



Roj: **SAP B 11102/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:11102**

Id Cendoj: **08019370152019101633**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **1108/2019**

Nº de Resolución: **1653/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120168008321

Recurso de apelación 1108/2019 -1

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona

Procedimiento de origen: Incidente concursal oposición conclusión concurso (176) 139/2018 (Vinculado al concurso consecutivo 947/2016)

Parte recurrente/Solicitante: PATRIMONIAL BARGAR SL, Luisa

Procuradora: Beatriz De Miquel Balmes, Paula Vignes Izquierdo

Abogado: Antonio Almenara Pérez,

Parte recurrida: WF SHAP IRELAND DESIGNATED ACTIVITY COMPANY, Leonardo (administrador concursal)

Procurador: Francesc Ruiz Castel

Abogado: Juan Carlos Noguera de Erquiaga

Cuestiones: Concursal. Concurso de persona física. Conclusión del concurso. Procedimiento de ejecución hipotecaria pendiente en un juzgado de 1ª Instancia.

SENTENCIA núm. 1653/2019

Composición del tribunal:

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, 27 de septiembre de 2019

Partes apelantes: Luisa .

Patrimonio Bargar, S.L.

Partes apeladas: Administración concursal de Luisa .



WF Shap Ireland Designated Activity Company.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 10 de diciembre de 2018.

Concurso consecutivo de Luisa .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Desestimo la oposición a la conclusión del concurso. Procederá acordar la conclusión del concurso una vez que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio de exoneración del art. 178 bis. La presente resolución abre el plazo del art. 178 bis 2 a efectos de que se solicite por el deudor, si no lo ha hecho ya el beneficio de exoneración del art. 178 bis ".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la concursada y uno de los acreedores. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la administración concursal y al resto de personados en el concurso. La administración concursal y uno de los acreedores se opusieron a los recursos y solicitaron la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 25 de julio de 2019.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. El Juzgado Mercantil 7 de Barcelona tramita el concurso consecutivo de Luisa .
2. La administración concursal solicitó la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, al considerar que el patrimonio de la Sra. Luisa no permitía hacer frente al pago de los créditos contra la masa generados durante la tramitación del concurso.
3. La concursada se opuso a dicha petición, alegando que no era cierto que la masa activa fuera insuficiente y, además, advertía que quedaban pendientes de resolver distintas incidencias procesales en el concurso y un recurso de apelación frente a una ejecución hipotecaria seguida ante un juzgado de primera instancia.
4. El principal acreedor de la concursada, WF Shap Ireland Designated Activity Company (WF Shap) hizo alegaciones al escrito de la concursada.
5. Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 7 de Barcelona acordó la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, rechazando los distintos argumentos esgrimidos por la concursada para oponerse a la conclusión, supeditando, en todo caso, la conclusión definitiva del procedimiento, a la finalización del incidente sobre exoneración del pasivo insatisfecho.

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto.

6. Tal y como hemos destacado en el fundamento anterior, la administración concursal solicitó la conclusión del concurso consecutivo de Luisa por insuficiencia de activos para hacer frente al pago de los créditos contra la masa.

La concursada se opuso a la conclusión alegando que no estaba justificada la falta de activos denunciada por la administración concursal, además, adujo que existían distintas incidencias procesales no resueltas tanto en el ámbito del procedimiento concursal (respecto del plan de liquidación), como fuera del concurso (una ejecución hipotecaria instada por un acreedor ante los juzgados de Sant Feliu de Llobregat).

Los argumentos del Juzgado para acordar la conclusión del concurso son los siguientes:

- 6.1. Respecto del recurso de reposición contra una de las decisiones adoptadas en la sección de liquidación, referida a la posible mejora en la oferta para la adjudicación directa de un inmueble. La sentencia indica que esa reposición había sido resuelta mediante auto de fecha 15 de junio de 2018 sin que su contenido impida la conclusión al venir relacionado con la ejecución hipotecaria que se tramita fuera de este Juzgado.
- 6.2. En cuanto al efecto que pueda tener el recurso de apelación instado por la concursada frente al Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de San Feliu de Llobregat de oposición a la ejecución hipotecaria, se considera que tampoco constituye un obstáculo a la conclusión:



(1) Porque se valora que las resoluciones dictadas por dicho Juzgado y el presente Juzgado Mercantil son claras y ajustadas a los arts. 56 y 57 de la LC al no ser la vivienda objeto de ejecución necesaria para la actividad profesional de la concursada. En cualquier caso, la eventual revocación del citado auto y la competencia de este Juzgado para continuar la ejecución tampoco alteraría el resultado a los efectos de la conclusión.

