



Roj: **STS 2865/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2865**

Id Cendoj: **28079110012016100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2016**

Nº de Recurso: **991/2014**

Nº de Resolución: **397/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 575/2014,**
STS 2865/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 14 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 8313/2012 por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 2187/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el Letrado de Administración Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el mismo Letrado de la Administración Sanitaria en calidad de recurrente y la procuradora doña Gemma Pinilla Sanz en nombre y representación de Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., asistido del Letrado don José Luis Lafont Bernal, en calidad de recurrido.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Ignacio Espejo Ruiz, en nombre y representación de Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., asistidos del letrado don José Luis Lafont Bernal, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Servicio Andaluz de Salud y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«a) Se declare que el Servicio Andaluz de Salud, en virtud de la reclamación previa a la vía jurisdiccional civil de fecha 28 de abril de 2009, estaba obligado a retener lo que se debiera abonar a Trigemer, S.A., por certificaciones de las obras del Hospital del Puerto de Cádiz, hasta el límite de Doscientos setenta y nueve mil ochocientos veinte euros con cuarenta y seis céntimos (279.320,46 ?).

b) Se condene al Servicio Andaluz de Salud a pagar a Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., la suma que debió retener, más los intereses de mora de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la reclamación administrativa, más los intereses de mora procesal desde la fecha de interposición de la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

SEGUNDO .- El Letrado de Administración Sanitaria, en nombre y representación del Servicio Andaluz de Salud, 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 absuelva de todo pedimento al Servicio Andaluz de Salud, o subsidiariamente se declare la obligación de abonar a Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., la cantidad de 1.131,57 euros, con imposición en todo caso a la demandante de las costas causadas en el presente pleito».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 29 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando íntegramente la demanda presentada por el procurador don Ignacio Espejo Ruiz en nombre y representación de Auditel Ingeniería y Servicios S.L., contra el Servicio Andaluz de Salud he de declarar y declaro que éste en virtud de la reclamación previa vía jurisdiccional civil de fecha 28 de abril de 2009 estaba obligada a retener la cantidad que debiera abonar Trigemer, S.A., por las certificaciones de Urgencias Generales y UCI del Hospital Puerta del Mar de Cádiz hasta el límite de 279.320,46 euros, importe de las facturas adeudadas con relación a tales áreas por parte de Trigemer a Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., condenándole a pagar a Auditel las cantidades de 76.260,03 euros correspondientes a la certificación final de la obra relativa a Urgencias Generales, 101.464,19 euros correspondientes a la certificación final de la obra de UCI y 2.2363,14 euros abonados tras la reclamación previa a la UTE formada por Trigemer y Espina Obras Hidráulicas, con los intereses a que se refiere el fundamento sexto de esta resolución y al pago de las costas del procedimiento».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del Servicio Andaluz de Salud, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 14 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Administración Sanitaria, en nombre y representación de Servicio Andaluz de Salud, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 25 de Sevilla, en los autos de juicio ordinario, n.º 2187/09, con fecha 29 de junio de 2011, la debemos confirmar y confirmamos en todos sus términos, con imposición de las costas de esta alzada al apelante».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal del Servicio Andaluz de Salud con apoyo en un único motivo: Infracción del artículo 1597 del Código Civil .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de febrero de 2015 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, la procuradora doña Gema Pinilla Sanz, en nombre y representación de Auditel Ingeniería y Servicios, S.L., 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 11 de mayo del 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el alcance de la acción directa del subcontratista, artículo 1597 del Código Civil , con relación al procedimiento concursal del contratista principal de la obra, particularmente respecto de la autonomía de la acción respecto a dicho procedimiento.

2. En el supuesto objeto del pronunciamiento debe tenerse en cuenta la siguiente relación cronológica de hechos acreditados.

l) El 22 de Diciembre de 2.006 se suscribieron tres contratos para ejecutar obras de reforma en el Hospital Puerta del Mar de Cádiz.

