



Roj: **SAP MU 31/2019 - ECLI: ES:APMU:2019:31**

Id Cendoj: **30030370042019100020**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **10/01/2019**

Nº de Recurso: **820/2018**

Nº de Resolución: **27/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00027/2019

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 002

N.I.G. 30030 47 1 2014 0000157

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000820 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de MURCIA

Procedimiento de origen: S1C SECCION I DECLARACION CONCURSO 0000081 /2014

Recurrente: BANCO SANTANDER SA, CAJAMAR CAJA RURAL, S.C.C

Procurador: LUIS TOMAS HERNANDEZ PRIETO, ANA BELEN VIUDEZ SANCHEZ

Abogado: ANTONIO GARCIA MONTES, JUAN JOSE MATEOS MERIDA

Recurrido: Mario , Adolfina

Procurador: MARIA DEL PILAR MORGA GUIRAO, MARIA DEL PILAR MORGA GUIRAO

Abogado: ANTONIO ALVARADO PEREZ, ANTONIO ALVARADO PEREZ

SENTENCIA Nº 27

Ilmos. Sres.

Don Carlos Moreno Millán.

Presidente

Don Juan Martínez Pérez

Don Rafael Fuentes Devesa

Magistrados

En la ciudad de Murcia, diez de enero de dos mil diecinueve



Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento incidental que con el número ICO-2 81/2014 dimanante del concurso 81/2014 se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia entre las partes, como demandante y ahora apelante, BANCO DE SANTANDER SA , representado por el/la Procurador/a Sr/a Hernández Prieto y asistido del/a letrado/a Sr/a García Montes , y CAJAMAR CAJA RURAL SCC, representada por el/la Procurador/a Sr/a Viudez Sánchez y asistida del/a letrado/a Sr/a Mateos Mérida y como parte demandada y ahora apelada, los concursados Adolfina y Mario , representados por el/la Procurador/a Sr/a. Morga Guirao y asistidos del letrado/a Sr/a Alvarado Pérez. Es Ponente el lltmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de lo mercantil citado dictó auto con fecha 8 de mayo de 2017 cuyo parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " Acordar la concesión de la exoneración del pasivo insatisfecho a Mario y Adolfina respecto de los siguientes créditos:

-Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados.

Respecto a los créditos con privilegio especial, 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.

Por lo tanto no abarca la exoneración a:

-Créditos de derecho público

-Créditos por alimentos

-Créditos con privilegio especial en la parte que no se haya podido satisfacer con la garantía hipotecaria si queda incluido dentro de una categoría distinta al crédito ordinario o subordinado.

Las deudas que no quedan exoneradas, deberán ser satisfechas por los concursados 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, los deudores deberán presentar una propuesta de plan de pagos en un plazo de cinco días que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado en su caso 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.

Hágase constar la obtención de este beneficio en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

En sede de costas condenar a los oponentes"

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante interesando la revocación en el sentido de que se quede sin efecto el beneficio concedido. Se dio traslado a la otra parte, habiendo formulado oposición los concursados, que solicitan la confirmación de la resolución recurrida

TERCERO .- Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 820/2017, señalándose para votación y fallo el día 9 de enero de 2019.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Planteamiento

1. En el concurso de Mario y Adolfina el administrador concursal (AC en abreviatura) informó favorablemente a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa , con arreglo al art 176bis; y en el trámite conferido se solicitó por los concursados el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. A ello se opusieron los acreedores BANCO DE SANTANDER SA y CAJAMAR CAJA RURAL SCC, dando lugar a un incidente concursal en el que contestan los concursados en contra de lo pretendido



por los citados acreedores, limitándose la AC a informar sobre su falta de legitimación para intervenir al haber cesado en el cargo, tras la conclusión del concurso

2. EL Juzgado, no obstante haber tramitado un incidente concursal, resuelve por auto desestimar la oposición, y conceder el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos que figuran en los antecedentes

3. Disconformes con esta resolución, los acreedores oponentes apelan por los siguientes motivos: 1º) infracción procesal por resolver en forma de auto en lugar de sentencia, con quiebra del art 194.4 LC en relación con el art 178 bis 4 LC y art 24CE ; 2º) infracción del apartado ii) del apartado 3.5º del artículo 178 bis por no haber cumplido los concursados las obligaciones de colaboración del artículo 42 LC ; 3º) falta de liquidación del patrimonio de los concursados; y 4º) exclusión de deudas no exonerables e imposibilidad manifiesta de cumplimiento del plan de pagos. Si bien se formulan en escritos independientes, serán analizados conjuntamente, siendo los tres primeros planteados por el Banco de Santander y el último por Cajamar, siendo común a ambos la impugnación de las costas por infracción del art 394 LEC , al concurrir serias dudas de hecho y de derecho que justifican la no imposición de costas