(2) Por otro lado, los efectos que puede tener el citado recurso de apelación sobre la determinación definitiva del crédito de la parte demandada WF Shap no tiene efecto sobre la decisión de conclusión, al amparo del art. 176 bis o del art. 152.2 de la LC . Los efectos de la resolución firme del citado recurso de apelación se proyectan sobre el art. 178 bis de la LC , cuyo apartado 4 es claro.

6.3. Se analiza también la incidencia que pudiera tener en el procedimiento concursal y en el trámite de exoneración del pasivo insatisfecho, el reconocimiento definitivo del crédito con privilegio especial de WP Shap, crédito que se ha calificado como contingente, por cuanto está pendiente de lo que resulte en la ejecución hipotecaria.

6.4. Concluye, finalmente, el Juzgado afirmando que "por lo demás, a los efectos que aquí interesan, resulta indiferente que la AC haya solicitado la conclusión en aplicación del art. 176 bis o que sea aplicable el art. 152.2 LC , pues aunque la masa activa fuera suficiente para pagar los créditos contra la masa, lo cierto es que no hay más activo realizable, siendo los requisitos de aplicación de ambos preceptos comunes. Que se hayan pagado o no todos los créditos contra la masa será también cuestión a dilucidar en el marco del art. 178 bis, en su caso".

TERCERO. Motivos de apelación.

7. Recurre en apelación la concursada, Luisa . En su escrito articula los siguientes motivos:

7.1. Infracción de normas, por cuanto el concurso se ha concluido sin que se hayan resuelto algunas incidencias y recursos pendientes en el procedimiento concursal. Concretamente, un recurso de reposición contra la Providencia de 22 de enero de 2018, que afecta al trámite de liquidación del patrimonio de la deudora.

7.2. Infracción de normas, por cuanto fuera del procedimiento concursal queda pendiente de resolver un recurso de apelación. Concretamente, en la ejecución hipotecaria seguida ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Sant Feliu de Llobregat queda pendiente de resolver un recurso de apelación contra el auto por el que se inadmitió la oposición de la deudora a la ejecución por concurrencia de cláusulas abusivas.

7.3. Infracción de normas, dado que el crédito con privilegio especial reconocido a WF Shap en el concurso se consideró contingente. Defiende la recurrente que hasta que no se resuelva la contingencia de dicho crédito no puede concluir el concurso.

7.4. Error en la valoración de la prueba, por considerar la recurrente que no se ha probado la insuficiencia de la masa activa del concurso para hacer frente a los créditos contra la masa.

7.5. Infracción de normas, por cuanto la determinación del crédito que finalmente se adeuda a WF Shap y la calificación concursal de ese crédito no es una circunstancia inocua, que no impida la conclusión del concurso. La recurrente defiende que el necesario establecer con precisión la cuantía adeudada a WH Shap, la naturaleza de dicha deuda en el marco del concurso para poder concluir el procedimiento concursal. Entiende la recurrente que la renuncia hecha por WH Shap a la posible tasación de costas en el concurso no permite eludir los obstáculos para concluir el concurso.

7.6. Infracción de normas, por cuanto no puede iniciarse el trámite de exoneración del pasivo insatisfecho hasta que no se hayan liquidado los bienes que integran la masa activa del concurso y liquidado, específicamente, el crédito con privilegio especial.

8. También recurre en apelación Patrimonial Bargar, S.L., la sociedad que ha hecho una oferta de adjudicación directa del inmueble hipotecado en el procedimiento concursal.

Los motivos de apelación de la citada mercantil son los mismos que planteó la concursada.

