

## LA ACCIÓN DIRECTA DEL SUBCONTRATISTA CONTRA EL DUEÑO DE LA OBRA EN CASO DE CONCURSO DEL CONTRATISTA

### La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista

El artículo 1597 del Código Civil establece una «acción directa» del subcontratista contra el propietario de la obra, y como tal acción directa es independiente y diferente a la acción que el subcontratista tiene frente al contratista y la de éste frente al propietario, por lo que dicha acción directa debería ser inmune a la situación de concurso del contratista. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Concursal, se está poniendo en duda esa inmunidad, sin que, a nuestro juicio, haya base legal suficiente para ello, pues el régimen de la «acción directa» en Derecho español, no se ha visto afectado por la norma concursal.

### Breve análisis del contenido de la acción reconocida a favor de los subcontratistas en el artículo 1597 del Código Civil («CC»)

El Derecho español establece un régimen especial de protección para determinados créditos nacidos de un contrato de obra. Así, por ejemplo, gozan de preferencia, con respecto a determinados bienes muebles del deudor, los créditos por construcción, reparación, conservación o precio de venta de bienes muebles hasta donde alcance su valor (artículo 1922 n.º 1 CC). Con respecto a bienes inmuebles, gozan de determinada preferencia los créditos refaccionarios (créditos de cualquier tipo, que hayan contribuido a la construcción, conservación, reparación o mejora de un inmueble), anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad (artículo 1923 n.º 3 CC), o incluso no anotados ni inscritos (artículo 1923 n.º 5 CC). Asimismo, con respecto a los bienes muebles, se reconoce un derecho de retención a favor del que haya ejecutado una obra en dicha cosa mueble (artículo 1600 CC), y finalmente, el contenido en el artículo 1597 CC, que es el objeto de nuestro análisis. Indudablemente, como veremos más adelante por lo que se refiere al artículo 1597 CC, cada uno de los supuestos citados tiene una regulación especial y un régimen diferente.

De entre este régimen especial de garantías, destaca la establecida en el artículo 1597 CC, que reconoce en favor de los subcontratistas, conforme al desarrollo doctrinal y jurisprudencial, una acción contra el propietario. Según dicho artículo, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, tendrán acción con-

### Direct action of the subcontractor against the owner of the works in case of insolvency of the contractor

Article 1,597 of the Civil Code sets forth a «direct action» in favor of the subcontractor against the owner of the construction; and as such, the direct action is independent and different from the subcontractor's action against the contractor and from the contractor's action against the owner, and therefore such direct action should prevail («enjoy immunity») in case of contractor's insolvency. However, after the approval of the Insolvency Law, such immunity is under discussion; in our view there are not sufficient legal basis to deny such immunity, since the regime of a «direct action» under Spanish law has not been modified by the new insolvency legislation.

tra el dueño de la obra hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se haga la reclamación.

En definitiva, y como primera reflexión para poner en contexto el presente estudio, el artículo 1597 CC forma parte de un régimen especial, quizá desperdigado en nuestro CC, de protección de los créditos derivados de un contrato de obra: todos aquellos que aportan o incorporan su trabajo o materiales a una obra, sea mueble o inmueble. Y, en este sentido, debería ser pacífico concluir que esta especial protección deba alcanzar su máxima eficacia o desplegar su auténtica razón de ser, justo cuando una situación de insolvencia amenaza el cobro del crédito que se pretende proteger. No parece coherente establecer un régimen especial de protección para cubrir un mero retraso o una conducta rebelde para con el cumplimiento de una obligación de pago. Otro tema distinto es «*que todo este conjunto de situaciones privilegiadas de ciertos acreedores supongan una cierta distorsión de los procedimientos de ejecución universal en caso de insolvencia, pero este es un problema de política legislativa y de ciencia de la legislación, y no cabe ignorar un derecho concedido legalmente por la apreciación personal de que esta decisión del legislador sea desacertada o interfiera la lógica del procedimiento de ejecución universal*», como afirma la Audiencia Provincial de Navarra (sección 1.ª) en su sentencia de 1 de octubre de 2001 (AC2002\482) donde se trataba el alcance del artículo 1597 CC.

