



Roj: **SAP V 5249/2018 - ECLI:ES:APV:2018:5249**

Id Cendoj: **46250370092018101036**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **21/11/2018**

Nº de Recurso: **1823/2018**

Nº de Resolución: **1133/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **ROLLO NÚM. 001823/2018**

M

### **SENTENCIA NÚM.: 1133/2018**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN, el presente rollo de apelación número 001823/2018, dimanante de los autos de Incidente Concursal [ICO] - 001206/2016, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a María Consuelo , representado por el Procurador de los Tribunales don/ña SILVIA GARCIA GARCIA, y de otra, como apelados al LETRADO DE LA ADMÓN. DE LA S.S. EN NOMBRE DE LA T.G.S.S., ADMÓN. CONCURSAL DE D<sup>a</sup>. María Consuelo y UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS representada ésta última, por la Procuradora de los Tribunales don/ña ISABEL ORTS TALLADA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por María Consuelo .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 DE VALENCIA en fecha 12 de marzo de 2018 , contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la oposición planteada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, debo DENEGAR el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, solicitado por la concursada D<sup>a</sup>. María Consuelo .

No procede expresa imposición de las costas procesales."

**SEGUNDO** .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por María Consuelo , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

**TERCERO** .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO**.- Planteamiento.



La representación procesal de D<sup>a</sup> María Consuelo formula recurso de apelación contra la sentencia de 12 de marzo de 2018 que deniega la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por la concursada D<sup>a</sup> María Consuelo del Concurso Consecutivo Abreviado 1206/2016 del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia.

Presentada la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho el 25 de julio de 2016 se opusieron a ello la Administración Concursal (AC en adelante), la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS en adelante) y la Unión de Créditos Inmobiliarios.

La sentencia descarta la aplicación del supuesto previsto en el art. 178 bis.3.1<sup>o</sup> a 4<sup>o</sup> porque no concurren los requisitos y analiza el cumplimiento de las condiciones previstas en el art. 178 bis.3.5<sup>o</sup> LC, centrándose en el deber de colaboración regulado en el art. 42 LC y en la presentación de un plan de pagos. Valora la documentación aportada por la AC, afirma que no se ha cumplido el deber de colaboración y deniega la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, indicando también que el plan de pagos no contiene las previsiones exigidas en el art. 178 bis.6 LC.

El recurso de apelación de la concursada impugna la sentencia identificando la exigencia del deber de colaboración con la causa de calificación culpable prevista en el art. 165.2<sup>o</sup> LC. En consecuencia considera que no ha existido un incumplimiento tal de dicho deber que haya impedido al AC conocer el estado del concurso ni generar o incrementar su insolvencia, sin que haya realizado ninguna manifestación al respecto el AC en su escrito de solicitud de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. El AC alegó que no había atendido los correos electrónicos de 27 de abril, mayo y junio de 2016, pero a esas fechas ya había solicitado la conclusión del concurso, en junio de 2016. Por ello concluye que hubo colaboración desde noviembre de 2015 a junio de 2016 y por ello el concurso se ha calificado como fortuito.

Añade reproducciones parciales de la declaración del AC y de la deudora y afirma que la deudora le dijo que estaba pagando su hermana, por lo que el AC estaba suficientemente informado. Y tampoco han ejercitado acciones de rescisión del art. 71 LC.

Detalla que la hermana de la deudora ha abonado los gastos de luz, agua y alimentos hasta donde ha podido y lo demás se abonara conforme el plan de pagos prevé con ayuda de sus familiares. El fundamento de la oposición del AC radica en que sus familiares han abonado los recibos en lugar de ingresar los importes en la cuenta bancaria intervenida por el AC, pero ello no incrementa su insolvencia y sólo tuvo lugar desde junio de 2016 tras el cierre del concurso, porque en febrero de 2016 la deudora se quedó sin trabajo.

Respecto la alegación relativa a que el importe procedente de la devolución del IRPF se ingresó en otra cuenta bancaria, como bien manifestó su asesor, haberlo ingresado en la cuenta del concurso habría dado lugar a un embargo de la AEAT porque es acreedora.

