



Roj: **AAP V 711/2016 - ECLI:ES:APV:2016:711A**

Id Cendoj: **46250370092016200368**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **07/12/2016**

Nº de Recurso: **1423/2016**

Nº de Resolución: **1762/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PURIFICACION MARTORELL ZULUETA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJPI, Gandia, núm. 3, 01-03-2016 ,
AAP V 711/2016**

ROLLO NÚM. 001423/2016

M

AUTO Nº.: 1762/16

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a siete de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 001423/2016, dimanante de los autos de Concurso de acreedores - 000072/2016, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE GANDIA, entre partes, de una, como apelantes a Aquilino y Sabina , representado por el Procurador de los Tribunales MARIA ELVIRA SANTACATALINA FERRER, y asistidos del Letrado ANDREA OLCINA FERNANDEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Aquilino y Sabina .

HECHOS

PRIMERO.- El auto apelado pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE GANDIA, en fecha 1/03/06 , contiene la siguiente Parte dispositiva: "**DISPONGO** archivar el presente procedimiento por falta de competencia objetiva".

SEGUNDO .- Que contra el mismo se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por Aquilino y Sabina , dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO .- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación de Don Aquilino y de Doña Sabina , se interpone recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gandía, de 1 de marzo de 2016 por el que se declara



la falta de competencia objetiva de dicho órgano judicial para conocer de la solicitud de concurso promovido por las personas físicas anteriormente citadas.

La parte recurre dicha resolución alegando, en síntesis:

- 1) La condición de personas naturales no empresarios de los concursados. Alegan, al respecto, haber firmado ante Notario procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos y destacan que conforme a la legislación mercantil no tienen la consideración de empresarios.
- 2) Cuando se comunicó al Juzgado de lo Mercantil el inicio de negociaciones del artículo 5 bis de la LC no se había producido la reforma legal atributiva de la competencia a los Juzgados de Primera Instancia.
- 3) Refiere, a continuación, los efectos que derivan del inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos e invoca el contenido del artículo 233.3 de la Ley Concursal .

Como consecuencia de lo acordado por este Tribunal de alzada por providencia de 21 de julio de 2016 (que acordaba la suspensión de las actuaciones para recabar testimonios de particulares relevantes a los efectos del objeto del recurso) se incorporaron al Rollo de apelación los documentos requeridos y se acordó dar audiencia a la apelante, quien alegó:

- 1) Que la competencia para conocer el concurso consecutivo corresponde al Juzgado de Primera Instancia por su condición de personas naturales no empresarias.
- 2) Que en el Concurso de la mercantil SEALCO CONSULTORES SL se acordó la disolución y extinción de la sociedad indicada.
- 3) Que el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Valencia ha admitido a trámite el concurso consecutivo de Don Imanol y Doña Estrella .
- 4) Que el artículo 85.5 de la LOPJ atribuye a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer de los concursos de persona natural no empresario, requisito que cumplen los solicitantes, quienes no tienen atribuida la cualidad de empresario a que se refiere la legislación mercantil.

Y solicitan - como ya hicieran en su escrito de interposición del recurso de apelación - la revocación de la resolución dictada en la instancia, la admisión del concurso y la declaración del consecutivo voluntario relativo a sus representados Don Aquilino y Doña Sabina .

SEGUNDO.- Para una adecuada resolución de la cuestión sometida a nuestra consideración conviene destacar los siguientes elementos fácticos que resultan del expediente remitido a este Tribunal:

2.1. Los demandantes, Don Aquilino y Doña Sabina presentaron solicitud de declaración de concurso consecutivo voluntario y apertura de la fase de liquidación, aportando, como sustento de su pretensión la siguiente documentación:

a) Acta notarial de solicitud de mediador concursal para acuerdo extrajudicial de pagos de fecha 5 de noviembre de 2015, de la que resulta que el demandante es psicólogo de profesión y la actora maestra, que ambos se encuentran en situación de insolvencia con un pasivo inferior a cinco millones de euros, no son sujetos obligados a inscripción en el Registro Mercantil ni están obligados a depositar cuentas, entre otros requisitos legalmente exigibles que manifestaron cumplir. Como consecuencia de tal solicitud se procedió al nombramiento de mediador (Don Cecilio) con la consecuente aceptación del cargo y apertura del proceso de negociación, que consta detallado en el acta notarial de referencia. Al no comparecer acreedores suficientes a la reunión señalada para cerrar un acuerdo, se dio por terminado el procedimiento.

El hecho de que se haya sustanciado la solicitud por notario es un dato relevante a los efectos de las conclusiones que expondremos más adelante, pues a tenor de lo establecido en el artículo 232.3 de la Ley Concursal cuando el deudor es empresario o entidad inscribible, la solicitud de designación de mediador se dirige al Registrador Mercantil correspondiente y en los demás casos - como reza el último inciso de la norma - ante notario del domicilio del deudor, como acontece en el caso que nos ocupa.

b) De la memoria acompañada a la solicitud de concurso resulta que a la fecha de su redacción el demandante se encontraba en situación de desempleo, desarrollando la actora actividad laboral por cuenta ajena. De dicho documento también se desprende el origen de las deudas (créditos solicitados para hacer frente a diferentes tipos de deudas correspondientes a la unidad familiar) y la imposibilidad de hacer frente a las mismas con los ingresos procedentes de la nómina de la Sra. Sabina en calidad de maestra interina.

2.2. El Juzgado de Primera Instancia, de oficio, por providencia de 4 de febrero de 2016 acordó traer al expediente testimonio de particulares de los Autos de Ejecución de Título no Judicial número 687/2015 y de los documentos aportados por la parte ejecutada por escrito de 30 de julio de 2015.



