



Roj: **SAP M 12732/2021 - ECLI:ES:APM:2021:12732**

Id Cendoj: **28079370282021101053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **14/10/2021**

Nº de Recurso: **451/2020**

Nº de Resolución: **355/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2019/0010228

**Recurso de Apelación 451/2020**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid

Autos de Pieza incidente concursal. Otros ( art. 192 LC) 1795/2019

**APELANTE:** PAVART WORK GROUP S.L.

Procurador: D. José Noguera Chaparro

Letrado: Dña. Lorena Calatayud Pérez

**APELADO:** OCH MULTITECNIA, SL

Procurador: D. Ginés Saura García

Letrado: D. Juan Fernández Garde

**APELADO:** ADMINISTRACION CONCURSAL OCH MULTITECNIA, SL

Letrado: Dña. María Elena López Sánchez

**SENTENCIA núm. 355/2021**

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Enrique García García

Don Francisco de Borja Villena Cortes

Don Rafael Fuentes Devesa (Ponente)

En la ciudad de Madrid, a catorce de octubre de dos mil veintiuno.

Esta Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid ha visto en grado de apelación los presentes autos de procedimiento incidental que con el número 1795/2019 se han tramitado en el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid entre las partes, como demandante y ahora apelante PAVART WORK GROUP S.L., representado por el procurador Sr. Noguera Chaparro y defendidos por el/la letrado/a Sr/a Calatayud Pérez y como parte demandada y ahora apelada el administración concursal de OCH Multitecnia S.L y la concursada OCH Multitecnia S.L, representada por el procurador Sr. Saura García y defendida por el/la letrado/a Sr/a



Fernández Garde. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Fuentes Devesa, que expresa la convicción del Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El Juzgado de lo mercantil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 13 de enero de 2020 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *"Desestima la demanda incidental interpuesta por el procurador de los tribunales don José Noguera Chaparro, actuando en nombre y representación de PAVART WORK GROUP S.L.*

*Se imponen las costas procesales causadas a la parte demandante "*

**SEGUNDO.** - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la demandante. Se dio traslado a la otra parte, habiéndose formulado oposición

**TERCERO.** - Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Vigésima Octava se registraron con el número de Rollo 451/2020, y se señaló para votación y fallo el día 7 de octubre de 2021

**CUARTO.** - En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero. Planteamiento.

1. En el concurso de OCH Multitecnia S.L (OCH o la concursada en adelante), el acreedor PAVART WORK GROUP S.L. (PAVART, en lo sucesivo) comunicó un crédito contra la masa de 34.438,05 €, derivado de unos trabajos realizados antes de la declaración de concurso como constructora en favor de la concursada, que actuaba como contratista en una obra consistente en seis viviendas en Torrevieja, cuya dueña y promotora era una tercera mercantil (Inmo Criteria Caixa S.A).

Al ser reconocido como crédito ordinario, formula impugnación de la lista de acreedores, en la que reitera que debe calificarse como crédito contra la masa, al derivar de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúa en vigor tras la declaración de concurso

2. La sentencia desestima la demanda por no concurrir el supuesto del art 61.2 LC invocado. Argumenta *" El crédito deriva de un contrato de obra. Estamos ante un contrato de tracto único que, al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada. No resulta de aplicación el art. 61.2 LC que presupone la existencia de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.*

*Siendo dichas facturas anteriores a la declaración del concurso y naciendo el crédito de un contrato de obra de tracto único, no existiendo obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes contractuales, procede calificar el crédito como un crédito concursal ordinario de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89.3 y 61.1 de la Ley Concursal . "*

3. Frente a esta sentencia se alza la sociedad demandante que invoca error judicial por inaplicación del art 61.2 y 84.2.6 LC, al encontramos ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a la declaración del concurso, al no estar la obra terminada, concluida y recibida, al existir remates e incidencias pendientes de ejecutar, de una parte, y el pago de los trabajos y la recepción de la obra, de otra

4. En su oposición al recurso, la administración concursal ( AC en abreviatura) niega la aplicación del art 61.2 y art 81.2.6 LC , al considerar que PAVART había concluido los trabajos antes de la declaración de concurso, sin que puedan ser valorados los documentos insertos en el recurso de apelación, dado que no fueron aportados en la instancia ni solicitada su prueba en esta alzada, con infracción del art 460LEC, tratándose de documentos presentados por un tercero (la promotora) en un procedimiento (expediente de consignación judicial 1607/2019 dimanante también de este concurso 252/2019) distinto al que nos ocupa

