

Acción directa y pagos directos en la subcontratación de obras públicas

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

La vigente Ley de Contratos del Sector Público no ha recuperado para el subcontratista la acción directa que éste perdió en las reformas del 2011. Pero, presionado por la Directiva 2014/24/UE, ha creado una especie de acción directa rebajada en la disposición adicional 51.^ª. El texto es deliberadamente oscuro; se propone aquí una interpretación que no lo prive de valor.

1. La desaparición de la acción directa en la contratación administrativa

La acción directa del subcontratista contra la Administración comitente del contrato de obras ya había sido suprimida de la legislación de contratos públicos con la Ley 24/2011 y luego en el texto refundido del 2011, en su artículo 227.8. Esta exclusión es repetida hoy por el artículo 215.4 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) del 2017. La jurisprudencia civil ha venido siempre reconociendo la procedencia de esta acción en subcontratos generados en expedientes de contratación anteriores a aquellas fechas (*cf.* STS 2015\2014), y esta procedencia ha sido mantenida incluso en fechas muy recientes (STS 633\2017). Nada habría cambiado con la ley del 2017, pues, si no fuera por la nueva regulación de «pagos directos» al subcontratista que se contiene en la disposición adicional 51.^ª de la ley vigente, y que será el objeto de este comentario.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

No existe una razón clara para la supresión de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil (CC). Si se trata de no turbar a la Administración y al servicio público con disputas generadas en la cadena de contratación, veremos que esta inmunidad puede ser sacudida por otros mecanismos. La continuidad y normalidad del decurso de la obra pública puede ser alterada por reclamaciones del subcontratista al margen de la acción directa. Sin más, y yendo al extremo de lo posible, el subcontratista puede provocar el concurso del contratista, conduciendo de esta forma a una situación en la que la Administración ha de resolver el contrato (art. 211.1b) y renunciar con ello al normal desenvolvimiento del servicio u obra públicos. Además, es patente que, si el contratista no paga al subcontratista, de cualquier modo el curso de las obras acabará sufriendo suspensiones y finalmente colapsará, aunque el subcontratista no cuente con una acción directa, porque además la Administración *tampoco tiene acción directa* contra el subcontratista para imponerle la continuidad de la obra en tales contingencias. Además, no me parece que el legislador sectorial deba convertirse en árbitro de partes privadas y pretenda reforzar de esta forma la estabilidad financiera del contratista a costa del justo derecho de la otra parte. Tampoco le quedaría a la Administración la justificación de que si la acción directa «vuela por encima del concurso» del contratista, la comitente no podría oponer en este concurso la compensación de su débito con los créditos por daños resolutorios causados por el contratista; porque la Administración puede oponer siempre al titular de la acción directa las excepciones que deriven subjetiva y objetivamente del mismo contrato de obras del que nace su obligación de pago del precio.

2. El régimen armonizado de pagos directos potestativos

Una «dulcificación» del régimen de pagos a subcontratistas venía alentada, pero no impuesta, por lo establecido en la Directiva 2014/24/UE. En su considerando 78 se dice que los Estados miembros «deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas» y en el artículo 71.3 se prevé que los Estados miembros podrán disponer que el poder adjudicador «transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden» y que las disposiciones nacionales «podrán» incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los «pagos indebidos».

3. El embargo del crédito del contratista

Con independencia de lo dispuesto en la disposición adicional 1.^ª de la ley, el subcontratista puede siempre proceder, dándose las condiciones procesales oportunas, al embargo ejecutivo (art. 551.3.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—) o cautelar (art. 727.1.º LEC) del crédito del contratista contra la Administración, produciéndose de esta forma la retención del crédito del contratista en poder de la Administración (art. 621.3 LEC). El embargo funciona como una cesión limitada del crédito, y su oponibilidad a la Administración ha de seguir las mismas reglas que para la cesión dispone el artículo 200 de la Ley de Contratos del Sector Público y alcanzar también derechos de cobro futuros en los términos del

artículo 200.5. Desde luego, esto será así si se realiza la vía de apremio y se adjudica el crédito o parte de él al subcontratista. El embargo de los derechos de cobro apenas se diferencia de la acción directa por lo que respecta a la Administración comitente. Es cierto que el embargo no concede al crédito subcontratista una «preferencia» como la que le procura la acción directa, pero esto es un problema del embargante con terceros, aunque es verdad que la supresión de la acción directa desplaza el conflicto entre acreedores contendientes a sede judicial (tercería de mejor derecho) y no carga sobre la Administración el dilema de dilucidar disputas de preferencias privadas con el riesgo de pagar indebidamente. También es cierto que el embargo no permite al subcontratista, frente a la acción directa (hoy con el límite del art. 50.3 de la Ley Concursal o LCon), eludir el concurso del contratista. Pero esto último es algo que sólo indirectamente puede afectar positiva o negativamente a la Administración.

4. La disposición adicional 51.^ª de la Ley de Contratos del Sector Público

Procedamos ahora el análisis de la disposición adicional 51.^ª de la Ley de Contratos del Sector Público. Dejamos fuera de nuestra consideración el estudio de los artículos 215 a 217, que determinan las condiciones de eficacia de una subcontratación y diversas medidas de protección *ex ante* establecidas para fortalecer la posición contractual de los subcontratistas. A nuestros efectos, el examen comienza cuando, siempre que de conformidad con el artículo 215 proceda la contratación, la Administración «prevé» en los pliegos la posibilidad de que se efectúen pagos directos a los subcontratistas. Como esta previsión es potestativa («podrá prever»), el subcontratista no tiene un derecho adquirido a tales pagos. No existen criterios objetivos de contraste que puedan hacer disminuir esta discrecionalidad técnica, que no podrá ser controlada por los tribunales. En todo caso, como esta «garantía» estaría excluida con anticipación si no figurara en el pliego, será incumbencia del subcontratista ajustar el precio o buscarse otras garantías a cargo del contratista.

El apartado 5 prevé un desarrollo reglamentario de la norma. Entre esto y la amplia discrecionalidad de los pliegos, es poco lo que queda de regulación reservada a la ley.

A partir de aquí comienzan los problemas interpretativos de una norma que se ha redactado con desmaño y sin cuidado, como si se quisieran dejar en la penumbra más negra las condiciones a las que la Administración quedará obligada con el subcontratista.

5. La «conformidad»

Según el apartado 2, el subcontratista que «cuenta con la conformidad» para percibir pagos directos, podrá ceder su derecho conforme al artículo 200. Para empezar, es claro que podrá cederlos aun fuera de los límites de dicho artículo y de la disposición adicional 51.^ª. Puede ceder derechos de cobro antes de haber alcanzado la deseada «conformidad» y tendremos una ordinaria *emptio spei* que es válida y endosa el riesgo al cesionario si otra cosa no se acuerda,

pero que para la Administración (y para el legislador de la Ley de Contratos del Sector Público) es *res inter alios* en la que no tiene aquélla arte ni parte.

¿Quién debe dar su «conformidad»? Suponemos que la Administración ya ha previsto estos pagos directos en el pliego. ¿Ha de autorizar otra vez? Si es así, ¿existirá un procedimiento contradictorio en el que se dará audiencia al contratista? ¿De qué depende la conformidad nueva de la Administración? ¿Y si —como es absolutamente esperable— existe discrepancia entre las dos empresas? ¿Habrá de resolver la Administración esta disputa *a su propio riesgo* (¡si paga al que no debe, estará constreñida a pagar capital e intereses moratorios a quien era el titular del crédito!) o, mejor, deberá sacudirse el riesgo de encima mediante una consignación judicial del artículo 1176 del Código Civil? ¿Podrá la Administración oponer excepciones derivadas de la relación entre contratista y subcontratista?

Si es la Administración quien debiera prestar esta conformidad *prima facie*, la cuestión se resolvería de otro modo que el expuesto. No sería una conformidad en cuanto al fondo, sino una «comprobación» de la regularidad del derecho invocado por el subcontratista desde el exclusivo contraste con la Ley de Contratos del Sector Público y con el pliego. No podría ser de otra forma, porque a la Administración no se le puede entregar un segundo ámbito de discrecionalidad.

Pero el contraste con el apartado 4 parece arrojar luz sobre el problema. Allí se habla de «conformidad del contratista principal» con la factura presentada. Podría tratarse de la única conformidad exigida o de una segunda conformidad. Creemos que la «conformidad» del apartado 2 es la misma que la del apartado 4, y que la labor de la Administración previa a este debate de conformidad es una mera comprobación de la concurrencia de requisitos a la luz de la ley y del pliego. La decisión no es ingenua: desplaza sobre el contratista la carga de invocar excepciones y libera (pero también precluye) a la Administración de escrudiñar sobre tales excepciones.

Por tanto, inducimos que es el contratista el que debe dar su conformidad. Imaginemos que esta controversia entre las empresas se prolonga. La ley nos dice entonces que este retraso no será imputable a la Administración. *A contrario sensu*, si hubiera conformidad y obligación de pago, viene implícito que la Administración responde del retraso frente al subcontratista en los términos ordinarios del régimen de antimorosidad del artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público.

¿Durante cuánto tiempo puede prolongarse la controversia? ¿Hará bien la Administración en quedarse cruzada de brazos y pagar ordinariamente al contratista hasta que el horizonte se despeje? En mi opinión, no. A reserva de lo que se establezca en los pliegos, la «acción directa» de la disposición adicional 51.^a se activa —como la acción directa genuina del artículo 1597 del Código Civil— cuando el subcontratista *reclama* el pago directo. Desde entonces nace el crédito

contra la Administración, siempre que se hayan cumplido además las condiciones objetivas que fundamentan la legitimación del subcontratista. Pero el crédito «directo» sólo es exigible después de haber obtenido la conformidad del contratista. O, en su defecto, una sentencia civil en que demande al contratista y a la Administración como litisconsortes. Cuando se determine que el derecho de cobro pertenece al subcontratista «conforme al pliego», la Administración, empero, no será condenada al pago de los intereses de la Ley 3/2004 o del artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, porque respecto de ella la exigibilidad del crédito estaba condicionada a una conformidad ajena o a una sentencia. Si la contienda se resuelve judicialmente en favor del subcontratista, no se produce una especie de efecto retroactivo de la exigibilidad que deje a la Administración en mora desde el inicio de la reclamación. Ésa es la sustancia más enjundiosa de esta norma.

Lo mismo ocurrirá si definitivamente el contratista niega su conformidad. La Administración no puede contradecir esta falta de conformidad ni puede aducir pruebas o argumentos que inclinen la balanza en favor del subcontratista porque la ley ha querido que la Administración no sea árbitro de la conformidad, librándose de esta forma del riesgo de hacer pagos indebidos.

6. ¿Inmovilización del crédito tras la reclamación?

Ahora bien, a pesar de que el crédito del subcontratista (sin «conformidad») no genera intereses moratorios contra la Administración, sostengo que, si en el pliego están previstos estos pagos —y siempre en los términos de este pliego—, el subcontratista *inmoviliza* el crédito desde la *reclamación extrajudicial* en la que la Administración es litisconsorte. Desde este momento, si la Administración paga al contratista y paga a quien (finalmente se resuelve que) no debe, tendrá que estar a las resultas de un nuevo pago. Esto es un «resto» de la acción directa, cuya sobrevivencia propongo, porque de otra manera el subcontratista estará expuesto a conductas estratégicas de la Administración y del contratista, frente a las que sólo podría reaccionar mediante la obtención de una medida judicial cautelar de retención del crédito.

Por tanto, desde la reclamación no pagará la Administración al contratista, aunque éste no dé conformidad a la pretensión del subcontratista. Pero ¿cuánto puede dilatarse esta situación interina? Lo mismo que cuando existía acción directa: cuando el subcontratista obtenga una sentencia favorable en un pleito civil en que demande como litisconsortes al contratista y a la Administración.

Pero todo esto bien puede ser de otra manera. Imaginemos que del pliego resulta con claridad que ciertos pagos han de hacerse al subcontratista porque se le atribuye ya inicialmente el crédito por estos pagos, aunque sea sujeto a la «conformidad» de la otra parte. El crédito «conforme» ha nacido desde el momento en que se hubiera devengado el derecho al cobro según el artículo 198 de la Ley de Contratos del Sector Público, no (después) con la reclamación directa.

Si el crédito nace de esta manera en cabeza del subcontratista, de nuevo el apartado 4 evitará que la Administración deba intereses moratorios en casos de controversia sobre la conformidad. ¿En qué cambia, pues, la cosa? En un punto importante: si el crédito «contingente» está ya en cabeza del subcontratista «identificado», ningún tercero podrá ganarle preferencia haciendo valer un embargo del crédito del contratista, o una prenda o cesión en garantía de este crédito. Tampoco se duda que la Administración no podrá hacer pagos durante la interinidad nacida de la falta de conformidad. No importa que la ley establezca que los pagos hechos al subcontratista serán «por cuenta del contratista principal», porque esto no impide que los pagos estén retenidos.