

**Informe 23/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Viabilidad jurídica de las propuestas contenidas en la proposición no de Ley núm. 226/2013, sobre subcontratación en obra pública.**

## **I. ANTECEDENTES**

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública se dirige con fecha 20 de junio de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

*«La Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 5 de junio de 2013, con motivo del debate de la Proposición no de Ley núm. 226/13 (publicada en el BOCA nº 55, de 12 de junio), sobre la subcontratación en obra pública, ha acordado lo siguiente:*

*«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a:*

*1.º Que por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el ámbito de sus competencias formule una Recomendación dirigida a los órganos de contratación del sector público de Aragón, que fije los criterios que estime oportunos sobre la aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación derivada de contratos de obra pública, a fin de que aquellos velen por el debido y estricto cumplimiento de la normativa vigente reguladora de los Contratos del Sector Público».*

*En dicha proposición no de Ley se señala además que:*

*«2.º Que, en coordinación con el sector a fin de recabar sus propuestas, haga un estudio a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de seis meses, sobre la viabilidad legal de, al menos, las siguientes cuestiones:*

*a) El establecimiento por los órganos de contratación, como condición especial en relación con la ejecución del contrato, del cumplimiento de las obligaciones legales de pago a los subcontratistas, así como la tipificación del incumplimiento de las mismas como causa de resolución del contrato.*

*b) La inclusión en los contratos del pago directo a las empresas subcontratistas en caso de incumplimiento del contratista principal, en los términos previstos en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, actualmente en tramitación.*

*c) La inclusión como criterio de adjudicación, en los pliegos de condiciones de las obras públicas, del compromiso de pagar a los subcontratistas en el plazo máximo de treinta días, así como la consideración de su incumplimiento como infracción grave.*

*d) La adopción, dentro de los márgenes establecidos por la legislación vigente, de las medidas necesarias en la gestión de la subcontratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón a fin de hacer efectivos los derechos que la misma otorga en los subcontratistas.*

*e) La adopción de las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de los porcentajes legales o contractuales de subcontratación en los contratos de obras.*

*f) La adopción de las medidas necesarias, en los casos en los que el contratista haya integrado o complementado su solvencia con medios externos, para asegurar que los subcontratistas aportados en la fase de solvencia no puedan ser sustituidos por otros en la de ejecución, salvo circunstancias excepcionales sobrevenidas y previa autorización expresa y motivada del ente contratante».*

*Como Departamento al que actualmente corresponden las competencias en materia de contratación pública, a la vista de la proposición no de Ley 226/13, y conforme al artículo 4 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril. Se solicita de esa Junta Consultiva la emisión de una Recomendación dirigida a los órganos de contratación del sector público de Aragón, en el sentido señalado en la mencionada proposición.*

*Además, por este Departamento se considera esa Junta Consultiva es un órgano idóneo para la elaboración del estudio sobre la viabilidad jurídica de las propuestas apuntadas, máxime considerando que a la demandada coordinación con el sector se puede dar respuesta con la presencia en la Junta de dos vocales en representación de los contratistas. Por lo que se solicita la emisión, junto con la Recomendación, de un estudio sobre la viabilidad jurídica de las cuestiones apuntadas en la proposición no de Ley, ex artículo 3.2 de su Decreto de funcionamiento».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de noviembre de 2013, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

## **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para realizar el estudio sobre la viabilidad jurídica de las cuestiones apuntadas en la proposición no de Ley núm. 226/2013, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La Secretaria General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

## **II. La subcontratación. Consideraciones generales. Regulación comunitaria y nacional.**

Con carácter previo, se considera oportuno realizar unas consideraciones de carácter general sobre la materia, que permitan entender el vigente marco normativo y las alternativas prácticas en la gestión de la subcontratación.

La subcontratación en la ejecución de los contratos públicos es una cuestión clave para entender el funcionamiento del mercado y la posición de las PYME en el mismo. En modo alguno es una cuestión que pueda ser considerada «ajena» para la Administración o los distintos entes contratantes, y que, además, se está viendo profundamente afectada por los impactos de la crisis económica en la contratación pública.

En la regulación y desarrollo práctico de esta materia se mezclan tres cuestiones: el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato —y, por ende, el interés público que es causa del mismo—, el derecho del empresario a la subcontratación y los derechos de los empresarios subcontratistas. A ello se debe añadir la tendencia progresiva de todos los sectores a ampliar la utilización de esta figura, como sistema de mejora de la

productividad, de la competitividad y como mecanismo que permite la participación en el mercado público de las pequeñas y medianas empresas.

