



Roj: **AAP CO 478/2016 - ECLI:ES:APCO:2016:478A**

Id Cendoj: **14021370012016200242**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **1235/2016**

Nº de Resolución: **499/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CRISTINA MIR RUZA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA**

### **SECCION PRIMERA - CIVIL**

Pza.de la Constitución s/n

Tlf.: 957.745.076 - 600.156.208 - 600.153.218 - Fax: 957.00.23.08

N.I.G. 1402142M20160000361

### **Cuestión de Competencia - Rollo 1235/2016 - RR**

Autos de: Concurso 359/2016

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL DE CORDOBA

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA**

### **SECCIÓN PRIMERA CIVIL**

### **ROLLO NÚM.1235/2016**

Autos: PROCEDIMIENTO CONCURSAL NÚM.359/2016

Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM.1 DE CÓRDOBA

### **AUTO Núm. 499/2016**

Ilmos.Sres.

#### **PRESIDENTE**

Dña.Cristina Mir Ruza

#### **MAGISTRADOS**

D. Fernando Caballero García

D. Miguel Ángel Navarro Robles

En CÓRDOBA, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 26 de mayo de 2016 el Procurador de los Tribunales D. Manuel Berrios Villalba, en representación de DÑA. Zulima , presentó ante el Juzgado Decano de los de Puente Genil solicitud de declaración de Concurso Voluntario.

**SEGUNDO.-** El asunto fue turnado al Juzgado de Primera Instancia número Número 2 de Puente Genil, que lo registró como Concurso Ordinario número 188/2016.



**TERCERO.-** Por providencia de fecha 17.6.2016, y apreciándose la posible falta de competencia objetiva de ese Juzgado para conocer del procedimiento, se acordó dar traslado a la parte promovente y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de diez días alegaran lo que tuvieran por conveniente, habiendo informado el Ministerio Fiscal que considera competente el Juzgado de Primera Instancia de Puente Genil, a lo que mostró su conformidad la parte actora.

**CUARTO.-** El 28.7.2016 se dicta Auto por el Juzgado de Primera Instancia Núm.2 de Puente Genil declarando la falta de competencia objetiva de ese Juzgado y remitiendo los autos al Juzgado Decano de Córdoba para su posterior reparto al Juzgado de lo Mercantil Competente, correspondiendo al Juzgado de lo Mercantil Núm.1 de Córdoba, quedando el asunto registrado, como Concurso Voluntario Abreviado, con el número 359/2016, habiéndose dictado Auto el 28.10.2016, cuya parte dispositiva dice:

*"DEBO DECLARAR Y DECLARO LA FALTA DE COMPETENCIA objetiva de este Juzgado para conocer del presente asunto por entender que debe corresponder al juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Puente Genil y acuerdo plantear el conflicto negativo de competencia, a cuyo efecto remítanse la totalidad del procedimiento a la Il. Audiencia Provincial de Córdoba para su resolución."*

**QUINTO.-** Recibida la causa en esta Audiencia Provincial, se incoó el correspondiente rollo, y se señaló para deliberación del día 30 de noviembre de 2016. Es ponente de esta resolución Dña. Cristina Mir Ruza.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ante la negativa del Juzgado de Primera Instancia de Puente Genil y del Juzgado de lo Mercantil a conocer de la demanda planteada por la actora, por entender ambos que carecían de competencia objetiva, se ha planteado una cuestión negativa de competencia, que conforme al artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de ser resuelta por el órgano inmediato superior común (en este caso, la Audiencia Provincial de Córdoba) y, a la vista de lo dispuesto en el último inciso del artículo 46 de la LEC, y dada la falta de una previsión específica para el caso de competencia objetiva, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 60.2º y 3º de la LEC, que regulan las cuestiones de competencia territorial, el trámite seguido se entiende correcto, en el sentido de haber sido remitidos los autos a la Audiencia Provincial con emplazamiento de la parte personada.

**SEGUNDO.-** Hasta ahora, todos los concursos de acreedores se tramitaban en los juzgados mercantiles, sin diferenciar si los instantes eran empresarios o no. A partir del mes de octubre de 2015, toda aquella persona natural que no tenga la condición de empresaria deberá solicitar la declaración de concurso de acreedores en el juzgado de primera instancia que por su domicilio le corresponda. En efecto, dentro del ámbito concursal, a partir del pasado día 1 de octubre, el órgano judicial competente para conocer los concursos de persona natural que no sea empresario, ha pasado de los Juzgados de lo Mercantil a los de Primera Instancia. Esta nueva previsión se introduce en la modificación del artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (punto 6), cuya redacción tras la referida modificación es como sigue: " *Artículo 85 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*". El apartado 6 del artículo 85 fue introducido por el apartado veintidós del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio).

Diversas cuestiones suscita ésta última reforma, y la primera viene dada porque no se aclara expresamente la definición de "persona natural no empresario".

