

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DÑA. ELVIRA ENCINAS LORENTE, Procuradora de los Tribunales, Colegiada nº 1047, y de la sociedad mercantil **FORUM FILATELICO S.A.**, conforme acreditado mediante apoderamiento apud acta a otorgar el día y hora que este Tribunal señale, ante este Tribunal Constitucional comparezco y como mejor en derecho proceda, **D I G O:**

Que en base a lo dispuesto en el artículo 44, apartado 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, mediante el presente escrito interpongo en nombre de mi mandante **RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL** contra la Sentencia dictada por la Excm. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 Rollo-151/2010, dictado en Apelación en el procedimiento seguido contra el recurrente ante el Juzgado Mercantil nº 7 de Madrid, en autos de incidente concursal 219/2007 y 221/2007 acumulados, derivado del concurso necesario nº 209/2006, sobre impugnación de inventario y lista de acreedores en su día presentada por la administración concursal de FORUM FILATELICO, SA., resolución aquella que por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por esta representación contra la Sentencia dictada el día 2 de junio de 2008 del mismo Juzgado en los expedientes referidos, confirmando aquella, por suponer dicha resolución una vulneración de lo establecido en el Artículo 24.1 de la Constitución Española, tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, falta de tutela efectiva por falta de motivación en la resolución del mismo artículo y del principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

En dicho procedimiento -incidente concursal- fueron parte como inicialmente demandada como concursada la hoy recurrente posicionándose posteriormente como coadyuvante en los términos del artículo 193.2 de la Ley Concursal, siendo demandantes diversas clientes-acreedores de FORUM FILATELICO que viene establecidos nominativamente en la lista adjunta de la Sentencia, así como la Administración Concursal.

A continuación, paso a exponer los antecedentes o hechos de este recurso, los fundamentos jurídicos en que se base esta demanda, la pretensión que formula esta parte, la justificación de la relevancia constitucional del presente recurso, así como el cumplimiento de los presupuestos procesales exigidos para su admisión.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por múltiples clientes de FORUM FILTELICO reconocidos como acreedores en el concurso voluntario que se tramita ante el Juzgado Mercantil número 7 de Madrid, se presentó demanda **de impugnación de la lista de acreedores contenida en el Informe emitido por la Administración Concursal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96.3 de la Ley Concursal, dicha demanda se traducía en el siguiente posicionamiento y peticiones:**

- 1.- Que eran acreedores de la Concursada por los contratos suscritos con aquella entidad, por los conceptos de “Revalorizaciones Pendientes”, en unos contratos y de “Revalorizaciones Pendientes” y “Cobros Pendientes”

2.- Al emitir el Informe preceptivo la Administración Concursal, dentro de la Lista de Acreedores adjunta al mismo, se constató que los acreedores clientes todo ellos de nuestra entidad aparecían con una cantidad que correspondía a las aportaciones realizadas hasta el momento de admitirse el procedimiento concursal, con una calificación de ordinarias, mientras que las revalorizaciones –sin duda o asimiladas a intereses. Fueron calificadas como crédito subordinado.

3.- En cuanto a las cantidades que son consecuencia de la venta de series filatélicas antiguas, de las cuales una parte se reinvertió y el resto se pagaba en distintos aplazamientos mensuales y que debido a la presentación del concurso, no fueron cobrados por los clientes fueron calificándolas como ordinarias, cuando, en opinión de los demandantes, debían haber sido calificados como créditos contra la masa.

De dicha demanda se dio traslado a las partes intervinientes en el concurso, y entre ellas obviamente a mi mandante, que a la vista de las alegaciones realizadas se sumó a parte de sus peticiones, oponiéndose a otras, adhiriéndose en lo que importa a este recurso en lo que se refiere a mostrar su conformidad con que las revalorizaciones efectivamente habrían de tener la consideración de créditos ordinarios, adoptando en definitiva la posición de coadyuvante ex artículo 193.2 de la Ley Concursal.

Por el Juzgado Mercantil se pronunció Sentencia desestimatoria de las pretensiones deducidas por la demandante y por esta entidad con expresa condena en Costas para aquella.

SEGUNDA.- Contra dicha resolución se interpuso Recurso de Apelación para ante la Audiencia Provincial de Madrid, por parte del hoy recurrente, que fue admitido a trámite, sin que recurriesen los instantes del incidente, personándose estos no obstante y compareciendo en la apelación siendo admitida esta personación por la Excm. Sala.

Seguido por sus trámites el recurso se dictó Sentencia en el mismo cuyo tenor literal es la siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – El Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid dicto sentencia con fecha 2 de junio de 2008, en el seno de un incidente de impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe emitido por la Administración Concursal de FORUM FILATELICO SA, cuyo fallo era del siguiente tenor:

“Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. De Diego Quevedo en nombre y representación de Hermenegildo Abad Botija y otros 3151 14.198 demandantes respectivamente figuran relacionados en un disco compacto que se adjunta a la presente sentencia frene a la Administración Concursal y Forum Filatélico S.A., representado por el Procurador el Sr. Rodríguez Nogueira, debo declarar no haber lugar a modificar la calificación del crédito del demandante, imponiendo las costas del incidente a la parte demandante”.

Contra dicha resolución se formulo protesta por parte de la representación procesal de FORUM FILATELICO SA.

SEGUNDO. – Por el Juzgado de lo Mercantil nº 7se dicto auto, con fecha 15 de enero de 2009, en el procedimiento de concurso nº 209/2006, cuya parte dispositiva establecía:

“Se aprueba el plan de liquidación presentado en este Juzgado por la Administración Concursal en el fecha de 8 de octubre de 2008 con las siguientes modificaciones:

Las subastas se anunciaran en todo caso por los edictos que se publicaran en el tablón de anuncios del juzgado.

Las enajenaciones directas de bienes deberán ser autorizadas judicialmente.

En el caso de que las subastas de mobiliario y material informático resulten desiertas, se intentara la venta directa, estableciéndose a tal fin un plazo de tres meses, transcurrido en el cual, sin conseguir la venta, se podrá donar los bienes a organizaciones no gubernamentales sin animo de lucro.

Se elimina el tercer párrafo de la pagina 45 de la propuesta de plan de liquidación en que se hace referencia a los acreedores con créditos del ICO; se elimina la referencia a créditos del ICO en el primer párrafo de la pagina 46 y se elimina el paréntesis” (no los créditos del ICO) “del cuarto párrafo de la pagina 47”.

TERCERO. – Por la representación de FORUM FILATELICO SA se interpuso recurso de apelación contra el mencionado auto de 15 de enero de 2009, haciendo valer la protesta que en su día hizo constar ante la sentencia de 2 de junio de 2008, relativa a la clasificación de determinados créditos en el concurso, con la finalidad de apelar tal resolución.

CUARTO. – Admitido por el juzgado el recurso de apelación y tramitado en legal forma, se ha dado lugar a la formación del presente rollo, que se ha conseguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 15 de junio de 2010.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

QUINTO. – En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Las demandas, unificadas en su tramitación por medio del cause de la acumulación procesal, que dieron lugar al presente incidente de impugnación de la lista de acreedores elaborada por la administración concursal de FORUM FILATELICO SA perseguían, fundamentalmente, que los créditos de pluralidad de impugnantes mejorasen en la clasificación que aquella les asignaba.

