

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 16 DE ABRIL DE 2014 (2693/2014)**

La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra cuando el contratista, antes de su ejercicio, ha cedido a un tercero su crédito contra el dueño de la obra, pero éste aún no ha pagado al cesionario

Comentario a cargo de:
Antonio Monserrat Valero
Profesor Titular de Derecho Civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 16 DE ABRIL DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014100012

PONENTE: *EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZA JIMENA*

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera de 16 de abril de 2014 es la primera plenaria (con voto particular de dos magistrados) que considera inoponible al subcontratista la cesión, anterior al ejercicio de la acción directa, del crédito del contratista contra el comitente, pero aún no ha pagado por este al cesionario. En consecuencia, estima la demanda del subcontratista contra el comitente ejercitando la acción directa. Con posterioridad a esta sentencia, la de 30 abril 2014 (215/2014), también del Pleno, objeto de otro comentario, decide la misma cuestión en sentido contradictorio. *Prima facie*, no parece contradictoria, pues el comitente era una Administración y la sentencia falla aplicando una norma de la Ley de Contratos del Sector Público, pero sí es contradictoria, pues el Código civil contiene una norma similar a la aplicada, por lo que,

aplicando el Código Civil, la sentencia tendría que llegar al mismo fallo, contradictorio con el de la Sentencia 16 abril 2014.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. La cesión del crédito del contratista contra el dueño de la obra a un tercero, anterior al ejercicio de la acción directa, no impide dicho ejercicio. 5.2. Qué sucede si el comitente ya ha pagado al cesionario. 5.3. La jurisprudencia, anterior a la Sentencia 216/2014, favorable a la inoponibilidad de la cesión. 5.4. La jurisprudencia, anterior a la Sentencia 216/2014, contraria a la inoponibilidad de la cesión. 5.5 Conclusión 6. Bibliografía utilizada.

1. Resumen de los hechos

Dos sociedades celebraron dos contratos de ejecución de obra para la construcción de unos pabellos de la Exposición Universal de Zaragoza de 2008. La que encarga la obra no es el dueño de la obra, sino el contratista principal, pero, por simplificar la exposición, nos referimos a ella como el comitente. El verdadero comitente (Expo Agua Zaragoza, Sociedad Estatal de Exposiciones Internacionales, Copcisa y Rioja SAU) no fue demandado. Por tanto, tampoco tiene sentido determinar si los dos contratos de ejecución de obra eran a tanto alzado, pues el requisito exigido para el ejercicio de la acción directa por el 1597 CC de *obra ajustada alzado* se refiere al contrato entre comitente y contratista principal (requisito que, por otro lado, no es objeto del presente comentario). El contratista subcontrata parte de la obra y cede a terceros su crédito contra el comitente. La cesión opera a través de la cesión, por el contratista, de algunos de los pagarés que el comitente le había entregado para pagar su deuda frente a él. Después de dicha cesión el subcontratista ejercita la acción directa extrajudicialmente, mediante la correspondiente reclamación al comitente. En la misma fecha de la reclamación el contratista reconoce su deuda con el subcontratista y le cede su crédito contra el comitente (la sentencia no considera esta circunstancia, pero sí el voto particular para cuestionarse la procedencia de la acción directa cuando el contratista cede su crédito contra el comitente al subcontratista, cuestión que no aborda el presente comentario). Posteriormente el comitente paga el crédito a los cesionarios. Finalmente, el subcontratista demanda conjuntamente al comitente, ejercitando la acción directa, y al contratista (tampoco trata este comentario de si el subcontratista puede demandar sólo al comitente o también ha de demandar al contratista). Con posterioridad

a la presentación de la demanda, el contratista es declarado en concurso, lo que plantea los efectos de este en la acción directa (cuestión que tampoco aborda el presente comentario).

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Gavá dictó sentencia de 4 septiembre 2009 estimando íntegramente la demanda y condenando solidariamente a las demandadas (contratista y dueño de la obra) al pago de 886.417,54 €.

