



Roj: **AAP Z 802/2017 - ECLI:ES:APZ:2017:802A**

Id Cendoj: **50297370052017200039**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **21/04/2017**

Nº de Recurso: **279/2017**

Nº de Resolución: **207/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

AUTO: 00207/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA

SECCION QUINTA

N10300

DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

N.I.G. 50297 42 1 2016 0016618

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000279 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: CONCURSO ABREVIADO 0000640 /2016

Recurrente: Enrique , Lourdes

Procurador: CARLOS ADAN SORIA

Abogado: FELIPE GARCIA ROMANOS

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

A U T O núm. 207/2017

Ilmos. Señores:

Presidente :

D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO

Magistrados:

DÑA. CAROLINA MARQUET MARCO

D. ROBERTO GARCIA MARTINEZ

En ZARAGOZA, a Veintiuno de Abril de dos mil diecisiete.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- VISTO en grado de apelación ante esta Sección 005, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de CONCURSO ABREVIADO 640/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 8 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 279/2017, en los que aparece como parte apelante, Enrique Y Lourdes , representados por el Procurador de los tribunales, D. CARLOS ADAN SORIA, asistidos por el Abogado D. FELIPE GARCIA ROMANOS, y como parte apelada EL MINISTERIO FISCAL; y en fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis se dictó AUTO, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Declarar que la competencia para conocer de esta demanda corresponde al juez del concurso cuya reapertura se pretende, Juzgado Mercantil nºUno de Zaragoza, Archívense los autos sin más trámites."

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de Enrique Y Lourdes , se interpuso contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opuso al mismo; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado.

No considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 6 de Abril de 2017.

CUARTO.- En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Motivos del recurso

Presentada solicitud de concurso voluntario de acreedores ante el juez de Primera instancia con fundamento en el art 85.6 de la LOPJ por un matrimonio, invocando que se declaró su concurso ante los juzgados de lo mercantil, que se produjo la liquidación de su patrimonio y se declaró la conclusión del concurso; que persiste la situación de insolvencia y que sus deudas no han aumentado, siendo la totalidad de las mismas derivadas de la actuación empresarial del esposo y que a la fecha de la presente solicitud el Sr. Enrique trabaja por cuenta ajena y su esposa está en situación de desempleo.

El juzgado de la instancia inadmitió a trámite la solicitud de concurso por falta de competencia y señaló como órgano competente para conocer de la presente causa al juzgado de lo mercantil a quien por reparto corresponda.

Contra dicha resolución el solicitante interpuso recurso de apelación fundado en que el art 179 de la LC establece un distinto criterio según el solicitante de la reapertura del concurso sea persona física o jurídica y en que en la actualidad la parte solicitante no desempeña actividad empresarial alguna.

SEGUNDO.- El requisito negativo de no ejercer actividad empresarial o profesional

Según alega la recurrente presenta su solicitud de concurso al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la L 25/2015, la cual bajo el epígrafe "Régimen transitorio en materia concursal", su número 3 establece que:

3. Los apartados 3 y 4 del artículo 176 bis y los artículos 178.2 y 178 bis de la Ley Concursal se aplicarán a los concursos que se encuentren en tramitación.

En los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor de la presente Ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal , si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario.

No aclara la LO 7/2015, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, ni parece que esta sea la función de una ley de distribución de competencias, qué debe entenderse por persona natural empresaria. La Ley concursal, en la redacción dada tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social establece en su artículo 231.1 parr. 2º 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.

El problema fundamental es el de estimar si la condición de empresario del solicitante ha de darse al tiempo en que se generan las deudas que ocasionan su insolvencia o al tiempo de la solicitud de concurso. Las situaciones pueden ser muy ricas en casuística y muy variadas, si bien el criterio fundamental para determinar la competencia ha de venir dado por la caracterización de la deuda global por su origen. Si esta proviene de la actividad empresarial como afirman los solicitantes estima la Sala que habrá de atenderse al origen de la insolvencia para determinar el órgano competente. En este sentido se pronuncia también el auto de la Sección 28 de la AP de Madrid nº 135/2016, de 16 de septiembre, al declarar que el concepto de empresario previsto para la asunción de la competencia en el concurso de la persona natural por los juzgados de lo mercantil es el del art. 231.1, pf. 1º, LC. "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".

Por ello, el órgano competente para conocer de tal concurso será el juzgado de lo mercantil a quien por reparto corresponda. Esto es así incluso aunque sean dos los solicitantes en forma conjunta y la esposa ni haya desempeñado, ni desempeña actividad empresarial alguna en el sentido legal fijado pues como el auto citado se cuida también de señalar:

(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 Ovidio y Amelia .

(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.

En consecuencia el recurso ha de ser íntegramente desestimado.

TERCERO.- Costas procesales.

Las costas de esta alzada se rigen por el *art. 398 LEC* y las de primera instancia por el *art. 394 LEC* .

Dada la novedad de la cuestión se estima la existencia de dudas de derecho que imponen que no se haga expreso pronunciamiento sobre las costas.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Que desestimando el recurso de apelación formulado por **D. Enrique y DOÑA Lourdes** contra el auto de 14 de septiembre de 2016 dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 8 en los autos número 640/2016, confirmando la resolución recurrida en todos sus extremos. No se hace declaración sobre las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.