La sentencia apelada rechazó tal pretensión al considerar que la clasificación que les otorgó la administración concursal fue la correcta. Resulta ciertamente peculiar que dicha resolución judicial, desestimatoria de las pretensiones formuladas en la demanda, sea solo apelada por la concursada demandada para que, en contra del criterio de los propios demandantes, que han consentido la sentencia, se declare como crédito ordinario el clasificado con subordinado por la administración concursal. Esta circunstancia marcará la suerte del recurso, como expondremos a continuación.

SEGUNDO.- Tanto en el auto de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2008, como la procedente sentencia de 2 de julio de 2010 y en otras ulteriores, este tribunal abordó la problemática relativa a la legitimación de la concursada para postular por vía incidental una mejora en el trato que uno o varios acreedores hubieran podido recibir en el informe de la administración concursal en relación con la cuantía o con la clasificación de sus créditos. Partiendo del reconocimiento de la amplitud con el artículo 96.1 de la Ley Concursal reconoce la legitimación para impugnar el inventario y la lista de acreedores se indicó en dichas resoluciones que ello no podía llevar a un extremo tal que el informe de la administración concursal se mostrase lo mas fiel y exacto posible o invocando interés de otros intervinientes en el proceso concursal, pues ello llevaría al reconocimiento de una especie de acción pública o popular en relación con el inventario o la lista de acreedores. Se dijo también que, si bien la expresión “cualquier interesado” debía considerarse mas amplia que la de “titular de un derecho subjetivo” y que la de “titular de un interés directo”, sin embargo, habría de tratarse en todo de un sujeto de derecho con un interés que no puede identificarse con la defensa abstracta de la corrección del informe ni con la defensa de intereses ajenos. Pese a reconocer en abstracto al concursado como

uno de los posibles legitimados para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, se dijo que esa actitud potencial o abstracta para ser uno de los legitimados en la impugnación exigía, para convertirse en una actitud real y efectiva que le dotase de la oportuna legitimación, un añadido: que los extremos objeto de impugnación supusiera, para el impugnante, algún tipo de perjuicio o gravamen, aunque no fuera necesariamente directo, real y actual sino, como consecuencia de la amplitud de la expresión utilizada, indirecto, potencia o futuro. Concluían dichas resoluciones indicando que cualquier otra interpretación llevaría a la conclusión absurda de que todos, absolutamente todos los sujetos de derecho, estarían legitimados para impugnar el inventario y la lista de acreedores, pues cualquiera podría invocar un interés abstracto en la regularidad del proceso concursal y en que el informe de la administración concursal fuese lo mas fiel y exacto posible, y en defender los intereses de todos los intervinientes en el procedimiento, conclusión a todas luces absurda.

En el presente litigio, al igual que sucedía en el examinado por la resoluciones comentadas, FORUM FILATELICO SA no ha alegado de qué modo el reconocimiento a varios de sus acreedores de una clasificación mas beneficiosa de la que recibieron respecto de una parte de sus créditos podría suponerle un beneficio, aunque fuera indirecto, potencia o futuro. Y, como se señaló también en el referido auto de 4 de diciembre de 2008 no es procedente que el tribunal realice alambicados ejercicios de imaginación para considerar cuales pudieran ser tales beneficios (que habría de ser legítimos, naturalmente) que la lógica de un procedimiento concursal excluye a priori, puesto que en principio ningún beneficio para el concursado puede suponer una mejora en la clasificación de algunos de los créditos que integran la masa en detrimento de los restantes de inferior categoría. Debe indicarse al respecto que, como señalábamos en la sentencia de 2 de julio de 2010, el hecho que con posterioridad a la mencionada resolución en el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo haya modificado el artículo 96 de la Ley Concursal (de manera que donde antes se hablaba de “cualquier interesado” ahora se habla de “las partes personadas”) no modifica esencialmente la cuestión. Así lo pone de relieve el último inciso de la redacción resultante de dicha reforma en el que, a la hora de mencionar a quienes no tengan aun la condición de “partes personadas” en el momento procesalmente propicio para la impugnación, se refiere a ellos con la expresión “...los demás interesados...”, señal inequívoca y elocuente de quienes se encuentren ya personados en tal momento y aspiren a formular por vía incidental el tipo de acción impugnatoria que contempla el precepto, habrán de ostentar también, cuando menos, esa misma condición de “interesados” que de un modo tal vez mas explícito exigía su primitiva redacción.

En suma, nos encontramos con que, aplicando la procedente doctrina al supuesto ahora contemplado, una hipotética conceptualización de FORUM FILATELICO SA como coadyuvante de la parte actora, sin que aquella se haya personado nunca como tal, en lo referente a la clasificación de los créditos de los demandantes por la revalorización, si bien le otorgaría legitimación para recurrir en apelación al poderse apreciar que la sentencia desestimatoria le ocasiono, cuando menos formalmente, un gravamen, nunca permitiría soslayar el hecho de dicha entidad adolecería, en todo caso, de un déficit de legitimación originaria en relación con el ejercicio una pretensión por la que se aspira a que, mediante la modificación de la lista de acreedores, se confiara a una parte de los créditos determinada clasificación (la de ordinarios frente a los subordinados) que solamente para dichos acreedores resulta provechosa.

TERCERO. – En todo caso, la concursada, sometida al régimen de suspensión, carecería de legitimación para instar la resolución de los contratos tanto en interés

del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 61.2 de la Ley Concursal, como por la alegada imposibilidad sobrevenida, en atención al Art. 54 de la Ley Concursal. Precisamente, su pretensión de clasificación como ordinario del crédito por revalorizaciones se fundaría en la resolución de los contratos que ni siquiera podría interesar a la concursada, por lo que nunca podría prosperar la pretensión extrañamente introducida por ella en una contestación a la demanda que sustenta en distinta causa de pedir que la articulada y luego abandonada por los demandantes, que han consentido la sentencia.

CUARTO. – Asimismo, debemos añadir, antes las alusiones contenidas en el recurso de FORUM FILATELICO SA a las valorizaciones conferidas a las plusvalías, que entiende deberían referirse a una fecha temporal distinta de la tomada en cuenta por la administración concursal, lo que pudiera suponer alguna influencia en el quantum de aquellas, y a fin de despejar cualquier duda al respecto, que el Art. 96.1 de la Ley Concursal establece un plazo para la impugnación de la lista de acreedores, prescribiendo el Art. 96.4 que dicha impugnación habría sustanciarse por los tramites del incidente concursal, en cual deberá iniciarse (artículo 194.1 de la Ley Concursal) por la demanda formulada en la forma prevista en el Art. 339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A su vez, el Art. 97.1 de la Ley Concursal, bajo la rubrica “Consecuencias de la falta de impugnación”, establece que “quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrían plantear pretensiones de modificación de contenido de estos documentos...”, lo que ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de recurrir contra las modificaciones de aquellos documentos que introdujeran como consecuencia de haber prosperado las impugnaciones que otros hubiesen formulado que el mismo precepto reconoce, y de la posibilidad de intervenir en el incidente de impugnación coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido, como aplicación particular de la regla establecida en el Art. 193.2 de la Ley Concursal. Así las cosas, debemos concluir que si la concursada pretendía cualquier modificación de la lista de acreedores extraña a la solicitada en el escrito iniciador del expediente, debió interesarla formulando temporáneamente la correspondiente demanda incidental al efecto, sin que pudiera admitírsele que buscara vías alternativas que supondrían la extemporaneidad de su actuación.

QUINTO.- Por todos los razonamientos procedentes procede rechazar el recurso. En consecuencia, las costas derivadas de la apelación deben ser impuestas a la parte apelante, tal como lo prevé el Art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a los artículos 394 del mismo cuerpo legal y 196.2 de la Ley Concursal.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, este tribunal emite el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de FORUM FILATELICO SA contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el incidente concursal nº 219/2007 (y 221/2007 a él acumulado) derivado del concurso necesario nº 209/2006.

