



SEGUNDA SESIÓN DEL CURSO 2009/2010: Lunes, 14 de diciembre de 2009

D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO

(Magistrado del TSJ Andalucía. Prof. Titular de Derecho Civil)

**“LA ACCIÓN DIRECTA DEL ART. 1597 CC EN CASO DE CONCURSO DE
ACREEDORES DEL CONTRATISTA”**

La acción directa, figura recogida en el art. 1597 CC, dentro del ámbito del contrato de obra, puede ser contemplada desde dos puntos de vista aparentemente contradictorios: bien desde la lógica concursal (procurar satisfacer el crédito de todos los acreedores en mayor o menor medida, así como la conservación de la empresa), bien desde la perspectiva que supone tratar de proteger de un crédito concreto (el del subcontratista), y la elusión de la concurrencia de cualesquiera otros acreedores en un hipotético supuesto de insolvencia del contratista. Dicha cuestión, en palabras del ponente, es de una "trascendencia práctica casi dramática", más aún si cabe con la actual situación de crisis por la que a traviesa el sector de la construcción.

La respuesta a la disyuntiva de cuál de los dos acercamientos propuestos es el más adecuado no la da el Código civil. Y es que el art. 1597 CC «alude cicateramente a esta acción directa, pero no la regula». La respuesta la habremos de buscar por tanto, no tanto en una razón de ser axiológica, como en el efecto típico que todo mecanismo de subcontratación produce. Nos encontramos así ante un encadenamiento contractual especial entre los extremos (dueño de la obra y subcontratista), que burla el principio de relatividad del contrato, como consecuencia del hecho de que el subcontratista quede integrado en el marco de una prestación determinada de la que va a ser *accipiens* el dueño de la obra. «No nos encontramos, por tanto, ni ante una cuestión de economía procesal, ni de 'favor legis' para con una de las partes».

Partiendo de la idea anterior y profundizando en la naturaleza de la norma, destacó el ponente una serie de ideas: i) El subcontratista actúa *iure proprio*, contra un deudor mediato y, en consecuencia, no habrá de darse el litisconsorcio pasivo necesario; ii) Es discutible si es necesario acreditar que el subcontratista ha reclamado sin éxito al contratista. El ponente opina, junto con buena parte de la jurisprudencia, que no es necesario; iii) Nos encontramos ante un derecho, no ante una acción, y por tanto no es obligatorio interponer demanda, sino que también habrá de surtir efecto la reclamación extrajudicial (las consecuencias son importantes: a partir de este momento la acción directa quedará inmune frente a cualquier excepción que pueda darse entre contratista y dueño de la obra); iv) Es una institución que tiene parte de *ius cogens*. De acuerdo con el art. 5 de la la Ley

32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, "la subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley". El TS considera asimismo que los pactos por los cuales el dueño de la obra se exonere de la responsabilidad derivada del art. 1597 CC no serán válidos; v) Técnicamente no nos encontramos frente a un privilegio, sino ante una garantía personal *ex lege*. La ley quiere poner a disposición del subcontratista dos patrimonios en garantía. Por eso algunos la consideran una suerte de fianza *ex lege*.

Una vez sentados los anteriores fundamentos, el magistrado Pasquau Liaño, trató de dar respuesta a la decisiva cuestión de si «es el concurso el que cede o es la garantía la que se concursaliza». Para ello, comienza su argumentación partiendo de la respuesta que venían dando los Tribunales a las situaciones anteriores a la vigente Ley Concursal. Desde este punto de vista, existía una posición cuasi-unánime de que la acción directa era inmune frente a la quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores (STSS de 8 de mayo de 1989, 27 de junio de 2000 y 11 de octubre de 2002, entre otras). El siguiente hito será determinar si ha habido cambios con la introducción de la Ley Concursal. Así, afirma el ponente que en la precitada ley no existe referencia alguna a la acción directa. Algunos concursualistas, apoyándose en su Exposición de Motivos, se refieren a la universalidad del sistema frente a la dispersión, cuestionando qué resistencia puede tener la acción directa frente a esa *vis atractiva*.

La SAP Barcelona, de 2 de marzo de 2006 [AC\2006\1594], por su parte, responde a la anterior cuestión de una forma que tiene posibilidades de suscitar un importante consenso, llegando a la conclusión de que, como regla general, la acción directa no resiste al concurso, si bien deja a salvo los supuestos en los que la declaración del concurso se produce después de que haya habido un requerimiento (judicial o no). En opinión de Pasquau Liaño, la acción directa debe resistir mientras el legislador no diga lo contrario y, frente al argumento de que la omisión no responde sino a un olvido del legislador, afirma que tan esgrimibles son las razones que lo avalan como las que se oponen al mismo. Sin embargo, va a hacer hincapié en un razonamiento que, a su juicio, debe imponerse sobre el resto y que es el siguiente: el crédito del contratista no puede quedar mejorado por el hecho de la declaración concursal. Y esto es así porque, al menos tal y como viene configurado por doctrina y jurisprudencia, el crédito del contratista está genéticamente subordinado a la satisfacción del crédito del subcontratista, pudiéndose llegar al siguiente supuesto paradójico: en el caso en el que el subcontratista reclame al dueño de la obra en el *iter* que va desde el momento en el que el contratista haya a su vez reclamado a dicho dueño, pero el pago no se haya todavía producido, el comitente estará obligado a pagar al subcontratista puesto que lo único que se puede oponer es el pago, pero no la mera reclamación previa del contratista. Si esto es así, el crédito en caso de concurso, deberá necesariamente ingresar en el mismo subordinado a que el subcontratista no reclame el ejercicio de la acción directa, porque en caso contrario el dueño sería injustamente inmune frente a dicha reclamación.