

Reconsideración del acuerdo sobre consecuencias de la no personación tras el emplazamiento en el recurso de apelación, a la vista del Auto TS 31/05/2005.

Ponente: Agustín Ferrer

A la vista del auto TS 31/05/2005 creo procede hacer las siguientes reflexiones:

1.- No se trata de resolución vinculante por las siguientes razones:

- 1.- Porque es única hasta el momento.
- 2.- Porque es un asunto en que el TS no se está pronunciando en casación, sino resolviendo una cuestión de tramitación suya, que no es la aquí planteada aunque tenga con ella una relativa relación.
- 3.- Porque, en relación al recurso de apelación, no tendría más valor que el de un obiter dicta.

2.- No considero que tal resolución, materialmente, sea lo bastante convincente para justificar la modificación del criterio en su día adoptado por los Magistrados de esta Audiencia.

1.- Porque el auto del TS basa su fuerza de persuasión en una resolución del TC de cuya existencia dudo. La referencia que contiene al auto 244/2004 de 6 de julio del TC parece errónea; ni por número, ni por fecha, ni por materia he podido encontrar ninguna resolución del TC que se refiera a la aplicación del art. 463.1 LEC tal como fue modificado por la ley concursal. Es más, teniendo en cuenta que la ley concursal entró en vigor el día uno de septiembre de 2004, tengo muchas dudas de que el TC se hubiera podido pronunciar ya, en el propio año 2004, sobre semejante contingencia; ni siquiera en mayo de 2005, cuando el TS pronuncia la resolución que comentamos, haciendo semejante cita.

La otra apoyatura (la tradición jurídica) hace referencia a una regulación del recurso que poco tiene que ver, en este aspecto, con la regulación de la LEC vigente.

2.- Porque aunque resultara cierto que el TC no hubiera declarado inconstitucional una resolución de declaración de desierto el recurso de apelación por falta de personación:

2.1 Habría que ver por qué lo hizo. Quizás tal decisión podría estar vinculada al planteamiento del propio recurso de inconstitucionalidad.

2.2 Ello no significaría que, aunque constitucionalmente lícita, se tratara de la decisión más adecuada.

3.- Porque el TS está resolviendo en su resolución una situación de hecho distinta de la del recurso de apelación. En efecto, el recurso de casación, una vez tenido por preparado por la Audiencia, es objeto de un trámite característico de admisión (art. 483 LEC) en el que puede tener una cierta relevancia el que la parte esté personada para subsanación de defectos (art. 483.3 LEC). Tiene pues una relativa justificación que la incomparecencia de la parte emplazada determine la inadmisión de un recurso de casación que todavía no se ha tenido por admitido. No es la misma situación en el recurso de apelación donde nos encontramos con que habría que declarar desierto un recurso preparado, formalizado, admitido y contestado incluso.



Podemos tener muchas dudas sobre el efecto que daba darse a la falta de respuesta al ahora obligado emplazamiento, pero:

-en no habiendo una sanción legal expresa en el sentido de declarar desierto el recurso,

-siendo esta consecuencia materialmente injustificada

-siendo formalmente inapropiado que el Tribunal volviera de oficio sobre los propios actos declarando desierto un recurso ya admitido

-sido tal solución constitucionalmente limitativa del derecho a la utilización de los recursos preestablecidos, por lo tanto merecedora de interpretación restrictiva y

-desproporcionada a su finalidad constituyendo, a mi parecer, formalismo enervante.

**PROPONGO:** Mantener el criterio ya adoptado por esta Audiencia en las jornadas de 2004 considerando vigentes las razones que entonces llevaron a adoptarlo.

A. Ferrer