3. Solución dada en apelación

El comitente recurrió en apelación y la sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la sentencia de 20 de septiembre de 2011 por la que redujo la condena al comitente a la cantidad de 340.338,49 €. La causa principal de la reducción es que la Audiencia considera que la cantidad pagada por el comitente al contratista había sido la de 2.048.296,49 €, y no la de 1.370.489,4 €, que fijó el Juez de Primera Instancia, pues incluye como pagos los 25 últimos pagarés entregados por el comitente al contratista y descontados por éste, todo ello antes del ejercicio extrajudicial de la acción directa, porque “*en virtud de los principios cambiarios, el pago hecho al legítimo tenedor del título (cesionario del crédito) liberó la deuda del firmante (comitente) con el tomador (contratista) (y la de éste con el tenedor) dando carácter definitivo a la pérdida de legitimación activa del tomador que conlleva el endoso del título conforme al art. 17. de la Ley cambiaria y del cheque*”. Si restamos la cantidad que la Audiencia considera pagada por el comitente de la cuantía, fijada por la Audiencia, del crédito del contratista (2.333.952,24 €) el resultado es de 285.655,75 € y la Audiencia no podía haber condenado al comitente a pagar una cantidad superior (según el art. 1597 CC el subcontratista no tiene acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que éste adeuda a aquél cuando se le hace la reclamación), pero condena a esta cantidad superior porque es la que el comitente reconoció, en la contestación a la demanda, deber al contratista y la que fue fijada en el concurso de acreedores del contratista, declarado después de la interposición de la demanda ejercitando al acción directa. La Audiencia, como se reconoció en el recurso de infracción procesal, que se interpuso junto con el de casación, incurrió en un error en la valoración de la prueba, pues de los 25 pagarés entregados sólo consta que fueron cedidos cuatro, mientras que 17 fueron cobrados por el contratista y no quedó constancia de quien presentó al cobro los otros cuatro (sólo quedó constancia de que fueron “compensados” a distintas entidades financieras), lo cual no afecta a que pudiera suscitarse, en relación

con los cuatro que fueron cedidos, la cuestión litigiosa que es el objeto central del presente comentario.

4. Los motivos de casación alegados

El recurso de casación, interpuesto por el subcontratista, alega, como primer motivo, infracción del art. 1170, párr. 2º CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el art. 1597 CC. El recurrente desarrolla el motivo argumentando que la entrega de pagarés, por el comitente, al contratista, en fecha anterior al ejercicio extrajudicial de la acción directa, pero con vencimiento posterior, no extingue la obligación de pago (en el sentido de que no queda pagada la deuda del dueño de la obra frente al contratista, como se aclara a continuación). Como consecuencia de ello, el importe de tales pagarés no puede considerarse pagado por el comitente al contratista a efectos de reducir el crédito que este tuviera contra aquél, puesto que conforme al art. 1170 del Código Civil la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles no equivale al pago. El recurrente no plantea la cuestión, objeto central de este comentario (si la cesión del crédito del contratista contra el dueño de la obra impide o no el ejercicio de la acción directa), sino otra cuestión distinta: si la entrega, antes del ejercicio de la acción directa, por el dueño de la obra al contratista de efectos mercantiles, para pagar el crédito que el contratista tiene frente a él, se puede considerar un pago de dicho crédito con la consiguiente disminución de su cuantía y en consecuencia de la cuantía que, en ejercicio de la acción directa, el subcontratista puede reclamar al dueño de la obra. Sin embargo, el TS sí se plantea, además de la que se plantea el subcontratista recurrente, la cuestión central, pues algunos de los pagarés fueron negociados (cedidos) por el contratista. Así, el enunciado del FD noveno dice: *Valoración de la Sala (del primer motivo del recurso). La entrega de efectos cambiarios por el dueño de la obra o comitente al contratista. La cesión de créditos y su trascendencia en la aplicación del art. 1597 del Código Civil.*

5. Doctrina del Tribunal Supremo

- 5.1. *La cesión del crédito del contratista contra el dueño de la obra a un tercero, anterior al ejercicio de la acción directa, no impide dicho ejercicio*

La Sentencia 216/2014 expone que *esta cuestión ha sido tratada por esta sala en anteriores sentencias. La línea predominante en ellas...sostiene que el carácter excepcional de la previsión legal contenida en el art. 1597 del Código Civil, y la posición pri-*

vilegiada que de la misma resulta para los subcontratistas...introducen una especialidad en el régimen de la cesión de créditos cuando estos procedan de un contrato de obra. Ello hace inoponible frente al subcontratista la cesión a un tercero, por parte del contratista, del crédito que este tenía frente al comitente...en tanto no se haya producido el efectivo pago del mismo. La sala, de forma mayoritaria, considera pertinente mantener esta doctrina jurisprudencial.

