

Dictamen 66/07 (Ref. A.G. Entes públicos). Aplicación de la acción directa que el artículo 1.597 del Código Civil atribuye a los subcontratistas frente al dueño de la obra, cuando contrata una sociedad mercantil estatal y se produce una concatenación de subcontratistas.

Se solicita informe sobre el alcance de la acción directa que el artículo 1.597 del Código Civil (CC) atribuye a los subcontratistas frente al dueño de la obra y, más concretamente, sobre la forma de resolver una reclamación dirigida a XX, S.A. por un subcontratista que solicita la retención y abono a su favor de determinada cantidad, sin otra justificación que la manifestación de impago por parte del contratista principal de la obra.

Con el fin de evacuar la referida consulta, se examinará en primer lugar la caracterización legal y jurisprudencia) de la acción directa que el artículo 1.597 del CC atribuye al subcontratista frente al dueño de la obra; en segundo lugar, la aplicación de la referida acción directa a los contratos celebrados por XX, S.A. y, finalmente, el procedimiento y los requisitos exigibles para atender, en su caso, cualquier reclamación concreta que, al amparo del artículo 1.597 del CC, puedan dirigir los subcontratistas a XX, S.A.

El artículo 1.597 del CC establece lo siguiente:

«Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción directa contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

El precepto transcrito establece una acción directa contra el dueño de la obra en favor del subcontratista, si bien limitada, cuantitativamente, al importe que aquél adeude al contratista al tiempo de la reclamación. Como declara el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de julio de 1997:

«La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal y como dice la Sentencia de 29 de abril de 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado -sentencias de [...] 12 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997, entre otras muchas-, que el artículo 1.597 del CC establece una excepción al principio de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1.257 del CC, con arreglo al cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos». Y ello por cuanto que, existiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y `los que ponen su trabajo y materiales', según dicción de dicho artículo 1.597, se les concede a éstos acción directa contra el primero. De no consagrar expresamente el artículo 1.597 esta acción directa contra el dueño de la obra, el subcontratista sólo tendría acción para reclamar frente al contratista, que es con quien únicamente se encuentra vinculado a través del correspondiente contrato.

El fundamento de esta excepción que la acción directa del artículo 1.597 del CC representa frente a la regla general de la eficacia ínter partes de los contratos (artículo 1.257 del CC) se ha vinculado por la doctrina a múltiples justificaciones, como el principio de equidad, la prohibición del enriquecimiento injusto, la protección del crédito refaccionario, o el principio del

Derecho romano con arreglo al cual «el deudor de mi deudor es también deudor mío» (debitor debitoris meus). Así, autores como García Goyena justificaban la acción directa que consagra el artículo 1.597 del CC en la prohibición de enriquecimiento injusto y en el imperio de la equidad, que no consienten que el contratista o el dueño se enriquezcan a expensas de los que con su cooperación personal o de aportación de materiales contribuyen a la ejecución de la obra. Otros autores han entendido que la excepcionalidad del artículo 1.597 del CC se funda en la especial consideración que los acreedores refaccionarios han merecido siempre en la ley (v. g., derecho de retención que el artículo 1.600 del CC atribuye al que ejecuta una obra en un bien mueble, preferencia del crédito refaccionario en los artículos 1.922, 1.923 y 1.927 del CC, o protección que las normas sociales otorgan a los créditos laborales), porque si bien los que ponen su trabajo y sus materiales en la obra son acreedores del contratista, por su relación con la cosa adquieren el concepto de refaccionarios. El Tribunal Supremo, en las Sentencias de 11 de octubre de 1994 y 17 de julio de 1997, ha considerado admisibles todas las justificaciones anteriormente apuntadas, al seglar que la razón de ser de la norma consagrada en el artículo 1.597 del CC y su fundamento hay que buscarla en «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.».

De la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928 pueden extraerse los presupuestos a los que se supedita el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del CC:

1.- Que medie un contrato de obra por ajuste alzado.

2.- Que en esa obra ponga su trabajo o materiales un tercero. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, se considera «tercero» al que «interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material, o también como subcontratista» (sentencias de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994 o 2 de julio de 1997).

3.- Que exista un crédito del subcontratista frente al contratista, y una negativa del contratista, expresa o tácita, a satisfacerlo.