E imponemos a la parte recurrente las costas derivadas de esta segunda instancia.

Así, por nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal, según consta en el

encabezamiento de esta resolución.

CUARTO.- La meritada Sentencia le ha sido notificada el día 23 de Julio de 2010, por lo que antes de que transcurran los 30 días de plazo conferidos legalmente desde dicha fecha, se interpone el presente **RECURSO DE AMPARO.**

QUINTO.- Se acompañan, pues, copias de las dos resoluciones dictadas, la primera por el Juzgado Mercantil número 7 de Madrid, y la segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (**Documentos números 1 y 2**).

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMER MOTIVO.- VULNERACIÓN DEL DERECHO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN SU VERTIENTE DE ACCESO A LA JURISDICCION (ARTICULO 24.1 CE).

Hemos de hacer hincapié, en primer lugar, para centrar el devenir del recurso que aunque mi mandante fue tenido como parte apelante en el proceso del que se trata, y como tal fue emplazado y realizó alegaciones en apoyo de su recurso, y obtuvo tramitación y por último respuesta jurisdiccional formal desestimatoria de la petición mediante una resolución judicial en segunda instancia, ello no integra -como

desarrollaremos en este recurso- en absoluto el derecho a la respuesta judicial que se reprocha en el presente recurso de amparo, que no es otra que la petición **de una resolución sobre el fondo de la reclamación, esto es, reconocimiento de las revalorizaciones de los contratos de Forum filatélico como créditos ordinarios y no como subordinados-** denunciándose que la resolución se adentra -tras haber admitido y tramitado el recurso- en un desajustado razonamiento que lleva a no conceder la pretensión con fundamento, no en un análisis jurídico de la procedencia o no de tal modificación del inventario y lista de acreedores solicitada, sino en simple aspecto de índole procesal-formal tal cual es la falta de legitimación, que articula en base a dos principios la exigencia de interés en el ejercicio de la acción en la coadyuva y en la imposibilidad de obtener la concursada el reconocimiento de tal modificación porque-según la resolución- nunca puede ejercitar-ni siquiera por vía del coadyuvante las acciones que les están vedadas en el ámbito del concurso cual es la “necesaria resolución del contrato” para obtener dichas revalorizaciones y ello al amparo de lo previsto en el artículo 61.2 de la ley concursal

Como aspecto de importancia destacamos que esta misma Sala había dictado OCHO resoluciones en procedimientos anteriores en la que se concedía a los reclamantes acreedores que ejercitaron la acción incidental de modificación de lista de acreedores y calificación de créditos -esta pretensión calificando las revalorizaciones como crédito ordinario y no subordinados-, **por lo que, la desestimación que hoy es objeto de este recurso, sólo obedece a esa ya manifestada falta de legitimación que argumenta la Sentencia, sin entrar al fondo del asunto, que hemos visto estaba prejuzgada en virtud de las**

anteriores resoluciones que se comentan; No hay ninguna duda pues de que de haberse reconocido esta legitimación, la demanda habría sido estimada en este extremo.

En efecto aquellas sentencias dictadas por la misma sala y que constituyen el fundamento del tercer motivo de este recurso incorporan un extenso razonamiento que le llevan a estimar el recurso:

“ ..reconocer a los acreedores demandantes que las cantidades que figuraban en el listado de la administración concursal como subordinadas proel concepto de revalorizaciones filatélicas han de ser calificadas como crédito ordinario la revaloración forma parte del propio”

Estas sentencias son aportadas con ocasión del TERCER MOTIVO del recurso. Las mismas resoluciones nos indican que la concesión de tales revalorizaciones como crédito ordinario jamás se condicionaron al ejercicio de la acción de resolución del contrato.

Por tanto, el debate de este recurso se centra, no haber proporcionado la resolución recurrida respuesta sobre el fondo al recurrente al negarle la legitimación para pedir lo que solicitaba en su escrito de contestación a la demanda, y ulteriormente planteó en su recurso de apelación.

Sentado lo anterior, hemos de referir que sin duda el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva **consiste en obtener una resolución de fondo**, lo que no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, -normalmente los tramites de inadmisión impiden alegaciones sobre el fondo; en el presente caso se tramitó el recurso de apelación y fue en Sentencia

cuando se aprecia la falta de legitimación- siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución, y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, pues, como se ha declarado también reiteradamente por el Tribunal constitucional, *«en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos»* (por todas, STC 203/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 203] , F. 3), dado que nos encontramos «ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina constitucional, despliega su máxima eficacia *“el principio pro actione”*, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad» (STC 220/2003, de 15 de diciembre [RTC 2003, 220] , F. 3).

Por tanto, los Tribunales, *«quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme “al principio pro actione”, con interdicción de aquellas*

decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 88/1997, de 5 de mayo [RTC 1997, 88] , F. 2; 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252] , F. 2; 188/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 188] , F. 4; 3/2004, de 14 de enero [RTC 2004, 3] , F. 3; y 112/2004 [RTC 2004, 112] , citada)».

Sentados estos parámetros, entramos en el análisis de la resolución recurrida.

El primer aserto que cabe manifestar, es que la resolución **reconoce a la recurrente la condición de coadyuvante en los términos del artículo 193.2 de la Ley concursal**; y en este punto señala a tal efecto-página 7 de la resolución:

“En suma, nos encontramos con que aplicando la precedente doctrina al supuesto ahora contemplado, una hipotética actuación de FORUM FILATÉLICO, S.A. como coadyuvante de la parte actora, sin que aquélla se haya personado nunca como tal, en lo referente a la clasificación de los créditos de los demandantes por la revalorización, si bien le otorgaría legitimación para recurrir en apelación al poderse apreciar que la Sentencia desestimatoria le ocasionó, cuando menos formalmente, un gravamen...”

Ninguna duda cabe pues de cual es la consideración de mi mandante, y su causa de pedir en el procedimiento incidental.

Pero la Sentencia añade -para negar un pronunciamiento sobre las revaloraciones del mismo tenor de los que ya habían tenido lugar en

incidentes anteriores-, que esta consideración de coadyuvante-mismo párrafo de la pagina 7-

..” nunca permitiría soslayar el hecho de que dicha entidad adolecería, en todo caso, de un déficit de legitimación originaria en relación con el ejercicio de una pretensión por la que se aspira a que, mediante la modificación de la lista de acreedores, se confiera a una parte de los créditos determinada clasificación (la de ordinarios frente e la de subordinados) que solamente para dichos acreedores resulta provechosa”.

En definitiva, no concede ni entra en la petición deducida en la contestación a la demanda incidental y en el recurso de apelación planteado por considerar que se carece de esa “*legitimación ordinaria*”, concepto que acuña la Sentencia que le permite negar pronunciamiento sobre el fondo.

El argumento que plasma la resolución y en definitiva supone la desestimación de la pretensión, tiene por fundamento entender que quien recurre en Apelación no son los perjudicados que instaron inicialmente el incidente cuya Sentencia, falta de articulación del recurso de aquellos -que interpreta la sala- le privan a mi representada de legitimación para obtener una resolución favorable del alcance de las ya pronunciadas.