A continuación expone que existe un dilema jurídico, según se deduce del tenor del art. 178 bis LC, y que no es necesario el cumplimiento de todos los requisitos de dicho precepto. Y a ello añade que el AC tendría interés en que no se aprobara la exoneración para cobrar sus honorarios y falta prueba de su mala fe, presumiéndose la buena fe de la deudora.

En segundo lugar se refiere a la aprobación del plan de pagos presentado, que ha de hacerse por la mera posibilidad de su cumplimiento. No cabe un análisis de viabilidad, salvo prueba de imposibilidad. La sentencia afirma que es evidente la inviabilidad del plan de pagos, ello es contrario a la norma y en su caso caben modificaciones de oficio para incluir todos los gastos y créditos generados.

La AC se opone al recurso formulado al folio 15 del tomo 2. Se trata de una mera valoración subjetiva de la prueba y una declaración de intenciones. En su escrito de oposición enumeró todas las incomparecencias y falta de información de la deudora y su Letrado sin que hayan presentado prueba en contrario que lo desvirtúe, ni siquiera ha acreditado los pagos que dice realizados por su hermana, que se dan por hechos. Sin embargo lo que consta son pagos efectuados en ventanilla, que la concursada realiza de los gastos que considera oportunos, sin respetar los créditos contra la masa ni los créditos privilegiados.

El concurso se declaró por auto de 9 de marzo de 2016 y hubo falta de colaboración casi desde el principio.

A ello añade que no se ha justificado el pago de los gastos, ni siquiera de los gastos del concurso, porque no ha solicitado beneficio de justicia gratuita ni ha solicitado alimentos en el concurso.

Respecto el plan de pagos alega que han vencido los dos primeros plazos sin que se haya cumplido, que es irreal y que no se menciona qué familiar y con qué importe van a cumplirlos.

La TGSS se opone al recurso de la concursada al folio 37 del tomo 2 haciendo suyo el escrito de oposición del AC.

**SEGUNDO.-** Exoneración del pasivo insatisfecho: deber de colaboración

En el presente caso no existe discusión sobre el supuesto enumerado en el art. 178 bis LC en que nos encontramos. Dado que se trata de un caso de conclusión por insuficiencia de masa activa (art 176bis), el apartado 5º del art 178bis.3 exige unos requisitos adicionales al imponer al deudor:

- i) acepte someterse al plan de pagos (para atender en un plazo de cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior, las deudas que no queden exoneradas con arreglo al apartado 5 del art 178bis)
- ii) no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.
- iii) no haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- iv) no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

Vistas las causas de oposición, los fundamentos de la sentencia y los motivos del recurso de apelación, la controversia se centra en el cumplimiento del deber de colaboración del deudor y el contenido exigible al plan de pagos. Comenzamos por resolver el primero de los motivos planteados en el recurso de apelación, relativo al deber de colaboración, por ser la causa principal de denegación de este beneficio.

La **SAP Murcia, Sec. 4ª, de 8 de septiembre de 2016** (ROJ: SAP MU 2084/2016 - ECLI:ES:APMU:2016:2084 ) dispone:

*" 2. Uno de los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor es el deber de colaboración e información recogido con carácter general en el art 42 LC según el cual "1. El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso . Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso ."*

*3. Mientras el deber de comparecer y el genérico de colaborar se dice que surge a requerimiento de los órganos del concurso competentes, el de informar se afirma que es de cumplimiento espontáneo, sin precisar requerimientos previos, generándose tan pronto se conozca algún dato que pueda resultar " necesario o conveniente para el interés del concurso" , sin perjuicio de que después sea el Juez del concurso o la Administración Concursal quien aprecie y procese el alcance de esa información. Deber genérico que tiene su correlato en el art 45LC que impone el deber de puesta a disposición de la administración concursal de la documentación relevante y sus manifestaciones específicas en diversos preceptos de la LC ( vgra en la solicitud de concurso voluntario en el art 6 LC o en el necesario en el art 21.1.3º)*

*4. Esta exigencia adicional del art 178bis.5 genera dudas sobre su alcance. No podemos olvidar que para ser deudor de buena fe es una condición general que el concurso no haya sido declarado culpable , y el art 165.2º contempla como presunción de concurso culpable el incumplimiento de este deber de colaboración. Si interpretamos este deber en el sentido que se da cuando se conecta con el art 165, el art 178bis.3.5 carece de sentido al ser redundante , pues el incumplimiento de tal deber conllevaría la declaración de concurso culpable, que per se impide la exoneración.*