En este contexto debe interpretarse el marco normativo vigente. En primer lugar, la vigente Directiva 2004/18/CE que indica ya en su Considerando 32 la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos. En concreto, dentro de las normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato, la subcontratación se recoge en el artículo 25. También en el artículo 60, relativo a los contratos de concesión de obra pública, se recogen previsiones sobre la subcontratación de parte de la prestación. Y muy especialmente en el artículo 48.3, al permitir la integración de la solvencia con medios externos.

No puede dejar de señalarse en este punto, dado el avanzado estado de tramitación del nuevo paquete de Directivas en materia de contratación pública, que el pasado mes de julio se publicó el Texto final de compromiso de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública [Documento interinstitucional 2011/0438 (COD)]. A diferencia de la Directiva 2004/18/CE, el Título II de la propuesta dedicado a las «*Normas aplicables a los contratos públicos*» incluye un nuevo Capítulo IV sobre la «*Ejecución de los contratos públicos*» que incluye un precepto dedicado a la subcontratación (artículo 71), con un contenido mucho más ambicioso que el que se recogía en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión el 30 de noviembre de 2012, como más tarde se analizará.

La regulación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública en la regulación nacional española aparece recogida en los artículos 227, 228 y 228 bis del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP); de forma que, cumpliendo los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 227 TRLCSP, podrá el adjudicatario concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo

contrario, o por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario. Además, incorpora la ley los requisitos de la subcontratación, e insiste en que se prevea desde el principio lo que se va a subcontratar y con quién, recogiendo también lo que son obligaciones dimanantes de normas comunitarias en la materia (Directiva 2011/7/CE, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, principalmente). El artículo 228 bis TRLCSP, de reciente incorporación por Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de medidas de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se introduce para permitir un mayor control por parte de las Administraciones Públicas de los pagos que los contratistas adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas. La introducción de esta nueva regulación es fundamental para tratar la cuestión planteada en la letra a), por cuanto viene a modificar el régimen vigente en el momento en que se planteó la proposición no de ley y la solicitud de informe.

Como quiera que la proposición no de ley se centra en la línea de protección de los derechos del subcontratista en la ejecución del contrato, conviene recordar que las distintas relaciones de subcontratación en fase de ejecución no modifican la posición del contratista frente a la Administración —único obligado frente a ella—, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. Así lo precisa con rotundidad el artículo 227.4 TRLCSP (precepto de carácter básico, según determina la disposición final segunda del TRLCSP, y por tanto sobre el que la Comunidad Autónoma no tiene margen dispositivo), de tal manera que la relación entre el contratista y los subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal, y de la relación entre la Administración y el propio contratista. La subcontratación no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse. Igualmente, que tratándose de obras públicas, son de aplicación las limitaciones que establece la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Por lo tanto, cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en la fase de ejecución del contrato, siendo responsable de ésta frente a la Administración únicamente el contratista. Diferente de esta figura es la de la figura de la integración de la solvencia por medios externos introducida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público. El actual artículo 63 TRLCSP recoge esta figura con el siguiente tenor:

*«Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución de un contrato, dispone efectivamente de dichos medios».*

Esta figura fue analizada por esta Junta en su Informe 29/2008, de 10 de diciembre. Sobre los diferentes supuestos a los que resulta aplicable, en dicho informe se afirmó que puede ser objeto de integración con medios externos tanto la solvencia técnica, como la económica y financiera.

Además, en determinadas ocasiones se ha planteado si esta regulación ampara una «suerte de subcontratación en fase de solvencia», y así esta expresión fue precisamente utilizada por esta Junta en el informe 1/2010, de 17 de febrero, relativo a cuestiones de subcontratación, que abordó este supuesto como figura cercana, o con ciertas similitudes a la subcontratación, cuando se trata de integrar la solvencia técnica a través de medios personales. Pero en realidad, aunque se haya utilizado dicha expresión «*subcontratación en fase de solvencia*», no podemos olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia del licitador con la de otros medios externos con los que pueda contar para acreditar la solvencia, es decir, la capacidad técnica para contratar con la Administración. El diferente objetivo de unos y otros medios externos es el que determina que en esta figura tales medios forman parte del contrato. Es decir, constituyen junto con el licitador el contratista de la Administración.