El fundamento de tal postura es recogido en la propia resolución, afirmando que en su auto de fecha 4 de Diciembre de 2008, ya fijó una postura sobre la legitimación de la concursada en relación a pretensiones que, según la resolución, favorecen a otros y no a quien insta el incidente, de este modo afirma:

“ tanto en el auto de la sección 28 de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 4 de Diciembre de 2008, como en la precedente sentencia de 2 de Julio de 2010, y otras ulteriores este tribunal abordó la problemática relativa a legitimación de la concursada para postular por vía incidental una mejora en el trato que uno o varios acreedores hubieran podido recibir en el informe de la administración concursal en relación con la cuantía o con la clasificación de sus créditos, Partiendo del reconocimiento de la amplitud con la que el artículo 96 1 de la Ley

Concursal reconoce la legitimación para impugnar el inventario y la lista de acreedores, se indicó en dicha resolución que esa amplitud no podía llevar a un extremo tal que cualquiera pudiera impugnados invocando la conveniencia de que el informe de la administración concursal s muestre lo más fiel y exacto posible o invocando el interés de otros intervinientes en el proceso concursal], pues ello llevaría al reconocimiento de una especie de acción pública o acción popular en relación con el inventario o la lista de acreedores, Se dijo también que, si bien la expresión "cualquier interesado" debía de considerarse una expresión más amplia que la del titular de un derecho subjetivo" y que la de "titular de un interés directo", habría de tratarse en todo caso de un sujeto de derecho con un interés que no puede identificarse con la defensa abstracta de la corrección del informe ni con la defensa de intereses ajenos. Pese a reconocer en abstracto al concursado como uno de los posibles legitimados para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores, se dijo que esa aptitud potencial o abstracta para ser uno de los legitimados en la impugnación exigía, para convertirse en una aptitud real y efectiva que le dotase de la oportuna legitimación, un añadido: que los extremos objeto de impugnación supusieran, para el impugnante, algún tipo de perjuicio o gravamen, aunque no fuera necesariamente directo, real y actual sino, como consecuencia de la amplitud de la expresión utilizada, indirecto, potencial o futuro, Concluían dichas resoluciones indicando que cualquier otra interpretación llevaría a la conclusión absurda de que todos, absolutamente todos los sujetos de derecho, estarían legitimados para impugnar el inventario y la lista de acreedores, pues todos los sujetos de derecho podrían invocar un interés abstracto en la regularidad del proceso concursal y en que el informe de la administración concursal sea lo más fiel y exacto posible, y en defender los intereses de todos los Intervinientes en el procedimiento, conclusión a todas luces absurda,

En definitiva, la resolución que parte de reconocer a mi mandante la condición de coadyuvante en la pretensión de los recurrentes, que le admite y tramita un recurso de apelación que ha articulado con fundamento en su condición de coadyuvante, niega pronunciamiento sobre el fondo por la única razón de que quien recurrió la Sentencia solo fue esta entidad, exigiendo la concurrencia de un legítimo interés, o acreditación del perjuicio prescindiendo del análisis de que supone esta condición de coadyuvante establecida en el artículo 193.2 de la Ley Concursal, creando, en definitiva de forma arbitraria y al margen de cualquier regulación o referencia legal – la categoría de “*legitimación Original*”, eufemismo que según la Sala contemplaría la situación procesal que tienen los interesados para usar los cauces incidentales de la Ley concursal con fundamento en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, negando que el concursado por esta vía del coadyuvante puede instar aspectos si no acreditan un legítimo interés o, en su caso sean aquellas situaciones que se discuten,

eventualmente perjudiciales.

Se afirma en la resolución que:

“En el presente litigio, al igual que sucedía en el examinado por la resoluciones comentadas, FORUM FILATELICO SA no ha alegado de qué modo el reconocimiento a varios de sus acreedores de una clasificación mas beneficiosa de la que recibieron respecto de una parte de sus créditos podría suponerle un beneficio, aunque fuera indirecto, potencia o futuro..”:

.....Y concluye,

“Debe indicarse al respecto que, como señalábamos en la sentencia de 2 de julio de 2010, el hecho que con posterioridad a la mencionada resolución en el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo haya modificado el artículo 96 de la Ley Concursal (de manera que donde antes se hablaba de “cualquier interesado” ahora se habla de “las partes personadas”) no modifica esencialmente la cuestión. Así lo pone de relieve el último inciso de la redacción resultante de dicha reforma en el que, a la hora de mencionar a quienes no tengan aun la condición de “partes personadas” en el momento procesalmente propicio para la impugnación, se refiere a ellos con la expresión “...los demás interesados...”, señal inequívoca y elocuente de quienes se encuentren ya personados en tal momento y aspiren a formular por vía incidental el tipo de acción impugnatoria que contempla el precepto, habrán de ostentar también, cuando menos, esa misma condición de “interesados” que de un modo tal vez mas explicito exigía su primitiva redacción.

Es decir “*prima facie*”, reconoce que la figura del coadyuvante le proporciona legitimación para recurrir en apelación, pero luego le exige la

alegación del perjuicio o del intereses legítimo, aspecto que infiere se deduce de la legislación concursal mencionada, reconociendo que formalmente la Sentencia le supuso un gravamen, pero manifiesta que se carece de legitimación porque no se acredita-ni ha sido alegado interés alguno- que permita que **“mediante la modificación de la lista de acreedores, se confiera a una parte de los créditos determinada clasificación (la de ordinarios frente e la de subordinados) que solamente para dichos acreedores resulta provechosa.**

Este análisis es totalmente restrictivo de la conformación de la figura histórica en nuestro Derecho del coadyuvante; de la naturaleza del incidente concursal y le priva de facto, al recurrente, de la posibilidad de la revisión de su pretensión en cuanto al fondo -insistimos ya estimada en supuestos idénticos por la Sala, y adicionalmente es gravemente inexplicativa- falta de motivación en tanto en cuanto en ningún momento razona por qué esta clasificación solo es provechosa para los acreedores, y porque no habría de tener interés legítimo-suponiendo que esa exigencia sea exigible a la vista de la interpretación que introduce de la reforma del año 2009 - y no para la concursada.

La genérica manifestación del provecho solo para el acreedor, es manifiestamente lineal, falta de explicación y opinable en grado sumo, habida cuenta que a título de ejemplo el reconocimiento de crédito ordinario les proporciona a sus tributarios un voto cualificado en el convenio, o que los contratos sean calificados como mercantiles y no como financieros; o que no se trataba de contratos simulados sino plenamente reales y operativos y por ultimo que no eran un solo negocio sino tres contratos con plena eficacia,-aspecto que se erigían en fundamento de la causa de pedir en nuestra contestación adhiriéndonos a la petición de los acreedores en el particular del reconocimiento como ordinario de las

revalorizaciones, petición que se articulaba con fundamento en legítimo interés y provecho de forum filatélico. No se puede afirmar pues de forma apriorística en la resolución la pretensión solo aprovecha a los acreedores y no a la concursada, prescindiendo del contenido de las pretensiones deducidas en su escrito de contestación mediante el cual coadyuvo en la pretensión del instante del incidente.

En el caso que nos ocupan los recurrentes son casi quince mil personas y puede entenderse que el acuerdo y el reconocimiento de sus créditos puede ser vital para el desarrollo del concurso. Por tanto no es solo que le falte explicación a la resolución -al final niega legitimación porque no se acredita interés y solo provecho para el acreedor-, sino que la aseveración y juicio que condiciona la resolución es, al ser meramente subjetivo totalmente arbitrario ex artículo 9° 3 de la CE.

