

La ineficacia relativa del pacto de *non cedendo* y la acción de los subcontratistas en el concurso

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\169685; Magistrado Ponente: Luis Garrido Espá)

José María Arteta Freire

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\169685; MP: Luis Garrido Espá), abre una nueva vía en la interpretación judicial de la eficacia del pacto de non cedendo, apartándose de las dos interpretaciones judiciales existentes hasta ahora. Dicha sentencia no se encuadra dentro de los pronunciamientos judiciales que señalan que la cesión efectuada contra el pacto es inválida, ni en los que abogan por la eficacia de la misma si el cesionario desconoce la existencia del pacto. Por el contrario, admite la ineficacia relativa de la cesión, que implica que la cesión contraria al pacto sea ineficaz frente al deudor, pero vinculante para el resto. Asimismo, la Audiencia Provincial también se plantea otras cuestiones, como son: si la cesión de un crédito pro solvendo permite ejercer el derecho de separación previsto en el artículo 80 de la [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#) y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil dentro del concurso de acreedores.

The Court of Appeal of Barcelona, in its judgment of 29.3.2012 (JUR 2012\169685; MP: Luis Garrido Espá), establishes a new way to interpret the efficiency of the pactum of non cedendo, which is different from the interpretations held by the rest of Spanish courts. The Court of Appeal does not validate the assignment if the assignee is unaware of the existence of said agreement (pactum de non cedendo), or the inefficiency of the assignment of rights carried out against the clause. On the contrary, the judgment admits the relative inefficiency, which means that the assignment of rights made against the pact will not be binding for the debtor but for the rest. Furthermore, the Court of Appeal takes two more issues into consideration: whether the assignment of credits pro solvendo entitles to claim the right of separation from the insolvency estate (article 80 of the [Law 22/2003, of 9 July, on Insolvency](#)) and whether it entitles to exercise the direct action of the second-level executor in the insolvency proceedings (article 1597 of the Spanish Civil code).

Title: The relative inefficiency of the *pactum of non cedendo* and the direct action of the second-level executor in the insolvency proceedings

Palabras clave: ineficacia relativa del pacto de *non cedendo*, cesión de créditos, concurso de acreedores, acción directa de los subcontratistas

Keywords: relative inefficiency of the *pactum of non cedendo*, assignment of rights, insolvency proceedings, direct action of the second-level executor

Sumario

1. Hechos
2. La eficacia del pacto de *non cedendo*
3. Derecho de separación y la cesión de créditos *pro solvendo* en el ámbito concursal
4. La acción directa prevista en el artículo 1597 CC dentro del concurso
 - 4.1. Características de la acción directa del artículo 1597 CC
 - 4.2. Concurso de acreedores, artículo 1597 CC y la reforma de la Ley 38/2011
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Hechos

El día 24 de marzo de 2009, la mercantil "Tiferca S.L." fue declarada en concurso. Con anterioridad a dicha declaración había celebrado un contrato de descuento bancario con la "Caixa d'Estalvis del Penedès" (en adelante, CEP). En virtud de este contrato, "Tiferca, S.L." cedía a CEP el derecho de crédito que ostentaba frente a "ICF Equipaments S.A.U." (en adelante, ICF) por las obras realizadas por "Tiferca, S.L." en la construcción de una comisaría de policía en Valls, a cambio de que se le anticipase el importe del mismo una vez detraídos los intereses hasta la fecha de vencimiento. El crédito cedido por "Tiferca, S.L." a CEP estaba representado por la factura girada el 30 de noviembre de 2008 por la concursada contra ICF.

"Tiferca, S.L." cedió el crédito a CEP el día 29 de diciembre de 2008. El 8 de enero recibió el anticipo del importe del crédito cedido, que fue abonado por CEP. El 13 de enero de 2009, la concursada notificó la cesión a ICF y, en esa misma fecha, la empresa cedida (ICF) comunicó al cesionario CEP su intención de no abonar el crédito que se había cedido pues, en el contrato de obra firmado por ICF y "Tiferca, S.L.", figuraba un pacto de *non cedendo* en virtud del cual, para ceder o endosar las certificaciones de obra, era necesario su consentimiento y no lo había dado.

Por otra parte, el crédito cedido derivaba de un contrato de obra que la empresa cedida (ICF) y la concursada ("Tiferca, S.L.") habían suscrito para la construcción de una comisaría en Valls. Asimismo, "Tiferca, S.L." subcontrató trabajos y suministro de materiales a otros subcontratistas y proveedores, y éstos, ante el impago de sus créditos, decidieron interponer la acción directa prevista en el artículo 1597 CC para reclamar el cobro de la deuda al dueño de la obra, esto es, a ICF. Dadas las reclamaciones que estaba recibiendo por parte de los subcontratistas, ICF consignó el importe de la cantidad que adeudaba a la concursada, solicitando que la consignación tuviese efectos liberatorios y que se resolviera sobre el destino de la misma.

CEP, dentro del concurso de "Tiferca, S.L.", solicitó la separación del derecho de crédito que le correspondía, no siendo reconocida esta pretensión por la Administración Concursal, que por el contrario señaló que la cesión no se había producido por no mediar el previo consentimiento de ICF. Ante dicha negativa se instó el correspondiente incidente concursal, dictando sentencia el JM núm. 8 de Barcelona, de 26.4.2010 (incidente concursal núm. 2010\176), en la que tampoco se admite el derecho de separación a CEP. Frente a dicha sentencia se planteó recurso de apelación por CEP, que ha sido resuelto por la SAP 29.3.2012 (JUR 2012\169685) que a continuación se comenta.

Las cuestiones que se plantea la AP Barcelona son, por el orden en que aparecen en la sentencia: (i) la eficacia del pacto de *non cedendo*; (ii) el derecho de separación y la cesión de créditos *pro solvendo* en el ámbito concursal; (iii) la acción directa prevista en el artículo 1597 CC dentro del concurso.

2. La eficacia del pacto de non cedendo

El pacto de *non cedendo* se encuentra regulado en el artículo 1112 CC. Dicho precepto establece que “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. La regla general, por tanto, es la libertad de transmisión de los créditos, si bien las partes pueden acordar limitarla estableciendo un pacto que lo impida. El debate en torno al pacto de *non cedendo* no se ha centrado en la validez del mismo, pues como se acaba de ver está reconocido por el artículo 1112 CC, sino en relación a su eficacia.

No obstante, antes de analizar la eficacia, conviene precisar qué se entiende por pacto de *non cedendo* y la finalidad que tiene atribuida. El pacto de *non cedendo* se puede definir como el acuerdo que alcanzan las partes y que consiste en imposibilitar la cesión del crédito por el cedente a un tercero. No obstante, como señala MIQUEL, no debe entenderse el pacto como prohibición de disponer, sino “(...) más bien (como) una condición bajo la que nace el crédito y bajo la que se obliga el deudor”¹. No es que exista una obligación de no transmitir el crédito, sino que el crédito, desde su origen, desde su creación, se configura como intransmisible, y es por ello que no se puede ceder al cesionario. Por tanto, cuando nos referimos al pacto *non cedendo*, no hacemos mención a un crédito que desde un principio es transmisible pero que posteriormente no puede cederse por mediar un pacto ulterior de intransmisibilidad, lo que supondría una prohibición de disponer, sino que, por el contrario, aludimos a la voluntad conjunta de las partes de crear el crédito de que se trate con la condición de no cedible².

El pacto se incluye para proteger al deudor que no quiere relacionarse con un tercero. Los motivos por los que puede no querer tratar con otro que no sea el acreedor son diversos, pudiéndose citar, a título de ejemplo, el hecho de que el cesionario pueda ser más severo que el acreedor cedente o la imposibilidad de compensar determinadas deudas frente al cesionario que sí podría oponer al cedente³.

