

Roj: AAP IB 8/2017 - **ECLI:**ES:APIB:2017:8A
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 5
Nº de Recurso: 32/2017
Nº de Resolución: 53/2017
Fecha de Resolución: 30/03/2017
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ
Tipo de Resolución: Auto

Cuestión:

Concurso de persona física. Declaración y archivo del concurso. Activo sobrevenido. Reapertura del concurso.

Resumen:

Analiza la resolución la procedencia de la actuación del juzgador de primera instancia al declarar y archivar el procedimiento concursal de persona natural por insuficiencia de masa activa, alegando la recurrente en apelación la aparición de un activo sobrevenido en fechas cercanas al auto de archivo, motivo por el cual debería cambiar el sentido de la resolución, dándose continuidad al procedimiento concursal.

La Audiencia entiende que la aparición de un nuevo activo una vez archivado el procedimiento no justifica la estimación del recurso de apelación ya que el cauce a seguir está previsto en el art.179.1 LC, permitiendo el precepto la reapertura del concurso de persona natural.

La Audiencia desestima el recurso al entender que el Auto de declaración y archivo del procedimiento dictado por el juez de primera instancia es correcto y ajustado a derecho.

Encabezamiento

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 5 PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00053/2017

N10300 PLAZA MERCAT, 12 Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

MNP

N.I.G. 07040 42 1 2016 0013892 **ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 000032 /2017****Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4 de PALMA DE MALLORCA **Procedimiento de origen:** CONCURSO ABREVIADO 0000432 /2016

Recurrente: Leocadia Procurador: LUIS ENRIQUEZ DE NAVARRA MURIEDAS
Abogado: JUAN FLAQUER RODRÍGUEZ Recurrido: Procurador: Abogado:

AUTO Nº53

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

DÑA. COVADONGA SOLA RUIZ

DÑA. ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a treinta de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de Apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de Baleares, los Autos de Concurso Voluntario de persona física 432 /2016, procedentes del Juzgado de PRIMERA INSTANCIA N. 4 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 032/2017, en los que aparece como parte demandante apelante, Doña Leocadia, representada por el Procurador de los tribunales, Sr. LUIS ENRIQUEZ DE NAVARRA MURIEDAS, asistido por el Abogado D. JUAN FLAQUER RODRÍGUEZ.

Es Magistrado Ponente la Ilma. D^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

Resumen:

Analiza la resolución la procedencia de la actuación del juzgador de primera instancia al declarar y archivar el procedimiento concursal de persona natural por insuficiencia de masa activa, alegando la recurrente en apelación la aparición de un activo sobrevenido en fechas cercanas al auto de archivo , motivo por el cual debería cambiar el sentido de la resolución, dándose continuidad al procedimiento concursal.

La Audiencia entiende que la aparición de un nuevo activo una vez archivado el procedimiento no justifica la estimación del recurso de apelación ya que el cauce a seguir está previsto en el art.179.1 LC, permitiendo el precepto la reapertura del concurso de persona natural.

La Audiencia desestima el recurso al entender que el Auto de declaración y archivo del procedimiento dictado por el juez de primera instancia es correcto y ajustado a derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Juez del *Juzgado de Primera Instancia nº 4 de PALMA DE MALLORCA*, se dictó Auto nº 257 con fecha 11 de julio de 2016 , en el procedimiento de concurso abreviado CNA 432/16 cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*DECLARO el concurso voluntario de DÑA. Leocadia, con domicilio en la CALLE000, nº NUM000, NUM001, de Palma, y NIF NUM002, y simultáneamente acuerdo CONCLUIRLO por insuficiencia de masa.Procédase al archivo del presente procedimiento.*"

Publíquese la declaración de concurso y su conclusión en extracto por medio de edictos en el Boletín Oficial del Estado, en el tablón de anuncios de este Juzgado y en el Registro Público Concursal.

A tal efecto colóquese el edicto informativo en el tablón de anuncios de este Juzgado y líbrese oficio al director del Boletín Oficial del Estado.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas.

Si no fuera posible la publicidad y remisión de oficios vía telemática, informática y electrónica, entréguese al/a procurador/a del solicitante del concurso los mandamientos y los oficios acordados, autorizándola a realizar cuantas gestiones sean necesarias para una pronta tramitación de los mismos, quien deberá remitirlos de inmediato a los medios de publicidad correspondientes. En caso de incumplimiento o demora le pararan los perjuicios que procedan, incluida la responsabilidad disciplinaria prevista la legislación orgánica y procesal."

