

# Colaboracións

## **Pinceladas sobre las limitaciones impuestas al ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil por el subcontratista contra el dueño de la obra en el supuesto de declaración de concurso del contratista principal a propósito de las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma concursal**

ÁNGELES PÉREZ VEGA

*Doutora en Dereito*

*Profesora Asociada da Universidade Pablo de Olavide*

*Avogada*

### **1. La declaración de concurso de las empresas constructoras y las perniciosas consecuencias económicas que se derivan para los subcontratistas que ejecutaron trabajos y suministraron materiales en una obra encargada por el dueño a la concursada**

**H**ay verdades, mentiras y estadísticas. Según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística correspondientes al segundo trimestre del año 2012, el número de deudores concursados aumentó un 28,6 % en el segundo trimestre del año 2012 respecto al mismo periodo de 2011<sup>1</sup>.

De las empresas concursadas, el 30,8 % tiene como actividad principal la construcción y promoción inmobiliaria. Lo que significa que más de una cuarta parte de las empresas españolas declaradas en concurso de acreedores tiene como objeto social el desarrollo de una actividad relacionada con la construcción y la promoción en el sector inmobiliario.

Además, según los datos provisionales extraídos de las Estadísticas del Procedimiento Concursal publicadas por el referido Ente público, teniendo en cuenta tanto el tramo de volumen de negocio, como el de trabajadores, la mayoría de las empresas concursadas, constructoras y promotoras inmobiliarias son pequeñas y medianas empresas, con pocos trabajadores en plantilla (pymes).

---

1. Instituto Nacional de Estadística. «Estadística del Procedimiento Concursal (EPC). Segundo trimestre de 2012». Notas de prensa 6 de agosto de 2012.

Precisamente, son estas pequeñas empresas las protagonistas principales y directas de lo que, comúnmente se conoce como *explosión de la burbuja inmobiliaria* o también, de lo que podemos denominar, *apagón de la euforia inmobiliaria* que se ha vivido en estos últimos años en nuestro País.

No es éste el momento ni el lugar para analizar las consecuencias y los efectos de la explosión de la burbuja inmobiliaria o «apagón de la euforia inmobiliaria», ni en ello nos detendremos.

Nuestro objetivo es menos ambicioso, vamos a centrar nuestra atención en un supuesto que se repite con bastante asiduidad en la práctica forense y que esbozamos a continuación: una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria celebra con otra empresa del ramo de la construcción un contrato de ejecución de obra, en virtud del cual la primera actuando como promotora, encarga a la segunda, que acepta en calidad de constructora, la ejecución de una promoción inmobiliaria. En el marco de dicho contrato de ejecución de obra, la constructora acepta el encargo, a cambio de un precio, y se compromete a suministrar materiales y mano de obra con el objetivo de cumplir el contrato y entregar la obra completamente terminada a la promotora, con arreglo a las condiciones y especificaciones que constan en el referido contrato; a la normativa administrativa; al planeamiento urbanístico vigente y, en general, a cuantas prescripciones, reglamentos, leyes y demás normas de cualquier índole resulten aplicables para ejecutar correcta y completamente la obra o promoción inmobiliaria y entregarla al dueño o comitente que, como promotora, comenzará a comercializarla destinándola a cumplir los sueños de los adquirentes ansiosos por convertirse en hipotecados propietarios.

De esta forma, la constructora o contratista asume la obligación de ejecutar la obra, de acuerdo con lo pactado y una vez culminada, entregarla a la dueña de la obra o comitente en perfectas condiciones de ejecución y de acabado, a cambio de un precio que, generalmente, la comitente va abonando contra las certificaciones que aquélla va emitiendo.

Celebrado el contrato de obra, el siguiente paso y el más habitual es que la constructora, para acometer la ejecución de las diferentes etapas de la construcción de la obra en la que, como sabemos, intervienen distintos oficios, contrata, a su vez, con otras empresas o con autónomos el suministro de los materiales necesarios y la ejecución de las distintas partidas correspondientes a los trabajos de construcción de la obra en sus diferentes modalidades, etapas y oficios (v. gr. trabajos excavación y movimientos de tierras, encofrado, suministro de hormigón, ferralla, aluminio, electricidad, fontanería, carpintería, cerrajería, pintura, ajardinamiento, etc.).

Estas empresas que suministran los materiales y ejecutan las concretas unidades de obra intervienen en la obra en calidad de subcontratistas, pues son contratadas por la contratista principal que firmó el contrato de obra con la comitente o dueña de la obra y por los trabajos realizados y materiales suministrados resultan acreedoras de la contratista que las contrató aunque, como veremos con más detenimiento, para la satisfacción de su crédito pueden dirigirse también, si concurren los requisitos legales para ello, contra la dueña de la obra.

Pero sucede que, sin haber concluido totalmente la obra o promoción inmobiliaria, la constructora o contratista principal es declarada en concurso de acreedores (bien porque lo ha solicitado —concurso voluntario—, o porque un acreedor lo ha pedido y ha prosperado su solicitud —concurso necesario—) y, además, tampoco puede concluirla, material

ni económicamente, ni empleando medios propios, ni tampoco acudir para tal menester a los ajenos, porque en la fecha de declaración de concurso hace tiempo que tiene desatendidos los compromisos económicos que había contraído con los distintos subcontratistas que han trabajado en la obra o han aportado materiales, o ambas cosas, para hacerla una realidad.

Por su parte, la comitente o dueña de la obra ha ido satisfaciendo a la constructora el importe de una buena parte del precio de la obra, quedando una parte pendiente de pago, cuyo importe consta en las certificaciones que la dirección facultativa ha ido emitiendo.

Declarada la constructora en concurso de acreedores los subcontratistas se encuentran con el siguiente escenario: que han cumplido con sus obligaciones frente a la constructora que los ha contratado, ejecutando los trabajos y aportando los materiales a medida que lo iba requiriendo la construcción de la obra; que por los trabajos realizados y los materiales suministrados han emitido una serie de facturas que han resultado impagadas por la constructora y, ahora, estupefactos comprueban que su principal deudora, ha sido declarada en concurso de acreedores, por lo que si antes de esta nueva situación concursal las facturas emitidas no fueron atendidas, en el concurso va a ser difícil cobrarlas no sólo íntegramente, sino a tiempo de evitar su propio concurso. Esto es, en la situación de los subcontratistas concurre la agravante de que el impago de su crédito o el mero retraso en su atención, puede traer como consecuencia la propia declaración de concurso del subcontratista cumplidor.

Así las cosas, podemos preguntarnos acerca de los remedios o cauces que el Ordenamiento jurídico ofrece a los subcontratistas cumplidores del encargo recibido de la contratista y que han puesto su trabajo y suministrado los materiales en una obra ejecutada en beneficio de la comitente para el cobro de sus créditos derivados de estos trabajos y materiales. Créditos que han resultado impagados por la constructora, a sabiendas de que su desatención depende su propia subsistencia y si a estos remedios puestos por la ley pueden seguir acudiendo los subcontratistas una vez declarado en concurso de acreedores la constructora.

La cuestión que se nos plantea se circunscribe en determinar, si conforme con la actual normativa concursal, la acción directa que el art. 1597 del Código Civil (en adelante, CC) concede al subcontratista frente al dueño de la obra, puede ejercitarla en el caso de que el contratista haya sido declarado en concurso de acreedores, —siempre y cuando concurren todos y cada uno de los presupuestos legales o requisitos de carácter sustantivo que el precepto exige— cuando dispone en tal sentido: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Ahora bien, en el caso que nos hemos planteado concurre la peculiaridad de que cuando el subcontratista pretende hacer efectivo su crédito reclamando su pago a la dueña de la obra a través del ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC, la contratista principal ha sido declarada en concurso de acreedores. Ante esta nueva circunstancia debemos de analizar si esta declaración influye o no en la viabilidad del ejercicio por el subcontratista de esta acción directa que el art. 1597 CC le reconoce frente al dueño de la obra en orden al cobro de su crédito, que es la principal pretensión y desvelo del subcontratista que ha estado trabajando en una obra y/o aportando materiales que han resultado impagados por la constructora que se los contrató.

## 2. De la viabilidad de la acción directa *ex* artículo 1597 del Código Civil del subcontratista contra el dueño de la obra en el supuesto de concurso de acreedores de la constructora contratista: breve referencia a la regulación previa a la publicación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma concursal

El art. 1597 del CC consagra uno de los pocos casos de «acción directa» que conoce nuestro Ordenamiento jurídico, al disponer en tal sentido: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Este precepto dota a determinado acreedor del contratista a «los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista» —los subcontratistas— de una fórmula de satisfacción de su pretensión económica de cobro del crédito que tienen contra el contratista principal o constructora que le permite proceder contra el dueño de la obra, en ejercicio de su propio crédito y no en ejercicio del crédito del contratista. Su derecho a accionar nace de la decisión de la ley, aunque los contratantes no lo hubieran previsto en el contrato de obra suscrito.

El subcontratista, titular de la acción directa cuenta con un medio *ex lege* de cobro de su propio crédito, no de un medio preventivo o cautelar como en el caso de la acción subrogatoria<sup>2</sup>, «sobreponiéndose» a la acción del contratista, por el que —como dice el

2. Aunque existen ejemplos en la doctrina que consideran a esta acción como subrogatoria, *vid.* SALVADOR, P. «Comentarios al Código Civil», AA. VV., Dir. Paz-Ares, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1207.

Como dice la STS. de 2 de julio de 1.997 (RJ 1997, 5474), que el artículo 1.597 del Código Civil, «prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y “los que ponen su trabajo y materiales”, según dicción de dicho art. 1597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el art. 1257 CC; así lo expresa la S 29 octubre 1987 (RJ 1987, 7484). La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S 29 abril 1991 (RJ 1991, 3068), una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor». En el mismo sentido se pronuncia la STS. de 16 de marzo de 1.998 (RJ 1998, 1570) que indica que «el artículo 1597 del Código Civil otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de la relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1257 del Código Civil (SS. de 29-10-1987 [RJ 1987, 7484], 15-3-1990 [RJ 1990, 1698], 29-4-1991 [RJ 1991, 3068], 22-12-1992, 12-5-1994 y 2-7-1997 [RJ 1997, 5474]), operando dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista». Esta doctrina sigue vigente siendo buena prueba de ello la STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563) cuando dice que «el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 del Código Civil». Por último hemos de referirnos a la STS de 7 de octubre de 2.008 (RJ 2008, 5675), que delimita el alcance de la acción directa del art. 1.597 del Código Civil, cuando frente a la postura de que el precepto en cuestión evita toda concurrencia de acreedores y dota al que lo ejercita de un mejor derecho frente a sus pretensiones, dice: «Esta tesis no es admisible, pues tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra ajustada alzadamente por el contratista de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1.925 del Código Civil, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquiera otro título “no comprendidos en los artículos anteriores”. El crédito de los que ponen su trabajo y materiales en la obra son créditos refaccionarios, que tienen el privilegio reconocido en los números 3º y 5º del art. 1.923 CC. No aparece del texto del art. 1.597 nada que contradiga al art. 1.925, sino que consagra una excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1.257 CC), en que por razones de justicia y para evitar enriquecimientos injustos, se aplica la regla o aforismo “el deudor de mi deudor es también mi deudor”. Nada que ver con la materia de privilegios crediticios. Por lo tanto, el precepto no impide una concurrencia de acreedores, que habrá de ventilarse entre los mismos».

Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 16 marzo 1998 (*EDJ* 1570)— «todo cuanto cobra del dueño de la obra le llegará sin pasar previamente por el patrimonio del contratista».

Se argumenta que la razón de ser de esta norma y el tratamiento privilegiado que concede al subcontratista se encuentra en criterios de equidad, en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, en la protección de un derecho de mera refacción, o una especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío» (*debitor debitoris meus*).

Del mismo modo y desde el punto de vista procesal, el acreedor subcontratado tiene legitimación activa ordinaria directa frente a su subdeudor, el comitente o dueño de la obra, y no una legitimación extraordinaria por sustitución, puesto que, afirma la titularidad de un derecho de crédito frente al demandado como le autoriza la ley, y no un derecho ajeno en nombre propio.