### Requisitos del artículo 1597 CC:

(i) Es requisito esencial que el precio pactado en el contrato de obra entre el dueño de la obra y el con-

tratista sea por un tanto alzado (artículo 1593 CC), según establece el propio artículo 1597 CC. La expresión «tanto alzado» debe entenderse, a nuestro juicio, como que el crédito del contratista debe ser cierto y determinado (véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999, núm. 1139/1999, RJ 1999\9358).

(ii) Disfruta de dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que aporte a la obra trabajo o materiales, con independencia de que sea subcontratista o subcontratista del subcontratista. En este último caso, el subcontratista también podrá dirigirse contra el propio contratista (véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2000, RJ 2000\4402).

En definitiva, los subcontratistas de la cadena pueden ejercitar esta acción no sólo frente al propietario, sino contra cualquiera de los empresarios-subcontratistas de la cadena en orden inverso, y siempre que contra quien se dirija la acción tenga frente a su contratista/subcontratista un crédito pendiente de pago (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 julio 1997, núm. 598/1997, RJ 1997\5474).

No existe acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista. Por tanto, si hay una cadena de contratos de obra y subcontratos, desaparece la acción directa cuando uno de los subcontratistas no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002, núm. 67/2002, RJ 2002\2097).

(iii) Es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista, y de otro crédito de éste frente al dueño de la obra, en el momento en que el primero reclame a este último, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra.

(iv) El subcontratista podrá reclamar frente al dueño de la obra en la medida que el crédito del subcontratista frente al contratista esté vencido y sea exigible, si bien el pago del dueño en favor del subcontratista sólo será efectivo en el momento en que el crédito del contratista frente al dueño esté también vencido y sea asimismo exigible.

### Características y régimen del artículo 1597 CC:

(i) Se invierte la carga de la prueba, debiendo ser el dueño de la obra quien deba demostrar que se ha producido el pago total del crédito adeudado al contratista.

(ii) La reclamación del subcontratista frente al dueño de la obra no requiere la previa excusión de los bienes del contratista, ni la insolvencia de hecho del contratista, ni la declaración en concurso del contratista.

(iii) El dueño de la obra no podrá oponer al subcontratista ninguna de las excepciones que sean aplicables en la relación contractual entre dueño y contratista, ya sea por hechos anteriores o posteriores al ejercicio de la acción (entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991, RJ 1991\3068, declara que la acción derivada del artículo 1597 CC «es inmune a las excepciones oponibles por el dueño frente al contratista»).

(iv) El pago hecho por el dueño de la obra al contratista con anterioridad a su vencimiento y exigibilidad puede no ser liberatorio, pudiendo los subcontratistas reclamarle daños y perjuicios, pues «adelantar el pago» a su contratista es una «actitud negligente del dueño de la obra», por cuanto que el «el propietario de una obra está obligado no sólo para con su contratista sino también para con los subcontratistas (...)» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de febrero de 2002, JUR 2002/132013).

(v) Según diversas sentencias del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998, RJ 1998\5215), la mera aceptación y entrega de letras de cambio por el dueño al contratista no es suficiente para sostener que el dueño ha satisfecho el crédito del contratista, pues no puede tenerse por extinguido el crédito sobre la base del artículo 1170 CC, siendo necesario que esas letras se hubieran hecho ya efectivas; y, si hay duplicidad de pagos por el promotor, éste debería ir contra el constructor por enriquecimiento injusto (STS de 11 de diciembre de 1992, RJ 1992\10137).

(vi) En caso de que el dueño reciba distintas reclamaciones, la consignación judicial de la cantidad adeudada al contratista conforme al artículo 1176 CC ha sido reconocida por la jurisprudencia como fórmula válida para extinguir la obligación del dueño (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2008, RJ 2008\5675).

(vii) El pago efectuado por el dueño al subcontratista en cumplimiento del ejercicio de la acción iniciada por éste al amparo del artículo 1597 CC con anterioridad a la declaración de concurso del contratista no sería reintegrable en el concurso de éste, ya que, entre otras razones, no existiría un acto del contratista, que es el objeto de la reintegración conforme al artículo 71 de la Ley Concursal («LC»).