El fundamento principal del fallo es que, de negar en estos casos la acción directa, esta quedaría desactivada, pues bastaría con que el contratista cediera su crédito contra el comitente para que el subcontratista no pudiera ejercerla (constata la sentencia la habitualidad de la cesión de créditos por el contratista para conseguir financiación). La sentencia refuerza su postura al considerar que el subcontratista, por lo general, tiene una posición contractual más débil que la del comitente y la del contratista a la hora de exigir garantías y, por tanto (la conclusión es nuestra), no ha de verse privado de esta garantía legal, probablemente la única a su alcance, mediante el expediente, ajeno a su esfera de actuación, de ceder el contratista su crédito contra el comitente. En el CC no queda tan claro como queda en el art. 1798 del *Code* (legitima activamente sólo a los obreros) que la finalidad de la acción directa es proteger a los más necesitados, pues amplía la legitimación activa a los que ponen su trabajo que no sean obreros y a los que suministran materiales y la jurisprudencia, a partir de la STS 29 junio 1936 (RJ 1836, 1491), también considera legitimado al subcontratista. Se puede añadir (el añadido es nuestro) que ha de prevalecer el interés del subcontratista sobre los intereses del comitente y del cesionario. El comitente puede verse obligado a pagar dos veces: si ya ha pagado al cesionario, tendrá que volver pagar al subcontratista; si todavía no le ha pagado y paga primero al subcontratista, pero la cesión del crédito ha operado a través de la cesión de efectos, tendrá que pagarlos cuando se los reclame el tenedor. Entonces, tendrá que ejercitar una acción de enriquecimiento injusto contra el contratista (ha obtenido el precio por la venta del crédito y ha visto que su deuda frente al subcontratista desaparecía al ejercitar esta acción directa). El cesionario, si no cobra del deudor cedido (comitente), tendrá que iniciar un procedimiento contra el cedente (contratista) para recuperar el precio pagado por el crédito adquirido.

La sentencia también ha de pronunciarse sobre los 17 pagarés entregados, antes del ejercicio de la acción directa, por el comitente al contratista (no descontados), pagados a este después de dicho ejercicio y se pronuncia en el sentido de que la entrega no equivale al pago, por lo que su pago posterior al ejercicio de la acción directa es inoponible al subcontratista. Esta cuestión tampoco es objeto del presente comentario, aunque la mencionaremos al analizar la jurisprudencia sobre la cuestión que sí es objeto del presente comentario.

En consecuencia, el TS casa la sentencia de la Audiencia, desestima el recurso de apelación y queda firme la sentencia de Primera Instancia. La casa-

ción de la sentencia de la Audiencia se debe, en su mayor parte cuantitativa, a lo expuesto en el párrafo anterior. Respecto a los cuatro pagarés cedidos por el contratista a terceros, se debe a la inoponibilidad, frente al subcontratista, de la cesión anterior al ejercicio de la acción directa. Respecto de los otros cuatro pagarés, que no consta quien los presentó al cobro, también procede la casación de la sentencia recurrida, pues nos hemos de encontrar ante uno de los dos supuestos anteriores.

5.2. *Qué sucede si el comitente ya ha pagado al cesionario*

Nos referimos al pago posterior al ejercicio de la acción. Si el pago es anterior no hay duda de que no procede la acción directa, pues es como si el comitente ya hubiera pagado al contratista y la acción directa sólo se da en al cuantía que el comitente debe al contratista en el momento de hacer la reclamación. Por eso la Sentencia 216/2014, después de sentar la doctrina de la inoponibilidad de la cesión del crédito frente al subcontratista, precisa, *en tanto no se haya producido el efectivo pago del mismo*. No se refiere al pago posterior al ejercicio de la acción directa, sino al anterior, pues en el caso de la sentencia el pago de los créditos cedidos había sido posterior al ejercicio extrajudicial de la acción directa y la sentencia condena al comitente también al pago de la cantidad representada por los pagarés cedidos.

