



Roj: **STS 4110/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4110**

Id Cendoj: **28079110012017100595**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **642/2015**

Nº de Resolución: **633/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 39/2015,**  
**STS 4110/2017**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 633/2017**

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 642/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/04/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 642/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 633/2017**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto los recursos de casación e infracción procesal interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 585/2014 dimanante del juicio ordinario núm. 39/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.ª, por el procurador don Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de Pacadar SAU, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo, en calidad de recurrente; y el Abogado del Estado, en representación de Ministerio de Fomento en calidad de recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El procurador don Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de Pacadar S.A.U interpuso demanda de juicio ordinario, bajo la dirección letrada de D.ª Aurora Calvo Lechosa, contra el Ministerio de Fomento y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que:

«Se condene al Ministerio de Fomento a pagar a Pacadar S.A.U la cantidad de TRESCIENTOS DIEZ MIL CIENTO TREINTA Y DOS EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (310.132,20 ?) IVA incluido, más los intereses de demora calculados de acuerdo con la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad o los legales, según procedan unos u otros, y cuya cuantificación se difiere al trámite de ejecución de sentencia, así como al pago de las costas procesales».

**SEGUNDO** .- El Abogado del Estado, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«Se desestime en su integridad las pretensiones de la demanda, con imposición de costas a la parte actora».

**TERCERO** .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando la demanda formulada por (sic) debo absolver a la parte demandada de los pedimentos que contra la misma se contienen en el escrito de demanda, con imposición de costas a la parte demandada».

**CUARTO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Pacadar S.A.U., la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 8 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«La Sala, desestimando el recurso de apelación, interpuesto por el Procurador don Felipe Juanas Blanco, en representación de Pacadar S.A.U, contra la sentencia dictada en fecha 29 de abril de 2014, por el juzgado de primera instancia número 21 de Madrid , en los autos de procedimiento ordinario número 39/2012; acuerda confirmar el Valle de dicha resolución, quedando suprimidos los fundamentos de derecho segundo y tercero, que sustituidos por los de esta sentencia».

**QUINTO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recursos de casación e infracción procesal la representación procesal de Pacadar S.A.U. argumentando el recurso extraordinario por infracción procesal en el siguiente motivo: Único.- Se denuncia la infracción de las normas procesales reguladores de la sentencia - artículo 469.1, apartado 2.º LEC - por infracción del artículo 218.2 LEC entre la con el artículo 248.3 LOPJ y jurisprudencia que les interpreta con al haberse producido incongruencia interna de la sentencia. El recurso de casación lo argumentó con apoyo en el siguiente motivo: Único.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: infracción del artículo 1597 del Código civil y la jurisprudencia interpretativa.

**SEXTO** .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de diciembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el Abogado del Estado, en la representación de Ministerio de Fomento, presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO** .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de abril del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- *Resumen de antecedentes.*



1. Para la resolución del presente caso, hay que partir de los siguientes hechos acreditados en la instancia.

En síntesis, el 13 de febrero de 2009, el contratista principal de la obra, la entidad UTE Variante Alcañiz, suscribió un contrato de ejecución de obra con la subcontratista Pacadar S.A.U., empresa dedicada a la fabricación de elementos estructurales prefabricados para su incorporación a la realización de obras públicas y privadas.

El objeto de dicho contrato fue el suministro y montaje de vigas y placas de encofrado para las obras de la variante de Alcañiz «CN 232» de Vinaroz a Santander. Obras de la que era promotor o comitente al Ministerio de Fomento, y cuya ejecución había sido adjudicada a la citada UTE.

El contrato contempló un precio de 833.184 euros, sin IVA, por los trabajos previstos. Dichos trabajos fueron aceptados y recepcionados por el dueño de la obra o comitente. De forma que el objeto de la presente *litis* se concreta en el ejercicio de la acción directa por el subcontratista contra el comitente, por el impago por el contratista principal al subcontratista de una factura (la núm. 0236220), con fecha de 31 de octubre de 2010 y por importe de 310.132,20 euros, IVA incluido, más los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

El 31 de mayo de 2011, la subcontratista, mediante burofax, con fecha de entrada de 2 de junio de 2011, comunicó la reclamación extrajudicial de la deuda con base a los previsto en el art. 1597 del Código Civil, por lo que reclamó al Ministerio de Fomento el pago de la referida factura y, en su caso, la retención del pago de las certificaciones pendientes al contratista principal.