Naturalmente, y así lo puntualiza el art. 1597 CC anteriormente reproducido, para que la acción directa ejercitada por el subcontratista tenga éxito en los tribunales de justicia es preciso que el dueño de la obra adeude alguna cantidad al contratista en el momento en que el subcontratista ejercite dicha acción, esto es, el dueño de la obra tiene que ser deudor del contratista y además, el montante de esa deuda constituye el límite cuantitativo de la acción directa que el subcontratista ejercite en el procedimiento judicial correspondiente contra el dueño de la obra y así se expresa en el precepto que otorga acción al subcontratista «hasta la cantidad que el comitente deba al contratista».

El subcontratista que ha realizado trabajos o/y aportado materiales en la obra encargada por el dueño al contratista, puede reclamar su abono al contratista, que ha sido la persona que, directamente, lo contrató; es su deudor principal. Pero también, el art. 1597 del CC le permite reclamar el pago de los trabajos ejecutados y los materiales aportados en la obra «ajustada alzado por el contratista» al comitente o dueño de la obra, a través del ejercicio de la acción directa recogida en este precepto<sup>3</sup>.

---

3. En una escueta aproximación a la conceptualización de contrato de obra a precio alzado o de precio por unidad de medida o de obra, podemos citar la doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2005 que establece que: «... En definitiva, el arrendamiento por unidad de medida o de pieza (art. 1592 y 1597 C. c.) se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicales o de realización de piezas a destajo, en razón de la “extensión” del objeto o de la obra (SSTS 23 de julio y 7 de octubre de 1964) pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en “unidades”, lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque dicho cómputo se someta a comprobaciones)».

En efecto, es doctrina reiterada, recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5ª, de 5 abril de 2010 [Roj: SAP C 1573/2010] que: «... Así lo pone de manifiesto la abundante jurisprudencia existente en la materia, de la que representa un ejemplo afortunado la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 2 de Marzo de 2006, cuya especial lectura se recomienda por resolver todos los problemas que habitualmente surgen en los supuestos de ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC, incluso aquellos derivados de la coexistencia de dicho proceso con la situación concursal de la subcontratista. Y es que dice la citada sentencia que: “Aún siendo cierto que el artículo 1597 sólo se refiere a los contratos de obra por ajuste alzado, la razón de ser de esta limitación, explicitada en la ya mencionada STS de 11 de junio de 1928 y recordada por las SS AP Asturias de 8 de noviembre de 2004 y 18 de septiembre de 2000, que no es otra que la de dotar de certeza y seguridad jurídica al límite cuantitativo de la responsabilidad que consagra, concurre igualmente las obras contratadas por precio fijo por unidad de obra”. Se cita en el mismo sentido, a mayor abundamiento, la Sentencia de 24 de Mayo de 2001, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias y la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sentencia de 13 de noviembre 2007: “Es reiterada la Jurisprudencia que señala que lo que realmente importa es que el crédito sea cierto y determinado, lo que puede ocurrir por el sistema de precio alzado o por unidades de obra, que se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicales o

Se encuentra así el subcontratista con dos deudores solidarios, contra los que, indistintamente, puede dirigirse para reclamar su crédito, con la salvedad de que el comitente o dueño de la obra solamente responderá frente al subcontratista hasta el límite que en el precepto se señala: hasta la cantidad que el dueño de la obra adeude al contratista, «hasta la cantidad que el comitente deba al contratista» dice textualmente el art. 1597 CC<sup>4</sup>.

No nos detendremos en este momento en analizar los requisitos que se exigen para la prosperabilidad de la acción directa prevista en el artículo 1597 CC, ni en la amplia interpretación que de este precepto ha hecho el Tribunal Supremo, por exceder del contenido de este trabajo. Simplemente, indicar que las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en las que se trata el art. 1597 y que hemos tenido ocasión de estudiar, se ahonda en que resulta imprescindible, como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción, la existencia y exigibilidad de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra. Crédito que ha de existir y ser exigible en el momento en que proceda el subcontratista a reclamarlo al dueño de la obra a través de ejercicio de esta acción directa.

Es decir, ha de tratarse de un crédito determinado, vencido y exigible, que es el que legitima al que pone su trabajo y materiales en una obra subcontratada para reclamar del comitente la cantidad que adeuda al contratista (*vid.*, entre otras, STS de 29 de abril de 1991 [RJ 1991/3068], 28 enero 1998 [RJ 1998/119], 28 mayo 1999 [RJ 1999/4115] o 31 enero 2002 [RJ 2002/2097]: «... cuando se haga la reclamación, extrajudicial o judicial, debe existir un crédito exigible del contratista frente al comitente o dueño de la obra, que, a su vez, actúa como límite objetivo de la acción»).

Doctrina jurisprudencial que, acertadamente, reproducen las distintas Audiencias Provinciales cuando se ocupan de este tema, como por ejemplo, podemos citar la sentencia de 1 de abril de 2005 (JUR 2005/13822) dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en la que se argumenta: «Resulta además preciso como presupuesto necesario para el ejercicio de esta acción, la existencia de un crédito del contratista contra el comitente o dueño de la obra, [...] crédito que ha de existir, de tal forma que si el crédito del contratista contra el comitente se ha extinguido (por pago o por cualquier otro medio extintivo) no ha lugar a la acción prevista en el comentado precepto, que, en principio, ha de resultar exigible».

En el supuesto de que el crédito del contratista contra el dueño de la obra existiese y resultase exigible, su cuantía constituirá el límite objetivo de la reclamación dineraria del subcontratista contra aquél, y así se recoge en el último apartado del tan citado artículo 1597 CC cuando determina: «sólo hasta la cantidad que éste adeuda a aquél», es decir, lo

---

de realización de piezas a destajo, en razón de la extensión del objeto de la obra (SSTS de 23 de julio y 7 de octubre de 1964), pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en unidades, lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas, sometidas a controles de calidad y cantidad"...».

En conclusión, como indica el Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid en la sentencia de 12 de septiembre de 2011 (JUR 2011/337215) con cita de las anteriores sentencias: «Atendiendo a tales razonamientos debe concluirse que bien exista contrato de obra por precio alzado o por unidad de medida, lo relevante es la existencia al tiempo de la reclamación de un derecho de crédito del contratista o subcontratista respecto al constructor y de éste respecto al comitente o dueño de la obra, en importe bastante para abarcar la pretensión condenatoria ejercitada por aquél o aquéllos, cuyo importe resulte fácilmente determinable mediante simples operaciones de medición de unidades de obra y su multiplicación por el precio alzado fijado para cada una de ellas».

4. En este sentido *vid.* SSTS de 29 de abril de 1991 [RJ 1991, 3068], 11 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7479], 2 de julio de 1997 [RJ 1997, 5474], 22 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9358], 6 de junio [RJ 2000, 4402] y 27 de julio de 2000 [RJ 2000, 9179], entre otras.

que venga adeudando el comitente al constructor, en esta cuantía se fija el límite indemnizatorio que el subcontratista puede reclamar contra el dueño de la obra.

Como hemos dicho, excedería del contenido de este trabajo ocuparnos del pormenorizado análisis de los requisitos para la prosperabilidad ante los Tribunales de Justicia de la acción directa del artículo 1597 CC, por lo que, nuestra atención se centrará en un tema más concreto ya expuesto: el ejercicio de la acción directa por el subcontratista en el supuesto de que el contratista haya sido declarado en concurso de acreedores.

Ha sido una cuestión muy polémica que se suscitó con la aprobación de la Ley 22/2003, 9 de julio, Concursal (en adelante LC) si la acción directa del art. 1597 CC que el subcontratista ejercita *iure proprio* resultaba afectada en su ejercicio por la declaración de concurso del contratista y a la que esta Ley no dio respuesta, puesto que no modificó ni derogó, ni expresa ni tácitamente el texto del art. 1597 CC, cuando como sabemos, fueron objeto de modificación y derogación otros preceptos del Código Civil de 1889 y éste siguió conservando su redacción.

No obstante lo cual, autores como HERRERA CUEVAS, sostenían que si bien no había sido objeto de modificación por la LC y seguía diciendo lo mismo que bajo la vigencia del derogado derecho concursal y tampoco la naturaleza jurídica de la acción directa ha cambiado, lo que procede es aplicarlo o «adaptarlo» al moderno derecho concursal «y en el marco del concurso del Contratista, con quien precisamente, el accionante directo ha contratado y del que resulta acreedor, aunque también lo es del Dueño de la Obra o Comitente, obligado legalmente a responder de la deuda contraída por el Constructor con el Subcontratista, dentro de un preciso límite objetivo y cuantitativo»<sup>5</sup>.

Para no excedernos del contenido de este trabajo, haremos una breve mención a la viabilidad de la acción directa ejercitada por el subcontratista contra el dueño de la obra bajo la vigencia de la LC antes de la reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, en la que la doctrina científica y la jurisprudencia distinguían dos momentos temporalmente distintos para su ejercicio, a saber:

- a) con anterioridad de la fecha del auto declarando en situación concursal al constructor contratista y,
- b) si su ejercicio se producía con posterioridad a dicha declaración concursal.

Del análisis de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales defendidas en aquel momento nos permitirá extraer algunas conclusiones que pueden resultar de aplicación a los supuestos que se diluciden con arreglo a la normativa concursal actualmente en vigor.

En el primer supuesto, y en cuanto a la viabilidad de la acción directa ejercitada por el subcontratista contra el dueño de la obra con anterioridad a la declaración de concurso del contratista deudor, los tribunales de justicia se venían pronunciando en el sentido de que si el subcontratista optaba, para proteger sus lesionados intereses económicos por parte de la constructora derivados de los impagos de mano de obra y materiales, por ejercitar

---

5. HERRERA CUEVAS, E. J., «La acción directa ante el concurso del contratista», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 6, 2007, págs. 179-194. No podemos compartir la opinión de quienes afirman que en nada afecta la declaración de concurso del Contratista respecto a la reclamación del Subcontratista acreedor del importe debido por el Dueño de la Obra a aquél como *vid.* NÚÑEZ-LAGOS BURGUERA, A. «Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa contra el comitente (*ex art.* 1597 CC) en el supuesto de concurso del contratista», *RCP*, n.º 2/05, *La Ley*, pág. 327-331.

judicialmente la acción directa o con carácter previo reclamar fehacientemente con fundamento en esta acción contra el dueño de la obra, antes de la declaración de concurso del contratista, el procedimiento de ejecución universal del patrimonio del contratista deudor no tenía ninguna incidencia en el procedimiento declarativo en el que se ventilaba la acción del art. 1597 del CC del subcontratista contra el dueño de la obra para el cobro de su crédito.

Y en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de julio de 2000 (RJ 2000/ 9179): «la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo —o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir— en el que se ventila la acción del art. 1597».

Por lo que, el subcontratista podía eludir los efectos del concurso de su deudor principal (quitas, esperas o cuotas de liquidación) ejercitando la acción del art. 1597 CC directamente contra el dueño de la obra, deudor del concursado, cobrando de este deudor su crédito, con la consiguiente disminución de la masa activa del concurso<sup>6</sup>.

Aunque no existía una unanimidad de criterio, la mayoría de las Audiencias Provinciales compartían la misma opinión del Alto Tribunal en aquellos supuestos en los que el proceso declarativo de reclamación de cantidad ya se había iniciado por el subcontratista con anterioridad a la declaración de concurso de la constructora. Por ejemplo y entre otras muchas, las SSAP Barcelona 15 septiembre 2005, 2 marzo 2006, 19 diciembre 2007 (*Revista Jurídica de Cataluña* 2008-IV, pág. 1096 y ss.), o la SAP de Valladolid de 5 de enero de 2007 (JUR 2007/ 266120) en la que puede leer: «las vicisitudes del proceso concursal en que actualmente se halla inmersa la sociedad contratista no afectan al presente (en el que con anterioridad el subcontratista había iniciado un procedimiento de reclamación de cantidad contra el comitente). Además de que el concurso se inicia con posterioridad al requerimiento de pago, o la reclamación a la que alude el comentado art. 1597 CC. Esto es, el requerimiento de pago al dueño de la obra se había producido antes de que el concurso se iniciara».