Cuando, después del ejercicio extrajudicial de la acción directa, el comitente paga al cesionario se plantea si el subcontratista ha de demandar al comitente, que ya ha pagado, o al cesionario, que ya ha cobrado. Pensamos que ha de demandar al primero. Aparte de la dificultad de fundamentar en el art. 1597 la legitimación pasiva del cesionario, este es una persona totalmente ajena al contrato de obra y quien se ha enriquecido con el trabajo del subcontratista es el comitente y no el cesionario. La Sentencia 216/2014, que comentamos, y la de 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 396), que analizaremos, estiman la acción dirigida contra el comitente que ya ha pagado al cesionario sin plantearse si el demandado hubiera de haber sido el cesionario. La STS 26 octubre 2012 (RJ 2012, 10137), que también considera inoponible al subcontratista la cesión del crédito, dice que el derecho del subcontratista basado en el 1597 *permanece incólume y puede dirigirlo contra el cesionario o contra el dueño de la obra si –como en el caso presente– no ha pagado al anterior*. La afirmación de que la acción directa puede dirigirse contra el cesionario si el comitente ya le ha pagado es un *obiter dictum*, pues, en el caso concreto, el comitente había consignado la cantidad debida al contratista y fue el cesionario quien primero interpuso demanda (contra el comitente, el contratista y el subcontratista) solicitando que se declarase su mejor derecho a cobrar sobre la cantidad consignada y, posteriormente, el subcontratista, interpuso demanda ejercitando la acción directa contra el comitente y una acción declarativa de su mejor derecho al cobro frente al cesionario

5.3. *La jurisprudencia, anterior a la Sentencia 216/2014, favorable a la inoponibilidad de la cesión*

La Sentencia 216/2014 mantiene que la postura que adopta (inoponibilidad, frente al subcontratista, de la cesión del crédito) constituye, hasta la fecha, la línea predominante del TS y cita, como favorables a esta línea, las SS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 10137), 27 junio 2002 (RJ 2002, 5896), 1 diciembre 2003 (RJ 2004, 93), 4 noviembre 2008 (RJ 2008, 6928) (que cita la de 7 octubre 2008, RJ 2008, 5675), 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 396), 26 octubre 2012 (RJ 2012, 10137) y 25 abril 2013 (RJ 2013, 4942). El voto particular de la Sentencia 216/2014 cita la de 28 enero de 1998 (RJ 1998, 119), pero como que relaciona la acción directa, como la de 11 noviembre 1992, con la creación de títulos cambiarios, pero no con la cesión del crédito en ellos consignado. También se ha citado la S 6 junio 2000 (RJ 2000, 4402). De las sentencias anteriores sólo abordan la cuestión las de 4 noviembre 2008, 20 noviembre 2009 y 26 octubre 2012.

Las SS de 11 diciembre 1992, 28 de enero de 1998 y 25 abril 2013 plantean la cuestión de si la aceptación de letras de cambio por el comitente a favor del contratista, o la entrega de pagarés, anterior al ejercicio de la acción directa, pero de vencimiento posterior, supone un pago del comitente al contratista, con la consecuencia de que en la cuantía de los efectos, no cabrá la acción directa, pues el comitente ya no la debe al contratista. No consta que el contratista descontase los efectos. Las tres sentencias responden negativamente, pues, según el art. 1170 CC, la entrega de efectos por el deudor no equivale al pago y si se pagan los efectos tras el ejercicio de la acción directa, este pago no tiene virtualidad frente al subcontratista. La STS 10 marzo 2005 (RJ 2005, 2225) decide en sentido contrario a las anteriores. Había dos subcontratistas sucesivos y el último interpone la acción directa contra el comitente, el contratista y el primer subcontratista. El contratista había aceptado, antes del ejercicio de la acción directa por el último subcontratista, unas letras para pagar su deuda con el primer subcontratista, pero de vencimiento posterior a dicho ejercicio. El contratista paga las letras a su vencimiento. El TS entiende que *el contratista ha aceptado varias cambiales en favor de la indicada subcontratista (la primera) para el pago de certificaciones de obra, y ésta las descontó..., de manera que, mediante una operación de descuento cambiario, (la subcontratista primera) cobró su crédito y, en consecuencia no era acreedora de la contratista*. El razonamiento es erróneo porque la subcontratista primera no cobró el crédito al descontar las letras, antes del ejercicio de la acción directa, sino que cobró el precio de la venta del crédito.

