

**Roj:** AAP TF 294/2017 - **ECLI:**ES:APTF:2017:294A

**Órgano:** Audiencia Provincial

**Sede:** Santa Cruz de Tenerife

**Sección:** 3

**Nº de Recurso:** 14/2017

**Nº de Resolución:** 107/2017

**Fecha de Resolución:** 12/05/2017

**Procedimiento:** Cuestión de Competencia

**Ponente:** MARIA DEL CARMEN PADILLA MARQUEZ

**Tipo de Resolución:** Auto

### **Cuestión:**

*Concurso de persona física. Competencia objetiva.*

### **Resumen:**

El origen de las deudas es empresarial pero en la actualidad el deudor tiene la condición de consumidor. La AP sigue el criterio finalista, considerando que los supuestos en los que una parte relevante del pasivo provenga de una actividad económica, el Juzgado competente debe ser el Mercantil ya que podemos encontrarnos ante cuestiones especialmente vinculadas a tal actividad como acciones de reintegración, acuerdos de refinanciación, incumplimientos contables, conflictos sobre clasificación de créditos o actos generadores o agravadores de la insolvencia. La falta de previsión del legislador sobre los problemas delimitativos del fuero hace que en estos supuestos la atribución de la competencia a los Juzgados de lo mercantil sea la más razonable.

### **Encabezamiento**

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 56

Fax.: 922 208655

Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Cuestión de competencia

Nº Rollo: 000014/2017

NIG: 3803837120170000027

Resolución:Auto 000107/2017

IUP: TA2017001718

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Demandante Celestino

Solicitante INSTANCIA Nº.5 DE LA LAGUNA

**AUTO**

Ilmas. Sras.

Presidenta:

D<sup>a</sup>. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas:

D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D<sup>a</sup>. MÓNICA GARCÍA DE YZAGUIRRE

En Santa Cruz de Tenerife, a doce de mayo de dos mil diecisiete.

Visto, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, conflicto negativo de competencia territorial entre el Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en los autos de concurso de acreedores nº 392/2016 seguidos a instancias de D. Celestino, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María Eugenia Beltrán Gutiérrez; el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife donde se registraron los autos de concurso bajo el nº 880/2016 y el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de La Laguna, donde se registraron los autos de concurso abreviado bajo el número 62/2017; han pronunciado en NOMBRE DE S.M. EL REY, con base en los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En los autos de concurso abreviado nº 392/2016 del *Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife con fecha 11 de noviembre de 2016, se dictó Auto* , cuya parte dispositiva literalmente copiada dice: "ACUERDO: INADMITIR la solicitud de concurso de acreedores interpuesta por la Procuradora Doña María Eugenia Beltrán Gutiérrez, en nombre y representación de DON Celestino, debiendo acudir la parte a los Juzgados de Primera Instancia." Recibidos los autos en el *Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, se dictó Auto de fecha 16 de diciembre de 2016* , en el que declara la incompetencia territorial de dicho Juzgado, y considera territorialmente competente al Juzgado de los de La Laguna que por turno corresponda. Recibidos los autos en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de La Laguna, no aceptaron su competencia, remitiendo las actuaciones a su superior común.

SEGUNDO.- Recibidos los autos en esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, quedaron las actuaciones a disposición de la Ilma. Sra. Magistrada ponente D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN PADILLA MÁRQUEZ, a efectos de dictar la correspondiente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHOS

PRIMERO.- El Juzgado de 1ª instancia nº 5 de la Laguna, al que correspondió el conocimiento de los presentes autos tras la inhibición, por incompetencia territorial, del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Santa Cruz de Tenerife, quien a su vez la recibió por inhibición del Juzgado de lo Mercantil, por incompetencia objetiva, formula, ante este Tribunal, cuestión de competencia objetiva, por considerar que la solicitud de concurso formulada no lo es de una persona física en su condición personal sino como empresario, por lo que la competencia es del Juzgado de lo Mercantil.