La resolución, es además, gravemente contradictoria al habilitar un trámite de recurso de apelación, negando a la postre en la resolución la legitimación para articularlo sin entrar en el fondo, inventando de forma artificial un desglose de legitimaciones -ad causam y ad procesum- que en modo alguno contempla la norma siendo por tanto una interpretación totalmente rechazable desde un punto de vista constitucional, en cuanto a través de una interpretación restrictiva de una norma que habilita una concreta intervención procesal, le niega su virtualidad de alegación negando una decisión sobre el fondo, con un argumento difícilmente conciliable con la seguridad jurídica utilizando el término “**déficit de legitimación originaria**” que en el contexto de la Sentencia, es referida a aquella acción procesal legítima -en cuanto prevista en la Ley,- a la que le niega virtualidad ex post por entender que el ejercicio de la pretensión no es preconizable en el momento de articular el recurso,- aunque en abstracto se le reconozca- porque en el momento de tal ejercicio, se vincula la suerte de la pretensión con el mantenimiento de esta por quien accionó.

No podemos olvidar, en este sentido, que la propia resolución al contemplar las posibles acciones de la concursada, le niega incluso la posibilidad del éxito del incidente que según la misma no le beneficie o sólo beneficie a otros (mención del auto de 4 de Diciembre de 2008).

Es necesario, pues, centrarse en el análisis de la figura del coadyuvante que regula la Ley Concursal en su artículo 193.2 de la Ley concursal.

Establece este artículo que:

*“cualquier persona comparecida en el **concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal**, coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria”.*

No hay duda, en primer lugar, de que coadyuvante puede serlo cualquier parte, -la resolución reconoce que la concursada lo es en cuanto que en su contestación a la demanda apoyó la pretensión del actor que promueve el incidente relativa a que, las revaloraciones tiene la características de crédito ordinario.

En segundo lugar, en lo que importa al presente Recurso, la intervención del coadyuvante en la ley es plenamente autónoma, y ello nos lleva a la conclusión de que el coadyuvante una vez que ha manifestado su apoyo a una tesis de una u otra parte la hace suya y se le confiere legitimación para articularla por si misma, y al margen de la postura procesal que procesalmente adopten aquellos a los que se adhirió en la petición; no entender esta autonomía como posibilidad de articular su pretensión con todo el alcance y derecho a un pronunciamiento sobre el fondo sería contrario al artículo 24 de la Constitución y a la interpretación

que a esta figura nacida en el ámbito del derecho administrativo -se ha dado en aquella jurisdicción en la que en su regulación anterior- artículo 95 de la LJCA se impedía expresamente que dicho coadyuvante interpusiera los recursos si no lo hacía aquel con el que coadyuvaba, resultando que la aprobación de la Constitución de 1978 llevó aparejada la derogación tacita de este artículo permitiendo al coadyuvante articular con plena autonomía su pretensión en aquel proceso.

En efecto las Sentencia **Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª)** Sentencia de 5 marzo 2001,RJ 2001\1091, refiere:

“el artículo 24.1 de ésta reconoce por igual el derecho a la tutela judicial efectiva tanto a los titulares de derechos como a los que lo son de intereses legítimos, y de aquí que una jurisprudencia reiterada viniese entendiendo que la prohibición impuesta al coadyuvante en el artículo 95.2 (antiguo) para interponer autónomamente recurso de apelación debía considerarse derogada por estar en abierta contradicción con el aludido artículo 24.1 de la Constitución. Asimismo se razonaba en las indicadas Sentencias diciendo que si la Constitución rompió la clásica diferenciación entre parte principal –Administración– y parte accesorio –coadyuvante– abriendo el camino para que ésta pudiese utilizar con independencia de aquélla el recurso de apelación.

Por su parte la Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 17 abril 1999 RJ 1999\4144

“es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara que «de estimarse la inadmisibilidad de la apelación, se incurriría en una quiebra del principio constitucional de tutela judicial efectiva -art. 24.1 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)-, lo que por sí solo basta para su rechazo» (SSTS 3-10-1989 [RJ 1989\7217], 22-5-1991 [RJ 1991\4184] y 19-4-1994 [RJ 1994\3006])

La ley concursal prevé de forma expresa esta figura, y le proporciona aun mayor autonomía en el texto de la ley hasta el punto de atribuirle una

intervención con plena autonomía, palabra que incluida en el precepto legal solo es concebible como “*independencia*” plena de aquel con el coadyuva, sin que la postura de aquel afecte o no sus legítimos derechos una vez se ha erigido en tal parte coadyuvante, y ello que puede ser contradictorio con el termino coadyuvar es plenamente coherente con la regulación del incidente concursal que prevé la participación de todo aquella persona comparecida con interés en el concurso.

Por tanto, la resolución dictada vulnera el tenor literal del artículo 193.2 que tiene un doble alcance, el estrictamente procesal permitiendo ser parte en los debates incidentales a cualquier personado y un alcance de total independencia que le atribuye al facultad de alegación y/o recurso al margen de a quien haya apoyado en su intervención, y el subsiguiente derecho a una resolución sobre el planteamiento que deduzca al margen de que haya sucedido con el primigenio mentor del mismo.

En definitiva, la resolución ahora dictada, no se pronuncia sobre el fondo y lo hace exigiendo lo que no consta regulado en la legislación concursal, entendemos pues que la autonomía que establece el artículo 193.2 y la regulación expresa de la figura del coadyuvante, hace inexigible los requisitos que exige la Sala para su resolución y que en consecuencia su decisión de falta de legitimación y ausencia de pronunciamiento sobre el fondo, vulneran el principio de tutela efectiva de Jueces de Jueces y Tribunales en su faceta de acceso a la jurisdicción.

En definitiva entendemos que la sentencia subvierte la figura del coadyuvante-que posiciona a este en la misma situación que al actor y sus pretensiones-y le niega legitimidad por carecer de interés y provecho aspectos no contemplados en la norma-artículo 193.2 LC y desde luego no incluidos en el tenor del artículo 92 de la LC-pero en todo caso, la

resolución no explica-supuesto que la exigencia estuviera contemplada en la ley-porque en el caso que nos ocupa, dicho interés no concurre en la concursada.

Consciente de la debilidad de su argumento-la exigencia de un requisito que repugna a un ortodoxo entendimiento de la figura del coadyuvante- la sentencia añade otro argumento que expresa del siguiente modo en su Fundamento de Derecho tercero:

“En todo caso, la concursada, sometida al régimen de suspensión, carecería de legitimación para instar la resolución de los contratos tanto en interés del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 61.2 de la Ley Concursal, como por la alegada imposibilidad sobrevenida, en atención al Art. 54 de la Ley Concursal. Precisamente, su pretensión de clasificación como ordinario del crédito por revalorizaciones se fundaría en la resolución de los contratos que ni siquiera podría interesar a la concursada, por lo que nunca podría prosperar la pretensión extrañamente introducida por ella en una contestación a la demanda que sustenta en distinta causa de pedir que la articulada y luego abandonada por los demandantes, que han consentido la sentencia”.

