

Roj: AAP IB 162/2017 - **ECLI:**ES:APIB:2017:162A

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Palma de Mallorca

Sección: 5

Nº de Recurso: 252/2017

Nº de Resolución: 103/2017

Fecha de Resolución: 11/07/2017

Procedimiento: CIVIL

Ponente: MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ

Tipo de Resolución: Auto

Cuestión:

Concurso de persona física. Competencia objetiva.

Resumen

Analiza la resolución la competencia objetiva de los Juzgados. Se plantea cuestión de competencia para resolver sobre qué Juzgado debe conocer de un concurso consecutivo cuyos créditos tienen origen en avales como consecuencia de una actividad mercantil, aunque la deudora no sea empresaria en el momento de la presentación de la demanda. La Audiencia hace suyo el criterio esgrimido en el Auto de la sección 28 de la AP de Madrid de 16 septiembre 2016 y concluye que los artículos 85.6 LOPJ, 45.2 b LEC y 231.1 se refieren a quien sea o haya sido empresario, siendo relevante únicamente como hecho subjetivo de determinación de la competencia objetiva que la mayor parte del pasivo declarado por el deudor en su solicitud, o al inicio del concurso, provenga de su anterior actividad empresarial.

Encabezamiento

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 5 PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00103/2017

N10300

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217 MNP

N.I.G. 07040 47 1 2017 0000583

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000252 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: CONCURSO ORDINARIO 0000236 /2017

Recurrente: Isabel Procurador:

Abogado: DIEGO CORONADO MANSILLA

Recurrido: Procurador: Abogado:

AUTO Nº 103

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

DÑA. M^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a once de julio de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de Baleares, los Autos de CONCURSO ORDINARIO 236 /2017, procedentes del Juzgado de lo Mercantil N. 1 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACIÓN 252 /2017, en los que aparece como parte apelante, el mediador concursal D. Ambrosio en nombre de Dña. Isabel.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña M^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juez del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de PALMA DE MALLORCA*, se dictó Auto con fecha 4 de abril 2017 , en el concurso ordinario 236/17, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"SE DECLARA LA FALTA DE COMPETENCIA OBJETIVA DEESTE JUZGADO para conocer de la solicitud de concurso consecutivo formulada por el Letrado D. Ambrosio (en su condición de mediador concursal), en nombre y representación de Dña. Isabel, indicando como competentes los Juzgado de Primera Instancia"*.

SEGUNDO .- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandante Doña. Isabel se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 5 de julio del corriente año, quedando el recurso concluso para resolución.

TERCERO .- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El mediador concursal DON Ambrosio presentó la solicitud de concurso consecutivo de DOÑA Isabel ante el Juzgado de Primera Instancia nº4 de Palma de Mallorca.

Después de los trámites preceptivos, por auto de 16 de febrero de 2017 aquel

juzgado declinó su competencia a favor del Juzgado de Lo Mercantil razonando que la memoria presentada con la solicitud daba cuenta del origen empresarial de las deudas que obligaron a presentar el concurso de acreedores; en apoyo de su interpretación cita una *resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 septiembre de 2016* .

La Sra. Isabel fue administradora de la sociedad limitada MARÍA FERRER S.L. que gestionaba dos puestos de fruta en el mercado de SAN ANTONI de PORTMANY en IBIZA, avaló las deudas del negocio y cuando éste fracasó ella quedó responsable.

Presentada de nuevo la petición ante el Juzgado de lo Mercantil, éste ha resuelto su falta de competencia por auto de 6 de abril de 2017 razonando que la Sra. Isabel carece de la condición de empresaria .Como refuerzo de su fundamentación a los artículos de la ley concursal, añade la decisión de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de julio de 2016.

Contra este auto interpone recurso el mediador concursal quien expone que, aunque las deudas de DOÑA Isabel traen causa de su actividad como comerciante, hacía más de 10 años que trabajaba por cuenta ajena; en la actualidad está desempleada.

A los hechos expuestos procede añadir que en la memoria preceptiva presentada con el concurso consecutivo consta literalmente:

" Su economía viene ligada necesariamente a su vida laboral. Sin perjuicio de trabajos temporales diversos, después del nacimiento de su hija, inició una andadura económica con la adquisición y puesta en funcionamiento de dos puestos en el mercado de Sant Antoni para lo que hubo de solicitar préstamos y fianzamientos que provocaron la situación de endeudamiento irreversible hasta fecha actual.