Volviendo a la eficacia del pacto, la sentencia expone la posición mantenida por el profesor DIEZ-PICAZO y, si bien la AP Barcelona señala su intención de no contradecir dicho criterio, posteriormente opta por una solución distinta. Según el autor citado, la cesión debe entenderse eficaz, aun existiendo un pacto de *non cedendo*, si el cesionario desconocía la existencia del pacto o, lo que es lo mismo, si el cesionario era de buena fe. La consecuencia de la vulneración del pacto, según esta posición doctrinal, debe limitarse a la relación entre cedente y deudor cedido en virtud del artículo 1257 CC, debiendo el primero de ellos (cedente) resarcir al segundo (deudor cedido) los daños y perjuicios que le hubiese

¹ MIQUEL (2011, p. 18).

² MIQUEL (2011, p. 16) y ALFARO ÁGUILA-REAL (2012).

³ MIQUEL (2011, pp. 2 y 3), donde se recogen los motivos por los que el deudor puede no querer relacionarse con un tercero.

ocasionado la cesión del crédito. Solamente si el cesionario actuara de mala fe la cesión sería ineficaz, pudiendo en este caso el deudor oponerse a pagar al cesionario⁴.

Sin embargo, el artículo 1257 del CC dispone que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)”. En la cesión de créditos nos encontramos ante dos tipos de contratos, el contrato entre el cedente y el deudor donde se origina el crédito, y donde se recoge el pacto de *non cedendo*, y el contrato entre el cedente y el cesionario por el que se cede el crédito. En ambos casos existe un tercero que es ajeno a esos contratos: el cesionario respecto del contrato con pacto de *non cedendo* y el deudor respecto del contrato en el que se cede el crédito⁵. Es por ello que no parece que el criterio de la buena fe, o desconocimiento del pacto, del cesionario pueda ser suficiente para justificar la eficacia de la cesión, pues supondría reconocer una aplicación desigual del artículo 1257 CC en favor de éste respecto del deudor de buena fe, ya que al cesionario no le va afectar el pacto de incedibilidad, mientras que la cesión contraria al pacto de *non cedendo* va a ser vinculante para el deudor cedido⁶.

Como se dijo anteriormente, la finalidad del pacto es que el deudor cedido, que ha incluido el pacto de *non cedendo*, no tenga por qué relacionarse con un tercero que no sea el acreedor. Sin embargo, una vez que esto se garantiza, ¿cómo afecta la cesión a los terceros? Esto es, la cesión ¿debe entenderse que es ineficaz para todo el mundo, es decir *erga omnes*, o por el contrario la cesión es ineficaz sólo respecto del deudor y eficaz para el resto? Este último criterio es el adoptado por la tesis de la ineficacia relativa y el que sigue la sentencia que se comenta, abriendo así una nueva línea jurisprudencial en la materia⁷. Dicha tesis exige que, para que la cesión vincule a todos, salvo el deudor, el cesionario sea de buena fe, es decir, desconozca el pacto⁸. En este caso concurriría la buena fe del cesionario, pues expresamente se dice en la sentencia “sentada la buena fe del adquirente del crédito”, por lo que la aplicación de la tesis de la ineficacia relativa es perfectamente posible.

⁴ DIEZ-PICAZO (2008, p. 978).

⁵ El deudor no es parte del contrato en el que se cede el crédito. Para llevar a cabo la cesión solamente se requiere del acuerdo de voluntades del cedente y del cesionario, no siendo necesario tampoco para la eficacia de la cesión la notificación al deudor. La notificación, por el contrario, es el cauce normal para que el deudor conozca la cesión y para que el pago que se pudiese efectuar al cedente no tenga a partir de entonces efectos liberatorios (artículo 1527 CC). Respecto de la notificación, PANTALEÓN (1988, pp. 1064 y ss.) ha señalado que la misma no supone una condición de eficacia de la cesión. La cesión es eficaz *erga omnes* desde el momento en que se produce el acuerdo de voluntades entre el cedente y el cesionario, no siendo necesaria la notificación ni el previo conocimiento del deudor para que le sea eficaz. La regla del artículo 1527 CC, según este autor, es similar a la del artículo 1164 CC y lo que hace es proteger al deudor que, en virtud de la apariencia jurídica existente, paga al cedente, que ya no es su acreedor, en lugar de pagar al cesionario, que sí es el verdadero acreedor.

⁶ En este sentido, MIQUEL (2011, p. 16).

⁷ La tesis de la ineficacia absoluta de la cesión, que aboga por entender que la cesión contraria al pacto nunca llegó a producirse y que, por tanto, la cesión es ineficaz *erga omnes*, ha sido defendida por PANTALEÓN (1988, pp. 1096-1098). Por su parte, la tesis de la ineficacia relativa ha sido planteada por MIQUEL (2011, pp. 19 y ss.). También sostiene esta tesis ALFARO AGUILA-REAL (2012).

⁸ MIQUEL (2011, p. 16) afirma que “(...) la buena fe del cesionario es condición necesaria para su eventual protección”.

La sentencia señala que en una cesión de un crédito se tienen que analizar las consecuencias de dicha cesión en tres contextos distintos, o respecto de tres relaciones distintas: la existente entre el cedente y el deudor cedido, la que se da entre cedente y cesionario, y la que media entre cesionario y deudor. La sentencia se refiere a las dos últimas mencionadas, cedente-cesionario y cesionario-deudor, en su fundamento jurídico tercero de la siguiente manera:

“En la relación interna cedente-cesionario (aquí TIFERCA-CEP) la transmisión es válida y eficaz porque reúne los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa lícita) y no contraviene ninguna norma imperativa o prohibitiva que establezca la nulidad del negocio como efecto de su contravención, sentada la buena fe del adquirente del crédito y habida cuenta que la notificación de la cesión al deudor cedido no es un elemento constitutivo de la transmisión del crédito del cedente al cesionario (como han tenido ocasión de declarar numerosas sentencias del TS, por todas STS 24 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2486), sino que tan sólo representa un elemento de eficacia para obligar al deudor cedido con el cesionario como nuevo acreedor que sustituye al cedente en la relación obligatoria”.

“Si el conflicto surge entre el cesionario (CEP) y el deudor cedido (ICF), porque el primero reclama el pago al segundo, éste sólo podría oponerle el pacto que exige su previo consentimiento a la cesión para no reconocer al cesionario como titular del crédito, manteniendo la relación obligatoria con el acreedor originario (TIFERCA), mas no como elemento o circunstancia determinante de la nulidad de la cesión; tan sólo de su ineficacia relativa, en lo que atañe al deudor cedido”.

La sentencia hace bien en diferenciar las consecuencias que tiene la cesión en función de qué tipo de relación se estudie, y en aplicar la tesis de la ineficacia relativa, pues ello tiene ventajas tanto para el deudor como para el cesionario. La tesis de la ineficacia relativa protege la posición del deudor, ya que podrá oponer el pacto de *non cedendo* al cesionario cuando éste le reclame el pago. Por su parte, el cesionario podrá alegar la existencia de la cesión frente al cedente y los acreedores del mismo, pues lo contrario no supondría una mayor protección del deudor, sino de los acreedores del cedente, que verían como la masa activa en un hipotético concurso de éste se incrementa con el crédito que fue válidamente cedido al cesionario. De este modo, si se entiende que la cesión es eficaz frente a todos, salvo el deudor, dentro del concurso se podrá oponer la transmisión de crédito y solicitar la separación del mismo de la masa activa de acuerdo con lo previsto en el artículo 80 de la [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#)⁹ (en adelante, LC), o bien, si la cesión se ha realizado en garantía (prenda de créditos), se procederá a su ejecución dentro del concurso cobrando el titular de ésta con preferencia al resto de acreedores (artículo 90.1.6^o LC)¹⁰. Asimismo,

⁹ BOE núm. 164, de 10.7.2003.

