

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

5.1. LA COMPETENCIA OBJETIVA

Como se indicó anteriormente, la declaración de concurso sólo puede obtenerse ante Juzgado dotado de jurisdicción y de competencia objetiva y territorial para el conocimiento de las solicitudes de declaración concursal; y ello a través de los cauces procesales fijados en la Ley.

El Texto Refundido ha optado por dar a esta materia una sistemática radicalmente distinta a la anterior, pues anteponiendo la regulación relativa a la competencia objetiva y territorial [arts. 44 a 51], articula la normativa de la jurisdicción del juez del concurso en artículos posteriores [art. 52 a 56].

La Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (–cuya tramitación y aprobación corrió paralela a la Ley 22/2003, Concursal–) modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (–en adelante LOPJ–), a los fines de crear unos órganos especializados dentro del orden jurisdiccional civil, denominados Juzgados de lo Mercantil, atribuyendo a los mismos el conocimiento de todas las cuestiones relativas al concurso de acreedores.

Por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se ha modificado esta tradicional atribución, de tal modo que manteniendo la jurisdicción del juez del concurso respecto a personas jurídicas y físicas que ejerzan el comercio, sean profesionales o autónomos, se ha atribuido a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento y tramitación de los concursos de personas físicas no empresarios, esto es el deudor civil consumidor.

Finalmente, como ha indicado anteriormente, la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la L.O.P.J., ha modificado el art. 86.ter.1, cuya redacción vigente dice «...1. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de concurso de acreedores, cualquiera que sea la condición civil o mercantil del deudor...».

Resulta de ello si con anterioridad a esta reforma el concepto y calificación como empresario del deudor determinaba la competencia objetiva del tribunal, en la actualidad la totalidad de los procesos de insolvencia que afecten al deudor persona natural serán conocidos y tramitados por el juzgado mercantil.

Ahora bien, como la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, ha optado por configurar un procedimiento especial para el empresario o profesional persona natural, tal concepto y calificación mantendrá su relevancia y vigencia para la determinación de la clase de procedimiento aplicable al deudor persona natural; siendo el proceso concursal del Libro I en el caso del deudor civil, y el Libro III en el caso del pequeño empresario o autónomo.

A la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo que nos indique qué entender por empresario y si para su determinación debe acudirse a criterios objetivos [–origen del pasivo o la mayor parte del mismo–] o a criterios subjetivos [–ejercicio del comercio y actividad económica–] y si debe estarse en tales criterios al tiempo del nacimiento del crédito o al tiempo de la solicitud, la jurisprudencia de las Audiencias está manteniendo posturas contradictorias.

Una primera postura viene representada por el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 28.6.2016 y los Autos de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, de 11.11.2016 [ROJ: AAP A 153/2016] y de 11.12.2017 [ROJ: AAP A 415/2017], según las cuales el concepto de empresario a los efectos del AEP y del consecutivo debe buscarse en el art. 231, por lo que tratándose de un criterio subjetivo será necesario que el deudor tenga tal cualidad aunque el origen de gran parte de sus deudas no tenga conexión con el ejercicio de la actividad empresarial; además dicha condición subjetiva de empresario debe concurrir al tiempo de la declaración concursal, por lo que si existía al tiempo del nacimiento del crédito pero no al tiempo de la solicitud, la competencia será de los Juzgados de Primera Instancia; y si el cese en la actividad tuviera por finalidad modificar la competencia objetiva, ello será sancionable y revisable por el cauce del fraude procesal del art. 11.2LOPJ. Es decir, si un empresario se da de baja con la sola intención de evitar la intervención de los juzgados mercantiles, los tribunales civiles deben reaccionar apreciando abuso de derecho y remitir las actuaciones al juzgado mercantil.

La segunda de las posturas viene representada por los Autos de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª de 1.12.2016 y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 16.9.2016. Esta última analiza el

caso de solicitud concursal de deudor persona física cuyas deudas mayoritarias tenían su origen en el ejercicio de la actividad de autónomo del transporte en la que había cesado, a las que se adicionaban deudas privadas para la adquisición de la vivienda, solicitando también el concurso la esposa en cuanto avalista de las deudas empresariales de su marido.