La reclamación fue desestimada por el Ministerio de Fomento mediante resolución de 22 de septiembre de 2011, al considerar que la Administración actuaba como un sujeto ajeno a la relación comercial existente entre el contratista y la subcontratista reclamante.

El 15 de enero de 2013, con base en la certificación final de la obra, el Ministerio procedió al pago pendiente con la UTE (4.816.064,69 ?).

En este contexto, la subcontratista, el 11 de enero de 2012, interpuso demanda contra el Ministerio de Fomento por la que solicitaba el pago de la reseñada factura, más los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

El demandado se opuso a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Concluyó que la cuestión planteada quedaba resuelta a tenor de la aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, que impedía el ejercicio de la acción entablada frente a la Administración, por lo que el conocimiento que pudiera tener ésta de los subcontratos celebrados no podía alterar la responsabilidad exclusiva que asumía el contratista principal de la obra.

3. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó el fallo de la sentencia de primera instancia.

En este sentido, en primer lugar, con base en la disposición transitoria de la referida Ley 24/2011, de 1 de agosto, consideró que dicha normativa no resultaba aplicable al presente caso, pues excluía de su aplicación a aquellos expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la norma, por lo que había que acudir a la normativa anterior que permitía el ejercicio de la acción directa contra la Administración.

Sin embargo, en segundo lugar, exoneró de responsabilidad a la Administración por haber acreditado el pago íntegro a la contratista, en los siguientes términos:

«[...]En consecuencia, a la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, corresponde a la demandada acreditar que ha satisfecho el pago de todos los trabajos realizados en la obra por la actora, habiendo aportado documentación acreditativa de los pagos realizados (documento n.º 5 adjunto a la contestación, folio 169), a través de una certificación expedida por el Subdirector General de Coordinación y Gestión Administrativa, que pone de manifiesto el pago de 39.104.317,02 euros, importe total satisfecho por la ejecución de la obra, ascendiendo la certificación final, de diciembre de 2012, a la cantidad de 39.104.317,02 euros. El perito judicial designado, D. Eulalio, en el informe pericial emitido (obranste al folio 223), pone de manifiesto que la certificación final de la obra fue aprobada y abonada por la Administración, habiendo sido realizados la totalidad de los trabajos reflejados en el proyecto, entre ellos los que fueron encomendados a "Pacadar S.L.".

»A la vista de Los medios probatorios referidos, cabe concluir que la parte demandada ha acreditado haber satisfecho la totalidad del precio de la obra a las empresas con las que suscribió el contrato de obra; por tanto, no está obligada a satisfacer a la subcontratista las cantidades que le adeudan las empresas contratistas por la ejecución de la obra que aquí nos ocupa, siendo procedente la desestimación de la demanda».



4. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.
5. La recurrida alega, como causas de inadmisión, la falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada y la introducción en el recurso de apelación de un hecho nuevo consistente en que la Administración tuviera conocimiento previo de la reclamación realizada por el subcontratista, siendo que en la fecha en que el Ministerio de Fomento fue requerido para el pago (2 de junio de 2011), no se debía cantidad líquida alguna a la contratista principal de la obra, por lo que no se cumple con el presupuesto del ejercicio de la acción con relación a la previa existencia y exigibilidad del crédito.
6. La oposición a la admisibilidad de los recursos interpuestos debe ser rechazada. La alegación efectuada por la recurrida no resulta circunscrita a lo que esta sala considera causas de inadmisión absolutas, por lo que su valoración se realizará en el examen de cada uno de los motivos planteados. En cualquier caso, la alegación carece de fundamento con relación al hecho nuevo denunciado, pues el hecho del previo conocimiento de la reclamación del subcontratista por parte de la Administración está integrado en la base fáctica de la sentencia recurrida, así como en la valoración que realiza de la cuestión sustantiva.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.- 1.** La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC con relación al artículo 248.3 LOPJ, por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia interna. Dicho motivo, se plantea como motivo único de este recurso extraordinario.