¹⁰ Como ha señalado PANTALEÓN (1988, pp. 1037-1038), “(...) no existe un unitario y autónomo negocio jurídico de transmisión de la propiedad y demás derechos reales (ni abstracto ni causal) no existe tampoco un negocio jurídico unitario y autónomo de cesión de créditos. Que la cesión del crédito no es otra cosa

fuera del concurso, el cesionario podrá ejercer la tercería de dominio (artículos 595 y ss. LEC) para desvincular el crédito de los embargos que pudiesen interponer los acreedores del cedente.

Por otra parte, la tesis de la ineficacia relativa permite que se constituyan más créditos e incrementar el valor del crédito que se cede al cesionario. Si un sujeto es consciente de que, a pesar de haber incluido un pacto de *non cedendo*, su crédito puede ser cedido y que, por tanto, tendrá que relacionarse con un tercero, es posible que decida no adquirir el bien de que se trate y que no se origine dicho crédito. Por el contrario, si el mismo sujeto conoce que podrá oponer el pacto al cesionario, no tendrá que temer que el crédito se ceda, pues su posición estará asegurada. Por otra parte, el crédito del cesionario de buena fe adquirirá más valor si lo puede oponer frente a todos, salvo el deudor, pues podrá defenderse de los acreedores del cedente y de otros cesionarios a los que el cedente hubiese cedido el crédito con posterioridad¹¹. Asimismo, se puede afirmar que la tesis de la ineficacia relativa es respetuosa con la regla general derivada del principio de seguridad jurídica, en virtud del cual lo que se debe garantizar es la protección del deudor y no del adquirente. Si las partes quieren desvincularse de dicho régimen y acudir a otro distinto favorecedor de la circulación del crédito y del adquirente, basado en el principio de seguridad del tráfico, pueden hacerlo incorporando el crédito a un documento (una letra de cambio, por ejemplo) para que se les aplique el régimen cambiario fundado en este último principio (seguridad del tráfico)¹².

En todo caso, es preciso señalar que la cesión no va a ser ineficaz frente al deudor en todo caso. Así, en los casos en que la cesión sea consentida por él, “o por (haber) suscitado en el cesionario la confianza legítima en que el crédito era transmisible”, debe entenderse que queda vinculado a la misma¹³. De igual modo, cuando el deudor ejerza su derecho de

que el efecto jurídico común a toda una serie de contratos distintos entre sí -compraventa de créditos, donación de créditos, dación de créditos pro soluto, dación de créditos pro solvendo etc.- que tienen por objeto derechos de crédito”. El hecho de que la cesión pueda traer causa en distintos contratos hace que para fijar al régimen jurídico aplicable a la misma se tenga que atender a dicha causa en que se fundamenta. De igual modo, las consecuencias no serán las mismas si, por ejemplo, la cesión deriva de una compraventa o de una prenda de créditos, pudiendo solicitar la separación del crédito en la primera y cobrando con preferencia sobre el resto de acreedores en la ejecución de la garantía dentro del concurso en el segundo caso. En relación con la separación del crédito y la ejecución especial sobre un crédito en el concurso RECALDE (2004, pp. 1444 y 1449-1451).

¹¹ MIQUEL (2011, p. 20).

¹² El CC, al regular la cesión de créditos, parte del principio de seguridad jurídica y protección del deudor cedido, permitiendo a éste oponer las excepciones que le correspondiesen frente al cedente también al cesionario que le reclama el pago del crédito. Sin embargo, dicha regulación se puede dejar de lado y acudir al régimen cambiario, basado en la seguridad del tráfico, si lo que se quiere es favorecer la circulación y la adquisición del crédito por un tercero pues, una vez éste se incorpore a un documento, al adquirente no le van a afectar los riesgos de la cesión, esto es, no se le podrán oponer las excepciones que el deudor tuviese contra el cedente. Lo señalado se basa en PAZ-ARES (1985, pp. 7-40). En el mismo sentido también se posiciona ALFARO AGUILA-REAL (2012).

¹³ MIQUEL (2011, p. 20). En el mismo sentido, la SJM núm. 6 Madrid 10.1.2011 (AC 2011\33) señala, respecto de una cesión de créditos que garantizaba un préstamo que a su vez contaba con hipoteca, que “(...) mal puede la parte actora alzarse contra una cesión en garantía por ella consentida, tolerada y conocida”. Más adelante, dicha sentencia recoge la doctrina reiterada por la jurisprudencia respecto de los actos propios transcribiendo lo dicho por la SAP Barcelona 31.3.2009 (JUR 2009\384125): “(...) En esta línea,

forma abusiva, la cesión debe ser eficaz para éste sin que pueda oponer la existencia del pacto al cesionario. Se puede entender que se ejercita el derecho de forma abusiva si el deudor es consciente de que el cedente ha sido declarado en concurso y, siéndole indiferente el pago al cedente o cesionario, decide pagar al primero de ellos sabedor del perjuicio que ello podría producir al cesionario¹⁴.

La Sala de lo Civil del TS ya se había pronunciado, con anterioridad a la sentencia que se comenta, respecto del pacto de *non cedendo* en las SSTs, 1ª, 10.10.2000 (RJ 2000\9186) y 26.9.2002 (RJ 2002\7873). Se analizaba la relación entre cesionario y deudor cedido, y en ambas el Alto Tribunal otorgó eficacia al pacto de *non cedendo*. En ellas se señala que la cesión efectuada en contra del pacto es inválida [FJ 2º *in fine* STS, 1ª, 10.10.2000 (RJ 2000\9186)] o que “la cesión de créditos no se ha producido” [FJ 4º STS, 1ª, 26.9.2002 (RJ 2002\7873)]. El TS parece indicar que la cesión es ineficaz *erga omnes*. No obstante, habrá que esperar a ver si, atendiendo a lo dicho por la sentencia que se comenta, dicho criterio se matiza en favor de una interpretación de la nulidad relativa de la cesión efectuada contra el pacto en los casos en que concurra buena fe en el cesionario.

Asimismo, también se tiene que mencionar que, junto a las sentencias del TS, existen la SAP Sevilla 17.1.2001 (JUR 2001\145175) y la SJPI núm. 1 Bilbao 26.7.2004 (JUR 2004\263555), en las que no se le otorgó eficacia al pacto frente a cesionarios respecto de los que no se probó que lo conociesen (cesionario de buena fe).

3. Derecho de separación y la cesión de créditos pro solvendo en el ámbito concursal

Cuando se relataban los antecedentes de hecho de la sentencia se señaló que la cesión de créditos derivaba de un contrato de descuento. Como suele suceder en este tipo de contratos, la cesión que se efectuó fue *pro solvendo*. Esta cesión se diferencia de la cesión *pro soluto*, que produce la transmisión de la titularidad del crédito al cesionario y la extinción de la deuda que el cedente tiene con dicho cesionario con independencia de si posteriormente paga, o no, el deudor cedido. Por el contrario, la cesión *pro solvendo* implica también la transmisión de la titularidad del crédito al cesionario pero no la extinción de la deuda, dado que el cedente responde de la solvencia del deudor y no queda liberado hasta

es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990 (RJ\1990\34), 5 de Marzo de 1991 (RJ\1991\1718), 4 de Junio de 1992 (RJ\1992\4999), 12 de Abril de 1993 (RJ\1993\2995), y 30 de Mayo de 1995 (RJ\1995\4205) que son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Y los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995 (RJ\1995\291), 30 de septiembre de 1996 (RJ\1996\6821) , y 20 de junio de 2002 (RJ\2002\5828)).

¹⁴ MIQUEL (2011, pp. 17 y 21).

que éste paga el crédito al cesionario. Si el crédito no se cobra, el cesionario puede reclamar el pago al cedente que se comprometió a garantizar el buen fin de la cesión¹⁵.

