
El Régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre Reguladora de la Subcontratación y el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto.

Francisco José Fernández Romero

Prof. Asistente Honorario del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
Director Asesoría Jurídica de DUSE (GRUPO SANDO-REALIA)

Inmaculada Vivas Tesón

Prof^ª. Titular del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1597 C.C. 2.1. Un breve apunte histórico. 2.2. La excepcionalidad de la norma: su ratio. 2.3. Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la acción. III.- EL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE. 3.1. Introducción. 3.2. Las distintas novedades de la Ley.

I.- INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que la construcción es un sector estratégico y de extraordinario peso en la economía española. Para hacernos una idea aproximada de ello, supone, en promedio, el 16% del PIB anual y da trabajo a 2,5 millones de personas, el 12,5% del empleo total. Se trata, pues, de una pieza clave en el desarrollo económico de nuestro país.

Su enorme trascendencia lleva inevitablemente aparejada una vasta y compleja problemática que, hasta hace poco tiempo, mediante la nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción del pasado año, ha contado con una prácticamente inexistente regulación jurídica.

En el sector de la construcción, es práctica muy frecuente y casi ya previsible y usualmente admitida por el propio dueño de la obra o comitente (con restricciones en la contratación de obras públicas), que la ejecución de la prestación contratada con el empresario contratista sea posteriormente subcontratada por su cuenta, en todo (no es nada extraña la figura del adjudicatario de la obra no ejecutor de la misma, al que la STS de 6 de junio de 2000¹ califica de “constructoras que no son verdaderamente tales sino

¹- RJ 2000, 4402.

meras oficinas de subcontratación) o en parte, con terceros, con quienes el dueño de la obra no tiene vinculación contractual alguna.

El fenómeno económico de la subcontratación (tanto privada como pública)² y su creciente desarrollo en los últimos tiempos, por razón de las dimensiones y complejidad de las obras y los múltiples elementos que con distintas especializaciones intervienen en la misma, ha sido objeto de escaso interés por parte de la doctrina civilista (a diferencia, verbigracia, de la laboral), no así por parte de nuestros Tribunales, sobre todo, a partir de los años 90, como señala la apenas citada STS de 6 de junio de 2000, *“al compás del auge de la construcción y del fenómeno de las subcontratas en este campo”*.

La subcontratación implica la presencia simultánea de dos relaciones contractuales, una entre el dueño de la obra y el contratista y otra entre éste y el tercero subcontratado, distintas pero unidas, donde existe una relación trilateral en la que los intervinientes en el proceso de la obra no están todos vinculados entre sí. El subcontrato es, por tanto, una figura jurídica distinta de la cesión del contrato.

En la práctica, tal relación suele complicarse aún más, cuando el adjudicatario de la obra subcontrata con terceros una serie de elementos de la obra y, a su vez, éstos se ven precisados, posteriormente, a subcontratar en una cadena que, en ocasiones, es casi interminable, aumentado, de este modo, el riesgo de impago en alguno de sus múltiples eslabones.

Con el estudio pormenorizado del art. 1597 C.c. procuraremos realizar un análisis del precepto (el cual estimamos fundamental por su importancia) que, al tiempo, ayudará a destapar sus carencias y advertir su correcta interpretación y aplicación de la mano de la doctrina³ y, sobre todo, de la jurisprudencia que, en los últimos veinte años y a golpe de sentencia, ha venido arrojando luz sobre la materia.

2.- El Tribunal Supremo, en S. de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9142), ha declarado que, *“con referencia a la construcción inmobiliaria, el subcontrato supone una relación contractual derivada de otra precedente, por virtud de la cual una de las partes, en lugar de ejecutar directamente y con sus propios medios las obligaciones asumidas en el pacto originario, contrata con un tercero su realización total o parcial, es decir, la figura del subcontratista se produce cuando el promotor o dueño de la obra encomienda su ejecución a un contratista y éste encarga a un tercero (subcontratista) dicha ejecución o parte de ella, de manera que sólo quien tiene la consideración de contratista puede subcontratar, pues el promotor o dueño de la obra, aunque ya hubiera convenido la realización de ésta con una persona (contratista), si pactara la plasmación de determinadas tareas o labores con otra, ésta se situaría jurídicamente como contratista y no como subcontratista”*.

3.- En la bibliografía española destacan, entre otros: PASQUAU LIAÑO: *La acción directa en el Derecho Español*, Madrid, 1989 y “Comentario a la Sentencia de 2 julio 1997. Acción directa del artículo 1597 CC: legitimación de los subcontratistas sucesivos frente al comitente y contratistas anteriores; responsabilidad derivada de la acción directa: es solidaria, no subsidiaria; Carga de la prueba de la cantidad que el comitente debe al contratista: corresponde al demandado por serle más fácil”, en CCJC, 1997, págs. 1223-1234; DE ÁNGEL YAGÜEZ: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969; RODRIGUEZ MORATA: “Contrato de ejecución de obra por ajuste o precio alzado. Aumento de obra. Acción directa ex art. 1597 del Código Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698)”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* núm. 10, 1990, págs. 213-228, Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 1991. Subcontrato de obra. Acción directa: eficacia y condiciones de ejercicio. Excepciones oponible: pagos adelantados. Solidaridad”, en CCJC 1991, págs. 553-566 y *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992; DIEZ SOTO: “Comentario a la Sentencia 28 enero de 1998. Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio”, en CCJC, 1998, págs. 951-966; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL: “Acción directa ex artículo 1597 del CC de subcontratista versus contratista”, en AC, 1998; MUNAR BERNAT: Comentario a la Sentencia de 6 de junio de 2000. Contrato de obra. Acción directa ex artículo 1597 CC contra dueño de la obra, contratista y subcontratista; inmunidad de la acción respecto de terceros ajenos a la cadena contractual; solidaridad e inversión de la carga de la prueba. Costas. Irreversibilidad casacional de la inapreciación de circunstancias excepcionales”, en CCJC, 2000, págs. 1289-1305; DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ: *Derecho de la Construcción*, Granada, 2000; NÚÑEZ IGLESIAS: “Comentario a la STS de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9850). Ejercicio directo de la acción del subcontratista contra el dueño de la obra. Suspensión de pagos del contratista”, en CCJC, núm. 61 enero-Marzo 2003; HERNÁNDEZ ARRANZ: *La acción directa como instrumento de garantía*, Studia Albornotiana núm. XC, Bolonia, 2005. RUBIO GARRIDO: “Comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747). Acción directa en el contrato de obra. Aplicabilidad a subcontratos de cualquier grado. Ratio de la figura. Su supuesto de hecho. Naturaleza jurídica. Pretendida excepcionalidad de la norma. Forma de ejercicio de la facultad concedida por el art. 1597 CC. ¿Preferencia para el cobro? Excepciones oponible. ¿Inmoviliza la acción directa el crédito del contratista?”, en CCJC, 2005, págs. 1321-1342; INFANTE RUÍZ: “Comentario a la Sentencia de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563). Acción directa de subcontratista contra el dueño de la obra. Responsabilidad solidaria del dueño de la obra y del contratista frente al subcontratista. Inversión de la

II.- LA ACCIÓN DIRECTA EX ART. 1597 C.C.

Curioso resulta que no sólo la acción directa se halle huérfana de regulación jurídica propia en nuestro Código civil, sino que, además, ni siquiera sea digna de ser denominada explícitamente como tal.

A lo largo de su articulado, podemos apreciar cómo el Código civil, en pocos y concretos casos, concede al acreedor la posibilidad de dirigirse, en su propio nombre, al deudor de su deudor y hacerse directamente pago de su crédito, sin pasar por el patrimonio del deudor intermedio. Concretamente, en tres⁴: el art. 1552, que permite al arrendador dirigirse directamente contra el subarrendatario por el precio del subarriendo y reparación de deterioros; el art. 1597, en relación al contrato de obra y que es objeto ahora de nuestro interés; y el art. 1722, que autoriza al mandante a accionar directamente contra el sustituto del mandatario.

Centrándonos en el estudio del art. 1597 C.c., éste establece: *“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado 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”*.