SEGUNDO.- El *artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* establece: *quot;Especialización de algunos Juzgados de Primera Instancia. Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia*quot;

TERCERO. - Al *artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio añade el apartado 6, que *quot;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.*quot; En su interpretación la *Audiencia Provincial de Madrid sección 28 ha dictado Auto de 16 de septiembre de 2016 (ROJ: AAP M 904/2016 - CLI:ES: APM: 2016:904A)* que dice: *quot;Motivo único del recurso: condición de empresario. (4). - Planteamiento del motivo. Señala el recurso de apelación de Jenaro que el Auto recurrido incurre en un error, al apreciar que Jenaro es empresario, cuando realmente ya no lo es de modo actual, sino que lo fue, y de hecho, la mayor parte de su vida laboral consta como trabajador por cuenta ajena, no como autónomo. Es por ello que su insolvencia debe ser tratada desde una perspectiva civil, con posibilidad de acceso al mecanismo de segunda oportunidad. Además, añade el recurso, se solicitó conjuntamente la declaración de concurso de la exesposa de aquel, Jenaro, quien en ningún caso reúne ni ha reunido la condición de empresaria. (5). - Circunstancias de hecho relevantes. De entrada debe señalarse que en el recurso de apelación se introducen ciertas matizaciones, algunas relevantes, sobre los hechos alegados en la solicitud de concurso, con el fin de reforzar la argumentación de tal recurso. Frente a ello, debe dejarse sentado que los datos fácticos que se deben tener fundamentalmente en cuenta son precisamente los contenidos en la solicitud inicial de concurso, ya que son ellos el fundamento de dicha petición, no los aportados posteriormente. (6).- Conforme a lo anterior, deben fijarse los siguientes hechos: 1º.- Para justificar el presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, el escrito de solicitud señala que " la situación de insolvencia actual es consecuencia de que el Sr. Jenaro trabajaba como autónomo en el transporte de mercancías, y fue objeto de engaño por parte de una tercera persona. Tuvo que pedir un leasing para adquirir un camión y pidió un crédito para comprar otro vehículo, pero fue desposeído de ambos por (...). El esposo perdió el trabajo y las deudas permanecieron. La esposa no trabajaba, pero tuvo que firmar los préstamos al estar en régimen de gananciales, por lo que ha sido igualmente endeudada. (...) Para tratar de afrontar las deudas en que han incurrido, mis representados han intentado negociar con los bancos (...). "* 2º.- La solicitud de concurso contiene una relación de acreedores, pero no específica a qué relación jurídica obedece la generación de la deuda. 3º.- A la solicitud de concurso no se acompaña la memoria de la actividad