En el concurso de “Tiferca, S.L.”, el cesionario, CEP, solicitó el reconocimiento de su derecho a separar el crédito, siendo ello denegado por la Administración Concursal y por el JM núm. 8 Barcelona. La sentencia que resolvió el incidente concursal señala que la finalidad que subyace en la cesión *pro solvendo* es la de garantía y por ello se niega el derecho de separación. No obstante, dice que se podría reconocer el derecho de ejecución especial, en virtud del artículo 90.1.6º LC, si se hubiese alegado. La SAP Barcelona 17.11.2011 (JUR 2012\132142) establece que, según el artículo 80 LC, los requisitos que se tienen que cumplir para poder separar el crédito son: (i) la acreditación del derecho de propiedad del reclamante; (ii) que el crédito se encuentre en poder del concursado, y (iii) que el concursado carezca de derecho de uso, garantía o retención sobre dicho bien¹⁶. A ellos añade un cuarto requisito exigido por la jurisprudencia, consistente en que se trate de bienes o derechos determinados e identificables. Asimismo, apunta que si los bienes o derechos no se pudiesen identificar, “(...) la separación resulta inviable y quedará sustituida por un derecho personal a la entrega de cosas de la misma especie o a un derecho de crédito por el valor de tales bienes, que se integrará en la masa pasiva y quedará sometido, por tanto, a las reglas concursales de reconocimiento, clasificación y pago. Ello es consecuencia de que la separación no responde a la obtención del valor de cambio del bien (a salvo el supuesto de irreivindicabilidad si se ha transmitido a un tercero), sino de la misma cosa concreta y determinada que se halla en poder del concursado” [SAP Barcelona 17.11.2011 (JUR 2012\132142)].

La misma AP Barcelona, pero ahora en la sentencia que se estudia en este comentario, establece que la separación puede admitirse en este caso, pues mediante la cesión *pro solvendo* se ha transmitido la titularidad del crédito, y dicho crédito está identificado por la correspondiente factura. Sin embargo, ante las reclamaciones ejercitadas de acuerdo con la acción directa prevista en el artículo 1597 CC, podría ser que el crédito no figurase ya en el patrimonio del cedente en el momento de la cesión y que, por tanto, no se cumpliera el requisito consistente en que el crédito se encuentre en poder del concursado. Por ello, en la sentencia se reconoce el derecho de separación CEP, pero no el derecho de cobro del crédito, por entender que es necesario la celebración de un nuevo juicio contradictorio en el

¹⁵ La STS, 1ª, 19.12.2011 (RJ 2012\49), y las que se citan en el FJ 3º de la misma, han reconocido que se transmite la titularidad del crédito a través de las cesiones *pro solvendo* y la posibilidad de reclamar al cedente en caso de que el deudor cedido no pague.

¹⁶ En relación con el tercer requisito, esto es, que el concursado carezca de derecho de uso, garantía o retención sobre dicho bien, RECALDE (2012, p. 2.713) ha afirmado que, a pesar de que el tenor literal del artículo 80 puede llevar a entender que el contenido de la separación solamente consiste en la entrega o recuperación del bien, pero la correcta lectura del precepto debe llevar a interpretar que la separación radica también en la no integración del bien o derecho en la masa activa: “La separación puede tener un doble contenido: la pretensión de restitución del bien, o una de carácter declarativo, cuyo objeto es que el bien, en tanto no pertenece al deudor, no se incluya en la masa activa. En el segundo caso la separación concursal sirve para declarar la propiedad u otro derecho, con el fin de que el bien no forme parte definitivamente del patrimonio con cargo al cual los acreedores cobrarán sus créditos”. En el mismo sentido, ARIAS VARONA (2004, p. 831) y ÁLVAREZ OLALLA (2004, p. 955).

que se diriman las preferencias de los derechos de cobro entre el cesionario y los subcontratistas, de acuerdo con las fechas en que se efectuaron la cesión y las reclamaciones.

Ciertamente, la cesión de créditos *pro solvendo* transmite la titularidad del crédito. Sin embargo, como determinó el JM núm. 8 Barcelona, junto con la finalidad traslativa existe una finalidad de garantizar la financiación que el cesionario obtuvo con el descuento del crédito. Como señalan LEÓN/RECALDE, "(...) en atención a la finalidad de garantía que aquí subyace, y al hecho de que, como antes se indicó, el legislador concursal parece haber prescindido de consideraciones dogmáticas, fijándose exclusivamente en la función económica que subyace a las diversas modalidades de transmisión, entendemos que en este caso debería aplicarse analógicamente el régimen previsto para las cesiones realizadas con fines de garantía y en particular, el régimen de la prenda de créditos que reconoce al cesionario un privilegio especial sobre el crédito que se le cedió (art. 90.1.6º Ley Concursal)"¹⁷. Lo dicho por estos autores encuentra su apoyo en que el art. 90.1.4º LC establece un privilegio especial y no un derecho de separación en casos en donde se podría invocar la propiedad formal de un determinado bien, como sucede en el *leasing* y la venta de bienes muebles o inmuebles con reserva de dominio. Aquí no se atiende al hecho de ser propietario del bien si no a la función económica perseguida, que es la de garantía, y por ello se reconoce un privilegio especial y no un derecho de separación¹⁸.

4. La acción directa prevista en el artículo 1597 CC dentro del concurso

4.1. Características de la acción directa del artículo 1597 CC

Como ya se ha dicho, en este caso concurre la pretensión de CEP de separar el crédito con el hecho de que, como se desprende de la sentencia que comentamos, 16 subcontratistas, que pusieron materiales y trabajo en el obra de la comisaría de policía de Valls, ejercitaron la acción directa prevista en el artículo 1597 CC frente al dueño de la obra (ICF) antes de la declaración de concurso. Únicamente dos de ellos plantearon la acción directa con anterioridad a la fecha en que se realizó la cesión de los créditos entre "Tiferca, S.L." y CEP. Sin embargo, la Audiencia entendió que la cuestión no se podía resolver admitiendo el derecho de cobro de los dos subcontratistas que reclamaron previamente a la cesión, reconociendo respecto de la cantidad restante, una vez detraído lo que le correspondía a

¹⁷ LEÓN/RECALDE (2005, pp. 110 y 111). También en RECALDE (2004, p. 1450). En relación con el artículo 90.1.6 LC es preciso señalar que la [Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#) (BOE núm. 245, de 11.10.2011; en adelante, Ley 38/2011), ha modificado dicho precepto incluyendo lo siguiente: "La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso". La modificación señalada y los créditos futuros, sin embargo, no son objeto de estudio de la sentencia que se comenta y, por ello, tampoco se analizan en este trabajo.

¹⁸ LEÓN/RECALDE (2005, pp. 105 y 106).

estos, la separación del crédito en favor de CEP. Por el contrario, señala que, para garantizar el derecho de defensa del resto de subcontratistas, es necesario que se celebre un nuevo juicio contradictorio en el que se diriman la preferencia de los derechos de cobro.

Antes de analizar cómo opera el mencionado artículo 1597 CC dentro del concurso, es necesario recoger la jurisprudencia del TS que se ha encargado de definir las características de la acción directa establecida en este precepto.

El artículo 1597 CC dispone que “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”. El TS ha afirmado que la acción directa es una “(...) verdadera medida de ejecución y medio de pago, que otorga un derecho de preferencia al acreedor favorecido” [STS, 1ª, 29.4.1991 [ROJ 1991\16017]]. Esta acción permite a quienes ponen su trabajo y materiales en una obra que, a su vez, es objeto de un contrato de obra por precio alzado, reclamar al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista: “(...) el artículo 1.597 del Código Civil constituye la excepción a un exagerado rigor en la aplicación del principio de que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos” [SSTS, 1ª, 29.10.1987 (ROJ 1987\8653) y 2.7.1997 (RJ 1997\5474)].

