como culpable, es cuando habría de seguirse el trámite del artículo 170, apartado 2, de la Ley Concursal.

d) Esta interpretación permite dar sentido pleno al artículo 172, apartado 4, de la Ley Concursal, que reconoce a quienes hayan sido parte en la sección de calificación interponer recurso de apelación contra la sentencia que se dicte, sin limitar en modo alguno esa posibilidad. Si los acreedores pueden recurrir, pues, una sentencia absolutoria, sin que lo hagan ni la administración concursal, ni el Ministerio Fiscal, pretendiendo la condena que alguno de éstos había deducido en la primera instancia, habrá de entenderse que también podrán hacerlo en la misma, cuando se produzca la personación, pues sería contradictorio negárselo en este momento y permitirlo más tarde.

e) El nuevo artículo 172.bis, apartado 2, de la Ley Concursal (añadido por la Ley 38/2011, de 10 octubre, y que establece que “La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento”), no es concluyente para negar a los acreedores la facultad de formular pretensiones, pues la asignación de la legitimación para solicitar la ejecución de la condena a la administración concursal no tiene efecto excluyente, sino meramente ordenador de la fase de ejecución, al reconocérsela a cualesquiera acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución, si ésta no lo hace dentro del mes siguiente al requerimiento, sin limitación a los acreedores, viniendo, en definitiva, a ampliar en esa fase las posibilidades de actuación de los acreedores, aunque no se hubieran personado en el momento inicial.

f) El carácter universal del proceso concursal no es obstáculo para que los acreedores puedan mantener a su costa la calificación de culpabilidad.

g) Conectado con ello, si tras la reforma de la Ley 38/2011 no es posible ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores societarios por incumplir los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución, que busca “colectivizar” su resultado en favor de la masa activa, debe permitirse a los acreedores hacer valer plenamente las pretensiones resarcitorias derivadas de la calificación en la sección de calificación, sin subordinarse a que hayan sido solicitadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal.

h) El miedo a la complicación de la sección por la eventual pluralidad de acreedores instantes de clasificación culpable no puede elevarse a causa que impida el ejercicio de derechos.

Pero, como apuntaba, esta no es una posición unánime, puesto que no son pocas las resoluciones judiciales que han estimado, y estiman, que los acreedores personados, aun pudiendo tener la condición de parte, no se encuentran en un plano de igualdad de oportunidades con la administración concursal y

Ministerio Fiscal. De hecho, ésta es la posición mayoritariamente seguida por los órganos judiciales de lo mercantil que han analizado la cuestión.

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia de 4 de octubre de 2010, afirma que “aun cuando se haya expresado formalmente su carácter de parte en el incidente, al no poder pretender ni haberse reformado el archivo por coincidencia común de administración concursal y Ministerio Fiscal en el carácter fortuito del concurso, tiene que admitirse que se tratará de una posición parcial *secundum quid*, en que no cabe pedimentos o fijación de personas afectadas con independencia. Los acreedores y demás terceros no pueden sostener su propia calificación con independencia de la formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal (...) La condición de parte si bien permite a quien la ostente asumir las expectativas y cargas procesales inherentes a la misma, no siempre debe significar tal ejercicio de forma plena y sin limitaciones, pues respetándose los principios esenciales, su configuración puede variar en función de las concretas circunstancias procesales (...) pero siempre dentro de la delimitación del objeto del incidente realizado por quienes pueden ejercitar concreta pretensión de calificación: la administración concursal y el Ministerio Fiscal”.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección vigesimoctava, en sentencia de 6 de marzo de 2012 reitera que “...la legitimación para plantear pretensiones en materia de calificación del concurso, para la determinación de personas afectadas por la misma y por complicidad y para interesar la condena de cualquiera de los implicados ha sido confiada por la ley a la administración concursal y al Ministerio Fiscal (artículo 169 de la Ley Concursal). Dichos órganos concursales son los que ostentan, en exclusiva, la facultad de interesar del juez del concurso los pronunciamientos que entiendan que procedan en el seno de la pieza de calificación, sin que incumba ni a los acreedores ni a otro sujeto con interés legítimo la iniciativa para formular tal tipo de pretensiones, limitándose sus facultades a las de poner en conocimiento de dichos órganos todo la información, así como ofrecer la prueba que la respalde, que puedan considerar relevante para la calificación del concurso (artículo 168 de la LC), de manera que éstos puedan plantear, en beneficio de todo el colectivo de afectados, las pretensiones concretas que, una vez filtrada la información recibida, entiendan más conveniente.