9. WF Shap y la administración concursal se oponen a los recursos de apelación, desarrollando en su escrito los mismos argumentos que sirvieron para oponerse a las pretensiones de la concursada en primera instancia.

Además, WF Shap considera que no debería admitirse a trámite los recursos de apelación de la concursada y de Patrimonial Bargar, por cuanto la concursada tiene suspendidas sus facultades patrimoniales y no ha sido autorizada por la administración concursal para recurrir la petición de conclusión, pese a que tiene consecuencias para la masa activa y pasiva del concurso.

Respecto de Patrimonial Bargar, niega que esté legitimada para apelar el auto de conclusión ya que no se opuso al mismo.

**CUARTO. Sobre la limitaciones a la concursada para plantear los recursos que considere pertinentes en el concurso.**

10. WS Shap considera que Luisa no podía plantear la oposición a la conclusión del concurso y el recurso de apelación contra la sentencia correspondiente por tener suspendidas sus facultades patrimoniales y no contar con la autorización expresa de la administración concursal para litigar.

Decisión del tribunal.

11. Conforme al artículo 145.1 de la LC , la apertura de la fase de liquidación determina la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor.

12. Tal y como indica el artículo 242. Bis 1.10º de la LC , la declaración de concurso consecutivo de una persona natural no empresaria lleva aparejada la apertura inmediata de la sección de liquidación, por lo tanto, la concursada queda suspendida en sus facultades patrimoniales desde la declaración judicial de insolvencia.

13. WS Shap considera que se ha infringido el artículo 54.1 de la LC , que establece que "en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio."

14. No compartimos los argumentos de WS Shap. Este precepto debe interpretarse de modo restrictivo, para no interferir en el derecho de defensa de la concursada. Esta interpretación restrictiva determina que el mencionado artículo deba considerarse aplicable a aquellos supuestos en los que el deudor pretende litigar frente a terceras personas fuera del procedimiento concursal.

Cuando se trata de plantear los incidentes o trámites propios del concurso, no tiene sentido la referencia al artículo 54.1 de la LC , por cuanto el artículo 184.1 del mismo texto legal no establece limitación alguna para que el deudor sea parte y pueda intervenir en cualquiera de las fases o piezas del procedimiento de insolvencia.

En el supuesto de autos no se ha cuestionado la legitimación de la concursada para intervenir en las incidencias de la sección de liquidación, referidas a la posible realización de la vivienda por medio de adjudicación directa. Tampoco consta que se haya limitado la posibilidad de intervención de la concursada en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante los juzgados de Sant Feliu de Llobregat.

No tiene sentido que se prive a la concursada de la posibilidad de intervenir en el concurso en un trámite tan sensible para sus intereses como el de conclusión del concurso, no sólo porque dicha finalización determine la opción a ver reconocido el beneficio de **segunda oportunidad**, sino también porque la conclusión del concurso lleva a alzar los efectos para la declaración de concurso. De hecho, el artículo 184.1 de la LC determina que la concursada sea tenida como parte en todas las secciones, sin necesidad de comparecencia en forma.

Además, tanto el incidente de oposición a la conclusión como el recurso no tienen un efecto inmediato en el patrimonio del deudor, no supone acto de disposición sobre su patrimonio, ni acto que afecte a la masa activa o pasiva del concurso. Se trata de un trámite procesal que podrá tener, en su caso, algún reflejo patrimonial pero no es una actuación que directamente incida en el patrimonio de la concursada.

Por estas razones, destacamos que la concursada no puede ver limitado su derecho a recurrir, ni verse privada al recurso de oponerse a la conclusión del procedimiento de insolvencia.

QUINTO. Sobre las limitaciones que puedan tener los acreedores al recurso de apelación contra la resolución en la que se acuerde la conclusión del concurso.

15. Patrimonial Bargar no se opuso a la conclusión del concurso. Partiendo de esta circunstancia, WF Shap considera que no puede recurrir en apelación el auto en el que se acordaba la conclusión.

Decisión del Tribunal.

