



Roj: SAP V 1/2022 - ECLI:ES:APV:2022:1

Id Cendoj: 46250370092022100001

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Valencia

Sección: 9

Fecha: 15/02/2022

Nº de Recurso: 2046/2021

Nº de Resolución: 142/2022

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: MONSERRAT MOLINA PLA

Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO NÚM. 002046/2021

**SENTENCIA NÚM.: 142/22**

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON RAFAEL GIMENEZ RAMON

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON

DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA

En Valencia, a quince de febrero de dos mil veintidós.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA, el presente rollo de apelación número 002046/2021, dimanante de los autos de Incidente Concursal [ICO] - 001181/2019, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, siendo el concursado y apelante don Eulalio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña MARIA DEL CARMEN MIRALLES PIQUERES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 28-9-2021, contiene el siguiente FALLO: " *QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO LA NO APROBACION DEL PLAN DE PAGOS propuesto por los deudores concursados por referirse a créditos de públicos, que deberán de ser negociados por los deudores su fraccionamiento y aplazamiento conforme a "lo dispuesto en su normativa específica"*.

*QUE DEBO ACORDAR y ACUERDO LA CONCESION DEL BENEFICIO PROVISIONAL DE **EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO**, que tendrá una duración de 5 años contados de fecha a fecha desde el día de la presente notificación, salvo revocación expresa, al deudor Eulalio , con todos los efectos previsto en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, y quedando excluidos los créditos de derecho público, que deberán de ser negociados por los deudores su fraccionamiento y aplazamiento conforme a "lo dispuesto en su normativa específica"*.

*Se acuerda la conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y aprobación de la rendición de cuentas, que se documentara en resolución a parte."*

**SEGUNDO.-** Contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el concursado don Eulalio , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Delimitación del objeto de recurso.**

La representación procesal de don Eulalio interpone recurso de apelación contra la sentencia de 28 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia en el seno del concurso de acreedores n.º 1181/2019, siendo el deudor don Eulalio, y recaída en el Incidente Concursal de oposición a la concesión del BEPI interesado por el mismo. En la misma se acuerda la concesión provisional del beneficio de **exoneración** del **pasivo insatisfecho**, con exclusión de los créditos de derecho público, y no se aprueba el plan de pagos en los términos propuestos por el deudor concursado porque considera que dichos créditos de derecho público deben ser excluidos en su totalidad del mismo y negociados por el deudor su fraccionamiento y aplazamiento conforme a lo dispuesto en su normativa específica.

La sentencia fundamenta su decisión, en primer lugar, en el cambio normativo existente con la publicación del TRLC y su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2020, por lo que considera que con base en el principio de retroactividad impropia ( STS 23/06/2020), a pesar de que la solicitud del BEPI se presentó con anterioridad a su entrada en vigor, deberá ajustarse a lo establecido en dicho texto refundido y no a la LC; continúa la sentencia apelada examinando la concurrencia de los presupuestos para la concesión del BEPI, y concluye que efectivamente los mismos concurren, concediendo el beneficio provisional respecto de los posibles créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso aunque no hayan sido comunicados; no obstante, en aplicación del nuevo Texto Refundido, y del contenido del art. 497 TRLC, considera respecto de los créditos de derecho público, que éstos no sólo no están incluidos en el beneficio de la **exoneración** sino que tampoco pueden quedar sometidos al plan de pagos en los términos propuestos, su aplazamiento y fraccionamiento deberá ajustarse a su normativa específica, motivo por el que no aprueba el plan de pagos propuesto por el deudor. Fundamenta, asimismo, el juzgador a quo que la STS de 2 de julio de 2019 no es aplicable al caso, pues la misma se refería al artículo 178 bis 5 y 6 LC, y también hace referencia a que no aprecia la existencia de "ultra vires" en la redacción del art. 497 TRLC, por ser idéntica a la del anterior 178 bis 5 y 6 LC.