De este modo, el precepto, cuyo texto ha dado, da y seguirá dando tanto juego, establece la acción directa, como un eficaz medio de protección del crédito y una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

2.- Un breve apunte histórico

La doctrina⁵ coincide en que el art. 1597 C.c. es un precepto sin antecedentes remotos en nuestro Derecho histórico, siendo el art. 1798 del *Code* napoleónico, de redacción muy similar, su más directo precedente: *“Los albañiles, carpinteros y otros obreros que se hayan empleado en la construcción de un edificio o de otras obras hechas por precio alzado, no tienen acción contra aquél para el cual se han hecho las obras más que hasta la cantidad por la que éste resulte deudor para con el contratista, en el momento en que aquéllos interpongan su acción”*⁶.

carga de la prueba sobre la existencia del crédito del contratista frente al dueño de la obra. Reclamación hecha a través de requerimiento notarial. Prohibición de subcontratar”, en CCJC, 2005, págs. 149-170; VIVAS TESÓN INMACULADA: “La acción directa frente al dueño de la obra en caso de subcontratación sucesiva. Comentario a la STS de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747)”, en RDPat, 2005, núm. 15, págs. 285-289; FERNÁNDEZ ROMERO FRANCISCO JOSÉ: *La responsabilidad del promotor frente al subcontratista en el contrato de obra. Especial análisis de la Acción directa de los que ponen su trabajo y materiales contra el dueño de la obra*, Sevilla, 2006. ESTRUCH ESTRUCH: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 258). Contrato de obra celebrado entre la Administración Pública y contratista privado. Subcontrato celebrado entre el contratista principal y un subcontratista privado. Resolución del subcontrato por paralización de las obras. Acción directa ex artículo 1597 del Código Civil contra el comitente y contratista principal. Ejercicio de la acción por el subcontratista. Exigencia por el subcontratista del pago del precio de la obra según el verdadero valor de la misma y de una ‘indemnización por paralización de equipos’; Demanda dirigida en la vía civil tanto contra el contratista principal como contra la Administración Pública comitente o dueña de la obra. Competencia de la jurisdicción civil. Inversión de la carga de la prueba. Condena solidaria de los demandados”, en CCJC, 2006, págs.1717-1740.

⁴- A los tres citados casos ha de sumarse, en el ámbito del contrato de seguro, la acción directa del perjudicado –o sus herederos- contra el asegurador para exigirle la indemnización (sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado) ex art. 76 LCS.

⁵- Por todos, RODRIGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, cir. pág. 22.

Repárese en que el precepto galo contempla la legitimación activa de la acción directa de un modo extensivo o amplio, atribuyéndola no sólo a “*los albañiles, carpinteros*”, sino también a “*otros obreros que se hayan empleado en la construcción*”, si bien se deduce que la norma está pensando sólo en aquéllos profesionales que realizan partidas de ejecución material de la obra, no trabajos intelectuales o de diseño de la construcción. También es digno de reseñar que el precepto contempla, exclusivamente, como forma de ejercicio de la acción, la judicial.

La primera referencia legislativa del precepto en nuestro peculiar proceso codificador puede encontrarse en el art. 1257 del Proyecto de Código civil de 1836: “*Los albañiles, carpinteros y otros operarios que han sido empleados en alguna obra hecha por ajuste no tienen acción contra aquél por cuya cuenta se ha ejecutado la obra, sino en concurrencia de lo que éste resultare debiendo al arquitecto o empresario cuando entablen su demanda*”.

Por su parte, el Proyecto de Código civil de 1851⁸ incorporaba un artículo, el 1538, en el que tanto por la redacción de su texto como por su ubicación sistemática, nuevamente se hacía patente su ascendencia francesa: “*Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por un empresario no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta en la cantidad que éste adeude al empresario cuando se hace la reclamación*”.

Como puede comprobarse, el artículo del Proyecto isabelino, a diferencia del modelo francés y de su predecesor español, ya no identifica concretamente a qué tipos de profesionales del ámbito de la construcción se les concede la legitimación activa de la acción directa, empleando un concepto muy genérico y omnicompreensivo, “*los que ponen su trabajo y materiales*”. Ello, permite interpretar que, entre tales profesionales, se pudieran encontrar no sólo los que realizan trabajos de ejecución material de la obra, sino también otros que hacen referencia a la definición previa de la misma, como proyectista o arquitecto. Por otro lado, se sustituye el término “*demanda*” por el de “*reclamación*”, el cual no presupone, necesariamente, su ejercicio vía judicial.

El Anteproyecto de Código civil de 1882-1.888 (en su artículo 53) adopta, de forma casi idéntica, el artículo 1538 del Proyecto de 1.851, con leves modificaciones de carácter puramente gramatical⁹.

Finalmente, el Código civil vigente recoge casi literalmente el precepto del Anteproyecto, para llegar a nuestros días, insólitamente intacto desde 1889, pese a la vertiginosa evolución y transformación socioeconómica del sector de la construcción, lo que ha

6.- “Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d’un bâtiment, ou d’autres ouvrages faits à l’entreprise, n’ont d’action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu’à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l’entrepreneur au moment où leur action est intentée”, reproducido literalmente por RODRÍGUEZ MORATA: La acción directa..., cit., pág. 26.

7.- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación Española, Codificación Civil (Génesis e Historia del Código)*, Madrid, 1970, Vol. I, pág. 136 y Vol II, pág. 229.

8.- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t.III, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo. Madrid, 1852, Reimpresión Barcelona, 1973, págs. 487 y 488.

9.- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación...*, cit, Vol. II, pág. 713.

generado una valiosa exégesis sociológica ex art. 3.1º C.c. por parte de los aplicadores del Derecho¹⁰.

2.2. La excepcionalidad de la norma: su ratio

El C.c. reconoce, en su art. 1597, el ejercicio de la acción directa a quienes ponen su trabajo o materiales (acreedores directos) contra el comitente o dueño de la obra (deudor de su deudor o subdeudor), para que puedan exigir en su propio nombre y por su cuenta exclusiva la obligación que tiene el subdeudor (comitente) frente al deudor principal (contratista).

Sin duda alguna, el recurso a la acción directa permite superar el obstáculo que implica el principio de relatividad contractual proclamado por el art. 1257 C.c. y que el propio legislador hace expresamente quebrar, de manera excepcional, con el objetivo de que un acreedor pueda cobrar lo que le adeudan¹¹.

Acerca de su fundamento, la STS de 11 de octubre de 1994¹² cita *“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.”*

Sea cual fuere, definitivamente, el concreto fundamento, la ratio o finalidad de la norma es, sin duda, tutelar o salvaguardar los derechos de los terceros intervinientes en el proceso constructivo (cualquiera que sea la posición que ocupen dentro de la cadena de subcontratas y, en definitiva, de créditos derivados del mismo contrato de obra), que ven, de este modo, considerablemente aumentada su garantía de cobro frente al riesgo de insolvencia de su deudor¹³.

Y, realmente, se trata de un eficaz medio de protección del crédito y una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor, pues, se trata de la facultad de dirigirse el acreedor contra el deudor de su deudor o subdeudor, el dueño de la obra o comitente, sin necesidad de pasar por el patrimonio del deudor principal o intermedio (alejándose, de este modo, de la acción subrogatoria, oblicua o indirecta del art. 1111

¹⁰- La AP de Cádiz, en Sentencia de 15 de Noviembre de 2001 (JUR 2002, 35059), reconoce la importante labor de la jurisprudencia en la interpretación de la norma del 1597 C.c.: *“(…) Antes de abordar el examen pormenorizado de los motivos del recurso es conveniente destacar las aportaciones que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha hecho en la interpretación del artículo 1597 CC para resaltar su eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes en fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquél que directamente les hubiera contratado. Compendio de esa jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997 que, tras destacar los caracteres de la acción directa contemplada en dicho artículo como “excepción al principio de relatividad del contrato” (con cita de la sentencia de 29 de abril de 1991), atiende a la realidad social de nuestros días, con la frecuente aparición de subcontratos encadenados, para justificar cómo “puede llegarse a la aplicación de la acción directa del artículo 1597 Código Civil con un planteamiento muy distinto al que se enfrentó el Código civil del año 1889”.*

¹¹- Subrayan el carácter excepcional de la norma, entre otras, las SSTs de 29 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7482), 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698), 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3068), 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10641), 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4093) y 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474).

¹²- RJ 1994, 7479.

¹³- Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, Navarra, 2001, pág. 1842, dicha acción “se trata de una garantía que, en la práctica, se caracteriza ante todo por su propia debilidad para satisfacer los créditos de los acreedores directos. En rigor, más que una acción es un derecho o pretensión concedida a una acreedor frente al deudor de su deudor, por lo que puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente”.

C.c.)¹⁴, de ahí el nombre que recibe la acción, causando la paralización del crédito de éste contra el comitente a partir del ejercicio de la acción (*acción directa imperfecta*)¹⁵, puesto que la reclamación directa de la deuda marca el momento a partir del cual el comitente no puede efectuar el pago, con plenos efectos liberatorios, ni directamente ni mediante consignación, a favor del contratista, al entenderse desaparecida, desde la reclamación, su buena fe¹⁶.

