



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1  
CIUDAD REAL**

SENTENCIA: 00206/2017

N10250C/ CABALLEROS, 11 PRIMERA PLANTA

Tfno.: 926 29 55 00 Fax: 926 25 32 60

MJG

**N.I.G.** 13071 41 1 2010 0003424

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000120 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PUERTOLLANO

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000206 /2010

Recurrente: AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO

Procurador: MATILDE MARIA MUÑIZ FERNANDEZ

Abogado: MARIA DEL CARMEN SANTOS ALTOZANO

Recurrido: NORTEN PREFABRICADOS DE HORMIGON SL

Procurador: RAFAEL ALBA LOPEZ

Abogado: ADAN PEREZ AMALLOBIETA

**NOTIFICADO.28.06.17**

**SENTENCIA Nº 206**

Iltmos. Sres.

Presidenta:



D<sup>a</sup> MARIA JESUS ALARCON BARCOS

Magistrados:

D. LUIS CASERO LINARES

D<sup>a</sup> MARIA PILAR ASTRAY CHACON

CIUDAD REAL, a veintiséis de junio de dos mil diecisiete.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de CIUDAD REAL, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000206 /2010, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de PUERTOLLANO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000120 /2017, en los que aparece como parte apelante, AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MATILDE MARIA MUÑIZ FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. MARIA DEL CARMEN SANTOS ALTOZANO, y como parte apelada, NORTEN PREFABRICADOS DE HORMIGON SL, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RAFAEL ALBA LOPEZ, asistido por el Abogado D. ADAN PEREZ AMALLOBIETA, sobre procedimiento ordinario, como Magistrado Ponente el Ilmo. D. LUIS CASERO LINARES.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Sr. Juez del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Puertollano se dictó sentencia en los referidos autos, de fecha 28 de enero de 2016 cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO:** *"Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por NORTEN PREFABRICADOS DE HORMIGON, S.L., frente al AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO condenando a este último a abonar a la parte actora la cantidad de 721.539,79 euros, más el interés legal de dicha cantidad desde el momento de la reclamación extrajudicial el día 28 de septiembre de 2009.*

*Se imponen las costas procesales a la parte demandada."*

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes, se interpuesto contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma por la parte demandada, admitiéndose el recurso y dándole el trámite correspondiente, las partes hicieron las alegaciones que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivos intereses, elevándose los autos a la Audiencia y correspondiendo a esta Sección por turno de reparto, se formó el correspondiente rollo y se turnó Ponencia, señalándose día para la votación y fallo del recurso.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta apelación se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS:**

**PRIMERO:** Por la parte demandada se presenta recurso de apelación frente a la sentencia que estimando las pretensiones de la demandante le condena a abonar a ésta 721.539,79 €, más los intereses legales y costas, ello en el ejercicio de una acción directa del art. 1597 del Código Civil.

El recurrente alega, en primer lugar una cuestión previa solicitando el archivo de las actuaciones por aplicación de los arts. 50.3 y 51 bis 2 de la Ley Concursal y, en segundo lugar, y entrando en la cuestión de fondo, lo que mantiene es que no se dan los requisitos para que pueda estimarse la acción directa. Concluye igualmente se escrito solicitando se deje sin efecto la deducción de testimonio acordada por el Juez de Primera Instancia.

Por la parte demandante se solicita la desestimación del recurso.

**SEGUNDO:** Para abordar las cuestiones planteadas por el recurrente, debe decirse que lo ejercitado es una acción directa en base al art. 1597 del Código Civil, por la que la demandante, como constructor de parte de las obras de un campo de futbol se dirige contra el Ayuntamiento de Puertollano como propietario promotor de las obras, al no haberle abonado las obras el contratista, o más bien subcontratista Teconsa.

La secuencia de hechos es que el Ayuntamiento concertó con la empresa Proinsa la construcción de un campo de futbol a cambio de la cesión de unos inmuebles. Teconsa,

que parece pertenecer al mismo grupo empresarial asumió las obras y contrató la estructura de hormigón con la ahora demandante, realizando ésta las obras que solo le fueron pagadas parcialmente, generándose una deuda de algo más de 700.000 €.