16. La conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa se regula en el artículo 176 bis de la LC . El régimen procesal de esta vía excepcional de conclusión ha planteado algunas dudas prácticas puesto que la dicción literal del precepto distingue entre la comunicación hecha por el administrador concursal respecto de la insuficiencia de masa (artículo 176 bis 2 de la LC), y la conclusión definitiva del concurso (artículo 176 bis 3) que se produce cuando el administrador concursal distribuye de modo efectivo el patrimonio del deudor entre los acreedores.

Aunque se trata de dos trámites formal y materialmente distintos, lo cierto es que en la práctica judicial se suelen solapar y tramitar conjuntamente, de modo que se solicita y acuerda la conclusión del concurso ante la



evidencia de la insuficiencia de masa, sin que se haya realizado la distribución efectiva y rendición de cuentas del administrador concursal.

17. Tanto en el trámite de comunicación de la situación, como en el trámite de efectiva conclusión del concurso, la **Ley** prevé que los autos queden de manifiesto para que las partes interesadas puedan instruirse y, en su caso, oponerse a lo comunicado o solicitado por el administrador concursal. No hay un trámite formal de oposición, pero parece evidente que el deudor o cualquier acreedor podrá aprovechar esos plazos para cuestionar lo pedido por el administrador concursal, por considerar que no se ha acreditado la falta de masa activa, por no haberse justificado la distribución de esa masa activa, por quebranto en la propuesta de distribución de la masa existente o porque no concurren el resto de requisitos legales, siempre que se acredite un perjuicio efectivo para el interesado.

Si el deudor o cualquier personado no acude a este incidente o trámite de oposición, sin duda renuncia a que el propio juez de instancia, por medio del correspondiente incidente concursal, pueda revisar sus decisiones, pero nada impide que pueda apelar las decisiones que adopte el juez si considera que son contrarias a derecho. Por lo tanto, aunque Patrimonial Bargar no se hubiera opuesto a la conclusión, sí puede apelar el auto en el que se acuerda la conclusión del concurso.

18. Concurren, además, dos razones adicionales en este concreto supuesto:

18.1. Patrimonial Bargar se ha personado y ha recurrido algunas de las decisiones del juzgado adoptadas en trámite de apelación, sin que se haya cuestionado su legitimación para recurrir estas decisiones. No tendría sentido que estando en trámite esas peticiones y recursos, sin embargo, se privara al interesado del recurso de apelación basado en los mismos motivos que le han servido para recurrir otras decisiones del juzgado.

18.2. Los motivos de apelación de Patrimonial Bargar son los mismos que los planteados por la concursada.

SEXTO. Sobre las circunstancias en las que debe acordarse la conclusión del concurso por insuficiencia de activos.

19. Consideran las apelantes que no concurren las circunstancias que justifican la conclusión del concurso por insuficiencia de activos para satisfacer los créditos contra la masa. Este motivo de apelación lo desarrollan con diferentes argumentos, unos de tipo procesal (referidos a los recursos pendientes dentro y fuera del concurso) y otros de tipo material (referidos a la falta de prueba de la insuficiencia de la masa activa).

20. WF Shap y la administración concursal se oponen al recurso por entender que los recursos pendientes no tienen justificación alguna y, aunque la tuvieran, no inciden en los presupuestos para concluir el concurso.

Decisión del Tribunal.

21. Ya hemos indicado en fundamentos anteriores que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa responde, primero, a la constatación de un hecho que afecta al patrimonio del deudor, concretado en la comunicación hecha por la administración concursal de que el patrimonio del deudor es manifiestamente insuficiente para hacer frente a los créditos contra la masa existentes. Para ello, como requerimiento complementario, tiene que acreditar que no esté abierta la pieza de calificación (en la que puede haber consecuencias patrimoniales que comprometan a terceros e incrementen las expectativas de la masa activa), o acciones de reintegración en curso.

Hecha esta primera constatación de hecho, la administración concursal tiene que abordar las efectivas operaciones de liquidación del patrimonio existente, para distribuirlo entre los acreedores contra la masa en los términos excepcionales que prevé el artículo 176 bis.

22. En el supuesto de autos no se discute por las partes ni la calificación del concurso y sus consecuencias, ni se plantea la existencia de acciones de reintegración.