4. Los concursados interesan la confirmación de la resolución recurrida, y la AC no interviene en la segunda instancia, habiéndose limitado en la primera instancia a alegar, en esencia, su falta de legitimación pasiva al haber cesado en el cargo previamente

Segundo.- El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

1. El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social añade a la LC el art 178 bis rubricado " *Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*" enmarcado en lo que se ha llamado " legislación sobre segunda oportunidad", que según la exposición de motivos persigue permitir " *que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer* ", en la senda iniciada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como mecanismo destinado a modular en el caso de las personas físicas el rigor del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, siendo la regulación actual fruto de la redacción dada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

2. Este beneficio previsto para el deudor persona natural solo se explica en dos de los posibles escenarios finales del proceso concursal, y a ello se refiere el art 178bis 1 LC al decir que " *podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ... una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa*", lo cual no significa - como dijimos en nuestra sentencia de 8 de septiembre de 2016 - que deba solicitarse tras el auto de conclusión, sino que es presupuesto para su petición por el deudor la previa liquidación de su patrimonio, que es el supuesto de conclusión del art 176.1.2º en relación con el art 152, y es inherente al supuesto de conclusión del art 176.1.3º en relación con el art 176 bis.3.

Nos los confirma el apartado 2 del art 178bis y el art 176bis.3 párrafo tercero según los cuales el deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho dentro del plazo de audiencia conferido a las partes para oponerse a la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación (art 152.2) o por insuficiencia de la masa activa (art 176.bis.3)

Dado traslado de la solicitud del deudor a la Administración concursal y a los acreedores personados, si estos muestran su conformidad o no se oponen, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho

Pero pueden oponerse, y aunque inicialmente el art 178.bis 4 diga que pueden alegar " *cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio*", lo cierto es que "(l) *a oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3*". Oposición que se tramita por los cauces del incidente concursal y cuya pendencia impide la conclusión del concurso, ya que "(n) *o podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio*", lo cual corrobora la exégesis del art 178bis .1 antes dicha

Por ello en la Sentencia de 8 de septiembre de 2016 este Tribunal razonó que

"*queda reducido el ámbito de este incidente a determinar si concurren los requisitos para calificar al concursado solicitante de la exoneración como "deudor de buena fe", que es el único merecedor de este beneficio (art 178bis 3), que como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de un concepto central en un régimen de*



segunda oportunidad, a fin de evitar situaciones de abuso y la quiebra de la cultura de la responsabilidad y consiguientemente del pago, y con ello, la estabilidad del mercado crediticio.

De ello es consciente el legislador que en el Preámbulo del RDL 1/2015 y Ley 25/2015 dice "... muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace" y tras un largo excurso sobre los antecedentes históricos del art 1.911CC y su relación con Las Partidas de Alfonso X el Sabio, afirma que "(p)ara que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento.

Por ello, el mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por las razones de justicia hacia los acreedores que tan acertadamente expusieron autores como Manresa". Que el sistema legal haya alcanzado "el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica", será algo que la experiencia dirá, por más que el legislador en su Preámbulo se lo atribuya "

Añadimos que el legislador objetiva el concepto de "buena fe" del deudor

"tratándose de un concepto normativo, que concurrirá cuando se cumplan los requisitos enumerados en el apartado 3 del art 178 bis, que son cuatro, tres de ellos comunes en todos los casos, y el último alternativo"

Los tres comunes son los siguientes:

- Que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, tras la Ley 25/2015 " 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 apreciare dolo o culpa grave del deudor", novedad de difícil inteligencia, pero que aquí no se suscita su aplicación
- Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por una serie de 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")
- Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

El cuarto es un requisito alternativo entre las siguientes opciones:

- a) la satisfacción inicial de un umbral mínimo de créditos ("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"), de manera que la exoneración alcanza a los restantes (apartado 4º), o alternativamente,
- b) la satisfacción diferida en cinco años, salvo que tengan vencimiento posterior, de un umbral mínimo de créditos con arreglo a un plan de pagos

3. Este último caso, que aparece como el único posible en caso de conclusión por insuficiencia de masa activa (art 176 bis), el apartado 5º del art 178 bis.3 exige unos requisitos adicionales, al imponer al deudor que:

"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.



v) *acepte de forma expresa que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años ."*

En este supuesto de satisfacción diferida, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho 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."

En este caso, las deudas que no queden exoneradas deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior, sin devengar interés durante ese lapso las pendientes. Y añade

"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"

La concesión de este beneficio es provisional, dado que

" Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo , de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad"

Esta última previsión debe conjugarse con la previsión legal de revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho a instancia de cualquier acreedor concursal, si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

"b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos"

4. En definitiva, y en palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015 *" El sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales: que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa).*

Cumplidas las anteriores condiciones, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios.

