



Roj: **STS 2905/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2905**

Id Cendoj: **28079110012023101013**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2023**

Nº de Recurso: **119/2021**

Nº de Resolución: **1049/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 543/2020,**  
**STS 2905/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.049/2023**

Fecha de sentencia: 28/06/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 119/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Gipuzkoa

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 119/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1049/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 28 de junio de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, como consecuencia de autos de incidente **concurzal** seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia/San Sebastián. Es parte recurrente Romulo , representado por la procuradora Teresa Castro Rodríguez y bajo la dirección letrada de Joaquín Zubillaga Bereciartua. Es parte recurrida la Diputación Foral de Gipuzkoa, representada por el procurador Jesús López Gracia y bajo la dirección letrada de Iñaki Arrue Espinosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El Letrado de los Servicios Jurídicos de la Diputación Foral de Gipuzkoa, interpuso demanda de incidente **concurzal** contra la solicitud de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia/San Sebastián, contra Romulo , para que se dictase sentencia por la que se deniegue el beneficio solicitado.

2. El procurador Tomás Salvador Palacios, en representación de Romulo , contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que desestime la demanda y acuerde:

"la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, con imposición de las costas procesales".

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia/San Sebastián dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que con estimación de la demanda interpuesta, a instancia del Letrado de los Servicios Jurídicos de la D. Foral de Guipúzcoa, debo estimar la oposición a la exoneración planteada, no accediendo a la misma".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Romulo .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa mediante sentencia de 16 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por el procurador D. Tomás Salvador Palacios en nombre y representación de D. Romulo contra la sentencia de 12 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián, confirmando la misma, todo ello con expresa condena en costas".

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Tomás Salvador Palacios, en representación de Romulo , interpuso recurso de casación ante la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del artículo 477.3 LEC la norma cuya aplicación se entiende vulnerada por esta parte, es en concreto los puntos 3 (motivo principal) y 2 (motivo subsidiario) del artículo 178 bis de la Ley **Concurzal**, introducido en la misma por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, y modificado a su actual redacción 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. El artículo 178 bis LC es una norma que no cuenta con precedente alguno en la normativa española. Igualmente se aprecia, en su caso, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación la materia por la sentencias que se han hecho mención.

"2º) Al amparo del artículo 477.3 LEC la norma cuya aplicación se entiende vulnerada por esta parte, es en concreto el punto 2 del artículo 178 bis de la Ley **Concurzal**, introducido en la misma por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, y modificado a su actual redacción 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. El artículo 178 bis LC es una norma que no cuenta con precedente alguno en la normativa española. Igualmente se aprecia, en caso, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación la materia por las sentencias que se han hecho mención".

2. La Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Romulo , representado por la procuradora Teresa Castro Rodríguez; y como parte recurrida la Diputación Foral de Gipuzkoa, representada por el procurador Jesús López Gracia.

4. Esta sala dictó auto de fecha 14 de diciembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Romulo , contra la sentencia n.º 789/2020, de 16 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 2691/2020, dimanante de los autos de incidente **concurzal** n.º 50/2020 (sic), seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián".

5. Dado traslado, la representación procesal de la Diputación Foral de Gipuzkoa presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2023, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En mayo de 2019, Romulo hizo una petición formal de acuerdo extrajudicial de pagos. Los dos únicos acreedores que tenía eran:

i) La Hacienda Foral de Gipuzkoa, con un crédito de 355.102,97 euros. Este crédito nació de una sanción impuesta por la Hacienda Foral por la emisión de facturas falsas al padre de Romulo por trabajos de albañilería no realizados.

ii) Y Asesoría Jakin, S.L., por un importe de 500,1 euros, por trabajos de asesoramiento fiscal.

El deudor ofreció un pago del 10% del crédito, lo que fue rechazado por el único acreedor al que podía afectar el acuerdo extrajudicial de pagos (Asesoría Jakin, S.L.)

Inmediatamente después, el deudor instó el concurso de acreedores. Luego la administración **concurzal** nombrada solicitó la conclusión del concurso y, frente a la petición de exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC, la Hacienda Foral de Gipuzkoa presentó una demanda de oposición a la concesión de la exoneración de pasivo, porque no se cumplía el requisito de que hubiera existido un real intento de acuerdo extrajudicial de pagos.

2. El juzgado mercantil estimó la demanda de oposición por entender que "nunca hubo un intento real de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos, pues no había sino un acreedor que podía haber sido afectado por el mismo y a éste se le podría haber ofrecido condiciones imposibles de no aceptar por la pequeña cuantía de su crédito". De tal forma que "el expediente previo fue una mera apariencia para poder llegar al concurso consecutivo en las condiciones óptimas para lograr la exoneración de la deuda por sanción tributaria, de condición subordinada dentro de aquel".

