



Roj: **AAP M 2692/2017** - ECLI: **ES:APM:2017:2692A**

Id Cendoj: **28079370282017200083**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **138/2017**

Nº de Resolución: **109/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ENRIQUE GARCIA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

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

Tfno.: 914931988

37005670

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0291619

Cuestión de Competencia 138/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 59 de Madrid

Autos de Concurso Abreviado 62/2016

INTERESADO: D.. Casimiro

PROCURADOR: D. JAIME QUIÑONES BUENO

AUTO nº 109/2017

En Madrid, a 30 de junio de 2017.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Enrique García García y D. José Manuel de Vicente Bovadilla, ha visto, bajo el nº de rollo 138/2017, los autos del procedimiento nº 297/2016, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid para la resolución de conflicto de competencia.

Ha intervenido en el asunto, como parte demandante, D. Casimiro .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid, en respuesta la solicitud de concurso consecutivo referente al deudor D. Casimiro , dictó auto el 25 de febrero de 2016, en el proceso nº 62/2016, en cuya parte dispositiva se establece:

"Se declara la falta de competencia objetiva de este juzgado para conocer de la solicitud formulada por D. JOSÉ LUIS LÓPEZ DE GARAYO Y GALLARDO, Notario de Madrid, conjuntamente con D. JAIME QUIÑONES BUENO, sobre concurso consecutivo de D. Casimiro , por referirse a materia cuyo conocimiento se encuentra expresamente atribuido a los Juzgados con competencias en materia Mercantil."

SEGUNDO .- El Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, tras recibir, con posterioridad, la misma solicitud, dictó auto con fecha 31 de enero de 2017 en cuya parte dispositiva se establece:



"Se declara la falta de competencia objetiva del presente juzgado para conocer de la demanda de concurso consecutivo presentada por el Procurador D. JAIME QUIÑONES BUENO, en representación de D. Casimiro".

TERCERO .- Recibidas las actuaciones en el registro de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 13 de febrero de 2017, se turnó el asunto a la sección 28ª, donde se ordenó la formación del presente rollo, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó, por su turno correspondiente, con fecha 29 de junio de 2017.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique García García, que expresa el parecer del tribunal.

CUARTO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La cuestión de competencia que ha de resolver este tribunal la 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 59 de Madrid considera que ha de repeler el conocimiento de la solicitud de concurso consecutivo referente al deudor D. Casimiro, 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 5 de Madrid 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.

Corresponde a la Audiencia Provincial, como órgano inmediato superior común, dirimir una contienda competencial de ese tipo, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo más lógico, a la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a falta de previsión específica para el caso de competencia objetiva, es acudir a la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 60 números 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para resolver el problema.

A la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid le incumbe por reparto (norma quinta de las de esta AP de Madrid) dirimir cualquier cuestión de competencia que, en el ámbito de Madrid y entre órganos del orden civil, afecte a un juzgado de lo mercantil.

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 refinanciación 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 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.

CUARTO.- En el caso que aquí nos ocupa, aunque la ocupación de D. Casimiro al tiempo de presentar la solicitud de concurso es la de trabajador por cuenta ajena (en FARMACONSULTING), 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 empresario, cuando desempeñaba su actividad en el mercado de la intermediación financiera. Es por esa razón por la cual comprometió su patrimonio con una pluralidad de avales u otro tipo de fianzas. De ahí que sus acreedores sean fundamentalmente diversas entidades financieras y entes institucionales.

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 del Sr. Casimiro .

QUINTO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas derivadas de este trámite, puesto que el objeto 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

Declaramos la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid para el conocimiento de la solicitud de concurso consecutivo presentada por la representación de D. Casimiro .

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

Comuníquese, asimismo, esta resolución al Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid para que tenga constancia de la suerte del conflicto.

Adviértase a las partes que deberán interesar ante el juzgado que ha sido declarado competente la prosecución de las actuaciones.

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.