5. Por su parte, la concursada expone que la actora, y ahora recurrente, con carácter previo a la declaración de concurso ejecutó las obligaciones asumidas en el contrato, pero de forma imperfecta, y que se dejó a sabiendas partidas sin rematar o mal ejecutadas, pretendiendo que ello permita calificar su crédito como un crédito contra la masa. Añade que no acredita trabajos con posterioridad a la declaración del concurso y que, tras el mismo, se desvinculó de la obra, con entrega a la promotora de las llaves de la misma, desentendiéndose de lo que quedara pendiente de ejecutar o de rematar.

### Segundo. Marco fáctico relevante



1. De las alegaciones conformes de las partes y documental aportada son datos relevantes para la resolución de la controversia los siguientes:

- i) OCH subcontrató a PAVART la realización de obras de adecuación de seis viviendas en Torrevieja, con fecha de inicio de actividad el 5/11/2018, cuyo dueño y promotor es Inmo Criterias Caixa S.A, sin que figure en el Libro de subcontrataciones aportado la fecha de finalización de trabajos
- ii) PAVART emitió tres facturas en fecha 28 de noviembre de 2018 (por importe de 19.21625 €), 10 de diciembre de 2018 (por importe de 12.463€) y 14 de febrero de 2019 (por importe de 2.75880 €), que no fueron atendidas por OCH, que alegaba existencia de defectos y partidas a revisar
- iii) OCH solicitó el concurso el 8 de enero de 2019, que fue declarado el 26 de febrero de 2019
- iv) durante enero y primera quincena de febrero de 2019, OCH puso de manifiesto a PAVART la existencia de incidencias y partidas pendientes de revisar y rematar (pinturas, grifería, mobiliario de cocina, puertas, etc.). Así lo reconoce la concursada y se desprende de los correos adjuntos a la impugnación de la lista
- v) declarado el concurso, PAVART entregó a la propiedad las llaves de las viviendas
- vi) no consta a fecha de la declaración de concurso acta de recepción de la obra por la propiedad, indicándose en la oposición al recurso por la concursada que tuvo lugar el 14 de marzo de 2019

2. Lo anterior resulta sin tener en consideración algunos de los documentos referidos en el recurso de la apelante (en concreto, el contrato de la promotora suscrito con la concursada, el acta de fin de obra y la factura emitida por OCH a la promotora por los trabajos realizados), ya que lleva razón la AC en la denuncia de su indebida e irregular aportación en esta alzada, pues no se verificó en la instancia ni se propone su prueba conforme al art 460LEC para su admisión en esta alzada, pretendiendo con el subterfugio de su escaneado e inserción en el cuerpo del escrito de apelación sortear los cauces y exigencias legales; actuación que no puede ser consentida. Por ello no pueden ser valorados

### **Tercero. -Los créditos derivados del contrato de obra**

1. La sentencia considera que el crédito de PAVART es concursal al derivar de un contrato de obra que al tiempo de la declaración de concurso sólo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, que impide la aplicación del art. 61.2 LC

2. La tesis de la apelante es que se trata de un crédito contra la masa (art 61.2 y 84.2.6 LC) porque el contrato de obra es generador de obligaciones recíprocas que estaban pendientes de cumplimiento a la fecha de la declaración del concurso

Valoración del Tribunal

3. Por el contrato de obra una parte se obliga a ejecutar una obra a cambio de un precio cierto, y como ya dijimos en la sentencia 79/2021 de este Tribunal, de 22 de febrero de 2021 se trata contrato de tracto único con prestaciones diferidas, según aclaró la STS 632/2014, de 18 de noviembre en la que se indica

"... que, si bien cada una de las partes de obra ejecutada, puede tener una individualidad propia a los efectos de examen, conformidad y pago del precio (SSTS de 15 y 30 de julio de 2012 y 22 de diciembre de 2006), el objeto del contrato no por ello deja de ser unitario y la obligación una sola. Como señalan las SSTS 505 y 510/2013, de 24 y 25 de julio, respectivamente, "en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato. Mientras que en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no. Los contratos de ejecución fraccionada o separada en que la prestación es única, sin perjuicio de que se ejecute por partes, en atención a la dificultad de la preparación del cumplimiento, como en el contrato de obra, o para facilitar o financiar el cumplimiento, como en la compraventa a plazos, no dejan de tener esta consideración de contratos de tracto único, a los efectos del ejercicio de la facultad resolutoria dentro del concurso por incumplimiento".