En el desarrollo del mismo, la recurrente alega que la sentencia recurrida, después de considerar procedente el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC (ya que se cumplen los presupuestos de la acción conforme al citado artículo y a la interpretación que ha hecho la jurisprudencia, a saber: la existencia de contrato de obra a precio alzado, que la persona que reclama haya puesto trabajo y materiales en la obra, que la acción se dirija contra el dueño de la obra o contra el contratista o subcontratista, dentro de la cadena de subcontratos, y la existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra al tiempo de la reclamación), entiende que el pago de 15 de enero de 2013 del Ministerio de Fomento a la UTE Variante Alcañiz, posterior al ejercicio de la acción directa ejercitada extrajudicialmente por Pacadar, y también a su desestimación expresa por el Ministerio de Fomento y posterior a la presentación de la demanda de la que trae causa éste recurso, como liberatorio hacia la actora subcontratista que lícitamente ejercita la acción directa del artículo 1597 CC. Y ello resulta no sólo incongruente con nuestro ordenamiento jurídico sino, por lo que respecta al motivo único de este recurso, incongruente también con la propia fundamentación de la sentencia recurrida y con los hechos que dicha sentencia considera probados, lo cual hace que la misma se haya dictado en flagrante incongruencia y deba ser corregida a través del presente recurso.

2. El motivo debe ser desestimado.

No hay incongruencia interna, la discrepancia con la motivación de la sentencia que realiza el recurrente comporta el planteamiento de una cuestión sustantiva que no tiene cabida en el marco de este recurso extraordinario. Por lo que el art. 218 LEC no ha resultado infringido.

#### **Recurso de casación.**

**TERCERO.-** *Contrato de ejecución de obra. Acción directa del artículo 1597 del Código Civil. Deber del comitente de la obra de abstenerse de realizar el pago liberatorio al contratista principal de la obra. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo se denuncia la infracción del artículo 1597 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que la interpreta contenida en las SSTs de 16 de abril de 2014, 4 de julio de 2013, 21 de mayo de 2013, 25 de abril de 2013, 8 de mayo de 2008, 17 de julio de 1997, 12 de mayo de 1994 y 30 de enero de 1974.

En el desarrollo del mismo se alega que en la sentencia recurrida, después de considerar procedente el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, desestima la pretensión deducida en la demanda al considerar acreditado que la parte demandada ha probado el pago de 39.104.317,02 euros, importe total satisfecho por la ejecución de la obra y coincidente con la certificación final de diciembre de 2012 (que fue aprobada y abonada por la Administración, habiendo sido realizados la totalidad de los trabajos reflejados por el proyecto, entre ellos los que fueron encargados a la actora), pero sin tener en cuenta que el completo pago se ha realizado con posterioridad a la reclamación extrajudicial efectuada por Pacadar al Ministerio de Fomento, mediante el envío de burofax de fecha 31 de mayo de 2011 que fue expresamente desestimada por



resolución del Ministerio de 22 de septiembre de 2011, e incluso, después de la reclamación judicial mediante la interposición de demanda de juicio ordinario de fecha 11 de enero de 2012. Por tanto, habiendo tenido la parte demandada perfecto conocimiento de la reclamación extrajudicial y judicial de la deuda, se debe considerar que los pagos efectuados con posterioridad son de mala fe y, por tanto, de carácter no liberatorio. En este sentido, la reclamación es la que 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, pues desde ese momento desaparece la buena fe. En definitiva, la sentencia recurrida, al otorgar efecto liberatorio a los pagos extemporáneos realizados por la parte demandada, vulnera el derecho preferente de cobro que por ministerio de la ley tiene el subcontratista que ejercita la acción directa del artículo 1597 CC, y permite que dicha preferencia de cobro la decida unilateral e ilícitamente el dueño de la obra, quien siendo concededor de la reclamación, extrajudicial y judicial, decidió no obstante abonar directamente al contratista y no a quien gozaba de preferencia de crédito.

2. La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso de casación, interesa, de modo subsidiario, que para el caso de que se estimase la acción directa de la recurrente dicha estimación no comporte la aplicación de los intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Basa su argumentación en el tenor del artículo 24 de la Ley General Presupuestaria, de 26 de noviembre de 2003, y en la necesaria negligencia o pasividad del deudor moroso para poder aplicar la citada Ley 3/2004.