La demandante reclamó previamente al Ayuntamiento el pago de la cantidad debida por Teconsa sin recibir una respuesta satisfactoria, por lo que presentó demanda el 12 de marzo de 2010. Con anterioridad, en septiembre de 2009 en el caso de Teconsa y en febrero de 2010 en el caso de Proinsa, ambas sociedades fueron declaradas en concurso.

Es en base a estos hechos que el recurrente plantea como cuestión previa el archivo de las actuaciones, por incorrecta admisión o consecución del procedimiento, ello en base a lo dispuesto en los arts. 50.3 y 51 bis 2 de la Ley Concursal, que vienen a establecer que:

*3. Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo. [tal inciso señala que: De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado].*

...

*2. Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil.*

Por su parte la demandante señala que esa legislación no es aplicable, por tratarse de preceptos reformados por la Ley 38/11, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, es decir después de declarados los concursos y presentada la demanda, y ello en base a la DT 1ª de esa Ley, al establecer que: *1. La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor.*, sin que las excepciones a esta norma general que se contienen en el resto de Disposiciones afecten a los artículos 50 o 51 bis.

La cuestión así planteada, es decir desde un punto de vista meramente formal de entrada en vigor de las normas, debe ser desestimada, pues la DT 1ª de la ley 38/11 es clara al señalar que los preceptos de la misma solo se aplicaran a los concursos que se

presenten y declaren tras su entrada en vigor, que como se ve es muy posterior a los concursos de Teconsa y Proinsa, e incluso a la presentación de la demanda.

Ambas partes tratan de apoyarse en sentencias del Tribunal Supremo para defender sus respectivas tesis, pero no existe la divergencia en esa jurisprudencia que se quiere hacer valer, pues indudablemente no señalan ningún carácter retroactivo a los arts. 50.3 y 51 bis 2 que permita aplicarlos sin más a concursos anteriores. Así la sentencia de 21 de mayo de 2013 en uno de sus párrafos señala que:

*Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal*

Y la sentencia de 25 de febrero de 2014, señala que:

*Conviene aclarar que las normas aplicables para la resolución de esta cuestión son las anteriores a la reforma de la Ley Concursal introducida por la ley 38/2011, en atención a las reglas sobre la entrada en vigor de esta Ley y sus disposiciones transitorias que, con carácter general, preveían su aplicación a los concursos que se declararan tras su entrada en vigor, salvo las excepciones previstas, que no afectan a los reformados arts. 50 y 51 bis LC.*

En definitiva, lo dicho en relación a ese aspecto formal que plantea el recurrente y que no puede ser estimado.

**TERCERO:** Sin embargo la jurisprudencia lo que viene a establecer es la inviabilidad de la acción entablada cuando estamos ante una situación concursal, que sería lo que, en definitiva, viene a sostener el recurrente.

La Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 8ª, en su sentencia nº 415/10, de 11 de octubre, con remisión a la Audiencia de Barcelona señaló:

*No obstante lo anterior, ni la demanda ni el recurso de apelación, pueden ser estimados. Como dice la sentencia de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006, "No existe ninguna norma que permita actualmente, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tiene contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existe norma que permita excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratante concursado tiene contra el contratista principal. El artículo 1597, esto es, una acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder*

*entonces ante la especialidad de la situación concursal". Si la declaración concursal fija el momento en que los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso (paralización de intereses y de garantías, suspensión de ejecuciones, interrupción de la prescripción, etc.) y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la LC, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso, el 28 de marzo de 2008, y además consta que al realizarse la lista de acreedores y el inventario (esto es, la delimitación de las masas pasiva y activa del concurso) previstos en el art. 75 y concordantes de la Ley Concursal, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél (folio 517 de las actuaciones), sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores.*

Esta sentencia fue recurrida en casación, dictándose por el Tribunal Supremo la sentencia nº 322/13, de 21 de mayo, que dice:

*1. Uno de los principios universales que inspira todo sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes, dentro del marco de la norma concursal. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza, los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico, obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. Las secciones y capítulos que integran el Título II de la Ley Concursal (De los efectos de la declaración del concurso) son reveladores, por descriptivos, de los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la " par conditio creditorum ", cuya regulación en nuestra Ley Concursal 22/2003, como en la de cualquier otra normativa de este carácter, es demostrativa de que sus excepciones, positivas (art. 90 y 91) y negativas (art. 92), traicionan la formulación del propio principio.*

*2. Por los principios de universalidad de la masa pasiva y activa, (integración de la masa pasiva del artículo 49 LC y el de universalidad del artículo 76 LC), tanto el acreedor, en el presente caso la recurrente, como su crédito (que pretendía hacerlo efectivo mediante el ejercicio del art. 1597 Cc), quedan afectados por la declaración de concurso de PROSEPRO, S.L.*

*Por el primero - art. 49 LC -, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán de derecho integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Son acreedores concursales, todos sin distinción alguna, salvo las excepciones que establecen las leyes y, una vez sean reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente*

*clasificados como privilegiados, (con privilegio especial o con privilegio general), ordinarios y subordinados (arts. 90, 91 y 92 LC).*

*Hasta aquí el recurrente podría alegar y de hecho lo alega, que su acción es solidaria, dirigida contra la Fundación y, por consiguiente, ajena al concurso de su codeudor solidario, el contratista concursado, según razona en los apartados 2º y 3º del motivo de casación.*

*Pero pronto habrá que, por el principio de universalidad de la masa activa que consagra el art. 76 LC, deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.*

*3. Es consecuencia de la responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 Cc), la afectación automática, ex lege, a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. En su vertiente pasiva, el acreedor queda sometido a la ley del dividendo, y al régimen de comunidad de pérdidas. En otro caso, sería tanto como reconocer que una determinada categoría de acreedores privilegiados (los que pusieron trabajo y materiales en una obra), que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC, eluden la previsión contenida en el artículo 89.2 LC, según la cual "no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley". Durante la tramitación parlamentaria, contra el precepto, que se correspondía con el artículo 88 del PLC, se formuló una sola enmienda al apartado 2, último inciso, en el sentido de suprimir la expresión "... que no esté reconocido en esta Ley ", que naturalmente no prosperó (Enmienda nº 27 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). Se corría el peligro, de aceptarse la enmienda, de volver al laberinto normativo de la legislación anterior derogada con la Ley Concursal. Dicho precepto supone una cláusula de cierre del sistema de preferencias y privilegios, que están sujetos al principio de tipicidad. Sólo ella, la Ley Concursal, sanciona enérgicamente, con carácter de numerus clausus, los privilegios y preferencias, como excepciones a la igualdad de acreedores sometidos a la ley del dividendo.*

*4. Así debe entenderse la reciente incorporación del art. 51 bis.2 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que establece que: " Declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales*

*en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil".*

*Es decir, el precepto no hace más que sancionar una regla que debería haber impedido y, ahora expresamente impide, el reconocimiento de un privilegio en sede concursal, confirmando el principio de especialidad concursal.*

*Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo, antes de la declaración concursal del contratista. El privilegio subsiste extraconcursalmente. Pero para ello es necesario que el crédito del subcontratista reúna los requisitos que hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior. Por el contrario, de no reunir el crédito aquellos requisitos, así las notas de vencimiento y exigibilidad, podría ser incluso objeto de rescisión concursal (artículo 71 LC), una vez declarado el concurso del contratista.*

*Bien es cierto, que la propia Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Pero tales excepciones, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (artículos 55 y 90 y siguientes de la LC) son expresamente contemplados, y, por consiguiente, reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la vis atractiva del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III, Capítulo I, Capítulo II, Sección 1ª, 2ª y 3ª y Capítulo III de la Ley Concursal.*

*Esta jurisprudencia se mantiene y así la sentencia de Tribunal Supremo nº 691/15, de 26 de marzo, establece que:*

*3. Doctrina jurisprudencial aplicable al caso: Alcance de la figura y subordinación a la dinámica concursal.*

*En este sentido, y con carácter general, debe señalarse que la protección que brinda el artículo 1597, como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (artículo 1257 del Código Civil) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna.*

*De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad*

que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.