El concursado recurre dicha resolución, en concreto la no aprobación del plan de pagos y el pronunciamiento sobre la extensión del beneficio de **exoneración** del **pasivo insatisfecho**, dado que la sentencia recurrida considera que los créditos de derecho público no pueden exonerarse ni pueden formar parte del plan de pagos. Como argumento de su recurso denuncia que la sentencia no se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo fijada en su sentencia de 2 julio de 2019 sobre la interpretación que debe darse al artículo 178 bis 3.4º, art. 178 bis 5 y art. 178 bis 6 de la LC, precepto que considera aplicable al supuesto de autos puesto que el procedimiento concursal se inició el 20 de noviembre de 2019, es decir, mucho antes de la entrada en vigor del TRLC; el plan de pagos se presentó junto con la solicitud de declaración del concurso y se reiteró el 22 de marzo de 2020. Asimismo, considera que esta cuestión jurídica ya ha sido resuelta por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, en su auto de 8 de septiembre de 2020, cuya transcripción aporta, solicitando que esta Sala resuelva en los mismos términos que el referido Juzgado, aprobando el plan de pagos en los términos propuestos y extendiendo el beneficio de **exoneración** del **pasivo insatisfecho** a los créditos públicos ordinarios y subordinados.

Al no presentarse escritos de oposición al recurso de apelación, ha quedado planteada la cuestión en estos términos en la alzada.

**SEGUNDO.- Texto legal aplicable al caso de autos, la derogada Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, o el TRLC 1/2020, de 5 de mayo.**

En primer lugar consideramos oportuno abordar con arreglo a qué norma ha de examinarse la posible concesión del beneficio de **exoneración** del **pasivo insatisfecho** (BEPI), atendido el hecho de que el concurso se declaró bajo la vigencia de la Ley Concursal, la solicitud del BEPI se presentó estando vigente la misma, la tramitación del Incidente Concursal que ha dado lugar a la sentencia hoy recurrida también se hizo bajo la vigencia de la Ley Concursal, y únicamente la sentencia apelada fue dictada con posterioridad a la entrada en vigor del TRLC (1 de septiembre de 2020), en concreto se dictó el día 28 de septiembre de 2021.

Examinados los argumentos dados en la sentencia apelada para considerar de aplicación el TRLC al supuesto de autos, sobre la base del principio de retroactividad impropia remitiéndose a la STS 23/06/2020, se considera oportuno, con carácter previo, valorar si respecto del mismo podemos hablar de retroactividad impropia o auténtica y, en su caso, determinar el momento a partir del cuál es aplicable el TRLC.

Consideramos que la STS 23/06/2020 referida en la sentencia de instancia no resulta aplicable al supuesto de autos, la misma resuelve la cuestión de si la limitación temporal, de doce meses, del derecho a cobrar la retribución del AC durante el periodo de liquidación es aplicable a los concursos en los que la fase de liquidación se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de la DT3ª Ley 25/2015, y para solventar dicha cuestión se remite a la distinción entre la "irretroactividad auténtica" o propia, y la "irretroactividad impropia",



y concluye, remitiéndose a diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva cuando incide sobre 'relaciones consagradas' y afecta a 'situaciones agotadas', considera el TS que en el caso planteado en aquella sentencia se estaba ante un supuesto de retroactividad impropia.

En el presente caso, la cuestión jurídica planteada no es si estamos ante un problema de retroactividad impropia o auténtica, hablar en dichos términos consideramos que resulta incompatible con la propia naturaleza de los Textos Refundidos. Éstos, al no tener por objetivo introducir novedades legislativas, no contienen diferencias sustanciales con el texto que derogan más allá de los límites constitucionales de la delegación, por lo que, en todo caso, un Texto Refundido sustituye al anterior texto objeto de refundición en todos los procedimientos que se hallen en curso a partir de su entrada en vigor, sustituyendo las disposiciones legales refundidas que quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento ( STCO 166/2007, de 4 de julio).

Todo ello nos conduce a la conclusión de que a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (1 de septiembre de 2020), no podemos resolver con sujeción a la Ley Concursal pues la misma ha sido derogada, con algunas salvedades previstas en la Disposición Transitoria Única y en la Disposición Derogatoria Única. Al margen de las excepciones previstas, entre las que no se encuentra la materia objeto del presente procedimiento, resolver a partir del 1 de septiembre de 2020 con sujeción a la Ley Concursal implicaría hacerlo con arreglo a una normativa derogada, salvo que se aprecie que el TRLC carece de amparo constitucional por haberse excedido de los límites de la delegación ("ultra vires").

Este argumento del exceso en los límites de la delegación es el que sirve de fundamento al Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, al que se remite el apelante para solicitar que se aplique la LC y no el TRLC, pues considera que adolece de un vicio de inconstitucionalidad en esta materia del BEPI, y, consecuentemente, procede la aplicación y la interpretación que se dio por el TS del derogado artículo 178 bis 3.4º y art. 178 bis 5 y 6 LC.