Serán las pretensiones concretadas en su informe por la administración concursal y/o por el dictamen del Ministerio Fiscal las que determinarán de qué imputaciones tienen que defenderse el concursado y las personas por ellos identificadas como afectadas o como cómplices. Ese será el debate que conformará la fase alegatoria de la sección de calificación, debiendo entenderse fuera del objeto del proceso todo lo que no se hubiera integrado en él (en concreto, todas las alegaciones de los interesados que no hubieran tenido

reflejo en el informe de la administración concursal y/o en el dictamen del Ministerio Fiscal, ya que ellos dispusieron previamente de las mismas).

Evidentemente, en su condición de parte, el acreedor interviniente en la sección de calificación podrá, además de efectuar las alegaciones iniciales cuya trascendencia concreta y valor procesal ya hemos señalado, proponer pruebas que tiendan a respaldar lo pretendido por los órganos concursales, realizar alegatos en la vista que apoyen tales pretensiones y, asimismo, sustentar en apelación, lógicamente a su propio cargo, precisamente lo que aquéllos hubieran oportunamente planteado en la primera instancia, incluso en el caso de que por agotamiento de recursos o de esfuerzos no hubieran apelado los citados órganos concursales. Consideramos que esta interpretación satisfaría las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución española) en el seno de la sección de calificación del concurso, recientemente analizadas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2012, que anuló unas actuaciones en las que se habían cercenado las posibilidades iniciales de intervención que, aunque con los efectos que han sido delimitados por el legislador, aquí sí hemos reconocido al interviniente.

La condición de parte significa la posibilidad de tener intervención en el proceso desde una determinada posición, asumiendo con ello derechos, cargas y obligaciones procesales, pero las posibilidades de actuación en el seno del mismo puedan estar configuradas de determinada manera por el legislador en función de la finalidad a la que responda el cauce procesal de que se trate. Así, pese a reconocerles la condición de parte (artículo 184 de la LC), resulta manifiesto que existen en la Ley Concursal tanto restricciones como condicionamientos impuestos a la actuación de los acreedores e interesados legítimos en el seno del proceso concursal, en función de las características peculiares de éste, en favor de los órganos concursales, a los que se confieren determinadas iniciativas. Esto no es algo que se muestre sólo en la sección de calificación, sino que tiene además múltiples manifestaciones a lo largo de articulado de la LC; verbigracia y sin vocación de exhaustividad: la legitimación para instar el embargo preventivo de los bienes de los administradores sociales incumbe en exclusiva a los órganos concursales –administración concursal, además de la iniciativa de oficio del juez–, tal como resulta del vigente artículo 48 ter de la LC (tratándose, por cierto, de una medida cautelar instrumental de la sección de calificación); la resolución de contratos en interés del concurso sólo incumbe promoverla a la administración concursal o al concursado, según el caso –artículo 61.2 de la LC; la legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias incumbe con carácter principal a la administración concursal (sólo de modo subsidiario podría hacerlo un acreedor en muy determinadas circunstancias– artículo 72.1 de la LC) y de modo exclusivo en relación con los acuerdos de refinanciación (artículo 72.2 de la LC, en su versión por Ley 38/2011).