Las SS 6 junio 2000, 27 junio 2002, 1 diciembre 2003 tampoco se plantean la cuestión que estudiamos. En las dos últimas ni se ejercita la acción directa (en la de 2002 se ejercita la acción revocatoria solicitando la ineficacia de la cesión de un crédito realizada por el deudor; en la de 2003 el supuesto cesionario de un crédito demanda al deudor cedido, demanda que le es desestimada por no quedar probada la cesión). En la de 2000 se ejercita la acción directa,

pero lo que se plantea es si la deuda del comitente a favor del contratista se ha extinguido por compensación, pues el comitente era acreedor del contratista en virtud de la adquisición de un crédito contra él. No vemos ningún motivo para citar la S de 2003 entre las favorables a la postura que consagra la Sentencia 216/2014. Las SS 6 junio 2000 y 27 junio 2002 se pueden citar (sobre todo la de 2000) en cuanto que sostienen un argumento que, aplicado a la cuestión que estudiamos, llega a la solución propugnada por la Sentencia 216/2014. La S de 2000 argumenta: *la protección del art. 1597...se vería burlada si se permitiera la interferencia de terceros en la cadena directa de contrata y subcontratas para, con base en presuntos derechos anteriores de un tercero frente a uno de los elementos de la cadena, eximirse el sujeto que representa un eslabón anterior, efecto que es el buscado aquí por la recurrente al decirse titular de un crédito contra (la contratista) en virtud de cesión gratuita por un acreedor anterior de ésta.* La cesión del crédito, además de gratuita, había sido realizada por otra empresa perteneciente al mismo grupo que la empresa comitente. Aplicando el anterior argumento a la cuestión que estudiamos, resulta: *la protección del art. 1597 se vería burlada si se permitiera la interferencia de terceros (el cesionario del crédito) en la cadena directa de contrata y subcontratas para con base en presuntos derechos anteriores de un tercero (el cesionario) frente a uno de los elementos de la cadena (el comitente) eximirse el sujeto (comitente) que representa un eslabón anterior.* Lo decisivo no es la intervención de terceros. Si el contratista condona al comitente su deuda no interviene ningún tercero, pero esta condonación es inoponible al subcontratista. Lo decisivo es que no quede desvirtuada la protección del 1597, desvirtuación que puede operar con intervención o no de terceros. La S de 2002, que estima la ineficacia de la cesión, razona que *la finalidad perseguida mediante semejante operación no era otra que secuestrar a favor de la cesionaria la cantidad a percibir (del deudor del crédito cedido)... eludiéndose así por completo las reglas sobre preferencia de créditos, interfiriendo el embargo de dicha cantidad a instancia de otros acreedores legítimos y, en suma, adelantándose arbitrariamente a favor de un solo acreedor (se había cedido el crédito a una entidad bancaria para pago de los saldos deudores del cedente derivados de las operaciones con dicha entidad) lo que en su caso habría de ser resuelto judicialmente en una tercería de mejor derecho.* Aplicando tal razonamiento a la cuestión que estudiamos, y prescindiendo de juicios de intenciones, resulta: *la consecuencia de semejante operación (cesión del crédito del contratista) no es otra que secuestrar a favor de la cesionaria la cantidad a percibir del comitente eludiéndose por completo la regla sobre preferencia de créditos que establece el art. 1597 a favor del crédito del subcontratista contra el contratista para cobrarse sobre el crédito del contratista contra el comitente, una vez ejercitada la acción directa.*

La STS 7 octubre 2008 tampoco se plantea la cuestión que estudiamos. El contratista cedía sus créditos contra el comitente a una sociedad de *factoring*. El comitente, ante las reclamaciones de varios subcontratistas y de la sociedad *factoring*, consigna en el juzgado la cantidad debida al contratista. Uno de los subcontratistas demanda al comitente alegando que este, ejercitada extrajudi-

cialmente la acción directa, no podía pagar a ningún otro ni consignar porque el precepto evita toda concurrencia de acreedores, dota al que lo ejercita de un mejor derecho. El TS desestima, con razón, la pretensión del subcontratista y razona que *tal privilegio no lo establece el precepto, sólo se limita a la concesión a los que ponen su trabajo y materiales en la obra... de una acción directa contra el comitente, y no aparece como una excepción a lo dispuesto en el art. 1925 CC, que dice que no gozarán de preferencia los créditos de cualquier clase, o por cualquiera otro título "no comprendidos en los artículos anteriores"*. No entraremos en si el 1597 concede un privilegio al subcontratista para cobrarse sobre el crédito del contratista contra el dueño de la obra, pero al TS, para rebatir el argumento del subcontratista, no le hacía falta decir que no concede ningún privilegio, pues, aunque lo conceda, tal privilegio no excluye que otras personas puedan tener derechos sobre el crédito del contratista y en este caso, procede, como hizo el comitente, consignar la cantidad debida y que litiguen entre ellos los que pretendan derechos sobre la misma.