El fundamento jurídico de la acción directa aparece señalado en la STS, 1ª, 11.10.1994 (ROJ 1994\6434), que menciona “(...) razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que ‘el deudor de mi deudor es también deudor mío’, etc.; y es que, en definitiva, el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito) y contra el comitente (S.de 13 de abril de 1926), respondiendo uno y otro indistintamente o ‘in solidum’, si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma (S. de 7 de febrero de 1968), siendo sabido que la responsabilidad solidaria mata toda idea de litisconsorcio necesario, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados”.

“El tercero a quien el artículo 1597 explícitamente les concede la acción directa es a los terceros, – que ponen su trabajo y materiales –. Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista” [STS, 1ª, 2.7.1997 (RJ 1997\5474), citando también las SSTS, 1ª, 15.3.1990 (RJ 1990\1698), 29.4.1991 (ROJ 1991\16017) y 11.10.1994 (ROJ 1994\6434)]. Legitimado pasivamente esta el dueño de la obra y el subcontratante, pudiéndose ejercitar la acción contra cualquiera de ellos o contra ambos, como se ha visto, sin que por ello sea necesario el litisconsorcio pasivo necesario.

El precepto requiere que se trate de una obra ajustada alzadamente, que exista un crédito del contratista o subcontratista contra el dueño, que establecerá el límite cuantitativo por el que puede ser demandado y, a su vez, que quien ejercite la acción directa ostente otro

crédito contra el contratista o subcontratista¹⁹. Además, la prueba del crédito que el contratista o subcontratista tiene contra el dueño no va a tener que ser demostrado por el accionante sino que, en este caso, se produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo el dueño de la obra o el contratista anterior probar que ya se ha pagado el crédito [SSTS, 1ª, 2.7.1997 (RJ 1997\5474) y 12.12.2007 (RJ 2007\8924)]. En este sentido, la STS 1ª, 31.1.2002 (ROJ 578\2002) ha señalado que “(...) si el comitente no es deudor del contratista no cabe la acción directa y habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas (sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000) tampoco se da acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista. En otras palabras, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena”.

4.2. Concurso de acreedores, artículo 1597 CC y la reforma de la Ley 38/2011

Una vez dicho lo anterior, la sentencia que se comenta resuelve el encaje del artículo 1597 CC dentro del concurso de acreedores, haciendo suya la doctrina sentada por la SAP Barcelona 2.3.2006 (AC 2006\1594). Según la citada doctrina, antes de la entrada en vigor de la LC, la mayoría de la jurisprudencia venía aplicando lo dispuesto por la STS, 1ª, 27.7.2000 (RJ 2000\9179), en la que se afirmaba que “(...) la situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC”²⁰.

Sin embargo, una vez aprobada la LC, la SAP Barcelona 2.3.2006 (AC 2006\1594) entiende que la inmunidad de la acción directa en el concurso no puede darse en todo caso, al no existir “(...) 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” y que, por ello, la “(...) acción directa ejercitada cuando el contratista ya está en concurso, debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal”. No obstante, si la acción se ejercita con anterioridad a la declaración de concurso, la Audiencia entiende que

¹⁹ El requisito del precio alzado, no obstante fue flexibilizado en la STS, 1ª, de 12.2.1990 (RJ 1990\678) al señalar que “(...) la operatividad del controvertido artículo 1597 habrá de entenderse en el sentido de que los ejecutores de las obras podrán dirigir su reclamación contra el dueño de la misma, los Adquirentes de los chalés promotores de las misma, los hoy recurrentes, en relación con el costo o precio en que se evaluaron dichas obras sobre cuya corrección no ha existido pugna alguna y ello, con independencia de que por las vicisitudes relatadas, tales trabajos, por su carácter extraordinario, no se contemplaron en los primitivos proyectos de precio alzado con que se originó la construcción por el inicial dueño o contratista”.

²⁰ Esta opinión fue seguida por parte de la doctrina como DE ÁNGEL (2009, p. 51) y SALVADOR CODERCH (1993, p. 1208). Por el contrario, RODRÍGUEZ MORATA (1992, pp. 192-193) sostuvo que era necesario ejercitar la acción directa antes de la declaración de la quiebra o concurso del contratista pues, en caso contrario, el proveedor de trabajo o materiales debería concurrir con el resto de acreedores del contratista en el procedimiento de ejecución universal del patrimonio de éste.

el crédito deja de estar en el patrimonio de la subcontratante pasando al de los subcontratistas y proveedores²¹.

La interpretación que se acaba de exponer es concorde con la *vis atractiva* del concurso, manifestada en el principio de universalidad de la masa pasiva, previsto en el artículo 49 LC, y de universalidad de la masa activa, recogido en el artículo 76 LC. El primero de ellos señala que, “declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las Leyes”, determinando así mismo el artículo 89.2 LC que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Por su parte el artículo 76 LC dispone que “constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso”. En este sentido, como dice la SAP Cantabria 15.4.2010 (JUR 2010\357724), “(...) 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”, no existiendo en la actualidad, como se ha dejado sentado por la AP Barcelona, ninguna norma que permita la exclusión de la acción directa prevista en el artículo 1597 CC del concurso de acreedores, una vez éste haya sido declarado.

El efecto que ha producido la entrada en vigor de la LC respecto de la acción directa prevista en el artículo 1597 CC también ha sido analizado por la doctrina. La posición

²¹ La interpretación planteada por la AP Barcelona ha sido seguida, entre otras, por las SSAAPP Cantabria 15.7.2008 (JUR 2008\353866), Cantabria 15.4.2010 (JUR 2010\357724), Valladolid 27.5.2008 (JUR 2008\330403) y Valencia 21.6.2011 (ROJ 3161\2011). La inmunidad de la acción directa del artículo 1597 CC en el concurso de acreedores del contratista ha sido sostenida por las SSAAPP Valladolid 5.1.2007 (ROJ 396\2007) y Las Palmas 18.1.2008 (JUR 2008\125218). Por su parte, la STS, 1ª, 7.10.2008 (ROJ 4865\2008) ha señalado que no se puede entender que el art. 1597 CC evite toda concurrencia con otros acreedores y que otorgue un mejor derecho a quien lo ejercita, “(...) 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 C.c., 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 C.c. 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 C.c.), 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, ni que el deudor, en este caso el comitente, pueda acudir al procedimiento de la consignación judicial, si son varios los que pretenden el cobro, al amparo del art. 1.176”.

mantenida por la AP Barcelona es concorde con la expresada por RODRÍGUEZ MORATA y, en menor medida, por DE ÁNGEL, que parece haber cambiado su criterio tras la aprobación de la LC²². No obstante, sigue habiendo autores que han entendido que la acción directa continua siendo inmune al concurso del contratista aún con la LC²³. Sin embargo, la defensa de la inmunidad de la acción prevista por el artículo 1597 CC parece difícil tras la Ley 38/2011. En virtud de dicha reforma, los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas en las que se ejercite la acción directa presentadas desde la declaración del concurso hasta su conclusión, y, en caso de admitirse, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (artículo 50.3 LC). Asimismo, declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción directa (artículo 51.bis.2 LC)²⁴.

La SAP Barcelona no se refiere a los nuevos preceptos establecidos por la Ley 38/2011, si bien puede entenderse que no son de aplicación, ya que se decide un recurso de apelación que deriva de un incidente concursal que resolvió el JM núm. 8 Barcelona y, por tanto, no un JPI, en que CEP solicita la separación de su crédito en virtud de la cesión de créditos que ella y “Tiferca, S.L.” acordaron, y no la acción directa del artículo 1597 CC. Además, también debe tenerse en cuenta que, según el apartado primero de la Disposición Transitoria Primera de la mencionada Ley 38/2011, “la presente Ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor”, entrando en vigor los artículos 50.3 y 51.bis el 1 de enero de 2012 (Disposición Adicional Tercera, apartado primero, de la Ley 38/2011) y habiendo sido declarado el concurso en este caso el día 24 de marzo de 2009²⁵. No obstante, a pesar de que no sea de aplicación en este caso, parece necesario hacer mención a dichos preceptos.