SEGUNDO .- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandante Doña Leocadia se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 29 de marzo del corriente año, quedando el recurso concluso para resolución.

TERCERO .- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La representación letrada de Dña. Leocadia presentó una solicitud de concurso voluntario abreviado relatando - sin seguir el orden prevenido en el *art 6LC* - que tiene deudas derivadas de varios préstamos personales con las entidades mercantiles COFIDIS SA; MOVISTAR, FINANCIERA EL CORTE INGLES, CAIXABNAK, CITYBANK, SANTANDER CONSUMER, BANCO MARE NOSTRUM BMN(antes SA NOSTRA),AEAT.

Revisadas las actuaciones en realidad la deuda es con ATIB no con AEAT y deriva de la plusvalía municipal, al parecer generada en el municipio de VALDEMOSSA en periodo de liquidación año 2010.

Como activo declara la titularidad de un vehículo: un Opel Astra matrícula LHR.

Con carácter previo a proveer sobre su solicitud, mediante providencia de 20 de junio de 2016, la Juez *a quo* requirió a la solicitante sobre la necesidad de acreditar haber celebrado o intentado celebrar el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la solicitud de concurso voluntario porque es requisito previsto en el *art 178bis 3 LC* para poder obtener el beneficio de la exoneración de pasivo insatisfecho.

La representación de la solicitante respondió al requerimiento adjuntando fotocopia del justificante acreditativo de haber enviado cartas a 7 acreedores (en fecha 6 de junio de 2012) así como escrito firmado por DOÑA Leocadia afirmando que no podía asumir la quita que algunos acreedores (no dice cuales) habrían aceptado.

La juzgadora de instancia resolvió declarar y concluir el concurso por insuficiencia de masa activa(*art 176 bis 4LC*) razonando también sobre las consecuencias de no haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos.

La representación letrada de DOÑA Leocadia interpuso recurso de reposición contra dicho auto para introducir lo que denominó "hechos nuevos". A saber una sentencia dictada en segunda instancia el 8 de julio de 2016 ,confirmatoria de la de primera instancia dictada el año 2015 respecto al juicio ordinario 1517/2012 tramitado ante Juzgado de Primera Instancia de INCA N°3.

El juzgado competente para el concurso de esta persona física rechazó la tramitación del recurso de reposición apuntando que procedía, en su caso, el recurso de apelación.

La parte actora interpuso recurso de apelación con el siguiente argumento que reproducimos por lo expresivo respecto a la falta de datos de la solicitud inicial: "- Se adjunta al presente escrito como documento n°1 Sentencia n° 239 de la Audiencia Provincial Sección N.3 de Palma de Mallorca de 08/07/2016 confirmatoria de la *Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N.3 de Inca de 13/07/2015* que se adjunta como documento n°2. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma se le comunicó a la Sra. Leocadia el 12/07/2016, un día después de haberse dictado el Auto que se recurre, no habiendo tenido, por tanto, tiempo de aportarla al procedimiento concursal tramitado por este Juzgado, habiéndose dictado sólo dos días antes el Auto que se recurre. Por tanto dicho Auto se ha dictado sin haberse podido valorar la Sentencia que se aporta al haberse dictado ambas casi al mismo tiempo, por lo que solicitamos sea revisado dicho Auto dictándose nueva resolución teniendo en cuenta los documentos que se aportan. .-La Sentencia de la Audiencia da la razón a la Sra, Leocadia y condena al recurrente a pagar a la Sra. Leocadia la cantidad de 75.768,91.-€ más intereses y costas.- *La Sra. Leocadia al presentar la demanda de concurso voluntario no tenía entre sus papeles la Sentencia de Instancia y creía que estaba pendiente la resolución definitiva, no dándole importancia a dicha sentencia. Que tenía intención de ir aportando más documentación al procedimiento concursal a medida que pudiese ir obteniéndola, si bien se ha dictado dicho Auto en poco más de un mes tras presentar la demanda de concurso voluntario. Por ello solicitamos se revise el Auto a fin de que se dicte nueva resolución teniendo en cuenta dichas Sentencias, dándose en su caso continuidad al procedimiento concursal.*" Señala como motivo de su recurso de apelación la infracción del *art 24 de la Constitución* .

SEGUNDO .- Revisadas las actuaciones procede hacer algunas precisiones. En primer lugar y sobre los hechos acreditativos de la insolvencia actual, la solicitud no sigue la norma preceptiva (*art 6 LC*) y de no haber apreciado de forma evidente la ausencia de masa activa hubiera procedido la subsanación ex *art 14 LC* . Respecto al requisito previo de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pago debemos recordar la existencia de un formulario publicado en el Boletín oficial del estado el 29 de diciembre de 2015.