La primera sentencia del TS que hemos encontrado que se plantea la cuestión que estudiamos, aunque *obiter dictum*, es la de 4 noviembre 2008 y la resuelve a favor de la inoponibilidad, frente al subcontratista, de la cesión del crédito. Los hechos que originan el litigio son los mismos que los de la Sentencia 7 octubre 2008. Pero en este supuesto es la sociedad de *factoring*, cesionaria del crédito, quien demanda al comitente, deudor cedido, el pago del crédito, después de que el comitente consignara su cuantía en el juzgado. Lógicamente el TS considera que procede la desestimación de la demanda, pues la actuación del comitente, consignando, fue correcta. La sociedad de *factoring* tenía que haber demandado a los subcontratistas que pretendían tener derecho al cobro de la cantidad consignada, para que el juez decidiese. La sociedad de *factoring* plantea en su recurso de casación la cuestión que estudiamos, sosteniendo, claro está, que el comitente debe pagar al cesionario del crédito y no al subcontratista. El TS contesta: *este motivo... descubre lo que subyace en el litigio, que... es... si una cesión de créditos puede alterar las reglas de la preferencia crediticia... en beneficio exclusivo del cesionario... Que la cesión de créditos... puede constituir "una mala práctica bancaria orientada a situarse al margen y por encima del sistema legal de concurrencia y prelación de créditos" se apuntó por esta Sala en su sentencia de 27 de junio de 2002... y vistas las circunstancias del caso examinado... procede reiterarlo ahora. De ninguna de las dos normas citadas en el motivo (art. 1526 en relación con el 1255 CC) se desprende que proceda tal alteración... los terceros ajenos a la cesión no podrán resultar perjudicados por una relación jurídica a la que son ajenos...*

La primera sentencia para la que la afirmación de la inoponibilidad del crédito frente al subcontratista constituye la *ratio decidendi* es la de 20 noviembre 2009, si bien precisa que la inoponibilidad no se da frente a toda cesión. Considera que en este caso no estamos ante una cesión propiamente dicha, sino ante una cesión para gestionar el cobro del crédito y parece decir que si hubiésemos estado ante una verdadera cesión, esta sería oponible al subcon-

tratista. El comitente había entregado al contratista unos pagarés para el pago de su deuda (también se plantea si la entrega de los pagarés equivale al pago, lo cual resuelve la sentencia en el sentido de las SSTs 11 noviembre 1992 y 29 enero 1998), alguno de los cuales este descontó en bancos, produciéndose así la cesión del crédito del contratista. El TS considera que *la cantidad adeudada por el comitente al contratista comprende... también la (cantidad) representada por los (pagarés) que este último (contratista) hubiera entregado a entidades de crédito pero quedando latente la posibilidad de retorno al contratista para que éste reclame el pago de su importe al comitente. En definitiva, será la naturaleza del contrato entre contratista y entidades de crédito lo que determine la solución aplicable al caso.* Luego explica la razón de esta solución: *El anterior criterio es el que mejor permite conjugar la protección excepcional de los subcontratistas por el art. 1597 CC con el párrafo segundo del art. 1170... y con el régimen de la cesión de créditos..., pues si en cualquier caso... se entendiera que el comitente ya no adeuda nada al contratista sino a las entidades receptora de los efectos, entonces la protección del subcontratista por el art. 1597 sería ilusoria en la mayoría de los casos y, sobre todo, se sometería al subcontratista a la suerte de otro contrato al que también fue totalmente ajeno, al celebrado entre el contratista y las entidades bancarias, pudiendo sólo recuperar (el subcontratista) de un modo poco explicable jurídicamente, en caso de devolución de los efectos por el Banco al contratista tras su impago por el comitente, una acción (la acción directa) que en puridad ya se habría extinguido anteriormente, en el momento de entrega de los efectos al Banco con anticipo de su importe.* Nos resulta confusa esta explicación. La primera parte del párrafo defiende la inoponibilidad de la cesión (la protección del subcontratista sería ilusoria), pero la segunda parte parece defender la oponibilidad (en puridad la acción directa se habría extinguido, pues el comitente no debe al contratista, sino al banco, y es poco explicable jurídicamente que, después, el subcontratista la recupere). Tal párrafo hubiera quedado más claro si hubiera dicho: *si en cualquier caso se considera oponible la cesión de los efectos al subcontratista, la protección del subcontratista devendría ilusoria, pero tampoco se puede considerar inoponible siempre, en concreto, cuando no queda latente la posibilidad de retorno al contratista para que éste reclame el pago de los efectos al comitente, pues en estos casos no se puede explicar jurídicamente la recuperación de la acción directa.* Nuestra valoración final sobre la postura de esta sentencia es que, en la práctica, es favorable a la inoponibilidad de la cesión, frente al subcontratista. En teoría habría que decir que en unos casos es favorable y en otros casos es contraria, dependiendo del tipo de cesión. Pero entendemos que siempre que el contratista recibe un anticipo a cambio de los efectos, estamos ante una verdadera cesión del crédito a cobrarlos y, empleando la terminología de la sentencia, queda latente la posibilidad de retorno al contratista para que éste reclame el pago de su importe al comitente. Es raro que el banco descontante pacte que, si no le pagan los efectos, no puede repetir contra el descontatario. No estamos ante una mera cesión para gestionar el cobro, pues si fuera así, el banco no anticiparía al descontatario el importe de los efectos, sino que sólo le cobraría una comisión de cobro.