En el mismo sentido, se pronunciaba la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 16 abril de 2007 (JUR 2007/212201), incluso cuando el subcontratista había ejercitado extrajudicialmente dicha acción a través del requerimiento fehaciente efectuado al dueño

---

6. En otra sentencia menos reciente de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989/3678), pues fue dictada bajo la vigencia del derecho concursal derogado, el Tribunal Supremo argumenta que si la reclamación del acreedor directo se ha realizado con anterioridad a la declaración de suspensión de pagos, este crédito no debe ir, en caso de suspensión de pagos, a la misma porque desde el momento de la demanda se debe estimar que el dueño a quien debe es a sus demandantes y no al contratista. O en otra de 27 de julio de 2000 (RJ 2000/9179) dictada también, en su supuesto de suspensión de pagos dice: «la situación concursal en que se pueda encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del art. 1597 CC)». Y la STS de 11 de octubre de 2002 (*EDJ* 39385). Sin embargo, la jurisprudencia, como decimos, tampoco era pacífica, encontrando sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2002 que parcialmente reproducimos, en la que se argumenta: «El art. 1597 CC permite una subrogación en la posición del contratista, que es de carácter restrictivo, pues el precepto comienza negando acción al contratista. De este modo, estando el contratista en situación de suspensión de pagos o de quiebra, [...] a la masa del proceso de liquidación deben concurrir tanto los créditos como las deudas de la entidad; la contratista es acreedora frente a unas personas, y los créditos deberán acudir a la masa de la quiebra o de la suspensión; también es deudora frente a otras que también acudirán unidad, salvo las excepciones legales previstas, para reclamar sus derechos, que habrán de hacerse efectivos precisamente con el patrimonio de la suspensa o quebrada, integrado éste además por los créditos antes referidos. Permitir esa subrogación que por vía de la acción directa prevé el art. 1597 CC implica de una manera clara «puentear» la situación de insolvencia del contratista. Entendemos que ante el silencio legal, que no prevé como créditos autónomos o separables de la ejecución a los que se generan por la vía de la acción directa del art. 157, no es posible facilitar la reclamación del actor».



de la obra con anterioridad al dictado del auto de declaración de concurso de la constructora, en este supuesto también, quedaba la reclamación dineraria sustraída de los efectos del procedimiento concursal.

Se consideraba que solo sería posible aceptar acciones directas de acreedores del concursado frente a deudores de este (comitente) cuando el requerimiento de pago al dueño de la obra se haya realizado antes de la declaración del concurso, por entender que desde ese momento el contratista-concursado ha dejado de ser acreedor de ese tercero y pasa a ser acreedor el subcontratista requirente, por la propia naturaleza de la acción directa, ya que, el ejercicio de tal facultad por el subcontratista reclamando directamente contra el dueño de la obra ha supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista y este desplazamiento implica que el crédito no integre la masa activa del concurso de la constructora<sup>7</sup>.

De forma que, declarada la constructora en concurso de acreedores, el procedimiento articulado por la Ley 9/2003 ninguna incidencia tenía en el procedimiento judicial de reclamación de cantidad seguido en el juzgado de primera instancia que correspondiese por la subcontratista contra la dueña de la obra tendente a hacer efectivo su crédito que no atendió la constructora, y esto tanto en el supuesto de ejercicio judicial de la acción directa a través de la interposición de una demanda, como en el caso de ejercicio extrajudicial, a través del requerimiento de pago dirigido a la dueña de la obra de forma fehaciente (burofax o requerimiento notarial) en el que el subcontratista se presenta como tal y pone en su conocimiento la cantidad adeudada por la constructora derivada de los trabajos hechos o los materiales suministrados en la obra, requiriéndole de pago, en calidad de deudor directo y solidario, hasta el límite de lo adeudado a la constructora.

El ejercicio por parte del subcontratista de la acción directa, aunque sea de forma extrajudicial, con anterioridad a la declaración de concurso de la constructora, venía a suponer la continuación del procedimiento judicial ya iniciado o el que se inicie, ante el juzgado de primera instancia que corresponda por competencia determinada con arreglo a las leyes procesales. Aunque en el particular tema de la reclamación extrajudicial tampoco existía una unanimidad de criterios<sup>8</sup>.

---

7. En este sentido, Auto Audiencia Provincial de Madrid de 25 marzo 2011 (RJ 4336/2011) y Auto también de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 marzo 2011 (RJ 1303/2011).

8. Resulta clarificador el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 1.3.2011 [RJ 1303/2011] que señala: «... Dicho lo anterior, atendiendo a las fechas del previo requerimiento extrajudicial, formulación de la demanda y auto declarando el concurso, solo resta examinar que data ha de tenerse en cuenta a los efectos del citado artículo 50.1 de la Ley Concursal, cuestión que no es pacífica, pues mientras la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 2 de marzo de 2006, entre otras, acepta la exclusión de la vis atractiva concursal si la acción extrajudicial o el requerimiento fehaciente se llevó a cabo antes de la declaración del concurso, siguiendo la postura recogida por las SSTs de 30 de enero de 1974 y 17 de julio de 1997, esta postura no se comparte por todas las Audiencias e incluso el Tribunal Supremo ha llegado a decir en la reciente sentencia de 8 de Mayo de 2.008, que “el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario”. Considera este Tribunal, que la línea marcada por esta última sentencia, es más acorde con los criterios establecidos por la nueva Ley Concursal, así como con lo dispuesto en su Artículo 50, que se refiere, en todo momento, a la interposición de la demanda. En consecuencia, acreditado que Grupo Dico Obras y Construcciones, S. A., fue declarada en situación de concurso necesario por auto el 16 de Marzo de 2.009 y la demanda iniciadora de este proceso se presentó en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el 23 de Marzo de 2.009, ha de aplicarse al caso, lo dispuesto en el segundo párrafo de tan citado artículo 50 de la Ley Concursal, procediendo acordar el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones practicadas en la instancia, lo que supone la desestimación del presente y recurso y la confirmación del auto apelado...».

En este supuesto de que el dueño de la obra hubiera sido demandado por el subcontratista con carácter previo a declararse el concurso de la constructora y emplazado para contestar a la demanda, tenía la opción de allanarse a la demanda, para evitar, en el caso de que no hubiese sido requerido anteriormente de pago, la imposición de las costas procesales y consignar en la cuenta de depósito y consignaciones del juzgado la cantidad debida a la contratista para el pago al subcontratista actor; o alcanzar un acuerdo de satisfacción extraprocesal de pago que puede ser homologado judicialmente con el consiguiente archivo de las actuaciones y sin imposición de costas.

Hasta la cantidad que el comitente hubiese pagado al subcontratista se extinguía el crédito del contratista contra el dueño de la obra, por lo que declarado en concurso no podría integrarlo en la masa activa, correlativamente, también se habría extinguido el crédito del subcontratista por pago liberatorio, todo o parcialmente, porque el comitente que pagó fuera del concurso no se expone a tener que pagar de nuevo a la masa.

En el segundo supuesto que hemos planteado era cuando el subcontratista ejercía la acción directa con posterioridad a la declaración de concurso de la constructora.

Para este caso y tomando prestadas las palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona recogidas en las sentencias de 2 de marzo de 2006, 19 de diciembre de 2007 y de la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia de 27 mayo 2008 por resultar muy ilustrativas: «cuando la acción directa se ejercita una vez declarado el concurso de la constructora, entonces la misma debe ceder ante la especialidad de la situación concursal».

Si la constructora es declarada en concurso de acreedores, al subcontratista no le quedaba otra alternativa que acudir al procedimiento concursal y seguir los trámites y respetar los plazos que la LC indica como un acreedor, más para intentar cobrar su crédito en el concurso, de tal forma que le quedaba vedada la posibilidad de ejercitar la acción directa en un procedimiento judicial independiente y tenía que sujetarse al procedimiento concursal, sin que, como decimos, le resultase viable su ejercicio en un procedimiento independiente contra el dueño de la obra tendente al cobro de un crédito impagado por la contratista principal ahora en concurso.

En la sentencia de 7 de octubre de 2008 (RJ 2008/5677) dictada por el Tribunal Supremo bajo la normativa concursal derogada, ya se podía inferir que el subcontratista, al que el contratista adeuda alguna cantidad por los trabajos realizados o materiales suministrados para la dueña de la obra y se encuentre con que aquélla ha sido declarada en concurso y no reclamó antes de dicha declaración, debe comunicar su crédito en el concurso de su deudora principal, señalando en tal sentido:

No hay ninguna objeción jurídica, y la jurisprudencia admite la posibilidad, al ejercicio acumulado de la acción que el acreedor tiene contra el contratista por el trabajo y materiales puestos en la obra con la acción directa que el art. 1.59 CC atribuye a aquél contra el dueño de la obra. Sucede en el caso que cuando se ejercitó la acción contra el deudor principal, éste (CLEOP) se hallaba en situación de suspensión de pagos por haberse admitido a trámite la solicitud en fecha 28 de octubre de 1996, y en la relación de acreedores se había incluido el crédito de Ferrobérica, SA Discrepa la entidad acreedora respecto de la cuantía que figura en la suspensión y sobre la naturaleza del crédito pues pretende que tiene carácter preferente por refaccionario, y no la cualidad de ordinario que se le atribuye en dicho expediente. La pretensión de la actora resulta infundada, porque, con independencia de si el crédito era o no exigible, y por consiguiente la esterilidad de los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, hay que tener en cuenta: 1. En

cuanto a la cuantía que no se planteó la reclamación previa en el expediente de suspensión de pagos, y la doctrina jurisprudencial mayoritaria (SS., entre otras, 24 de junio de 1991 [RJ 1991, 4619]; 14 de julio de 1993 [RJ 1993, 5800]; 5 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2724]; 12 y 27 de enero de 2006 [RJ 2006, 735]; 20 de febrero [RJ 2007, 1893] y 30 de marzo de 2007 [RJ 2007, 3557]) tiene declarado en aplicación de los arts. 11 y 12 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 que «el acreedor que no solicite oportunamente al Juez de la suspensión de pagos la inclusión, la exclusión, el aumento o la reducción del crédito incluido en la lista de acreedores, o la modificación de la calificación jurídica del crédito en ordinario o con derecho de abstención no puede posteriormente ejercitar su pretensión en juicio declarativo»; y, 2. En cuanto al supuesto carácter preferente del crédito ni se planteó en el proceso privilegio alguno diferente del que pudiera derivar de la cualidad de refaccionario, ni se combatió en modo alguno en el recurso de casación la desestimación de esta naturaleza por la resolución recurrida (fundamento séptimo)<sup>9</sup>.

Este fue el criterio que siguieron la mayoría de las Audiencias Provinciales, de las que resulta paradigmática, por reiterada, la sentencia de 2 de marzo de 2006 (AC 2006/1594) de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que realiza una brillante recopilación de la doctrina sobre la autonomía de la acción derivada del art. 1597 del CC respecto al procedimiento concursal en que se pudiera ver inmerso el contratista subcontratante en los casos en que el subcontratista reclamase frente al comitente y tras un pormenorizado examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en la materia anterior a la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal el 1 de septiembre de 2004 y teniendo en cuenta los principios y criterios contenidos en la nueva Ley Concursal de 2003, argumenta:

«SEGUNDO. No existiendo auténtica controversia en los hechos básicos, la discusión planteada es estrictamente jurídica, una discusión técnica motivada por el enfrentamiento de dos realidades diferentes, una extraconcursal y otra propia del concurso: la acción directa del artículo 1597 del CC contra el dueño de la obra, animada por la intención legislativa de privilegiar el crédito de los contratistas y subcontratistas, y la fuerza atractiva del proceso concursal en relación a todos los bienes y derechos del deudor y a todos sus acreedores (arts. 49 y 76 de la LC), que han de integrar, bajo un claro principio de universalidad, las masas activa y pasiva. Cuando se ha declarado un concurso, alguna de estas dos realidades ha de ceder, ya que, o se mantiene la eficacia del artículo 1597 al margen del concurso de la contratista, o se hace primar al concurso y el derecho de la subcontratista habrá de sujetarse a las exigencias de la *par conditio creditorum*.

