



Roj: **AAP BI 1/2017 - ECLI:ES:APBI:2017:1A**

Id Cendoj: **48020370042017200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **10/03/2017**

Nº de Recurso: **2/2017**

Nº de Resolución: **183/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA

Sección / Atala: 4ª/4.

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - CP. /PK. 48001

Tel. 94-4016665 Fax/Faxa: 94-4016992

NIG. PV / IZO EAE: 48.04.2-16/006714

NIG. CGPJ / IZO BJKN; 48020.42.1-2016/0006714

R.ape.conc. L2 / 2/2017 -1

O. Judicial origen / Jatorriko Epaitegia: Juzgado de 1ª Instancia nº 1 Barakaldo / Barakaldoko Lehen Auzialdiko 4zk.ko Epaitegia

Autos de Concurso Abreviado 788/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: D. Baldomero

Procuradora / Prokuradorea: D. JAIME CORRAL BASTERRA

Abogado / Abokatua: D. AITOR DEL HORNO SANTOS

Recurrido / Errekurritua:

Procuradora / Prokuradorea:

Abogado/Abokatua:

AUTO 183/17

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA. SRA. PRESIDENTA. Dª ANA BELÉN IRACHETA UNDAGOITIA

MAGISTRADA: Dª REYES CASTRESANA GARCÍA.

MAGISTRADO: D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHUTEGUI

LUGAR: BILBAO (BIZKAIA)

FECHA: Diez de marzo de dos mil diecisiete

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Procurador de los Tribunales D. JAIME CORRAL BASTERRA, en nombre y representación de D. Baldomero, presentó solicitud de concurso voluntario ante los Juzgados de lo Mercantil de Bilbao, relatando que había



cotizado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA) de la Seguridad Social entre el 1 de octubre de 2012 y el 30 de junio de 2014.

2.- Explica en su solicitud que decidió abrir un negocio dedicado a la informática obteniendo con tal fin un crédito a una entidad bancaria, que finalmente no puede atender a razón de 600 € al mes durante tres años, en tanto que la tienda no resultó rentable.

3.- Señala también que aunque restaban 7.000 € de tal crédito se imputaron a capital, reduciendo su deuda a 25.000 €, pero ampliando el plazo de abono a diez años, a razón de 300 € al mes.

4.- Narra en la solicitud que ahora carece de empleo, tiene reconocida Renta de Garantía de Ingresos y Prestación complementaria de Vivienda, y que no dispone de recursos para hacer frente al pago de sus deudas.

5.- Acompaña la solicitud como doc nº 11 el rechazo de su principal acreedor a formalizar un acuerdo extrajudicial de pagos en el modo que dispone el art. 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

6.- La solicitud de concurso correspondió al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, que rechazó su solicitud mediante auto de 20 de julio de 2016, por entender que la competencia para resolver sobre la misma correspondía a los Juzgados de Primera Instancia, resolución que no recurrió.

7.- Atendiendo a tal indicación, y en tanto residente en Santurtzi, acudió el solicitante a los Juzgados de Barakaldo, donde correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 4.

8.- Tras examinar la solicitud dicho juzgado acuerda oír al interesado y al Ministerio Fiscal sobre su eventual falta de competencia objetiva, dictando auto el 18 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva dice:

"1.- Este Juzgado se abstiene del conocimiento de la demanda presentada por el/la procurador/a Sr/a CORRAL BASTERRA en nombre y representación de Baldomero, frente a BBVA, sobre CONCURSO VOLUNTARIO por carecer de jurisdicción.

2.- Corresponde conocer del asunto indicado a los Juzgados de lo Mercantil".

9.- El Procurador de los Tribunales D. JAIME CORRAL BASTERRA, en nombre y representación de D. Baldomero, interpuso recurso de apelación frente a la mencionada resolución por considerar infringidos los arts. 85.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y 45.2.b de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que atribuyen ambos la competencia de los concursos de personas físicas a los Juzgados de Primera Instancia.

10.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 27 de enero de 2017 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose con el nº 2/17 y turnándose la ponencia al lltmo. Sr. Magistrado D. Fernando Valdés-Solís Cecchini, quedando pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo.

11.- En providencia de uno de marzo se comunicó el cambio de composición del tribunal y de ponente, incorporándose como tal el magistrado D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, acordándose señalar para votación y fallo el 7 de marzo siguiente.

12.- En la tramitación de este rollo se han observado las exigencias legales fundamentales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Precisiones previas

13.- Se recurre el auto del Juzgado de 1ª Instancia que niega su competencia objetiva para conocer de la solicitud de concurso voluntario del apelante, que tuvo un establecimiento de venta de productos informáticos que ha cerrado. Antes también lo había intentado infructuosamente ante el Juzgado de lo Mercantil, que rechazó su competencia sin que su decisión fuera recurrida.