La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmada en el citado Informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la

Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso —a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución— la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte al contrato.

En este sentido, la actual redacción del artículo 62 de la propuesta de Directiva denomina esta figura como «*Recurso a las capacidades de otras entidades*», previendo tal recurso tanto respecto a la solvencia económica y financiera como a la capacidad técnica y profesional, debiendo demostrar el operador económico al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios; y además prevé, que en cuanto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato.

Tras estas consideraciones generales, procede dar respuesta a los distintos aspectos recogidos en la proposición no de ley.

### **III. La subcontratación como condición especial de ejecución del contrato.**

Plantea la proposición, en primer lugar, que los órganos de contratación establezcan, como condición especial en relación con la ejecución del contrato, el cumplimiento por el contratista principal de las obligaciones legales de pago a los subcontratistas, así como la tipificación del incumplimiento de las mismas como causa de resolución del contrato.

A este respecto hay que señalar que el artículo 118 TRLCSP posibilita, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes, introducir condiciones de ejecución de tipo social y medioambiental en los contratos, con dos límites: primero, que no sean directa o indirectamente discriminatorias; y segundo, que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones. El precepto se limita a señalar unas cuantas posibilidades, sin carácter de *numerus clausus*.

Para analizar si la posibilidad apuntada (cumplimiento de las obligaciones de pago a los subcontratistas) encaja entre las posibilidades que contempla el artículo 118 citado, puede ser útil acudir a la «*Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*» [COM (2001) 566 final], de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales. La Comunicación señala ejemplos concretos: la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica; la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional o la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. Se trata en todo caso de incorporar al contrato condiciones de ejecución en materia social que van mas allá del cumplimiento de las establecidas en las normas. Así, entre estos supuestos no parece que pudiera encajar la obligación de pagar a los subcontratistas en los términos legales.

Además de esta regulación de las condiciones especiales de ejecución sobre aspectos sociales o medioambientales contenida en el artículo 118, el TRLCSP califica expresamente algunas circunstancias como condiciones especiales de ejecución. Hasta ahora el único supuesto, relativo a la subcontratación, que de manera concreta se calificaba como condición especial de ejecución era el previsto en el artículo 227.7 TRLCSP, en relación con la obligación de subcontratar que la Administración puede imponer al contratista respecto de las



prestaciones en las cuales concurren las circunstancias previstas en dicho apartado.

Sin embargo, este marco normativo ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. El Capítulo II de esta ley bajo la rúbrica «*Medidas para impulsar la contratación pública con los emprendedores*», establece una serie de novedades en la regulación del TRLCSP, entre las cuales, y según el tenor literal del Preámbulo de la ley «*(..) Por último, con el fin de luchar contra la morosidad, se reduce de 8 a 6 meses el plazo de demora para solicitar la resolución del contrato en caso de que la empresa adjudicataria sea una PYME y se incluye un nuevo artículo para permitir una mayor control por parte de las Administraciones Públicas de los pagos que los contratistas adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas*».

Así, se añade al TRLCSP un nuevo artículo 228 bis con la siguiente redacción:

*«Artículo 228 bis Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores*

*Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.*

*En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando éste lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago*

*legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos».*

Con esta regulación, se viene a incorporar al TRLCSP otro supuesto legal más de calificación expresa como condición especial de ejecución —aun cuando el legislador ha utilizado una terminología, «condición esencial de ejecución», no idéntica a la consolidada «condición especial de ejecución», pero que puede entenderse equivalente—, siempre que se haya incorporado como tal a los pliegos o anuncios de licitación. De modo que se atribuye a las Administraciones públicas un instrumento para intentar garantizar el cumplimiento del pago debido de los contratistas a los subcontratistas. Es cierto que la fuerza y eficacia de esta medida queda supeditada a la voluntad de las Administraciones y demás poderes adjudicadores, ya que se ofrece como posibilidad, sin imponerla como obligación. Pero sí que representa un avance respecto de la situación anterior, porque sin su previsión expresa hasta ahora, como hemos visto, resultaba difícil subsumirla en los supuestos de condiciones especiales de ejecución de índole medioambiental o social. De modo que si los órganos de contratación así lo establecen, el cumplimiento de las obligaciones de pago del contratista al subcontratista podrá tener la calificación de condición especial de ejecución, con las consecuencias legalmente previstas en caso de incumplimiento, es decir, constituir causa de resolución del contrato; y además puede dar lugar a la imposición de penalidades. Todas estas posibilidades representan para los subcontratistas —si bien con la atenuación de su eficacia por la naturaleza potestativa atribuida—, a juicio de esta Junta, unas nuevas garantías para la efectividad de sus derechos de cobro en los plazos legalmente previstos.

Así, ante la falta de desarrollo reglamentario de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las

operaciones comerciales, con la necesaria previsión de medidas sancionadoras para el incumplimiento de las obligaciones legales de pago fijadas en dicha ley, se dota a los poderes adjudicadores de un instrumento que incentive a los contratistas al cumplimiento de los pagos debidos a sus subcontratistas. No hay que olvidar que la resolución de un contrato constituye una causa de prohibición de contratar para el contratista, consecuencia por lo tanto que será valorada por el contratista a la hora de asegurar las condiciones de ejecución impuestas.

En esta misma línea se inscribe la proposición no de Ley núm. 421/2013, aprobada por la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón el pasado 13 de noviembre, en la que se insta al Gobierno de Aragón a impulsar las necesarias modificaciones en los pliegos de condiciones, a fin de recoger esta nueva condición de ejecución, y a analizar la viabilidad jurídica de: implicar a las Direcciones de obra en el control de los pagos a los subcontratistas y en el cumplimiento de los porcentajes máximos previstos; considerar condición necesaria para el abono de la liquidación de las obras y la devolución de la fianza constituida la justificación de los pagos a los subcontratistas; y aplicar penalidades en caso de incumplimiento o declarar la prohibición de contratar.

#### **IV. La posibilidad de pago directo a las empresas subcontratistas en caso de impago del contratista principal.**

En cuanto a la inclusión en los contratos del pago directo a las empresas subcontratistas en caso de impago del contratista principal, *«en los términos previstos en la propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, actualmente en tramitación»*, hay que comenzar señalando nuevamente, que en la normativa española los subcontratistas solo quedan obligados frente al contratista principal, sin que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados altere la responsabilidad exclusiva del contratista principal (artículo 227.4 TRLCSP). Así han opinado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, en sendos

informes 71/2009 y 13/2009, respectivamente. En el mismo sentido las sentencias del TSJ de Cataluña 501/2006, de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2005, o del TSJ de Andalucía, Sala de Granada de 17 de septiembre de 2001, todas ellas del orden contencioso.

Es decir, ante la responsabilidad exclusiva del contratista principal frente a la Administración prevista en la Ley, ni ésta puede acudir al subcontratista para exigir el correcto cumplimiento del subcontrato, ni el subcontratista puede acudir a la Administración a exigir el cumplimiento del contrato con el contratista principal.

Para reforzar esta «desvinculación procesal» de la Administración respecto de la eventual acción de los subcontratistas y suministradores, se produjo una modificación en la LCSP por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, en la que se incluye un nuevo apartado 8 en el artículo 210 (hoy 227.8 TRLCSP), que establece:

*«8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas».*

Se evita así la aplicación del artículo 1597 del Código Civil: *«Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».* Esta acción, cuyo antecedente es el artículo 1798 del código napoleónico, permitía que un subcontratista acudiera contra un poder adjudicador sujeto a la Ley de contratos para exigir en su propio

nombre y por su cuenta exclusiva las cantidades que el contratista principal le adeudara.

La doctrina y jurisprudencia civil y administrativa se enfrentaban en sus pronunciamientos desde la admisión (civil) a la improcedencia (contenciosa), hasta el punto de ser necesario, como aclara la Exposición de Motivos de la norma pronunciarse: *«excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo, que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria»*. La norma realmente no innova, sino que clarifica la cuestión.

Es cierto, como señala la proposición no de Ley 226/13, que la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública [Documento interinstitucional 2011/0438 (COD)], incorpora finalmente un artículo 71.3 que prevé, siguiendo lo estipulado por el Código francés de Contratos Públicos, que *«Los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera los importes adeudados directamente al subcontratista por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. En ese caso, los Estados miembros instaurarán los mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en la documentación de la contratación»*.

Se incorpora además un apartado 4 que señala que esta previsión será efectiva sin perjuicio de la responsabilidad del contratista principal. Un apartado 7 que posibilita que los Estados miembros puedan ir mas lejos, en su ley nacional, sobre pagos directos a subcontratistas, por ejemplo manteniendo pagos directos sin que sea necesario que ellos lo soliciten. Y un apartado 8 en el que se permite

limitar su aplicabilidad, por ejemplo, respecto de ciertos tipos de contratos, ciertas categorías de operadores económicos, o ciertas cantidades.

Habrà que esperar a la aprobación definitiva de esta Directiva y a su transposición al derecho nacional para poder hablar de posibilidad de pago directo del poder adjudicador al subcontratista, con las matizaciones que esa transposición establezca en el marco de posibilidades permitido por la norma comunitaria.

Debe también destacarse en este punto que la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo, ha introducido una nueva previsión para establecer un mayor control de los pagos que los contratistas adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas. Así, se incorpora al apartado 1 del artículo 9 de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, al regular las cláusulas y prácticas abusivas, la siguiente mención: *«...Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas»*.

La disposición final séptima de esta misma Ley 11/2013 ha introducido una nueva redacción al apartado 5 del artículo 227 TRLCSP, incluyendo la mención expresa de que los pactos de plazos superiores de pago entre contratista y subcontratistas y suministradores deben producirse *«respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales»*. Este artículo 4.3 que se cita ha sido objeto, también, de nueva redacción por el artículo 33 de la Ley 11/2013, señalando ahora que *«los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante*

*pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».*

Se da en este punto del informe respuesta, no solo al apartado b) de la proposición, sino a la propuesta contenida en la letra d) de la misma.

#### **V. La posibilidad de incluir como criterio de adjudicación los compromisos de pago a los subcontratistas en el plazo legal.**

Plantea también la proposición 226/13 la viabilidad jurídica de incluir, como criterio de adjudicación en los pliegos de condiciones de las obras públicas, el compromiso de pagar a los subcontratistas en el plazo máximo de treinta días, así como la consideración de su incumplimiento como infracción grave.

Como es sabido, el artículo 150.1 TRLCSP precisa que los criterios de valoración de las ofertas han de estar directamente vinculados al objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJCE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJCE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Sin esta vinculación el criterio no puede ser admitido.

El criterio de adjudicación que se propone —compromiso de pagar a los subcontratistas en el plazo máximo de 30 días— es una obligación legal, al señalar el artículo 228.2 TRLCSP que los plazos y condiciones de pago a los subcontratistas no podrán ser mas desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 TRLCSP para las relaciones entre la Administración y subcontratista. Plazo que en la actualidad, y tras finalizar el régimen transitorio previsto en la Ley 15/2010, de reforma de la de morosidad, está previsto para las Administraciones Públicas en esos 30 días. No procede, por tanto, su inclusión como criterio de adjudicación.

#### **VI. Otras medidas.**

Plantea además la proposición no de ley la adopción de una serie de medidas calificadas de «necesarias». A la identificada con la letra d) se le ha dado

respuesta en el numeral IV de este informe. En cuanto a las señaladas como e) y f) se orientan, no ya en la línea de protección de los derechos de los subcontratistas en la ejecución del contrato, sino en la del seguimiento del cumplimiento de las propias condiciones de la subcontratación, materia tradicionalmente compleja para la Administración y en la que han incidido las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público, sin éxito.

La primera medida a adoptar por la Administración contratante respecto de la subcontratación en la fase de ejecución del contrato es la de su adecuado control y seguimiento, para lo que la figura del responsable del contrato y/o la Dirección facultativa en los contratos de obras se erigen en pieza fundamental. Es decir, de nada sirve recoger en la documentación de la licitación la prohibición de subcontratar, su imposición, o su limitación a una concreta extensión, si en la ejecución del contrato ninguno de estos extremos son verificados por la Administración, ni se aplican las consecuencias previstas en el contrato para su incumplimiento.

En concreto, en los contratos de obras, resulta imprescindible la llevanza rigurosa del Libro de la Subcontratación por el contratista principal, y el seguimiento del mismo por la Administración. En este Libro, habilitado por la autoridad laboral, el contratista debe reflejar, por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos. Su uso es obligatorio desde noviembre de 2007, según establece la disposición adicional tercera del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

El incumplimiento de las obligaciones que la ley impone al contratista respecto de la Administración, en el supuesto de existir subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia, o de las que hacen urgente la subcontratación, tiene como consecuencia, si así se ha previsto en los Pliegos,



la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato ex artículo 227.7 TRLCSP. La posibilidad de imposición de penalidades se ha incorporado en los pliegos tipo de la Administración de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, hay que recordar que su aplicación requiere un ejercicio de control exigente por la Administración de estas obligaciones, lo que implica un seguimiento constante de la ejecución del contrato.