TERCERO. La operatividad de este derecho preferente y directo de cobro del contratista o los subcontratistas posteriores es tal, que la jurisprudencia ha venido reconociendo de forma

---

9. CORDERO LOBATO comenta esta sentencia del Tribunal Supremo «Sentencia de 7 de octubre de 2008: Acción directa en el contrato de obra y el concurso del constructor. Sometimiento a arbitraje» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.º 81, 2009, págs. 1075-1092, e indica: «Es innegable que el ejercicio de la acción directa, en la medida en que agota un activo del concursado (el crédito que éste ostenta frente al comitente) “afecta” o tiene “trascendencia” sobre el patrimonio del concursado, por utilizar la terminología de los arts. 8 LC y 86 ter de la LOPJ. La declaración de concurso tiene como efecto una “congelación” del crédito a las resultas del concurso con efectos pro futuro, de modo que si la acción directa no fue ejercitada antes de tal declaración, ésta impide su posterior ejercicio: así resulta de la legislación concursal, conforme a la cual, con alguna salvedad, la antelación a la declaración de concurso es lo que determina la posibilidad de continuación de los apremios y ejecuciones comenzadas (arts. 55.1 LC), así como la compensación, que sólo produce efectos cuando los requisitos de compensabilidad se dieron con anterioridad a la declaración (art. 58 LC)».

mayoritaria que no debe verse afectado por la declaración concursal de la persona con quien contrataron. El Tribunal Supremo lo ha indicado de forma clara en las SSTs de 9 de mayo de 1989 y 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), señalando ésta: «La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo o el requerimiento extrajudicial, cabría añadir? en el que se ventila la acción del artículo 1597». Las Audiencias ofrecen pronunciamientos discrepantes, pero la mayoría han aplicado y desarrollado esta doctrina de forma reiterada. Como señalan las SSAP Barcelona, sec. 14ª, de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181602) o 2 de noviembre de 2004, Asturias de 2 de junio de 2005 (JUR 2005, 137402) y 26 de octubre de 2004 (JUR 2004, 291522), o la 1 de octubre de 2001 (AC 2002, 482) de la Audiencia Provincial de Navarra, el derecho establecido en el artículo 1597 del Código Civil no resulta afectado por el hecho de que el contratista esté declarado en quiebra o suspensión de pagos, pues dicho precepto confiere una situación privilegiada al deudor e implica un perjuicio para los demás acreedores al igual que otras figuras, como los derechos de ejecución separada o de abstención tenidos en cuenta por el legislador, teniendo su razón de ser en la equidad, y precisamente dicha norma, al proteger a quien pone el trabajo o material, tiene más sentido en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista. Esta especial protección constituye, por así decirlo, un privilegio para este acreedor.

Las sentencias que se pronuncian en un sentido contrario argumentan que lo anterior supondría un fraude total al procedimiento de suspensión de pagos o la quiebra y también un abuso del derecho, pues los acreedores del suspenso por haber suministrado materiales o trabajo en obras ajustadas alzadamente podrían cobrar su crédito por la vía del artículo 1597, mientras que los demás quedarían sujetos al procedimiento concursal, es decir, al principio de comunidad en las pérdidas. Pero es ésta precisamente la preferencia que la Ley otorga, uniéndose el artículo 1597 del Código Civil a otros muchos preceptos de Leyes especiales que han conferido tradicionalmente a ciertos acreedores bien un derecho de abstención, bien un derecho de ejecución separada, con quienes debe convivir el principio de la par conditio creditorum. Esto no supone ni fraude ni abuso, sino la valoración por el legislador de la posición de este concreto acreedor y la consideración de que debe gozar de más posibilidades para el cobro que el acreedor ordinario.

CUARTO. Sin embargo, es evidente que la jurisprudencia que se ha citado versa sobre insolvencias anteriores a la vigente LC, en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, que sería la aplicable al caso que nos ocupa, pues Tracoinsa fue declarada en concurso con fecha 27 de octubre de ese año, habiendo sido requerida Kuka para que pagara directamente a Serra Soldadura el día 13. Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva Ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003.

Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy

contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno.

Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características.

Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursoales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley».

No obstante, y como ya se ha dicho, la universalidad de las masas activa y pasiva no es tal. Es preciso hacer varias matizaciones importantes sobre ese principio: en primer lugar, se excluyen de la masa activa ciertos bienes y derechos por decisión expresa del legislador concursal, como pueden ser los buques y aeronaves (art. 76.3 LC [RCL 2003, 1748], 32 de la LHN, redactada por la DF 9ª de la LC, y 133 de la LNA [RCL 1960, 1041, 1259], redactada por la DF 30ª de la LC), o los bienes en que se concreten las garantías constituidas a favor de las sociedades gestoras de valores (DF 18ª de la LC, en relación con el artículo 44 bis.8 de la LMV [RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781]), sin perjuicio del genérico derecho de separación del artículo 80; en segundo lugar, el artículo 49 proclama la universalidad de la masa pasiva «sin más excepciones que las establecidas en la Leyes», es decir, yendo más allá de las excepciones que puedan establecerse en la misma LC, que como es de ver en los artículos 55 y 90 y siguientes, da un trato especial a ciertos créditos sobre determinados bienes, que pueden jugar su papel dentro del concurso o al margen de él. Y en tercer lugar, lo que determina la imposibilidad de los acreedores de sustraerse a la fuerza atractiva del concurso es su declaración, como se desprende con claridad de los mencionados artículos 49 y 76: 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.

Así las cosas, cabe concluir que la LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

QUINTO. 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, lo que, en consecuencia, conduciría a la necesidad de que el importe consignado por Kuka quedara integrado en la masa activa, resultando improcedente la entrega a Serra para su satisfacción autónoma.

La doctrina antes expuesta sobre la autonomía de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la legislación anterior sigue siendo eficaz en estos casos: antes de la declaración del concurso, la deuda del contratista principal se había desplazado desde el patrimonio del subcontratante hacia el subcontratista por mor de una decisión legislativa, procurándose proteger a quien puso el trabajo y el material, sobre todo en los casos de insolvencia o dificultad de cobro respecto del contratista, cuya masa activa no debe ser engrosada por un crédito derivado de trabajos y materiales que ni realizó ni costeó. La reclamación de la empresa demandante era ajustada a Derecho, así como la sentencia recurrida, que por ello se confirma.

La misma idea de que la acción directa ejercitada cuando el contratista ya ha sido declarado en concurso cede ante la especialidad de la situación concursal en la que se halla, se reproduce en el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Grado, de 1 septiembre de 2008, (*ADC0* n.º 16 enero-abril 2009) en el que se puede leer: «la fuerza atractiva del concurso se produce a partir de su declaración, de modo que la tradicional doctrina de la autonomía de la acción directa contra el comitente subsiste para los casos de reclamación previa a la declaración de concurso».

Más contundente en sus afirmaciones resulta la Audiencia Provincial de A Coruña en la sentencia de 18 marzo de 2009 (*JUR* 2009\207548) cuando analiza los efectos de la acción directa *ex art.* 1597 CC ejercitada antes de la declaración de concurso por vía extrajudicial, cuando dispone:

La Ley Concursal obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración de su deudor en situación concursal, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita. Y así en la Exposición de Motivos se determina que uno de sus objetivos centrales es el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso. De tal modo dispone el artículo 89.2 de la Ley Concursal que «no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley». Por ello, una vez declarada en concurso Curbel, S.L., todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, y todos los acreedores del deudor se integran en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

Y como la acción directa del artículo 1597 del Código Civil se encuentra al margen del concurso, la Ley Concursal no la contempla, y una vez declarada tal situación, no puede ser de aplicación aquel precepto aun cuando se hubiese ejercitado antes por vía extrajudicial, desde el momento en que no fue aceptado por el dueño de la obra, debiendo pues la aquí recurrente integrarse en la masa pasiva y sujeta a las exigencias de la *par conditio creditorum* según la clasificación de su crédito, sin que proceda en tal situación concursal retraer de la masa activa el importe de su crédito como interesa la parte apelante. De tal modo conside-

ramos jurídicamente correcta la decisión tomada por el Juzgador «a quo» en su sentencia, por cuanto la declaración concursal fija el momento en que los acreedores y deudores de la concursada empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso, y es la Ley Concursal la que reconoce privilegios y preferencias por decisión expresa del legislador, siendo lo argumentado suficiente para la desestimación del motivo del recurso de apelación<sup>10</sup>.

O la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de 27 de mayo de 2008 (JUR 2008/330403) en la que se argumenta, citando otras sentencias, lo siguiente:

No desconoce la Sala la existencia de una corriente en la jurisprudencia menor, de la que es exponente entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2006 (AC 2006, 1594), que entiende que la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 de la vigente Ley Concursal ha operado un cambio sustancial en la materia. Entiende en consecuencia obligado revisar el criterio jurisprudencial que tradicionalmente se había venido sustentando entre otras en sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3678) y 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 9179), en cuya virtud se reputaba que la operatividad del derecho preferente y directo de cobro que el art. 1597 del Código Civil reconoce al materialista frente al dueño de la obra resulta inmune a la declaración concursal del contratista principal con quien contrataron. Se sustenta así que la nueva regulación obliga a todo acreedor a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los excepcionales casos que la Ley permita, sin que exista norma alguna que posibilite excluir ni de dicha masa el crédito que el subcontratista tiene frente al contratista concursado ni de la masa activa el crédito que éste ostenta frente al dueño de la obra.

Se comparta o no esta nueva línea jurisprudencial, lo cierto es que en todo caso el ejercicio de la acción directa frente al dueño de la obra solamente habría de ceder ante la especialidad de la situación concursal del contratista principal, quedando sujeta a la vis atractiva del concurso, a partir del momento en que éste se haya declarado, tal y como pone de relieve la parte apelada. Si la acción directa se ha ejercitado anteriormente a la declaración del concurso ya no resultaría en todo caso afectada por éste, pues es a partir de ese momento cuando los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia de dicho procedimiento universal, integrándose las masas activa y pasiva.

En el mismo sentido la sentencia de esta misma Audiencia de fecha 5 de enero de 2007 (JUR 2007/266120).

En la doctrina científica, no faltaron autores que llamaron la atención sobre la «extravagancia» que supondría admitir que la acción directa pudiera ejercitarse en un procedimiento judicial paralelo no sujeto al principio de universalidad y a la *vis atractiva* de la competencia del juez del concurso<sup>11</sup>.

---

10. Sentencia que reproduce los Autos dictados por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 10 de noviembre de 2009 (JUR 2009/495636) y de 30 de noviembre de 2009 (JUR 2010/42035), analizando una cuestión de competencia objetiva del juez del concurso en el supuesto de que el subcontratista ha formulado demanda contra el dueño de la obra hallándose el constructor en concurso. El Juzgado no duda en declarar la competencia objetiva del juez Mercantil para el conocimiento y tramitación concursal de las pretensiones formuladas en forma de demanda.

11. HERRERA CUEVAS, «La acción directa ante el concurso del contratista», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 6/2007, págs. 179 y ss.

### 3. Las limitaciones impuestas a los subcontratistas para el ejercicio de la acción directa *ex* artículo 1597 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal

A esta problemática o divergencia que, sucintamente, hemos esbozado en relación con el ejercicio por el subcontratista de la acción directa en dos momentos temporalmente distintos (antes de la declaración de concurso de la constructora y con posterioridad a dicha declaración), del que se derivan consecuencias y efectos distintos, se ha puesto fin con ocasión de la última reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en la que, por primera vez, se contiene una previsión expresa acerca de la acción directa del art. 1597 CC, concretamente, en el ámbito de los efectos sobre las acciones individuales, a través de la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 50 y de la incorporación de un nuevo artículo, el 51 *bis* que tiene por título «Suspensión de juicios declarativos pendientes». Ambos preceptos se ubican en el Título III «De los efectos de la declaración de concurso», Capítulo II «De los efectos sobre los acreedores», sección 2ª «De los efectos sobre las acciones individuales» y entraron en vigor el pasado día 1 de enero de 2012 («Disposición final tercera. Entrada en vigor»)<sup>12</sup>.

El nuevo apartado 3 del art. 50 bajo la rúbrica «Nuevos juicios declarativos», tiene la siguiente redacción:

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 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

Precisamente, el último inciso del primer apartado del artículo 50 dispone: «De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado».

En plena sintonía con este nuevo apartado 3 del art. 50, el legislador ha incorporado a la Ley Concursal el 51 *bis* «Suspensión de juicios declarativos pendientes», que en el n.º 2 indica:

---

12. Para SANZ BOSCH, F. J.: «Acción directa y concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, Sección de comunicaciones, Segundo semestre de 2011, Editorial LA LEY, pág. 7, resultaba evidente la necesidad de abordar tal reforma, porque parecía aconsejable la evitación de procedimientos judiciales de la naturaleza de la expuesta y la integración de los subcontratistas en la masa pasiva del concurso desde un principio, y sin oportunidad alguna de inicio o continuación de los pleitos por acción directa *ex* art. 1597 CC. Se hacía necesaria una actuación decidida al respecto que, incluso, ya empezaban a demandar nuestros tribunales tal y como se ve en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de septiembre de 2010 que emplaza a tal movimiento al señalar que la nueva Ley Concursal tampoco proporciona «de *lege data* (a falta de una futura reforma legal que pudiera estimarlo conveniente), una regla específica para interferir en la acción directa promovida por el subcontratista contra el dueño de la obra», ahondando incluso en la propia cuestión de la competencia y señalando al respecto que tampoco atribuía la Ley Concursal a tenor de lo establecido en el art. 50.1 de la LC en relación con el art. 8 del mismo cuerpo legal, competencia al Juez de lo Mercantil, que entiende del concurso del contratista, para conocer de una contienda que lo sería entre terceros.