14.- Los términos del auto recurrido deben precisarse porque los mismos denotan que la solicitud se formula "frente" al BBVA cuando, con toda claridad, el deudor reclama ser declarado en concurso voluntario. Lo que hace, mediante otrosí, es solicitar cierta documental a tal entidad que reconoce como acreedora, Pero esta circunstancia no convierte en litigante a dicha entidad, por lo que debe quedar establecido que la solicitud no es contra nadie, sino que reclama ser declarado en estado de insolvencia, con los beneficios y consecuencias que ello acarrea.

15.- La segunda cuestión que debe precisarse es que el concurso exige una pluralidad de acreedores como dijimos en AAP Bizkaia, Secc. 4ª, 5 mayo 2006, rec. 94/2005. Tal requisito parece deducirse de los términos de la solicitud, aunque no se haya acompañado la relación a que se refiere el art. 6.2.4º LC, ni algún otro documento de los que dispone la norma.



16.- La referencia que hace la solicitud a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, debe entenderse realizada a la reforma de la Ley Concursal en lo que atañe al mecanismo de la segunda oportunidad, que es consecuencia del concurso de las personas que recoge. Por tanto, hay que estar a la regulación de esta última norma, con las previsiones específicas para quienes se encuentran en la situación del solicitante.

SEGUNDO.- Sobre las razones de la falta de competencia

17.- El auto recurrido motiva por extensa remisión al AAP Madrid, Secc. 28ª, 16 septiembre 2016, rec 266/2016. En síntesis, tal resolución sostiene que si las deudas que se han generado por una persona física lo fueron en su condición de empresario, la competencia para tramitar el concurso de quien ha dejado de serlo es del Juzgado de lo Mercantil.

18.- La recurrente discute esa tesis apoyándose, en primer lugar, en lo dispuesto en los arts. 85.6 LOPJ . Tal norma dispone la competencia de los Juzgados de Primera Instancia "De los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora". Se trata, por tanto, de una delimitación subjetiva, por la condición de quien pueda ser declarado en insolvencia, bien a solicitud de acreedor en un concurso necesario, bien del propio interesado, como acontece en este caso.

19.- Como el art. 86 ter.1 LOPJ atribuye toda la materia concursal al Juzgado de lo Mercantil, excepto lo previsto en el art. 85.6 LOPJ , la condición de empresario es sustancial para determinar la competencia del órgano especializado o general del orden jurisdiccional civil.

20.- También esgrime el recurrente el art. 45.2.b LEC , que atribuye al conocimiento de los Juzgados de Primera Instancia "De los concursos de persona natural que no sea empresario". De nuevo la condición de empresario resulta esencial para determinar la atribución de la competencia.

TERCERO.- De la condición de empresario

21.- En el ámbito concursal sólo aparece la definición de empresario en sede de Acuerdo Extrajudicial de Pagos (Título X de la Ley Concursal). En el art. 231.1 LC se dispone en su párrafo segundo que "A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos 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 la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos".

22.- La legislación mercantil a que alude el art. 231.1 LC es el Código de Comercio (CCom), cuyo primer artículo considera "comerciantes", y por lo tanto hoy en día "empresarios", a "1º.- Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente". Como el art 4 CCom dispone que "Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes", nuestro ordenamiento jurídico otorga una amplísima libertad para ostentar la condición de empresario, que no precisa inscripción en registro alguno, aunque haya de realizarse declaración censal a efectos tributarios o cotizar al RETA. Incluso menores y discapaces pueden ser empresarios, vistos los términos del art. 5 CCom .

23.- A efectos de solicitar concurso ha de reputarse empresario, por tanto, quien ejerce el comercio o actividad empresarial (mediante establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil dice el art 3 CCom), quien disponga la legislación de la Seguridad Social a través del art 138 del RDL 8/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, los trabajadores autónomos, incluso económicamente dependientes conforme a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. Y aunque el art. 231.1 LC no lo mencione, debiera incluirse en el concepto de empresario el Emprendedor de Responsabilidad Limitada a que alude el art. 3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que también cotiza a la Seguridad Social a través del RETA, y los supuestos que regula la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. En tal sentido el AAP Alicante, Secc.ª, 11 noviembre 2016, rec. 156/2016.