Este planteamiento del recurrente nos lleva a analizar la siguiente cuestión, si consideramos que ha habido una extralimitación de la delegación en la regulación de la extensión de la **exoneración** del régimen general previsto en el artículo 491 TRLC, de tal manera que el TRLC carece de amparo constitucional, y como consecuencia de ello subsiste la interpretación llevada a cabo en la STS de 2 de julio de 2019, no sólo respecto del supuesto de la **exoneración** directa o general sino, también, para la extensión de la **exoneración** del régimen especial y respecto del contenido del plan de pagos, previsto en los artículos 495 y 497 TRLC, lo que abordamos a continuación.

### **TERCERO.- Extensión de la **exoneración**, tanto del régimen general (**exoneración** directa) como del régimen especial (plan de pagos), en la Ley Concursal y en el TRLC.**

Para adentrarnos en la cuestión planteada, consideramos importante contrastar la regulación contenida en el artículo 178 bis de la LC respecto de la extensión del BEPI, que nos servirá, además, para contextualizar el dictado de la STS de 2 de julio de 2019, y la regulación o "innovación" introducida en el TRLC sobre esta cuestión.

Respecto de la extensión del beneficio de **exoneración** directa ninguna regla contenía el artículo 178 bis LC, simplemente se hacía referencia al esfuerzo del deudor para ser considerado deudor de buena fe (pago de los créditos contra la masa y privilegiados y, salvo que hubiese mediado intento de AEP, pago del 25% del **pasivo** ordinario). Por tanto, la extensión de la **exoneración** directa se deducía por exclusión, e incluía todos los créditos ordinarios o un 75% de los mismos, si no había intento de AEP, y los créditos subordinados. Nada decía el artículo 178 bis 3.4º sobre el crédito público y el alimenticio.

Sin embargo, en el supuesto de **exoneración** provisional, el artículo 178 bis 5 LC sí definía el ámbito de **exoneración**, y precisaba " se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: 1º. Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos por derecho público y alimentos (...)". Que además, contiene la misma redacción que el actual 497.1 TRLC.

La STS de 2 de julio de 2019, tras poner de manifiesto que la norma era de difícil comprensión, consideró que requería de interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación, y procedió a dicha interpretación equiparando parcialmente el **pasivo** exonerable cuando el deudor se acoge a un plan de pagos, con el deudor que se exonera por abonar de manera inmediata el umbral **pasivo** mínimo. Y así, concluyó que el 178 bis hacía una discriminación en contra del deudor que se acogía al plan de pagos por carecer de liquidez, en estos casos la dicción literal de la ley establecía que no era exonerable el crédito público (aunque fuera ordinario



o subordinado) ni el de alimentos, además del crédito privilegiado y contra la masa (art. 178 bis 5), y por el contrario esta excepción no existía para el deudor que se acogía al abono del umbral de **pasivo** mínimo que sí podía exonerarse de los créditos por alimentos y del crédito público ordinario y subordinado (178 bis 3.4º LC), al no contener ninguna excepción al respecto. El Tribunal Supremo entendió que el deudor que se acoge al plan de pagos también debía quedar exonerado del crédito público ordinario y subordinado, y ello a pesar de la dicción del art. 178 bis 5 LC que no ofrecía ninguna duda y era claro al excluir el crédito público y el de alimentos de la **exoneración** del deudor que se acogía al plan de pagos, nada dijo el TS sobre el crédito por alimentos, por eso resaltamos que lo que hizo fue una equiparación parcial del **pasivo** exonerable en ambos supuestos (únicamente respecto de los créditos públicos).

Si bien es cierto que en la Propuesta inicial del Texto Refundido de la LC no se introducía ninguna modificación en este tema, finalmente en el TRLC aprobado se opta por acabar con la injustificada discriminación ente deudores, y lo hace prohibiendo al deudor que se acoge al abono del umbral mínimo exonerarse el crédito público, ordinario y subordinado, y el de alimentos, actual art. 491 TRLC, introduciendo expresamente dicha prohibición en la dicción del artículo, a diferencia de lo que hacía el 178 bis.3. 4º LC que no contenía referencia alguna a este tipo de créditos; y, por otra parte, mantiene la misma redacción del 178 bis.5 LC para el ahora denominado régimen especial, actual art. 497 TRLC, es decir, mantiene la excepción de los créditos de derecho público y de alimentos de la extensión de la **exoneración** para este supuesto.

