

Cuestiones de competencia en el concurso consecutivo

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, 109/2017, de 30 de junio; ponente: D. Enrique García¹

“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 28.ª de la AP de Madrid de 16 de septiembre de 2016) qué criterios deben seguirse. Se trata de los siguientes:

1.º) 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;

2.º) 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»;

3.º) 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

¹ ROJ: AAPM 2692/2017 - ECLI:ES:APM: 2017:2692.

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 91.1.º a 3.º de la LC; o valoración en el juicio de calificación de ciertos incumplimientos del empresario, sobre todo contables, como los previstos en el artículo 164.2.1.º 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 164.2.2.º o en el artículo 165.3.º 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;

4.º) 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 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;

5.º) 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 tiene 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;

6.º) 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;

7.º) 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

8.º) 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".

Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, 170/2018, de 16 de abril; ponente: D. Juan Antonio Lozano López²

"1. Esta cuestión ha sido ya resuelta por Autos 466/2017, de 19 de octubre, y 497/2017, de 14 de noviembre, en cuyo contenido la Sala se ratifica, y es el que sigue.

2. Según el 231 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. 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.

3. La norma se complementa con la referencia de del art. 85.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a cuyo tenor, los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil, entre otros, del de los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora.

4. Este precepto de nefasta redacción y en abierta contradicción con los designios iniciales de la Ley Concursal en materia de unidad subjetiva en el tratamiento de la insolvencia, ha sido fuente de conflictos interpretativos, a la vista de la redacción (es empresario aquel que señale, la «Ley reguladora»). Conviven tesis de distinto tipo y pelaje. Básicamente, la cuestión estriba en entender que el empresario a que se refiere el precepto es el que

² ROJ: AAP AL 178/2018 - ECLI:ES:APAL:2018:178A.

menciona el Código de Comercio, con posibilidad de extenderlo al concepto de emprendedor que se introdujo en nuestra legislación en el año 2013, o bien entender que, a los efectos que nos interesan, el del ámbito de los arts. 215 y siguientes, y por lo que se refiere al concurso de persona física, el concepto de empresario es el que establece ese precepto, más amplio de lo que indica la legislación mercantil. Acepta la segunda tesis el Auto de la AP de Córdoba –Sección 1.ª– 499/2016 de 1 diciembre y el Auto de la AP de Murcia (Sección 4.ª), 550/2016 de 28 julio. Y acepta la primera la AAP de Cantabria, Sección 4.ª, 202/2016.

5. La Sala considera que puede salirse de dudas si se atiende a palabras clave dentro de ese precepto. En concreto, y en primer lugar, el empresario debe presentar balance, lo que presupone la existencia de empresario si, de acuerdo con la obligación, debe de presentar cuentas anuales. De lo contrario no se exigiría. Y tienen obligación de presentar balance los empresarios en el sentido del Código de Comercio. Pero a renglón seguido remite, además, a la legislación mercantil, una referencia clara al Código de Comercio y a la legislación ordinaria que define al empresario.

6. Si se considera que no hubiera una definición de empresario en el vetusto Código de Comercio, siempre podemos acudir a la actualización interpretativa del Tribunal Supremo, que, en Sentencia 235/2012 de 16 abril, que acepta la definición legal del Código de Comercio (art. 1, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente), pero matizando que debe de hacerlo en nombre propio y en su interés, esto es, no basta la constancia de una actividad profesional, con habitualidad, constancia, reiteración de actos, exteriorización y ánimo de lucro, sino también un dato de significación jurídica que 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.

7. El problema lo generan las ampliaciones, que incluye dos: los profesionales inscritos en los registros de la Seguridad social y los autónomos. La mera inscripción en la seguridad social y en los registros de autónomo como empleador puede dar lugar a la consideración de empresario a estos efectos. La intención del legislador ha sido, principalmente, incluir al sujeto empresario no inscrito, de ahí la llamada a los autónomos, y a los profesionales, definidos en la legislación de la Seguridad Social, siempre que, en ambos casos, sean efectivos profesionales y empresarios individuales.

8. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 4 de marzo de 2016, que acepta la competencia del Registrador Mercantil para el nombramiento de mediador en la medida en que consta la inscripción como trabajador autónomo. Las circunstancias que se han hecho notar en la doctrina, como el supuesto aberrante de que una empleadora de hogar pueda ser trabajadora autónoma, se soslayan si se tiene en cuenta que la efectividad de una actividad profesional de las que se extraen frutos económicos, es un requisito básico del principal sujeto llamado a ser empresario, el que define la legislación mercantil.

9. Esta digresión viene al asunto que nos atañe, puesto que el motivo de incompetencia, aunque no está claramente formulado en la resolución de instancia, es el hecho, no de actividad profesional o trabajador autónomo, sino por el hecho de que el actor es avalista

de dos empresas, Sondeal GM S. L. y Laboratorios control de Calidad Geomax S. L. de la que no consta que sea su administrador, sino solo socio. Esto es, se le atribuye al actor la condición de empresario por esa única condición. De donde, en primer lugar, la doctrina de la audiencia provincial de Madrid que cita el juzgador de instancia es inhábil para los fines que nos ocupa, puesto que está destinada a resolver otros de los supuestos problemáticos de estos preceptos: autónomo que ha cesado en su actividad empresarial o profesional.

10. Como han dicho las dos resoluciones de esta Sala antes citadas, el hecho de firmar préstamos y avalar a la mercantil para la que trabaja y de la que tiene acciones no añade nada a su condición de trabajador. Pero sobre todo, como dice la sentencia más arriba indicada, los socios y administradores de compañías mercantiles no son empresarios, porque le falta el requisito de ejercicio en su propio interés, de ahí, que, como indica dicha sentencia, el accionista no (es) comerciante por ese simple dato y que el administrador solo lo sea en el sentido vulgar o puramente económico, por no actuar en su propio nombre, sino en el de la sociedad".