Como señalan MARTÍNEZ SANZ/PUETZ, en la reforma se recurre al Derecho procesal para resolver un problema de Derecho sustantivo, esto es, en la reforma no se dice

²² RODRÍGUEZ MORATA (2009, p. 1862) y DE ÁNGEL (2009, pp. 105 y 106). En las páginas citadas, DE ÁNGEL parece inclinarse más por la tesis defendida por la AP Barcelona que por la de la inmunidad de la acción directa en el concurso, si bien, al final de su trabajo, DE ÁNGEL (2009, p. 113) también señala que “(...) si el concurso termina en convenio y el subcontratista no ha votado a favor del mismo, tal subcontratista debe ser pagado íntegramente –hasta el límite del propio artículo 1597– por el comitente. Si éste hubiese ‘entregado’ –distingase de ‘pagado’– al concurso la cantidad por él adeudada (lo que quizá no sea propiamente una consignación), el crédito del subcontratista sería un crédito contra la masa. Y en el resto, si lo hubiera, se trataría de un crédito concursal más”.

²³ NUÑEZ-LAGOS BURGUERA (2005, pp. 330- 331) y RUBIO GARRIDO (2005, p. 1340).

²⁴ En relación con otras novedades legislativas, también se tiene que tener en cuenta la regulación contenida en el [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#) (BOE núm. 276, de 16.11.2011), y que deroga la anterior [Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público](#) (BOE núm. 261, de 31.10.2007). En este caso, el nuevo artículo 227.8 de la Ley se limita a reproducir el contenido del artículo 210.8 de la Ley derogada, al señalar que “[l]os subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”. A su vez, lo anterior también será de aplicación a “[e]ntidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas” en virtud del artículo 227.9 del mismo texto legal.

²⁵ En este sentido, AAP Lleida 27.9.2012 (JUR 2012\394785).

explícitamente que sucede con el crédito reclamado por los subcontratistas antes y después de la declaración del concurso, si tiene que incluirse en la masa activa del concurso o por el contrario éste se debe de excluir, sino que se establece que los jueces de primera instancia no podrán admitir a trámite las demandas ejercitando la acción directa una vez declarado el concurso y que los procedimientos iniciados con anterioridad quedaran en suspenso²⁶.

La SAP Madrid 9.12.2011 (JUR 2012\59847) ha realizado una interpretación de los artículos 50.3 y 51.bis.2 LC que, por otra parte, comparto, entendiendo que "(...) la reforma vigente de la Ley Concursal, confirma el criterio que ya habían adoptado la mayoría de las Audiencias Provinciales, después de la aprobación de la Ley Concursal. En primer lugar, la inclusión del apartado tercero del artículo 50 LC corrobora y reafirma la tesis de que la acción directa prevista en el artículo 1597 CC se somete a la jurisdicción del concurso. En segundo lugar, se declarará suspenso el procedimiento iniciado con anterioridad, en el que se haya ejercido la acción directa. Por lo tanto, el legislador ha eliminado cualquier posibilidad de ejercicio de acción directa. De este modo, los acreedores concursales deberán acudir al proceso concursal, para el ejercicio de tal acción, de tal manera que el Juez Mercantil, competente del concurso, decidirá sobre los créditos y derechos que deben incorporarse a la masa activa del concursado, sin que puedan distraerse cantidades, a través de otros procedimientos". La competencia del juez del concurso, según la Audiencia Provincial, proviene del "(...) artículo 8 de la Ley Concursal (que) atribuye al Juez del concurso –de modo exclusivo y excluyente– el conocimiento de las ‘acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado’, sin limitarlas a las acciones que se dirijan contra el propio concursado. Por lo tanto, el mencionado artículo obliga a concluir que el Juez Mercantil también es competente para conocer las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra terceras personas y que afecten al patrimonio del concursado (como sucede en relación con el ejercicio de las acciones del artículo 1597 del CC)"²⁷. La ventaja que se deriva de una interpretación como la recogida más arriba es la uniformidad en las decisiones que afecten al concurso o, como dice la AP Madrid, "(...) que el Juez de lo Mercantil conozca de todas las acciones que afectan al concurso, beneficia a la situación concursal, puesto que las decisiones serán mucho más uniformes a la hora de resolver sobre el mismo"²⁸.

En la doctrina, la reforma se interpreta en el sentido que "(...) sólo podrán prosperar aquellas acciones judiciales dirigidas contra el comitente en las que se hubiera dictado

²⁶ MARTÍNEZ SANZ/PUETZ (2012, p. 468).

²⁷ Mantiene la misma opinión HERRERA CUEVAS (2007, p. 190).

²⁸ Otro argumento que se puede invocar en favor de la competencia de los JM es, como pone de relieve la SAP Madrid 9.12.2011 (JUR 2012\59847), que "(...) existe otra razón de peso para atribuir la competencia a los Juzgados de lo Mercantil, que conocen de la acción concursal, toda vez que será a ellos a quienes se les encomiende la ejecución de sentencias, como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, nº 18 de Madrid, incluso con anterioridad a la declaración del concurso, siempre que se demuestre, como es el caso, que la sentencia puede afectar al patrimonio de la concursada. De este modo, aunque los subcontratistas inicien cuantos procedimientos quieran al margen del concurso, y existiendo una sentencia estimatoria de sus pretensiones, pueden encontrarse en la situación de que la ejecución de la resolución favorable a sus intereses, devenga ineficaz, puesto que será el Juez del Concurso, quien decida sobre su ejecución, pero sometido a los principios de universalidad y a la pars conditio".

sentencia (firme) con anterioridad” a la declaración de concurso²⁹. A su vez, también se afirma que “(...) se produce de este modo una paralización del ejercicio de la acción directa constante el concurso del contratista. Sin embargo, una vez concluido el referido concurso, el subcontratista recupera la posibilidad de ejercitar la acción directa frente al dueño de la obra”³⁰.

Por otra parte, también se ha apuntado que podría caber la acción directa dentro del concurso, aún después de la reforma, en virtud de lo dispuesto por el artículo 135.1 LC. Dicho artículo dispone que “los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos”. Según esta teoría, partiendo de la base de que el dueño de la obra y el contratista son responsables solidarios y siempre que el subcontratista vote en contra del convenio, la acción directa podrá entablarse aunque se alteren la masa activa y pasiva del concurso del contratista³¹.

A su vez, se han suscitado otras dudas en relación con la acción directa y la reforma operada por la Ley 38/2011. En primer lugar, MARTÍNEZ SANZ/PUETZ plantean si lo dispuesto en los artículos 50.3 y 51.bis 2 LC se aplica a los casos en que quien ejercita la acción directa es el propio concursado. Señalan estos autores que tal posibilidad no se debería impedir, dado que ello implicaría una mayor satisfacción de los acreedores al incrementarse la masa activa. A su vez, se cuestionan si lo establecido en estos preceptos (50.3 y 51 bis 2 LC) es también aplicable a los casos en que el subcontratista se dirige contra el comitente o dueño de la obra concursado. En este supuesto señalan que tal posibilidad depende de la calificación que se haga del crédito del contratista y subcontratista. En su opinión, no cabe la recalificación del crédito siendo, por tanto, idéntica la calificación del crédito del contratista y del subcontratista. Ello supone que no exista perjuicio para el resto de los acreedores del concursado y que, por ello, la acción se pueda ejercitar³². En relación a si los artículos 50.3 y 51 bis.2 LC son aplicables a otros casos en que quien esté declarado en concurso no sea el contratista, resulta esclarecedor lo afirmado por GARNICA quien, atendiendo a polémica jurisprudencial existente en torno al artículo 1597 CC y el concurso, señala que “(...) lo relevante es exclusivamente que quien se encuentre en concurso sea el contratista, pues lo que se ha tratado es de impedir que los derechos de crédito que el mismo tiene frente al dueño de la obra, y que se integran en su masa activa desde la declaración del concurso, se evaporen como consecuencia del éxito de la acción

²⁹ MARTÍNEZ SANZ/PUETZ (2012, p. 464-465). Asimismo, estos autores entienden que “(...) el único supuesto en el que podría plantearse el renacimiento de la acción directa parece ser la conclusión del concurso por firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración del concurso (art. 176.1.1º LC)”.

