



Roj: **AAP M 904/2016** - ECLI: **ES:APM:2016:904A**

Id Cendoj: **28079370282016200106**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **16/09/2016**

Nº de Recurso: **266/2016**

Nº de Resolución: **135/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28ª (de lo mercantil)

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007750

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0259917

**Rollo de apelación nº 266/2016**

- **Materia** : Competencia objetiva, concurso de persona física, empresario.
- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de Primera Instancia Nº 47 de Madrid
- **Autos de origen** : Concurso Abreviado nº 1.646/2015,
- **Parte Apelante** : Romeo y Elvira

Procuradora: Dª Paloma Rabadán Chaves

Letrada: Dª Amparo Domingo Castellanos

**AUTO nº 135/2016**

*Ilmos Srs. Magistrados :*

D. Ángel Galgo Peco

D. Pedro María Gómez Sánchez

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 16 de septiembre de 2016.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 266/2016, los autos de Concurso Abreviado 1.646/2015, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

(1).- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid se dictó con fecha 21 de enero de 2016 Auto cuya parte dispositiva establece: " *Se declara la FALTA DE JURISDICCIÓN de ese Juzgado y su abstención*

para el conocimiento de la petición de declaración de concurso voluntario de persona física. La competencia corresponde a los órganos de la jurisdicción Mercantil."

(2).- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de Romeo y Elvira, se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, habiéndose señalado el día 15 de septiembre de 2016 para deliberación y votación del presente recurso de apelación.

(3).- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### Resolución objeto de recurso.

(1).- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 47 de Madrid se dictó Auto de fecha 21 de enero de 2016, en el procedimiento seguido como Concurso Abreviado nº 1.646/2015, de tal Juzgado, en el que se declara la falta de jurisdicción de ese Juzgado para conocer del concurso instado por Romeo y Elvira, por corresponder su conocimiento a los Juzgados de lo Mercantil.

(2).- Tal resolución se fundamentó en que Romeo había generado la mayor parte de su pasivo con motivo de su actividad empresarial, como **autónomo** del transporte de mercancías, por cuenta propia, y las cuestiones patrimoniales estaban vinculadas a dicha actividad. Ello determina, según tal resolución, que la competencia para conocer del concurso deba corresponder a la jurisdicción mercantil.

### Recurso de apelación.

(3).- Frente a dicha resolución, por parte Romeo y Elvira se interpone recurso de apelación, por el que solicita que se deje sin efecto aquel Auto y en su lugar se acuerde la admisión a trámite de la solicitud de concurso por el Juzgado de Primera Instancia.

Se fundamenta dicho recurso en los motivos y circunstancias que se expondrán con detalle más adelante.

### Motivo único del recurso: condición de empresario.

(4).- *Planteamiento del motivo*. Señala el recurso de apelación de Romeo y Elvira que el Auto recurrido incurre en un error, al apreciar que Romeo 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, Elvira, 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. Romeo 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 especifica 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 Romeo, 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 a 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 3° LC; o valoración en el juicio de calificación de ciertos incumplimientos del empresario, sobre todo contables, vd. art. 164.2.1° 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 165.3° 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 Romeo y Elvira, 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.

(11).- *Problema de la solicitud de concurso conjunta*. Sostiene el recurso de Romeo y Elvira que la resolución sobre la competencia objetiva debe tener presente que también se ha solicitado de forma conjunta la declaración de la exconyuge de quien fuera empresario, quien no tenía dicha consideración, lo que determinaría la atribución de la solicitud conjunta a los Juzgados de Primera Instancia.

(12).- ( *Valoración del tribunal* ). No puede admitirse esta propuesta, ya que:

(i).- Se entremezclan dos cuestiones diferentes, la de fijación de competencia objetiva, de un lado, y la de acumulación de concursos, por otro. Ambas requieren un tratamiento separado y cronológicamente ordenado. Esto es, resolver primero la de competencia, para luego abordar, por el órgano ya competente, la de la acumulación.

(ii).- Tal diferenciación y orden impiden, como propone el recurso, entremezclar los argumentos válidos de la una en la otra, para adoptar una decisión lógica y jurídicamente coherente.

(iii).- La cuestión es que se ha instado el concurso de una persona natural empresaria, y de otra persona conjuntamente, no empresaria, pero cuya situación patrimonial de insolvencia se genera por la actividad

llevada precisamente a cabo por el sujeto empresario, según reconoce expresamente en la solicitud de concurso formulada por Romeo y Elvira .

(iv).- Ello determina que, inicialmente, la solicitud tenga que ser necesariamente otorgada a la competencia del Juez de lo Mercantil, ex art. 85.6 LOPJ , para que más adelante, por éste sea examinada la regularidad de la solicitud conjunta de concursos, con su acumulación, bajo el prisma ya de los arts. 25 y ss. LC , con la suerte que de ello deriva para el concurso acumulado.

#### **Costas procesales de la apelación .**

**(13).**- Dispone el art. 398.1 LEC , en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que *" Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394 "*, es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso, salvo que se aprecie circunstancias especiales, con dudas de hecho o de derecho, para apartarse de él.

En atención a la desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto Romeo y Elvira , debe procederse a imponer a dicha parte apelante el pago de las costas en esta alzada.

En virtud de las razones expuestas, se dicta la siguiente

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**I.-** Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Romeo y Elvira , frente al Auto de fecha 21 de enero de 2016, del Juzgado de Primera Instancia N° 47 de Madrid , dictado en el marco del Concurso Abreviado n° 1.646/2015 seguido ante tal Juzgado, resolución que se confirma en su integridad.

**II.-** Debemos imponer e imponemos las costas procesales generadas en esta segunda instancia a la parte apelante, Romeo y Elvira , en cuantía que resulte de tasación que se practique al efecto.

**III.-** Debemos acordar la pérdida del depósito constituido, en su caso, para la presentación del presente recurso.

**Modo de impugnación.-** Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, lo que se pondrá en conocimiento de las partes en la notificación de la misma.

Así lo declaramos y firmamos en el día de la fecha.