Alternativamente, cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los 5 años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general. Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá satisfacer en ese período las deudas no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello"

Tercero.- Irregularidades procesales

1. Para la resolución de este recurso contra el auto de 8 de mayo de 2017 debemos dejar constancia, tras la consulta de expediente digital , de los siguientes hitos procesales que determinan la suerte de buena parte de los motivos alegados: de una parte, por previo auto de 1 de febrero de 2017 se acordó la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa, y de otra, por postrero

auto de 7 de mayo de 2018 se aprueba el plan de pagos presentado por los concursados ; resoluciones ambas que no constan recurridas, y que, por ende, conforme al art 207 LOPJ , predeterminan la suerte de este recurso

2.Cierto es que la regulación del art 178bis LC adolece de claridad, pero es que la tramitación seguida por el Juzgado mercantil no es un paradigma de precisión.

En primer lugar , no se explica la conclusión del concurso por auto de 1 de febrero de 2017 cuando se había formulado oposición a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, con infracción del art 178.bis.4 LC antes transcrito, ya que solo tras la firmeza de la resolución reconociendo o denegando el beneficio es posible dictar la conclusión

En segundo lugar, formulada oposición a ese beneficio, que da lugar al presente incidente concursal, su resolución debe ser en forma de sentencia.

En tercer lugar, aunque es controvertido si para la solicitud de exoneración basta con manifestar la aceptación a someterse al plan de pagos (SAP de Barcelona, de 29 de junio de 2018), o debe ser éste presentado, lo que parece lógico es que se resuelva judicialmente sobre su aprobación o modificación al tiempo de pronunciarse sobre el reconocimiento o denegación del beneficio. Así concluye, tras un detallado análisis, la SAP de Valencia, de 16 de octubre de 2018 :

" (la) proposición del plan concreto, su contradicción y aprobación debe ser posterior a la solicitud de exoneración, pero anterior a la sentencia que resuelva la exoneración (esta tramitación coetánea se deduce también de la Sentencia de AP Baleares, sección 5ª) de 21 de septiembre de 2016 ; Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, en Sentencia de 2 de enero de 2018 .

Si la sentencia debe evaluar la buena fe del solicitante sobre la base de su aceptación de un concreto plan de liquidación, ese concreto plan debe estar aprobado y aceptado con anterioridad al dictado de la sentencia en el incidente que resuelva la solicitud de exoneración.

Ello no exige necesariamente que el plan se proponga con la solicitud (aunque sería lo deseable), pero sí durante la tramitación del expediente"

Y aquí se concede el beneficio el 8 de mayo de 2017 y se pospone la aprobación del plan al 7 de mayo de 2018

3. Lleva, pues razón, el Banco de Santander al denunciar la indebida forma de la resolución que pone fin al presente incidente concursal, ya que no procede la forma de auto sino la de sentencia (art 194.4LC) Así, entre otros, AAP de Barcelona, de 16 de febrero de 2018 o Sentencia de la misma Audiencia, de 29 de junio de 2018)

Ahora bien, ello no implica la estimación del recurso porque no se aprecia qué indefensión se produce (como exige el art 459LEC) cuando este Tribunal resuelve el recurso adoptando la forma debida, de manera que no se produce ninguna merma al recurrente, ya que la resolución que pudiera ser recurrida ante el Tribunal Supremo (si lo habilita el art 197LC) es esta sentencia, no la resolución de primera instancia, por lo que la adopción inicial de una forma inadecuada no conlleva indefensión material

4. Por otra parte, el que existan activos pendientes de liquidar (fincas con gravamen hipotecario) o pendientes de adjudicación (en las ejecuciones separadas seguidas) o participaciones de una sociedad limitada (sin actividad y con fondos propios negativos, con valor 0) o los derechos consolidados de dos fondos de pensiones (por importe de 2.309,58€ y 4.728,89€) no puede ser motivo que justifique la denegación del beneficio.

Este beneficio se solicita por insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa (art 176 bis), que es una de las situaciones, junto con la culminación del proceso de liquidación, que la LC contempla como habilitante para dicha petición. Y no cabe cuestionar su procedencia, es decir, que la masa activa sea insuficiente para atender los créditos contra la masa, cuando es firme el auto que así lo declara.

