



Roj: **SAP O 107/2019 - ECLI: ES:APO:2019:107**

Id Cendoj: **33044370012019100011**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2019**

Nº de Recurso: **847/2018**

Nº de Resolución: **4/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JAVIER ANTON GUIJARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Modelo: N10250

COMANDANTE CABALLERO Nº 3 - 3º 33005 OVIEDO

-

Tfno.: 985968730/29/28 Fax: 985968731

Equipo/usuario: SGG

**N.I.G.** 33024 47 1 2017 0000217

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000847 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON

**Procedimiento de origen:** CNA CONCURSO ABREVIADO 0000220 /2017

Recurrente: Alexis

Procurador: Mª ISABEL BERAMENDI MARTURET

Abogado: ALEJANDRO GARCIA SUAREZ

Recurrido: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, BBVA S.A. ,  
EOS SPAIN S.L. EOS SPAIN S.L.

Procurador: , MANUEL SUAREZ SOTO ,

Abogado: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, ISABEL ALACID LAZARO ,

**SENTENCIA NÚM. 4/2019**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D.JOSE ANTONIO SOTO JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

D. JAVIER ANTON GUIJARRO

D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

En OVIEDO, a diecisiete de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de CONCURSO ABREVIADO 220 /2017, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 847 /2018, en los que aparece como parte apelante D. Alexis , representado por la Procuradora de los tribunales Dª. Mª ISABEL BERAMENDI MARTURET, asistida por el Abogado D. ALEJANDRO GARCIA SUAREZ; como parte apelada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA,



S.A., representado por el Procurador D. MANUEL SUAREZ SOTO, bajo la dirección Letrada de D<sup>a</sup> .ISABEL ALACID LAZARO, como parte apelada, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y también como Apelada no personada EOS SPAIN S.L.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 dictó sentencia en los autos referidos con fecha 26 de Enero de 2018, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que con estimación de la oposición planteada por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada y asistida por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, y de la mercantil BBVA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Manuel Suárez soto y asistida por la Letrada Sra. Alacid Lázaro, contra el Concursado D. Alexis , representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Doña María Isabel Beramendi Marturet y asistido jurídicamente por el Letrado Sr. D. Carlos Inocencio Caicoya Cecchini, debo denegar y deniego el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho solicitado por el Concursado D. Alexis . Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas".

**TERCERO.-** Notificada la anterior resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación por Alexis , que fue admitido, previos los traslados ordenados, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 17 de Enero de 2019, quedando los autos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER ANTON GUIJARRO .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Don Alexis promovió expediente para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, habiendo celebrado junta en fecha 16 mayo 2017 con el resultado de que el 75,07% del pasivo con derecho a voto mostró oposición a la propuesta planteada por el mediador. Seguidamente el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón acordó mediante Auto de 30 mayo 2017 declarar el concurso consecutivo de acreedores de Don Alexis y simultáneamente su conclusión por insuficiencia de la masa.

Una vez lo anterior Don Alexis presentó solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho en la que reclamaba la exoneración de la totalidad del pasivo y subsidiariamente la aprobación del plan de pagos que se aporta, con expresa inclusión de la deuda contraída con la TGSS, y con la declaración expresa de que la deuda contenida en ese plan de pagos no devenga intereses así como la exoneración de los créditos ordinarios y subordinados, aunque no hubieran sido comunicados, de conformidad con el art. 178 bis-3-5º 1º) L.C .

La Sentencia de 26 enero 2018 dictada por Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón , estimando la oposición que había sido planteada tanto por la TGSS como por el BBVA, deniega el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho solicitado por Don Alexis , razonando para ello en primer lugar que el solicitante no ha dado cumplimiento al ordinal 4º del art. 178 bis-3 L.C . pues no puede privarse de la naturaleza de crédito privilegiado general el que titula la TGSS por el importe que se hace constar en el certificado emitido el 6 septiembre 2017 por la suma de 75.423,31 euros. Y en segundo lugar, y por lo que respecta al requisito contenido en el ordinal 2º del art. 178 bis-3 L.C ., que el solicitante tampoco reúne los requisitos legalmente exigidos para ser considerado como deudor de buena fe toda vez que fue condenado como autor de un delito de daños mediante Sentencia de 4 febrero 2014 .

**SEGUNDO .-** En el recurso de apelación presentado por Don Alexis se viene a alegar, en lo que respecta al cumplimiento del requisito contenido en el ordinal 2º del art. 178 bis-3 L.C ., que la comisión de los delitos a que alude la norma deben tener relación con la gestión del patrimonio del deudor, lo que no acontece en el caso presente en que Don Alexis fue condenado por golpear un vehículo en el curso de una riña vecinal; se trata además de un delito leve conforme la categoría introducida mediante la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modificaba el Código Penal, mientras que la redacción actual del art. 178 bis L.C . obedece a la Ley 22/2015, de elaboración coetánea, que priva al deudor de servirse del principio de oportunidad si se le juzga por unos hechos cometidos en el año 2012, a todo lo cual se añade que en cualquier caso la pena estaría cancelada por el transcurso de los plazos previstos en el art. 136 C.Penal .



**TERCERO.**- El mecanismo de la llamada segunda oportunidad que permite al deudor persona natural declarado en concurso, en determinadas circunstancias, acceder a la remisión del pasivo insatisfecho fue introducido en nuestro ordenamiento mediante la reforma del apartado 2 del art. 178 L.C . llevada a cabo por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En esta regulación se establecían una serie de requisitos entre los que se incluía que el concursado no hubiera sido "condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso"

Posteriormente 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, después convalidado 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, vinieron a otorgar a la regulación del mecanismo de la segunda oportunidad la redacción ahora vigente y que resulta aplicable al supuesto aquí examinado.