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.

De la lectura de estos preceptos podemos extraer las primeras conclusiones:

- a) desde la declaración de concurso de la constructora y hasta su conclusión, los subcontratistas no podrán interponer demandas con fundamento en el art. 1597 CC ante los juzgados de primera instancia para reclamar su crédito contra el dueño de la obra, lo que significa que la especialidad de la acción directa cede, definitivamente, ante el concurso de la constructora;
- b) respecto de las interpuestas con anterioridad a dicha declaración concursal y que dieron lugar a la incoación del correspondiente procedimiento que se encuentra en tramitación en la fecha de declaración de concurso de la constructora se suspenderán, con independencia de la fase procesal en la que se hallen y,
- c) aunque el art. 51 bis 2 no lo diga expresamente, ni tampoco contenga una remisión al último inciso del primer apartado del art. 50, como lo hace el apartado 3 de este precepto, las consecuencias de la contravención de esta norma son las mismas en ambos casos: el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez lo tramitado contraviniendo la prohibición de continuar con la tramitación del procedimiento de reclamación del crédito iniciado por el subcontratista contra el dueño de la obra una vez declarado en concurso de acreedores la constructora.

Con la última reforma legislativa operada, al subcontratista se le ha privado del mecanismo de protección del derecho de crédito del que gozaba merced a lo dispuesto en el art. 1597 del CC una vez declarado el concurso de acreedores de la constructora y esto con independencia de que, en su caso, hubiera ejercitado la acción directa judicialmente o extrajudicialmente a través de la reclamación fehaciente de pago hecha al dueño de la obra antes de esta declaración.

En la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011 de 10 de octubre no existe mención alguna a la *ratio legis* de dicho precepto, ni tampoco se alude a que con la reforma se ha querido poner fin a un privilegio del que gozaba el subcontratista no positivizado por la LC, quizás porque la acción directa no es un privilegio del crédito, sino que opera en un supuesto muy especial —las obras por ajuste o a precio alzado— en beneficio de quienes han contribuido a su realidad, de modo que su trabajo o los materiales se han incorporado definitivamente a otro patrimonio, sin recibir la debida contraprestación.

Con independencia de la falta de expresión del fundamento o la causa de la redacción de ambos preceptos, parece que el legislador no quiere que el subcontratista evite los efectos del concurso de la constructora que le contrató los trabajos y el suministro de materiales puestos en la obra ejecutada por encargo de la comitente, ni por tanto, vea satisfecho su crédito al margen del mismo en un procedimiento judicial tramitado ante los juzgados de primera instancia que territorialmente resulten competentes, sustrayéndose de sus vicisitudes (prelación de créditos; quitas y/o esperas, etc.).

No hay duda de que el subcontratista, que es el sujeto más débil en la cadena de contratación, ha sido el desfavorecido en esta reforma, a pesar de ser titular de un crédito líquido,

vencido y exigible que la ley sustantiva (*ex art. 1597 CC*) le permite reclamar contra el dueño de la obra haciendo valer su propio crédito. El subcontratista no ejercita el derecho del contratista, ni actúa en sustitución de éste como si se tratara de una acción subrogatoria (*art. 1111 CC*), sino que es titular de una acción propia dirigida a exigir del dueño de la obra el pago de su crédito<sup>13</sup>.

Además, la acción directa no se dirige contra el patrimonio de la concursada, sino contra el de un tercero que, por disposición legal, viene obligado a responder frente a la reclamación del subcontratista.

Con la nueva regulación que la LC se ha dado a la acción directa del *art. 1597 CC* desde el punto de vista procesal, la posición del subcontratista ha quedado notablemente mermada y se encuentra en clara desventaja para el cobro de su crédito respecto a la situación anterior a la reforma, en la que como hemos visto, si había reclamado con anterioridad a la declaración de concurso de la constructora, podía ver satisfecho su crédito en un procedimiento que quedaba salvaguardado del concurso, como veremos a continuación.

#### 1. PROHIBICIÓN DE EJERCITAR JUDICIALMENTE LA ACCIÓN DIRECTA *EX ART. 1597 CC* CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL CONSTRUCTOR, CONTRATISTA PRINCIPAL

Una vez declarado el concurso de la contratista principal, al subcontratista se le ha privado de la posibilidad de accionar contra el dueño de la obra para la reclamación del crédito en los términos del *art. 1597 del CC* y en tal sentido dispone el nuevo apartado 3 del *art. 50 LC*:

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 1597 del Código Civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo.

Lo primero que nos llama la atención de la literalidad de este precepto es que contiene un mandato dirigido a los juzgados de primera instancia, que son los competentes para conocer de la demanda que el subcontratista interpone contra el dueño de la obra (deudor de la constructora), para que no la admitan a trámite y no una prohibición dirigida directamente a «los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente

13. Tajante resulta SANZ BOSCH, F. J., *op. cit.*, pág. 7, cuando indica: «En resumen, el legislador ha optado por eliminar cualquier posibilidad de ejercicio de acción directa, sometiendo a los acreedores del concurso que estuvieran facultados al ejercicio de las mismas al proceso concursal y preservando para la masa activa del concursado cantidades pendientes de pago que podrían haber sido susceptibles de verse afectadas por dichas acciones directas». Aunque a continuación matiza este autor que el legislador podría haberle limitado el funcionamiento de la acción directa frente a empresas concursadas y a la vez, otorgarle un adecuado «privilegio» en sede de concurso a los créditos amparados por el *art. 1597 CC*. El privilegio estribaría en concederle una suerte de garantía frente a un derecho de crédito concreto del patrimonio de la concursada, como sería los créditos pendientes de cobro por el concursado frente al dueño de la obra, sobre los que, de hecho, tiene una preferencia de orden legal *ex art. 1597 CC*, con los consiguientes inconvenientes legales que dicha concesión se derivan y en los que no vamos a entrar.

contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código Civil», para que no ejerciten judicialmente el derecho de cobro de su crédito ante el juzgado de primera instancia territorialmente competente a través del ejercicio de la acción directa frente al comitente que, por cierto, no ha sido declarado en concurso. Tal vez el legislador ha querido permitir a los subcontratistas que reclamen extrajudicialmente con fundamento en el art. 1597 para evitar la prescripción de la acción frente al dueño de la obra, pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 1973 del CC, la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales.

Si el subcontratista interpone la demanda en ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC contra el dueño de la obra una vez declarada la contratista en concurso de acreedores, el juzgado de primera instancia que por turno de reparto le corresponda, o mejor dicho, el secretario judicial dictará decreto inadmitiéndola a trámite (art. 404.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC), aunque entendemos que este caso pudiera incardinarse en uno de los supuestos del apartado 2 del art. 404 de la LEC en el que se prevé que el secretario dé cuenta al Tribunal para que sea éste el que resuelva sobre dicha inadmisión a trámite.

Hay que pensar que será el propio subcontratista el que en la demanda hará mención de que el constructor se encuentra en concurso de acreedores y, como no ha visto satisfecho su crédito, la dirige contra la dueña de la obra con el objetivo de que sea ella la que satisfaga sus pretensiones económicas —hasta el límite de lo que ésta adeude a aquélla—. Porque de qué otra forma o a través de qué otro medio el juzgado de primera instancia al que por turno de reparto llegue la demanda interpuesta por el subcontratista podrá conocer que la constructora está en concurso de acreedores si ésta no es parte en el procedimiento que el subcontratista pretende seguir contra la dueña de la obra, puesto que, aunque la constructora es acreedora de la dueña de la obra y, a la vez, deudora del subcontratista, en este procedimiento declarativo que se tramita en el juzgado de primera instancia no se ha accionado contra ella.

Por su parte, la constructora en el inventario que presente con la solicitud de concurso (art. 6 LC) expresará la naturaleza del crédito y cuantía que tiene contra la dueña de la obra y, a su vez, la deuda que mantiene con el subcontratista, pero del contenido de este inventario no tendrá noticia el juzgado de primera instancia.

En cualquier caso, el art. 50 en su apartado 3 recoge un mandato expreso dirigido a los juzgados de primera instancia de inadmitir a trámite las demandas en las que el subcontratista ejercite la acción directa contra el dueño de la obra a partir de la declaración de concurso de la constructora y hasta su conclusión por alguna de las causas tipificadas en los arts. 176 y 176 bis LC. Esta es la literalidad de la norma, cuestión distinta es el efecto práctico que puede tener para un subcontratista accionar contra un deudor de una concursada cuyo procedimiento de ejecución universal acaba de concluir. Y al respecto podemos preguntarnos si en este caso el art. 1597 CC no habrá quedado vacío de contenido.

La consecuencia procesal de la contravención de este mandato expreso de inadmitir a trámite la demanda dirigida contra la dueña de la obra es el archivo de todas las actuaciones y la declaración de nulidad de todo lo tramitado contraviniendo el mandato expreso de inadmisión a trámite. Debemos de entender también, que el archivo del procedimiento judicial y la nulidad de las actuaciones puede declararse tanto de oficio por el juez de primera instancia, como a instancia de parte, conforme con lo dispuesto en los arts. 225 y concordantes de la LEC.

Así lo expresa el propio apartado 3 del art. 50 LC: «De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en último inciso del primer apartado de este artículo» que, precisamente, tiene la siguiente redacción: «De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado».

La consecuencia que para el subcontratista se deriva de esta prohibición legal de demandar al comitente, una vez declarado el deudor principal en concurso de acreedores, es la de tener que acudir al procedimiento concursal y en él insinuar el crédito, en la forma y plazos previstos en la LC, como un acreedor más, quedando sometido a los avatares propios de un procedimiento de ejecución universal —quitas, esperas, liquidación, etc.— en el que tendrá incierto el cobro del crédito y la cuantía del mismo.

Parece que el legislador concursal con la nueva reforma se ha hecho eco de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales según las cuales a partir de la declaración de concurso de la contratista el subcontratista no puede accionar contra el dueño de la obra en cobro de su crédito y tiene que acudir al concurso como un acreedor más, por la razón de que el cobro por el subcontratista del dueño de la obra impide que el crédito engrose la masa activa del concurso de la constructora en detrimento del resto de sus acreedores.

Redunda en interés del concurso preservar la masa activa y evitar que salga de ella un derecho de crédito que la constructora tiene frente al comitente. De este modo, también se salvaguarda la igualdad de trato de todos los acreedores respetando la prelación de los créditos establecida en el concurso, y sujetando a todos los acreedores al devenir del concurso (convenio, con las quitas y/o esperas acordadas en el mismo o liquidación), con la satisfacción de sus créditos a prorrata, en la medida que alcance la masa activa.

## 2. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL INICIADO A INSTANCIA DEL SUBCONTRATISTA EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1597 CC Y EN TRAMITACIÓN EN LA FECHA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA CONSTRUCTORA

Para el supuesto en que el subcontratista haya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso de la constructora un procedimiento contra el dueño de la obra tendente al cobro de su crédito a través del ejercicio de la acción directa del art. 1597 CC, el n.º 2 del nuevo art. 5 bis bajo el título «Suspensión de juicios declarativos pendientes», ordena la suspensión de este procedimiento judicial de reclamación de cantidad, concretada en un crédito líquido, vencido y exigible en ejercicio de una acción autónoma. Y se suspenderá con independencia de la fase procesal en la que se encuentre (declarativa o ejecución) desde la fecha de declaración de concurso de la constructora hasta su definitiva conclusión, al disponer en los siguientes términos:

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.

Declarada la constructora en concurso de acreedores el procedimiento judicial iniciado con anterioridad por el subcontratista quedará en suspenso, por ministerio de la ley y, para reanudarlo, no se establece plazo alguno, como lo hace el art. 19.4 de la LEC, sino

que el legislador concursal es lacónico en cuanto a la fijación de un hito concreto para su reanudación: la conclusión del concurso que, según nos enseña la práctica forense, puede durar varios años.