Los documentos a que se refiere el párrafo anterior son los siguientes: 1) la Póliza de préstamo otorgada por Banco Popular a favor de la mercantil SEALCO CONSULTORES SL, Don Aquilino , Don Imanol , Doña Sabina , Doña Estrella . De dicha póliza se desprende que el demandante Sr. Aquilino era administrador solidario de la mercantil indicada a la fecha de otorgamiento el 10 de marzo de 2014.

En el proceso de ejecución a que se refiere la providencia indicada, los ahora demandantes (junto con los demás ejecutados en el proceso de referencia) presentaron escrito de oposición interesando la suspensión del procedimiento por razón de la comunicación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, que había correspondido a los Juzgados de lo Mercantil 1 (respecto a Don Aquilino y Doña Sabina) y 2 de Valencia (en el caso de SEALCO SL), según se desprende de los decretos unidos a los folios 101 y 103 del expediente. También consta al folio 105 Decreto del Juzgado de lo Mercantil 2 relativo a la comunicación efectuada por los Sres. Imanol y Estrella .

2.3. Oído el Ministerio Fiscal a efectos de competencia, en fecha 19 de febrero de 2016 emitió informe indicando literalmente, respecto de los promotores de la solicitud de concurso que " *en la actualidad no existe ninguna actividad mercantil que pudiera justificar la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.* "

2.4. Se ha incorporado al Rollo de apelación copia del Auto del Juzgado de lo Mercantil 3 de Valencia de 19 de enero de 2016 por el que se declara el concurso de la mercantil SEALCO CONSULTORES SL, y su conclusión con la consecuente disolución y extinción de la persona jurídica.

También se ha unido Auto del Juzgado de Primera Instancia 14 de 6 de septiembre de 2016 por el que se admite a trámite el concurso consecutivo de los Sres. Imanol y Estrella , en quienes concurren circunstancias similares a las de los actores.

TERCERO.- Sobre la competencia para conocer del concurso de persona natural no empresario se pronuncia el Auto de esta Sección 9ª de la Audiencia de Valencia de 3 de noviembre de 2016 (Rollo 1973/2016 ; Pte. Sra Ballesteros Palazón), cuyas líneas maestras son las siguientes:

3.1 El artículo 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativo al concurso de las personas naturales no empresarios y la atribución de competencia a los Juzgados de Primera Instancia para conocer de los mismos.

3.2. El concepto mercantil de empresario, el Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2016 (que parte, a su vez del artículo 231.1.1º de la Ley Concursal) y el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de julio de 2016 .

3.3. El artículo 1.2 del Código de Comercio , (que atribuye la condición de comerciante o empresario a " *las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código* "), en relación con el tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012 cuando afirma que " *la condición de comerciante o empresario requiere 'no sólo el dato real de la actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que, no exigido en el art. 1 del Código de Comercio , consiste en el ejercicio del comercio en propio nombre y en la atracción hacia el titular de la empresa de las consecuencias jurídicas de la actividad empresarial'...* "

3.4. En nuestra resolución se afirma que del hecho de ocupar (o haber ocupado) el cargo de administrador en una sociedad de la que se es socio no se deriva la condición de empresario respecto de la persona que ocupa el cargo de administrador solidario y actúa en nombre y representación de la sociedad, lo que cobra relevancia a los efectos de interpretación y aplicación del artículo 85.6 de la LOPJ , antes citado.

3.4. En relación con el origen de la deuda, se ha de examinar si la misma procede o no de la realización de actos de comercio o desarrollo de una actividad empresarial propia (no de la sociedad de la que fueran socios), sin que la eventual prestación de avales conforme al artículo 1822 del C.Civil (garantía personal) constituya acto de comercio en el sentido analizado anteriormente. Precisábamos, no obstante, que no es posible la confusión de enfoques, pues la construcción jurídica en torno al concepto de empresario lo es al margen del concepto de consumidor y del enjuiciamiento de la vinculación funcional del avalista de la sociedad prestataria en relación con análisis de la existencia y aplicación de cláusulas abusivas en el sentido del Auto del TJUE (Sala Sexta) de 19 de noviembre de 2015 en el asunto C-74/15 (La Ley 175295/2015) a los efectos de aplicar la Directiva 93/13.

3.5. Y en función de todo ello, estimábamos la competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer del concurso de persona natural (ex administradora de sociedad mercantil) que se había instado ante el mismo, al no tener la persona natural la cualidad de comerciante por el hecho de su anterior cualidad de administrador de la persona jurídica que si la ostentaba (la sociedad mercantil administrada).

Los criterios que resultan de la resolución precedente son de aplicación al presente caso, atendidas las circunstancias concretas que han quedado expuestas en el Fundamento Jurídico segundo de la presente



resolución. Consideramos, por ello, que el Juzgado de Primera Instancia 3 de Gandía es competente para conocer del concurso consecutivo presentado por Don Aquilino y Doña Sabina .

CUARTO.- Pronunciamiento sobre costas.

La estimación del recurso de apelación implica la ausencia de pronunciamiento impositivo en materia de costas (398 de la LEC) y la restitución del depósito constituido para recurrir a tenor de lo establecido en la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

VISTOS los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Aquilino y de Doña Sabina , contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gandía, de 1 de marzo de 2016 que se revoca declarando la competencia objetiva para conocer de la solicitud de concurso consecutivo voluntario promovido por los anteriormente expresados, sin pronunciamiento impositivo en costas de la alzada y con restitución a los recurrentes del importe del depósito constituido para apelar.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, y a su tiempo, cuando sea firme, con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.

PUBLICACIÓN.- Que el anterior auto ha sido leído y publicado por el Ilmo. Sr. Magistrado que lo dictó, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy Fe.