

Roj: AAP CO 855/2017 - **ECLI:**ES:APCO:2017:855A

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Córdoba

Sección: 1

Nº de Recurso: 67/2017

Nº de Resolución: 337/2017

Fecha de Resolución: 12/07/2017

Procedimiento: CIVIL

Ponente: FELIPE LUIS MORENO GOMEZ

Tipo de Resolución: Auto

Cuestión:

Concurso de persona física. Competencia objetiva.

Resumen:

Analiza la resolución la cuestión de competencia objetiva para declarar el concurso de un deudor que a pesar de no tener la condición de empresario en el momento de solicitar el concurso, la mayor parte de sus deudas tienen origen en la actividad empresarial que mantuvo.

La AP aborda la problemática que presenta el elemento temporal en la determinación de la condición de empresario para aplicar la regla de competencia objetiva: el momento de nacimiento de la obligación y el de declaración de concurso.

Después de una extensa alusión a las dos corrientes jurisprudenciales en materia de competencia objetiva —la sostenida por la Audiencia Provincial de Murcia, *Sección 4ª en su Auto de 28.7.2016 (Apelación Rollo 550/2016 ,)* y la sostenida por la Audiencia Provincial de Madrid *Sección 28ª en su Auto de 16.9.2016 (Rollo 266/2016)—, la Audiencia se decanta por la tesis que sostiene la AP de Madrid; entendiendo que el criterio debe situarse en torno al peso de las deudas con origen empresarial sobre el total de las deudas, independientemente de si el deudor siga o no ostentando la condición de empresario al tiempo de declararse el concurso.*

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION 1ª - CIVIL

AUTO Nº 337/2017.-

Presidente

Don FELIPE LUIS MORENO GÓMEZ

Magistrados

Doña CRISTINA MIR RUZA

Don MIGUEL ANGEL NAVARRO

APELACIÓN CIVIL

Autos: Concurso Consecutivo nº 1522/16

Juzgado: 1ª Instancia nº 9 de Córdoba

Rollo: 67

Año: 2017

En la ciudad de Córdoba, a doce de julio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por Irene, representado por la procuradora Sra. de Miguel Vargas y asistida de la letrada Sra. Vargas Jiménez.

HECHOS

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida, y

PRIMERO .- El día 14 de diciembre de 2016 por el Juzgado referido dictó auto cuya parte dispositiva establece:

« **DISPONGO.- No admitir** a trámite la solicitud de Concurso formulada por la procuradora Sra. De Miguel Vargas, en nombre y representación de D^a Irene **por Falta de Competencia Objetiva**, siendo competente para su conocimiento el Juzgado de lo Mercantil , procediéndose al **ARCHIVO** de las actuaciones sin más trámite una vez sea firme la presente resolución.»

SEGUNDO .- Contra dicho auto se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de Irene, con base en la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó; tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo. Es Ponente del recurso D. FELIPE LUIS MORENO GÓMEZ.

Esta Sala se reunió para deliberación el día 11 de julio de 2017.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se acepta la fundamentación jurídica de la resolución apelada.

PRIMERO .- Habiendo presentado doña Irene, en cuanto afirmada deudora persona natural no empresaria, ante el Juzgado de Primera Instancia solicitud de declaración de concurso consecutivo ex *art. 242 y 242-bis de L.C* . (escrito y documentación presentados en fecha 23 de noviembre de 2016; fols. 56 y ss.), ha acontecido que dicho juzgado, tras observar los trámites previstos en el *art. 48 de Lec .*, ha apreciado de oficio falta de competencia objetiva y dictado auto no admitiendo a trámite dicha solicitud por considerar que es el Juzgado de lo Mercantil el objetivamente competente para conocer del asunto.

Pues bien, como dicho auto es apelable al amparo de lo establecido en el *art.*

66-1 de Lec ., finalmente ha acontecido que dicha solicitante ha interpuesto el presente recurso de apelación exponiendo, sustancialmente, que en el momento de solicitar el concurso doña Irene no realizaba actos de comercio, que dichos actos en el pasado no los había realizado con habitualidad y que "casi la mitad" del importe adeudado (70.571,73 euros) proviene de un reconocimiento de deuda efectuado en fecha en que era trabajadora por cuenta ajena y no desarrollaba actividad alguna en el negocio ganancial (dedicado a bar) regentado por su ex marido (*sentencia de divorcio de 4 de mayo de 2015*) antes de que doña Irene se diera de alta como autónoma en actividad "establecimiento de bebidas (alta el 1-1-09 y baja el 31/8/2010; informe de vida laboral unido al fol. 137).

SEGUNDO .- Planteada así la cuestión y revisado el contenido de las actuaciones, en especial la documental antes indicada y el contenido del escrito de alegaciones complementarias que a requerimiento del Juzgado fue presentado en fecha 1 de diciembre de 2016 ("el pasivo o la situación de insolvencia proviene del impagado del alquiler del local y préstamos bancarios para desarrollar la actividad de un bar que regentaba su ex marido"), se ha de señalar, amén de tener presente lo establecido en los arts. 6 y ss. del C. de C., que el recurso debe ser desestimado puesto que son sustancialmente proyectables al caso las consideraciones que en favor de un criterio objetivo (naturaleza empresarial o profesional de la deuda que mayoritariamente integra el pasivo del deudor) se hicieron por *este Tribunal en Auto de 1 de diciembre de 2016* (sin que al día de hoy apreciamos razón válida suficiente para motivadamente cambiar de criterio) y, por ende, no es de apreciar en la resolución apelada ninguno de los errores denunciados.