Después, trasladó su domicilio a Palma de Mallorca, e inició su relación laboral el 1 de octubre de 2007 con la categoría de recepcionista para la entidad Agrupación Médica Balear, Policlínica Miramar, y ello hasta el pasado día 21 de octubre de 2016 en que fue despedida, y pasó a la situación de desempleada con derecho a percibir la prestación por desempleo. La nómina que venía percibiendo, sin perjuicio de los embargos que sobre ella había trabados, ascendía al importe de 1577,70 € como base de cotización, y líquido a percibir de 1.006,86€."

El listado de acreedores informa sobre el importe de los créditos concursales ascienden a 236.348,90 euros; del detalle del listado según *art 6 LC* no se identifican los vencimientos ni la identidad de algunos acreedores ;en concreto quien es el acreedor por importe 133.227,63 euros calificado como subordinado.

El inventario de bienes y derechos informa sobre el activo de la solicitante y según la documentación aportada, dispone de 24.000 euros (puesto 9 del mercado de Ibiza), según hemos hecho constar está desempleada.

Con estos datos decidimos en este recurso sobre la base de que la deuda se generó como consecuencia de la actividad empresarial porque así consta expresamente en la memoria.

En este concurso se solicita la exoneración del pasivo insatisfecho para lo que es requisito que el concurso no sea calificado como culpable.

El *art 164.2.2 LC* sería incompatible con la manifestación del mediador concursal respecto a su propuesta de calificación como fortuito por lo que, pese a la parquedad de la lista de acreedores, damos por bueno que la causa de la insolvencia fue la actividad empresarial.

SEGUNDO .- Centrados los términos objeto de debate en el recurso presentado por el Letrado Sr. Ambrosio subyace una cuestión de competencia que genera la discrepancia suscitada entre dos órganos judiciales a propósito de cuál de ellos debe encargarse de tramitar y resolver un determinado proceso.

Por un lado, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma considera que carece de competencia para el conocimiento de la solicitud de concurso consecutivo referente a la deudora Sra. Isabel, porque su endeudamiento proviene del desempeño de una actividad empresarial, de manera que deberían conocer de tal concurso los órganos judiciales de lo mercantil.

Por otro, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma entiende que ello no es así, porque tratándose del concurso de una persona natural que ya no es empresario el competente lo es el Juzgado de Primera Instancia. Es por ello que se reclama que, ante esa doble negativa, sea la Audiencia Provincial la que dirima la contienda competencial.

Como antecedente necesario para la decisión cabe mencionar que Doña Isabel compareció ante el Notario de Palma, D. Víctor Cuevillas Fortuny, en fecha 26 de septiembre de 2016, exponiendo que se encontraba en situación de insolvencia conforme al *artículo 2 de la Ley Concursal*, siendo su voluntad la búsqueda de un acuerdo extrajudicial de pagos, conforme a los *artículos 231 y siguientes de la Ley Concursal*.

Tramitado el expediente con el resultado que obra en el mismo, y mediante escrito de solicitud de concurso voluntario, conforme a la designación que le correspondió al ahora recurrente, se promovió su declaración judicial de insolvencia ante el Juzgado Civil al que previamente se le había comunicado el inicio de la tramitación.

Como hemos anticipado consideró que, con independencia de si es o no consumidor al momento de la solicitud del concurso, la competencia había de ser del Juzgado Mercantil .

Seguidamente se promovió idéntica solicitud de concurso, esta vez ante el Juzgado Mercantil, a la que se acompañaba la resolución del Juzgado de Primera Instancia, quien también consideró su falta de competencia objetiva.

Como revelan las dos resoluciones dictadas ante la solicitud de concurso consecutivo, esta cuestión se ha planteado en varias ocasiones y la denominada jurisprudencia menor está dando respuesta a este conflicto.

De una parte, la respuesta que denominaremos "literalista", de la Audiencia Provincial de Murcia y de otra la respuesta más "integradora" propuesta por las Audiencias de Bizkaia y Madrid. Esta última, en reciente resolución de 27 de junio razonó como sigue para motivar la competencia de los juzgados mercantiles en los casos en los que la deuda provenga de la actividad empresarial : "SEGUNDO.- La reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la Ley Orgánica

7/2015, de 21 de junio, irrumpió en el ámbito de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para atribuir a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de los concursos de persona natural cuando ésta no tenga la condición de empresario. Así, conforme al artículo 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento "De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora".