Afirma la Audiencia de Madrid que el origen empresarial o profesional de las deudas, cuando se ha cesado en la actividad, presenta relevancia para la tramitación del posterior concurso, en materias tan sensibles y relevantes como en sede de calificación concursal, reintegración concursal, acuerdos de refinanciación y reconocimiento y calificación de créditos de origen empresarial o comercial, por lo que en la interpretación del término «empresario» debe estarse a un criterio amplio que abarque aquellos supuestos en que no teniendo el solicitante la cualidad formal de empresario la mayor parte del pasivo al tiempo de la solicitud tiene origen empresarial, económico o comercial. Dicho de otro modo, no sólo es empresario quien actúa de presente como tal en el mercado de bienes y servicios, sino quien habiendo cesado tiene un pasivo formado mayoritariamente por créditos nacidos de dicha actividad.

Por su parte el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 22.1.2021 [y las que en este se citan-] optan por un criterio intermedio o integrador, afirmando que debe estarse en todo caso a un criterio subjetivo exigiendo que el deudor persona natural tenga la cualidad de empresario al tiempo de la solicitud; pero matiza la misma en el sentido de que en situaciones limítrofes en el tiempo por estar muy unidas la generación del crédito empresarial y la condición de empresario [-RETA, cotización S.S., etc.-], puede acudir al origen de las deudas.

En el ámbito de la jurisdicción del juez del concurso el art. 55 TRLCo fija la extensión objetiva del conocimiento del juez del concurso a materias ajenas al mismo, propias de otros ordenes, pero relacionadas o necesarias para su tramitación, señalando que «...La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos anteriores, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal...». Y ello sin efecto de cosa juzgada ni eficacia fuera del propio proceso concursal.

5.2. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Si lo dicho respecto a la competencia objetiva basta a los fines que nos ocupan (—cuál es el examen de los presupuestos del concurso—), mayores explicaciones exige el examen de la competencia territorial, cuya ausencia debe ser apreciada de oficio por el Juez y puede determinar la inadmisión de la solicitud, sin perjuicio de su invocación a través de la oportuna declinatoria de conformidad con el art. 12 LC y actual art. 51 TRLCo; precepto que a falta de una regulación procesal más amplia obliga a remitir la cuestión a las normas procesales generales contenidas en los arts. 63 y ss. de la LEC.

↔ [Véase (21/20)]
1/315

El art. 45.1 TRLCo fija las reglas para la determinación de la competencia territorial, siendo la primera y básica la de atribuir el conocimiento de los presupuestos del concurso y su declaración al juez mercantil donde radique el centro de los principales intereses del deudor, a lo que añade el apartado 2.º de dicho precepto una presunción que admite prueba en contrario de que dicho centro coincide con el domicilio del deudor en el supuesto de deudor persona jurídica.

La Ley Concursal define en dicho precepto qué debe entenderse por centro de los principales intereses, habiendo puntualizado los Autos del Tribunal Supremo de 14.4.2009 y 14.7.2009, que tal centro debe identificarse con el «centro principal de administración de sus intereses», y el Auto del Tribunal Supremo de 20.2.2009 precisa que por tal ha de entenderse el «... lugar donde las empresas aparecen en el mercado adoptando sus decisiones y centralizando la gestión de sus negocios...»; apreciando los Tribunales que «... el centro de sus intereses principales se halla en Zaragoza ya que es en esta localidad donde se encontraban los locales abiertos al público, aquí prestaban su trabajo los empleados de la sociedad, además de que el mayor número de acreedores se encuentran en la misma, mientras que en Logroño solo se encuentra el

domicilio del administrador único y se han celebrado juntas de accionistas...» (Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos, de 21.5.2013).

La determinación de tal centro necesita la fijación de elementos objetivos que sustenten una conexión administrativa del deudor con un determinado territorio, y no la simple conexión patrimonial. Si lo que se busca, como afirma el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1.12.2009 es la «proximidad» entre el deudor y un territorio, ésta ha de referirse al lugar donde se viene desarrollando principalmente la gestión y el control de ese conjunto patrimonial (activo y pasivo), y no al lugar donde se encuentran los bienes materiales de mayor importancia dentro de su activo.