[...]

La obra parcialmente ejecutada por el recurrente, como contrato de tracto único, no es susceptible de un aprovechamiento independiente, por lo que aceptada por el recurrente su continuación hasta ultimarla, cumplirá con el objetivo de su prestación debida integrándose la obra terminada en la masa actora del concurso. El precio debido a cargo del concursado, aunque diferido en el tiempo antes y después del concurso, es también una prestación única, sin perjuicio de que se ejecute por partes. Los principios de identidad e



integridad de la prestación debida como requisitos objetivos del pago que consagran los arts. 1157, 1166 y 1169 todos del Código Civil, obligan a satisfacer el total precio de la obra convenida con cargo a la masa, tanto las facturas giradas antes de la declaración de concurso como las devengadas con posterioridad."

4. Resulta, pues, determinante establecer si al tiempo de declararse el concurso- 26 de febrero de 2019- el contrato seguía desplegando sus efectos, con pendencia no solo del pago del precio sino también de la ejecución de la total obra encomendada. Si la respuesta es afirmativa, se da el supuesto contemplado en el art. 61.2.I LC (ahora art 158 TRLC) según el cual *"la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa"*.

5. En el caso presente, aunque es cierto que había unos defectos y remates a realizar, no se puede catalogar por ello el contrato de obra como un contrato con obligaciones pendientes a los efectos del art 61.2LC (ahora art 158 TRLC). Puede ser un caso fronterizo por su particularidad al no existir acta de recepción de la obra ( art 6 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre) , pero esas actuaciones carecen de la entidad y sustantividad propia respecto de la prestación ya cumplida previamente, que provoca que resulten insuficientes, por sí solas, para asignar al crédito de la constructora el tratamiento de crédito contra la masa, cuando dicho crédito deriva de trabajos preconcursales

Podemos, pues, afirmar que la acreedora antes de la declaración de concurso de OCH a finales de febrero de 2019 ya había cumplido sus obligaciones esenciales, quedando únicamente pendiente el pago; escenario que, declarado el concurso, motiva que el crédito deba ser calificado como concursal

6. Solo añadir que el caso que nos ocupa se diferencia del supuesto contemplado en la STS 632/2014 invocada en el recurso. En esta el acreedor continuó tras el concurso la ejecución de las obras, pero aquí, en cambio, PAVART reconoce que abandonó la obra a finales de febrero de 2019, con entrega de las llaves a la promotora, de forma que nada hizo tras la declaración de concurso. Ello impide considerar que su crédito pendiente por actuaciones preconcursales pueda ser calificado como crédito contra la masa

No debemos perder de vista que estamos ante una categoría de interpretación restrictiva ( STS 720/2012, de 4 de diciembre) y que teleológicamente su fundamento radica en su utilidad para el propio procedimiento o en su contribución a la continuación de la actividad del concursado ( STS 629/2015, de 17 de noviembre) y ello no se predica del crédito de PAVART, que no ha realizado actuación postconcursales alguna. En este sentido se pronuncia la SAP de Guipúzcoa de 16 de diciembre de 2019. La redacción del art 158TRLC viene a corroborar lo dicho. En estos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes tanto a cargo del concursado como de la otra parte, tras decir que la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a su vigencia, añade que *"ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el concursado "*, o sea, las prestaciones a cargo del concursado, no otras

7. Por estas razones debe ser desestimado el recurso y confirmada la calificación concursal del crédito previo al concurso

#### **Cuarto. Costas**

1. Las costas se imponen con arreglo al artículo 398 de la LEC a la apelante

Vistos los preceptos legales, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLO**

Debemos desestimar el recurso formulado por PAVART WORK GROUP SL contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid de 13 de enero de 2020, que confirmamos, con imposición de las costas de la alzada a la apelante

Procede la pérdida del depósito constituido para apelar y dese el destino legal

Devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.

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

#### **MODO DE IMPUGNACION**

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