Es precisamente en relación con el artículo 491 TRLC, relativo a la extensión de la **exoneración** en el régimen general, donde ha surgido la polémica y algunos órganos judiciales han apreciado un exceso legislativo y han optado por no aplicarlo, de tal manera que consideran vigente el artículo 178 bis.3.4º LC y la interpretación que se hace del mismo por el TS en su sentencia de 2 de julio de 2019, lo que ocurre es que si se aplica dicha sentencia, afecta también al actual art. 497 TRLC, pues mantiene la misma redacción que el derogado 178 bis. 5 LC, y por ende interpretable también conforme a la misma, tal y como refiere el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona, en el que se fundamenta la apelación.

Consideramos oportuno traer a colación el contenido de los arts. 491 y 497. El TRLC regula de forma separada la extensión según se trate del régimen general o del especial (plan de pagos).

Así el art. 491 TRLC dispone " **Extensión de la exoneración.**

*1. Si se hubieran satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo, hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la **exoneración del pasivo insatisfecho** se extenderá a la totalidad de los créditos **insatisfechos**, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.*

*2. Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la **exoneración del pasivo insatisfecho** se extenderá al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados."*

Y el artículo 497 TRLC relativo a la " **Extensión de la exoneración en caso de plan de pagos.**

*1. El beneficio de la **exoneración del pasivo insatisfecho** concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar 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, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.*

*2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general.*

*2. Las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago de los créditos de derecho público se registrarán por lo dispuesto en su normativa específica."*

Por lo tanto, a diferencia de la anterior LC y en concreto del 178 bis 3.4º LC, y en sentido contrario, también, a la interpretación dada por la STS de 2 de julio de 2019, en el TRLC el crédito público (ordinario y subordinado) ya no es exonerable para ningún deudor, se acoga o no al plan de pagos. Lo que nos lleva irremediamente a considerar que, efectivamente, el TRLC en relación con el régimen general sí introduce una innovación respecto de la regulación anterior, que omitía cualquier referencia al respecto, pero ninguna innovación puede apreciarse, respecto del régimen especial o plan de pagos, en el art. 497 TRLC pues mantiene la misma redacción que el art. 178 bis 5 y 6 LC.

Ahora bien, ello no tiene por qué suponer que existe una extralimitación de las competencias atribuidas al Ejecutivo y que el artículo 491 TRLC adolece del vicio "ultra vires", y mucho menos que dicho vicio de



constitucionalidad debe extenderse también al art. 497 TRLC cuando, reiteramos, su contenido es idéntico al derogado 178 bis 5 y 6 LC, lo que analizaremos en los siguientes fundamentos de derecho.

#### **CUARTO.- Las reglas sobre el plan de pagos en la LC y en el TRLC.**

Una vez determinado el alcance de la extensión del beneficio de **exoneración** del **pasivo** en la LC y las innovaciones introducidas en el TRLC respecto del crédito público, y concluido que no queda exonerado el crédito público en el nuevo texto legal, la siguiente cuestión a analizar es la del contenido del plan de pagos, es decir, las reglas sobre el plan de pagos al que deberá someterse el deudor para que se reconozca este beneficio por el régimen especial, pues en esta cuestión también ha innovado el refundidor de forma coherente con lo expuesto anteriormente, y el TRLC excluye expresamente al crédito público del referido plan de pagos.

El artículo 178 bis 6 LC tenía el siguiente contenido : " 6. *Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.*

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

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

El TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 interpreta, también, este artículo 178 bis 6 LC en consonancia con la interpretación dada de los artículos 178 bis 3.4ª y 178 bis 5 LC, pues, si consideró que dentro de la extensión de la **exoneración** por plan de pagos también estaba el crédito público ordinario y subordinado, era necesario ofrecer una interpretación que permitiese salvar el último párrafo del art. 178 bis 6 LC, que remitía la tramitación de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de los créditos de derecho público a su normativa específica, lo que suponía una contradicción con que los mismos fueran exonerables mediante su inclusión en el plan de pagos. Pues bien, de nuevo el TS hace una labor interpretativa e integradora de dicho precepto en su sentencia de 2 de julio de 2019, y concluye en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto, " *La norma contiene una contradicción que es la que propicia la formulación del motivo tercero de casación. Por una parte, se prevé un plan para asegurar el pago de aquellos créditos (contra la masa y privilegiados) en cinco años, que ha de ser aprobado por la autoridad judicial, y de otra se remite a los mecanismos administrativos para la concesión por el acreedor público del fraccionamiento y aplazamiento de pago de sus créditos. Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la **exoneración** plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender sólo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan ". (el subrayado es propio).*

Argumento éste utilizado por el recurrente para que se revoque la sentencia de instancia y se proceda a aprobar el plan de pagos presentado, con inclusión de propuestas relativas a los créditos públicos que tiene el deudor con la AEAT y la TGSS.