Es por ello que los márgenes de actuación que se confieren a los acreedores en la sección de calificación vienen a ser una modalidad de intervención en el proceso diferente a la configurada por la reglas generales del artículo 13 de la LEC, que se justifica por las peculiaridades inherentes al proceso concursal, el cual se caracteriza por la afectación a una pluralidad de afectados (pues pueden llegar a ser cientos, e incluso miles, los implicados) y en el que prevalece la defensa del interés conjunto (expresado con conceptos tales como el interés del concurso, al que se alude en la exposición de motivos y en una multiplicidad de preceptos diseminados por el articulado de la Ley Concursal) sobre el particular de cada interesado. Ello explica que la iniciativa para plantear pretensiones calificadorias e instar las consecuencias a ello anudadas deba someterse al criterio objetivo de la administración concursal y del Ministerio Fiscal, quedando excluida la posibilidad de emprender estrategias individuales al respecto, hasta el punto de que si ambos coincidiesen en la calificación como fortuito del concurso el juez debería, sin más trámites, archivar las actuaciones, sin que ningún interesado tuviese la posibilidad de recurrir su resolución (artículo 170.1 de la LC). La reforma por Ley 38/2011 remacha este principio al restringir a la administración concursal, en el nuevo artículo 172 bis (relativo al antiguo 172.2.3º), la legitimación para instar la ejecución de la condena por responsabilidad concursal (de manera que sólo de modo subsidiario podría instarla un acreedor). Ahora bien, una vez formalizadas las pretensiones procesales en materia de calificación reservadas a los órganos concursales se abre la puerta por el legislador a la posibilidad de que los interesados, que en una primera fase sólo habrían podido hacer valer su condición de parte para que ello les brindase la ocasión de asegurarse la puesta a disposición de aquéllos de toda la información que considerasen relevante para la calificación, puedan en adelante no sólo coadyuvar con ellos al éxito de las pretensiones planteadas, sino que incluso puedan encargarse de suplir en adelante, si llegara a producirse, su futura inactividad.”

Frente a estos pronunciamientos, y como hemos anticipado, podemos encontrar otros, como el de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección octava, en cuya sentencia de fecha 20 de diciembre de 2012, sostiene un parecer diverso.

Conforme a esta sentencia, el artículo 168 de la Ley Concursal, en su redacción originaria, establecía, bajo la rúbrica “Personación de interesados”, que “...cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”.

La rúbrica del precepto fue modificada, como hemos indicado, por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 marzo, y de “personación de interesados” se pasó a “personación y condición de parte”. En su contenido también se añadió, en el número primero que “...cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección alegando por

escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”.

Estima esta sentencia que esta circunstancia es de gran relevancia en la cuestión que analizamos. Si, bajo el imperio de la redacción originaria del referido precepto, la posición mayoritariamente mantenida por los diversos órganos judiciales de lo mercantil (AAP Barcelona, Sec. 15a, de 22-5-2008, SSAAPP Jaén 13-4-2007, Murcia de 30-7-2009 o AJM n° 1 de Coruña de 6-3-2008, entre otras muchas) era que los personados (por ser acreedores o por acreditar un interés legítimo) habían de ser considerados como “interesados” y no como parte (y, por tanto, su actuación quedaba limitada a alegar por escrito cuanto consideraran relevante para la calificación del concurso como culpable), con la reforma citada, en cuanto se elimina la calificación de “interesados” y se atribuye, en la rúbrica y en el texto, a los personados la condición de “parte”, habrá que afirmar que les corresponde, con el contenido procesal que le es inherente.

O, dicho de otra forma, si, con la nueva redacción se siguiera manteniendo que la única posibilidad de actuación de los acreedores personados es la de, simplemente, efectuar alegaciones por escrito de lo relevante para la calificación del concurso como culpable, la reforma carecería de sentido y utilidad. Si con la redacción anterior y con la nueva su papel fuera el mismo (relegado, en definitiva, a la mera formulación de alegaciones para coadyuvar a las auténticas partes actoras, administración concursal y Ministerio Fiscal), no se entiende la reforma producida.