No dudamos de la bondad del legislador concursal con la redacción de este precepto y la preocupación que le ha movido para la incorporación a la LC en un momento en que los concursos de la constructoras son los más numerosos, de salvaguardar los interés de todos los acreedores, sin embargo parece haber obviado la legislación sustantiva y la naturaleza jurídica de la acción directa del subcontratista que la dirige no contra el patrimonio de la concursada, sino contra el de un tercero no concursado.

Constituye doctrina jurisprudencial consolidada —de la que es una muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008— que considera que el art. 1597 CC reconoce una acción directa «a los que ponen su trabajo y materiales» para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, no se trata de una acción subrogatoria (art. 1111 CC), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.

O en otra de 26 de septiembre de 2008 cuando al interpretar el Alto Tribunal el art. 1597 CC indica: «Nos encontramos ante un acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratante o subcontratista anterior, o frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente, y en tal caso, la responsabilidad de éste y el contratista es solidaria, señalando que no se trata de una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamar previa o simultáneamente al contratista, al que basta con haberse constituido en mora, sin necesidad de haber hecho excusión de sus bienes ni de haberse declarado en insolvencia. Además, otras decisiones han precisado que la responsabilidad del contratista y el dueño de la obra, cuando se ejercitan simultáneamente la acción de reclamación ordinaria del crédito y la acción directa contra el comitente, es de naturaleza indistinta o *in solidum*, si bien la responsabilidad del dueño de la obra se limita al importe máximo señalado en el art. 1597 (crédito del contratista contra el comitente). Este carácter de la acción, obsta a la apreciación del litisconsorcio pasivo necesario».

Desde el punto de vista procesal, el subcontratista se encuentra legitimado activamente para el ejercicio de esta acción, dado que el art. 1597 CC le otorga acción contra el dueño de la obra, una acción directa, que excepciona el principio de relatividad de los contratos proclamado por el art. 1257 del CC y que opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista.

Si esto es así y el subcontratista acciona como titular de un crédito propio, con fundamento en una acción autónoma y no acciona en sustitución del contratista ejercitando el derecho que a él correspondería ejercitar, como si de una acción subrogatoria se tratase (art. 1111 CC), ningún sentido tiene, desde el punto de vista sustantivo, suspender un procedimiento judicial en el que, por una parte, se ejercita una acción directa para cobro de un crédito propio, y por otra, en el procedimiento en trámite en que se ventila la acción directa, no es parte la constructora concursada.

Se ha argumentado que la razón de este precepto se encuentra en que el legislador se ha percatado de que si le permite al subcontratista cobrar su crédito en un procedimiento iniciado contra el dueño de la obra y tramitado al margen del concurso de acreedores, subtrae de la masa activa de la concursada, hasta la cantidad cobrada, la parte de crédito

que la constructora concursada tiene contra el comitente por la cantidad todavía no satisfecha<sup>14</sup>.

Y éste era el razonamiento que, con anterioridad a la reforma, aconsejaba integrar al subcontratista en la masa pasiva de la constructora una vez declarado el concurso, esto es, la acción directa cedía a favor de la especialidad del concurso y no podía iniciar un procedimiento contra el dueño de la obra, debiendo acudir a comunicar su crédito en el concurso. Por el contrario, si el subcontratista había ejercitado la acción directa antes de la declaración de concurso se producía un desplazamiento del derecho de crédito en beneficio del subcontratista, por lo que se respetaba su ejercicio porque desde que se produce el requerimiento del subcontratista al dueño de la obra, el crédito que hasta entonces tenía el contratista principal subcontrante pasa a ingresar en el patrimonio del subcontratista, por lo que el crédito ya no forma parte de la masa activa de la concursada y, de esta forma, el procedimiento del subcontratista continuada su tramitación<sup>15</sup>.

---

14. Este criterio lo aplica la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza en la sentencia de 30 de junio de 2010 cuando señala: «no es factible sustraer del procedimiento universal la integridad del débito del contratista frente a su subcontratista (en el pasivo), ni el crédito del mismo frente al comitente (en el activo), esto es que debe prevalecer la indemnidad de las masas, activa y pasiva, frente a lo que no cabe invocarse la autonomía y el carácter directo de la acción del subcontratista frente al comitente».

15. En este sentido *vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de septiembre de 2010 (AC 2010/1710) «En segundo lugar, aunque no desconocemos que la resolución de dicho juicio podría tener trascendencia para las masas activa y pasiva del concurso (influiría en el derecho de crédito del contratista concursado contra el comitente y, por otro lado, en la deuda a cargo de aquél a favor del subcontratista acreedor), la jurisprudencia ha venido entendiendo que la situación concursal de la empresa contratista carece de incidencia en la reclamación directa del subcontratista contra el comitente (sentencias de la Sala 1ª del TS de 9 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3678] y 27 de julio de 2000 [RJ 2000, 9179]), fruto de la protección especial que el legislador, por razones de equidad, ha querido otorgar al que puso trabajo o material en una obra. Resultaba por ello inmune dicha reclamación a los efectos del proceso concursal en nuestro tradicional derecho de la insolvencia. La nueva Ley Concursal tampoco proporciona, *de lege data* (a falta de una futura reforma legal que pudiera estimarlo conveniente), una regla específica para interferir en la acción directa promovida por el subcontratista contra el dueño de la obra ni que atribuya, a tenor de lo establecido en el artículo 50.1 de la LC (RCL 2003, 1748) en relación con el artículo 8 del mismo cuerpo legal, competencia al Juez de lo Mercantil, que entiende del concurso del contratista, para conocer de una contienda que lo sería entre terceros. Se ha suscitado, no obstante, una importante polémica doctrinal al respecto en la que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se sigue rechazando, de forma mayoritaria (verbigracia, sentencia de la sección 15ª de la AP de Barcelona de 2 de marzo de 2006 [AC 2006, 1594], sentencias de la sección 3ª de la AP de Granada de 30 septiembre de 2009 y de 21 de mayo de 2010 y auto de la sección 18ª de la AP de Madrid de 6 de mayo de 2010), que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habría supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista; sin embargo, se suscitan más dudas en los casos de previa declaración del concurso, en donde se abre la puerta en significativos precedentes (auto de 19 de mayo de 2010 de la sección 12ª de la AP de Madrid y auto de 9 de julio de 2010 de la sección 3ª de la AP de Granada) a la posibilidad de imponer limitaciones al ejercicio de dicha facultad al margen del proceso concursal, invocándose, para justificarlo, el principio de unidad legal al que aluden la exposición de motivos y el artículo 89.2, in fine, de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (adverso al reconocimiento de privilegios no reconocidos en sede de la normativa concursal), además de las previsiones de los artículos 49, 76 (principio de universalidad en la constitución de la masa) y 84.1 de la Ley Concursal, con la finalidad de impedir que pudieran escapar activos de la masa patrimonial del deudor considerada al tiempo de ser declarado el concurso, que es la referencia legal principal para la producción de sus efectos y que impediría que pudiera salir, desde entonces, del patrimonio del concursado el derecho de crédito que ostenta contra el comitente por la vía indirecta del ejercicio por uno de sus acreedores de la acción directa contra el dueño de la obra».

En parecidos términos, se pronuncia la sentencia de 13 de julio de 2011 (RJ 2011/1454) de la misma Audiencia Provincial de Madrid: «... Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre estas cuestiones en Auto de 17 de septiembre de 2010. En él nos hacíamos eco y acogíamos la posición mayoritaria que rechaza, en

La última reforma concursal ha cambiado el panorama y si bien, parece plausible acordar la inadmisión a trámite de las demandas presentadas ante el juez de primera instancia en ejercicio de la acción directa una vez declarado el concurso de la constructora (art. 50.3 LC), como hemos visto, dado que hasta su ejercicio no se puede hablar de desplazamiento del derecho, sin embargo no lo parece tanto respecto a la medida de suspender el procedimiento ya iniciado (art. 51 bis 2) por haberse ya consumado el desplazamiento del derecho a favor del subcontratista, y haber nacido una acción autónoma a la que posee el contratista en concurso contra el dueño de la obra.

Así las cosas, argumenta ALONSO-CUEVILLAS SAYROL<sup>16</sup>: «en el supuesto de la acción directa del art. 1597 del CC, efectuado el requerimiento del subcontratista al dueño de la obra, el crédito (por el importe que el dueño de la obra adeudase al contratista) pasa a pertenecer al subcontratista, en cuyos méritos ni la concursada posee ya acción ni crédito contra el dueño de la obra por ese crédito, ni el dueño de la obra puede pagar liberatoriamente al contratista concursado, ni el subcontratista ostenta ya ni por ende serle reconocido ese crédito contra el contratista concursado. Por lo que aunque se impida el ejercicio de la acción del art. 1597 CC al subcontratista, la concursada carecería ya de acción para reclamar su crédito contra el dueño de la obra. Otra cosa, hubiera sido, como algunos pretendían, derogar el art. 1597 del CC, pero la solución finalmente adoptada, va a generar, según me temo, más problemas que soluciones».

Estamos de acuerdo con este autor cuando indica que la aplicación práctica del precepto puede provocar más problemas que ofrecer soluciones, que es lo que se espera de todo procedimiento judicial y el concursal no es una excepción.

En primer lugar, porque se acuerda la suspensión del procedimiento iniciado y no su archivo; en segundo lugar, porque la suspensión implica espera y reanudación, aunque no tenga fecha cierta, sino que está sujeta a un término: la conclusión del concurso que se puede alargar en el tiempo, sin que el subcontratista pueda hacer efectivo su crédito.

En relación con la primera de las cuestiones, la relativa a la suspensión (que no archivo) acordada del procedimiento judicial iniciado por el subcontratista contra el dueño de la obra con anterioridad a la declaración de concurso de la constructora, puede tener incidencia directa en el procedimiento que en sede concursal inicie la constructora concursada (o la administración concursal en el caso de que se haya acordado la suspensión de sus facultades) contra la dueña de la obra para el cobro del crédito pendiente por las unidades de obra realizadas y/o los materiales suministrados y no satisfechos.

En el procedimiento seguido ante el juzgado de primera instancia entre la subcontratista y la dueña de la obra y que en virtud de lo dispuesto en el art. 51 bis 2 LC ha sido suspendido, el dueño de la obra al contestar a la demanda contra él interpuesta por el subcontratista puede oponer las excepciones que derivan de la relación jurídica obliga-

---

el contexto del vigente marco normativo, que la declaración de concurso del contratista principal deba interferir en la referida acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente, pues el ejercicio de tal facultad habrá supuesto un desplazamiento del derecho a cobrar a favor del subcontratista, citando como exponentes de dicha doctrina las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 2 de marzo de 2006, Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009 y de 21 de mayo de 2010, y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18ª, de 6 de mayo de 2010...».

16. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J.: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 16, primer semestre 2012.

cional que vinculó al subcontratista con el contratista. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de septiembre de 2008: «como la acción directa proyecta una responsabilidad solidaria entre el contratista y el dueño de la obra, de tal forma que el deudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación, además de las que le sean personales, en los términos establecidos en el art. 1148 del CC, incluso en los supuestos en que no se ejerce la acción para la reclamación ordinaria frente al contratista».

Generalmente, entre las excepciones que el dueño de la obra podrá alegar al contestar la demanda contra él dirigida y para defenderse de la reclamación dineraria, se encuentran las relativas al desarrollo de la relación obligatoria (eventuales incumplimientos o el cumplimiento defectuoso de la prestación por parte del subcontratista accionante) y a su extinción (pago o cumplimiento).

Esta solidaridad en el cumplimiento de la obligación que se produce entre el comitente y el contratista es lo que permite al primero alegar en defensa de su pretensión exculpatoria, las excepciones que se derivan de la relación jurídica de carácter obligatorio que vinculó al subcontratista y contratista. Pero, estas excepciones y otros hechos extintivos de la relación obligatoria puede suceder que en el procedimiento civil no hayan sido resueltos, precisamente porque se ha declarado su suspensión.

En seno del procedimiento concursal puede ocurrir que se tramite un procedimiento judicial de reclamación de cantidad iniciado a instancia de la constructora o, en su caso, de la administración concursal, contra la dueña de la obra —que siguen vinculadas por un contrato de obra no resuelto y por tanto en vigor (art. 61 LC)— tendente a incluir en la masa activa del concurso el importe del crédito que mantiene frente a la comitente.