(viii) La acción se puede dirigir simultáneamente contra el contratista y el dueño ya que la jurisprudencia los considera responsables solidarios; y se añade que «el litisconsorcio sólo puede exigirse cuando la relación o situación jurídica tienen el carácter inescindibles, lo que aquí no ocurre, al concederse la acción directa por un crédito derivado de un contrato de obra y (...) en definitiva el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito contractual) y contra el dueño respondiendo uno y otro indistintamente o in solidum; (...) la responsabilidad solidaria mata toda idea de litisconsorcio necesario, pues el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados» (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994, núm. 887/1994, RJ 1994\7479).

La jurisprudencia es unánime en declarar, por un lado, la existencia de una acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra y, por otro, la existencia de una responsabilidad solidaria, pudiendo el subcontratista actuar contra el contratista, contra el dueño o contra ambos conjuntamente (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 31 enero 2005, núm. 31/2005, RJ 2005\1747).

Se ha debatido acerca de la naturaleza jurídica de la acción contenida en el artículo 1597 CC; y el debate resulta de enorme trascendencia, pues, a nuestro juicio, la posición que prevalezca al respecto determinará, ante el silencio de la Ley Concursal en cuanto a la derogación o limitación a la eficacia del artículo 1597 CC, la respuesta que debemos dar a la cuestión de si la acción de este artículo goza de inmunidad en caso de concurso del contratista.

En este sentido, las diferentes tesis defendidas por la doctrina se agrupan en estas dos posturas:

— Los que piensan que la acción del artículo 1597 CC es una especificación o norma especial aplicable, entre otros, a los contratos de ejecución de obra de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC. Desde este punto de vista, el artículo 1597 CC vendría de alguna forma a modular el ámbito de aplicación del artículo 1111 CC y, por tanto, la protección del subcontratista, limitándola tan solo a aquellos supuestos en que la obra haya sido contratada a precio alzado y por el importe de la cantidad que el dueño adeude al contratista en el momento en que el subcontratista realice la reclamación al dueño.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 6.<sup>a</sup>) de 4 de diciembre de 2002 (núm. 852/2002, JUR\2003\32968) afirma, en una situación de concurso del contratista,

ta, que «permitir la subrogación que por la vía de la acción directa prevé el artículo 1597 CC implica de una manera clara ‘puentear’ la situación de insolvencia del contratista».

— Los que defienden que la acción del artículo 1597 CC es una acción directa del subcontratista frente al propietario, siendo una excepción al principio general del artículo 1257 CC, que establece que «los contratos solo producen efectos entre las partes que lo otorgan (...)», por cuanto que se le reconoce al acreedor reclamar frente a un tercero, el propietario, que es ajeno a la relación contractual entre el contratista y el acreedor que dio lugar al crédito objeto de reclamación (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998, RJ 1570\1998, y de 2 de julio de 1997, RJ 1997\5474).

Son varios los argumentos que apoyan esta segunda interpretación mayoritariamente aceptada: la acción del artículo 1597 CC implica una acción solidaria que puede, por tanto, ejercitarse indistintamente contra el contratista, contra el dueño o contra ambos conjuntamente; si la finalidad hubiese sido dar una acción subrogatoria al subcontratista, sobraría el artículo 1597 CC, pues para ello ya existe la subrogatoria del artículo 1111 CC. Además, la norma objeto de este estudio no requiere la previa excusión de los bienes del contratista-deudor. Igualmente, el titular de la acción no ejercita el derecho de otro, en este caso del contratista, en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito y su propia acción.

En definitiva, a nuestro juicio, nos encontramos ante una auténtica «acción directa» que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a ella, siendo solamente necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 1597 CC, sin relación alguna de subsidiaridad para su ejercicio. Convierte a los acreedores en titulares de una acción para hacer valer su crédito por vía directa, produciéndose una responsabilidad legal de tercero por deuda ajena pero cuantitativamente limitada. Numerosas son las sentencias del Tribunal Supremo que así lo confirman (29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 29 de diciembre de 1991, 2 de julio de 1993, 12 de mayo de 1994, 11 de octubre de 1994, 16 de marzo de 1998, 31 de enero de 2002 y 10 de marzo de 2005).

### La «acción directa» como categoría autónoma en derecho español

Nuestro Derecho reconoce expresamente varios supuestos de «acción directa» que persiguen como

resultado que un tercero (dueño de la obra) responda por una deuda ajena (la que adeuda el contratista al subcontratista). El legislador ha querido sujetar un nuevo patrimonio a la satisfacción de una deuda de tercero. Nuestro Derecho no establece un régimen legal que regule de forma general el contenido y alcance de la «acción directa», sino que crea varios supuestos de «acción directa» sobre los que, gracias a las aportaciones jurisprudenciales y de los autores, se ha desarrollado toda una doctrina en cuanto al régimen general de la «acción directa».