A título meramente enunciativo y sin ánimo de exhaustividad, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ha venido estableciendo recientemente:

(i) que la inclusión en la denominación social de una referencia geográfica distinta al domicilio social no basta para desvirtuar la presunción del art. 10.1.IILC (Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos, de 21.1.2014);

(ii) que la realización de una concreta actividad empresarial en un lugar distinto del domicilio social no supone que se traslade a dicho lugar el centro de intereses principales, salvo que gestione en dicho lugar de manera estable y reconocible por terceros los intereses empresariales y se centralice allí la gestión de la actividad productiva, por lo que debe diferenciarse conceptualmente entre el elemento productivo de la empresa y la actividad administrativa de los intereses (Auto del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos, de 22.4.2014);

(iii) que el mero proyecto de promocionar un bien propiedad de la deudora en lugar distinto del domicilio social no desvirtúa la presunción de que el centro de intereses principales coincide con el del domicilio social (Auto de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29.4.2014);

y (iv) que la presencia de un importante patrimonio inmobiliario de la deudora persona jurídica y destinado a la promoción en lugar distinto del domicilio social, no desvirtúa por sí solo la presunción legal citada.

Igualmente se ha admitido la declaración conjunta y afirmado la competencia territorial del juez del concurso para la declaración de sociedad española y de su filial con domicilio en país de la Unión Europea, al no tener la filial ni trabajadores, ni establecimiento propio ni órgano de administración distinto y desplazado en territorio extranjero (caso FAGOR) (Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 19.11.2013).

Tanto al deudor como al acreedor y demás legitimados les basta invocar aquella presunción para determinar con facilidad y seguridad jurídica la competencia territorial que conocerá de la solicitud concursal, de tal modo que la competencia a favor de juez de distinto territorio requerirá, como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 4.3.2008, tras la cita de la Sentencia del Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2.5.2006 (asunto «Eurofood») en interpretación del Reglamento 1346/2000, del Consejo, relativo a los procedimientos de insolvencia, que «... la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social...».

Tampoco altera el fuero territorial del domicilio social la circunstancia de que una sociedad que ejerce su actividad en el lugar donde radica su domicilio sea controlada o dirigida por una sociedad matriz con otro domicilio, señalando en tal sentido el Auto de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4.5.2015 [ROJ: ATS 1850/2015], con cita de la sentencia «Eurofoods» que «...cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio de su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz no basta para desvirtuar la presunción de que el lugar del domicilio social constituye el centro de sus intereses principales...».

Tras la presunción legal relativa al domicilio, y con la intención de evitar la elección de fuero por el deudor, el legislador excluye la aplicación de la misma a los cambios de domicilio realizados en los seis meses anteriores a la solicitud concursal.

↔ [Véase [\(21/25\)](#)[\(21/50\)](#)[\(21/60\)](#)[\(26/60\)](#)[\(26/80\)](#)[\(26/85\)](#)[\(26/90\)](#)]

Caso Práctico

Título: Análisis del estado de insolvencia en grupos. Acumulación y competencia del juez

Planteamiento:

Sobre el mismo enunciado. En caso de que se hubieran declarado de forma separa el concurso de los 4, se podría pedir la acumulación.

¿Qué juzgado sería el competente para tramitar los concursos? ¿Y si Montaditos SA no estuviera en concurso?

Respuesta:

Conforme al art. 25 bis de la ley no cabría la acumulación de los cuatro concursos, ya que el de la persona física no estaría comprendido en ninguno de los supuestos contemplados en dicho precepto. Ya hemos visto que no cabe incluir a las personas físicas dentro del concepto de grupo de sociedades. En principio la acumulación corresponde al juzgado que esté conociendo el concurso de Montaditos, al ser la sociedad dominante, pero si ésta no estuviere en concurso ya no sería competente el de mayor pasivo como podría deducirse del art. 25.3 bis de la ley, sino que estaríamos ante la regla especial de acumulación de sociedades que forman parte del mismo grupo en el que la dominante no está en concurso, por lo que el competente sería el del juzgado que hubiere conocido antes el concurso de cualquiera de ellas.

Caso Práctico

Título: Grupos de sociedades. La acumulación sobrevenida de concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo

Planteamiento:

La sociedad «AAA» fue declarada en concurso de acreedores el 20 de abril de 2011 por el juzgado de lo mercantil n.º 1 de Madrid. Cuatro meses después, la sociedad «BBB» (que ostenta el 80% del capital de «AAA») es declarada en concurso ante el juzgado de lo mercantil n.º 1 de Toledo. Cuestiones:

1. ¿Se dan los presupuestos para la acumulación sobrevenida de concursos ex art. 41 TRLC? ¿Qué concurso se acumulará a cuál? ¿Cuál es la administración concursal legitimada para solicitarla?