No consta en los autos *"La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.* " Tampoco la *" Relación de acreedores, por orden*

alfabético, conexpresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones" tal y como previene el art 6. 2 y 4 LC .

Analizando los hechos expuestos inferimos que:

- La solicitante del concurso voluntario abreviado declaró que vive con un hijo mayor de edad. Cobra una pensión por incapacidad derivad de accidente de trabajo y el subsidio por desempleo en total 700 euros mensuales. - desde febrero de 2016 no puede hacer frente a los pagos de las deudas contraídas hace años (insolvencia actual) - la petición si cumple con la prevención del *art 6.5 LC* respecto a la falta de identificación del domicilio de los acreedores. - En cuanto a bienes y derechos de cobro (*art 6.3 LC*): además

del vehículo (único activo a su nombre) percibe mensualmente 274,07 euros como pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual y 426 euros de subsidio por desempleo.

No hay propuesta de viabilidad para el pago ni solicita el beneficio del pasivo insatisfecho si bien responde al requerimiento y solicita la continuación del procedimiento concursal.

La sentencia de la Audiencia Provincial (sección 3) dictada con posterioridad al auto de declaración y conclusión confirma la *sentencia de 13 de julio de 2015* y reconoce un derecho de crédito contra su exmarido (Íñigo) por importe de **75.768,91 euros** más los intereses que se devenguen desde el 12 de diciembre de 2012 más las costas de primera y segunda instancia.

La *sentencia de primera instancia dictada el 13 de julio de 2015* en una demanda interpuesta en el año 2012 refiere la venta de la vivienda familiar. La sentencia dictada en apelación confirma que aquella tuvo lugar **el 26 de noviembre de 2010** y tras recibir el dinero procedió a cancelar dos préstamos por importe total de 166.655,87 de los que 81.827,93 correspondían al demandado (para la condena se dedujeron 6.059 euros pagados en ejecución de la sentencia de divorcio dictada en el año 2008).

SEGUNDO .- En cuanto al motivo de esta apelación, la aparición de un nuevo activo, -el derecho de crédito-, no justifica la estimación del recurso de apelación toda vez que el cauce que prevé la ley concursal en su *art 179.1 LC* permite la reapertura del concurso: *1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.*

Lo que decidimos en esta alzada se limita a valorar si la declaración y conclusión por falta de masa activa y con los datos que obran en el expediente es correcta y ajustada a derecho; en este caso procede confirmar que la decisión es correcta.

Además la actora debe valorar las consecuencias de dicha reapertura respecto

a su posibilidad de pagar todo o parte de las deudas y/o solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho si concurrieran los requisitos para ello.

En este sentido, y respecto al requerimiento de la providencia de 20 de junio(178bis3 LC) y la decisión del fundamento de derecho cuarto (242 bis LC)se hace necesario recordar que la comunicación por correo certificado en el año 2012 o los emails remitidos a los acreedores en mayo de 2016 cuya fotocopia obra en autos (cfr doc 12) en ningún caso son suficientes para considerar intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y debe tenerse en cuenta que el *artículo 231.4 LC* le impediría acudir al AEP(acuerdo extrajudicial de pagos) con un concurso abierto.

Aunque el 231 LC no establece límites temporales y nada dice si el concurso está concluido lo que sí está fuera de toda duda es que según el propio 231.4. *"No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o **cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite** ."*

Por ello, este recurso no puede prosperar, la declaración y conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa decidido a fecha 11 de julio con los hechos que le constaban a la Juez *a quo* debe confirmarse.

Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el *art 178 bis 1 , 2 y 3.4 LC* y /o el *art 231 LC* . - *Art 178 bis 3. Solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

1 .º Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor.

*2 .º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.*3 .º *Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.*

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. 5.º *Que, alternativamente al número anterior:*

i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.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.v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de

exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés

legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

4. De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio.

Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

5. El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:

1 .º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2 .º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

Si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

6. Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un

vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica."

TERCERO .- La desestimación del recurso implica la imposición de costas en aplicación del *art 398 Lec* En cuanto al depósito consta en autos la tramitación del beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por el procurador Luis Enríquez de Navarra en nombre y representación de doña Leocadia contra el *Auto nº 257 dictado el 11 de julio de 2016 en el concurso abreviado de persona física 432/2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº4 de los de Palma de MALLORCA* y en consecuencia **confirmamos** dicha resolución con condena en costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba indicados. Doy fe.

LOS MAGISTRADOS LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,