Es usual remitirse al artículo 231.1 apartado segundo de la Ley Concursal. Aunque circunscrito al ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, se define al empresario persona natural como aquél que tenga tal condición de acuerdo con la legislación mercantil pero también aquellos otros que ejerzan actividades profesionales o tengan esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social. Los trabajadores autónomos también serían considerados como empresarios personas naturales. Puede suceder, pues, que tenga la consideración de empresario un deudor que no realice actividad económica, como por ejemplo, aquella persona que tenga dada de alta en la Seguridad Social a una empleada de hogar ( art. 10.1.7º RD 84/1996, 26 de enero y art. 1.3 RD 1620/2011, 14 de noviembre). También quedarían fuera del concepto de consumidor aquellos que estén dados de alta como autónomos a efectos de la legislación de la Seguridad Social. Sólo el trabajador por cuenta ajena parece quedar fuera.

Igualmente se ha mantenido que otra referencia normativa de utilidad puede encontrarse en el concepto de "emprendedor" de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Su artículo tercero define a los emprendedores como " *aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley*". La principal nota característica está, como



puede verse, en el desarrollo de una actividad económica, sea empresarial o profesional. Esta nota se puede ver también en la definición de "operador económico" recogida en el anexo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado ("Ley 20/2013"), que apunta a "cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España". Puede incluso acudir al Derecho proyectado. En concreto, de singular interés es el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (artículo 001-1), que se refiere a las personas físicas que ostentan la condición de empresario como "*[l]as personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales*". Ciertamente, no se trata de legislación vigente, pero cabe ya señalar que esta definición de empresario se ajusta al concepto manejado tradicionalmente por la doctrina y, por tanto, se acerca mucho al objetivo perseguido de encontrar una noción de empresario válida para establecer la distribución de competencias entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil.

La clave es, pues, el desarrollo por una persona física en nombre propio de una actividad económica en el mercado, de carácter comercial o profesional, destinada a la satisfacción de necesidades de terceros.

En definitiva, en ausencia de una definición general de empresario en la legislación mercantil positiva, parece razonable entender que, cuando se esté ante una persona física que desarrolle en nombre propio una actividad económica (empresarial o profesional) en los términos descritos, esa persona merecerá la consideración de empresario y, por tanto, el conocimiento de su concurso corresponderá a los Juzgados de lo Mercantil. En caso contrario, se estará ante una persona física no empresario y, por tanto, la competencia objetiva quedará residenciada, en caso de concurso, en los Juzgados de Primera Instancia.

**TERCERO.**- Mayor problemática presenta el elemento temporal, esto es, el momento en que debe reunirse la condición de empresario.

La determinación del concepto de empresario no es la única cuestión que debe resolverse para la aplicación de la regla de competencia objetiva examinada. Además, es necesario prestar atención al elemento temporal, que exige establecer en qué momento se debe reunir la condición de empresario al objeto de dilucidar, a su vez, si de un eventual concurso de una persona física debe conocer el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil.

Dos son, en concreto, las situaciones temporales fundamentales a que cabe atender: el momento de nacimiento de la obligación y el de declaración de concurso.

Considera que lo relevante es que la persona física reúna la condición de empresario al tiempo de presentarse la solicitud de concurso el Auto de 28.7.2016 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª (Apelación Rollo 550/2016.). No sólo señala que la realidad es muy compleja, ya que una persona física puede desarrollar sucesiva y/o simultáneamente diversas actividades, unas empresariales y otras no, y en el desarrollo de esas actividades contraer obligaciones, unas empresariales y otras no, y que para el caso de que se aprecie que el cese en la condición de empresario responde a una decisión estratégica encaminada a evitar los juzgados de lo Mercantil, es posible su corrección mediante la aplicación del artículo 11.2 LOPJ, al entrañar fraude de ley, sino que concluye que lo relevante es la condición subjetiva del deudor en el momento de la solicitud del concurso, aunque antes haya tenido otra cualidad "*dado que los criterios que fijan la competencia deben ser lo más objetivos y seguros posibles, a fin de evitar controversias y demoras en su apreciación*", y que "*por regla general, la LEC (que se aplica supletoriamente, DF 5ª LC) atiende como momento relevante al de la interposición de la demanda ( artículo 410 y 411 LEC ). Como argumento adicional reseñar que al no desarrollar actividad empresarial el sujeto pasivo del procedimiento concursal, de ordinario, se presume -según el legislador- que las incidencias que éste presente van a ser menores*".