CUARTO.- Sobre la pérdida de la condición de empresario

24.- El solicitante del concurso era empresario, porque tenía abierto un establecimiento que realizaba operaciones mercantiles (art. 3 CCom), y estaba dado de alta en el RETA (art. 231.1 LC). Pero como explica con absoluta claridad en su petición, cerró el negocio de venta de productos informáticos, ante su inviabilidad económica, y solicitó la baja en el RETA, como acredita documentalmente, en tanto suponía un coste mensual que no podía atender. Surge entonces la duda de si, ante tal situación, se ha perdido la condición de empresario, lo que influiría en la competencia del órgano judicial encargado de tramitar el concurso.



25.- Como señala el auto recurrido, el AAP Madrid, Secc. 28ª, 16 septiembre 2016, rec. 266/2016, explica que la pérdida de la condición de empresario no altera la naturaleza de las deudas que padece, originadas por su actividad empresarial. En el § 10 iv de tal resolución se expone cómo es relevante tal origen para calificar los créditos, ejercitar acciones de reintegración, eventuales acuerdos de refinanciación, o para calificar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes propios de cualquier empresario en la sección de calificación.

26.- El aspecto señalado ha sido reconocido también por AAP Córdoba, Secc. 1ª, 1 diciembre 2016, rec. 1235/2016, por lo que ya hay varios tribunales que entienden que la pérdida de la condición formal de empresario no afecta a la competencia, que continúa correspondiendo a los Juzgados de lo Mercantil.

27.- Ese parecer se comparte, porque la posibilidad de cierre del negocio está contemplada en los arts. 44.4 y 142.3 LC, sin que ello desnaturalice el concurso. Que no haya actividad es una situación que el deudor puede confesar al realizar la solicitud de concurso voluntario (arts. 21.1.1º LC), pidiendo inmediata liquidación (art. 142.1 LC). En definitiva, un empresario que haya cesado en su actividad puede solicitar la declaración de concurso voluntario.

28.- En este caso es cierto que formalmente el solicitante ha cesado en su condición de empresario, porque ya no está Inscrito en el RETA. Explica que lo ha hecho porque su precaria situación (acreditada por la percepción de la Renta de Garantía de Ingresos), le ha conducido a una decisión absolutamente coherente y sensata; dejar de cotizar mensualmente en el régimen citado. Pero que haya decidido dejar de cotizar no supone que su condición de empresario desaparezca, ni que sus deudas no tengan origen empresarial.

29.- Lo que concluimos, por ello, es que los arts. 85.6 LOPJ, 45.2.b LEC y 231.1 LC se refieren a quien sea o haya sido empresarios pues la salida a una insolvencia empresarial, por las razones apuntadas en §20, debe ser afrontada en el Juzgado de lo Mercantil, especializado en el conocimiento de esta clase de asuntos. En definitiva, los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer del concurso de personas físicas que sean o hayan sido empresarios.

30.- Tal conclusión supone desestimar las alegaciones del recurso, puesto que el Juzgado de 1ª Instancia resuelve correctamente atendidos los argumentos expuestos. La solicitud tiene que plantearse ante el Juzgado de lo Mercantil, porque el Sr. Baldomero tenía un establecimiento abierto al público conforme al art. 3 CCom, estaba obligado a cumplir con las obligaciones propias de su condición de comerciante, ha cotizado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, por remisión de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, al menos mientras el negocio permaneció abierto, y por lo tanto cumple con los requisitos subjetivos que disponen los citados arts. 85.6 LOPJ, 45.2.b LEC y 231.1 LC, aunque el negocio haya cesado su actividad y él dejado de cotizar al citado RETA.

31.- La desestimación del recurso debe verificarse aclarando que puesto la competencia corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, que haya habido un previo pronunciamiento revestido de cosa juzgada formal conforme al art. 207 LEC, por no recurrirse, no impide volver a plantear la solicitud cumpliendo las exigencias legales sobre las que se advertía en §10 y los requisitos que dispone para la solicitud el art. 6 LC.

QUINTO.- Sobre las costas

32.- Aunque el art. 398.1 LEC dispone la condena en costas al apelante, no se hará tal pronunciamiento al no haber contradicción puesto que no hay partes apeladas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

I.- ACORDAMOS DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D. JAIME CORRAL BASTERRA, en nombre y representación de D. Baldomero, frente al auto de 18 de noviembre de 2016 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Barakaldo, en el procedimiento de concurso abreviado nº 788/2016.

II.- DECLARAR que son competentes para conocer de la solicitud de concurso voluntario de D. Baldomero los Juzgados de lo Mercantil,

III.- NO SE HACE CONDENA al pago de las costas del recurso de apelación.

MODO DE IMPUGNACIÓN: No cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.