Por su parte, el artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mantiene en favor de los Jueces de lo Mercantil la competencia para conocer "de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6". Esto es, en lo que ahora interesa, se mantiene la competencia objetiva de los Jueces de lo Mercantil para conocer de los concursos de personas jurídicas y de personas naturales que sean empresarios.

El criterio legal de distribución de la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los concursos de los deudores personas naturales es puramente subjetivo. Es la condición de empresario del deudor, o su falta, la que determina la competencia objetiva para conocer del concurso.

Sin perjuicio de la crítica que pueda merecer el diseño legal, éste, según se explicita en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, responde a la necesidad de evitar el definitivo colapso y la saturación que padecen los Juzgados de lo Mercantil. No se atisban razones sistemáticas que puedan ayudar a la interpretación de los preceptos en liza para delimitar la distribución competencial.

La condición de empresario del deudor persona natural a los efectos de fijar la competencia objetiva para conocer de la solicitud de concurso viene determinada por "... los términos previstos en su Ley reguladora". La referencia contenida en el artículo 85.6 de la Ley Concursal "...a su Ley reguladora" resulta un tanto ambigua, pues podría entenderse referida tanto a la Ley reguladora de los empresarios como a la de los concursos. Ahora bien, la falta propiamente de una Ley reguladora de los empresarios y la utilización de esa misma expresión en el artículo 86 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que solo puede entenderse referida al concurso, conduce a afirmar que la condición o no de empresario del deudor debe determinarse conforme a la Ley Concursal. El problema es que no existe en la Ley Concursal un concepto de carácter general de deudor empresario o no empresario y solo se define o delimita este concepto en el artículo 231.1 de la Ley Concursal a propósito y a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos. Pero, como ya hemos mantenido en los autos de la sección 28ª de la AP de Madrid de 16 de septiembre de 2016, de 2 de diciembre de 2016 y de 17 de febrero de 2017, a falta de un concepto concursal general de persona natural empresario y, por exclusión, de no empresario, debe atenderse para su delimitación al concepto establecido en el referido artículo 231.1 de la Ley Concursal. Conforme a dicha norma, a los efectos de delimitar la competencia objetiva para conocer de las solicitudes de concurso de personas naturales, serán considerados empresarios los que se dediquen habitualmente al comercio, con arreglo a la definición clásica de comerciante contenida en el artículo 1 del Código de Comercio; y además las personas naturales que ejerzan actividades profesionales o tengan la consideración de empresarios a los efectos de la legislación de Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

TERCERO.- La atribución de competencia objetiva para conocer de los concursos de persona física, que en apariencia habría quedado clara con nuestras precedentes consideraciones, se enfrenta, sin embargo, a una problemática peculiar cuando la solicitud se refiere a una persona que era antes empresario, y fue entonces cuando se generó la parte sustancial de su pasivo, pero al tiempo de la petición de concurso ya ha dejado de serlo.

Para resolver este problema ya hemos tenido oportunidad de señalar (auto de la sección 28ª de la AP de Madrid de 16 de septiembre de 2016) qué criterios deben seguirse. Se trata de los siguientes:

1º) una interpretación rígida, literalista, de la norma que contiene el fuero, en concreto del artículo 85.6 de la LOPJ , dado el tiempo verbal empleado, llevaría a exigir para fijar la competencia a favor del Juzgado de lo Mercantil que la actividad empresarial de la persona natural debiera mantenerse vigente al momento de la solicitud de concurso;

2º) no parece, sin embargo, que del uso del tiempo verbal empleado en el artículo 85.6 de la LOPJ deba extraerse una conclusión acerca del verdadero sentido de la voluntad que anima la citada reforma legal, dados los términos del Preámbulo de la LO 7/2015, de 21 de julio, el cual deja claro que la delimitación legal de competencias en este punto entre Juzgados de Primera Instancia y Mercantiles no obedece a una finalidad de tutela de ciertas actividades, sino a puros criterios de oportunidad legislativa y ahorro de costes públicos, al señalar que "La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial, pues no puede olvidarse que una Justicia eficaz, además de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos y de facilitar con ello la paz social, es un elemento estratégico para la actividad económica de un país y contribuye de forma directa a un reforzamiento de la seguridad jurídica y, en paralelo, a la reducción de la litigiosidad", como única justificación de esta novedad en la LOPJ, y se añade más adelante que así "se posibilita ahora buscar un mayor equilibrio de las cargas de trabajo en el caso de aquellos órganos de ámbito provincial";