Uno de ellos tenía por objeto la reforma y ampliación del Área de Urgencias Generales por un importe de 644.088,82 euros. El mismo fue inicialmente adjudicado a la U.T.E. Reforma Hospital Universitario Puerta del Mar constituida por las entidades Intem, S.L.U., y Copcisa a la que se abonaron cinco certificaciones por importe de 164.110,27 euros, quedando por abonar la certificación n° 1 por importe de 1.160,15 euros. En el curso de dicho contrato, a solicitud de la adjudicataria y por resolución 26 de Julio de 2.007, se autorizó la cesión del contrato a Trigemer S.A. fijándose el saldo del mismo a dicha fecha en 478.818,41 euros. Trigemer continuó con la ejecución de las obras y el SAS fue pagándole las certificaciones expedidas mensualmente, incluida una certificación correspondiente a una modificación del contrato por importe de 127.993,49 euros. En total le abonó 606.811,90 euros, efectuando el último pago el 2 de Marzo de 2.009. El certificado de fin de obra se expidió el 20 de Mayo de 2.009, presentando Trigemer S.A., la factura correspondiente que no ha sido abonada por el SAS.

El segundo contrato tenía por objeto las obras de reforma de la Unidad de Cuidados Intensivos por importe de 863.078,30 euros y fue adjudicado a la U.T.E. Reforma de la Unidad de Cuidados Intensivos, a la que



se abonaron certificaciones por importe de 1.508,47 euros y 173.325,85 euros. A petición de dicha entidad, por resolución de 26 de Julio de 2.007, se autorizó la cesión del contrato a Trigemer S.A. y Espina Obras Hidráulicas U.T.E., fijándose el saldo del contrato en 688.243,98 euros, continuando dicha UTE con la ejecución de los trabajos abonándosele por el SAS las certificaciones que iba girando mensualmente incluida la correspondiente a un modificado del contrato por importe de 172.356,74 euros, sumando el total de las cantidades pagadas el importe de 860.600,72 euros. Casi todas las cantidades fueron abonadas antes del 28 de Abril de 2.009, menos dos certificaciones de obra que fueron abonadas después, la n° 17 y n° 18 por importe de 822,86 y 1.440,28 euros, respectivamente, que debido a la retrocesión de una previa transferencia ordenada el 2 de Marzo de 2.009, fueron abonadas definitivamente el 17 de Junio de 2.009. El 20 de Mayo de 2.009 se expidió certificado final de obra por importe de 101.464,19 euros, presentando la UTE formada por Trigemer y Espina Obras Hidráulicas una factura por dicho importe que no ha sido pagada.

El tercer contrato se refería a las obras de urgencias pediátricas y no es objeto del presente procedimiento.

II) Para la ejecución de los trabajos de instalación de climatización, electricidad, fontanería y saneamiento en tales obras Trigemer S.A. subcontrató en septiembre de 2.007 a Auditel Ingeniería y Servicios S.L., la cual los ejecutó, con firma de acta de fin de obra de fecha 29 de Octubre de 2.008.

III) Auditel emitió 12 certificaciones por cada uno de los ámbitos de actuación y facturó por cada uno de ellos un importe igual al aceptado en el acta de liquidación, pero hubo un momento en que Trigemer S.A. dejó de atender las facturas, razón por la cual Auditel, el 28 de Abril de 2.009, presentó reclamación previa a la acción civil ante el SAS, en la que solicitaba que procediera a retener las cantidades que debiera abonar a Trigemer S.A. por certificaciones de obra hasta el límite de 279.320,46 euros, importe de las facturas relativas a Urgencias Generales y UCI aportadas como documentos 5, 6, 7 y 8 de la demanda y ello por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.597 del Cc., reclamación que fue desestimada por Resolución de la Dirección General del Hospital Puerta del Mar de Cádiz el 22 de Septiembre de 2.009.