Tal posicionamiento no es admisible por dos razones:

a) Porque supone subvertir la figura del coadyuvante, que es aquel que asume la posición de instante del incidente en todos sus extremos y argumentos, que son expresamente objeto en el escrito de contestación en lo que se refiere a las revaloraciones, haciendo pues suya aquella posición del instante aunque fuera renunciada por este según hemos venido explicando. .

b) Porque en el caso que nos ocupa no hubo resolución de contrato que diere lugar a la estimación de las revaloraciones, sino que estas fueron concedidas por esta misma sala, sin tal exigencia, por lo

que mal se le puede imputar a mi mandante no tener cauce para pedir la revalorizaciones al no poder ejercitar esa vía de resolución, si los acreedores-que si tiene legitimación para tal petición-no han visto satisfechos sus pretensiones con fundamento en la previa resolución del contrato sino al margen de resolución alguna

En efecto establecen las sentencias que han sido objeto de comentario y aportación en el siguiente motivo, recogiendo otra anterior de fecha 12 de marzo de 2010 (rollo 327/09) que:

“Como indicábamos en la citada resolución en sede de proceso penal seguido ante la Audiencia Nacional(intervención ordenada por el Juzgado central de instrucción numero 5)no se decreto la resolución de los contratos de Forum, que como los tipo abono o similares preveían obligaciones reciprocas.pero si se dejaron en suspenso por resolución judicial las que incumbían a los clientes, por lo que al tiempo de declararse este solo estaban pendientes del cumplimiento las que afectaban a Forum.Desde entonces no se han reactivado las obligaciones que hubieran podido existir a cargo de los clientes a los que no consta se les hayan exigido los actos de cumplimiento para acceder al reconocimiento de sus créditos. Por otro lado tales obligaciones de los clientes carecen de posibilidad de reactivación puesto que se paso sin solución de continuidad de la situación de suspensión a la de cese de la actividad filatélica que se decreto de inmediato en sede del concurso.Por lo que aunque no estuviesen resueltos los contratos entre Forum y sus clientes pues se hallaban en vigor al tiempo declaración del concurso y esta pos si sola no afectaba a la vigencia ulterior de la relación contractual-y no se han ejercido tampoco las acciones resolutorias al efecto (la de los artículos 61.2 y párrafo y 62 de la ley concursal.”)

No hay ninguna duda de que la propia sala establece que no se ha ejercitado acción resolutoria alguna por los acreedores, y ello no le impide en el fundamento de derecho quinto razonar el reconocimiento de los créditos como ordinarios y no subordinados (***...declaramos que procede el reconocimiento como crédito ordinario de las cantidades que en el listado de la administración concursal se reseñaban como subordinadas a favor de los acreedores demandantes por el concepto de revaloraciones filatélicas..”***, .

El argumento pues que utiliza la sala es totalmente contradictorio con el que se plasmó en estas resoluciones anteriores, y acreditadamente arbitrario en cuanto exige un condicionamiento de ejercicio de la acción cuya legitimación le niega con fundamento en un argumento incierto; cual es afirmar que ***“su pretensión de clasificación como ordinario del crédito por revalorizaciones se fundaría en la resolución de los contratos...”***

En consecuencia, si la falta del reconocimiento de la legitimación para pronunciarse sobre el fondo es que la concursada no puede ejercer la acción de resolución y que el reconocimiento de la modificación del crédito pasa por instar dicha resolución, concluimos que la sentencia cae por su propia base, porque no es cierto que no coincidan-o puedan coincidir- las pretensiones de acreedores y concursada, por no poder hacer dicha concursada el planteamiento procesal que se exige-la acción resolutoria-, por la prístina razón de que el acreedor no la ejerció y lo que la sentencia llama “abandono de los demandantes” , es suplida por la asunción de su posición procesal de la concursada como tal coadyuvante, de tal modo que esta hace suyas de forma legítima aquellas pretensiones inicialmente deducidas con la demanda incidental.

SEGUNDO MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTÍCULO 24. 1 de la CE TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES. Falta de motivación en la Sentencia. Arbitrariedad manifiesta en su razonamiento.

El Tribunal Constitucional ha sentado una reiterada doctrina según la cual el artículo 24.1 no garantiza el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación del Derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho.

Y en relación a esta dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), la STC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 214) , afirma que *«cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos procesales típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irracionalidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento que merezca tal nombre»*, criterio que hemos reiterado posteriormente (por todas, STC 96/2006, de 27 de marzo [RTC 2006, 96] , F. 6).

El anterior motivo se centraba precisamente en el aspecto procesal de la Tutela efectiva en cuanto se reprocha a la Sentencia una falta de respuesta y pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto, es decir, la petición de modificación de la calificación del crédito en lo que respecta a las revaloraciones, el presente motivo completa ese reproche en el sentido de que la razón última que lleva al Tribunal a negar dicho pronunciamiento es que la parte no ha alegado ni ilustrado a la Sala en momento alguno sobre lo perjudicial de tal calificación o que tenga interés legítimo en esa pretensión deducida; por tanto, **es el concepto interés como requisito adicional a la estricta habilitación procesal del coadyuvante establecida en el artículo 193.2 la que reprochamos en este recurso**, en tanto en cuanto en lugar alguno de la legislación se

exige ese plus de justificación, resultando por ello la resolución arbitraria.

Ya hemos visto que la regulación de la figura del coadyuvante desde la entrada en vigor de la constitución cambio radicalmente en el ámbito en que se creó-al margen de su actual vigencia y eficacia- y se le proporcionó cauce procesal esta figura, resultando que a la postre el coadyuvante tenía plenas facultades para instar sus propias posiciones procesales al margen de aquel con quien coadyuvó. La ley de Enjuiciamiento Civil extendió ya al procedimiento la posibilidad de intervención de terceros; y la Ley Concursal sustancialmente más vanguardista, ya reconoce expresamente al coadyuvante su posibilidad procesal autónoma de hacer valer sus derechos; la Sala con su posición impide esta actuación y lo hace de modo arbitrario, no solo porque introduce un debate que no está en la legislación “*creando*” la categoría de “*justificar el interés legítimo*”, lo que es una evidente restricción al “*principio pro accione*”, en cuanto no se encuentra recogida en la legislación justificando una falta de legitimación y una resolución sobre el fondo de la cuestión.

Pero no es solo que la Ley no pida o exija esta justificación que ahora plantea la Sentencia, sino que además, puesto a exigir ese interés, tampoco razona porque, la pretensión que deduce nuestra entidad carece de interés para el recurrente, o viéndolo desde otro prisma, porque solo concede provecho al acreedor; por haber negado el interés de esta parte tendría que haber explicado porque ese cambio de calificación de las revaloraciones a crédito ordinario en vez de crédito subordinado supone solo provecho para dicho acreedor, o porque no es de interés

para la empresa concursada, y aunque a los meros efectos dialecticos fuera así, tendría que haber explicado la razón de tal percepción.

Nuestra posición, es que es absolutamente insostenible que la calificación de un crédito como subordinado “per se” y en abstracto sea beneficioso para la empresa, y en consecuencia la petición de su conversión a ordinario, subsiguientemente tenga que ser perjudicial para ella, ya hemos explicado anteriormente, a titulo de ejemplo, que la calificación de ordinario del crédito posiciona a los acreedores preteridos a la subordinación del crédito y con ello a una falta de interlocución y relevancia en la proyección de acuerdos sobre el convenio; pero nuestro reproche no se ciñe a la mera hipótesis, sino a la mas absoluta de la realidades, habida cuenta que la Sala **ya ha dictado resoluciones estimando los recursos interpuestos -en aquellos incidentes recurridos- tanto por los acreedores como por la ahora recurrente, que reconoce expresamente aspectos que son de evidente y notorio interés particular para Forum Filatélico, SA,** y estos son que esos créditos fuesen calificados como ordinarios, a efectos liquidatorios, se podrá entender que cuanto más se pague, menos deberá la concursada, y los créditos subordinados es sabido y conocidos por todos que únicamente serán satisfechos después de pagados todos los demás, y si la empresa piensa y sabe que con sus clientes llegó al entendimiento de que las revalorizaciones deberían de ser abonados como tales, y no como intereses, es obvio y evidente que quiera y deba -y el Juzgado del concurso debiera velar por ello- cumplir con lo pactado con ellos, subsiguientemente, tiene evidente interés en que esos créditos sean calificados como se indica a efectos de la pieza de liquidación.