*En relación con la doctrina jurisprudencial aplicable debe puntualizarse que al presente caso no le resulta de aplicación el nuevo artículo 51.bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51.bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012).*

*Sentado esto, y conforme a lo anteriormente señalado, debe precisarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, (SSTS de 21 de mayo de 2013, núm. 332/2013 y 11 de diciembre de 2013, núm. 756/2013), subordina la aplicación de esta figura a la dinámica concursal de la empresa contratista. De forma que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista bien cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o bien cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. Supuestos que no se dan en el presente caso, en donde la reclamación extrajudicial de la acción directa no ha resultado consumada y efectiva antes de la declaración del concurso de la empresa contratista, y su reclamación judicial es posterior a la declaración del concurso.*

Lo que se deriva de estas citas jurisprudenciales, extensas pero necesarias, es la inviabilidad de la acción ejercitada ante la existencia de un concurso. El art. 1597 configura un derecho para el cobro de la deuda del contratista frente al dueño de la obra que debe ceder a la regulación general de los concursos, cuando como en el presente caso no se ha consumado antes de declararse éste, pues lo único que se ejercitó antes de las declaraciones de concurso es una reclamación previa que obviamente no implica el ejercicio de la acción, y que no tuvo éxito.

Ejercitada la acción, lo procedente, a fin de no perjudicar los derechos en juego, y tomando como referencia el supuesto similar establecido en el art. 50.1 de la Ley Concursal, es decretar el archivo de las actuaciones, tal como por otra parte solicita el recurrente, sin que quepa entrar en otros pronunciamientos de fondo que se razonan en el recurso.

Este pronunciamiento implica la imposición de las costas de primera instancia a la parte demandante.



**CUARTO:** Por el recurrente igualmente se solicita que se deje sin efecto la decisión del Juez de Primera Instancia de deducir testimonio por si los actos realizados por el Ayuntamiento en relación a la construcción del campo de futbol pudieran ser constitutivos de delito, ello al defender la legalidad de la actuación municipal.

Debe señalarse que tal pronunciamiento no forma parte de la respuesta que el Juez debe dar a las pretensiones de las partes, y que constituye la necesaria congruencia judicial que todo proceso exige. Por ello no puede constituir objeto de este recurso.

La deducción de testimonio no constituye sino una modalidad de denuncia de aquél que entiende que determinados hechos pueden constituir un ilícito penal, por lo que no corresponde a este Tribunal decidir sobre tal cuestión, sino que la competencia le corresponde a la jurisdicción penal y dentro del proceso que pueda iniciarse.

Es por tanto que tal pretensión debe desestimarse

**QUINTO:** Dada la estimación parcial del recurso no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada, tal como establece el art. 398 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO:**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Matilde Muñoz Fernández, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Puertollano, contra la sentencia nº 19/16, de 28 de enero, dictada en el Juzgado nº 1 de Puertollano, procedimiento ordinario nº 206/10, debemos revocar íntegramente dicha resolución, acordando el archivo de las actuaciones, condenando a la demandante al pago de las costas causadas en primera instancia y sin hacer especial pronunciamiento sobre las de esta alzada.

Y la pérdida del depósito constituido.



Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer ante este Tribunal Recurso de Casación del artículo 477.2.3º de la LEC y o extraordinario de infracción procesal, dentro del plazo de VEINTE días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. Previa o simultáneamente a la presentación del recurso, deberá constituirse depósito por importe de 50 euros (CINCUENTA EUROS), cantidad que deberá ser ingresada en la Cuenta de Consignaciones de este órgano judicial 1376-0000-06 (casación) y 04 (infracción procesal)-00XX(número de rollo)-XX(año).

Igualmente a la interposición del recurso deberá el recurrente presentar justificante de pago de la TASA correspondiente, con arreglo al modelo oficial y debidamente validado, conforme determina el artículo 8.2. de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, que regula determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia.

Y una vez firme, devuélvanse los autos originales con testimonio de ella al Juzgado de procedencia a sus efectos.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACION.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.