Este nuevo diseño legal de la exoneración en el marco concursal aparece construido sobre el concepto normativo del "deudor de buena fe" previsto en el apartado 3 del art. 178 bis L.C . al requerir la concurrencia de varios requisitos indispensables, primeramente unos de carácter cumulativo como son los recogidos en los ordinales 1º a 3º, y seguidamente otros de carácter alternativo como son los ordinales 4º y 5º. Entre los nuevos requisitos que configuran al "deudor de buena fe" se encuentra el relacionado en el ordinal 2º al exigir "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".

El momento relevante para apreciar la concurrencia de los requisitos a que venimos haciendo referencia no puede ser otro que la fecha de la declaración de concurso del deudor persona natural, y ello en concordancia con lo dispuesto por el propio ordinal 2º y con la regla general *tempus regit factum* que supone que tanto en cuanto a sus condiciones de forma o fondo, como en cuanto a todos sus efectos pasados, presentes y futuros, los hechos jurídicos deberían regirse por la ley existente al tiempo de su constitución. Es cierto que esta regla puede encontrar su excepción en aquellos casos en que las nuevas normas tengan una naturaleza interpretativa o aclaratoria (vid. SSTS 18 noviembre 2009 , 13 diciembre 2010 y 12 enero 2018 , entre otras) si bien en el caso examinado es obvio que no acontece.

Cuando se dicta el Auto de 30 mayo 2017 que declara el concurso de Don Alexis el texto del ordinal 2º del art. 178 bis-3 L.C . ya contemplaba la condena en Sentencia firme por delitos contra el patrimonio como causa impeditiva para acceder a este beneficio, de igual manera que en aquel momento el Código Penal también recogía - dentro del Título XIII del Libro II los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico- el delito tipificado en el art. 263 por el que se castiga la causación de daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código . Y en aquel momento Don Alexis ya había sido condenado mediante Sentencia firme de 13 septiembre 2013 como autor, entre otras infracciones, de un delito de daños previsto y penado en el art. 263 C. Penal , al haber causado desperfectos en bienes de ajena pertenencia en cuantía superior a 400 euros, a la pena de multa de 2.400 euros resultante de una multa de 10 meses con cuota diaria de ocho euros.

Hemos de tener presente que el nuevo enunciado de la norma otorgado por el Real Decreto-ley 1/2015 no solo ha mejorado la técnica de su redacción al eliminar la inseguridad del texto precedente mediante la introducción de un catálogo cerrado de delitos, sino que además ha elevado el listón de los comportamientos ilícitos que impedirán al deudor persona natural acceder al beneficio de la segunda oportunidad. El mecanismo del *discharge* nació con la finalidad de ofrecer a los deudores "*honestos pero desafortunados*" la posibilidad de una segunda oportunidad, y en este sentido la reforma introducida en el sistema por el Real Decreto-ley 1/2015 trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 marzo 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y al fracaso empresarial, cuyo considerando 1º señala que "*La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión*". Pues bien, cuando el legislador dispone ahora que el deudor no haya sido condenado por Sentencia firme por delitos, entre otros, contra el patrimonio está configurando con ello un determinado estándar de honestidad exigible para acceder al beneficio de exoneración del pasivo, superior al vigente hasta ese momento, resultando por tanto irrelevante que la conducta delictiva por la que fue condenado Don Alexis lo fuera por una riña vecinal que no tenía nada que ver con la gestión de su patrimonio, tal y como éste sostiene en su recurso.

Se queja asimismo el apelante de que la distinción entre los delitos leves y el resto de delitos o delitos graves fue introducida por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 que entró en vigor el 1 julio 2015, pocos días antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 178 bis L.C . que lo fue el 30 julio de ese año, circunstancia que privó al deudor de poder servirse del principio de oportunidad pues el art.



963-1-º b) LECrim contempla la posibilidad de sobreseimiento del proceso para los delitos leves en el caso de que se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. Semejante alegación no puede ser atendida -pese al loable esfuerzo argumental del recurso- al decaer su premisa mayor, toda vez que la condena de Don Alexis no lo fue por un delito leve sino por un delito menos grave al haber causado daños en propiedad ajena por cuantía de 1.496,36 euros ( art. 263-1 en relación con art. 33-3 j) C.Penal ).

Habiendo sido condenado el deudor a una pena menos grave la cancelación de sus antecedentes penales operará a los 2 años contados a partir del día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena ( art. 136 C. Penal ), disponiendo el art. 136-5 C. Penal que "En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes".

A partir de aquí encontramos que el certificado expedido por el Registro Central de Penados expresa que la fecha de extinción de la pena lo fue el 17 noviembre 2015, por lo que los antecedentes penales se deberán entender cancelados a partir del 17 noviembre 2017. De ello se desprende que cuando Don Alexis es declarado en concurso mediante Auto de Auto de 30 mayo 2017 todavía no había transcurrido el señalado plazo para la cancelación de los antecedentes penales, lo que en definitiva conduce a excluir que reuniera en ese momento los requisitos para ser considerado como deudor de buena fe a los efectos dispuesto en el art. 178 bis L.C .

Llegados a este punto resulta ocioso examinar los restantes motivos del recurso de apelación presentado por Don Alexis habida cuenta la imposibilidad de acceder al beneficio solicitado. Asimismo, y por la misma razón, no procede tampoco examinar la impugnación de la Sentencia que formula la TGSS dado que en su escrito de recurso solicita simplemente su confirmación.

**CUARTO** .- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 LEC y vistas las dudas que presenta la cuestión enjuiciada, no procede realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Por todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

#### **FALLO**

Que desestimando el recurso de apelación presentado por Don Alexis y la impugnación presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la Sentencia de 26 enero 2018 dictada por Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón , debemos acordar y acordamos CONFIRMARLA sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

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