



LOPD

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 7
GIJON**

SENTENCIA: 00461/2013

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2011 0008002

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2013

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de GIJON

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001023 /2011

Apelante: ELECTRICIDAD LLANO S.L.

Procurador: LOPD

Abogado: LOPD

Apelado: AYUNTAMIENTO DE GIJON, ESYCO CONSTRUCCIONES, S.A.

Procurador: LOPD, LOPD

Abogado: LOPD, LOPD

SENTENCIA núm. 464/2013

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADO: D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

MAGISTRADA: DÑA. MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA

En Gijón, a veinticinco de noviembre de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1023/2011, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Gijon, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 128/2013, en los que aparece como parte apelante, ELECTRICIDAD LLANO S.L., representado por el Procurador de los Tribunales D. LOPD LOPD, asistido por el Letrado D. LOPD, González, y como parte apelada ILTMO. AYUNTAMIENTO DE GIJON, representado por el Procurador de los Tribunales D. LOPD LOPD, asistido por el letrado D. LOPD LOPD y ESYCO CONSTRUCCIONES S.A., representado por el



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Procurador de los Tribunales D. LOPD
asistido por el Letrado D. LOPD

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 29 de enero de 2013, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo íntegramente la demanda deducida a instancias de ELECTRICIDAD LLANO, S.L. contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, y con la intervención de ESYCO CONSTRUCCIONES, S.A., y, en consecuencia, absuelvo a la primera de las pretensiones que se contienen en aquella. Cada cual soportará las costas causadas a su instancia.

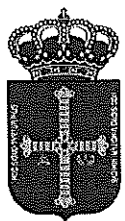
SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de ELECTRICIDAD LLANO, S.L. se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 23 de octubre de 2013.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado **D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación la demandante, "Electricidad Llano S.L.", la Sentencia que, en primera instancia, desestima íntegramente la demanda que interpuso contra el Ayuntamiento de Gijón, con la intervención voluntaria en el pleito de "ESYCO Construcciones S.A.", en



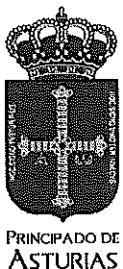
PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ejercicio de la acción directa que contempla el artículo 1.597 del CC, por la que interesaba que se condenase al Ayuntamiento de Gijón a que le pague 116.247,17 €, más los intereses desde la interpelación judicial.

La reclamación de la actora se sustentaba sobre la base de dos facturas, una de ellas la nº FE10-00473, de fecha 30/11/2010, por importe de 90.250,71 €, IVA incluido, que dio lugar a la emisión de un pagaré, con vencimiento de 25/04/2011, que fue devuelto, y la otra la nº FE11-00183, de fecha 20/04/2011, por importe de 25.996,46 €, IVA incluido, por la que no se emitió pagaré, pero que se reclamaba de igual modo, al haber incumplido "ESYCO" su obligación de pagar a su debido tiempo los trabajos realizados; facturas ambas emitidas con ocasión de los trabajos de suministro e instalación eléctrica, protección contra incendios, seguridad, iluminación, megafonía, pararrayos y telecomunicaciones, ejecutados por la demandante en la obra de construcción de una piscina cubierta en Vega, La Camocha, Concejo de Gijón, de los que era promotor el Ayuntamiento de Gijón, que contrató dichos trabajos con "ESYCO", como contratista principal, tras habersele adjudicado en el procedimiento tramitado al efecto, empresa que, a su vez, subcontrató con la demandante los trabajos referidos.

La Sentencia apelada desestima la demanda porque, tras rechazar que a la actora le sea impedido el ejercicio de la acción directa frente al Ayuntamiento, dada la condición de éste de persona jurídica pública (motivo alegado tanto por la demandada como por la interviniente, aunque con diferentes argumentos), y tras rechazar también que la situación de concurso de la contratista principal, "ESYCO", declarada antes de la presentación de la demanda, impida a la actora el ejercicio de dicha acción (motivo alegado por la interviniente), concluye que, de los diferentes requisitos que se exigen jurisprudencialmente para el éxito de la acción directa del artículo 1.597 del CC, la demandante cumple el requisito objetivo consistente en que se trata de una obra





ajustada a tanto alzado y el consistente en haber constituido en mora al contratista principal pero, sin embargo, respecto de la segunda factura, fechada el 20/04/2011, por importe de 25.996,46 €, no se cumplía el requisito consistente en que el crédito del subcontratista esté vencido en la fecha en que se ejercite la acción pues, habiéndose pactado que el abono debía realizarse al cabo de 120 días, ese término se cumplía el 25/08/2011, y la reclamación al Ayuntamiento se produjo el 5/5/2011, es decir, cuando el crédito aún no se encontraba vencido, y además, con ninguna de las dos facturas se cumplía el requisito por el que se exige que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento en que se ejercita la acción directa, pues aunque el Ayuntamiento atendió, después de recibida la reclamación de la subcontratista el 5 de mayo de 2011, cuatro órdenes de embargo expedidas por otros tantos Juzgados, sobre los derechos de crédito que ostentaba la contratista, con cargo al importe de las certificaciones de obra pendientes de reconocer, siendo transferido el remanente, de 19.452,80 €, a la cuenta señalada por el administrador del concurso de la contratista el 14 de julio de 2011, una vez que le fue comunicado dicho concurso, lo cierto es que dichos pagos no se hicieron con mala fe, al haberse realizado los pagos para atender cuatro órdenes judiciales de embargo, una de ellas anterior a la reclamación de la subcontratista, a la que el Ayuntamiento había negado la posibilidad de ejercitar la acción directa con unos argumentos que no podían tildarse de artificiosos o carentes de fundamento, y el abono del remanente al concurso se hizo tras habersele comunicado al Ayuntamiento la situación concursal en que se encontraba la contratista, poniéndolo a disposición de la masa -no del contratista-, por lo que concluye la Sentencia que dichos pagos tuvieron efecto liberatorio para el Ayuntamiento.