La resolución en su falta de razonamiento motivador, prescinde de un hecho fundamental, y es que para llegar a la solicitud de que los créditos objeto de recurso han de ser considerados como ordinarios ya se esgrimieron y formaron parte de nuestra alegación los argumentos que

constan en nuestro escrito coadyuvando la demanda que literalmente son arrojados de forma ilegítima del proceso, cuando en ellos se vertían aspectos de capital interés para el concurso; para los afectados por este incidente, y por supuesto y en primer lugar para nuestra entidad.

En efecto, se alego que los contratos habrían de ser calificados como mercantiles y no financieros, y la Sala nos dio cumplida razón en tal calificación; se alego igualmente que la empresa sostuvo que no eran simulados y la Sala igualmente nos ha dado la razón; que la empresa sostuvo que los contratos, no son un solo negocio extraño sino tres contratos con plena eficacia y la Sala igualmente nos ha dado la razón, y por último que la empresa sostuvo no estar esos contratos aquejados de ninguna extraña patología y la Sala igualmente no da cumplida razón y ahora resuelta que esos argumentos que son fundamentales para nuestra entidad, que conformaron la litis son incontestados en el mismo sentido de las resoluciones anteriores por la sola razón de que no recurrieron los acreedores.

Veamos los términos en los que se pronunció la sala para atisbar su importancia

“Es por ello que no entrevemos margen para la aplicación analógica del artículo 92.3 ° de la LC, salvo que equiparásemos los contratos de FORUM a puras operaciones financieras de préstamo con interés (con la finalidad de justificar la aplicación del artículo 315 del Código de Comercio que se cita en la resolución apelada, lo que entrañaría apreciar una simulación contractual de carácter relativo que la propia administración concursal descartaba en el informe del artículo 75 de la LC). La mecánica de FORUM, con independencia del juicio que pueda merecer la gestión empresarial de que fue objeto esta entidad, tarea que no incumbe acometer en esta pieza concursal, respondía, sin embargo, a otro tipo de operación mercantil, inicialmente atípica (integrada por un serie de negocios jurídicos en los que subyacía una causa contractual -artículos 1274 y 1277 del Código Civil-verdadera y lícita, que no resulta empañada ni por la constitución, en la mayor parte de los casos, pero no en todos, de un depósito de los sellos simultáneo a la entrega, ni por la finalidad inherente al compromiso de recompra de poder obtener así una futura ganancia vía incremento patrimonial), luego parcialmente contemplada en la ley (disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003) y ahora finalmente regulada, aunque lo fuera con vistas a futuro, como operación no financiera, por la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio

(BOE de 14 de diciembre de 2007) que contempla las relaciones jurídicas entre los consumidores y usuarios y las personas físicas o jurídicas que, en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional no regulada por la legislación financiera, comercializan bienes (entre ellos los sellos, obras de arte, antigüedades, joyas, árboles, bosques naturales, animales) con oferta de devolución posterior, en uno o varios pagos, de todo o parte del precio pagado por el consumidor o una cantidad equivalente, con o sin promesa de revalorización de ese importe.

A la vista de esta motivación, es evidente que la empresa concursada tenía interés en mantener esas posturas, por distintos motivos y las mantuvo de la misma forma que decidió mantener la postura de que los créditos por revalorizaciones eran ordinarios.

La Sala tiene que entender que la falta de recurso de apelación de los acreedores, razonablemente tuvo que estar guiada por un deseo de evitar una nueva imposición de costas, que ya se había producido en la instancia,- exagerada y poco social imposición- que limitó su decisión de recurso; y debía entender también que la interposición del recurso de apelación por esta empresa tiene por fundamento en que la alegación y la estimación del recurso, le es útil en los términos en los que nos hemos referido.

La resolución establece de forma absolutamente presuntiva y apriorista, la falta de interés del concursado en el incidente, cuando es lo cierto que su petición obedece a su admitida posición de apelante coadyuvante, admisión como tal coadyuvante que lleva de suyo la legitimación que incluye interés por obtener una resolución fundada en derecho. La falta de interposición del recurso por los acreedores no significa su conformidad con la misma -siguiendo la misma posición presuntiva y meramente subjetiva-, parece obvio que un acreedor no puede conformarse con la subordinación de su crédito, y si lo hace es porque ya tiene imposición en costas, y porque conoce en todo caso que el coadyuvante la empresa, que no ha sido objeto de tal condena al ser en puridad demandada, tiene opción para mediante del recurso modificar ese

estado de cosas.

En definitiva, no razona suficientemente la no concurrencia de interés para esta parte, al margen de que no sea una exigencia normativa cayendo pues la Sala en la arbitrariedad más evidente ex artículo 9º 3 de la CE.

**TERCER MOTIVO.- VULNERACION DEL PRINPCICIO
CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD.ARTICULO 14 DE LA CE.**

El Tribunal Constitucional, para estimar vulnerada esta dimensión del principio de igualdad, ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, la acreditación por la parte actora de un “*tertium comparationis*”, dado que el juicio de igualdad se realiza sobre la comparación entre la resolución judicial que se impugna y aquellas otras precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 1), correspondiendo la carga de la prueba al recurrente en amparo (por todas, STC 37/2001, de 12 de febrero [RTC 2001, 37] , F. 3). En segundo lugar, la identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria (por todas, STC 102/1999, de 31 de mayo [RTC 1999, 102] , F. 3), pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro (STC 78/1984, de 9 de julio [RTC 1984, 78] , F. 3). En tercer lugar, la identidad de órgano judicial, exigiéndose no sólo la identidad de Sala sino también la de Sección, al considerar a éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley (por todas, STC 102/2000, de 10 de abril [RTC 2000, 102] , F. 2).

En consecuencia, como ha reiterado este Tribunal Constitucional, un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso, responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta “*ad personam*” (por todas, STC 176/2000, de 26 de junio [RTC 2000, 176] , F. 3). Nada impide, sin embargo, que un órgano judicial se aparte conscientemente de sus resoluciones precedentes ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio (por todas, STC 104/1996, de 11 de junio [RTC 1996, 104] , F. 2) o, en ausencia de tal motivación expresa, que resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial (inferirse con certeza) o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la Sentencia impugnada (por todas, STC 25/1999, de 8 de marzo [RTC 1999, 25] , F. 5).

En el caso que nos ocupa, según se destacó, hay OCHO resoluciones de la misma Sala con los mismos pedimentos de las partes y la misma resolución que es objeto de una muy distinta decisión, esta Sentencias que se aportan como **documentos números 3 al 10** a la presente resolución, enfatizan de modo evidente en cuanto estiman parcialmente los recursos que las revaloraciones de los contratos de FORUM FILATELICO tienen la consideración de crédito ordinario y no de crédito subordinado.

En el caso que nos ocupa, la Sentencia se aparta de esta línea desestimando una demanda que planteada en los mismos términos fue admitida en otras ocho ocasiones -realmente lo que se discute en cualquier recurso es a la postre la parte dispositiva de la resolución-, de ahí que la sola manifestación de desestimación de la demanda y del recurso cuando en los demás casos la había estimado, supone una vulneración del principio de igualdad que estamos invocado.

