

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS
BORJA PARDO IBÁÑEZ
CARLOS-R. PUIGCERVER ASOR

ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS
(Coord.)

**SEGUNDA OPORTUNIDAD
DE LAS PERSONAS FÍSICAS:
CUESTIONES TODAVÍA PROBLEMÁTICAS**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

Sumario

	<u>Pág.</u>
DOS AÑOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS DE LA PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA: ALGUNAS CUESTIONES AÚN DEBATIDAS (Ángel SERRANO DE NICOLÁS).....	9
REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS (Borja PARDO IBÁÑEZ)	29
EL PROCEDIMIENTO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS DE LA PERSONA NATURAL NO EMPRESARIA (Carlos-R. PUIGCERVER ASOR).....	45

Dos años del acuerdo extrajudicial de pagos de la persona natural no empresaria: algunas cuestiones aún debatidas

Ángel SERRANO DE NICOLÁS

Prof. Asoc. Dr. de Derecho Civil

Universitat Pompeu Fabra

Notario de Barcelona

I. PRELIMINAR

Cuando estas páginas vean la luz habrán transcurrido ya más de dos años de la entrada en vigor —el día 30 de julio de 2015— de la Ley 25/2015, de 28 de julio (accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8469>)¹, en cuyo art. 1, apartado 2, núm. 13, se dio la redacción, aún vigente, al art. 242 bis Ley Concursal (en adelante LC)², que ahora interesa y, además, en esta misma Ley, a los demás artículos de la Ley Concursal que configuran el marco jurídico en que se desarrolla el acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante, AEP) y, en su caso, el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, BEPI).

Aunque es la primera vez que, en nuestro Derecho concursal, se da una segunda oportunidad —o más, si necesarias fuesen— a la persona natural no empresaria insolvente no ha sido precisamente con elogios como se

¹ Aunque previamente fue el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, un comentario crítico con referencias a su evolución histórica y de derecho comparado, perfectamente trasladables a la regulación actual, pueden verse en Pedro-Luis VIGUER SOLER, «Análisis crítico del RDL 1/2015 sobre “segunda oportunidad”: expectativas, luces y sombras», *Diario La Ley*, núm. 8592, Sección Doctrina, 29 de julio de 2015 (versión electrónica).

² Una primera aproximación a la materia —y a la que me remito, pues aquí trataré de las cuestiones que he ido conociendo que se plantean más en la práctica notarial e incluso en la jurisprudencia menor que ya ha ido conociendo del AEP y de la BEPI— es la que hice en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Segunda oportunidad para las personas naturales no empresarios: cuestiones problemáticas en su tramitación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 18, 2016, pp. 33-50 (accesible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1102>).

ha recibido³, cosa tampoco infrecuente en la forma como solemos recibir una nueva norma, pues basta pensar como recibieron al Código Civil español los autores de su época y, sin embargo, ahora se pondera su calidad frente a las reformas que ha sufrido; dicho esto, entre las varias cuestiones que se le censuran están, singularmente, su regulación restrictiva frente a las soluciones del Derecho comparado (más generosas con el deudor, persona física, insolvente)⁴, y lo que ya es nueva legislación de insolvencia de la Unión Europea⁵, en lo que concierne al amplio plazo exigido para reiterarlo o quedar liberado —cfr. los cinco años del art. 231.2.2.º LC o los diez años del art. 236.1.a) LC—; o, también, por el órgano judicial al que se atribuye, así, quizás por presuponer el legislador la avalancha de estos procedimientos, los atribuye a los Juzgados de Primera Instancia frente a los de lo Mercantil⁶, tan especializados en materia concursal; o, por último, incluso por exigirse la intervención inicial del notario, aunque cabría recordar que conforme al art. 1 Ley del Notariado (en adelante, LNot) parece lo obvio⁷, pues no se trata sino de autorizar —por un funcionario público— un acta notarial que inicia un acuerdo extrajudicial de pagos, y que fija los presupuestos y trámites iniciales (e incluso acuerdos), que llevan, art. 242 bis 1.10.º LC, a que «el concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación», que nunca podrá ser como si de una persona jurídica se tratase, que, obviamente puede liquidarse, lo que nunca podrá ser con una persona natural o su patrimonio, tanto por lo inembargable, como por expresamente disponer el art. 236.1 último párrafo LC que: «En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liqui-

³ De su necesidad da cuenta José María GARRIDO, «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31/2014, pp. 1-159.

⁴ Puede tomarse conocimiento de las soluciones contempladas en el Derecho comparado en Margarita VIÑELAS, «El nuevo procedimiento de “sauvegarde financière accélérée” en Derecho francés», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29/2013, pp. 1-21, y Stefania PACCHI, «El sobreendeudamiento. El régimen italiano de “iure condito” y de “iure condendo”», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29/2013, pp. 1-43.