3º) sea cual fuera la voluntad legislativa, debe realizarse por los tribunales una interpretación sistemática y técnica de la norma resultante, que debe partir del innegable hecho de que aunque la actividad empresarial hubiere cesado al momento de solicitar el concurso, no resulta irrelevante cual fuera el origen del conjunto de deudas y créditos que afectan al patrimonio del deudor, pudiendo resultar significativo que provengan de una previa actividad empresarial; así, en los casos en los que una parte particularmente relevante del pasivo concursal proviene de una actividad económica que se llevó a cabo con anterioridad, aparecen en el concurso numerosas cuestiones de enjuiciamiento y valoración especialmente vinculadas a ello, tales como, verbigracia, las acciones de reintegración referentes a actos empresariales, artículo 71.5 de la LC , o las relativas a acuerdos de redefinición que afectasen en su momento a la actividad económica entonces desarrollada, artículo 71 bis. 2 de la LC ; los conflictos sobre clasificación de créditos generados bajo dicha actividad, artículo 91.1º a 3º de la LC ; o valoración en el juicio de calificación de ciertos incumplimientos del empresario, sobre todo contables, como los previstos en el artículo 164.2.1º de la LC en relación con el artículo 25 del C. de Comercio (deber de llevar contabilidad por "todo empresario...", incluidas las personas naturales, sin perjuicio de las especialidades para las sociedades - artículo 26 del C. de Comercio), en el artículo 164.2.2º o en el

artículo 165.3º LC , o incluso por la cláusula general del artículo 164.1 de la LC , cuando deban examinarse decisiones empresariales como actos generadores o agravadores de la insolvencia;

4º) ante la falta de previsión del legislador sobre los problemas de delimitación de competencia entre el juez civil y el mercantil en estos casos limítrofes, lo más razonable es la atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil, que es además lo más acorde con el muy amplio concepto de empresario manejado por la legislación mercantil y concursal. No obstante, razones de seguridad jurídica en la distribución de asuntos a órganos de competencia objetiva distinta abonan delimitar la flexibilización de aquella interpretación a supuestos en los que la mayor parte del pasivo declarado por el deudor en su solicitud, al inicio del concurso, provenga de su anterior actividad empresarial;

5º) esta solución también parece adaptarse mejor a la realidad social del trabajador autónomo que cesa en su situación de alta en la Seguridad Social, a fin simplemente de evitar incurrir en mayores gastos, y termina con su actividad económica, mientras se prepara su solicitud de concurso, el cual se presenta pocos días o semanas después. Obsérvese que dicho comportamiento no tienen nada que ver con un fraude de ley, ni con la voluntad de elusión de la norma prevista en el fuero, sino con la normalidad de las cosas tal cual se desarrollan en la realidad;

6º) nada de ello aparece desdibujado por el hecho de que junto a ese pasivo de origen empresarial, pueda existir otro de distinta generación, lo que ocurre tanto en los casos en los que al momento de instar el concurso ha cesado la actividad empresarial, como en aquellos en los que prosigue;

7º) esta solución no limita o impide acceder a la exoneración de pasivo insatisfecho tras el concurso, ya que ello está previsto en el art. 178 bis LC para las personas naturales, sin distinción alguna entre empresarios o no; y

8º) este tratamiento procesal puede llegar a ser beneficioso, ya que de darse el caso de concurso consecutivo, por esta vía será de aplicación el artículo 242 de la LC , que permitiría incluso proponer un convenio, y si fuese posible, aunque será difícil normalmente, reactivar la actividad económica cesada, en lugar de aplicar la especialidad del artículo 242 bis d de la LC sobre concurso consecutivo para personas naturales no empresarios, que cercena la posibilidad de todo convenio y aboca necesariamente a la liquidación."

TERCERO.- En este sentido la Audiencia Provincial de BIZKAIA en auto de 10 de marzo de 2017 también resuelve a favor de la competencia del juzgado de lo mercantil en estos casos: "CUARTO.- Sobre la pérdida de la condición de empresario

24.- El solicitante del concurso era empresario, porque tenía abierto un establecimiento que realizaba operaciones mercantiles (art. 3 CCom), y estaba dado de alta en el RETA (art. 231.1 LC). Pero como explica con absoluta claridad en su petición, cerró el negocio de venta de productos informáticos, ante su inviabilidad económica, y solicitó la baja en el RETA, como acredita documentalmente, en tanto suponía un coste mensual que no podía atender. Surge entonces la duda de si, ante tal situación, se ha perdido la condición de empresario, lo que influiría en la competencia del órgano judicial encargado de tramitar el concurso.