Repárese en la excepcionalidad que implica el reconocimiento legal de la acción directa: se establece una relación entre personas que no están unidas por ningún vínculo contractual¹⁷, en la cual el acreedor directo y el comitente no son acreedor y deudor respectivos, sino en tanto en cuanto lo sean en el contrato que a cada uno de ellos les une, personalmente, con su contratante inmediato, el contratista, sujeto común a ambos¹⁸, en cuya posición obligacional se entromete, legítimamente, el acreedor directo¹⁹.

De este modo, no obstante la inexistencia de relación contractual alguna, el acreedor actúa *iure proprio*, no, por tanto, en sustitución del deudor-contratista, contra el comitente, haciendo valer un derecho propio y autónomo que se suma al que posee también frente al contratista en virtud del contrato existente entre ellos.

2.3. Análisis de los presupuestos para el ejercicio de la acción

Dada la naturaleza excepcional de la norma al crear una suerte de vínculo a favor de los trabajadores, suministradores de materiales y subcontratistas del contratista de otro modo absolutamente inexistente, se precisa la necesaria concurrencia de unos presupuestos para el ejercicio (judicial o extrajudicial²⁰) de la acción directa contra el comitente o dueño de la obra, convenientemente precisados, fallo tras fallo, por nuestros tribunales.

14.- Como señala la AP de Ciudad Real, en sus SS. de 7 de abril de 1997 y 28 de junio de 2001 (JUR 2001, 250106), "se constituye así en una excepción al principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 del Código Civil) e incluso al principio de igualdad de los acreedores, reforzándose el crédito de los legitimados para el ejercicio de la acción en cuanto, por un lado, pueden demandar no sólo a quien contrató con ellos sino también al deudor de éste, sin necesidad de hacer previa excusión de los bienes del contratista (lo que la diferencia de la acción subrogatoria u oblicua reconocida en el artículo 1.111 del Código), y por otro, otorga una preferencia absoluta frente a otros acreedores del dueño de la obra". Acerca de la innecesaria previa excusión de los bienes del deudor se han pronunciado también las SS. de la AP de Guadalajara de 12 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2383) y Guipúzcoa de 29 de febrero de 2000 (JUR 2000219363).

15.- Precisa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., págs. 1841 y 1842, que "dichas acciones son acciones directas imperfectas porque no entrañan una inmovilización del crédito del deudor principal (contratista) contra el subdeudor (comitente) desde el momento de su nacimiento, sino desde su ejercicio, por lo que los pagos efectuados después del nacimiento de la acción y antes de su ejercicio, son oponibles a los acreedores directos".

16.- Así lo considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 1997 (RJ 1998, 216).

17.- Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1841, "se trata de una medida de carácter excepcional, por cuanto alterando el principio general de la relatividad de los contratos, pone en contacto a personas que no son parte en el mismo contrato". En este mismo sentido, DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Madrid, 1990, pág. 446, la excepción a la regla del efecto relativo de los contratos podría resumirse en la frase "el deudor de mi deudor es también deudor mío".

18.- Como señalan DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit., págs. 386 y 387, "es una acción directa la que se concede a los acreedores contra quien no es su deudor, pero sí del que es de ellos, y por razón de la misma obra, no por otra causa".

19.- Tal idea es expresada por la ya citada S. de la AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001: "(...) el subcontratista puede reclamar directamente al dueño de la obra la deuda que éste tiene con el contratista, lo que supone que el que ejercita la acción directa se apropia en cierto modo de la situación que el contratista (acreedor) tuviera en la relación obligatoria al tiempo de efectuar la reclamación".

20.- Sobre la doble posibilidad de su ejercicio, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1997, S. de la AP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2000, AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001, ya citadas.

a) Existencia de un contrato de obra por ajuste alzado.

El legislador piensa, exclusivamente, en el contrato principal de obra²¹ por precio o ajuste alzado, no alcanzando, por tanto, a los contratos por unidad de medida o por administración, ni tampoco a los de ajuste alzado que admitan posteriores modificaciones de obra no consentidas por el comitente.

Sobre dicha modalidad del contrato de obra se pronuncia la Sentencia de la AP de Alicante de 13 de noviembre de 2002²²: “(...) como contrato ‘a tanto alzado’ se conoce aquella modalidad del arrendamiento de obra en el que la actividad a desplegar por el contratista comprende una o varias partes delimitadas de un proyecto o su totalidad, y cuyo precio que es único, alzado, se satisfará por el comitente en atención al producto la obra en su totalidad, como un conjunto global. Su contenido, dado que es campo natural para la autonomía de la voluntad ex artículo 1.255 CC se puede autorregular y, en este sentido, las partes, siempre con el límite objetivo que supone su intrínseca naturaleza, puede convenir por precio alzado la ejecución de cualquier obra, susceptible también de efectuarse a tanto por pieza o unidad de medida.

Se caracteriza por la concurrencia de tres requisitos objetivos:

a) La invariabilidad del precio.

b) La existencia de un presupuesto cerrado.

c) La asunción del riesgo por el contratista. Deben destacarse en este tipo de contrato: la invariabilidad y el carácter unitario del precio; la disociación entre precio y coste, de tal manera que éste le sirve a aquél de precio de referencia; y en cuanto a la prueba del carácter alzado, ha de señalarse que la jurisprudencia camina al dictado de los principios generales de la contratación, los de la prueba y los usos entre comerciantes, y, de este modo, mantiene que le corresponde a quien recibe la obra (el comitente) y que se niega eventualmente a pagar la demostración de que la cantidad que el contratista le reclama es excesiva; que la obra que se le entrega no se corresponde con la convenida; en su caso novada, o que el precio se pactó cerrado y, como contrapeso al contratista, le corresponderá la prueba del valor del aumento de su coste, así como que la voluntad contractual común fue convenir un precio abierto(...).”

Así las cosas, el precio es “alzado” en tanto en cuanto las partes se mueven dentro de los parámetros de precios previamente configurados con carácter general, tratándose de un precio “cerrado” y general para la obra²³.

21.- Dicho requisito hace referencia al contrato entre promotor y contratista. Así lo viene a reconocer la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 25 de julio de 2002 (JUR 2002, 253781) cuando establece que “(...) La dicción literal del artículo 1.597 Código Civil al hablar de los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, está poniendo de relieve que esta exigencia del precio alzado ha de darse en el contrato entre promotor y constructor, no entre este último y el subcontratista... y que así mismo tiene el carácter de cerrado, fijo y no revisable durante el periodo de ejecución de las obras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código Civil(...)”.

22.- JUR 2003, 18854.

23.- En este sentido, la ya citada S. de la AP de Valencia 25 de julio de 2002, que recoge la siguiente definición de precio alzado: “(...) es un precio alzado total y que asimismo tiene el carácter de cerrado, fijo y no revisable(...)”.

Diversamente, el contrato de obra “a tanto por unidad de medida o por piezas ejecutadas”, como contrafigura del anterior, aparece como una relación contractual cuyo precio se fija y satisface por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada de la total obra a realizar, en la que la obra por unidad de medida, el todo, tiene una única, propia, absoluta y continua identidad cualitativa, mientras que la parte representa un concepto numérico o cuantitativo que se sustenta sólo sobre una razón de extensión o concreción, y que, por ello, deviene esencialmente mensurable.

Esta forma de contrato exige, como elemento constitutivo de su naturaleza, que las partes lo hayan previsto expresamente, constituyéndose, así, esta previsión contractual expresa en un requisito determinante para la existencia de esta modalidad contractual y la aplicación consiguiente del art. 1592 C. c., que se refiere a la posibilidad de que una obra se reciba por partes y se pague en proporción. Dicho pacto permitirá la contemplación diferenciada de la obra, de manera tal que el único y global contrato de ejecución vendrá a disgregarse en una serie de contratos parciales de arrendamiento de obra, de forma que cada uno de ellos tendrá por objeto la realización de una pieza o unidad o clase de la obra total.

En este sentido, hemos de manifestar que el contrato bajo esta modalidad de precio no se encuentra (por la propia previsión explícita de su texto) incluido en el ámbito de aplicación del art. 1597 C.c. En consecuencia, se excluye la aplicación de la acción directa.

La justificación de esta exclusión se encuentra, a nuestro juicio, en el hecho de que el precio alzado otorga, *ab initio*, certeza e invariabilidad (conforme a un plano o proyecto técnico detallado y un presupuesto cerrado) al crédito del contratista²⁴. Por el contrario, en un contrato cuyo precio se pacta por unidad de medida, con la consiguiente división de la obra en partes diferenciadas, ello no ocurre así²⁵.

b) Legitimación activa para ejercitar la acción.

El art. 1597 Cc. confiere acción directa, exclusivamente, a los que ponen su trabajo (material o intelectual, por cuenta ajena o autónomo)²⁶ y materiales en una obra (efectivamente utilizados o no en la obra, pues basta con haber sido entregados al contratista²⁷).