⁵ Al efecto, Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido, publicado en *DOUE* de 5 de junio de 2015), en cuyo considerando (10) precisa que: «También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término “control” debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas», y entre sus más recientes comentaristas, al entrar en vigor, Juan Manuel DE CASTRO ARAGONÉS y Carlos HERNÁNDEZ DURÁN, «Entrada en vigor del Reglamento Europeo 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre procedimiento de insolvencia», *Diario La Ley*, núm. 9094, 5 de diciembre de 2017, pp. 1-4.

⁶ Para esta atribución a los jueces de Primera Instancia interesa Gregorio DE LA MORENA SANZ, «Segunda oportunidad y Juzgados de Primera Instancia», blog *Hay Derecho*, 25 de octubre de 2016 (accesible en <https://hayderecho.com/2016/10/25/segunda-oportunidad-y-juzgados-de-primera-instantia/>).

⁷ Pues el notario, dice este art. 1 LNot, «es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de [...] los] demás actos extrajudiciales», y esto es, este procedimiento, un acuerdo extrajudicial.

dación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente»⁸. Cabe recordar que todavía no se ha logrado —al margen la relevante legislación especial, laboral, tributaria, etc.— alterar el orden que fijase nuestro Código Civil, y eso que es evidente el trascendental cambio que en el último siglo ha sufrido nuestra economía y las relaciones laborales, personales y familiares.

Finalmente, frente al reclamo de tener cuidado en que podría derivar la aplicación del BEPI en una auténtica picaresca, cabría recordar que una cosa es la mala fe, o incluso la actuación dolosa, y otra, y muy diferente, la negligencia —si es que la hay, cfr. art. 178 bis 3.1.º *in fine* LC— o, sencillamente, la imprevisibilidad de los ciclos económicos —o incluso sin ellos— el venir a estado de insolvencia⁹, y, en todo caso, de esta Ley 25/2015, dice su Preámbulo —aunque sabido es que no es ley— que:

«Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo».

Nada autoriza, pues, dado el claro objetivo que señala el legislador, a interpretarla restrictivamente (aunque no siempre pueda ser lo más conveniente acudir a este AEP)¹⁰, y no lo autoriza por no ser ni una norma de excepción, ni sancionadora, sino llamada a abrir cauces a una nueva vida personal y económica, incluso empresarial, de la persona física o natural que se ha visto en estado de insolvencia, a la que ha podido llegar, no necesariamente de forma fortuita, sino —y no será lo infrecuente— por su mala gestión o decisiones arriesgadas, o incluso imprudentes, eso sí no dolosas. No puede desconocerse que la facilidad crediticia no es tampoco ajena a que con cierta frecuencia se pueda llegar al estado de insolvencia, como tampoco puede olvidarse que el art. 178 bis (regulador

⁸ Matilde CUENA CASAS, «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh Start*», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31/2014, p. 3, para poner de relieve como la exoneración es lo procedente para las personas físicas, frente a las jurídicas empresarias, al no poderse liquidar.

⁹ De la que parte el art. 231.1 LC, para la no equivalencia entre desbalance patrimonial y la cesación general de los pagos, aunque está referida a la persona jurídica, es de interés la STS de 1 de abril de 2014 (rec. 541/2012).

¹⁰ Al efecto, José Manuel CALABRÚS DE LOS RÍOS, «Uso perverso del Acuerdo Extrajudicial de Pagos y Derechos de los Acreedores», *RDC*, núm. 4, 2016, pp. 163-165, para cuando los hijos son los únicos que puntualmente ven satisfechos sus alimentos derivados del convenio regulador homologado y no hay vivienda habitual que proteger.

del BEPI)¹¹, en su núm. 3, aunque exige la buena fe, acto seguido señala cuando concurre, a sus efectos, y así en el art. 178 bis 3.1.º LC exige para que sea de buena fe, que el concurso «no haya sido declarado culpable (conforme al art. 165.1.1.º, e incluso aunque lo haya sido acaba el propio artículo indicando que) el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor», es decir, son el dolo y la culpa grave los límites.