En la referida resolución, entre otros extremos se decía:

" **SEGUNDO.-** Hasta ahora, todos los concursos de acreedores se tramitaban en los juzgados mercantiles, sin diferenciar si los instantes eran empresarios o no. A partir del mes de octubre de 2015, toda aquella persona natural que no tenga la condición de empresaria deberá solicitar la declaración de concurso de acreedores en el juzgado de primera instancia que por su domicilio le corresponda. En efecto, dentro del ámbito concursal, a partir del pasado día 1 de octubre, el órgano judicial competente para conocer los concursos de persona natural que no sea empresario, ha pasado de los Juzgados de lo Mercantil a los de Primera Instancia. Esta nueva previsión se introduce en la modificación del *artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (punto 6), cuya redacción tras la referida modificación es como sigue: "*Artículo 85 Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: (...) 6. De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora*". El *apartado 6 del artículo 85 fue introducido por el apartado veintidós del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio* , por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio).

Diversas cuestiones suscita ésta última reforma, y la primera viene dada porque no se aclara expresamente la definición de "persona natural no empresario".

Es usual remitirse al *artículo 231.1 apartado segundo de la Ley Concursal* . Aunque circunscrito al ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, se define al empresario persona natural como aquél que tenga tal condición de acuerdo con la legislación mercantil pero también aquellos otros que ejerzan actividades profesionales o tengan esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social. Los trabajadores autónomos también serían considerados como empresarios personas naturales. Puede suceder, pues, que tenga la consideración de empresario un deudor

que no realice actividad económica, como por ejemplo, aquella persona que tenga dada de alta en la Seguridad Social a una empleada de hogar (*art. 10.1.7º RD 84/1996, 26 de enero y art. 1.3 RD 1620/2011, 14 de noviembre*). También quedarían fuera del concepto de consumidor aquellos que estén dados de alta como autónomos a efectos de la legislación de la Seguridad Social. Sólo el trabajador por cuenta ajena parece quedar fuera.

Igualmente se ha mantenido que otra referencia normativa de utilidad puede encontrarse en el concepto de "emprendedor" de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Su *artículo tercero define a los emprendedores como " aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley "*. La principal nota característica está, como puede verse, en el desarrollo de una actividad económica, sea empresarial o profesional. Esta nota se puede ver también en la definición de "operador económico" recogida en el anexo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado ("Ley 20/2013"), que apunta a *" cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España "*. Puede incluso acudir al Derecho proyectado. En concreto, de singular interés es el Anteproyecto de Ley del *Código Mercantil (artículo 001-1)*, que se refiere a las personas físicas que ostentan la condición de empresario como *" [l]as personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales "*. Ciertamente, no se trata de legislación vigente, pero cabe ya señalar que esta definición de empresario se ajusta al concepto manejado tradicionalmente por la doctrina y, por tanto, se acerca mucho al objetivo perseguido de encontrar una noción de empresario válida para establecer la distribución de competencias entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil.

La clave es, pues, el desarrollo por una persona física en nombre propio de una actividad económica en el mercado, de carácter comercial o profesional, destinada a la satisfacción de necesidades de terceros.

En definitiva, en ausencia de una definición general de empresario en la legislación mercantil positiva, parece razonable entender que, cuando se esté ante una persona física que desarrolle en nombre propio una actividad económica (empresarial o profesional) en los términos descritos, esa persona merecerá la consideración de empresario y, por tanto, el conocimiento de su concurso corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil. En caso contrario, se estará ante una persona física no empresario y, por tanto, la competencia objetiva quedará residenciada, en caso de concurso, en los Juzgados de Primera Instancia.

TERCERO.- Mayor problemática presenta el elemento temporal, esto es, el momento en que debe reunirse la condición de empresario.

La determinación del concepto de empresario no es la única cuestión que debe resolverse para la aplicación de la regla de competencia objetiva examinada. Además, es necesario prestar atención al elemento temporal, que exige establecer en qué momento se debe reunir la condición de empresario al objeto de dilucidar, a su vez, si de un eventual concurso de una persona física debe conocer el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil.

Dos son, en concreto, las situaciones temporales fundamentales a que cabe atender: el momento de nacimiento de la obligación y el de declaración de concurso.