³⁰ MORALEJO (2012, pp. 116-117). En el mismo sentido, SERRANO FELLONOSA (2012, p. 3), quién señala que “[q]uiérese decir con ello que, una vez finalizado el concurso, la acción directa ya iniciada continuará su curso, quedando condicionado su éxito frente al comitente en función de la forma en la que concluya el proceso concursal”.

³¹ Defiende esta tesis SERRANO FELLONOSA (2012, pp. 3-4).

³² MARTÍNEZ SANZ/PUETZ (2012, p. 465).

emprendida por sus deudores, y por consiguiente integrados en su masa pasiva, frente a aquellos”³³.

Otra cuestión que abordan MARTÍNEZ SANZ/PUETZ es si el artículos 50.3 y 51.2 bis LC se aplican también cuando la acción directa del artículo 1597 CC se ejercita extrajudicialmente. Antes de la reforma se ha venido reconociendo que la acción directa despliega los mismos efectos tanto de forma judicial como extrajudicial. Sin embargo, a raíz de la STS, 1ª, 8.5.2008 (ROJ 2008\1710), en la que establece 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”, han surgido dudas respecto de si la acción directa puede seguir ejercitándose extrajudicialmente, antes de la declaración del concurso, o sólo cabe mediante la presentación de la demanda, también antes de la declaración de concurso. La AP Barcelona, en la sentencia comentada, continua reconociendo eficacia a la acción directa cuando es planteada de forma extrajudicial si se realiza antes de la declaración del concurso. Esta posición también es mantenida por la SAP Granada 30.9.2009 (ROJ 2009\1245), que a este respecto señala “(...) esta novedosa declaración (STS, 1ª, 8.5.2008 [ROJ 2008\1710]) cuya falta de reiteración evita, por el momento, entender operado un cambio jurisprudencial en la materia, permite, entre tanto, y en supuestos temporales como los examinados de reclamación extrajudicial anterior a la declaración del concurso, el mantener en el caso de autos la autonomía de la acción directa deducida, no obstante, su interposición judicial después de la declaración del concurso, en coherencia con la larga tradición doctrinal antes apuntada y respaldada mayoritariamente por las Audiencias Provinciales y la Doctrina legal”³⁴. La tradición doctrinal a la que se refiere la AP Granada, y que se aplica también por la AP Barcelona, es la que el TS fijó en las SSTS, 1ª, 30.1.1974 (EDH 1974/242) y 17.7.1997 (RJ 1998\216). El Alto Tribunal dispone en la última sentencia mencionada, que recoge a su vez lo dicho por la STS, 1ª, 30.1.1974, que “(...) teniendo en cuenta el sentido proteccionista del art. 1597 del CC, las razones que lo inspiran y el principio de buena fe, (...) –resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ella tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en la vía judicial, por todo lo cual, no sólo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado, cuando como en este caso (y en el que nos ocupa, añadimos), la notificación y el requerimiento se llevó a cabo por conducto notarial –”.

Como se ha venido diciendo, tras la SAP Barcelona 2.3.2006 (AC 2006\1594) se ha entendido que si la acción directa se planteaba antes de la declaración del concurso el dueño de la obra ya no quedaba obligado con el contratista sino con el subcontratista que ejercitó la acción directa y ello aún cuando se ejercitó la acción de forma extrajudicial. De

³³ GARNICA (2012, pp. 215-216). A la misma conclusión llegan MARTÍNEZ SANZ/PUETZ (2012, p. 465).

³⁴ Mantienen la misma opinión las SSAAPP Valencia 21.6.2011 (ROJ 2011\3161), Granada 21.5.2010 (JUR 2010\350292) y Ciudad Real 22.6.2011 (JUR 2011\347653). Por el contrario estiman que, tras la STS, 1ª, 8.5.2008 (ROJ 2008\1710) sólo cabe la reclamación judicial de la acción directa antes del concurso, el AAP Madrid 1.3. 2011 (ROJ 2011\1303), la SJM núm. 6 7.5.2012 (AC 2012\1496) y SAP Madrid 9.12.2011 (JUR 2012\59847).

este modo se producía un desplazamiento del crédito del patrimonio del subcontratante al patrimonio del subcontratista. Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, MARTÍNEZ SANZ/PUETZ señalan que, en ausencia de una previsión legal al respecto, la solución al problema, aun no siendo aceptable desde el punto de vista dogmático, pasa por bien entender que, en virtud del artículo 51.bis.2 LC, la acción extrajudicial también queda en suspenso o bien negar eficacia al requerimiento extrajudicial. Respecto de la primera solución afirman que, de acuerdo con los artículos 50.3 y 51.bis 2 LC, una vez declarado el concurso del contratista la reclamación extrajudicial, pierde sus efectos y que, por tanto, el subcontratista no puede reclamar el pago al comitente y que éste (el comitente) se libera pagando al contratista. Además, entienden que no puede admitirse que la reclamación extrajudicial sea inmune al concurso y que tenga, por tanto, un régimen más favorable que el previsto para los procedimientos en curso iniciados a través de la correspondiente demanda. En cuanto a la segunda solución, señalan que podría encontrar apoyo en la STS, 1ª, 8.5.2008 (ROJ 2008\1710) antes citada³⁵.

Una vez hecha mención a la reforma de la Ley 38/2011, y a los posibles problemas que según la doctrina pueden derivarse de la misma, es necesario retomar el estudio de la sentencia que se comenta. Como ya se ha visto, la AP Barcelona, aplicando el criterio tradicionalmente seguido por las AAPP, admite la reclamación extrajudicial atendiendo al carácter protector que tiene atribuida la acción directa reconocida a los subcontratistas y al hecho de que ésta se ejercitó antes de la declaración de concurso. No cabe duda que la consignación efectuada por la dueña de la obra (ICF) en el JM núm. 8 Barcelona se lleva a cabo como consecuencia del ejercicio extrajudicial de la acción directa que asiste a los mismos, que conscientes del derecho que les atribuye el artículo 1597 CC, exigieron el pago del crédito no abonado por "Tiferca, S.L." (concurada) a ICF (dueña de la obra). Sin embargo, ante las dudas que se derivan respecto de si dos, o más, subcontratistas ejercitaron la acción directa antes de que se produjese la cesión, la AP Barcelona, en la sentencia comentada, opta por no decidir la cuestión y por remitir a un nuevo proceso en el que se decida el destino de la cantidad consignada por la empresa cedida. De este modo, en mi opinión, permite que los subcontratistas puedan alegar lo que estimen oportuno en ese proceso, garantizándose así su derecho de defensa. A su vez, tiene que decirse que lo que constituye propiamente el objeto del juicio es la transmisión del derecho de crédito y no la acción directa y que, por ello, la AP no resuelve el problema respecto de quien debe recibir la cantidad consignada por ICF.

Finalmente cabe mencionar que, recientemente, la STS, 1ª, 26.10.2012 (RJ 2012\10137), ha estudiado el caso en que se produce una cesión de créditos en favor una entidad de crédito y los subcontratistas ejercitan la acción directa del artículo 1597 CC, señalado al respecto que "(...) como se ha dicho en el fundamento anterior, una cesión del crédito principal por el contrato de obra, no puede burlar el derecho del subcontratista basado en el artículo 1597 del Código civil. Este permanece incólume y puede dirigirlo contra el cesionario o contra el dueño de la obra si — como es el caso presente— no ha pagado el anterior".