24.- Según el Tribunal Supremo en su temprana Sentencia de 11 de junio de 1928: “(...) si se exige el precio alzado de la contrata, como precio y esencial de la acción debatida, es para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidades y derechos del contratista, susceptibles de ser aprovechado por los proveedores de éste, en tanto en cuanto se verifique el suministro, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario(...)”.

25.- En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1842, al señalar: “el art. 1597 habla de obra ajustadamente, por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el art. 1597. Sin embargo, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que, en este último caso, resulten también determinadas el número de unidades a ejecutar por el contratista”.

26.- Acerca de la amplitud de la expresión legal, vid. LUCAS FERNANDEZ: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. por Manuel Albaladejo), T. XX, vol. II, *sub* art. 1597, Madrid, 1986, págs. 447 y 453; DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ: *Derecho de la construcción*, cit., pág. 305 y SALVADOR CODERCH: *Comentario del artículo 1597. Comentario al Código Civil*, Tomo II, Madrid 1991, pág. 1207.

27.- En este sentido, LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357.

Sin embargo, la letra de la ley, una vez más, se ha visto superada, sobremanera, por la propia dinámica de la praxis.

Respecto a la cuestión de la legitimación activa prevista, de forma tan limitada, en el precepto, siempre estuvo latente la duda en relación a si los subcontratistas podían ejercer la acción directa contra el dueño de la obra, esto es, si los subcontratistas podían reclamar al dueño de la obra por el dinero que el contratista les adeudase, en virtud de la obra en la que colaboraron. Nada aporta el art. 1597 C.c., que ni siquiera ha previsto el supuesto de hecho de la subcontratación de obra, *“tal vez -como ya señaló tempranamente la STS de 29 de junio de 1936²⁸-, porque en su época fuera balbuciente o poco usual esa modalidad contractual”*.

Un importante sector de la doctrina abogó por una interpretación finalista de la norma, considerando que el art. 1597 C.c. concedía la facultad de reclamación directa a los asalariados del contratista, a los suministradores de materiales de construcción y, por extensión, a todas aquellas personas que hubieran contribuido, bajo la garantía del contratista principal, en la ejecución de la obra, como es el caso de los subcontratistas, los no dependientes que ponen su trabajo y materiales y los asalariados del subcontratista de obra²⁹.

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo, compartiendo dicha interpretación doctrinal del art. 1597 C.c.³⁰, incluye como titulares de la acción directa tanto a los subcontratistas que han puesto trabajo y materiales en la obra como a los que ponen su trabajo y materiales para el subcontratista, quienes, de este modo, gozan de dicha acción directa contra el dueño de la obra así como de la acción *ex contractu* contra su deudor, el contratista, que pueden ser condenados solidariamente al pago de la deuda, reconociéndose su ejercicio más allá del primer subcontratista en caso de subcontratas de obra sucesivas o encadenadas³¹.

Acerca de la interpretación doctrinal y jurisprudencial acerca de quiénes son los verdaderos titulares de la acción contenida en el art. 1597 C.c., resulta interesante destacar el fallido Proyecto de Ley 121/000043, de 12 de abril de 1994³², por el que se

28.- RJ 1936, 1491.

29.- Entre ellos, SÁNCHEZ CALERO: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, págs. 259-263; SALVADOR CODERCH: *Comentario del Código civil*, sub art. 1597, cit., pág. 1207; LUCAS FERNÁNDEZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., págs. 445 y 446 y O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2001, pág. 1700.

30.- El Tribunal Supremo ha utilizado diferentes argumentos para extender la acción directa al subcontratista, a pesar de no estar mencionado en el precepto:

a) Interpretar extensivamente el término *trabajo* utilizado en tal precepto, considerándolo no sólo en el sentido de trabajo manual y asalariado sino en sus más variadas acepciones; así en las SSTs de 26 de Junio de 1936 y 13 de Abril de 1926.

b) El enriquecimiento injusto del dueño de la obra a costa de aquéllos, como sucede con la STS de 29 de Abril de 1991.

31.- Así, entre otras muchas, las SSTs de 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3068), 12 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3572), 5 de julio de 1994 (RJ 1994, 6429), 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479), 10 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1915), 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 119), 16 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1570), 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 3016), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4115), 22 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9358) y 6 de junio de 2000 (RJ 2000, 4402).

32.- Doc. Núm. 115, BOCG Congreso. Serie A.Nº58-1, de 12 de abril de 1994.

perseguía reformar la normativa de Código civil en materia de contratos de servicios y de obra, ya que dicha propuesta de modificación preveía una norma que pretendía aclarar la cuestión de la legitimación activa³³.

Efectivamente, el párrafo 2º del art. 1589 del Proyecto disponía: *“En las obras ajustadas por precio alzado, el subcontratista y los que suministren los materiales tendrán acción directa contra el comitente hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación. El pago hecho atendiéndola no podrá ser tachado de indebido por el contratista si hubiere tenido conocimiento de ella y no se hubiere opuesto fundadamente”*.

Como observamos, con dicha redacción se pretendía establecer, con claridad, los titulares de la acción contenida en el art. 1597 C.c, reducidos, como puede comprobarse, a los subcontratistas y a los proveedores de materiales, fórmula que solventaba, además, la duplicidad normativa existente en cuanto a las cantidades debidas a los trabajadores asalariados, las cuales pueden ser exigidas a través de otros medios más efectivos que el establecido en el art. 1597 C.c., a saber, los arts. 32 y 42.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Así las cosas, conforme al vigente art. 1597 C.c. (pues, como es sabido, dicho Proyecto, desafortunadamente, no prosperó) y, sobre todo, a su exégesis doctrinal y jurisprudencial, ha de decirse que, cualquier tercero que, a través de su trabajo o entrega de los materiales, haya colaborado con el contratista en el cumplimiento de la obligación de ejecutar la obra está legitimado para interponer una acción de reclamación de deuda, en forma directa, contra el dueño de la obra.

En todos y cada uno de los diferentes supuestos que tienen encaje en el art 1597 C.C. puede utilizarse el mismo fundamento para justificar la concesión de la acción directa³⁴, esto es, la conexión funcional de relaciones obligatorias. En la subcontratación de obra, las relaciones obligatorias que integran el “grupo contractual” o unión jurídica de contratos son, funcionalmente, dependientes entre sí.

c) Concatenación de deudas y límite hasta la cantidad concurrente

Como presupuesto básico de la acción directa, la jurisprudencia requiere *“la existencia de dos deudas concatenadas: una del dueño de la obra en favor del contratista principal, y otra de éste para con el subcontratista, deudas que han de tener su origen y causa en la misma ejecución de la obra”*³⁵.

33.- Según apunta CORDERO LOBATO: “Notas al proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra”, en RDP, 1995, pág. 881.

34.- RODRÍGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal...*cit. pág. 127.

35.- Sentencia de la AP de Ciudad Real de 28 de junio de 2001, ya citada anteriormente.

Se plantea si dicha concatenación ha de existir en el supuesto, cada vez más frecuente, de subcontratas de obra sucesivas y, en particular, si puede el segundo (o último) subcontratista reclamar al primer comitente o dueño de la obra por la parte que éste todavía pudiera adeudar, por razón de la misma, al contratista principal-subcomitente, sin que éste (o cualquier otro intermedio) sea deudor de su subcontratista anterior, deudor del reclamante.

En tal supuesto, para que pueda operar, con éxito, la reclamación directa de la deuda, debe existir una cadena ininterrumpida de acreedores-deudores y consiguientes impagos en los eslabones anteriores que permita, partiéndose de la empresa subcontratista acreedora, ir retrocediendo o subiendo –como mejor se prefiera- eslabones, deudores unos de otros, hasta llegar, incluso, siempre que no se produzca una quiebra de la máxima romanista *“debitor debitoris mei debitor meus es”* en cualquiera de los eslabones (la cual impediría el ascenso, deteniéndose la acción), al dueño de la obra deudor del precio de la misma, tal y como vino a expresar, por vez primera, la ya antigua STS de 29 de junio de 1936, iniciadora de una línea jurisprudencial apoyada en el fundamento e interpretación del art. 1597 C.c. y confirmada por otras más recientes³⁶.

Así, pues, rota la cadena en alguno de sus eslabones ante la inexistencia (debidamente acreditada) de un débito (extinguido por pago o por cualquier otro medio extintivo), no procede reclamación directa alguna³⁷.

Naturalmente, existe una limitación objetiva en cuanto al monto de deuda a reclamar, pues el acreedor puede reclamar directamente contra el comitente (o contratista anterior) sólo hasta la cantidad que éste adeude al contratista (o subcontratista) al momento de efectuarse la reclamación, como precisa el propio art. 1597 C.c.

d) Existencia y exigibilidad de los créditos concatenados a la fecha de la reclamación

¿Es necesario que el crédito, en cuya virtud se acciona, deba estar vencido o bastaría que fuese cierto?

³⁶- SSTTS de 31 de enero de 2002 (RJ 2002, 2097) y 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747), así como, en la jurisprudencia menor, SS AP de Cáceres de 11 de octubre de 2002 (JUR 2002, 283898), que señala: *“(…) 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. La razón de ello, como se ha apuntado, se halla en el fundamento de la acción directa y en la interpretación del art. 1597 C.C. y ésta ha sido la interpretación que ha dado esta Sala en la Sentencia (...) de 29 de junio de 1936 que dice literalmente: el aludido derecho entiéndase personal en su módulo y efectos al practicarlo, cuando como en el caso, ocurren sucesivas subcontratas, habrá que seguir su orden inverso -según se ha efectuado- hasta el propietario, que resultará obligado subsidiariamente (sic), o en defecto de quienes le precedan, pero siempre que en todos se dé la circunstancia condicional o característica mencionada en el precepto de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad por solución valladar de su exigencia: es decir que el sub empresario acreedor de otro con quien el contrato podrá ante la falta de pago de éste, reclamar del locador en tanto tal empresario sea a su vez deudor del contratante moroso y así hasta el dueño; mas por igual motivo que si el propietario por haber pagado totalmente al contratista suyo ya no habría de suplir obligaciones del mismo, el locador que estuviere finiquitado con su sucedáneo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad, lo haga dos veces”.*

³⁷- En este sentido, SALVADOR CODERCH: *Comentarios del Código civil*, cit., pág. 1208 y LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357.

En el caso enjuiciado por la STS de 31 de enero de 2005, existiendo una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, la acción ejercitada por la empresa acreedora no consiguió prosperar, al no ser posible retroceder o pasar más allá de su propio deudor, único obligado al pago de la cantidad reclamada por la realización de los trabajos subcontratados, dado que el eslabón de la cadena inmediatamente anterior a éste, su subcontratante, no era deudor de su, a su vez, subcontratante, rompiéndose, de este modo, la cadena.

En nuestra opinión y según el sentir mayoritario (no, por tanto, unánime) de la doctrina³⁸ y la jurisprudencia, tanto el crédito del contratista contra el comitente como el del obrero, proveedor o subcontratista contra el contratista han de ser existentes y exigibles en el momento de la formulación de la reclamación, sin que sea precisa la previa y acreditada insolvencia del deudor principal y la persecución de sus bienes, por no tratarse de una pretensión subsidiaria (dato éste que la separa de la acción subrogatoria), si bien el acreedor directo debe observar un requisito de diligencia mínima, a fin de evitar la arbitrariedad que, en caso contrario, podía caracterizar el ejercicio de la acción: la previa constitución en mora del deudor principal³⁹.

De este modo, la acción directa se ejerce contra el dueño de la obra no en su carácter de obligado subsidiario, hasta el punto de que es perfectamente posible ejercitar simultáneamente la acción directa contra el dueño de la obra y la acción *ex contractu* contra el contratista exigiéndole el pago de la deuda, razón por la cual no requiere, para que opere la reclamación directa, que, previamente, el contratista haya caído en insolvencia⁴⁰.

Sobre la conveniente intimación al deudor ha incidido la tan esperada Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la cual incorpora⁴¹, a nuestro Derecho interno, la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, y acomete la difícil tarea de conjugar el principio de seguridad jurídica y defensa de los derechos del acreedor con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar⁴².

En relación a su ámbito de aplicación, el art. 3 de la Ley establece: “1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (el subrayado es nuestro)”. Teniéndose en cuenta que, a los efectos de esta Ley, se considera “empresa” a cualquier persona, física o jurídica, que

38.- Una voz discrepante es, verbigracia, la de RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, cit, pág. 99.

39.- Consideran conveniente la intimación de la mora, entre otros, RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía...*, cit, pág. 98 y ÁNGEL YAGÜEZ: *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección...*, cit, págs. 52 y 53 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Comentarios al Código civil*, cit., pág. 1842.

40.- Entre otros, LASARTE ALVAREZ: *Principios de Derecho civil*, cit., pág. 357 y DIEZ-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, cit., pág. 387, para quienes “la acción directa tiene como presupuesto una obra contratada por precio alzado, y no hay indicio legal de que sea subsidiaria, es decir, que exija su ejercicio la previa insolvencia de contratista. Puede ejercitarse -añaden los autores- simultáneamente contra el contratista una acción personal en exigencia de lo que se debe, y la acción directa contra el comitente, respondiendo ambas indistintamente o *in solidum*, aunque la responsabilidad del comitente se limita a la suma que fija el artículo 1597 Cc.”.

41.- BOE núm. 314, de 30 de diciembre.

42.- Acerca de ella, *vid.* ALFARO AGUILA-REAL: “La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad”, en *www.indret.com*, julio 2005; AYALA MUÑOZ: “La aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a los contratos de las Administraciones Públicas celebrados antes de 2005”, en *La Ley*, 2006, págs. 1346-1350; SORIANO GARCÍA: *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa. Grupos de presión, captura del regulador y Administración Pública ante las relaciones comerciales*, Madrid, 2006; MARTÍ SÁNCHEZ: “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, en *Act. Civil*, 2007, págs. 853-890 y BRACHFIELD: *La lucha contra la morosidad. Las leyes europeas y españolas contra la morosidad desafiadas y su aplicación práctica*, Madrid, 2007.

actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, no entrará, por tanto, en su ámbito de aplicación, el particular que contrata la ejecución de una obra para su domicilio particular, sin ánimo de una posterior venta o transmisión.

Las medidas concretas que la Ley establece son, en síntesis, las siguientes:

1) El plazo para el pago del precio debido por los bienes entregados o servicios prestados, cuando no se haya pactado otro por las partes (si bien, éste queda sujeto a revisión judicial⁴³), será de treinta días (art. 4), el cual se contará:

a) Desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, salvo que, legalmente o por pacto, proceda la aceptación o conformidad por parte del deudor, en cuyo caso el plazo de treinta días se contará a partir de la fecha en que tenga lugar dicha aceptación o conformidad.

b) Desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, siempre que fuere posterior a las anteriores.

2) Transcurrido el plazo pactado o bien el subsidiario de treinta días establecido por la Ley, se devengarán a favor del acreedor y a cargo del deudor intereses de demora de forma automática, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5). El deudor sólo quedará relevado de la obligación de pagar dichos intereses cuando el acreedor no haya cumplido por su parte con sus obligaciones contractuales y legales, o cuando el deudor justifique que no es responsable del retraso (art. 6).

3) El tipo de interés de demora será el fijado en el contrato (siempre sujeto a revisión judicial) y, en defecto de pacto, el que publique el Ministerio de Economía y Hacienda para cada semestre, que será el aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación incrementado en siete puntos porcentuales (art. 7).

4) El acreedor tendrá derecho, además, a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro debidamente acreditados, siempre que este último incurra en mora, salvo que no sea responsable del retraso en el pago o el coste de cobro haya sido cubierto por la condena en costas del deudor (art. 8, precepto que no aclara, oportunamente, cómo deben acreditarse debidamente dichos costes de cobro ni cual es la tipología de gastos a imputar al moroso).

⁴³- Según la Exposición de Motivos de la Ley, "se trata de desplazar a los usos del comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados. El plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora establecidos en la Ley son de aplicación en defecto de pacto entre las partes; ahora bien, se establece en este punto una importante particularidad en el sentido de que el juez podrá modificar los acuerdos que, valoradas las circunstancias del caso, resultaran abusivos para el acreedor al efecto de que no queden amparadas determinadas prácticas de tal clase que pudieran imponer a éste, en beneficio del deudor, plazos de pago más amplios o tipos de interés de demora inferiores a los previstos en la propia Ley."

Así las cosas, a la luz de la nueva regulación para combatir la morosidad (especialmente novedosa en cuanto a los casos de suministro de material para las obras, así como de ejecución de partidas –vgr. instalación eléctrica, solería, estructura, reformas-, en los que se impone un plazo de ejecución concreto), no tiene sentido alguno plantearse si es aplicable (naturalmente, en el caso de sujetos que entren dentro de su ámbito de aplicación), como requisito de ejercicio que el deudor incurra en mora, ya que ello se producirá, como acabamos de ver, automáticamente.

La existencia y exigibilidad de la deuda a la fecha de su reclamación para que ésta sea procedente deben ser suficientemente acreditadas.

Conforme a las normas generales de prueba, la carga correspondería al reclamante de la deuda, a quien puede resultarle imposible acreditar dicho punto, pues desconoce las relaciones internas entre dueño de la obra y contratista, mientras que el demandado, sí tiene a su alcance la sencilla prueba de lo que ha pagado y si ha pagado totalmente a su contratista. Es por ello por lo que se invierte la carga de la prueba, siendo el comitente (o contratista anterior) quien deba demostrar suficientemente tener saldada la deuda o sólo una parte de ella, sufriendo, en su caso, las consecuencias procesales de la falta de prueba de que ha pagado⁴⁴.

Así lo pone de manifiesto la AP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2000: “(...) *La Jurisprudencia tradicional había señalado que compete al actor la carga de probar la existencia del crédito (STS. 13 abril 1926 y 13 marzo 1930). La doctrina ha dulcificado esa exigencia razonando que el desconocimiento de la relación jurídica entre el contratista y el dueño de la obra podría impedir el ejercicio de la acción en otro caso. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre 1992 entiende que los hechos constitutivos de la acción se refieren únicamente a la existencia de puesta de trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista y que éste no los abonó, correspondiendo el dueño de la obra la demostración de que no adeudaba nada al contratista, lo que armoniza mejor con la reciente orientación de los principios de distribución de la carga de la prueba orientados en torno a la disponibilidad de las partes de los medios probatorios (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988, 23 de septiembre de 1989 y 8 de marzo de 1991)*”.

Es pacífico, pues, que corresponde la prueba al legitimado pasivamente por la acción, inversión de la carga probatoria que parece acomodarse a un principio de eficacia de la reclamación basada en el precepto que comentamos y que parece auspiciar, en el ámbito de la construcción, la necesidad de documentar o formalizar por escrito todos los pagos que se produzcan como consecuencia de la ejecución de una obra.

¿*Quid* si el dueño de la obra requerido alega no tener deuda pendiente con el contratista en el momento de la reclamación al haber hecho efectivo el pago de la misma con una letra de cambio o pagaré de vencimiento posterior a la reclamación realizada por el titular de la acción directa?

⁴⁴.- SSTS de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5474), 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4115), 6 de junio y 27 de julio de 2000 (RJ 2000, 4402 y 9179) y 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6261).

Dada la frecuente utilización de tales documentales mercantiles como instrumentos de pago, nuestros tribunales han debido enjuiciar numerosos casos en los que surgía el interrogante apenas formulado y ha de decirse que, en ellos, la jurisprudencia ha sido uniforme, en el sentido de configurar un cuerpo de doctrina que, para determinar si entre dueño de la obra y contratista permanecía subsistente la deuda al momento de la reclamación, acude, con base en el art. 1170 C.c., a la fecha de realización efectiva del pago.

Así se pronunció nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 1998, en relación a un pago efectuado mediante letra de cambio: *“(...) la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el artículo 1.170, párrafo 2º, Código Civil al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago, circunstancia que no se ha probado que concurra en el caso litigioso”*.

Acerca de ello se pronunciaba, con gran claridad, la AP de Cádiz en su Sentencia de 15 de noviembre de 2001: *“(...) Como elemento esencial del recurso, alega el apelante no tener deuda pendiente con el contratista en el momento de la reclamación. Como bien indica el juzgador de instancia, si bien en el momento de dictarse la resolución recurrida, la apelante parece haber abonado todas las cantidades derivadas del contrato al contratista, la determinación de si existe o no dicha deuda debe referirse, no a la fecha de la sentencia, sino a la fecha de la reclamación realizada por el tercero, ya que así lo indica el artículo 1597 C.C. al establecer que la responsabilidad del dueño de la obra se extiende “hasta la cantidad de que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”, y así, partiendo de la fecha de presentación de la demanda, en la cual se realiza no un mero requerimiento, sino una plena reclamación, resulta acreditado que en dicha fecha existían una serie de cantidades pendientes de pago al contratista por parte de la apelante superiores a las deudas reclamadas, aun cuando las mismas hubiesen sido incorporadas a letras de cambio de fechas anteriores aun no vencidas. Ello plantea el tema de la situación del promotor o dueño de la obra frente al subcontratista cuando con anterioridad a la reclamación había aceptado letras al contratista aun no abonadas. Tal cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia de nuestro TS, en sentencias entre otras de 28 de enero de 1998, en la cual establece que “la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el Artículo 1.170, párrafo 2º, CC. al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor.” Este mismo criterio de la no oponibilidad al subcontratista que reclama del comitente con fundamento en el Artículo 1.597 CC la obligación de pago de cambiales que le había aceptado antes al contratista para pago de la obra, lo mantuvo nuestro Tribunal Supremo ya en la sentencia de 11 de diciembre de 1.992 indicando asimismo que es “Cierto que el aceptante corre el riesgo de pagar dos veces (al tercero que acciona alegando*

el Artículo 1597 y al tenedor de la cambial), pero tal riesgo, aparte de que se debe a una conducta personal y voluntaria del aceptante y de nadie más, se corrige con la acción de enriquecimiento injusto que después del pago puede ejercitar contra el contratista.”, por todo lo cual y rechazados todos los motivos del recurso, procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia(...).”⁴⁵

III.- EL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 32/2006, DE 18 DE OCTUBRE⁴⁶

3.1. Introducción.

En los anteriores epígrafes nos hemos ocupado de uno de los efectos clásicos de la subcontratación, cual es el ejercicio de la acción directa en el contrato de obra, cuya figura supone la única referencia sustantiva que a esta institución realiza el Código Civil en sede de dicho contrato. En ésta línea, debemos poner de manifiesto que la figura de la subcontratación en el contrato de obra no ha tenido una regulación íntegra y compacta, como sí por ejemplo ha existido en derecho francés⁴⁷.

La entrada en vigor de la Ley 32/2006 de 18 de octubre se autoproclama como reguladora del sector de la subcontratación. Si bien esta pretendida pretensión de globalidad, debemos reconocer que es una norma de marcado carácter social, ocupándose sólo de un aspecto “civil”, -complementario del régimen expuesto del Código Civil-, al establecer limitaciones al régimen contractual privado. Así, si bien hasta el momento, se venía admitiendo la posibilidad de pactar voluntariamente la prohibición de la subcontratación⁴⁸ (práctica ciertamente inusual), la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción establece severas limitaciones al encadenamiento de contratos de obras de construcción⁴⁹. Con el fin de evitar la dramática siniestralidad laboral que vive este sector, dicha Ley ha venido a regular los excesos producidos en la cadena de subcontratación⁵⁰, especialmente, en

⁴⁵.- En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SS. de la AP de Barcelona de 15 de julio de 2002, en relación a la entrega de pagarés y AP de Valencia, Sección 8ª, de 25 de julio de 2002.

⁴⁶.- BOE DE 19 DE OCTUBRE DE 2006, con entrada en vigor el pasado mes de abril. Entre los trabajos bibliográficos que ya han tenido ocasión de ver la ley, destacamos: MERCADER UGUINA/ARAGÓN GOMÉZ: *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Madrid, 2007 y PEDRAJAS MORENO/LÓPEZ GARÍA DE LA RIVA: “Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, en www.tirant.es.

⁴⁷.- Ley número 75/1334 de 5 de diciembre de 1975.

⁴⁸.- En relación al pacto de prohibición de la subcontratación sin el consentimiento de la empresa promotora *vid.* STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 1563), comentada por INFANTE RUÍZ, en *CC/C*, núm. 67 enero-abril 2005.

⁴⁹.- Por “*obra de construcción*” debe entenderse cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil, detallando la Ley que será de aplicación a los trabajos de excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza, así como saneamiento (art. 2).

⁵⁰.- La Ley introduce, por primera vez, una definición legal de la subcontratación, estableciendo que es la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado (art. 3, h)). La identificación, pues, de la subcontratación con el arrendamiento de obra o servicio es clara, al menos con la eficacia sectorial que tiene la nueva Ley.

relación a las garantías mínimas en el orden de calidad, prevención de riesgos laborales y profesionalidad de muchas de las empresas que forman parte de la cadena.

A estos efectos, se establecen, en la Ley, una serie de cautelas o medidas para asegurar un uso racional de la subcontratación, que no menoscabe los derechos de los trabajadores e implique asimismo unos mínimos de calidad en los servicios prestados.

En concreto y por lo que se refiere a la óptica civil, la Ley partiendo, como norma general, de la libre e ilimitada subcontratación (pues se trata de un mecanismo expresivo de la libertad de empresa), restringe, cuantitativamente, el número de posibles subcontratistas por cada uno de los “escalones” determinados en el art. 5 de la misma: el promotor podrá contratar tantos contratistas como estime necesario y los contratistas podrán contratar con empresas subcontratistas la ejecución de los trabajos comprometidos; sin embargo, sólo los dos primeros subcontratistas podrán a su vez subcontratar, estando limitada esta posibilidad a partir del tercero de ellos, que ya no podrá subcontratar (salvo en casos muy tasados)⁵¹, al igual que el profesional autónomo. Excepcionalmente, con independencia del nivel de subcontratación de que se trate, no cabe pactar una nueva subcontratación cuando la empresa subcontratista se limite a aportar para la ejecución de la obra sólo personal y, en su caso, herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles. Y ello con independencia de que equipos de otras empresas le apoyen en su ejecución⁵².

Con independencia de lo anterior, es digno de alabanza que la Ley de subcontratación establece una serie de requisitos de calidad y solvencia de aplicación a todas las empresas y profesionales participantes en la subcontratación (se instituye un Registro de Empresas Acreditadas, dependiente de la autoridad laboral competente de cada Comunidad Autónoma cuyo desarrollo y régimen jurídico se contiene en el recién aprobado Real Decreto 1009/2007 de 24 de agosto, desarrollo reglamentario de la ley).

Por su parte la Ley de subcontratación reviste todo el proceso de subcontratación de unas determinadas exigencias de transparencia y documentación especiales (p. ej. es novedosa la obligación de todo contratista de disponer de un Libro de Subcontratación, el cual deberá permanecer en todo momento en la obra y en donde se harán constar todas las subcontrataciones realizadas en relación a dicha obra hasta su finalización, con el fin de fomentar la calidad en el trabajo y garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad laboral).

3.2. Las distintas novedades de la Ley y el Real Decreto que la desarrolla.

Tanto la Ley de Subcontratación como el de Real decreto 1109/2007 de desarrollo que fue aprobado por el Gobierno el pasado día 24 de agosto de 2007 introducen algunas

51.- *Vid.* art. 5.3 de la Ley.

52.- *Vid.* art. 5.3, letra f) de la Ley.

cuestiones novedosas en nuestro ordenamiento jurídico con respecto al sector de la subcontratación, como hemos adelantado en el epígrafe anterior.

Dicho Real Decreto concreta los aspectos más importantes de la ley al desarrollar, entre otras medidas, el registro de empresas acreditadas, cuya puesta en marcha es competencia de las Comunidades Autónomas. En él deberán inscribirse todas las empresas que participen en procesos de subcontratación en obras de construcción. Ello servirá para acreditar los requisitos de solvencia y calidad exigibles a las empresas contratistas y subcontratistas.

Dichos requisitos pasan por la obligación de disponer de la infraestructura necesaria para el desarrollo del negocio así como de una organización preventiva adecuada a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales así como por la exigencia de contar con unos recursos humanos debidamente formados en materia de seguridad y salud laboral.

El Reglamento establece una serie de reglas concretas para aplicar y comprobar que las empresas cumplen con su obligación de tener parte de su plantilla con el carácter de “fija”. Durante los primeros 18 meses, al menos el 10% de los trabajadores de cada empresa de la construcción deberán ser fijos. Transcurrido ese tiempo, el porcentaje mínimo de trabajadores con contrato indefinido será del 20%. Cuando la norma lleve en vigor 36 meses, al menos el 30% de los trabajadores de cada empresa del sector tendrán que ser fijos.

El desarrollo reglamentario de la ley también determina la forma, (habilitación por la autoridad laboral) y régimen de funcionamiento del libro de subcontratación, un registro que deberá implantarse en todos los tajos. En esos libros deberán figurar todas y cada una de las empresas que han intervenido o intervienen en las obras, así como el objeto de cada contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y sus planes de seguridad.

El Real Decreto de desarrollo de la ley, fruto del consenso social, simplifica además las obligaciones documentales exigibles a las empresas del sector. El objetivo de esta medida es facilitar la gestión administrativa de las obras mediante la supresión de trámites burocráticos.

Alguna de estas novedades no están directamente relacionadas con nuestro análisis, si bien consideramos de interés realizar primero una referencia global de las mismas, centrándonos finalmente en la que afecta más íntimamente al objeto de nuestro estudio, cual es la creación de un nuevo régimen de ordenación y limitación del número de contratos de subcontratación.

De forma esquemática, el siguiente cuadro recoge las obligaciones exigidas por la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción, así como el momento en que serán exigibles:

Obligaciones exigidas por la Ley de Subcontratación y Real Decreto de desarrollo (Reglamento)	
Obligación	Exigibilidad
<p>1. Requisito de solvencia y calidad empresarial Las empresas contratistas y subcontratistas deben:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Disponer de infraestructura y medios adecuados para llevar a cabo la actividad y ejercer directamente la dirección de los trabajos. - Acreditar que su personal dispone de la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales. - Acreditar que cuenta con una organización preventiva adecuada. 	Obras cuya ejecución se inicie a partir del 19/04/07
<p>2. Requisito de estabilidad en el empleo: Las empresas contratistas y subcontratistas deben disponer de un porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos</p>	Desde la entrada en vigor del reglamento, esto es, desde 25 de agosto de 2007, y conforme al régimen transitorio que se determina en el mismo
<p>3. Registro de Empresas Acreditadas</p>	Transcurrido un año desde la entrada en vigor del reglamento, esto es desde 25 de agosto 2007.
<p>4. Cumplimiento de los límites en el régimen de subcontratación establecidos en la Ley</p>	Obras cuya ejecución se inicie a partir del 19/04/07
<p>5. Disponer cada empresa contratista del Libro de Subcontratación .</p>	El Reglamento determina el modo y condiciones de habilitación del Libro. Artículos 13 a 16 y Anexo III.
<p>6. Cada empresa contratista debe dar acceso al Libro de Subcontratación a todos los agentes que intervienen en la obra, Coordinador de Seguridad y Salud y representantes de los trabajadores en la obra</p>	Cada vez que se anote una subcontratación.
<p>7. Informar a los representantes de los trabajadores de todas las empresas de la obra sobre todas contrataciones o subcontrataciones de la misma</p>	Desde el 19/04/07.

Nos referimos a continuación de forma concisa a los aspectos mencionados:

3.2.1. El requisito de solvencia y calidad empresarial. Según la novedosa normativa que estamos analizando las empresas contratistas y subcontratistas deben acreditar el cumplimiento de las siguientes obligaciones :

- 1) Disponer de infraestructura y medios adecuados para llevar a cabo la actividad, y ejercer directamente la dirección de los trabajos.
- 2) Acreditar que su personal cuenta con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.
- 3) Acreditar que disponen de una organización preventiva adecuada.

Como se observa, ninguno de estos requisitos es nuevo. La novedad consiste en que debe acreditarse su cumplimiento a la empresa contratante (y a la autoridad laboral, mediante su inserción en el Registros de Empresas Acreditadas).

La acreditación de este requisito dependerá del momento que se considere:

a) Hasta la puesta en funcionamiento efectivo de los Registros de Empresas Acreditadas, las empresas que contraten o subcontraten deberán vigilar el cumplimiento de estos requisitos por sí mismas. Podría entenderse cumplida esta obligación, por ejemplo, adjuntando al contrato de ejecución de obra una declaración relativa al primer requisito, así como documentación acreditativa de que la empresa cuenta con una organización preventiva y certificación de que su personal dispone de formación en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Después de que los Registros estén en funcionamiento, las empresas contratistas y subcontratistas cumplirán esta obligación solicitando certificación de que las empresas con las que contratan están inscritas en el Registro.

Las empresas que no cumplan el requisito de solvencia tendrán las responsabilidades establecidas en las disposiciones sociales para cada incumplimiento. Por ejemplo, quien no forme a su personal en prevención de riesgos laborales incurrirían en una infracción grave. Además, las empresas que contraten con otras empresas que no hayan acreditado el cumplimiento de estos requisitos incurrirían en infracciones (graves o muy graves, según la actividad desarrollada) en materia de prevención de riesgos laborales, y responderán solidariamente de cualesquiera obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a la empresa contratada (artículo 7.2 de la Ley). Esta responsabilidad es adicional a las ya establecidas en la legislación social, como la prevista en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores para la cesión ilegal de trabajadores, que podría apreciarse cuando se den los supuestos previstos en el mismo, y que guardan relación con los requisitos previstos en el artículo 4.1 de la Ley.

3.2.2 La obligación de estabilidad en el empleo. Las empresas que habitualmente realicen trabajos en el sector de la construcción deberán contar con un porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido:

- No inferior al 10% desde la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo de la ley (25 de agosto de 2007) hasta el 18 de octubre de 2008.
- No inferior al 20% desde el 19 de octubre de 2008 hasta el 18 de abril de 2010.
- No inferior al 30% desde el 19 de abril de 2010.

Es importante referirnos a qué se entiende por “empresas que habitualmente realicen trabajos”, como contratista o subcontratista. El artículo 11 del Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto, de desarrollo de la Ley, establece que se entenderá que concurre dicha habitualidad en los siguientes casos:

a. Que la empresa se dedique a actividades del sector de la construcción. Si la empresa es de nueva creación, deberán cumplir con la normativa de aplicación a partir del sexto mes natural desde el inicio de su actividad.

b. Que durante los 12 meses anteriores haya ejecutado 1 o más contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, cuya duración acumulada no sea inferior a los seis meses.

3.3.3. El Registro de empresas acreditadas. Es un Registro que debe crearse en cada Comunidad Autónoma (así como en Ceuta y Melilla) y que servirá para acreditar que las empresas contratistas y subcontratistas han aportado los datos y documentos exigibles sobre su solvencia, su disposición de una organización preventiva adecuada y de unos recursos humanos con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.

Al Registro de Empresas Acreditadas le corresponderán, entre otras, las siguientes funciones:

- Tramitar los procedimientos relativos a solicitudes de inscripción, renovación, variación de datos y cancelación.
- Expedir las certificaciones sobre las inscripciones registrales existentes.
- Dar acceso a los datos obrantes en el Registro a cualesquiera personas o entidades.

Según prevé el Reglamento de desarrollo de la Ley, una vez inscrita la empresa, la inscripción tendrá validez por un período de tres años, debiendo solicitarse la renovación dentro de los seis meses anteriores a la finalización de esa “fecha de caducidad”.

3.2.4. El Libro de subcontratación. El Libro es exigible al contratista, siempre que pretenda subcontratar parte de la obra a empresas subcontratistas o trabajadores autónomos. Su regulación detallada se realiza en los artículos 13 y siguientes del Real decreto 1109/2007 de 24 de agosto. Es un Libro habilitado por la Autoridad Laboral (el modelo se contiene en el Anexo III del Real decreto 1109/2007 de 24 de agosto) en el que el contratista debe reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas

subcontratistas y trabajadores autónomos. Su finalidad es realizar el control y seguimiento del régimen de subcontratación, y el contratista deberá tenerlo presente en la obra, mantenerlo actualizado y permitir su acceso al promotor, a la dirección facultativa y al coordinador en seguridad y salud durante la ejecución de la obra, a las empresas y trabajadores autónomos de la obra, a los técnicos de prevención, a los delegados de prevención y representantes de los trabajadores de las empresas que intervengan en la obra, y a la Autoridad Laboral.

El libro debe ser conservado por el contratista durante los cinco años posteriores a la finalización de su participación en la obra.

En cuanto al momento de su exigibilidad, según el Reglamento de desarrollo de la Ley, habrá que distinguir tres situaciones:

- Desde el 19 de abril debe cumplimentarse, al menos, la ficha que figura en el anexo de la Ley 32/2006, de 18 de octubre.
- Durante los tres meses siguientes a la entrada en vigor del reglamento que desarrolla la Ley, (desde 25 de agosto de 2007) podrá utilizarse tanto la ficha como el modelo de Libro de Subcontratación que regula dicho reglamento.
- Transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento, deberá utilizarse obligatoriamente el modelo de Libro de Subcontratación.

3.2.5. Los límites aplicables al régimen de la subcontratación. Es este quizás el aspecto de la nueva normativa que se encuentra más directamente relacionado con el objeto de nuestro estudio.

Debemos decir en primer lugar que la nueva ley establece (artículo 3) una definición de subcontratista como *“la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”*.

Sobre dicha definición, en conjunción con la que realiza el mismo artículo sobre la subcontratación es necesario realizar una serie de comentarios:

En primer lugar, la subcontratación aparece como una relación jurídica naturalmente derivada, complementaria o auxiliar de la principal, entre contratista y promotor. En éste sentido, se convierte en un medio natural en el sector de cumplimiento de la prestación que corresponde al contratista, (salvo que se excluya expresamente).

En segundo lugar, la subcontratación presupone una traslación del riesgo empresarial, en el sentido de que el contratista aparece como garante (frente a la propiedad) de innumerables obligaciones *ex contrato de obra*, que luego traslada al subcontratista.

En tercer lugar, se constata la consideración del subcontratista como organización productiva intrínseca al contrato de obra.

Con estas mencionadas notas el subcontratista se presenta como un elemento definitorio y connatural del contrato de obra, en el sentido de converger dicho contrato en una relación tripartita, promotor, contratista, subcontratista. En éste contexto, la Ley de subcontratación en su artículo 5 procede a limitar el régimen contractual de la subcontratación en aras a la protección de los derechos de la seguridad y salud en el trabajo.

Dichas limitaciones se traducen en el sentido siguiente:

Con carácter general:

- *El promotor puede contratar directamente con quien estime oportuno.*
- *El contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos contratados con el promotor.*
- *El primer y segundo subcontratista podrán contratar los trabajos que tengan contratados excepto cuando su organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra.*
- *El tercer subcontratista no podrá subcontratar.*
- *El trabajador autónomo no podrá subcontratar.*

Con carácter excepcional:

- *El subcontratista -cuando su organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra- no podrá subcontratar. Sin embargo excepcionalmente, podrá contratar alguna parte de obra con terceros en caso fortuito debidamente justificado, por exigencia de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que pudieran atravesar los agentes intervinientes, a juicio de la dirección facultativa.*
- *Deberá en este caso hacerse constar por la dirección facultativa su aprobación previa y las causas motivadoras en el Libro de Subcontratación.*

A la luz de este régimen limitativo es interesante referirnos a cuál sería el efecto civil de aquéllas relaciones contractuales que se estipulen contradiciendo lo dispuesto en el artículo 5 mencionado.

Nuestra opinión, en principio, es que las empresas afectadas (desde la contratista hasta la última subcontratista afectada) incurrirían en infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Además, responderían solidariamente de cualesquiera obligaciones laborales y de Seguridad Social que correspondan a ésta última empresa subcontratista (artículo 7.2 de la Ley). Esta responsabilidad es adicional a las ya establecidas en la legislación social.

Con independencia de lo anterior, y expresamente desde el punto de vista civil, debemos referirnos a los efectos que tendrían los subcontratos que se formalizaran contradiciendo la norma del artículo 5 de la Ley de subcontratación. En principio, establece el artículo

6.3 del Código Civil que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

De la literalidad del precepto, podría sostenerse que los subcontratos formalizados fuera de los límites del artículo 5 de la ley de subcontratación podrían ser nulos de pleno derecho de acuerdo a los designios del artículo 6.3 del Código Civil, por contradecir una norma que aparece como imperativa, cual es la del artículo 5 de la Ley (que se expresa en tales términos en su articulado: *deberá, podrá..*). Esta aseveración nos llevaría al convencimiento de que tales relaciones (por el efecto de la nulidad) no darían origen a la posibilidad de ejercicio de la acción directa, cuyos requisitos hemos analizado detenidamente en la primera parte de nuestro trabajo.

Sin embargo, toda regla general necesita de matizaciones. Sobre ello, es de destacar lo que establece el Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 18 de junio de 2002, RJ 2002\5224) al referirse a los actos contrarios a ley.

“Esta Sala tiene declarado, con relación al alcance del artículo 6.3 del Código Civil, que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que debe ser interpretado, no con criterio rígido, sino flexible, por lo que no cabe admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, y que el artículo 6.3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que ha lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos:

- 1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio;*
- 2) Actos contrarios a la Ley, en los que ésta ordene, a pesar de ello, su validez, la cual, en cuyo caso, se reconocerá a estos actos «contra legem»; y*
- 3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, respecto a los cuales el Juzgador debe extremar su prudencia, tras analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, o la sanción de la nulidad si concurren transcendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público (SSTS de 28 de julio de 1986 [RJ 1986, 4621], 17 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7293] y 29 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8265]).”*

Los efectos que conllevaría la infracción de los designios del artículo 5 de la Ley de Subcontratación se situarían por tanto en el ámbito de la interpretación judicial, al encontrarnos ante la aplicación de un artículo que no formula *“declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez”*.

Por ello, y como conclusión, las consideraciones del Tribunal Supremo nos llevan a reconocer, que nuestro discurso de nulidad se situaría en el punto 3 de la sentencia reproducida, quedando amparados los efectos de dicha nulidad a salvaguarda de la interpretación práctica que los tribunales de justicia realicen en el futuro inmediato sobre dicho artículo 5, y sobre su ámbito de aplicación.