4.- Que exista también un crédito del contratista frente al comitente o dueño de la obra, limitándose la acción directa que pueda formular el subcontratista contra el dueño de la obra al importe de dicho crédito.

Respecto al alcance subjetivo de la acción directa del artículo 1.597 del CC, es también reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que la responsabilidad del dueño de la obra y del contratista frente al subcontratista es solidaria, por lo que el subcontratista acreedor puede dirigirse indistintamente contra el dueño de la obra, contra el contratista, o contra los subcontratistas anteriores, e incluso contra todos ellos simultáneamente (sentencia de 22 de diciembre de 1999).

Efectivamente, el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de marzo de 1990, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1999 y 22 de diciembre de 1999) ha declarado que:

«La doctrina de esta Sala, más reciente, resulta interpretadora de la realidad social, sobre todo del mundo de la construcción, y se muestra atenta para evitar manipulaciones y abusos a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses, a fin de eludir las responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada y, a su vez, y consecuentemente con ello, para evitar situaciones de enriquecimiento injusto».

Por ello, el Alto Tribunal (sentencias de 28 de mayo de 1999, 6 de junio de 2000 y 2 de julio de 1997) considera que:

«Una correcta interpretación del precepto, adecuándolo a la realidad social de los tiempos presentes, obliga a extender la norma al contratista y también a los subcontratistas anteriores al tercero que pone su trabajo y materiales, los que cuentan con acción directa frente a todos para reclamar lo que se le debe en relación a su contribución demostrada en la ejecución de la obra de que se trate, y el que se reputa obligado sólo se libera de responsabilidad si acredita suficientemente que tiene saldada la deuda derivada del contrato concertado, por aplicación de la doctrina de la carga de la prueba».

Y es que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1994:

«En definitiva, el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito) y contra el comitente (Sentencia de 13 de abril de 1926), respondiendo uno y otro indistintamente o “in solidum”, si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma (sentencia de 7 de febrero de 1968), siendo sabido que la responsabilidad solidaria mata toda idea de litisconsorcio necesario, pues el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados...».

De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, la acción directa del subcontratista alcanza, solidariamente, al comitente, al contratista y, en su caso, a los anteriores subcontratistas (sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000). Pero debe tenerse en cuenta (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002) que desaparece la posibilidad de ejercitar la acción directa cuando, en la cadena de subcontrataciones, uno de los contratantes o subcontratantes nada debe al siguiente, pues en tal caso no concurre el presupuesto exigido en el artículo 1.597, in fine, del CC:

«La solución sigue con el presupuesto básico que enuncia el propio artículo de que el dueño de la obra o comitente sea deudor del contratista; y la solución termina con la consecuencia de lo anterior: si el comitente no es deudor del contratista no cabe la acción directa y, habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas (sentencia de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000) tampoco se da acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista. En otras palabras, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.

[...] Como se ha dicho, de la fundamentación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil y de la interpretación de esta norma, se desprende que el hecho de que en una concatenación de comitente, contratista y subcontratistas de obras, uno de ellos, el primero o el intermedio, nada adeude a su subcontratista, impide la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil. Esta fue doctrina que mantuvo por primera vez la sentencia de 29 de junio de 1936 y que ahora se reitera formando doctrina jurisprudencia, que complementa el ordenamiento jurídico, como dice el artículo 1.6 del Código Civil».

A modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto respecto al alcance subjetivo de la acción directa del artículo 1.597 del CC, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basada en una interpretación progresiva y adecuada adaptada a la realidad social, cabe indicar que:

— Dicha acción alcanza al comitente, al contratista y a los subcontratistas anteriores: «La acción directa la concede el artículo 1.597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento [...] hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior» (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997).

— La afirmación anterior debe completarse con la doctrina legal establecida en las sentencias de 29 de junio de 1936 y 31 de enero de 2002, con arreglo a la cual en los supuestos en los que exista una concatenación de comitente, contratista y subcontratistas, desaparece la acción directa en el caso de que uno de los contratantes o subcontratantes no deba nada al siguiente.

— La responsabilidad que la acción directa del artículo 1.597 establece es directa y solidaria: «Cuando se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1.597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y, en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Así lo han admitido, para la acción directa del artículo 1.597, las Sentencias de 29 de abril de 1991 y 11 de octubre de 1994» (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997).