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el Sr. Romulo y la Audiencia desestima su recurso, al confirmar que no existió un intento real de llegar a un acuerdo extrajudicial.

4. Frente a la sentencia de apelación, el Sr. Romulo formula recurso de casación, articulado en dos motivos.

### SEGUNDO. Motivo primero del recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del ordinal 3º del art. 178 bis.3 LC, que de acuerdo con la jurisprudencia, contenida en las sentencias 150/2019, de 13 de marzo, y 381/2019, de 2 de julio, tan sólo exige haber acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, lo que ocurrió en este caso.

2. *Resolución del tribunal.* Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

La normativa aplicable a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho es la que se regulaba en el art. 178 bis LC, introducido por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, y confirmado con alguna modificación por la Ley 25/2015, de 28 de julio.

En la sentencia 381/2019, de 2 de julio, al interpretar el art. 178 bis.3 LC, distinguimos entre el presupuesto y los requisitos exigidos para la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (ordinales 1º, 2º y 3º), así como las dos vías legales establecidas (ordinales 4º y 5º):



"Para la concesión de este beneficio debe darse un presupuesto y han de cumplirse una serie de requisitos.

"El presupuesto se contiene en el apartado 1 del art. 178 bis: el concursado debe ser una persona natural y es necesario que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Lo que supone que todos los bienes y derechos que conforme al art. 76 LC formaban parte de la masa activa, han sido realizados y aplicados al pago de los créditos.

"Sobre la base de este presupuesto, la ley exige una serie de requisitos en el apartado 3 del art. 178 LC, bajo una dicción un tanto equívoca. El precepto afirma que "sólo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe". Y a continuación explica qué se entiende por buena fe, al ligar esta condición al cumplimiento de unos requisitos que enumera a continuación.

"Por lo tanto la referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del art. 178 LC. La naturaleza de estos requisitos es heterogénea.

"De una parte, los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe: es preciso que el concurso no haya sido declarado culpable (con la salvedad legal prevista para el caso de que lo hubiera sido por retraso en la solicitud de concurso) y también que en los diez años anteriores el deudor no hubiera sido condenado por 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).

"El tercero exige que se hubiera optado por el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y que, frustrada su consecución o cumplimiento, se hubiera acabado en el concurso consecutivo.

"El cuarto y el quinto, al regular dos vías o formas alternativas de exoneración del pasivo insatisfecho, contienen cada uno de ellos unos requisitos propios. Esto es: el ordinal 4º prevé una exoneración inmediata, y para ello exige el cumplimiento de unos requisitos; y, alternativamente, el ordinal 5º prevé una exoneración diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, y exige otros requisitos propios.

"De este modo, para que se pueda reconocer la exoneración del pasivo es necesario en primer lugar que, con carácter general y al margen de la alternativa que se tome, el deudor cumpla con las exigencias contenidas en los ordinales 1º, 2º y 3º del apartado 3 del art. 178 bis LC: el concurso no haya sido calificado culpable; el deudor concursado no haya sido condenado por sentencia firme por determinados delitos patrimoniales; y que se hubiera acudido al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos con carácter previo a la apertura del concurso. Además, en función de la alternativa que se tome, la exoneración inmediata del ordinal 4º o la exoneración en cinco años del ordinal 5º, se han de cumplir otras exigencias propias de esa alternativa".

De este modo, ya se opte por la vía del ordinal 4º del art. 178 bis.3 LC (exoneración inmediata), ya lo sea por la vía del ordinal 5º del art. 178 bis.3 LC (exoneración diferida en el tiempo y mediante un plan de pagos), es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los ordinales 1º, 2º y 3º del art. 178 bis.3 LC.

**3.** En este caso se cuestiona hasta qué punto se ha cumplido con la exigencia del ordinal 3º del art. 178 bis.3 LC, según el cual:

"Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos"

La jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias 150/2019, de 13 de marzo, y 381/2019, de 2 de julio, ha distinguido entre esta exigencia del ordinal 3º del art. 178 bis LC ("reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos"), y el requisito específico contenido en el ordinal 4º para acceder a la exoneración inmediata, de haberse intentado el acuerdo extrajudicial para no tener que pagar el 25% de los créditos ordinarios:

"a los efectos del ordinal 3º, basta con la materialidad de que se hubiera instado y tramitado el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

"Mientras que la referencia contenida en el ordinal 4º de que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25% del pasivo **concurzal** ordinario, se refiere a que hubiera habido un intento efectivo de acuerdo. Esto es, que hubiera habido una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada por ellos. Esta referencia pretende incentivar la aceptación por los acreedores de acuerdos extrajudiciales de pagos, a la vista de que en caso contrario el deudor podría obtener la remisión total de sus deudas con el pago de los créditos contra la masa y privilegiados. Pero para esto es necesario que, en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, a los acreedores ordinarios se les hubiera ofrecido algo más que la condonación total de sus créditos. En la ratio del ordinal 4.º subyace esta idea del



incentivo negativo a los acreedores ordinarios para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos propuesto por el deudor, pues si no lo aceptan, en el concurso consecutivo pueden ver extinguidos totalmente sus créditos”.