La interpretación de que la atribución expresa de la condición de parte permite deducir pretensiones (lo cual es lo propio, en el sistema procesal civil español) es la única que da sentido (por utilidad) a la reforma legislativa mencionada, pues, en caso contrario, no hubiera sido precisa, pues nada se añadía con ella.

No se opone a ello el tenor del precepto que analizamos, cuando añade “...alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable...”, pues la condición de parte plena que afirmamos permitiría que esas alegaciones comprendieran tanto los aspectos tácticos del caso, como los jurídicos y la consecuente formulación, en su caso, de pretensiones de condena.

Otro argumento es la gran paradoja que supondría negar al acreedor personado la posibilidad de deducir pretensiones en la sección de calificación y permitirle que, caso de recaer sentencia absolutoria y no recurrir ni administración concursal ni Ministerio Fiscal, pueda interponer recurso de apelación y solicitar la revocación de la resolución absolutoria y el dictado de una condenatoria, aún de conformidad con las pretensiones mantenidas por aquéllos, y no mantenidas ya por éstos ante el Tribunal de apelación.

Diversas resoluciones judiciales dictadas en segunda instancia (entre otras, SAP de Barcelona, Sección 15a, de 29 de Enero de 2009, y SSAP de Guipúzcoa, Sección 2a, de 6 y 9 de Marzo de 2009) negaban sistemáticamente cualquier participación a los terceros, al restringir el artículo 172, apartado 4, el derecho de recurrir en apelación a quienes hubiesen sido parte en la sección.

Considerar la condición de parte permite deducir pretensiones en la primera y en la segunda instancia permite la coherencia entre los preceptos analizados. Si se es parte para recurrir, también se es parte para deducir pretensiones en la primera instancia.

Ahora bien, y como se ha anticipado, el artículo 170, apartado 1, de la Ley Concursal parece erigirse en obstáculo para mantener que los acreedores personados puedan formular pretensiones, pues la literalidad del precepto impondría, aún en tal caso, el archivo de las actuaciones.

En este punto, no está de más recordar que la constitucionalidad del artículo 170 de la Ley Concursal ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo, que mediante auto de fecha 30 de mayo de 2012 ha planteado cuestión de inconstitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24 de la Constitución. En el caso planteado a dicho Juzgado, la Abogacía del Estado, en representación de la AEAT, se personó y formuló concretas pretensiones acerca de la culpabilidad del concurso y de responsabilidad de las personas afectadas. Ecuado traslado a la administración concursal y al Ministerio Fiscal, ambos coincidieron en calificar el concurso como fortuito. Por el concursado se interesó el archivo de la sección, lo que fue rechazado mediante providencia, conforme al criterio de dicho Juzgado de reputar parte plena a los terceros que efectúen concretas pretensiones en el trámite de personación de interesados. Se siguió el proceso por sus trámites y habiendo quedado visto para sentencia, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronunciaran sobre la posible inconstitucionalidad de los artículos 168, apartado 1, y 170, apartado 1. Lamentablemente fue inadmitido *a limine* por un defecto de tramitación, mediante auto del Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2013.

Precisamente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante a la que estamos aludiendo, hace cita destacada de la del Tribunal Supremo objeto de este comentario.

En este sentido, indica que el razonamiento de que, incluso con la redacción anterior del artículo 168 que atribuiría a la Tesorería simplemente la condición de interesado, se le reconociera legitimación para recurrir como parte abunda, según el parecer de la Audiencia, en que la atribución expresa de la cualidad de parte a los acreedores personados comporta la facultad de deducir pretensiones en la sección de calificación.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo que venimos comentando fundamenta su decisión en que se encontraba en cuestión un derecho fundamental, reseñando la Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2012, de 13 de febrero.