Definidos, en los términos anteriores, el contenido y alcance que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a la acción directa del artículo 1.597 del CC, procede examinar la aplicación de este precepto a los contratos de obra celebrados por XX, S.A.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la condición de sociedad estatal de XX, S.A. determina que los contratos de obra que dicha entidad celebre sean contratos de naturaleza jurídico-privada, aunque su preparación y adjudicación quede sometida a las prescripciones del todavía vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuando superen el límite cuantitativo previsto en el artículo 2. 1 de dicho texto legal. Tratándose, por tanto, de contratos privados, sus efectos y extinción se someten a las normas de derecho privado (artículo 9.1. de la LCAP).

Ahora bien, tal y como se indica en la Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/05, de 21 de julio, sobre contratación de sociedades estatales y fundaciones del sector público estatal, aunque la ejecución de los contratos celebrados por las sociedades estatales no se encuentre sometida a las prescripciones de la LCAP, nada obsta a que dichas sociedades opten, en los pliegos que aprueben, por someterse voluntariamente a las mismas, pues:

«... aunque no exista obligación legal de aplicar a los referidos contratos todos los preceptos de la LCAP (salvo en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación), no existe ningún impedimento jurídico para que aquellas entidades (sociedades estatales y fundaciones del sector público estatal) apliquen, siempre que convenga a sus intereses y siempre que sea compatible con la naturaleza jurídico-privada de los referidos contratos, en otros extremos (vgr., garantías, régimen de pagos, revisión de precios, penalidades por demora, cesión del contrato y subcontratación), las previsiones de la LCAP mediante remisión a ellas o, en su caso, adaptación a las mismas, lo que, sin duda, facilitaría en gran medida la contratación, pudiendo a estos efectos utilizar pliegos similares a los aprobados para contratos administrativos en los departamentos ministeriales a los que las sociedades o

fundaciones estén vinculadas o, al menos, inspirarse en ellos, con lo que se ganaría en uniformidad y seguridad».

En consecuencia, nada obsta a que los pliegos reguladores de los contratos de obra celebrados por XX, S.A. puedan declarar aplicables en materia de subcontratación las previsiones de la LCAP, cuyo artículo 115, además de supeditar la procedencia de la subcontratación a determinados requisitos (comunicación por escrito a la Administración, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista, limitación de la subcontratación al porcentaje que establezcan los pliegos o, en su defecto, a un porcentaje que no exceda del 50 % del importe de adjudicación, y obligación del contratista de abonar a subcontratistas y suministradores el pago pactado en condiciones que no sean más desfavorables que las establecidas en el artículo 99.4 de la LCAP para las relaciones entre la Administración y el contratista), establece en su apartado 3 que:

«Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato».

La anterior previsión se mantiene en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, de próxima entrada en vigor, cuyo artículo 210.4 establece lo siguiente:

«Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho artículo, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.3 de la actualmente vigente LCAP, cabe plantearse si la acción directa del artículo 1.597 del CC es aplicable a los contratos privados celebrados por sociedades estatales cuyos pliegos reguladores remitan, en su caso, al régimen de subcontratación previsto en la LCAP. Se suscita la duda, en suma, de si la redacción del artículo 115.3 de la LCAP, que declara al subcontratista obligado «sólo ante el contratista principal», excluye la aplicación de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra consagrada en el artículo 1.597 del CC.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado también de forma reiterada en este punto, estableciendo una doctrina que, aunque referida a contratos celebrados bajo la vigencia de la derogada LCE, se considera plenamente aplicable a los contratos celebrados bajo la vigencia de la LCAP, habida cuenta de que el artículo 59 de la LCE supeditaba la subcontratación a requisitos similares a los previstos en el artículo 115 de la LCAP (a excepción del relativo a las condiciones de pago a los subcontratistas), y de que el artículo 186 del RCE, contenía un precepto similar al del vigente apartado 3 del artículo 115 de la LCAP, al disponer que «los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución de la obra frente a la Administración, con arreglo al proyecto aprobado por la misma, como si él mismo la hubiera realizado».

Así, en la sentencia de 12 de mayo de 1994 el Tribunal Supremo declara lo siguiente:

«Los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutiblemente civil, y la acción de reclamación al Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1.597 del Código...».