económica o patrimonial de los solicitantes. (7).- Ello reconduce a las siguientes conclusiones fácticas: (i).- La generación de la insolvencia de los solicitantes tiene lugar precisamente como consecuencia de la actividad como autónomo de Jenaro, dedicado a la actividad económica de transporte de mercancías por cuenta propia. (ii).- Son las deudas generadas durante tal actividad económica las que, aún tras el cese de dicha actividad, abocan a la insolvencia y se arrastran en la actualidad contra el patrimonio de los solicitantes, incluso tras aquella terminación de la actividad. (iii).- Es cierto que al momento de la solicitud de concurso la actividad económica que dio lugar a las deudas ha cesado, y también que junto con aquellas deudas de tal origen, concurre otra deuda derivada del préstamo para la adquisición de vivienda. (8).-Fuero de atribución competencial . El *art. 85.6 LOPJ dispone que los Juzgados de Primera Instancia serán competentes para conocer " de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora ". Dicha norma , además, fija así de modo negativo la delimitación de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los concursos de personas físicas empresarias.* (9).- ( Concepto de empresario ). En cuanto a la consideración de empresario, el *art. 231.1, pf. 1º, LC* dispone que " a los efectos de este Título, se consideraran empresarios personas naturales no solamente aquello que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos ". Pese estar referido tal precepto a un concreto título de la LC, el concepto de empresario en él utilizado debe ser trasladable al conjunto de la ley, a falta de otra previsión específica dentro de esta norma. Aparte de las referencias expresas a trabajadores autónomos y a la normativa de Seguridad Social, debe tenerse presente que se está ante un concepto amplio, no ya solo por la inclusión del ejercicio de actividades profesionales, lo que supone ya una extensa consideración de actividades, sino por la llamada hecha en ese precepto al concepto general que pueda contener la legislación mercantil. En dicho ámbito normativo rige una concepción de gran extensión sobre la condición de comerciante, asentada no en formalidades legales, sino puramente material, basada en el desarrollo efectivo de una actividad, al señalar el *art. 1 Cco* que " son comerciantes a los efectos de este Código: 1º. Los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dediquen a él habitualmente ". En tal sentido, los únicos requisitos para ser conceptuado como empresarios son (i).- tener capacidad legal para el comercio, esto es, ser mayor de edad y tener la libre disposición de los bienes, *art. 4 Cco* ; (ii).- realizar actos de comercio, entendidos en su más amplia acepción, *art. 2, pf. 2º, Cco* ; y (iii).- realizarlos con habitualidad. Cuando en la realidad concurren dichas circunstancias de hecho en una persona natural, será suficiente para considerarle empresario a los efectos mercantiles, sin ulterior formalidad. (10).-Problema del cese en la actividad empresarial . Así dada la regulación, la cuestión problemática en materia de atribución competencial objetiva de concursos de persona física surge cuando solicita la declaración de concurso una persona que fue empresario, momento en el que se generó la parte sustancial de su pasivo, pero al momento de la petición de concurso ya dejó de serlo. Para su resolución de este problema, deben ser realizadas las siguientes consideraciones: (i).- Una interpretación rígida, literalista, de la norma que contiene el fuero, *art. 85.6 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 se mantenga vigente al momento de la solicitud de concurso . (ii).- No parece que del uso de dicho tiempo verbal en el *art. 85.6 LOPJ* pueda 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 ". (iii).- Sea cual fuera la voluntad legislativa, debe ser ahora realizada por los tribunales una interpretación sistemática y técnica de la norma resultante. Tal interpretación debe partir del innegable hecho de que si la actividad empresarial hubiere cesado al momento de solicitar el concurso , ello no resulta irrelevante en la tramitación de tal concurso , como si por aquella circunstancia el Juez se enfrentase ya sólo a un conjunto de deudas y créditos, sin mayor especialidad en cuanto a su origen. Al contrario, en el concurso siguen concurriendo numerosas y relevantes cuestiones vinculadas a la actividad empresarial, aun cuando está hubiere cesado. (iv).- 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 tal actividad económica, tales como, v. gr., acciones de reintegración referentes a actos empresariales, *art. 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 . (v).- Ello justifica, ante la falta de previsión del legislador sobre los problemas delimitativos del empleo de aquel fuero, que en tales supuestos se presente como más razonable y flexible en la interpretación del fuero legal, la atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de lo Mercantil, y 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. (vi).- 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. (vii).- Nada de ello aparece desdibujado por el hecho de que junto a ese pasivo de origen empresarial, existe 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 que prosigue. (viii).- Al contrario de lo sostenido en el recurso de Jenaro, 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. (ix).- De hecho, este tratamiento procesal

puede llegar a ser beneficioso, ya que de darse el caso de concurso consecutivo, por esta vía 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.quot;

En el presente caso, asumiendo el criterio finalista fundamentado en la citada resolución, habida cuenta que las deudas que determinan la solicitud del concurso son deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social derivadas de la actividad empresarial del solicitante, procede apreciar, que la condición que impera en la petición, tal como expresamente alega la parte, es la de empresario, lo que determina la competencia del Juzgado de lo Mercantil.

### **PARTE DISPOSITIVA**

Declarar la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife para conocer de la solicitud de concurso abreviado instada por la Procuradora D.ª M.ª Eugenia Beltrán Gutiérrez en nombre y representación de D. Celestino.

Notifíquese la presente resolución a las partes, conforme determina el *art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

Esta resolución es firme. Remítanse testimonios de la presente resolución a los Juzgados de procedencia a efectos de constancia y al Juzgado de lo Mercantil de Santa Cruz de Tenerife que se declara competente, al que se acompañarán los autos, emplazando al apelante dentro de los diez días siguientes ante dicho Tribunal para la continuación del procedimiento

Así por este nuestro auto, definitivamente juzgando, lo acuerdan, mandan y firman las Ilmas. Sras. arriba referenciadas.