En el caso analizado por el Tribunal Constitucional, el Juzgado de lo Mercantil, que inicialmente había tenido como partes personadas a dos sindicatos y a trabajadores de la empresa concursada (solicitando la declaración de culpabilidad del concurso con condena del administrador de la concursada y a otras entidades), declaró la nulidad parcial de las actuaciones de la sección de calificación y dejó sin efecto, solo, “cualquier intervención que como parte” se les hubiese admitido en ella.

El Tribunal Constitucional razonó que ya había “...tenido oportunidad de ocuparse de decisiones judiciales que negaron la intervención dentro de un proceso determinado a terceros que reclamaban su personación en el mismo al amparo del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), fijando una doctrina aplicable mutatis mutandis a casos como el actual. En relación con ello, por ejemplo en la STC 166/2003, de 29 de septiembre, FJ 4, establecimos: “Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a comprobar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los legitimados activamente para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2; y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio).”

Con aplicación de esa doctrina, se estimó el recurso de amparo, razonando que el auto, tras realizar una distinción entre alegaciones y formulación de pretensiones, resolvió, de manera tajante y sin ninguna matización, apartar de la sección con carácter absoluto a los recurrentes, hasta tal punto de acordar “la nulidad de todo lo relativo a aquéllos, desde el momento en que se personaron como parte legítima, dejando sin efecto cualquier intervención que

como parte se les hubiese reconocido en la presente Sección de calificación”. Razón por la que “el Auto impugnado es claro que soslaya las previsiones establecidas por el ordenamiento que declaran que quien ha acreditado poseer un interés legítimo en el procedimiento pueda personarse en el mismo. La limitación de la actuación de los terceros con interés legítimo –en este caso, los aquí recurrentes– a la fase ulterior del contradictorio constituye una interpretación judicial que, apartándose de forma patente de las previsiones legales, restringe de manera constitucionalmente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por el art. 24.1 CE”.

En la medida en que la sentencia del Tribunal Supremo se sustenta en los razonamientos vertidos en la del Tribunal Constitucional, se podría concluir que también desde una perspectiva en la que ya se ven involucrados derechos fundamentales, la decisión de permitir que los acreedores personados, catalogados expresamente como partes en la ley, puedan deducir pretensiones en la sección de calificación, es respetuosa con dichos derechos y con su interpretación constitucional.

5.3. *Conclusión*

Como resulta fácil colegir de cuanto ha quedado expuesto hasta el momento, las posibilidades interpretativas en materia de legitimación de acreedores en la sección de calificación en el procedimiento concursal no resultan pacíficas. En los casos en los que la administración concursal y el Ministerio Fiscal, o uno de ellos, soliciten la calificación como culpable, parece que la intervención de los acreedores como parte procesal es plena. Sin embargo, si la administración concursal y el Ministerio Fiscal solicitaran la calificación del concurso como fortuito, no está resuelto de manera definitiva si los acreedores que hayan podido personarse como parte tienen una legitimación plena, o no, existiendo resoluciones judiciales contradictorias.

6. **Bibliografía utilizada**

- BELTRÁN, Responsabilidad concursal, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (dir. Beltrán y Cruces), tomo II, 2012, pgs. 2.625 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ y LÓPEZ SÁNCHEZ, *La Reforma de la Ley Concursal. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, 2009, pgs. 199 y ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, Artículo 170, en *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo y Beltrán), tomo II, 2004, pgs. 2.563 y ss.
- MUÑOZ PAREDES, La calificación del concurso. Sentencia de calificación y responsabilidad concursal, en *Tratado judicial de la insolvencia* (dir. Prendes y Muñoz), tomo I, 2012, pgs. 595 y ss.
- QUECEDO ARACIL, Artículo 170, en *Derecho Concursal práctico* (dir. Fernández-Ballesteros), 2004, pgs. 770 y ss.