En la sentencia de 16 de julio de 2003, al Alto Tribunal sostiene lo siguiente:

«Los preceptos legales infringidos (en referencia al artículo 59 de la LCE y 184, 185 y 186 del RCE) no preceptúan la inaplicación del artículo 1.597 en la órbita de la contratación administrativa. La subcontratación realizada [...] sin observancia de aquellos preceptos dará lugar a los efectos que procedan en las relaciones entre la Administración comitente y el contratista, pero en modo alguno merman los derechos concedidos por la legislación civil a los que ponen su trabajo y materiales en la obra contratada, entre los que la doctrina consolidada de esta Sala incluye a los subcontratistas (Sentencias de 6 de julio de 2000, 31 de enero y 11 de octubre de 2002).

Respecto a las sentencias citadas por el recurrente en apoyo de su tesis [...] únicamente es relevante la de 29 de octubre de 1987, que negó dicha aplicación al subcontratista por aplicación del artículo 59 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado promulgado por Decreto 923/1965. Pero la doctrina de esta Sala ha sostenido sin fisuras que no constituye doctrina jurisprudencia) cuya infracción pueda ser alegada como motivo de casación la contenida en una sola sentencia de esta Sala, requiriéndose por lo menos dos (Sentencias de 15 de febrero de 1982 y 21 de febrero de 1997)»

En el mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006, que atiende a la naturaleza civil de la acción ejercitada y al carácter privado del contrato celebrado entre contratista y el subcontratista, para declarar la competencia de la jurisdicción civil, a pesar de insertarse la subcontratación de la que trae causa la acción directa ejercitada en un contrato administrativo de obras:

«La acción ejercitada contra la Administración del Estado es la acción directa que prevé el artículo 1.597 del Código Civil, y en la demanda se ha ejercitado la acción contra el subcontratante... basado en el subcontrato de obra y la acción directa contra el dueño de la obra, que es el Estado; ambas acciones tienen la misma causa, que es el subcontrato de obra, de naturaleza civil, y pretender que se ejercite la acción contra aquélla en la jurisdicción civil y la acción directa contra éste en la jurisdicción contencioso- administrativa sería tanto como dividir la continencia de la causa. Esta es una razón esencial para la desestimación del motivo.

La segunda razón es que la «vis atractiva» de la jurisdicción civil que siempre ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala no viene contradicha por la LCE, vigente en el presente caso, cuyo artículo 59 contempla el subcontrato de obra, lo permite con ciertos requisitos, pero no lo califica de administrativo, ni lo atribuye a la jurisdicción contencioso- administrativa».

En fin, en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 se reitera de forma extensa la anterior doctrina.

Cabe entender, en consecuencia, que, con arreglo a la mencionada doctrina jurisprudencia, la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluye la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del CC, dado que ésta se inserta en el seno de una relación jurídico-

privada como es la derivada de la subcontratación entre particulares, a lo que no es óbice que dicha subcontratación traiga causa en un contrato administrativo.

En el concreto supuesto de que se trata, la condición de sociedad mercantil que ostenta XX determina, por un lado, que todos los sujetos implicados en una eventual acción directa del artículo 1.597 del CC (comitente, contratista y subcontratistas) sean sujetos privados, lo que, en ausencia de Administraciones Públicas, determina que la competencia para conocer de las discrepancias que se susciten entre ellos corresponda, por razón del sujeto, a la jurisdicción civil, y, por otro lado, que los contratos de obra que celebre dicha sociedad estatal sean contratos privados, por lo que el conocimiento de las incidencias que, en materia de efectos y extinción de tales contratos se susciten corresponderá también, esta vez por razón del objeto, a la jurisdicción civil.

Así las cosas, siendo la subcontratación una relación de naturaleza jurídico-privada, y siendo el contrato de XX, S.A. del que dicha subcontratación trae causa un contrato también privado, la competencia para conocer de las discrepancias que surjan en la subcontratación en las obras contratadas por XX, S.A. corresponderá en todo caso a la jurisdicción civil, y ello aunque los Pliegos de XX, S.A. hubieran recogido el régimen de subcontratación previsto en el artículo 115 de la LCAP, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluyen la acción directa que el artículo 1.507 del CC atribuye a todo subcontratista.