Este régimen, que describiremos a continuación, permite conceptuar la «acción directa» como una categoría autónoma con unas características e implicaciones especiales que nos permitirá contestar las preguntas y problemas que puede plantearse en caso de ejercicio de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC en situaciones de concurso del contratista.

La ausencia de esa regulación legal expresa sobre la «acción directa» y su naturaleza excepcional, por cuanto significa una excepción al principio general de la relatividad de los contratos (artículo 1257 CC, que establece que «*los contratos solo producen efectos entre las partes que lo otorgan*»), puede haber ayudado a restar o acomodar la eficacia de la acción directa del artículo 1597 CC en supuestos de concurso del contratista.

El Derecho español contempla al menos los siguientes supuestos de «acción directa»: la acción directa del arrendador contra el subarrendatario recogida en los artículos 1551 y 1552 CC, por lo que se refiere al uso y conservación de la cosa arrendada, y por lo que se refiere a la reclamación de la renta del subarrendamiento; o la regulada en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que establece una acción directa en favor del perjudicado o sus herederos contra el asegurador, por los daños causados por el asegurado. Asimismo, podría predicarse dicha acción en el supuesto contemplado en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales en los supuestos de causa legal de disolución, en caso de incumplimiento de determinados deberes legales).

Las implicaciones de una acción directa han quedado ya enumeradas en el apartado 1.3, si bien corresponde ahora establecer una serie de principios o características generales que ayudan a conformar una doctrina o teoría general de la «acción directa»:

(i) Es una acción *ex lege* que habilita o faculta a su titular (acreedor) a ejercitar una acción contra

un tercero (deudor directo) con el que no tiene relación contractual, para ver satisfecho un crédito que contractualmente tiene frente a otro deudor (deudor inmediato). Generalmente es una acción en favor de un acreedor contra el deudor de su deudor. El acreedor y el deudor directo son terceros entre sí, no son parte en el mismo contrato y tiene como efecto la afección de un nuevo patrimonio para el cobro de un crédito.

(ii) Su ejercicio no exige el ejercicio previo de la acción ordinaria (contractual) contra su propio deudor (deudor inmediato); es una acción diferente, desvinculada, ajena y no condicionada a la acción ni al crédito contractual ni, por tanto, a sus avatares. La acción directa es, asimismo, diferente a la acción que el deudor inmediato tiene frente al deudor directo.

(iii) Se ejercita por el titular de la acción en su propio nombre y a su propia cuenta contra un deudor con el que no tiene relación contractual, por lo que no implica el ejercicio de un derecho del deudor inmediato en sustitución de éste.

(iv) No entran en el patrimonio del deudor inmediato (contratista) las sumas obtenidas del deudor directo (dueño), sino que se atribuyen directamente al acreedor (subcontratista) dichas cantidades. Por tanto, al no integrarse en el patrimonio del deudor inmediato, no existe concurrencia de sus acreedores sobre un crédito que el acreedor tiene contra el propietario.

(v) Es una facultad o derecho concedido a determinados acreedores, y como tal puede ejercitarse tanto judicial como extrajudicialmente.

(vi) Los actos de disposición (pago, condonación, cesión de créditos, etc.) del deudor directo sobre el crédito no perjudican al acreedor directo; siendo la acción directa inmune a las excepciones que el deudor directo pudiera tener frente al deudor inmediato. Esta es la ventaja y la gran diferencia con respecto a la acción subrogatoria u otra fórmula indirecta.

(vii) Es una preferencia de hecho o ventaja, pero no es un privilegio o una garantía: (a) la acción directa produce una indisponibilidad del crédito del deudor inmediato, lo que no ocurre en un privilegio por sí solo; (b) el privilegio supone necesariamente un conflicto o concurrencia de acreedores, la acción directa pretende precisamente evitar que se produzca la concurrencia de acreedores dirigiendo su acción contra un tercero; (c) el privilegio se manifiesta en el seno de

un procedimiento concursal, y la acción directa su existencia es extrajudicial con el que sí tiene una relación contractual; y (d) no significa que el crédito contractual del acreedor contra el deudor inmediato tenga una garantía real, que podría tenerla en caso de garantía hipotecaria.