³⁵ MARTÍNEZ SANZ/PUETZ (2012, pp. 466-468).

5. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Supremo

<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª, 30.1.1974	EDJ 1974/242	Antonio Peral García
1ª, 29.10.1987	ROJ 1987\8653	Mariano Martín Granizo Fernández
1ª, 12.2.1990	RJ 1990\678	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
1ª, 29.4.1991	ROJ 1991\16017	Jaime Santos Briz
1ª, 11.10.1994	ROJ 1994\6434	Eduardo Fernández-Cid de Temes
1ª, 2.7.1997	RJ 1997\5474	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 17.7.1997	RJ 1998\216	Eduardo Fernández-Cid de Temes
1ª, 27.7.2000	RJ 2000\9179	Jesús Corbal Fernández
1ª, 10.10.2000	RJ 2000\9186	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 31.1.2002	ROJ 2002\578	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 26.9.2002	RJ\2002\7873	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª, 12.12.2007	RJ 2007\8924	Encarnación Roca Trias
1ª, 8.5.2008	ROJ 2008\1710	Román García Valera
1ª, 7.10.2008	ROJ 2008\4865	Antonio Gullón Ballesteros
1ª, 19.12.2011	RJ 2012\49	Jesús Corbal Fernández
1ª, 26.10.2012	RJ 2012\10137	Xavier O'Callaghan Muñoz

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, sección y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Sevilla, Secc. 8ª, 17.1.2001	JUR 2001\145175	Joaquín Pablo Maroto Máquez
Barcelona, Secc. 15ª, 2.3.2006	AC 2006\1594	Blas Alberto González Navarro
Valladolid, Secc. 3ª, 5.1.2007	ROJ 2007\396	Miguel Ángel Sendino Arenas
Las Palmas, Secc. 5ª, 18.1.2008	JUR 2008\125218	Mónica García de Yzaguirre
Valladolid, Secc. 3ª, 27.5.2008	JUR 2008\330403	Ángel Muñiz Delgado
Cantabria, Secc.2ª, 15.7.2008	JUR 2008\353866	Miguel Carlos Fernández Díez
Granada, Secc. 3ª, 30.9.2009	ROJ 2009\1245	José Requena Paredes
Cantabria, Secc. 2ª, 15.4.2010	JUR 2010\357724	Milagros Martínez Rionda
Granada, Secc. 3ª, 21.5.2010	JUR 2010\350292	José Requena Paredes
Madrid, Secc. 11ª, 1.3.2011	ROJ 2011\1303	Félix Almazan Lafuente
Valencia, Secc. 8ª, 21.6.2011	ROJ 2011\3161	Eugenio Sánchez Alcaraz
Ciudad Real, Secc. 2ª, 22.6.2011	JUR 2011\347653	Mónica Céspedes Cano
Barcelona, Secc. 15ª, 17.11.2011	JUR 2012\132142	Luis Garrido Espá
Madrid, Secc. 11ª, 9.12.2011	JUR 2012\59847	Beatriz Patiño Alves
Barcelona, Secc. 15ª, 29.3.2012	JUR 2012\169685	Luis Garrido Espá
Lleida, Secc. 2ª, 27.9.2012	JUR 2012\394785	Ana Cristina Sainz Pereda

Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
-------------------------	-------------------	---------------------------

SJPI núm. 1 Bilbao 26.7.2004	JUR 2004\263555	José manuel Finez Ratón
SJM núm. 6 Madrid 10.1.2011	AC 2011\33	Francisco Javier Vaquer Martín
SJM núm. 6 Madrid 7.5.2012	AC 2012\1496	Francisco Javier Vaquer Martín

6. Bibliografía

Jesús ALFARO AGUILA-REAL (2012), “[El maestro Miquel sobre el pacto de non cedendo](#)”.

Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2009), “Comentarios a los artículos 1.111-1.112”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 1319-1324.

---(2004), “Comentario al artículo 80”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 953-957.

Francisco Javier ARIAS VARONA (2004), “Comentario al artículo 80”, en Juana PULGAR EZQUERRA *et al.* (Dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo I, Dykinson, Madrid, pp. 827-832.

Ricardo DE ÁNGEL (2009), “La acción directa en el Concurso (art. 1597 CC)”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 18, pp. 37-113.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1985), *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid.

Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Navarra.

Luis Díez-PICAZO/Antonio GULLÓN (2003), *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid.

José Carlos ERDOZÁIN LÓPEZ (2009), “Comentarios a los artículos 1526-1536 Código Civil”, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 1781-1800.

Francisco José FERNÁNDEZ ROMERO (2006), *Responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra*, Hispalex, Sevilla.

José Ramón GARCÍA VICENTE (2011), “La clasificación de créditos”, en Emilio BELTRÁN/José Antonio GARCÍA-CRUCES/Pedro PRENDES (Dirs.), *La reforma Concursal III Congreso español de derecho de la Insolvencia*, Aranzadi, Navarra, pp. 399-433.

Juan F. GARNICA (2012), "La *vis attractiva* del Juez del Concurso Tras la reforma introducida por la Ley 38/2011", *Anuario de derecho concursal*, núm. 26, pp. 205-217.

Edorta J. HERRERA CUEVAS (2007), "La acción directa ante el concurso del contratista", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 6, pp. 179-194.

José Luis LACRUZ BERDEJO *et al.* (2003), *Derecho de obligaciones*, vol. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

Francisco J. LEÓN/Andrés RECALDE (2005), "Concurso y factoring", *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, pp. 65-115.

Fernando MARTÍNEZ SANZ/Achim PUETZ (2012), "Los contratos pendientes durante el concurso: Adquisición de viviendas en construcción y contrato de obra", en Fernando MARTÍNEZ SANZ (Dir.)/Achim PUETZ (Coord.), *Tratado práctico del Derecho concursal y su reforma*, Tecnos, Madrid, pp. 413-468.

José María MIQUEL (2011), "Reflexiones sobre el *pactum de non cedendo*", *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16.

Ignacio MORALEJO (2012), "Acción directa (la)", en Emilio BELTRÁN/José Antonio GARCÍA CRUCES (Dirs.)/Alfredo ÁVILA DE LA TORRE/Ana Belén CAMPUZANO (Coords.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 111-117.

José Luis NAVARRO PÉREZ (1988), *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Comares, Granada.

Alberto NUÑEZ-LAGOS BURGUERA (2005), "¿Continúa pudiendo ejercitar el subcontratista la acción directa contra el comitente (ex artículo 1597) en el supuesto de concurso del contratista?", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2, pp. 327-331.

Cándido PAZ-ARES (1985), "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 175-176, pp. 7-40.

Fernando PANTALEÓN (1988), "Cesión de créditos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. II, pp. 1033-1132.

Andrés RECALDE (2004), "Separación", en Ángel ROLO-Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Thomson Civitas, Madrid, pp. 1441-1466.

---(2012), "Separación concursal", en Emilio BELTRÁN/José Antonio GARCÍA CRUCES (Dirs.)/Alfredo ÁVILA DE LA TORRE/Ana Belén CAMPUZANO (Coords.), *Enciclopedia de Derecho concursal*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pp. 2707-2727.

Federico A. RODRÍGUEZ MORATA (1992), *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid

---(2009), "Comentario a los artículos 1588 a 1600", en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 3ª ed., pp. 1837-1866.

Tomás RUBIO GARRIDO (2005), "Comentario a la STS de 31 de enero de 2005", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 69, pp. 1321-1341.

Pablo SALVADOR CODERCH (1993), "Comentario al artículo 1597", *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1207-1208.

Gonzalo SERRANO FELLONOSA (2012), "[Novedosa solución a la pugna entre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil y el principio de la par conditio creditorum](#)", *Diario La Ley*, núm. 7844.