Determinado el alcance (directo y solidario) de la acción que el artículo 1.597 del CC concede al subcontratista frente al dueño de la obra, y la aplicación de dicha acción al supuesto que se examina (subcontratos derivados de contratos de obra celebrados por una sociedad mercantil del Estado), resta examinar los concretos requisitos a los que se supedita su ejercicio frente al comitente o dueño de la obra, así como el procedimiento exigible para atender los requerimientos de retención y pago que, a tal efecto y frente a los impagos del contratista, formule el subcontratista a XX, SA., como comitente o dueña de la obra.

En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede sistematizar del siguiente modo:

1.- Elementos constitutivos de la reclamación del subcontratista.

Como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992:

«Resulta fuera de duda que los elementos constitutivos de la reclamación ejercitada a tenor del artículo 1.597 han de ser la probanza de la puesta de trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista y la falta de abono por éste de dicha aportación».

Por tanto, dos son las circunstancias que el subcontratista que formule acción directa contra el comitente o dueño de la obra ha de acreditar: la completa ejecución de las prestaciones subcontratadas y el impago de las mismas por parte del contratista.

En cuanto a la primera de las mencionadas circunstancias, incumbe al subcontratista, por aplicación de las reglas generales en materia probatoria, acreditar «su contribución demostrada en la ejecución de la obra de que se trate», bien mediante la aportación de materiales, bien con su trabajo (sentencia de 28 de mayo de 1999). A tal fin, el subcontratista

podrá valerse de cualquier medio de prueba admitido por el ordenamiento jurídico: facturas, recibos u otros documentos, declaraciones testificales, confesión...

Cuando se trate de contratos administrativos, o de contratos privados celebrados por entidades del sector público estatal cuyos pliegos remitan, en materia de subcontratación, al régimen previsto en la LCAP, la Administración o entidad del sector público contratante habrá de tener, en principio, conocimiento de la subcontratación y de las partes del contrato encargadas al subcontratista, pues así lo impone el artículo 115.2. a) de la LCAP. Por ello, la prueba del subcontratista que ejercite la acción directa del artículo 1.597 contra el dueño de la obra se habrá de circunscribir, también en principio, no tanto al hecho de la subcontratación, cuanto a la efectiva ejecución de las partes del contrato subcontratadas.

Pero debe tenerse en cuenta en este punto que el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la acción directa del artículo 1.597 del CC incluso en aquellos supuestos en los que la Administración contratante invoque el desconocimiento de la subcontrata, por aplicación de la doctrina de prohibición del enriquecimiento injusto. Así por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 se afirma que:

«Este motivo se desestima porque la sentencia de instancia declara probada la existencia de conocimiento y autorización por parte de la Administración del Estado, que puede ser de naturaleza tácita, aceptando los trabajos realizados por el subcontratista. No puede olvidarse que quien se aprovecha de los resultados que le son favorables -la obra- no puede rechazar las obligaciones que de ellas se derivan. Tampoco pueden obviarse las amplísimas facultades de control e inspección que tiene la Administración del Estado en obras públicas [...]. Lo cual alcanza no sólo a la celebración del subcontrato sino también a la ejecución de éste y a las dificultades y problemas que efectivamente se plantearon».

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el eventual incumplimiento de las formalidades impuestas por la legislación de contratación administrativa en materia de subcontratación no puede invocarse como excepción a la acción directa del artículo 1.597 del CC, apreciando incluso falta de buena fe procesal cuando la entidad contratante invoca tales irregularidades formales en la subcontratación, pero se aprovecha de sus efectos. Así, en la sentencia de 16 de julio de 2003, el Tribunal Supremo sostiene que:

«La Sala observa una falta de buena fe procesal en la conducta del Ayuntamiento recurrente que [...] se niega a asumir las obligaciones que le impone el artículo 1.597 CC frente al subcontratista, alegando incumplimiento de las formalidades administrativas de la subcontrata, pero no teniendo ningún inconveniente en que siguiese trabajando»...

En cuanto a la prueba de la falta de pago por el contratista al subcontratista, cabría entender, en principio, que dicha prueba corresponde al subcontratista. Ahora bien, no cabe desconocer que la falta de pago, en cuanto hecho negativo, es de muy difícil prueba. Es por ello por lo que, presuponiendo la reclamación del contratista al dueño de la obra una situación de falta de pago, lo apropiado es que el dueño de la obra requiera al contratista a fin de que éste manifieste si efectuó el pago al contratista. Así las cosas, de no atenderse por el contratista el requerimiento o de no dar respuesta satisfactoria, puede tenerse por probada la falta de pago.