Considera que lo relevante es que la persona física reúna la condición de empresario al tiempo de presentarse la solicitud de concurso el *Auto de 28.7.2016 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (Apelación Rollo 550/2016)*,. No sólo señala que la realidad es muy compleja, ya que una persona física puede desarrollar sucesiva y/o simultáneamente diversas actividades, unas empresariales y otras no, y en el desarrollo de esas actividades contraer obligaciones, unas empresariales y otras no, y que para el caso de que se aprecie que el cese en la condición de empresario responde a una decisión estratégica encaminada a evitar los juzgados de lo Mercantil, es posible su corrección mediante la aplicación del *artículo 11.2 LOPJ*, al entrañar fraude de ley, sino que concluye que lo relevante es la condición subjetiva del deudor en el momento de la solicitud del concurso, aunque antes haya tenido otra cualidad " *dado que los criterios que fijan la competencia deben ser lo más objetivos y seguros posibles, a fin de evitar controversias y demoras en su apreciación*", y que " *por regla general, la LEC (que se aplica supletoriamente, DF 5ª LC)* atiende como momento relevante al de la interposición de la demanda (*artículo 410 y 411 LEC*). Como argumento adicional reseñar que al no desarrollar actividad empresarial el sujeto pasivo del procedimiento concursal, de ordinario, se presume -según el legislador- que las incidencias que éste presente van a ser menores".

Por el contrario, el *Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (de lo mercantil), Rollo 266/2016, de 16.9.2016*, considera que hay que atender a si la mayor parte del pasivo se generó como consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial o si tiene origen en actividades personales ajenas a las empresariales. Indica esta resolución que, aunque una interpretación rígida, literalista, de la norma que contiene el fuero - *artículo 85.6 LOPJ* - dado el tiempo verbal empleado, llevaría a exigir la competencia a favor del Juzgado de lo Mercantil que la actividad empresarial de la persona física se mantenga vigente al momento de la solicitud del concurso, debe tenerse en cuenta, no sólo que la reforma obedece a criterios de oportunidad legislativa y ahorro de costes públicos, sino que en el concurso siguen concurriendo numerosas y relevantes cuestiones vinculadas a la actividad empresarial, aún cuando ésta hubiere cesado, como son las acciones de reintegración referentes a actos empresariales, *artículo. 71.5 LC*, o relativas a acuerdos de refinanciación que afectasen en su momento a la actividad económica entonces desarrollada, *art. 71 bis.2 LC*; conflictos sobre clasificación de créditos generados bajo dicha actividad, *art. 91.1* ° a *3º LC*; o valoración en el juicio de calificación de ciertos incumplimientos del empresario, sobre todo contables, vd. *art. 164.2.1º LC* en relación con el *art. 25 Cco* (deber de llevar contabilidad por "todo empresario...", incluidas las personas naturales, sin perjuicio de las especialidades para las sociedades, vd. *art. 26 Cco*), *164.2.2* ° o *165.3º LC*, o incluso por la *cláusula general de 164.1 LC*, cuando deban examinarse decisiones empresariales como actos generadores o agravadores de la insolvencia. Esgrime que será competente el Juzgado de lo Mercantil cuando la mayor parte del pasivo declarado por el deudor en su solicitud, al inicio del concurso, provenga de su anterior actividad empresarial, y ello porque normalmente (1) el trabajador autónomo cesa en su situación de alta en la Seguridad Social a fin de evitar incurrir en mayores gastos, (2) suele coexistir en todo concurso aunque no se haya cesado la actividad un pasivo que no es de origen empresarial, (3) con esta solución no se impide o limita la posibilidad de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho tras el concurso, ya que ello no está previsto en el *artículo 178 bis LC* para las personas naturales, sin distinción alguna entre

empresarios o no, y (4) este tratamiento procesal puede llegar a ser beneficioso, ya que de darse el caso de concurso consecutivo, será de aplicación el *art. 242 LC*, que permitiría incluso proponer un convenio, y si fuese posible, será difícil normalmente, reactivar la actividad económica cesada; en lugar de aplicar la especialidad del *art. 242 bis LC*, sobre concurso consecutivo para personas naturales no empresarios, que cercena la posibilidad de todo convenio y aboca necesariamente a la liquidación.

Ante esta disyuntiva, este Tribunal considera que ciertamente es necesario establecer un criterio objetivo y cierto, que dote de seguridad jurídica y facilite la aplicación de la regla de competencia objetiva, y que ese criterio puede razonablemente situarse en la atención a si en el pasivo de la persona física existen deudas cuantitativamente relevantes dentro del conjunto del pasivo originadas por el desarrollo de una actividad empresarial, con independencia de si el deudor sigue o no ostentando la condición de empresario al tiempo de declararse el concurso.

Por ello, cuando se detecte la existencia de importantes deudas procedentes del ejercicio de una actividad empresarial, el respeto al criterio de especialización ha de primar y, por tanto, la competencia objetiva para conocer del concurso habrá de quedar atribuida a los Juzgados de lo Mercantil."

PARTE DISPOSITIVA

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. de Miguel Vargas, en representación de doña Irene, frente al auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia num. Ocho de Córdoba, en fecha 14 de diciembre de 2016, que se confirma.

Sin imposición de costas.

En materia de recurso se habrá de estar al Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la materia fechado el 30 de diciembre de 2.011.

Notifíquese la presente resolución a las partes y devuélvase la causa al Juzgado de procedencia junto con testimonio de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.