25.- Como señala el auto recurrido, el AAP Madrid, Secc. 28ª,16

septiembre 2016, rec. 266/2016 , explica que la pérdida de la condición de empresario no altera la naturaleza de las deudas que padece, originadas por su actividad empresarial. En el §10 iv de tal resolución se expone cómo es relevante tal origen para calificar los créditos, ejercitar acciones de reintegración, eventuales acuerdos de refinanciación, o para calificar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes propios de cualquier empresario en la sección de calificación.

26.- El aspecto señalado ha sido reconocido también por AAP Córdoba, Secc. 1ª, 1 diciembre 2016, rec. 1235/2016, por lo que ya hay varios tribunales que entienden que la pérdida de la condición formal de empresario no afecta a la competencia, que continúa correspondiendo a los Juzgados de lo Mercantil.

27.- Ese parecer se comparte, porque la posibilidad de cierre del negocio está contemplada en los arts. 44.4 y 142.3 LC , sin que ello desnaturalice el concurso. Que no haya actividad es una situación que el deudor puede confesar al realizar la solicitud de concurso voluntario (arts. 21.1.1º LC), pidiendo inmediata liquidación (art. 142.1 LC). En definitiva, un empresario que haya cesado en su actividad puede solicitar la declaración de concurso voluntario.

28.- En este caso es cierto que formalmente el solicitante ha cesado en su condición de empresario, porque ya no está inscrito en el RETA. Explica que lo ha hecho porque su precaria situación (acreditada por la percepción de la Renta de Garantía de Ingresos), le ha conducido a una decisión absolutamente coherente y sensata: dejar de cotizar mensualmente en el régimen citado. Pero que haya decidido dejar de cotizar no supone que su condición de empresario desaparezca, ni que sus deudas no tengan origen empresarial.

29.- Lo que concluimos, por ello, es que los arts. 85.6 LOPJ , 45.2.b LEC y 231.1 LC se refieren a quien sea o haya sido empresario, pues la salida a una insolvencia empresarial, por las razones apuntadas en §20, debe ser afrontada en el Juzgado de lo Mercantil, especializado en el conocimiento de esta clase de asuntos. En definitiva, los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer del concurso de personas físicas que sean o hayan sido empresarios"

CUARTO.- En el caso que aquí nos ocupa, aunque la ocupación de Dña. Isabel al tiempo de presentar la solicitud de concurso es la de trabajador por cuenta ajena (en este momento desempleada) el origen de su endeudamiento, según se desprende de la información vertida en la documentación que acompaña a su solicitud, proviene precisamente de su pretérita condición de empresaria, cuando desempeñaba su actividad en el mercado de SANT ANTONI DE PORTMANY. Es por esa razón por la cual comprometió su patrimonio con avales u otro tipo de fianzas.

Esta Sala ha decidido atender al origen de la deuda y puesto que subsiste 10 años después sin que se haya acreditado que semejante importe obedece a la época de trabajadora en la recepción del hotel, procede estimar el recurso.

Estamos, por lo tanto, ante uno de esos casos limítrofes que antes hemos explicado que ha de resolverse mediante la atribución al Juzgado de lo Mercantil de la competencia para conocer de la solicitud de concurso de la Sra. Isabel.

QUINTO .- En cuanto a la condena en costas, la estimación del recurso implica que no proceda efectuar expreso pronunciamiento derivado de este trámite, a

ello se añade que el objeto real del mismo no ha sido zanjar una contienda entre partes sino la polémica entre órganos judiciales a propósito de la competencia objetiva para el conocimiento de un determinado asunto.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, este tribunal pronuncia la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de Apelación interpuesto por el mediador concursal D. Ambrosio en nombre de Dña. Isabel contra el *Auto dictado el 4 de abril de 2017*.

Declaramos la competencia objetiva del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Palma para el conocimiento de la solicitud de concurso consecutivo presentada por el mediador de Doña Isabel.

Devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia para que dé a las mismas el curso que proceda.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal que constan en el encabezamiento de esta resolución.

LOS MAGISTRADOS LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.