(viii) Entraña una solidaridad en el cumplimiento de la obligación de pago, ampliando la base patrimonial donde exigir la satisfacción del crédito; asemejándose a una fianza legal de carácter solidario, en que el derecho de repetición del fiador se convierte en la extinción de su deuda en la medida que haya pagado al acreedor directo.

### Análisis del problema

Es el objeto de este estudio analizar si la acción directa del artículo 1597 CC es inmune en caso de que el contratista estuviese en situación de concurso de acreedores. La doctrina y jurisprudencia han venido manteniendo tradicional y mayoritariamente dicha inmunidad (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2002, núm. 932/2002, RJ 2002\9850).

Existe una nueva tendencia (entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.<sup>a</sup>) de 2 de marzo de 2006, núm. 102/2006, AC 2006/1594; y Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 18 de marzo de 2009, JUR 2009\207548) iniciada tras la aprobación de la Ley Concursal que, interpretando ésta, vendría a negar la inmunidad de la acción del artículo 1597 CC y que se fundamenta en los siguientes argumentos:

- La Ley Concursal no proporciona vía alguna que permita al subcontratista, una vez declarado el concurso del contratista, quedar fuera de la masa pasiva con preferencia al resto; en este sentido, se afirma que 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 resultados del proceso concursal según la clasificación de su crédito salvo los casos excepcionales que la Ley lo permita»* (así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña antes citada).
- El artículo 89.2 LC establece que *«no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley»*, y no se incluye el artículo 1597 CC como otorgante de un

privilegio en el cobro que deba reconocerse en el concurso.

- El artículo 76.1 LC establece un principio de universalidad de la masa activa que se define como los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, del que forma parte el crédito del contratista frente al dueño, sin que existan más excepciones que las contenidas en los apartados 2 y 3 del citado artículo. Se afirma que no hay norma en la Ley Concursal que permita excluir —ex artículo 1597 CC— de la masa activa el crédito que el contratista tiene frente al dueño y aminorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes. En definitiva, se considera que el artículo 1597 CC supone un privilegio para el subcontratista no expresamente contemplado en la nueva Ley Concursal.

Sin embargo, esta tesis sí viene a reconocer que, ejercitada válidamente la acción directa con anterioridad a la declaración del concurso, dicha acción gozaría de inmunidad, pues se habría producido, con anterioridad al concurso, la inmovilización del crédito. En este sentido, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 2006 afirma que la acción directa debe ceder ante la especialidad de la situación concursal en caso de ejercitarse con posterioridad al concurso. Por tanto, se aceptaría que el derecho de crédito del contratista frente al dueño se extinguiera y, por ende, desaparecería de la masa activa del contratista concursado si dicha acción directa se ejercitase válidamente por el subcontratista con anterioridad a la declaración del concurso del contratista (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 3.<sup>a</sup>) de 27 de mayo de 2008, núm. 80/2008, JUR\2008\330403).

Habiendo aceptado la jurisprudencia y la doctrina que la acción prevista en el artículo 1597 CC consiste en una auténtica «acción directa», y atendiendo a los rasgos definitorios de toda acción directa apuntados en el apartado anterior, debería ser pacífico aceptar la inmunidad de la acción del artículo 1597 CC en caso de concurso del contratista, con independencia de cuándo ésta fuese ejercitada (véase, entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 5 de enero de 2007, núm. 3/2007, JUR\2007\266120). El subcontratista no disfruta frente al contratista de un privilegio o de una garantía de su crédito, ni el ejercicio de dicha acción implica entrar en concu-