4. Realmente nos hallamos ante un caso muy singular. Formalmente, el deudor acudió al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos y presentó una propuesta de pago, por lo que podría parecer que conforme a la citada jurisprudencia se había cumplido con la exigencia legal del ordinal 3º del art. 178 bis.3 LC. Pero si se ha considerado en la instancia que no es así, es por las circunstancias extraordinarias que rodean al caso, que muestran el uso fraudulento de esta posibilidad legal.

Es un caso en el que el deudor se presenta con dos acreedores: la Hacienda Foral que tiene un crédito por la multa que se le impuso al Sr. Romulo por una falsedad al haber emitido facturas por trabajos inexistentes, de una cuantía de 355.102,97 euros; y una asesoría fiscal por un crédito de poco más de 500 euros. Por la singularidad del acuerdo extrajudicial de pagos, que no afecta a los créditos públicos, bastaba convocar al otro acreedor, a quien se le ofreció el pago del 10% de su crédito, que no aceptó. De esta forma se cumplía formalmente con el requisito legal del ordinal 3º y podía acudir a la exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del ordinal 4º (exoneración inmediata), que iba a afectar a ambos acreedores, pero sobre todo a la Hacienda Foral.

El tribunal de instancia aprecia que no se ha cumplido con el requisito del acuerdo extrajudicial de pagos porque ha entendido que se ha hecho un uso fraudulento de este mecanismo de la segunda oportunidad. Esto es: se ha incurrido en un fraude de ley, en cuanto que para dejar de pagar una multa a la Hacienda Foral, se ha simulado una situación **concurzal**, al incluir un crédito irrisorio a una entidad, que el tribunal de instancia sospecha debe estar en connivencia con el deudor, para poder acudir primero al acuerdo extrajudicial de pagos y luego al concurso en el que solicita el beneficio de exoneración del pasivo. Es en este sentido en el que el tribunal de instancia entiende que realmente no se intentó un acuerdo extrajudicial de pagos. Esto es, que no era real.

Aunque conforme a la jurisprudencia reseñada la exigencia de ser un deudor de buena fe responde a una noción normativa, al cumplimiento de los requisitos del art. 178 bis.3 LC, puede haber supuestos tan excepcionales como este, en que el uso fraudulento de esta previsión legal de exoneración impida que pueda apreciarse cumplido alguno de sus requisitos legales, en este caso el más objetivo de haberse intentado el acuerdo extrajudicial de pagos.

#### **TERCERO.** *Motivo segundo del recurso de casación*

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción del apartado 2 del art. 178 bis LC, en cuanto que no se ha dado un traslado formal para presentar una solicitud de exoneración del pasivo. El juzgado entendió que había sido solicitada, pero formalmente no se había cumplido con el trámite legal.

2. *Resolución del tribunal.* Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. En primer lugar, porque se plantea una cuestión procesal: en qué medida se ha cumplido o no el trámite previsto en el apartado 2 del art. 178 bis LC, que daba oportunidad al deudor de interesar la exoneración del pasivo. La infracción de esta norma procesal, en la medida en que hubiera existido realmente, no de forma aparente, y siempre que hubiera ocasionado indefensión, debía hacerse valer por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal y no mediante el recurso de casación. Y, en segundo lugar, resulta irrelevante pues se pretende que al deudor se le vuelva a dar la oportunidad de interesar formalmente la exoneración del pasivo por la vía del ordinal 4º del art. 178 bis.3 y mediante la acreditación del pago del 25% del pasivo ordinario (como si la apreciación de que no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos afectara sólo a los requisitos de la vía la exoneración inmediata del ordinal 4º), cuando la denegación de la exoneración lo ha sido porque no se cumple la exigencia previa y general del ordinal 3º.

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

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso ( art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir en casación, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º Desestimar el recurso de casación formulado por Romulo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2.ª) de 16 de octubre de 2020 (rollo 2691/2020), que conoció de la apelación formulada contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 12 de febrero de 2020 (incidente **concurzal** 57/2020).



2º Imponer las costas del recurso al recurrente.

3.º Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