La STS 26 octubre 2012 falla claramente y, sin las dudas de la S 20 noviembre 2009, a favor de la inoponibilidad de la cesión del crédito. El comitente, ante las reclamaciones del cesionario del crédito y del subcontratista, consignó la cantidad adeudada al contratista. El cesionario demanda al comitente, contratista y subcontratista solicitando que se declare su mejor derecho a cobrar sobre la cantidad consignada y se le entregue, con cargo a dicha consignación, la cantidad a la que asciende el crédito adquirido. Posteriormente el subcontratista demanda al comitente (ejercitando la acción directa) y al cesionario (solicitando que se declare la preferencia de su derecho sobre el del cesionario). Se produce una acumulación de autos. El TS estima la demanda del subcontratista y desestima la del cesionario. Razona que *la cesión de créditos u otras fórmulas en las que desaparece el sujeto inicial al que dirigir la acción directa... no elimina esta acción. Aquel sujeto podría burlar el ejercicio de la misma simplemente cediendo su crédito a un tercero, lo que no permite el ordenamiento basado en el principio de la buena fe y, en concreto, la normativa sobre la prelación de créditos* (cita las SS de 4 noviembre 2008 y 20 noviembre 2009) *...Este* (el derecho otorgado por el art. 1597 al subcontratista) *permanece incólume y puede dirigirlo contra el cesionario o contra el dueño de la obra si –como en el caso presente– no ha pagado el anterior.*

5.4. *La jurisprudencia, anterior a la Sentencia 216/2014, contraria a la inoponibilidad de la cesión*

La STS 25 febrero 2014 (RJ 2014,1404) desestima la acción directa en un supuesto en que había habido una cesión, anterior al ejercicio de la acción directa, del crédito del contratista. El TS razona: *al tiempo de ejercitarse la acción directa, el crédito de la contratista frente al dueño de la obra había sido cedido a un banco... y esta cesión había sido comunicada al dueño de la obra... En este contexto es posible concluir que cuando se pretendió ejercitar la acción directa... éste* (el contratista) *ya no tenía crédito frente al dueño o comitente de la obra, por lo que faltaría uno de los requisitos esenciales del art. 1597 CC.* El fallo de esta sentencia se fundamenta en una argumentación de lógica jurídica formal, prescindiendo del análisis de los intereses en juego: con la cesión del crédito el contratista deja de ser acreedor del comitente, por lo que desaparece uno de los presupuestos de la acción directa.

El voto particular de la Sentencia 216/2014 16 se pronuncia en el mismo sentido: *no consta que* (el comitente) *deba a* (el contratista) *lo que en la demanda se le reclama, de manera que... falta uno de los requisitos necesarios para el éxito de la acción directa... nos referidos ahora a la cesión del crédito implícita en el descuento de los pagarés firmados por* (comitente), *entregados a* (contratista) *y transmitidos por ella a la entidad de crédito descontante... Con toda claridad el artículo 1597 condiciona el éxito de la acción directa contra el dueño de la obra a que sea deudor del contratista... El descuento implica la cesión al banco del crédito de su cliente....* El voto particular sí añade una consideración sobre los intereses en juego: *manifestamos... sus con-*

secuencias económicas... sean negativas. Se ha dicho que, para los bancos, el descuento constituye una operación... lucrativa..., pero, también que para el titular del crédito significa el instrumento para obtener el importe del mismo sin esperar al vencimiento, fomentado así las operaciones comerciales –tan necesitadas de financiación–. Sin duda la doctrina que inspira la sentencia 216/2014 trata de favorecer a quienes ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista. Lo que dudamos es que, vista la cuestión desde la perspectiva de sus repercusiones previsibles, lo consiga.

El voto particular también cita, como favorable a la oponibilidad de la cesión, aparte de la S 25 febrero 2014, acabada de analizar, la 650/2013, de 6 noviembre (cita la 65/2013, pero debe de ser un error, pues esta no tiene nada que ver con la cuestión). El supuesto de la S 650/2013 no versa sobre la acción directa, sino sobre si la cesión de un crédito se ve afectada por la posterior suspensión de pagos del cedente. El TS sienta que había habido una verdadera cesión del crédito, verdadera cesión que también se da cuando, como es el caso, el titular del crédito lo cede para pago de las obligaciones que pudiera tener con el cesionario derivadas de un crédito que este concedió a aquel. En consecuencia, el TS considera correcta la autorización concedida al cesionario, por parte del juzgado que tramitaba la suspensión de pagos, a cobrar el crédito cedido y desestima la demanda en que se pretende la restitución a la masa de la cantidad cobrada por el cesionario. Esta sentencia se puede citar a favor de la oponibilidad de la cesión del crédito, pues se puede aplicar su argumentación a la cuestión que estudiamos. De la misma manera que la cesión del crédito operada antes de la suspensión de pagos del cedente no impide al cesionario su cobro, la cesión de crédito del contratista operada antes del ejercicio de la acción directa no impide al cesionario su cobro.

La doctrina, no sólo española (ÁNGEL YAGÜEZ, p. 106; PASQUAU LIAÑO, p. 92; RODRÍGUEZ MORATA, p. 178), sino también francesa (MARCADÉ, p. 543; PLANIOL-RIPERT, p. 217) e italiana (RUBINO, p. 377) se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la oponibilidad, frente al subcontratista, de la cesión del crédito.

5.5. Conclusión

Estamos ante un conflicto de intereses de difícil solución o, mejor dicho, un conflicto de medios para defender los intereses del subcontratista. Es indudable que la inoponibilidad de la cesión defiende los intereses del subcontratista. Pero, ¿qué pasará si las entidades financieras no descuentan a los contratistas los créditos contra el comitente ante el riesgo de que el deudor cedido no les pague, por haber ejercitado el subcontratista la acción directa? Que el contratista no obtendrá financiación, lo cual no sólo perjudicará, aparte de al contratista, al banco (disminuye su negocio), sino también al mismo subcontratista, pues el contratista no tendrá efectivo para pagarle. Quizás sería aconsejable la introducción de una norma legal para aclarar la situación, pero

tal introducción, de ser favorable a la inoponibilidad del crédito, no resolvería el problema que hemos planteado. Una solución podría consistir en que el comitente tuviera que pagar directamente al subcontratista lo que el contratista debe a este, de forma que, por esta cantidad, no habría un crédito del contratista contra el comitente. Tampoco del subcontratista contra el contratista (o mejor, si lo tendría, pero sólo exigible si el dueño de la obra no paga el subcontratista). Esto haría innecesaria la acción directa. El contratista tendría un crédito contra el comitente sólo por la cuantía que excede a la cuantía del crédito del subcontratista y es este crédito el que el contratista podrá descontar y, así, obtener financiación. Obtendrá una financiación menor, pero también sus necesidades de caja serán menores, pues no tendrá que pagar al subcontratista ya que éste cobrará directamente el comitente. Esta solución supondría una excepción más amplia al principio de la relatividad contractual que la que considera actualmente el art. 1597 CC. Reconocemos que es una solución teórica, necesitada de revisión por los operadores empresariales y jurídicos de los contratos de obra y subcontratos y que puede ser de imposible aplicación práctica cuando hay una cadena de subcontratistas.

6. Bibliografía utilizada

- ÁNGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, Madrid, 1969.
- MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. VI, Cotillon, París, 1852.
- PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Editorial General de Derecho, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992.
- RUBINO, *Dell'Appalto: art. 1655-1677 en Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1973.