Así las cosas, tenemos por un lado que el comitente es parte demandada en un procedimiento seguido ante el juzgado de primera instancia que está en suspenso y en el que nada se ha resuelto todavía, y por otro, también lo es en un procedimiento instado con la constructora concursada ante el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso que, en principio, ninguna causa concurre que le impida continuar por sus trámites legales hasta concluir por sentencia (art. 8 LC) y en el que, previsiblemente, el comitente demandado podrá reproducir las mismas causas de oposición y las mismas excepciones que ha alegado al contestar a la demanda en el procedimiento que ha quedado suspendido.

Ante este panorama procesal que hemos dibujado, podemos preguntarnos si nos encontramos ante un supuesto de prejudicialidad civil a la que hace referencia el art. 43 de la LEC, que se produce, como ha dicho la STS de 22 de marzo de 2006, «cuando hay conexión entre el objeto de los procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro».

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 de la LEC: «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio [el ventilado en el juzgado de lo mercantil entre la concursada-constructora y el dueño de la obra] sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil [el suspendido en el juzgado de primera instancia entre el subcontratista y la dueña de la obra iniciado antes de la declaración del concurso de la constructora] si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial».



Este precepto contempla la posibilidad de que se acuerde la suspensión de un proceso civil cuando exista otro en marcha en el que su objeto principal lo sea prejudicial del presente y la suspensión se mantendrá hasta en tanto el tribunal que conozca del cuestión prejudicial no concluya el procedimiento resolviéndola de manera firme, esto es, dictando una resolución que ponga fin de modo definitivo a la misma, sea de fondo y con carácter firme, o sea por acuerdo de las partes o de cualquier otro modo previsto en la LEC.

Si aplicamos lo previsto en este precepto al caso que nos ocupa, nos encontramos con la siguiente paradoja de que el procedimiento seguido por la constructora-concursada contra el dueño de la obra en el juzgado de lo mercantil que conoce del concurso debe ser suspendido hasta que no concluya el procedimiento que el subcontratista inició con carácter previo contra el comitente, pero resulta que éste no puede continuar su tramitación porque está suspendido por aplicación del art. 51 bis 2 de la LC. Resulta ciertamente un poco absurdo que la concursada no puede hacer efectivo su crédito contra la dueña de la obra debido a la medida de suspensión de un procedimiento adoptada por el legislador concursal para la defensa de sus derechos y en beneficio del resto de los acreedores y que se interpuso con la finalidad de que dicho crédito engrosara la masa activa del concurso.

Se ha argumentado también que tendría una importante incidencia el procedimiento suspenso en el caso de que la constructora instase, ante el juez del concurso (art. 8 LC) un procedimiento contra la dueña de la obra en reclamación del crédito pendiente de pago. En este caso, la comitente podría esgrimir falta de legitimación activa del contratista para el ejercicio de la acción, puesto que, el ejercicio judicial de la acción directa del subcontratista supone un desplazamiento del derecho de crédito a favor de dicho contratista, en perjuicio del contratista concursado que no puede cobrar el crédito contra el dueño de la obra porque carece de acción al producirse un desplazamiento del crédito de la masa activa al patrimonio de subcontratista, pero éste tampoco podría cobrar el crédito porque el procedimiento está en suspenso hasta la conclusión del concurso.

Ahora bien, no podemos perder de vista que el subcontratista puede ser titular de un crédito en cuantía inferior al que tiene el contratista contra el dueño de la obra, por lo que no se produce un desplazamiento íntegro del crédito sino hasta la cantidad adeudada a la constructora de la que también resulta acreedor el subcontratista. En cuanto al resto, no existe obstáculo para que la constructora reclame su pago a la comitente. El art. 1597 CC, como hemos visto, fija un límite máximo para la reclamación del subcontratista contra el dueño de la obra «hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

Otro de los inconvenientes que la aplicación de este precepto puede plantear, por cuando no ha ordenado el archivo, sino la suspensión del procedimiento, se produce en el supuesto de que el subcontratista con la demanda haya pedido como medida cautelar el embargo preventivo de bienes del dueño de la obra y se haya acordado por medio de auto y anotado en el correspondiente Registro. El art. 51 bis 2 LC no dice que la suspensión del procedimiento tiene como consecuencia el levantamiento de las medias cautelares acordadas que, por otra parte, solo pueden alzarse o modificarse (*ex art. 743 LEC*) si el procedimiento en que se acordaron continúa, pero no si se encuentra suspendido.

Hasta aquí algunos de los problemas que se pueden plantear cuando por efecto de la declaración de concurso se suspende, en fase declarativa, el procedimiento iniciado por el subcontratista, pero podemos decir lo mismo cuando ya se encuentra en fase de ejecución la sentencia que le ha puesto fin y que es firme; qué ocurre si el subcontratista ha logrado embargar un bien de la dueña de la obra y quiere iniciar el procedimiento de apremio ante

la insatisfacción de su crédito vencido, líquido y exigible y además reconocido en un título ejecutivo (art. 517 LEC).

En este supuesto no podemos defender que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55 LC que bajo el título «Ejecuciones y apremios» prohíbe que se inicien ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado, —con la excepción prevista para los acreedores con garantía real y según los supuestos—; ordena la suspensión de las que se hallaren en tramitación e incluso, a su amparo, puede el juez del concurso acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados «cuando el mantenimiento de los mismos dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado», establece el precepto después de la reforma de la Ley 38/2011, porque la dueña de la obra, titular del bien sobre el que se ha trabado embargo, no es la concursada.

El art. 565.1 LC bajo el epígrafe «De la suspensión y término de la ejecución», regula la suspensión del procedimiento de ejecución y establece:

Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.

A tenor de lo dispuesto en este precepto y la jurisprudencia y doctrina científica que lo interpreta, para que se decrete la suspensión de un procedimiento de ejecución, se ha de prescribir expresamente en los preceptos de la LEC, o bien ha de convenirse por todas las partes, en aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil (art. 19 LEC). Esto es, las causas de suspensión de la ejecución están tasadas en la Ley.

A lo largo del articulado de la LEC se recogen algunos supuestos donde se produce la suspensión de forma automática, como es el caso de la oposición a la ejecución en caso de despacho fundado en títulos extrajudiciales (art. 557.2), en tanto que en otros supuestos se admiten expresamente el mantenimiento de los embargos y medidas de garantía acordadas, como es el caso del recuso contra el auto estimatorio de la oposición (art. 561.3).

Además de estos casos, los arts. 566 a 569 todos de la LEC contemplan la eventualidad de la suspensión por el propio Tribunal que esté conociendo de ella, en casos específicos como son: *a*) en los casos de admisión de demanda de revisión o rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía (art. 566); *b*) en el caso de interposición de recursos ordinarios en el supuesto que prevé el art. 567; *c*) en caso de situación concursal (art. 568) y *d*) el art. 569 la suspensión por prejudicialidad penal.

Consideramos que el art. 568 no resulta de aplicación a la ejecución instada por el subcontratista contra el dueño de la obra, pero sí el art. 565.1, antes reproducido, que establece que se podrá suspender la actividad ejecutiva cuando la ley ordene o prevea la suspensión de la ejecución o de una concreta actividad ejecutiva de modo expreso<sup>17</sup>.

Y en este caso, el art. 51 bis 2 LC expresamente prevé la suspensión de los procedimientos declarativos iniciados sin distinguir la fase procesal en la que se encuentran.

17. Sobre el carácter restrictivo de la suspensión de la ejecución forzosa por expresa disposición legal se ha pronunciado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, *vid.*, entre otras, SAP Asturias, auto 15 enero 2004 (La Ley 1639974/2004), que no ha admitido la suspensión de la ejecución pues ningún precepto la contemplaba para el supuesto concreto planteado; SAP Soria, auto 23 enero 2004 (La Ley 1701993/2004) y SAP Madrid, auto 31 octubre 2002, que deniega la suspensión de la ejecución solicitada porque: «no se contempla el supuesto de suspensión de una sentencia firme por el planteamiento o haberse instado, un nuevo proceso de modificación de medidas» y, SAP Barcelona 28 febrero 2005 (EDJ 2005/49825).

En definitiva, la regla general del art. 565 LEC es que la suspensión siempre ha de tener como fundamento una disposición legal que así lo exprese o el acuerdo de todas las partes personadas. Precisamente, la LEC impide que se suspenda el proceso de ejecución fuera de los casos expresamente contemplados en ella, con el objeto de evitar dilaciones en la tutela judicial ejecutiva (art. 24 CE). Además, como señala el art. 570 de la LEC, «La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante» y es que el derecho a la ejecución forzosa forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, que hemos indicado, con el objetivo de que la satisfacción del ejecutante sea completa y real.

Ahora bien, la suspensión de un procedimiento implica reanudación, precisamente como indica SERRANO FENOLLOSA, «lo relevante del precepto es que la acción directa no decae frente al concurso, sino que simplemente queda en suspenso hasta que concluya el proceso concursal. Quiérese decir con ello que, una vez finalizado el concurso, la acción directa ya iniciada continuará su curso, quedado condicionado su éxito frente al comitente en función de la forma en la que concluya el proceso concursal»<sup>18</sup>.

Y esta reanudación no se producirá hasta que el concurso de la constructora concluya por alguna de las causas establecidas en la LC. A partir de este momento, el subcontratista puede poner en conocimiento del juez de primera instancia esta circunstancia y se alzarán la suspensión y el procedimiento continuará su tramitación en la fase en la que haya quedado en suspenso, salvo que el subcontratista —acreedor de la concursada— viera satisfecho su crédito dentro del concurso, porque tanto el dueño de la obra como el contratista son deudores solidarios del subcontratista y el pago por cualquier de ellos (art. 1145 CC) extingue el crédito. Por lo que, en ese caso el procedimiento iniciado en el juzgado de primera instancia contra la dueña de la obra, debe archivarse conforme con lo dispuesto en el art. 22 de la LEC que regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal del actor que, cualquiera de las partes puede poner en conocimiento del juzgado para que el secretario dicte un decreto por el que se ponga fin al procedimiento con plenos efectos materiales de cosa juzgada y liberatorios para el demandado.

No obstante lo anterior, y a pesar de las críticas que se han vertido sobre la falta de coordinación de los preceptos concursales con los sustantivos y de que la reforma concursal es eminentemente procesal y que se ha hecho sin tener en cuenta las normas materiales o sustantivas vigentes y no modificadas por la citada Ley de reforma de la LC. Sin embargo, en la LC encontramos principios de orden material que fundamentan la necesidad de poner limitaciones al ejercicio de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en el supuesto de concurso de la constructora, así podemos enumerar, entre otros, los siguientes:

#### a) Principio de unidad legal y de sistema

Este principio que podemos denominar *unidad legal y de sistema del concurso*, se enfatizaba en la Exposición de Motivos de la LC de 2003, cuando dice:

18. SERRANO FENOLLOSA, G.: «Novedosa solución a la pugna entre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil y el principio *par conditio creditorum*», Diario *La Ley*, n.º 7844, Sección Tribuna, 24 Abr. 2012, Año XXXIII, ed. LA LEY (La Ley 4127/2012), pág. 3.

La Ley opta por los principios de unidad legal (texto único de Derecho material y procesal) de disciplina (comerciantes y no comerciantes) y de sistema (procedimiento único).

Añadiendo: «La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares, cualquiera que sea el órgano del que hubieran dimanado. El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión».

En el Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se contiene: «La reforma de la Ley Concursal que ahora se lleva a cabo no es una reforma radical de la misma ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada... Esta Ley representa un importante hito en nuestro Derecho de la insolvencia, al que incorporó soluciones económicas razonables, acompañadas de diversas garantías y de la creación, a través de la Ley Orgánica complementaria aprobada junto a aquélla, de una jurisdicción especializada y ampliamente reclamada, constituida por los jueces de lo Mercantil».

Podemos afirmar que la acción directa del art. 1597 del CC tiene, precisamente, «especial trascendencia para el patrimonio del deudor», si se permitiera su ejercicio con independencia del concurso de la constructora, sustanciándose en un procedimiento declarativo tramitado ante el juzgado de primera instancia competente, de prosperar la pretensión económica del subcontratista satisfaría su crédito con cargo al patrimonio del dueño de la obra y con el límite de lo que éste adeude al contratista, al margen del procedimiento concursal y con independencia de sus vicisitudes, como hemos señalado.