*5. La forma de dar sentido a la previsión normativa que nos ocupa es considerar que mientras en el ámbito del art 165 LC se ubican los incumplimientos más graves y de mayor entidad del deber de cooperación, con una reproche culpabilístico agravado (dolo o culpa grave), en la esfera de la exoneración de deudas, se comprenden incumplimientos más livianos o sin tanta entidad en el caso concreto en el que se pretenda este beneficio por el solo compromiso de atender las deudas con arreglo a un plan de pagos quinquenal, que, como hemos visto, impone un plus respeto del mecanismo alternativo de exoneración por satisfacción inmediata de un umbral mínimo. Que tal divergencia de trato haya sea criticado doctrinalmente a nivel de principios, no impide que debamos tenerla en consideración, por respeto al principio de legalidad ( art 1 , 9 y 117 CE )". El subrayado es nuestro.*

Otros argumento a considerar, desde el punto de vista sistemático, es que el art. 178 bis LC hace remisión al art. 42 LC y no al art. 165 LC . Si el legislador hubiera querido equipara el deber de colaboración exigible en sede de calificación - aunque hubiera sido reiterativo como expresa la sentencia citada - se hubiera remitido al art. 165 LC y no al art. 42 LC . Ello tiene trascendencia porque se desliga este deber de colaboración de la generación o agravación de la insolvencia del deudor o de su incidencia en el estado del concurso, bastando que el incumplimiento se refiere a cuestiones "necesarias o convenientes para el interés del concurso".



Esta conclusión lleva a la desestimación del primero de los motivos del recurso de apelación, que equipara el incumplimiento del deber de colaboración con la causa de calificación culpable. Así, es indiferente que impida o no conocer el estado del concurso ni incrementar su insolvencia; o que no se haya indicado el incumplimiento de este deber en su escrito de conclusión del concurso o que se haya calificado el concurso como fortuito.

El momento en que el AC ha de valorar si concurre este requisito de deber de colaboración ex art. 42 LC , en relación al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, es en su oposición a dicha solicitud, como efectivamente ha llevado a cabo, exponiendo detalladamente todas las circunstancias, motivos y situaciones por las que considera incumplido tal requisito, acompañando prueba documental contundente.

En cuanto a las fechas de falta de colaboración, desconocemos la razón por la que la recurrente considera que colaboró desde noviembre de 2015, por cuanto el concurso fue declarado por auto de 9 de marzo de 2016 y la AC considera que en abril ya desatendió los correos electrónicos e incompareció a las reuniones.

En la misma línea, la falta de colaboración no es motivo para que el AC no pueda solicitar la conclusión del concurso si concurre el supuesto de hecho previsto en la norma ( art. 176 bis LC ), cosa distinta es que solicitada tal conclusión dicho incumplimiento impida al deudor gozar del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por no cumplir las condiciones previstas en el art. 178 bis.3.5º LC .

Y ninguna trascendencia tiene la interposición de incidentes concursales de reintegración ex art. 71 LC , pues no guarda relación con la cualidad de deudor de buena fe y no es requisito previsto en el art. 178 bis LC . Desconocemos de hecho la razón por la que este motivo es invocado en el recurso de apelación.

El principal hecho alegado por la deudora para acredita su colaboración con el AC es que "ya le dijo" que estaba pagando sus gastos su hermana. Tiene razón el AC en su oposición al recurso de apelación cuando destaca que este hecho carece de toda prueba, pues bien podía haber traído la deudora a su hermana como testigo o haber aportado aquellos documentos que acreditaran que los pagos eran llevados a cabo por tal persona.

De hecho, el pago por terceros está admitido en el art. 1158 CC . El incumplimiento del deber de colaboración radica, precisamente, en que no existe constancia que esos pagos se hayan realizado por la hermana. En todo caso, la deudora tiene la obligación de actuar en el marco del concurso y respetar el principio par conditio creditorum, sin que el hecho que un tercero asuma los pagos de sus deudas elimine cualquiera de estos deberes, cuando menos informar al AC y atender los requerimientos que éste le haga.