2.- Existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra.

Como ya se ha indicado, el ejercicio de la acción directa por el subcontratista contra el dueño de la obra está limitado cuantitativamente, conforme al artículo 1.597 del CC, a «la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista) cuando se hace la reclamación». La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra se supedita, por lo tanto, a la existencia de un crédito del contratista contra el dueño de la obra, habiendo declarado el Tribunal Supremo que la carga de la prueba se invierte en este caso y que la prueba de la existencia de tal crédito y de su concreto importe no corresponde al subcontratista acreedor; es al dueño de la obra al que, en defensa de su derecho, le corresponde probar la inexistencia de crédito (por haber pagado ya al contratista). Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000, 18 de julio de 2002, y 24 de enero de 2006, declaran lo siguiente:

«Uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues ni conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado si tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal supuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este supuesto».

Esta inversión de la carga de la prueba respecto a la acreditación de la existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra constituye jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 29 de mayo de 2006, el Alto Tribunal afirma lo siguiente:

«Es incontestable, conforme a tal doctrina legal, reiterada en exceso, que no puede literalizarse el artículo 1.214 del CC en estos casos de aplicación del artículo 1.597 del CC para trasladar al reclamante, ajeno a la relación jurídica en que el precepto le autoriza a intervenir, como directo interesado, más que subrogado, la carga de probar la existencia y alcance del crédito de que se trata, dada la dificultad que para él representa su ajeneidad respecto al mismo; y al serle más asequible al acreedor, dentro de esa relación jurídica ajena (pero propia de él) para el reclamante, el probar el alcance y existencia del crédito, es por ello que es a él al que corresponde, en equidad, tal prueba».

3.- Requisitos formales de la reclamación del subcontratista.

En cuanto a la forma de la reclamación, la jurisprudencia adopta un criterio antiformalista habiendo expresado el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de enero de 1974 que la reclamación puede ser tanto judicial como extrajudicial. Y es que:

«El artículo 1.597 del CC resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ello tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en vía judicial, por todo lo cual, no sólo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado» (sentencia de 17 de julio de 1997)».

4.- Alcance cuantitativo de la reclamación.

La acción directa del subcontratista puede extenderse, dentro de los límites del crédito que el contratista tenga contra el dueño de la obra, al precio ajustado con el contratista y también, en su caso, al que exceda del mismo, en concepto de mejoras o aumentos de obra consentidos, expresa o tácitamente, por el comitente o dueño de la obra.

Así, en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999 y de 19 de abril de 2004 se afirma que «los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, bien en el ámbito de la subcontrata o fuera de ella tratándose de mejoras autorizadas».

La reclamación del subcontratista puede extenderse también a aumentos de la obra inicialmente contratada, «tanto si se entiende que dicho aumento fue convenido inicialmente entre los dos (dueño y contratista), [...] como si se considera que el referido aumento lo concertó el dueño con el contratista y éste a su vez, con el subcontratista» (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1990).

A modo de recapitulación, los requerimientos de retención y abono que los subcontratistas de las obras contratadas por XX, S.A. dirijan a dicha sociedad estatal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.597 del CC, deberán ser atendidos por dicha sociedad estatal, como comitente o dueña de la obra siempre que:

1.- El subcontratista acredite:

a) La ejecución de la parte de la obra subcontratada a la que refiera su reclamación, bien mediante aportación de materiales, bien mediante su trabajo. Las irregularidades o incumplimientos formales de la normativa sobre contratación administrativa que, en su caso, y por expresa previsión de los pliegos, fueran aplicables a la subcontratación de las obras licitadas por XX, S.A., no son oponibles a la reclamación directa del subcontratista.

b) El impago del contratista. En relación con este extremo deberá tenerse en cuenta la consideración anteriormente hecha sobre prueba de la falta de pago por el contratista al subcontratista.

2.- Exista un crédito del contratista contra XX, S.A., extremo que no corresponde acreditar al subcontratista reclamante. Es a XX a la que, en defensa de su derecho y frente a la reclamación del subcontratista, le corresponde probar la inexistencia del crédito del contratista por haber pagado ya a este último.

3.- El subcontratista formule una reclamación de la que exista constancia indiscutida, cualquiera que sea la forma o medio por la que ésta se produzca.