El crédito contra la masa se circunscribe única y exclusivamente al pago de un impuesto y a un pago a la Seguridad Social. Pese a tratarse de un concurso que afecta a una persona física no se hace mención alguna al derecho de alimentos y a su consideración como crédito contra la masa, crédito que se incrementaría mes a mes. Tampoco se hace referencia a los honorarios de la administración concursal o a los que genere la asistencia letrada a la concursada.

Consideramos que, al no traerse a la **segunda** instancia alegación o consideración alguna a esos créditos contra la masa, no se discuten por las partes, es decir, se entienden satisfechos los créditos de los profesionales y no se generan alimentos.

Se hace mención a la existencia de una cuenta corriente en la que, a juicio de los recurrentes, quedan todavía fondos para hacer frente a nuevos créditos contra la masa. Sin embargo, el administrador concursal afirma



que sólo queda un saldo testimonial (poco más de 30 euros) y que esa cuenta ha recibido ingresos de terceras personas dado que la concursada no genera ingresos económicos.

23. La sentencia dictada por el Juzgado considera que el inmueble que se está ejecutando ante los juzgados de Sant Feliu de Llobregat por el trámite de ejecución separada, no forma parte ya de la masa activa del concurso. El bien se ha considerado que no es necesario y se ha permitido esa realización singular. Ese inmueble es el objeto de conflicto efectivo entre recurrente y recurrida.

La concursada considera que hay pendiente una discusión jurídica sobre si finalmente ese bien forma parte o no de la masa activa del concurso, se indica que hay recursos pendientes y que quedarían abiertos trámites en primera y **segunda** instancia sobre el plan de liquidación.

Las partes recurridas extienden sus argumentos sobre la viabilidad o inviabilidad de esos recursos, atendiendo a distintas decisiones judiciales firmes en el procedimiento. También abundan en argumentos sobre las irregularidades observadas en la pieza de liquidación.

No podemos entrar en el fondo y en la forma de esas alegaciones. No podemos valorar si son o no viables, si se trata de una estrategia para prolongar el concurso artificialmente o si se deben a un "atropello" procesal. Esa cuestión le corresponde, en principio, al juez de instancia.

El propio juzgado indica que los recursos pendientes sobre distintas cuestiones vinculadas a la liquidación se han resuelto. Por lo tanto, no quedan recursos pendientes en la instancia, sin perjuicio de que la concursada o Bagar puedan discrepar de su resultado, como así han hecho planteando recursos de queja ante la inadmisión de los recursos de apelación.

Por lo tanto, en un plano procesal, no hay recursos pendientes en primera instancia y eso permite al juez la conclusión y archivo del procedimiento por insuficiencia de activos.

24. Desde la perspectiva del procedimiento hipotecario seguido ante otro juzgado nuestra posición nos impide entrar en los problemas de fondo. Al ejecutarse el inmueble fuera del concurso lo cierto es que, en principio, no conforma la masa activa del mismo. No cabe duda que pudiera existir un interés procesal en el resultado de ese procedimiento, donde puede cubrirse en todo o en parte el crédito con garantía real (privilegiado especial en el concurso), pero ese interés legítimo no modifica la situación patrimonial del concurso en este momento, sin perjuicio de que pudiera reabrirse el procedimiento si quedara en la ejecución hipotecaria algún tipo de sobrante.

Ese interés legítimo del concurso en el procedimiento de ejecución separada no justifica la revocación de la sentencia dictada en la instancia.

En definitiva, debe desestimarse el recurso de apelación por considerar que se dan los elementos formales y materiales para entender justificada la falta de masa activa del concurso.

Las incidencias sobre un inmueble en concreto que se está ejecutando en otro juzgado determinan que en este momento no quede masa activa en el concurso.

SEPTIMO. Sobre las costas.

25. Desestimado el recurso de apelación, se condena a los recurrentes al pago de las costas de la apelación (artículo 398 de la LEC).

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Luisa y Patrimonial Bargar, S.L. contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 10 de diciembre de 2018 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se ratifica en su integridad. Condenando en costas a los recurrentes y ordenando la pérdida del depósito para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