El incumplimiento del deber de colaboración exigido en el art. 42 LC es manifiesto. Estando en presencia de un concurso voluntario, el deudor es quien decide si acude a este procedimiento universal o no, pero una vez presentada la solicitud ha de someterse a las normas y reglas que regulan dicho procedimiento. No es de recibo que, solicitado y declarado el concurso de acreedores, la deudora actúe al margen del mismo y sin relación con el AC. Precisamente por ello en la primera reunión con el AC ésta facilitó las instrucciones a la deudora y su Letrado para actuar conforme a la Ley Concursal y en interés del concurso.

Sin embargo, la deudora dejó de atender las peticiones de información del AC, dejó de acudir a las reuniones y omitió cualquier relación con el AC. Ha realizado pagos al margen del concurso, ya fuera mediante la cuenta bancaria de su hija o personalmente a través de ventanilla; ha decidido recibir pagos de la AEAT fuera de la cuenta intervenida del concurso, por la razón que fuera; ha omitido información al AC de los gastos o pagos llevados a cabo y desconocemos actualmente cuáles son los créditos pendientes; no se sabe si actualmente trabaja o está buscando empleo; etc. Es más ni siquiera sabemos qué gastos y por qué cuantías se habrían abonado, aun tomando por cierta la versión de la deudora.

Por último, la acusación al AC y su interesada oposición a la concesión de este beneficio, además de improcedente, es falsa, por cuanto una vez solicitada la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa existen otros muchos créditos contra la masa a abonar preferentemente a los honorarios del AC ( art. 176 bis.2 LC ).

Por este motivo se desestima el recurso de apelación planteado por la deudora.

### **TERCERO.-** Plan de pagos

Si bien la desestimación del primer motivo del recurso sería suficiente para la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia, por cuanto basta el incumplimiento de la cualidad de deudor de buena fe para la denegación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, al margen del plan de pagos, consideramos oportuno hacer una breve referencia a dicho requisito.

Como expusimos en nuestra **Sentencia de 05 de julio de 2017** ( ROJ: **SAP V 3027/2017** - ECLI:ES:APV:2017:3027 )" *Cualquier propuesta de plan de pagos, ante tan palmaria insuficiencia de activos y*



*de ingresos, estaría condenada al fracaso inmediato. Se cierra así cualquier posibilidad de redención financiera para el deudor ".*

No es cierto que no se pueda llevar a cabo un análisis de viabilidad del plan de pagos, argumento sólo válido respecto la propuesta de convenio porque los arts. 124 y 125 LC prevén la votación de los acreedores y el art. 131 LC enumera tasadamente las causas para el rechazo de oficio de la propuesta de convenio. Sin embargo en este supuesto no existen normas similares, ni los acreedores votan el plan de pagos ni el juez tiene limitada su actuación de oficio, pudiendo incluir las modificaciones que estime oportunas ( art. 178 bis.6 LC ).

Brevemente, en este caso, observamos que no se enumeran los créditos en sus cuantías y calificación, que la concursada no trabaja y sólo hace previsiones macroeconómicas -como si la mejoría de la situación económica del país le asegurara un trabajo con determinados ingresos- y que vagamente se remite a la ayuda de "familiares", sin más detalle.

Como en el caso de la sentencia anteriormente indicada, siendo palmaria de la insuficiencia de ingresos y activos que realizar, es imposible cualquier plan de pagos, salvo que existiera un compromiso real, cuantificado y asumido de los familiares, que no existe.

#### **CUARTO.- Costas**

En materia de costas procesales, consideramos que, conforme al art. 398 LEC , procede la condena en costas a la parte apelante al haber sido desestimado su recurso; ello con la pérdida del importe del depósito constituido para recurrir a que se refiere la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en caso de haber sido prestado.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Dª María Consuelo contra la sentencia de 12 de marzo de 2018 que deniega la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por la concursada Dª María Consuelo del Concurso Consecutivo Abreviado 1206/2016 del Juzgado Mercantil núm. 3 de Valencia, que CONFIRMAMOS.

Todo ello con condena en costas a la parte apelante de esta segunda instancia y se declara la pérdida del depósito efectuado para recurrir, conforme a la DA 15ª LOPJ , en caso de haber sido prestado.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.