Por su parte, el dueño de la obra, por la cantidad adeudada a la constructora concursada, figurará en el inventario como deudor, formando parte de la masa activa del concurso<sup>19</sup>.

#### *b) Principio de continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado y conservación de la empresa*

Como sabemos, la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor («Exposición de motivos» y art. 44 de la LC). Es decir, desde la legalidad vigente, la declaración de concurso no impide la continuidad de las actividades profesionales o empresariales del deudor concursado.

Creemos que esta continuidad en la actividad empresarial o profesional y la conservación de la misma, podría verse perjudicada si fuese viable la acción directa del art. 1597 CC

19. En palabras del auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid de 12 de septiembre de 2011 (JUR 2011/337215): «La acción directa del art. 1597 del CC afecta de modo directo en el patrimonio de la concursada, al estar directamente dirigida a un derecho de crédito de la concursada respecto a su comitente (dueño de la obra), de tal modo que la estimación o desestimación de la demanda afectará a la conformación del activo concursal, aunque no sea parte (pudiendo serlo principal, voluntaria adhesiva simple o adhesiva litisconsorcial (art. 13 LEC) la concursada».

ejercitada con posterioridad a la declaración del concurso, al poder tener viabilidad la pretensión económica del subcontratista, en detrimento de la continuidad de la empresa porque el dueño de la obra continúa siendo deudor de la contratista por el importe de las unidades de obra ejecutadas certificadas y no satisfechas. Y lo mismo puede decirse de permitirse que continúe el procedimiento iniciado con posterioridad a la declaración del concurso, de ahí que se haya acordado la suspensión.

Sin embargo, en este punto nos mostramos totalmente de acuerdo con OLIVENCIA<sup>20</sup> cuando señala: «Un punto en el que considero necesario aclarar el diagnóstico que la exposición de motivos de la Ley 38/2011 formula de los defectos de la LC es el relativo al “incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, cuando la mayoría de los concursos concluyen con “liquidaciones de empresas, cese de actividades y despido de trabajadores”. Es evidente que “el incumplimiento” no es imputable a la LC, sino que significa la falta de realización práctica de la finalidad conservativa del concurso».

### c) Principio de reducción de privilegios a los que expresamente mencione la LC

Debemos tener presente que el procedimiento concursal diseñado por la LC constituye un medio para la ejecución universal del patrimonio del deudor, sea persona física o jurídica, que se encuentre en estado de insolvencia (arts. 1 y 2 LC).

Es un procedimiento que tiene por finalidad la satisfacción de los acreedores en caso de insolvencia del deudor común. Por esta razón, el concurso se rige, básicamente, por el principio de *par conditio creditorum*, esto es, por la idea de que todos los acreedores, para la satisfacción de sus créditos, son de igual condición frente al patrimonio del deudor común.

Este principio de igualdad de condiciones de los acreedores frente al concursado conduce a lo que se ha denominado *la ley del dividendo*, de forma que, si el patrimonio del deudor común resulta insuficiente para atender a todos los créditos, se divide entre los acreedores a prorrata o en proporción de todos ellos, de suerte que el sacrificio que hayan de hacer sea para todos, proporcionalmente, igual. Y el subcontratista por el crédito que tiene frente al contratista concursado no constituye una excepción, de forma que su crédito ha de verse reducido por los avatares del concurso o satisfecho en el plazo que en el convenio se acuerde, sin posibilidad de hacerse íntegramente efectivo por un deudor solidario posiblemente solvente (el dueño de la obra). Porque el art. 1597 CC no concede al subcontratista ni un derecho de ejecución separada, ni un derecho de abstención del convenio concursal, ni un privilegio crediticio<sup>21</sup>.

20. OLIVENCIA, M.: «Las reformas de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2012, pág. 17, Editorial LA LEY, pág. 1.

21. De la misma opinión es MAGDALENO, A. (La acción directa y la insolvencia del contratista”, *ADCo*, 15, 2008-3, págs. 125-138): “La acción directa del subcontratista no concede, en ningún caso, un privilegio para este tipo de acreedores. Los principios de universalidad, continuidad de la actividad empresarial y *par conditio creditorum* de la LC, necesariamente, deben afectar a la forma de interpretar la independencia o no de la acción directa en situaciones concursales del contratista, aunque la LC no haya modificado ni derogado, como hemos dicho, el art. 1597 del CC. Si la acción directa se ejercita por el subcontratista y se paga por el comitente con anterioridad a la declaración del concurso, el pago se habrá realizado correctamente y el crédito no formará parte de la masa activa de la concursada. Si la acción directa se ejercita con posterioridad a la declaración del concurso,

Si bien es cierto que después de esta última reforma en la que se elimina cualquier posibilidad de ejercicio de la acción directa, se han alzado voces que reconociendo que «indudablemente existe de facto, una suerte de halo de especialidad, excepcionalidad o “privilegio” en torno al crédito del subcontratista que estaría amparado por la acción directa *ex art.* 1597 CC. Ello podría significar la necesidad de considerar, sin menoscabar los fines del propio proceso concursal, el otorgamiento de un adecuado “privilegio” en sede del concurso a los créditos amparados por el art. 1597 del CC»<sup>22</sup>.

*d) Principio de tratamiento igualitario de los créditos concursales*

Otro argumento tendente a defender las limitaciones que sufre el subcontratista podría ser el constituido por el tratamiento que la LC le brinda a los llamados créditos concursales, de manera que no queda excluido ninguno de los existentes contra el deudor común. A estos efectos resultan significativos los siguientes preceptos:

- i. El art. 49 proclama la universalidad de la masa activa cuando dispone: «Integración de la masa pasiva. Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

La LC obliga a todo acreedor, una vez se ha producido la declaración en concurso de su deudor, a integrarse en la masa pasiva y estar a las resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo los casos excepcionales que la Ley permita.

El subcontratista no es más que un acreedor del concursado que no puede quedar al margen de la ejecución universal del patrimonio de su deudor.

- ii. También puede resultar significativo lo dispuesto en el art. 84.1 LC: «Créditos concursales y créditos contra la masa: Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa.
- iii. El apartado 1 del art. 85 bajo la rúbrica «Comunicación de créditos», es concordante con lo dispuesto en el art. 21.1, que expresamente cita: «El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: 5º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal al existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el art. 23».
- iv. En relación con lo que acabamos de señalar, también las reglas de la LC en materia de clasificación de créditos podrían esgrimirse como argumento contra la compatibilidad de la acción directa del art. 1597 con la situación de concurso del contratista. En

---

la misma debe decaer frente a la especialidad de la LC. El crédito frente al comitente será considerado como un activo de la masa».

22. SANZ BOSCH, J. F.: «Acción directa y concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, segundo semestre de 2011.

este sentido, la «Exposición de motivos» de la Ley Concursal 2003 dice: «La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce al ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas...».

- v. El art. 89.1 LC establece las clases de créditos concursales y el inciso final del apartado 2 dispone: «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»<sup>23</sup>.

#### *d) Principio de universalidad*

El artículo 49 LC proclama la universalidad de la masa pasiva «sin más excepciones que las establecidas en la Leyes». Para que el procedimiento concursal, como juicio ejecutivo universal, pueda cumplir su finalidad de servir a la satisfacción colectiva de todos los acreedores del deudor común es necesario que afecte a todos los créditos y relaciones patrimoniales que pesan sobre el deudor insolvente. Por esta razón, una vez declarado el concurso, todos sus acreedores, ordinarios o no, cualquiera que sea su condición, nacionalidad o domicilio, quedan integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49 LC).

23. Estos principios han sido recogidos en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de febrero de 2009 (JUR 2009/262303) al resolver cuestión de competencia objetiva, señala que: «... Es precisamente la operatividad de la LC lo que esgrimen los administradores concursales, pretendiendo una reinterpretación de la doctrina anterior ante los nuevos principios que la nueva Ley ha consagrado, procurando evitar que, mediante una acción directa de este tipo, se detraigan partes sustanciales de la masa activa y se den preferencias a determinados acreedores que la LC no ha recogido, haciendo inviable la continuidad de la empresa, que es un objetivo central para el legislador de 2003. Ciertamente, la LC ha puesto fin a una situación que la doctrina venía calificando de caótica y absolutamente lamentable. Delimitar qué acreedores deben verse sujetos al proceso concursal, de por sí tarea compleja, resultaba extremadamente difícil por la multiplicidad, heterogeneidad, asistematicidad y dispersión normativa de los privilegios concedidos a algunos de ellos y las posibilidades de ejecución separada. Es perfectamente explicable por ello que la Exposición de Motivos de la nueva LC resalte como uno de sus objetivos centrales el de rescatar el principios de igualdad de trato entre los acreedores, admitiendo excepciones muy contadas y siempre justificadas y reduciendo los privilegios y preferencias a efectos del concurso (Epígrafe V), lo que ha conectado a la legislación española con la de nuestro entorno. Pero resulta inexacto pretender que la LC haya restaurado la igualdad de trato, pues ésta no ha existido nunca. La doctrina es constante al advertir, en un examen de nuestros institutos concursales, que la idea de que las pérdidas sean distribuidas entre todos los acreedores por igual y de forma paritaria nunca llegó a concretarse, unas veces porque algunos de ellos se protegían de posibles insolvencias mediante garantías convencionales, y otras porque esa protección específica era otorgada por el mismo legislador en atención a sus características. Las preferencias siguen existiendo, por tanto, aunque se vean recortadas. Pero es cierto que ese propósito inicial de acabar con la dispersión de los privilegios también se concretó en el debate sobre si era necesario respetar las preferencias extraconcursoales, o por el contrario proclamar un principio de exclusividad concursal, de modo que sólo por la LC es posible establecer prioridades a la hora de distribuir la masa activa. Y en este sentido, el legislador ha optado claramente por esta última opción, ubicando y sistematizando los privilegios y derechos preferentes en la sede concursal que les es propia, de modo que todos los bienes y derechos de crédito del concursado se integran en la masa activa, regida por el principio de universalidad que proclama el artículo 76, y todos los acreedores del deudor, de cualquier tipo, nacionalidad y domicilio, se integran en la masa pasiva, según el artículo 49, determinando al efecto el artículo 89.2 de la LC que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”».

Respecto a la masa activa rige el principio de universalidad al que se refiere el art. 76 LC que, precisamente, bajo la rúbrica «Principio de universalidad», reza en su apartado 1: «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor, a la fecha de declaración del concurso, y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Es decir, como consecuencia de la declaración de concurso, todos los bienes y derechos pertenecientes al deudor, conocidos o no, y los que se reintegren pasan a integrar la masa activa. Y es que la principal garantía con que cuentan los acreedores para el cobro de sus créditos es el patrimonio del concursado, conforme al principio general de responsabilidad patrimonial universal acuñado en el art. 1911 del CC, según el cual, el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

No podemos desconocer que la resolución del procedimiento que el subcontratista siguiera contra el dueño de la obra tiene una importantísima transcendencia económica para las masas activa y pasiva del concurso (influiría en el derecho de crédito del contratista concursado contra el comitente y, por otro lado, en la deuda a cargo de aquél a favor del subcontratista acreedor).

En definitiva, entendemos que la última reforma concursal ha puesto fin al remedio del que gozaba el subcontratista de accionar contra el dueño de la obra antes de la declaración de concurso de la constructora, de tal forma que la voluntad del legislador es que el subcontratista quede integrado en la masa del concurso y sometido a sus avatares. Habrá que esperar, como en tantas ocasiones, a los pronunciamientos de los juzgados de lo mercantil y audiencias provinciales para comprobar si en realidad con los criterios de la reforma puestos en práctica se están amparando los intereses del concurso de la constructora y la satisfacción de los acreedores conforme al principio de la *par condicio*.

Como indica OLIVENCIA cuando analiza y critica esta última reforma, «En nuestro caso, el objeto de regulación es la situación de insolvencia del deudor común, y la finalidad esencial, la satisfacción de los acreedores conforme al principio general de la *par condicio*»<sup>24</sup>.

Y ésta debió de ser la razón para que el legislador concursal en la última reforma operada borrara cualquier posibilidad de ejercicio de acción directa por parte de los subcontratistas para el cobro del crédito del dueño de la obra y, en muchas ocasiones también, la posibilidad de seguir subsistiendo en el tráfico mercantil. ❀

---

24. OLIVENCIA, M.: «Las reformas de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 16, Sección Estudios, Primer semestre de 2012, pág. 17, Editorial LA LEY, pág. 1.