La demandante se alza en apelación, alegando que la acción cumple todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que tenga éxito, recurso al que se oponen tanto el Ayuntamiento demandado como la contratista interviniente, por





entender ambas que la Sentencia debe mantenerse, puesto que la acción adolece de las carencias que la Sentencia pone de manifiesto, si bien "ESYCO" mantiene, con carácter previo, el argumento de que su declaración de concurso, anterior a la fecha de presentación de la demanda, impide que el presente procedimiento siga adelante, pues pese a que la Disposición Transitoria Primera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, establece que dicha reforma se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor, los artículos 50.3 y 51 bis 2 reformados de la Ley Concursal no regulan el proceso concursal, y son aplicables al supuesto que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, 3 y ss. del CC, estableciendo el primero de ellos que los Jueces de Primera Instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración de concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción directa del artículo 1.597 del CC, y el segundo que, una vez declarado el concurso, y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos ya iniciados con anterioridad, en los que se haya ejercitado dicha acción, por lo que solicita, con carácter previo, que se deje en suspenso el procedimiento en el trámite en que se encuentra, y subsidiariamente que se confirme la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- Pues bien, entrando en el análisis de la cuestión previa planteada por "ESYCO", para la que, obviamente, no se podía exigir que recurriese o impugnase la Sentencia, pues el fallo de ésta no le era desfavorable (artículo 448.1 de la LEC), y puesto que por efecto del recurso interpuesto por la demandante contra la Sentencia desestimatoria, se traslada a ésta instancia el debate en los mismos términos en los que se planteó en la primera, excepto en lo referente a aquéllas cuestiones que las partes no han reproducido en ésta segunda instancia (art. 465.5 de la Ley de



Enjuiciamiento Civil), hemos de tener en cuenta que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2.013 (Rec. Nº 2221/2010, resolviendo sobre un supuesto anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, expresa con claridad que «.....si bien es cierto que existe jurisprudencia de esta Sala en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003, que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían "incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1957 CC "(por todas, STS 27 de julio de 2000), hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio. Lo que era una preferencia más, que convivía con otras muchas, en una situación caótica, hoy ha dejado de tener justificación bajo la regulación concursal actual que ha puesto orden al régimen de prelación de créditos. Por ello, aun concurriendo todos y cada uno de los requisitos de la acción ejercitada por la recurrente en casación, sin embargo, no podemos aceptar que la vigente Ley Concursal impida confirmar, con sus propios argumentos, la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, como seguidamente se razonará»; añadiendo en su fundamento jurídico tercero lo siguiente:

«TERCERO.- Desestimación del recurso.

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. 90y 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, 91y 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 misma. 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 pusieren 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 pusieren 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 aquéllos 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.

Por todos los razonamientos precedentes, el motivo se desestima».

Pues bien, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, que no ha sido contradicha con claridad en posteriores Sentencias (como la de 4 de julio de 2013), en la que no se reconoce efecto retroactivo a la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sino que se viene a reconocer que dicha reforma se limita a positivizar un efecto que ya debía producir la declaración de concurso tras la



entrada en vigor de la Ley Concursal, aunque no se previera en ella de forma explícita, tenemos que en el presente supuesto consta en autos que "ESYCO Construcciones S.A." fue declarada en concurso en fecha 24 de mayo de 2011, es decir, antes de ser presentada la demanda el 27 de septiembre de 2011, y ello sin que se le haya reconocido concursalmente privilegio alguno para que pudiese cobrar su crédito al margen del concurso, quedándole vedado, por tanto, a la actora el ejercicio de la acción directa, pues su crédito quedaba afectado primero por la declaración de concurso, y después por el Convenio aprobado en él, si bien, en éste caso, constando también en los autos que el proceso concursal ya ha finalizado por Auto de fecha 17 de julio de 2012, que aprobó el Convenio presentado por la concursada, no procede suspender el procedimiento, como solicita la contratista, sino desestimar la demanda, sin necesidad de entrar en el análisis de otras cuestiones, quedando el crédito de la demandante sometido a dicho Convenio, por efecto de lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley Concursal.

TERCERO.- Teniendo en cuenta las serias dudas jurídicas que planteaba la cuestión, que se resuelve con apoyo en una doctrina que no era pacífica en los Tribunales, y que el Tribunal Supremo viene a sentar en una Sentencia muy reciente, posterior incluso a la presentación de la demanda, aunque aplicable a supuestos anteriores, y que da lugar a la desestimación de la demanda por motivos distintos a los expuestos en la Sentencia apelada, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ésta instancia, tal y como autoriza el artículo 394-1, al que se remite el artículo 398-1 del mismo Texto Legal.

FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de "Electricidad Llano S.L.", contra la Sentencia dictada el 29 de enero de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Gijón, en los autos de Juicio Ordinario nº 1023/2011, y, en consecuencia, confirmar los pronunciamientos de la citada resolución, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