Al igual que en la extensión de la **exoneración** del **pasivo**, en el Proyecto inicial del Texto Refundido se disponía en el artículo 494.1 relativo a la propuesta del plan de pagos, que en el plan de pagos se debían incluir todos los créditos de derecho público, y no sólo los públicos privilegiados, en consonancia con lo establecido en la STS de 2 de julio de 2019, y además permitía extinguir dicho crédito público por la vía de la **exoneración** definitiva en el art. 498 del Proyecto.

Pero, finalmente, el refundidor opta en el TRLC aprobado por la siguiente redacción en el artículo 495. "**Propuesta de plan de pagos.**

*1. A la solicitud de **exoneración** del **pasivo insatisfecho** acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por su normativa específica."*

Como ocurrió con el artículo 491 TRLC que excluye de la extensión de la **exoneración** por el régimen general a los créditos públicos, el artículo 495 TRLC hace lo propio en el régimen especial, y no permite que el plan



de pagos incluya ningún tipo de crédito público, sino que obliga a que el deudor solicite el aplazamiento ante las administraciones públicas correspondientes, sin que los acreedores públicos se vean vinculados por la aprobación judicial del plan de pagos. Esta conclusión es coherente y viene a reforzar las previsiones del artículo 497 TRLC, que no olvidemos que respecto del aplazamiento y fraccionamiento del pago la redacción del 497.2 TRLC es idéntica a la del último párrafo del 178 bis 6 LC, "Las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago de los créditos de derecho público se regirán por lo dispuesto en su normativa específica."

De nuevo el refundidor lleva a cabo su labor de forma contraria a la interpretación de la STS de 2 de julio de 2019, que como hemos transcrito resultaba favorable a la inclusión del crédito público en el plan de pagos, planteándose también al respecto, si se ha llevado a cabo la labor del refundidor extralimitándose en sus facultades, con el consiguiente vicio de inconstitucionalidad "ultra vires" también respecto de las reglas del plan de pagos, pero en esta ocasión lo más llamativo es que se plantea esta cuestión, incluso, cuando la redacción del 178 bis in fine es idéntica a la del 497.2 TRLC.

#### **QUINTO.- Inexistencia de vicio ultra vires en el TRLC.**

El régimen jurídico de todo Texto Refundido lo encontramos en el artículo 82.5 CE " 5. *La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar, y armonizar los textos legales que han de ser refundido*".

El TRLC tiene su origen en la Disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que habilitaba al Poder Ejecutivo para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al efecto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor, el plazo concedido era de doce meses, habiendo caducado el 26 de mayo de 2016. No fue hasta el 2019 que se volvió a habilitar al Gobierno para llevar a cabo esta refundición, mediante la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales, de 20 de febrero, que le otorgó un plazo de ocho meses, plazo que nuevamente caducó en noviembre de 2019, aunque esta cuestión es discutible habida cuenta que el Gobierno estuvo en funciones desde el 28 de abril de 2019 hasta las elecciones de noviembre de 2019. En ambos casos, dicha autorización incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.5 de la Constitución Española.