IV) El 10 de Junio de 2.009, Trigemer S.A. fue declarada en concurso por el Juzgado Mercantil n.º 10 de Madrid, previa solicitud presentada por tal entidad el 27 de Abril de 2.009.

V) El 6 de noviembre de 2009, Auditel presenta la demanda dirigida contra el Servicio Andaluz de Salud.

VI) Dicha declaración judicial fue anterior a la entrada en vigor del Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal 2003, que establece la suspensión, una vez declarado el concurso, de los procedimientos iniciados con anterioridad al amparo del citado artículo 1597 del Código Civil (n.º 2 del nuevo artículo 51 bis LC).

3. En síntesis, la entidad Auditel, Ingeniería y Servicios, S.L., subcontratista de la obra, interpuso demanda de juicio ordinario contra el Servicio Andaluz de Salud, comitente de la obra, en ejercicio de acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra. En dicha demanda se reclama la suma de 279.320,46 euros, importe de lo adeudado por la demandada en virtud de las obras de reforma del Hospital Puerta del Mar de Cádiz.

La parte demandada se opuso a la pretensión de la actora alegando que, habiéndose declarado el concurso de la contratista principal, la entidad Trigemer, S.A., antes de la presentación de la demanda en ejercicio de la acción directa, no podía seguirse procedimiento alguno al margen del concurso de la contratista. Asimismo señala que en todo caso sería preciso que al momento de la reclamación previa, el crédito fuera líquido y exigible, no sólo el crédito del subcontratista contra la contratista de las obras, sino también el crédito de esta última frente a la dueña de las mismas obras.

4. La sentencia de primera instancia, estimó íntegramente la demanda. Señaló dicha resolución que en la medida que la demanda se interpuso antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal, aprobada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, la cual estableció que declarado el concurso del contratista no se admitirá la demanda en que se ejercite la acción y, caso de admitirse, se archivará el procedimiento, añadiendo que si la declaración del concurso es posterior la acción quedará en suspenso, dicha reforma no resulta aplicable al presente caso. Añadió que, en cualquier caso, la absorción por el procedimiento concursal estaría supeditada al hecho de que el requerimiento previo al ejercicio de la acción directa se efectuara con posterioridad a la declaración de concurso del contratista, supuesto no concurrente en el presente caso al haberse efectuado dicho requerimiento con anterioridad a la fecha de declaración del concurso del contratista. Igualmente, en cuanto a la necesidad de que el crédito del contratista sea líquido y exigible, señaló que la falta de tal condición no era obstáculo para la estimación de la acción directa.

5. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, Servicio Andaluz de Salud que fue resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de fecha 14 de febrero de 2014. Dicha resolución desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, acogiendo íntegramente los argumentos expuestos por la sentencia de primera instancia.



6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Acción directa del subcontratista de la obra (artículo 1597 del Código Civil) y dinámica concursal.*

1. La demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción de los artículos 49.1 , 76 y 89.2 LC y del artículo 1597 del Código Civil , con cita de las sentencias, de esta Sala núm. 322/2013, de 21 de mayo y núm. 756/2013, de 11 de diciembre . Argumenta que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial de esta Sala, por cuanto no es preciso acudir a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, para poder apreciar el efecto de «vis atractiva» del concurso, pues dicho principio ya estaba implícito en la regulación preexistente que sancionaba los principios de universalidad de la masa pasiva y activa. En cualquier caso, la sentencia recurrida interpreta erróneamente los requisitos para el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil , pues identifica el ejercicio de la acción con la presentación de la reclamación previa a la vía jurisdiccional, olvidando que la doctrina del TS ha declarado expresamente que el requerimiento extrajudicial no supone el ejercicio de la acción directa. En el presente caso, la demanda es posterior a la declaración de concurso al haberse presentado con fecha 6 de septiembre de 2009 y, además, los créditos documentados en las dos certificaciones finales impagadas, expedidas con fecha 20 de mayo de 2009, al estar sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no eran vencidos y exigibles al día de la declaración del concurso (10 de junio de 2009).

2. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser estimado.

3. Para la resolución del presente caso, y dada la identidad de circunstancias concurrentes, debe atenderse a la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esta Sala núm. 691/2014, del 26 marzo , en donde, declaramos:

«[...] 2. *Antecedentes doctrinales.*

»Desde una perspectiva general puede afirmarse que el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial de la acción directa, contemplada en el artículo 1597 del Código Civil , ha tendido, progresivamente, tanto a un reconocimiento o caracterización propia y diferenciada de esta figura, particularmente respecto de su autonomía con relación a la acción subrogatoria, esto es, como reconocimiento legal de una facultad o derecho del subcontratista, como a una interpretación y aplicación extensiva de la misma sobre la base, principalmente, de la naturaleza tuitiva del precepto.

»En este contexto, también puede sostenerse que esta tendencia ha sido seguida, mayoritariamente, por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la actual regulación concursal; de modo que el ejercicio de esta acción directa no debía verse afectada por la declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista. El fundamento o justificación de esta posición se centró en la consideración de que la acción directa constituye, en realidad, una suerte de privilegio o preferencia de cobro asimilándose, de este modo, a los derechos de ejecución separada, todo ello bajo el fundamento tuitivo del precepto o su razón de ser en la equidad, (entre otras, STS de 27 de julio de 2000).

»3. Doctrina jurisprudencial aplicable al caso: Alcance de la figura y subordinación a la dinámica concursal.

»En este sentido, y con carácter general, debe señalarse que la protección que brinda el artículo 1597, como excepción al carácter relativo del derecho de crédito (artículo 1257 del Código Civil) y, por tanto, su reclamación directa al comitente, no alcanza o se proyecta sobre la naturaleza del derecho de crédito modificando o alterando su previa naturaleza, es decir, se facilita su cobro, pero no se otorga privilegio o preferencia alguna.

»De esta forma, esta protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.

- »En relación con la doctrina jurisprudencial aplicable debe puntualizarse que al presente caso no le resulta de aplicación el nuevo artículo 51.bis de la Ley Concursal , introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51. bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012).



»Sentado esto, y conforme a lo anteriormente señalado, debe precisarse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, (SSTS de 21 de mayo de 2013, núm. 332/2013 y 11 de diciembre de 2013, núm. 756/2013), subordina la aplicación de esta figura a la dinámica concursal de la empresa contratista. De forma que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista bien cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o bien cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. Supuestos que no se dan en el presente caso, en donde la reclamación extrajudicial de la acción directa no ha resultado consumada y efectiva antes de la declaración del concurso de la empresa contratista, y su reclamación judicial es posterior a la declaración del concurso».

En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el ejercicio de la acción del subcontratista no se ha consumado o hecho efectivo antes de la declaración concursal, pues la demanda se presenta con posterioridad a ésta. Por lo que su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la *vis* atractiva que se deriva de su declaración.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La estimación del recurso de casación comporta que no procede hacer expresa imposición de costas de dicho recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398. 2 LEC .
2. La estimación del recurso de casación comporta la estimación del recurso de apelación de la demandada, por lo que no procede hacer expresa imposición de costas de este recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC . A su vez, la estimación del recurso de apelación comporta la desestimación de la demanda interpuesta, por lo que procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC .
3. Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia dictada, con fecha 14 febrero 2014, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, en el rollo de apelación núm. 8313/2012 , que dejamos en efecto. En su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Servicio Andaluz de Salud contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 25, de Sevilla, de 29 de junio de 2011 , desestimando la demanda interpuesta a instancia de la entidad Auditel, Ingeniería y Servicios, S.L., y absolviendo al Servicio Andaluz de Salud respecto de las pretensiones solicitadas por la demandante.
2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación y del recurso de apelación.
3. Procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandante.

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