Es cierto que la desestimación tiene una causa anterior cual es la falta de legitimación objeto del primer motivo -de ahí la procedencia de su articulación- en tanto en cuanto lo que se pide es una resolución respecto del fondo del asunto; pero injustificada esta, el fondo de la resolución debe ser el de estimación de la demanda en el sentido de que reconozca los créditos que suponen las revaloraciones de los contratos como ordinarios y no como subordinados en el mismo sentido que se habían ya pronunciado las resoluciones de esta misma Sala con anterioridad.

El suplico, por tanto, queda planteado de forma sucesiva de forma que entienda vulnerado por dos ocasiones el derecho de tutela efectiva y uno el de igualdad, de tal modo que, la estimación del primero llevará aparejada la estimación del segundo en cuanto reconocida la legitimación la Sala reconocerá que las Sentencia objeto de este recurso deberá ser igual a la dictada en los otros tres.

**PROCEDENCIA DE ESTE RECURSO Y CUMPLIMIENTO
DE SUS PRESUPUESTOS PROCESALES.-**

I.- Los derechos que se entienden violados en este procedimiento son, como se ha dicho, el artículo 24.1 de la Constitución, y artículo 14 CE que están protegidos por este recurso constitucional, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Constitución y en el 41.1 de la LOTC.

II.- Mi principal se halla legitimado en esta causa por haber sido parte en el proceso judicial del que trae causa el presente recurso (art. 46.1 "b" LOTC).

III.- Al imputarse la violación constitucional a un acto de un órgano judicial esta parte ha acreditado:

1º.- Que se han agotado todos los recursos utilizables en vía judicial (art. 44.1 LOTC), como se razona en nuestros antecedentes.

2º.- Se ha presentado este recurso dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Sentencia de la Sala de la Audiencia Provincial (art. 44.2 LOTC).

IV.- La vulneración del Artículo 24.1y del artículo 14 CE proviene de la última Resolución dictada sin posibilidad de recurso ordinario contra ella, y por tanto sin posibilidad de invocación anterior.

V.- Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 49.1 y 85.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al haber expuesto con la debida claridad, los hechos de esta reclamación, así como su fundamentación jurídica, al haberse concretado qué derechos se han

violado, y establecido claramente cuál es la pretensión formulada en este recurso.

VI.- Se acompañan **los documentos referidos en el antecedente** Séptimo de este escrito en cumplimiento de lo previsto en el artículo 49, de la referida Ley Orgánica, así como tantas copias de la demanda y de tales documentos como partes hay en este procedimiento.

VII.- Finalmente se ha dado cumplimiento a lo previsto en el Artículo 81 de la Ley Orgánica, al estar representada esta parte por el Procurador compareciente, según se acredita mediante la escritura de poder antes indicada que se acompaña, (artículo 49.2 "a"), y estar asistida por Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Por todo ello,

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOLICITO que, habiendo por presentado este escrito, con las copias y documentos que se acompañan, en tiempo y forma, se sirva admitirlo, y en su virtud, tener por formulada la presente demanda de **RECURSO DE AMPARO** y por comparecido y parte en este recurso, en la acreditada representación que ostento; acordar la unión de la escritura de poder que acompañó por copia para que sea testimoniada con devolución del original; y en su día, tras la práctica de los trámites legales establecidos, se sirva finalmente dictar Sentencia por la que se otorgue al recurrente el amparo solicitado, declarando,

a).- La nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia

Provincial de Madrid de fecha 16 de julio de 2010, Rollo 151/2010.

b).- Reconozca al recurrente su derecho a un proceso con todas las garantías sin que pueda producirse indefensión,

c).- Reconozca el derecho al recurrente a la igualdad en relación a las Sentencias de la Sala dictadas por la misma Sala en el marco del concurso en otros incidentes en los que se reconocía que las revalorizaciones son créditos ordinarios, reconociendo este tribunal de forma expresa ese derecho a la recurrente.

d).- Alternativamente y sobre la base de la estimación de la vulneración del artículo 24 referida, ordene a la Sala que:

1.- Dicte nueva resolución admitiendo la legitimación de mi mandante para solicitar su pretensión deducida en el recurso, resolviendo su petición en cuanto al fondo del asunto.

2.- Y entrando al fondo del asunto reconozca a los recurrentes su derecho de calificación de las revaloraciones como créditos ordinarios en los mismos términos que las Sentencias dictadas por el mismo Juzgado en el mismo concurso, y al resto de pronunciamientos relativos a la calificación de los contratos como mercantiles, a la estimación de que no concurre simulación y que los contratos tienen plena eficacia y legitimidad.

PRIMER OTROSI DIGO.- JUSTIFICACIÓN DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL

RECURSO.-

Esta parte cumplimenta la exigencia del artículo art. 49.1 *“in fine”* LOTC, al objeto de justificar conforme al artículo. 50.1 b) LOTC, que el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional».

Los criterios que pondera el meritado artículo, muy generales, han sido objeto de estudio y ponderación por este alto Tribunal en la reciente Sentencia del pleno de fecha 25 de Junio de 2009, recurso 155/2009, y dentro del amplio margen que el Tribunal tiene dentro de la conformación -esencialmente distinta del recurso de Amparo tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, se ha permitido fijar a modo de aproximación unos criterios que resume en los siguientes:

a) El de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo, sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

b) O por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE)

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se

denuncia, provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general.

d) Si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental, y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

e) Cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso, esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

f) En el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

g) Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Esta parte, entiende que el presente recurso tiene especial trascendencia constitucional, por cuanto posibilita el debate -entendemos por primera vez -teniendo en cuenta lo reciente de la promulgación de la ley concursal en el que se plantea como una vulneración del proceso, consistente en el análisis de la figura del coadyuvante en el proceso concursal y su posibilidad de articular o no sus pretensiones con carácter autónomo al margen de la postura que ulteriormente haya adoptado aquel con el coadyuvo, indicando si su pretensión tiene autonomía propia en cuanto al fondo además de la estrictamente procesal, que obviamente si tiene.

Este debate aclararía el artículo 193.2 de la ley concursal en la definición de quienes son partes y que derechos de alegación tienen los coadyuvantes y por fin si la tesis de la Sala respecto a que el concursado carece o no de legitimación en general para articular pretensiones que “*prima facie*” solo favorecen a otros, siendo el punto de relevancia adicional si es dable que el juicio de inferencia del interés o no del recurrente deba ser explicitado en la resolución.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO, que interesa a mi mandante se acuerde la suspensión de la ejecución de la Sentencia impugnada, a fin de no impedir la efectividad de la pretensión de este proceso constitucional, y pueda eventualmente conformarse la masa activa del concurso con esta resolución tomada, evitando situaciones de futuro en dicho concurso que pudiesen ser afectada por el reconocimiento eventual de dichos créditos como ordinarios con el subsiguiente efecto sobre el convenio.

Razón esta por la que conforme a lo establecido en el Artículo 56 de la tantas veces citada Ley Orgánica.

SOLICITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que tenga por hecha la anterior petición, se abra la oportuna pieza separada y se substancie este incidente de suspensión; y tras sus trámites, se acuerde su concesión sin afianzamiento de clase alguna.

TERCER OTROSI DIGO: que el presente escrito se presenta antes de las 15:00 horas del día siguiente al de su vencimiento.

SOLICITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que tenga por hecho la anterior manifestación a los efectos legalmente oportunos.

Por ser de Justicia que respetuosamente insto en Madrid, a 5 de octubre de 2010



Ltdo:
María Laura Cuerva Rodríguez
Col. N° 55.547

Elvira Encinas Amparo
Procurador