2. ¿Existen otros legitimados para solicitar la acumulación?

3. Si se acumulan los concursos, y se opta por consolidar las masas de ambas, ¿podrían buscar salidas diferentes del concurso para cada una de las empresas?

Respuesta:

1. El art 41 TRLC habilita la posibilidad de acumular los concursos de las sociedades de grupo. En el caso práctico planteado, al ser «BBB» sociedad dominante de «AAA» –al controlar la mayoría de los derechos de voto, de conformidad con artículo 42.1.a) del Código de Comercio–, no hay duda de que se dan los requisitos legalmente establecidos para afirmar la procedencia de la acumulación

Según el apartado tercero del mencionado precepto legal, aunque un juzgado distinto haya declarado con posterioridad el concurso de la sociedad dominante, la acumulación deberá realizarse a dicho concurso, esto es en el caso práctico, el concurso originario se acumularía al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Toledo.

A partir de los apartados primero y segundo del art. 41 TRLC en análisis, la acumulación puede ser solicitada por cualquiera de las dos administraciones concursales, mediante escrito razonado, en el que se señalarán los procesos cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, ante qué juzgados penden los procesos y se expondrán las razones que justifican tal acumulación, encajándolas dentro de alguno de los supuestos al que hace referencia el precepto

2. Establece el art. 41.2 TRLC que «Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos conexos ya declarados. En defecto de esta solicitud, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado».

3. En el supuesto de que se acaben consolidando a las masas, la solución para los concursos acumulados deberá ser la misma, en atención a la resultante unicidad de aquellas. Así, recuérdese que los presupuestos de tal posibilidad excepcional (existir confusión de patrimonios y que no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados), configuran un recurso novedoso en interés del concurso consistente en ahorrar tiempo o dinero para el mismo, con una correlativa mejora de la situación de la comunidad de acreedores. En consecuencia, si en orden a dichos motivos, se acaba configurando una única masa activa de la que obtener rendimiento para atender el pago a los acreedores (regidos todos ellos bajo el principio de la igualdad de trato para los de cada clase); no es posible que las masas unificadas, se escindan, al entrar en liquidación una de las entidades, o presentar una propuesta de convenio para la otra. Con lo cual, una consolidación de masas conllevaría un único concurso con una solución única, liquidación o convenio, según proceda, así como una misma pieza de calificación, de concurrir los presupuestos de apertura del art. 465 TRLC.

Caso Práctico

Título: Acumulación de concursos ya declarados en los casos de deudor persona jurídica

Planteamiento:

D. Ricardo G. es socio de una sociedad colectiva, que ha sido declarado en concurso de acreedores, al igual que la entidad en la cual se encuentra integrado.

Cuestiona si podrá solicitarse la acumulación de ambos concursos, es decir, el suyo personal y el de la sociedad.

Respuesta:

La sociedad colectiva es una sociedad mercantil de tipo personalista dotada de personalidad jurídica, por lo

que de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.1 y 2 TRLC se permite la acumulación posterior de los concursos ya declarados de los miembros, socios o integrantes personalmente responsables de las deudas sociales, al de aquélla. Los socios colectivos son responsables personalmente de las deudas sociales (art. 127 C. de c.), al igual que los socios colectivos en las sociedades comanditarias simples o por acciones (arts. 148 y 151 C. de c., si bien, tras la reforma operada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, BOE de 3/07/2010, en vigor desde el día 1 de septiembre de 2010, según su Disposición Final Tercera, el art. 151 del Código de Comercio ha sido derogado, por lo que su remisión debe hacerse al actual art. 252 de la citada Ley de Sociedades de Capital, referente a la administración de la sociedad comanditaria por acciones), o miembros de una agrupación de interés económico (art. 5 Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico), entre otros supuestos.

Como se ha indicado antes, la solicitud de acumulación puede ser realizada por los dos administradores concursales, por la propia sociedad colectiva o por D. Ricardo G., y, en defecto de todos ellos, por cualquiera de los acreedores.