rrencia con otros acreedores, pues la acción directa se dirige contra el dueño de la obra y no frente al contratista. El subcontratista goza de una acción directa contra el dueño que es ajena y distinta a la que tuviera contra el contratista y, por tanto, no queda afectada ni condicionada por los avatares patrimoniales, situación de solvencia, etc., del contratista, por lo que debería ser totalmente inmune a la situación de concurso del contratista. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 1 de octubre de 2001 (núm. 246/2001, AC\2002\482) afirma que «la cantidad que pueda reclamar es conceptualmente distinta, como distinta es también la causa que justifica la reclamación (...) contra el arrendatario cabrá reclamar con base en el contrato que une a ambas partes, de adquisición de bienes o prestación de servicios, y la cantidad que suponga el coste o precio de los materiales o trabajo desempeñado. En cambio contra el dueño de la obra la reclamación se basa en la norma contenida en el artículo 1597 CC». Ni la Ley Concursal ni ninguna otra norma establece que la acción directa deba quedar afectada por el concurso del contratista. En este sentido, la nueva regulación del procedimiento concursal no contiene cambio normativo alguno que niegue la existencia o eficacia de la acción directa y, por tanto, debería continuar siendo de plena aplicación la jurisprudencia recaída con anterioridad a la Ley Concursal.

Cualquier solución contraria significaría negar la existencia de una acción directa y reconocer implícitamente su transformación, sin base legal alguna, en una acción subrogatoria. Insistimos: ni la Ley Concursal ni ninguna otra han modificado o derogado el carácter de acción directa del artículo 1597 CC.

### Otras cuestiones relevantes:

(a) Momento en que se entiende ejercitada válidamente la acción. Sin perjuicio de que debería irrelevante cuándo se ejercita la acción directa, esta nueva tesis que antes analizábamos acepta la inmunidad de la acción directa si es ejercitada válidamente con anterioridad a la declaración del concurso.

Tradicionalmente el Tribunal Supremo y la doctrina han venido defendiendo el ejercicio extrajudicial como un ejercicio válido de la acción del artículo 1597 CC; sin embargo, se considera que la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 (núm. 300/2008, RJ 2008\2831) constituye el inicio

de una nueva tesis a este respecto, en el sentido que el requerimiento extrajudicial no es suficiente («el requerimiento notarial sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario», si bien este pronunciamiento se enmarca dentro de una discusión diferente, pues se refiere a la fecha de cómputo de devengo de intereses de demora). En esta línea, la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 18 de marzo de 2009 niega la validez y eficacia del ejercicio extrajudicial.

A nuestro juicio, debe seguir prevaleciendo la doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1974, que acepta la reclamación extrajudicial siempre que exista fehaciente constancia del momento y forma en que se haya producido, sin precisar la petición de tal derecho en vía judicial.

(b) Juez competente para conocer el ejercicio de la acción prevista en el artículo 1597 CC. Una vez más, la respuesta a esta pregunta depende de la posición que se sostenga en cuanto a la naturaleza de la acción y la respuesta dada anteriormente: si la acción del artículo 1597 es una acción entre subcontratista y dueño, parece pacífico apuntar que el juez competente sería el del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia correspondiente.

Podría defenderse que debería ser el juez del concurso, por cuanto que el ejercicio de la acción del artículo 1597 CC tiene una incidencia sobre la masa activa del contratista concursado, todo ello conforme a la *vis atractiva* del procedimiento concursal. Así, el artículo 51.1 LC establece que «se acumularán aquellos que siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8 se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».

Sin embargo, insistimos que estamos ante un supuesto de acción directa, por lo que los artículos 8, 50 y 51 LC sólo otorgan competencia objetiva para conocer al juez del concurso de los juicios declarativos en los que sea parte el concursado; y, en caso de ejercicio de la acción del artículo 1597 CC, contra el dueño, siendo éste deudor solidario y sin que sea necesario implicar en el procedimiento al contratista, debería negarse por tanto la competencia del juez del concurso, pues éste no es parte del procedimiento iniciado por el subcontratista (véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (sección 5.<sup>a</sup>) de 18 de enero de 2008, núm. 3/2008, JUR\2008\125218).

### **Conclusiones**

A nuestro juicio, la acción que establece el artículo 1597 CC es una «acción directa» del subcontratista frente al dueño y diferente a la acción ordinaria que el subcontratista tiene contra el contratista. Dicha acción no debería quedar afectada ni condicionada por la situación de insolvencia del contratista ni por

los avatares del crédito de éste frente al dueño; por tanto, debería ser inmune a la situación de concurso del contratista. Una conclusión diferente significaría negar la existencia, alcance y eficacia de la «acción directa» en Derecho español, régimen que no ha sido derogado ni modificado por la Ley Concursal.

**IGNACIO ALBIÑANA\***

---

\* Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).