II. PRESUPUESTO DE HECHO PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 242 BIS LC: SINGULARMENTE SOBRE EL ORIGEN DE LAS DEUDAS

Para determinar el presupuesto de hecho para la aplicación el art. 242 bis LC hay que tener presente el ámbito subjetivo, el objetivo o de procedencia u origen de las deudas, y el formal o cómo instar el procedimiento, así:

A) Para *el ámbito subjetivo*, no parece caber duda, de una lectura literal de la propia rúbrica del art. 242 bis LC, y de su mismo primer párrafo, que se aplica única y exclusivamente a la personas naturales no empresarios, que incluirá tanto a los consumidores, como a los no consumidores¹², pues no es distinción que proceda, unido a que en el propio

¹¹ Son de interés las notas de José María MARTÍN FABA, «Los Jueces de lo Mercantil y el del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona unifican criterios interpretativos en relación a la aplicación del artículo 178 bis de la Ley Concursal», 9 de julio de 2016, www.uclm.es/centro/cesco, pp. 1-24.

¹² Para los consumidores y la situación concursal es de especial interés, aunque, en parte, esté referido al Derecho checo, la entrada en el blog *Hay Derecho* de Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ, «Concurso y consumidor. Nuevos paradigmas tras el Asunto C 377/14», 22 de diciembre de 2015 (accesible en <https://hayderecho.com/autor/enrique-sanjuan/>). A las conclusiones del abogado general y posterior STJUE —Sala 3.ª— de 21 de abril de 2016, en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-377/14>, que concluye que: «En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: / 1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco de tal procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, solo permite que dicho juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos. / 2) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva. / 3) Los artículos 3, letra l), y 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 y la parte I del anexo I de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que el importe total del crédito y el importe de la disposición del crédito designan la totalidad de las cantidades puestas a disposición del consumidor,

art. 231.1 último párrafo LC determina los que considera empresarios, eso sí, a los meros efectos de dicho Título X, regulador del acuerdo extrajudicial de pagos, del que el art. 242 bis LC no es sino una mera especialidad.

Más problemático se presenta *si un mismo acuerdo extrajudicial de pagos se puede aplicar, a la vez, a una o más personas naturales*, sea por razón de su régimen económico matrimonial, por razón de la accesoriedad de la garantía y la deuda (caso singular de los fiadores) o por la misma solidaridad en la condición de deudores (siendo la única deuda de la que responden solidariamente)¹³. Al efecto, cada AEP es para una sola persona natural no empresaria; no obstante, sabido es que:

a) Aun casado *en régimen de gananciales* las deudas no tienen que ser necesariamente tales (pues el régimen de gananciales no conlleva que necesariamente y siempre tengan que ser gananciales)¹⁴, a lo que se une que ya la Orden JUS 2831/2015, de 17 de diciembre (BOE de 29 de diciembre de 2015), para el caso de estar en gananciales, exige el consentimiento del cónyuge no deudor, lo que *prima facie* —unido a que no se da su supuesto de hecho— excluye la aplicación del art. 1.373 CC, pero de igual manera nada debe impedir que previamente a instar este AEP se pueda proceder a la liquidación de los gananciales y cambio del régimen económico matrimonial, al de separación de bienes o participación en las ganancias; y, que,

b) Al *margen del REM*, por afectar a la vivienda familiar¹⁵, por tanto aplicable también a la separación de bienes, en que es habitual que se ad-

lo que excluye las cantidades destinadas por el prestamista al pago de los costes derivados del crédito en cuestión y que no se abonan efectivamente al consumidor. / 4) Las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta, en el sentido del punto 1, letra e), del anexo de esta Directiva, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas, y en el sentido de que, en su caso, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva, deducir todas las consecuencias que procedan de la constatación del carácter abusivo de algunas cláusulas, excluyendo todas y cada una de las que se hayan declarado abusivas, a fin de asegurarse de que tales cláusulas no vinculan el consumidor».

¹³ *Vid.*, por todos, Matilde CUENA CASAS, «Exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales», *RCP*, núm. 25/2016, pp. 33-58, singularmente, pp. 51-52, para la situación de la ejecución hipotecaria y la posición de codeudores solidarios y avalistas (en verdad fiadores).

¹⁴ Por todos, recientemente, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, *El régimen de gananciales*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 179-180, entre otras.

¹⁵ Se protegió ya, aunque allí era para los emprendedores y difícilmente caerá en el supuesto que aquí se trata, en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y precisaba en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Dos leyes de apoyo a los emprendedores», *La Notaría*, núm. 3, 2013, p. 3, que «dado que el emprendedor no tiene necesariamente que optar por un tipo societario, aunque veremos si cuaja ser emprendedor sin tener, al menos, una sociedad de responsabilidad limitada, como una emanación más de la tutela constitucional a la vivienda habitual, se limita su responsabilidad —una excepción más al art. 1.911 CC y una aplicación más en el ámbito del Derecho Privado de los principios constitucionales, tan pendientes aún de un estudio sistemático del Derecho Civil Constitucional, o de cómo influyen, singularmente en el ámbito patrimonial, los conceptos de igualdad, dignidad, protección de la vivienda habitual, etc.—, siempre que su valor —el de la vi-

quiera en proindiviso y cuya liquidación también puede hacerse por lotes, cfr. art. 232-12.2 CCCat, e incluso aunque sea propiedad de uno solo —eso sí, el cónyuge deudor, pues de ser del otro no se podrá ver afectada, salvo que sea hipotecante no deudor— se dispone en el art. 232.2 último párrafo LC que: «Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro».

c) En lo que concierne a *los fiadores* —incluso solidarios con el deudor que deviene insolvente y tiene que acudir al AEP— *es esencial estar al carácter no solo accesorio, sino también subsidiario de la fianza*¹⁶, para concretar cuándo y cuándo no ya es deudor, pues una cosa es la deuda y otra la responsabilidad, incluso aunque se sea fiador solidario, pues sigue siendo eso fiador no deudor solidario. No obstante, no puede negarse que no es una opinión doctrinal unánime el reconocer el carácter subsidiario de la fianza como elemento estructural de la misma o configurador de su naturaleza.

B) Para *el ámbito objetivo*, cabe destacar dos cuestiones, así, *la primera*, que entre los requisitos exigidos en el art. 231.4 LC está que el deudor *no se encuentre negociando con sus acreedores* (no puede ocultar que esto podría ser una vía para presionarlos como amenaza de instar el AEP) y, además, debe observarse, por ser frecuente que la deuda provenga de préstamos hipotecarios o de créditos bancarios, que el propio art. 231.5 LC precisa que los «créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto en los arts. 238 y 238 bis» (relativos al acuerdo extrajudicial de pagos y cómo determinar las mayo-

vienda, que es lo que se protege, no la participación del emprendedor en la misma— no supere los 300.000 euros, con la forma de valoración que se indica».

¹⁶ Y el reconocimiento explícito de *la nota de subsidiariedad en la fianza*, como elemento esencial o configurador de la fianza (incluso aunque sea solidaria) se encuentra en la STS 2944/2014, de 8 de julio, al precisar que: «En nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no solo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual el fiador solo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. = Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal. = En esto se diferencia, como muy bien apuntó la sentencia de primera instancia, la obligación del fiador solidario de la obligación del deudor solidario: la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En el presente caso, esto conlleva que las cuotas hayan vencido y no hayan sido pagadas por el deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente».

rías, y a la extensión subjetiva, o forma en que quedarán vinculados los acreedores con garantía real, según hayan aceptado o no el acuerdo); a la vez que el art. 232.2 tercer párrafo LC indica que también se incluirán en la lista los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo, para valorarlos se estará al art. 94.5 LC que concreta cómo se calculará. *La segunda*, y más problemática cuestión debatida es determinar cuándo puede acogerse al AEP la persona natural no empresaria, *si tiene deudas de origen empresarial* (pues las que procedan o no por su carácter de consumidor no tienen ninguna relevancia a la hora de instarlo) y, así, al efecto, en lo que es texto positivo debe tenerse presente que el art. 242 bis LC no hace ninguna mención al origen de las deudas (y parece forzado que de exigirle que no sea empresario se tenga que derivar que las deudas no sean tampoco de origen empresarial); el art. 231.1 *in fine* LC habla únicamente de que «el pasivo no supere los cinco millones de euros», sin distinguir entre su origen o no empresarial, y, ciertamente, difícil será que pueda alcanzarse si al mismo no se integran deudas de origen empresarial; además, el art. 236 LC, y sobre la base del antedicho máximo pasivo de cinco millones de euros —eso sí estimado, cfr. art. 231.1 *in fine* LC, pues basta pensar en posible aplicación de nulidad de la cláusula suelo, intereses de demora, etc.— no hace tampoco diferencias, aunque sí limita la propuesta cuando sea persona natural no empresaria a los tres supuestos que resultan de las letras *a)*, *b)* y *c)* del art. 236.1 LC; por todo ello, parece que se debería exigir únicamente el requisito subjetivo en el momento de instarlo, es decir, requerir únicamente que sea persona natural no empresaria, por tanto no puede ser ya empresario, incluso aunque sea de un ramo de actividad distinto al que dio origen a las deudas.

No obstante, lo cierto es que dista de haber unanimidad, acudiéndose a múltiples distinciones que suelen fundarse en el tiempo que haya pasado desde el cese en la actividad empresarial, o la mayor o menor relevancia de unas y otras, o incluso la Autoridad judicial que debería conocer, Juzgados de lo Civil o de lo Mercantil, por ello conviene poner de relieve la discrepante postura jurisprudencial que puede resumirse en los dos siguientes autos, así:

A) *Auto, Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 28 de julio de 2016*, partidaria de la no distinción en base al origen de las deudas, aunque sí de atender a la condición de empresario o no al momento de instarlo¹⁷; y, frente a esta postura,

¹⁷ Así literalmente transcrito —en la parte que aquí interesa— dice: «*Primero.—Planteamiento.* / 1. Presentada la solicitud de concurso voluntario por Jesús XXX que alega su condición de no empresario, sin actividad laboral y sin alta en el régimen de autónomos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Murcia, tras la cita del art. 85.6 LOPJ y 231.1 de la Ley Concursal, declara que son incompetentes los Juzgados de Primera Instancia al considerar que el conocimiento le corresponde a los Juzgados de lo Mercantil. / 2. Tras dejar constancia que el solicitante no tiene empleo ni actividad, y de la composición del pasivo, según aclaración instada al solicitante (149.393,24 euros derivan de un préstamo hipotecario para financiar la vivienda habitual, 36.433,96 de otro préstamo hipotecario para financiar la adquisición de un local para un negocio de peluquería y 42.904,17 euros de otro préstamo hipotecario, los tres objeto de

ejecución desde 2014, y 124.618,41 euros más 393,31 euros con la TGSS) reseña que la deuda deriva de una actividad mercantil, por lo que concluye que no es competente, ya que la condición de “no empresario” no puede dejarse al arbitrio de quien ha devengado una deuda con origen empresarial o profesional, sin que baste para considerar consumidor a quien cesa en la actividad, ignorando el origen de la deuda. / 3. Disconforme con ello, el solicitante de concurso considera que hay un error en la aplicación de la norma, ya que lo relevante para la atribución de la competencia del concurso de persona natural a los Juzgados de Primera Instancia no es la naturaleza de la deuda (que aquí es derivada de su actividad económica de peluquería así como la hipotecaria para la adquisición de su vivienda familiar) sino la condición subjetiva del deudor; y no es empresario, pues no desarrolla actividad y se dio de baja en el RETA por no poder continuar la misma, a fin de no generar más deuda. / Segundo.—*El concepto de empresario como criterio de delimitación competencial de los concursos de persona física.* / 1. Con arreglo al art. 85.6 de la Ley Orgánica en la redacción dada por la LO 7/2015 son competencia de los Juzgados de Primera Instancia “los concursos de persona natural que no sea empresario en los términos previstos en su Ley reguladora”, de forma que el art. 86 ter.1 señala que “los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85.6”. Consecuentemente se modifica el art. 45 LEC en iguales términos que la norma orgánica, salvo el inciso final. / 2. Con ello se pone fin a uno de los principios básicos de la moderna legislación de insolvencias: la especialización judicial, al sustraer el conocimiento de estos concursos de persona física no empresario del ámbito competencial del Juez mercantil, cuyo nacimiento con la LO 8/2003 está tan directamente vinculado al proceso concursal diseñado por la Ley 22/2003, si bien ello solo ocurre en la primera instancia, ya que la justicia especializada sí tiene asignada la competencia en el caso de la apelación (art. 82.2.2.º LOPJ), lo cual nos pone ya en la pista de que el único argumento de tal reforma es el simple criterio cuantitativo de distribución de las cargas de trabajo, ante el riesgo de una avalancha de concursos de personas naturales por la generalización de la exoneración del pasivo insatisfecho con la reforma del art. 178 bis operada por la Ley 25/2015, que convalida el RDL 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad. Es lo que la Exposición de Motivos de la LO7/2015 refiere como “un mejor reparto de asuntos entre Juzgados”, en abierta contradicción con lo dicho por el mismo legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en la que se decía que los órganos especializados dentro de la jurisdicción civil se buscaba que las resoluciones fuesen dictadas con “mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios”, pues la respuesta de calidad y rigor se debe predicar de todo órgano jurisdiccional. / 3. Las críticas no solo se han suscitado a nivel de principios por la quiebra que supone del modelo instaurado en 2003, sino porque la delimitación competencial es una fuente inagotable de conflictos, ya que, al margen de otros problemas como los derivados de los concursos conexos (art. 73 LEC y art. 25-25 ter LC), no está nada claro que se entiende por empresario a estos efectos, siendo ello de especial relevancia ya que cuanto más amplio sea este concepto más reducido será el ámbito competencial de los Juzgados de Primera Instancia, y viceversa. / 4. Con la actual regulación, al margen de la disociación competencial, la condición de no empresario de la persona natural conlleva unas ciertas especialidades en la tramitación para lograr el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 242.bis LC) y que en caso de fracaso o incumplimiento del mismo, el concurso consecutivo del no empresario se abrirá necesariamente en la fase de liquidación (art. 242 bis 1.10 LC) en tanto que si se trata de un deudor empresario es posible una propuesta anticipada de convenio. Fuera de ello, el régimen sustantivo de la exoneración del pasivo pendiente, que posiblemente sea lo buscado, es el mismo para empresarios y consumidores nuestro derecho de una ley en exclusiva que regule la figura del empresario, y por otra parte, que dicha expresión también aparece en el art. 86 ter.1 LOPJ y es claro que con ella se hace referencia a la Ley Concursal. / 5. El primer problema a la hora de interpretar el art. 85.6 LOPJ es el alcance del inciso final “en los términos previstos en su Ley reguladora”, que no aparece en el art. 45 LEC. Aunque la expresión es ambigua, no parece que “su” se refiera al empresario, sino al concurso, de manera que la mayoría de los comentaristas está conforme en que se alude a la Ley Concursal, apuntándose como argumento de refuerzo la inexistencia en nuestro derecho de una ley en exclusiva que regule la figura del empresario y, por otra parte, que dicha expresión también aparece en el artículo 86 ter.1 LOPJ y es claro que con ella se hace referencia a la Ley Concursal. / 6. No se agotan aquí los problemas, pues si acudimos a la Ley Concursal, la misma no contiene una definición general de empresa-

rio, que se limita en el art. 231.1 LC en su párrafo segundo a decir: “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”. Vemos, pues, que en principio, es un concepto de empresario de alcance limitado, previsto a los efectos de la aplicación del Título X que regula el acuerdo extrajudicial de pagos, y que cuya extensión— más allá del ámbito propio del empresario según el Derecho mercantil — se explicaba porque inicialmente con este precepto (introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre) se permitía ampliar el espectro de sujetos que podían acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, que en su primera versión en el caso de personas físicas se reducía al empresario, con el consiguiente trato distinto en materia de exoneración de pasivo insatisfecho (art. 178 LC), ahora ya superada, al universalizar el mecanismo del acuerdo extrajudicial de pagos y equiparar el tratamiento de la exoneración de pasivo a todos los deudores personas físicas. / 7. A la vista de ello, unos entienden que este precepto no sirve para definir el concepto de “empresario” a los efectos del art. 85.6 LOPJ, de manera que debe dotarse al mismo de un contenido autónomo, y en función de este, asignar el concurso al ámbito competencial del Juzgado mercantil o al del de Primera Instancia. Frente a esta tesis (que podemos calificar como no integradora) están los que opinan que el concepto de “empresario” a efectos competenciales se debe integrar con el art. 231 LC. / 8. Dentro de la tesis “no integradora”, el concepto de “empresario” manejado es variado, pudiendo distinguir dos grandes bloques. / De una parte, la postura más estricta mantiene que como tal debe considerarse solo al que lo sea según la legislación mercantil. Y si bien es cierto que el decimonónico art. 1 del CCo aún sigue hablando de comerciante, en otros preceptos (arts. 16 y ss., 25 y ss.) ya utiliza la expresión de empresario, que suele doctrinalmente definirse como la persona natural que ejercita en nombre propio y bajo su responsabilidad una actividad económica organizada de producción y distribución de bienes y servicios destinada a satisfacer necesidades en el mercado. En palabras de la STS de 16 de abril de 2012 “la condición de comerciante o empresario requiere ‘no solo 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’...”. El problema es que con ello quedan fuera sujetos que tradicionalmente el derecho mercantil les ha negado esa condición, como ocurre con los profesionales liberales, agricultores, ganaderos o artesanos. / Por otra parte, y para evitar esa exclusión, otros apuntan a un concepto si se quiere más transversal, como equivalente al de “emprendedor” de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o al de “operador económico” recogida en el anexo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Mientras la primera nos dice que son emprendedores “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 segunda indica que es operador económico “cualquier persona física o jurídica o entidad que realice una actividad económica en España”. En definitiva, se conceptuaría como empresario a aquel que en su propio nombre y responsabilidad desarrolla una actividad económica, sea empresarial o profesional, sin exclusión según su naturaleza, que en esencia es el acogido en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (art. 001-2), que reconoce esa condición de empresario a “[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”. / 9. Frente a ello, la tesis integradora según la cual el concepto de “empresario” nos lo proporciona el art. 231 LC, extiende aún más el concepto, ya que abarca: / 1.º) las personas naturales que tuvieran la condición de empresarios de acuerdo con la legislación mercantil, en los términos antes vistos; / 2.º) aquellos que ejerzan actividades profesionales, que ya a efectos tributarios la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (Ley 37/1992, de 28 de diciembre) los equipara en su art. 5, al reputar empresarios o profesionales “aquellas personas que realicen actividades empresariales o profesionales”, que según el segundo apartado son “las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”; / 3.º) los trabajadores autónomos, que según la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo se consideran “las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona,

una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta” / 4.º) los que tengan la consideración de empresarios a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, lo cual nos remite al art. 138.3 y 136 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) y al art. 10 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que señala que, a efectos del Reglamento, “se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social”. Entre ellos enumera expresamente al “titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos” respecto de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social. / Admitimos que es sorprendente que el titular de un hogar, por el hecho de tener una empleada de hogar de forma parcial, como empleador (que es lo relevante en el ámbito de la Seguridad Social) se equipare a una persona que desarrolla una actividad económica en nombre propio, cuando son realidades diversas. Pero ello no es sino fruto de esa imprevisión del legislador; al no valorar las consecuencias que una técnica legislativa de remisión acarrea. El que aquel pueda no ser empresario en sentido mercantil no es determinante cuando ha sido el legislador quien a esos efectos le asigna esa condición y le otorga igual trato. / 10. Al margen de apuntar otros problemas como la concurrencia en la misma persona de ambas condiciones (v. gr., funcionario que ejercita una actividad compatible profesional o empresarial), este Tribunal, no obstante los inconvenientes antes reseñados en el apartado 6, se decanta por la tesis integradora por las siguientes razones: / (i) admitido que el inciso final del art. 85.6 LOPJ es una remisión a la LC, la única manera de dotar de sentido la norma es acudir al art. 231 LC, que es la que contiene una definición de empresario en la LC, pues si bien literalmente no es deseable, no se aprecia que aporte considerar que el inciso sea una remisión genérica a la LC como normativa que regula el procedimiento concursal. Y habrá que entender que el obstáculo de la limitación con la que principia el art. 231 LC párrafo segundo no es sino una muestra más de la falta de rigor técnico del legislador; lo cual, por cierto, no es algo sorprendente en las últimas y continuas reformas concursales de los años 2014 y 2015 / (ii) si dentro del sistema la regla general es la atribución de los concursos al juez de lo mercantil y la excepcional la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en materia concursal, esta última debemos interpretarla restrictivamente (art. 4 CC), y así será cuando más extensivo sea el término de “empresario”, que permitirá asignar el procedimiento concursal al juzgado mercantil, que es su sede natural, reduciendo el impacto que la fragmentación competencial implica. / 11. En todo caso, sea una u otra la opción a elegir, lo que resulta claro es que, de *lege data*, el legislador ha optado por una delimitación competencial que atiende a un criterio subjetivo exclusivamente (la condición del deudor como persona natural no empresario) y no a la naturaleza de las deudas. / 12. Así, el juzgado mercantil será competente para conocer del concurso de un empresario persona natural (en los términos antes definidos) aunque sus deudas no tengan ninguna conexión con el ejercicio de la actividad empresarial (v. gr., derivan de la compra de una vivienda para uso familiar o residencial, o de una compensación ex art. 1.438 CC en caso de separación de bienes, etc.). Y ello porque los efectos que el concurso conlleva (limitación de facultades patrimoniales, con el consiguiente régimen de intervención o suspensión; afectación a contratos o a procesos pendientes; finalización de relaciones laborales en caso de tener trabajadores; liquidación del patrimonio, con la posible transmisión de la unidad productiva, etc.) son los mismos y afectan a todo el patrimonio, independientemente de que las deudas que genere la insolvencia no tengan origen empresarial. Dicho de otra manera, la mayor complejidad de las incidencias que puede tener un concurso de empresario (que parece que es lo que justifica —según el legislador— la competencia del juzgado mercantil) se dará igual, al margen del origen y naturaleza de la deuda, por lo que no parece que sea este el elemento determinante. / 13. Otra cosa es determinar en qué momento debe reunir el solicitante de concurso la condición de empresario y la trascendencia que implica para ello el origen y naturaleza de la deuda. A ello es a lo que parece referirse el auto, cuando dice que la condición de “no empresario” no puede dejarse al arbitrio de quien ha devengado una deuda con origen empresarial o profesional, de manera que no puede considerarse consumidor a quien cesa en la actividad, ignorando el origen de la deuda. / 14. La cuestión suscitada se reconoce que no es sencilla. Si bien en un principio dos son los momentos tempo-

B) *Auto núm. 135/2016, de la AP Madrid, Sección 28.^a (de los mercantil), de 16 de septiembre de 2016*¹⁸, en que sí se distingue el origen de las deudas y la condición o no de empresario.

rales a atender, el del nacimiento de la obligación y el de la solicitud de concurso, 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. Ello provocaría comprobar si la mayor parte del pasivo se generó a consecuencia del desarrollo de una actividad empresarial, o si su origen en ajeno a esa actividad. / 15. En esa tesitura, y 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, consideramos que lo procedente es atender al momento de la solicitud de concurso, ya que, por regla general, la LEC (que se aplica supletoriamente, DF 5.^a LC) atiende como momento relevante al de la interposición de la demandada (arts. 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 este presente van a ser menores (al ser menor la actividad patrimonial a intervenir o sustituir, escasos y menos complejos los contratos afectados o los procesos pendientes, sin relaciones laborales a las que poner fin, o sin previsión de transmisión de la unidad productiva, etc.). En definitiva, lo relevante es la condición subjetiva del deudor en el momento de la solicitud de concurso, aunque antes haya tenido otra cualidad. / 16. En todo caso si se aprecia que el cese en la condición de empresario responde a una decisión estratégica encaminada a evitar los juzgados de lo mercantil, ello no impedirá su corrección mediante la aplicación del art. 11.2 LOPJ, al entrañar fraude de ley, pero para ello es preciso acreditar fundadamente tal fraude. / 17. La traslación al caso presente de lo dicho supone la estimación del recurso. No se cuestiona que al tiempo de la solicitud de declaración de concurso el recurrente carece de la condición de empresario, aunque lo haya sido en su día, habiendo perdido esa condición al cesar en su actividad empresarial de peluquería, sin que haya sido suscitado que ese cese haya sido fraudulento, con la finalidad de alterar la competencia del órgano judicial que debe conocer de su proceso concursal. / *Tercero.*— *Costas.* / La estimación del recurso conlleva la no imposición de costas. / Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la SALA acuerda / *PARTE DISPOSITIVA* / Que estimamos el recurso de apelación formulado por Jesús XXX contra el auto de fecha 12 de mayo de 2016 dictado en el Concurso núm. 210/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de esta Capital, que se deja sin efecto, y en su lugar, debemos declarar que el citado Juzgado es competente para conocer de la solicitud de concurso presentada por Jesús XXX, al que se dará el curso legal, sin imposición de las costas de esta alzada. / Así por este nuestro auto, contra el que no cabe recurso ordinario alguno y del que se extenderán los oportunos testimonios, lo acordamos, mandamos y firmamos».

¹⁸ Transcrito en la parte que aquí interesa dice: «*Planteamiento del motivo.* Señala el recurso de apelación de XXX y MARÍA TERESA ZZZ que el Auto recurrido incurre en un error, al apreciar que XXX es empresario, cuando realmente ya no lo es de modo actual, sino que lo fue, y de hecho, la mayor parte de su vida laboral consta como trabajador por cuenta ajena, no como autónomo. Es por ello que su insolvencia debe ser tratada desde una perspectiva civil, con posibilidad de acceso al mecanismo de segunda oportunidad. / Además, añade el recurso, se solicitó conjuntamente la declaración de concurso de la exesposa de aquel, MARÍA TERESA ZZZ, quien en ningún caso reúne ni ha reunido la condición de empresaria. / (5) *Circunstancias de hecho relevantes.* De entrada debe señalarse que en el recurso de apelación se introducen ciertas matizaciones, algunas relevantes, sobre los hechos alegados en la solicitud de concurso, con el fin de reforzar la argumentación de tal recurso. Frente a ello, debe dejarse sentado que los datos fácticos que se deben tener fundamentalmente en cuenta son precisamente los contenidos en la solicitud inicial de concurso, ya que son ellos el fundamento de dicha petición, no los aportados posteriormente. / (6) Conforme a lo anterior, deben fijarse los siguientes hechos: / 1.º Para justificar el presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, el escrito de solicitud señala que “la situación de insolvencia actual es consecuencia de que el Sr. XXX Martínez trabajaba como autónomo en el transporte de mercancías, y fue objeto de engaño por parte de una tercera persona. Tuvo que pedir un leasing para adquirir un camión y pidió un crédito para comprar otro vehículo, pero fue desposeído de ambos por [...]. El esposo perdió el trabajo y las deudas permanecieron. La esposa no trabajaba, pero tuvo que firmar los préstamos al estar en régimen de gananciales, por lo que ha sido igualmente endeudada. [...] Para tratar de afrontar las deudas en que han incurrido, mis representados han intentado negociar con los bancos”. / 2.º La solicitud de concurso contiene una relación de acreedores, pero no especifica a qué relación jurídica obedece la