Por el contrario, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª (de lo mercantil), Rollo 266/2016, de 16.9.2016, considera que hay que atender a si la mayor parte del pasivo se generó como consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial o si tiene origen en actividades personales ajenas a las empresariales. Indica esta resolución que, aunque una interpretación rígida, literalista, de la norma que contiene el fuero - artículo 85.6 LOPJ- dado el tiempo verbal empleado, llevaría a exigir la competencia a favor del Juzgado de lo Mercantil que la actividad empresarial de la persona física se mantenga vigente al momento de la solicitud del concurso, debe tenerse en cuenta, no sólo que la reforma obedece a criterios de oportunidad legislativa y ahorro de costes públicos, sino que en el concurso siguen concurrendo numerosas y relevantes cuestiones vinculadas a la actividad empresarial, aún cuando ésta hubiere cesado, como son las acciones de reintegración referentes a actos empresariales, artículo. 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. 91.1º 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), 164.2.2º 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. Esgrime que será competente el Juzgado de lo Mercantil cuando la mayor parte del pasivo declarado por el deudor en su solicitud, al inicio del concurso, provenga de su anterior actividad empresarial, y ello porque normalmente (1) el trabajador autónomo cesa en su situación de alta en la Seguridad Social a fin de evitar incurrir en mayores gastos, (2) suele coexistir en todo concurso aunque no se haya cesado la actividad un pasivo que no es de origen empresarial, (3) con esta solución no se impide o limita la posibilidad de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho tras el concurso, ya que ello no está previsto en el artículo 178 bis LC para las personas naturales, sin distinción alguna entre empresarios o no, y (4) este tratamiento procesal puede llegar a ser beneficioso, ya que de darse el caso de concurso consecutivo, 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.

Ante esta disyuntiva, este Tribunal considera que ciertamente es necesario establecer un criterio objetivo y cierto, que dote de seguridad jurídica y facilite la aplicación de la regla de competencia objetiva, y que ese criterio puede razonablemente situarse en la atención a si en el pasivo de la persona física existen deudas cuantitativamente relevantes dentro del conjunto del pasivo originadas por el desarrollo de una actividad empresarial, con independencia de si el deudor sigue o no ostentando la condición de empresario al tiempo de declararse el concurso.

Por ello, cuando se detecte la existencia de importantes deudas procedentes del ejercicio de una actividad empresarial, el respeto al criterio de especialización ha de primar y, por tanto, la competencia objetiva para conocer del concurso habrá de quedar atribuida a los Juzgados de lo Mercantil.

**CUARTO.-** En el caso de autos, se debe comenzar señalando que debe ser matizado lo señalado por el Juzgado de lo Mercantil en el Auto de 28.10.2016 que plantea el conflicto negativo, pues no es cierto que Unicaja sea titular de un crédito por importe de 60.850'79 ? (el de mayor montante) por razón de una póliza de crédito suscrita por la Sra. Zulima y su esposo, sino por razón de una póliza de descuento (véase memoria explicativa). Es decir, no se trata de un contrato de préstamo sino de descuento, un contrato por el que la entidad financiera normalmente anticipa a una empresa o empresario el importe de los efectos no vencidos recibidos de clientes, efectos que reconocen una obligación de pago.

En segundo lugar, igualmente ha de precisarse que si bien es cierto que se indica en la solicitud de concurso voluntario que se contrajo la deuda con UNICAJA entre los años 2007 y 2008, tampoco es del todo cierto que durante todo este periodo la solicitante del Concurso trabajara por cuenta ajena para Aceros Manzanares, S.L., pues según se indica en la referida Memoria, y así aparece en la Vida Laboral aportada, de los 24 meses que engloba las anualidades 2007 y 2008, no llegó ni a los 7 meses (desde el 21.11.2007 al 16.6.2008).

Tampoco de la escueta documentación adjunta es posible concluir que "la única deuda que tiene relación con la actividad profesional o empresarial ejercitada por la solicitante como trabajadora por cuenta propia es la contraída con MANUFACTURAS THOUSANDA COLOURS, S.L.", pues se desconoce el origen de las otras dos deudas recogidas, con LINDRFF (1.962'09 ?) y el Banco Santander (2.726'70 ?).

Tenemos, por tanto, que las únicas especificaciones de la relación jurídica que genera la deuda son las señaladas en la Memoria como deudas derivadas de un contrato de descuento (cuya apariencia racional y objetiva se enlaza con el concepto de empresario) y de la relación con proveedor, es decir, deuda adquirida en su condición de empresaria.

Llegado a este punto, y aún siendo consciente que a fecha de la solicitud de la declaración de concurso Dña. Zulima ya no es empresaria, consideramos que la deuda se generó sustancialmente por ser esa su condición, por lo que la atribución competencial objetiva del concurso corresponde al Juzgado de lo Mercantil.

**QUINTO.-** No procede efectuar ningún pronunciamiento respecto de las costas derivadas de esta alzada puesto que el objeto de la misma no ha sido resolver una contienda entre partes sino la polémica entre dos órganos judiciales sobre su competencia objetiva para el conocimiento del asunto.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

**LA SALA ACUERDA**



1.- Declarar que la competencia objetiva para conocer de la solicitud de Concurso Voluntario de Acreedores formulada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Berrios Villalba, en nombre de DÑA. Zulima , corresponde al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba.

2.- Devolver los autos recibidos al Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Córdoba que deberá continuar con la tramitación del procedimiento en el estado en que se encontraba antes de dictar el auto de fecha 28 de octubre de 2016 por el que declaró su falta de competencia objetiva.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Llévese certificación del presente al rollo para acreditar su cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen reseñados.

E/.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