Probablemente, el Ejecutivo, sabedor de las posibles controversias a que pudiera dar lugar la nueva redacción, en lo que podríamos considerar el preámbulo del RDL 1/2020, de 5 de mayo, prevé "*...al redactar el texto refundido, el Gobierno no solo aspira a ofrecer un conjunto normativo que fuera sistemático y que fuera claro e inteligible. Por supuesto, el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes. Pero, dentro de los límites fijados por las Cortes, la tarea exigía, como en ocasiones similares ha señalado el Consejo de Estado, actuar «con buen sentido» pues la refundición no puede ser una tarea meramente mecánica, sino que requiere, a veces, ajustes importantes para mantener la unidad de las concepciones; para convertir en norma expresa principios implícitos; para completar las soluciones legales colmando lagunas cuando sea imprescindible; y, en fin, para rectificar las incongruencias, sean originarias, sean consecuencia de las sucesivas reformas, que se aprecien en las normas legales contenidas dentro de la misma Ley. Por estas razones, la labor técnica que supone la elaboración de un texto refundido, cuando la delegación es tan amplia, implica no solo interpretación, sino también integración -es decir, un «contenido innovador», sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa-, pudiendo incluso llegar a la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición ( sentencias del Tribunal Constitucional números 122/1992, de 28 de septiembre , y 166/2007, de 4 de julio )". (el subrayado es propio).*

Dicha introducción o preámbulo del TRLC transcribe parcialmente la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del ultra vires, a la que se refiere la STCO 166/2007, de 4 de julio, dictada con ocasión del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y que considera "*no es menos cierto que la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE , es decir, el que incluye la facultad "de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos", pues ello permite al Gobierno, como hemos dicho en la STC 13/1992, de 6 de febrero , la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático*".



Por lo tanto, si bien es cierto que la autorización al Ejecutivo para refundir la legislación concursal en ningún caso le facultó para modificar sustancialmente los preceptos anteriores al nuevo texto refundido, ni para introducir cambios ex novo con ocasión de la refundición, nada obsta para que sí sirviese para aclarar, armonizar, interpretar, completar soluciones legales ante omisiones o lagunas, pues recordemos que dicha autorización se hizo para el segundo tipo de refundición previsto en el art. 82.5 CE e incluía las facultades "de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos".

Que el artículo 178 bis LC era un precepto asistemático y que carecía de armonía y coherencia interna, no sólo era una obviedad sino que precisamente el propio TS, en su sentencia de 2 de julio de 2019, consideró que tal norma era de difícil comprensión y que requería de interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación, ante las más que obvias lagunas, carencias, e incoherencias contenidas en el mismo. Por lo tanto, este precepto era de los que precisaba esa tarea de aclaración, armonización y había lagunas normativas que colmar por el refundidor.

Como hemos expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, nada definía el ámbito de la **exoneración** del régimen general en el artículo 178 bis. 3.4º LC sobre el crédito público y el alimenticio, sin embargo, para el plan de pagos el artículo 178 bis 5 LC sí definía el ámbito de **exoneración** y excluía expresamente dichos créditos de la misma. Ahora, el artículo 497 TRLC se mantiene como la redacción derogada respecto del régimen especial (plan de pagos), y sin embargo, el refundidor sí completa y concreta la extensión de la **exoneración** para el régimen general en el art. 491 TRLC, y opta, en contra de lo que en su momento interpretó la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por excluir también los créditos públicos y el alimenticio para este deudor que ha satisfecho el umbral mínimo, de tal manera que acaba con la discriminación en contra del deudor que se acogía al plan de pagos por carecer de liquidez, e iguala a ambos deudores, si bien lo hace de forma contraria a lo que interpretó en su momento el Tribunal Supremo.

Pero además, no sólo mantiene la misma redacción del 178 bis 6 in fine en el artículo 497.2 TRLC sino que, para darle coherencia, lo refuerza con el artículo 495.1 TRLC relativo al contenido de la propuesta del plan de pagos, y en el que excluye expresamente del plan de pagos la totalidad del crédito público, de nuevo opta y refuerza la literalidad del anterior 178 bis 5 y 6 LC, en contra de lo que interpretó el Tribunal Supremo, y termina por excluir el crédito público del plan de pagos. Lo llamativo, como hemos dicho, es que en el artículo 497 TRLC no se modifica la redacción anterior del artículo 178 bis 5 y 6 in fine LC, por lo que difícilmente se puede atribuir a dicho precepto el vicio alegado por el apelante.