Se rechaza por ello el motivo de la falta de liquidación del patrimonio

5.Finalmente, en cuanto a la imposibilidad manifiesta de cumplimiento del plan de pagos, al margen de que en algunas resoluciones (como la SAP de Barcelona de 14 de noviembre de 2018) se considera que no cabe entrar en cuestiones relativas al plan de pagos o su cumplimiento en el incidente que tiene por objeto la exoneración del pasivo, lo cierto es que debemos partir del dato firme de que dicho plan ha sido aprobado, sin que conste su impugnación, por lo que no cabe fundar en esa "inviabilidad", que no ha sido judicialmente hecha valer, la denegación del beneficio

Otra cosa es si con la suma prevista para el pago (sobre 50 € mensuales, correspondiente a la parte embargable de la nómina, que después pasa a pensión), proyectada durante 5 años (que supondrá unos 3.000€) se pueden



satisfacer los créditos no exonerables. Las consecuencias de ello no son objeto de este incidente, sin perjuicio de las resoluciones que procedan con arreglo al apartado 7 y 8 del art 178bis LC

Créditos no exonerables entre los que se encuentran los de derecho público, según la resolución aquí apelada - que los concursados aceptan- de manera que no se entienden por ello las consideraciones que al respecto vierte en su recurso CAJAMAR

Se rechaza la impugnación por falta de viabilidad del plan de pagos

Cuarto.- El deber de cooperación como requisito adicional

1. El Banco de Santander considera vulnerado el art 178bis.3 por la quiebra del deber de cooperación del art 42LC . Literalmente dice

" A lo largo del procedimiento la AC ha puesto de manifiesto en varias ocasiones el incumplimiento de dichas obligaciones de colaboración y la actitud rebelde y obstativa de los concursados, que resulta palmaria de las circunstancias denunciadas continuamente por la AC (vid. especialmente el informe provisional y la contestación a la demanda incidental de los concursados que solicitaba su separación).

Sin embargo, el juez de instancia ha obviado tales circunstancias, excusándolas sencillamente en el hecho de que el concurso no ha sido declarado culpable, que es un requisito distinto y concurrente impuesto por el apartado 3.1º del mismo artículo"

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 ."

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)

3. Esta exigencia adicional del art 178bis.3.5º genera dudas sobre su alcance, como ya razonamos en nuestra sentencia de 8 de septiembre de 2016 :

" 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)"

4. Lleva razón el recurrente al denunciar que la justificación del auto para rechazar el motivo de oposición ("que la relación entre los concursados y la AC no es digna de explicar en las mejores universidades, pero no llevo al nivel de calificar el concurso como culpable") no se ajusta a la exégesis del precepto, tal y como mantiene este Tribunal.

Pero para apreciar si concurre este motivo no basta con su mera alegación.

Es carga de la parte que lo invoca detallar esos incumplimientos del deber de cooperación, y en este extremo es insuficiente el recurso, ya que : (i) no basta su remisión genérica a que la AC ha puesto de manifiesto en varias ocasiones el incumplimiento de dichas obligaciones de colaboración y (ii) en todo caso, ni inclusive acudiendo



al informe provisional del art 75LC se consigue apreciar la entidad de esos incumplimientos, pues lo que se relata es la divergencia de pareceres entre la AC y los concursados - o sus letrados- sobre las circunstancias para la fijación de alimentos, entre otros motivos, por la reticencia de la AC reconocer que la parte inembargable del salario no forma parte de la masa activa (art 76LC) y por ende, no sujeta es su control .

Solo añadir que (i) no cabe verificar lo dicho en otros escritos, al no hacerse mención siquiera a ellos en la oposición que da lugar a este incidente, por lo que se trataría de una cuestión nueva prohibida por el art 456LEC y (ii) no se invoca que los concursados ocultaran la existencia de unas participaciones de una sociedad limitada (sin actividad y con fondos propios negativos, por lo que se da un valor de 0 €) o los derechos consolidados de dos fondos de pensiones (por importe de 2.309,58€ y 4.728,89€), no incluidos en su inventario inicial, por lo que tampoco pueden ser tomados en consideración a estos efectos, por razones de congruencia

Quinto.- Costas de la primera instancia

- 1.En lo que sí debe ser estimado el recurso es lo relativo al pronunciamiento en materia de costas
- 2.Podemos apreciar dudas de hecho y de derecho que justifican su exoneración, a la vista de los términos en que se plantea el plan de pagos, o la falta de realización de activos, o el informe del art 75 de la AC sobre el deber de cooperación, atendida la ausencia de criterios estables sobre los requisitos de la exoneración del pasivo insatisfecho, unido todo ello a la escasa precisión a la hora de su tramitación, que predetermina en buena parte la respuesta en esta alzada

Sexto - Costas de la segunda instancia

1. La estimación parcial del recurso conlleva la no imposición de costas de la alzada (art. 398 y 394 de la LEC).
Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por BANCO DE SANTANDER SA y CAJAMAR CAJA RURAL SCC contra el auto de dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia en el procedimiento incidental número 81/2012/02 dimanante del concurso 81/2014 en fecha 8 de mayo de 2017, y debemos revocar la condena en costas, dejándola sin efecto , con confirmación de los restantes pronunciamientos, sin efectuar expresa condena de las costas causadas en la segunda instancia

Procedase a la devolución del depósito para recurrir

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACION

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea **no** tificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012