3. El motivo debe ser estimado en parte.

En primer lugar, como tiene declarado esta sala, entre otras, en la sentencia 85/2017, de 15 de febrero, la tutela que prevé el citado artículo 1597 del Código Civil, en favor del subcontratista de la obra, también alcanza o se proyecta en el deber que incumbe al comitente o dueño de la obra de «abstenerse» de realizar el pago liberatorio al contratista principal cuando el subcontratista le comunica previamente, bien extrajudicialmente, o bien judicialmente, la existencia y reclamación de la deuda contraída por el contratista principal en la ejecución de la obra adjudicada.

En el presente caso, resulta incuestionable que esta comunicación previa quedó materializada, por vía extrajudicial, en el burofax de 31 de mayo de 2011 que la subcontratista dirigió al Ministerio de Fomento. Burofax que identificaba la obra adjudicada, el contrato celebrado entre el contratista principal y la subcontratista, la deuda objeto de reclamación, su vencimiento y exigibilidad y la solicitud, de modo subsidiario, de retención de las cantidades pendientes de pago al contratista principal con el fin de garantizar el cobro de la deuda reclamada.

A mayor abundamiento, dicha comunicación, como alega la recurrente, fue objeto de expresa desestimación por el Ministerio de Fomento por medio de resolución de 22 de septiembre de 2011 (con fecha de registro de salida de 20 de octubre de 2011) y, a su vez, la reclamación judicial de la deuda, con fecha de interposición de la demanda de 11 de enero de 2012, también fue anterior al pago de las cantidades pendientes de pago a la contratista principal, que fue efectivo el 15 de enero de 2013.

En segundo lugar, con relación a los intereses de demora solicitados, hay que señalar que no procede la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales (LLCM). La razón de fondo de esta decisión no radica, dada la naturaleza privada del vínculo obligacional, en la pretendida aplicación preferente del artículo 24 de la citada LGP, pues su artículo 19 señala que en la «efectividad de los derechos de naturaleza privada de la Hacienda Pública estatal se llevará a cabo con sujeción de las normas y procedimientos del derecho privado», sino al propio objeto y finalidad de la LLCM. En este sentido, esta sala en su sentencia 158/2017, de 8 de marzo, tiene declarado lo siguiente:

«[...]En efecto, de acuerdo con la propia finalidad de esta Ley (Preámbulo) y su objeto y ámbito de aplicación (artículos 1 y 3), los supuestos de pago a terceros que constituyen situaciones de controversia, como la del presente caso, no representan supuestos que puedan ser asimilados a la morosidad que es objeto de atención en la citada normativa. Morosidad que se valora respecto del retraso en el pago regular de las deudas literarias en las operaciones comerciales realizados entre empresas por los contratos suscritos y, por tanto, sin extensión a otros supuestos de distinta índole o justificación».

4. La estimación del recurso de casación comporta la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la entidad Pacadar S.A.U, y, en consecuencia, la revocación de la sentencia recurrida y de la sentencia de primera instancia al estimarse en parte la demanda interpuesta, en el sentido de condenar al Ministerio de Fomento al pago de 310.132,20 ? (IVA incluido) a la entidad Pacadar S.A.U, más los intereses legales desde el momento del ejercicio extrajudicial de la acción directa, el 31 de mayo de 2011.

**CUARTO.- Costas y depósitos.**



1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas de dicho recurso sean impuestas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 389.2 LEC .
3. La estimación en parte del recurso de apelación de la demandante comporta que no se impongan las costas de este recurso a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC . A su vez, la estimación en parte del recurso de apelación de la demandante comporta la estimación en parte de la demanda interpuesta, por lo que no procede imponer las costas de primera instancia a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.2 LEC .
4. Asimismo, procede ordenar la pérdida del propósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de la entidad Pacadar S.A.U, contra la sentencia dictada, con fecha 8 de enero de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.ª, en el rollo de apelación núm. 585/2014 .
2. Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha representación contra la citada sentencia que anulamos, para acordar la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la demandante Pacadar S.A.U, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 21, de 29 de abril de 2014 , dictada en los autos de juicio ordinario núm. 39/2012, que revocamos para acordar la estimación en parte de la demanda en el siguiente sentido:
  - 2.1. Condenar al Ministerio de Fomento al pago a la demandante de la cantidad de 310.132,20 ? (IVA incluido).
  - 2.2. Condenar al Ministerio de Fomento al pago de los intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial de la acción directa, esto es, desde el 31 de mayo de 2011.
3. Procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.
4. No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación, del recurso de apelación y de primera instancia.
5. Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres