

Suspensión de facultades pendiente el proceso concursal: ¿legitimación del concursado para recurrir la sentencia?

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares
Consejero académico de GA_P

Se examina, en concreto, el supuesto de que se acuerde el régimen de suspensión de facultades y la administración concursal decide no hacer operativa en la primera instancia la sustitución prevista en la ley.

1. Los hechos analizados por la STS 570/2018, de 15 de octubre (RJ 2018/4613) y el problema planteado

Los hechos relevantes son los siguientes:

- 1) Demanda frente a determinada entidad financiera interpuesta (con autorización de la administración concursal) por una sociedad concursada en régimen de intervención, ejerciendo, acumuladas, la acción de nulidad de una adquisición de participaciones preferentes (de la entidad) y una acción de indemnización de daños y perjuicios.
- 2) Durante la tramitación de la primera instancia se abrió la fase de liquidación, acordándose la suspensión de facultades patrimoniales de la sociedad concursada demandante conforme a lo previsto en el artículo 145 de la Ley Concursal.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

- 3) Estimada parcialmente la demanda por la sentencia de primera instancia, la misma sociedad actora interpuso recurso de apelación (con autorización de la administración concursal).
- 4) La entidad financiera recurrida, en su escrito de oposición al recurso, alegó que la apelante carecía de legitimación para formular el recurso porque, habiéndose acordado el régimen de suspensión, la facultad de recurrir correspondía a la administración concursal.
- 5) A la vista de tal alegación, la administración concursal solicitó que se la tuviera por personada y por interpuesto el recurso directamente por ella, siendo inadmitida tal petición por el tribunal de apelación al entender que no existía trámite expreso en la ley para dar traslado de la cuestión planteada por la recurrida en su oposición a la apelación.
- 6) Tramitado el recurso, la Audiencia lo desestimó por falta de legitimación activa de la concursada, porque no bastaba que hubiera sido autorizada por la administración concursal para formular el recurso, sino que debía haber sido la propia administración concursal quien lo interpusiera, a la vista de lo regulado en el artículo 54 de la Ley Concursal.
- 7) Formulado recurso de casación frente a dicha sentencia, el Tribunal Supremo lo estima.

A la vista de tales antecedentes, en el caso se plantea el problema de las consecuencias del cambio de régimen —durante la pendencia del proceso— de las facultades de disposición y administración del concursado (del régimen de intervención por el de suspensión de facultades) sobre la legitimación para recurrir; si bien el problema se puede generalizar porque no sólo surge respecto de la legitimación y porque también puede plantearse —aunque de forma diferente— cuando el cambio de régimen, pendiente el proceso, es a la inversa (se pasa del régimen de suspensión al de intervención: véase el artículo 40.4 LC).

2. El régimen de las facultades procesales del concursado y su sustitución, pendiente el proceso

- 2.1. La declaración de concurso no es obstáculo para que el deudor concursado inicie nuevos procesos ejerciendo acciones que le competan frente a terceras personas. La Ley Concursal dedica al tema el artículo 54, que distingue según que el régimen acordado sea de suspensión o de intervención de las facultades de disposición y administración: a) en los casos de intervención, el deudor conserva la legitimación para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio; b) si se acordó el régimen de suspensión de facultades, la legitimación se atribuye a la administración concursal y, en principio (no puedo detenerme ahora en este tema), parece que sin limitación alguna, ya que no se prevé —a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de continuación de juicios pendientes (art. 51.2, párr. 1)— la exigencia de autorización del juez para desistir y transigir litigios.

La situación anterior puede verse alterada por el cambio de régimen de las facultades del deudor acordado por el juez en cualquier momento del proceso, bien a solicitud de la administración concursal y oído el concursado, bien porque así lo prevé la ley, como ocurre en el caso analizado en el que el cambio (del régimen de intervención al de sustitución) viene exigido por el artículo 145 de la Ley Concursal como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

- 2.2. Acordado el régimen de suspensión de facultades, «la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite» (art. 51.2 LC, que es una consecuencia del artículo 40.2 y no distingue si el procedimiento se inició antes o después de la declaración de concurso).

Se discute si estamos ante un caso de sustitución procesal o de sucesión. Entienden algunos que la sustitución no es de la parte (masa activa del concurso), que sigue teniendo capacidad para ser parte (art. 6.1-4.º LEC), sino de la persona que comparece en juicio en su nombre, que, desde ese momento y en virtud de la suspensión de facultades, será la administración concursal (art. 7.1-5.º LEC), por lo que nos encontraríamos ante un supuesto de sucesión por falta de capacidad procesal (para comparecer en juicio) sobrevenida del concursado. Así parece entenderlo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 3.ª, de 16 de julio del 2014 (JUR 2014\223101), en un supuesto de proceso pendiente al tiempo de dictarse el auto de declaración de concurso en el que se acuerda el régimen de suspensión de facultades: «[...] El artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la capacidad de obrar procesal, establece que las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal y, en el caso de autos, al no haberse suplido la capacidad para comparecer en juicio del concursado del modo previsto en la Ley Concursal para el supuesto de suspensión de facultades del concursado (arts. 40 y 51), habrá de entenderse que éste carece de capacidad procesal, lo que constituye causa de inadmisión del recurso que, en el presente estadio procesal, merece el tratamiento de causa de desestimación del mismo». Para la doctrina mayoritaria, en cambio, el artículo 54 establece el mismo régimen antes existente en la quiebra respecto del que la doctrina hablaba de pérdida de la legitimación procesal del quebrado para litigar sobre sus bienes por imposibilidad fundada en el desapoderamiento, lo cual provocaba la transmisión a sus acreedores de las facultades procesales correspondientes, no por vía de representación, sino de sustitución (*cf.* art. 1091 CCom, 1829); en consecuencia, la cualidad de parte la asume el sustituto (la administración concursal). No obstante, las consecuencias prácticas que derivan de mantener una u otra postura, como a continuación diré, son las mismas.

- 2.3. Parece que, en el texto de la norma, la sustitución tiene carácter automático, aunque, según doctrina y jurisprudencia, no es así, sino que debe seguirse un procedimiento previo para determinar si la sustitución es o no procedente. En cualquier caso, producida ésta (la sustitución), al disponer la norma (art. 51.1, párr. II LC) que no impedirá que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado

(y esta norma se corresponde con la del artículo 54.3 cuando el proceso fue iniciado por la administración concursal: «El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido»), parece abogar por el mantenimiento por el concursado de su condición de parte actuante en defensa de la masa (en caso contrario, no se entendería tal mantenimiento), aunque ello contradiga lo que parece comportar la sustitución, esto es, la pérdida de tal condición (de parte).

El resultado que se alcanza en cuanto a la posición del deudor es el mismo en uno y otro caso y, como antes decía, tanto si se considera que estamos ante un supuesto de sustitución como si entendemos que es de sucesión procesal, nos encontramos ante dos alternativas:

- a) Si la sustitución es automática, como el deudor pierde (automáticamente) la condición de parte, la asume (automáticamente) la administración concursal. Si estamos ante un caso de sustitución, el deudor seguirá conservando tal condición, aunque sin poderla ejercer si la sustitución se hace operativa; si se trata de una sucesión procesal, la única forma de salvar la contradicción y de sostener que (el deudor) recupera la cualidad de parte que perdió por la sucesión (pues eso significa que puede mantener su propia defensa y representación o personarse en el proceso ex artículo 54.3) es defender que nos encontramos ante un caso de intervención voluntaria en un proceso ya iniciado. Con ello se plantearía la cuestión de si resulta aplicable el régimen general de la intervención voluntaria (art. 13 LEC), es decir, si la representación y defensa separadas del concursado requiere, además de su voluntad de mantenerlas (o de intervenir en el caso del artículo 54.3), la decisión favorable del juez del concurso, que debería, o bien ser adoptada previa audiencia de las partes personadas (art. 13.2 LEC), o bien ser autorizada previa audiencia de la administración concursal (*cfr.* art. 188.2 LC).
- b) En el caso de que se considere que la sustitución no es automática, ésta sólo será operativa si la administración concursal la insta y el juez la aprueba. Pero una vez aprobada y hecha efectiva la sustitución, la posición del deudor concursado será la misma que acabamos de ver en el supuesto anterior.

La Sentencia 570/2018, de 15 de octubre, que ahora se analiza parece excluir la sustitución automática: «Para la ratio del artículo 54 LC, no es necesario imponer en todo caso la sustitución procesal de la concursada por la administración concursal cuando hubiera un cambio del régimen de intervención al de suspensión de facultades patrimoniales, y por eso no lo prevé. Los intereses del concurso, representados en este caso por no asumir innecesariamente riesgos de gastos y costas a cargo de la masa activa, están garantizados en cuanto que de la misma manera que para interponerse la demanda fue necesaria la conformidad de la administración concursal, para recurrir también será necesaria».

- 2.4. El problema se plantea cuando la administración adopta una actitud pasiva y no hace operativa la sustitución (la sentencia analizada dice que no es necesario imponerla) a la hora de decidir si el concursado mantiene su estatus de parte y, por lo tanto, puede seguir actuando en el proceso con su propia representación y defensa.

La respuesta se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo 295/2018, de 23 de mayo (RJ 2018\2135), para la que hay que partir de que la posibilidad concedida al deudor concursado de mantener su representación y defensa separadas no surge hasta que no se produzca la sustitución por la administración concursal: «En casos como el presente, en que a la administración concursal le corresponde sustituir al deudor concursado en los procesos judiciales pendientes, pero hace dejación de esta función y con ello permite que la concursada continúe en la defensa de sus derechos patrimoniales objeto de litigio, el deudor concursado se encuentra *de facto* bajo el régimen previsto en el apartado 3 del artículo 51 para los casos de intervención». Parece, pues, que la sentencia aboga implícitamente por una situación de sustitución procesal en la que el sustituido (el concursado en nuestro caso) no pierde su capacidad y legitimación, sino que se ve privado transitoriamente de ellas, pero con posibilidad de recuperarlas.

3. Suspensión de facultades, pendiente el proceso, y legitimación para recurrir

3.1. Si no se ha producido la sustitución del deudor concursado por la administración concursal en la primera instancia, ¿tiene aquél (el concursado) legitimación para recurrir? La respuesta la proporciona la misma sentencia del Tribunal Supremo citada últimamente, que equipara a tales efectos los regímenes de los artículos 51 y 54 de la Ley Concursal: el concursado «mantiene en ese pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto en este precepto. Es lógico por ello que, una vez dictada la sentencia de primera instancia, para recurrir en apelación necesitara la conformidad de la administración concursal. Aunque esta exigencia de conformidad no esté explicitada en el artículo 51.3 de la Ley Concursal respecto de la actuación procesal de recurrir la sentencia, debemos considerarla integrada, a la vista de lo regulado en el artículo 54.2 de la Ley Concursal respecto del ejercicio de acciones del concursado».

Y esta doctrina es asumida por la sentencia ahora analizada para los procedimientos iniciados después de la declaración de concurso por la concursada intervenida, con la preceptiva autorización de la administración concursal, cuando al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia se hubiera acordado la suspensión de facultades patrimoniales.

3.2. Por lo demás, con dicha doctrina la sentencia resuelve dos problemas procesales concretos planteados en el asunto:

a) En primer lugar, si —como sostuvo el deudor recurrente en su escrito de interposición del recurso de apelación— las exigencias del artículo 54.1 de la Ley Concursal (legitimación de la administración concursal) vienen referidas única y exclusivamente a la iniciación del procedimiento judicial (en primera instancia) por medio de la demanda y no a la formulación de un recurso posterior. Parece claro que, en caso de que la sustitución por la administración concursal no se haya producido, el concursado tiene

legitimación para recurrir, aunque con la autorización de aquélla. La administración concursal puede hacer operativa la sustitución dentro del plazo para recurrir y ser ella la que interponga el recurso, pero la exigencia de prestación de autorización para que lo haga el deudor concursado excluye en la práctica la hipótesis de que la sustitución se produzca después de la interposición del recurso por el deudor y antes de finalizar el plazo.

- b) Y, en segundo lugar, si puede la administración concursal intervenir sustituyendo al deudor recurrente cuando el recurso de apelación ha sido interpuesto por este último. Parece claro que no puede pretender, con la intervención, que se tenga por interpuesto el recurso directamente por ella cuando el plazo para recurrir ya ha finalizado. En cambio, considero que tal intervención no puede ser excluida porque el artículo 54 de la Ley Concursal no limita la sustitución a la primera instancia. Y tampoco me parece que, en el caso analizado, pueda ser rechazada, por extemporánea, con el argumento de que se produjo a la vista de las alegaciones sobre la falta de legitimación del deudor para recurrir formuladas en el escrito de oposición (con la evidente finalidad de subsanar el eventual problema de falta de legitimación), y no existe trámite legal para darle traslado porque dicho fundamento lo único que justificaría es que la administración concursal no podría pedir la retroacción de actuaciones (argumento del art. 13.3 LEC) y, además, la sustitución puede ser operativa a otros efectos (el recurso de casación, por ejemplo).