Consideramos que lo que hace el refundidor es integrar, aclarar y armonizar dichos preceptos, colmando las lagunas legales y resolviendo las contradicciones existentes, como lo hizo en su momento el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019, y el hecho de que lo haga de forma contraria a la interpretación que dio el Tribunal Supremo en su momento, no creemos que signifique que se haya excedido de los límites de la función de regularizar, aclarar o armonizar que tenía encomendada, por lo que no apreciamos la existencia de ultra vires. La comparación debe hacerse entre las normas derogadas y las del Texto Refundido, pero no consideramos que dicha comparación deba llevarse a cabo entre la norma nueva y la norma derogada junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la interpretó. El Tribunal Supremo hizo su labor en un momento en que era necesario, y el refundidor en el TRLC ha hecho la labor que se le encomendó, y el hecho de que en relación con el BEPI lo haya hecho en contra de la interpretación que dio al TS al precepto vigente en su momento, no significa que haya incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, ni que se haya excedido de la autorización, sin perjuicio de que somos conscientes de la disparidad de criterios entre los distintos Juzgados Mercantiles, y a título de ejemplo el Auto de 8 de septiembre dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona aducido por el recurrente, pero en sentido contrario también existen otras resoluciones judiciales, a destacar el Auto de 13 de enero de 2021 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Oviedo, dictado en el seno del concurso 215/2017, por el Ilmo. Magistrado-Juez don Alfonso Muñoz Paredes, el primero de ellos se refiere a la **exoneración** conforme a un plan de pagos donde aprecia ultra vires, y el segundo de ellos no aprecia ultra vires en la regulación del 491 TRLC respecto del régimen general.

En definitiva, la regulación contenida del BEPI en el artículo 178 bis LC era deficiente, con lagunas, contradictoria, lo que evidenciaba la necesidad de ser abordada en el TRLC, al margen de que la opción seguida por el legislador sea contraria a la establecida por el Tribunal Supremo en su momento.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera y concluye, respecto de las cuestiones planteadas a través del presente recurso de apelación:

(i) que el TRLC ha sustituido a partir de su entrada en vigor, el 1 de septiembre de 2020, a la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que ha quedado derogada, (con las salvedades de la Disposición Transitoria y Derogatoria), y ha dejado de ser aplicable desde ese momento;



(ii) no apreciamos la existencia de ultra vires en la redacción de los artículos 491, 495 y 497 TRLC, y con ellos deja de ser aplicable la interpretación que daba el TS en su sentencia de 2 de julio de 2019 del derogado art. 178 bis LC, la misma ha devenido innecesaria ante el hecho de que el refundidor, dentro de los límites constitucionales, ha decidido completar, interpretar e integrar tal norma a través del TRLC;

(iii) en relación con la extensión del BEPI, en el TRLC se prevé que el crédito público (inclusive el ordinario y subordinado) ya no es exonerable para ningún deudor, se acoja al régimen general o al régimen especial, con plan de pagos;

(iv) respecto al contenido del plan de pagos, el TRLC no permite que el mismo incluya ningún tipo de crédito público, sino que obliga a que el deudor solicite el aplazamiento ante las administraciones públicas correspondientes, sin que los acreedores públicos se vean vinculados por la aprobación judicial del plan de pagos.

Por todo lo anteriormente expuesto, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Eulalio, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, por los argumentos expuestos en la presente resolución.

#### **SEXTO.- Costas en la segunda instancia.**

A pesar de la desestimación del recurso de apelación, consideramos que en el presente caso existen las suficientes dudas de derecho como para no imponer las costas al recurrente.

Las dudas de derecho resultan evidentes dada la existencia de posturas discrepantes con la tomada por esta Sala respecto de las cuestiones resueltas, y así consideramos oportuno destacar la sentencia dictada por la AP de Barcelona, sección 15, de 15 de noviembre de 2021, n.º 2309/2021, en el rollo de apelación 2015/2021, ponente el Ilmo. Magistrado D. Juan Francisco Garnica Martín, (ECLI:ES:APB:2021:5058<sup>a</sup>), y en la que hace referencia al Auto n.º 112/2021 dictado por dicha AP en fecha 17 de junio de 2021 en el mismo sentido; así como la sentencia dictada por la AP de Palma de Mallorca sección 5, n.º 763/2021, de fecha 20 de septiembre de 2021, en el recurso n.º 719/2021, ponente Ilma. Sra. Doña María Arantzazu Ortiz González (ROJ:SAP IB 2444/2021 - ECLI:ES:APIB:2021:2444).

Vistos los preceptos legales aplicables, concordantes y demás de general y pertinente aplicación;

#### **FALLO**

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Eulalio contra la sentencia de 28 de septiembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, en el seno del concurso de acreedores n.º 1181/2019 recaída en el Incidente Concursal de oposición a la concesión del BEPI, que se CONFIRMA, con base en los argumentos expuestos en la presente resolución, sin imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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