Por último, no debe confundirse la subcontratación en la ejecución con el supuesto de integración de la solvencia por medios externos del artículo 63 TRLCSP, al que se refiere la letra f) de la proposición no de Ley. Como destaca el Informe 1/2010, de esta Junta Consultiva, al que nos hemos referido anteriormente, *«la regulación contenida en la actualidad en el artículo 63 TRLCSP viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de subcontratación para la ejecución del contrato. Es posible —y en muchas ocasiones conveniente— que los licitadores puedan acreditar la solvencia con medios externos, sin que sea necesaria la pertenencia a ningún grupo, empresarial o cooperativo, e independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo existente entre las distintas entidades»*. La regulación contenida en este precepto de la Ley —transposición del artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/CE— viene a posibilitar que en fase de solvencia se concrete el nivel de subcontratación para la ejecución de un contrato. La posibilidad —y conveniencia— de esta opción, además de conforme con la Directiva 2004/18, encuentra su apoyo directo en la doctrina del TJCE en su sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Holst Italia) al afirmar que: *«La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus*

*vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato».*

La vinculación puede ser directa, como la que conforman los grupos de sociedades o indirecta, a través de la subcontratación, arrendamiento, agrupaciones de empresarios etc. Es de destacar que puede integrar su solvencia tanto el que necesita completarla porque no la posee en su totalidad, como aquel que prefiere complementarla para garantizar una mejor ejecución del contrato, aunque por si mismo posea la solvencia exigida para un contrato determinado.

Este criterio está llamado en la práctica a jugar una gran importancia, pues permite que realmente se seleccione a las empresas más capaces desde una visión global del contrato, con lo que, a la vez que garantizar una verdadera concurrencia, se favorece el mejor cumplimiento de la prestación contractual, evitando, por lo demás, los característicos problemas que se derivan siempre que este aspecto se difiere a la fase de ejecución. Es más, en muchos casos, el principio de buena administración, aconsejaría la práctica habitual de esta opción. En cualquier caso, no podemos olvidar que ésta es una posibilidad en manos del licitador, y no una opción a imponer por los poderes adjudicadores. Pero en el supuesto de que los licitadores usen esta opción para integrar la solvencia, los medios externos quedarán integrados en el contrato, respondiendo de su ejecución frente a la Administración, y no podrán ser objeto de sustitución en fase de ejecución salvo por circunstancias excepcionales sobrevenidas, requiriendo la autorización expresa del ente contratante de cara a comprobar la adecuación —cumplimiento de los requisitos de solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar— del nuevo subcontratista propuesto.

### **III. CONCLUSIONES**

- I. El nuevo artículo 228 bis TRLCSP incorpora un supuesto legal de condición especial de ejecución en la subcontratación, además del recogido en el artículo 227.7 TRLCSP, destinado a garantizar el cumplimiento del pago debido de los contratistas a los subcontratistas. Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación especial de ejecución serán la imposición de penalidades y las demás que se prevean en el ordenamiento jurídico (prohibición de contratar o causa de resolución del contrato), en función de lo previsto en los pliegos de cada licitación.
- II. En el momento actual está excluido de forma expresa el pago directo por el poder adjudicador al subcontratista, sin perjuicio de que en el nuevo paquete de Directivas actualmente en tramitación se incluya la posibilidad, con las condiciones y matizaciones que se recojan en la norma finalmente aprobada y en su transposición al derecho nacional.
- III. El compromiso de pagar a los subcontratistas en el plazo máximo de 30 días es una obligación legal, no siendo posible su consideración como criterio de adjudicación de un contrato.
- IV. La Administración debe velar por el cumplimiento de las condiciones de la subcontratación en la fase de ejecución de los contratos, para lo que la figura del responsable del contrato y/o la Dirección facultativa en los contratos de obras se erigen en pieza fundamental. Es también imprescindible, en los contratos de obras, la llevanza rigurosa del Libro de la Subcontratación por el contratista principal, y el seguimiento del mismo por la Administración.
- V. El incumplimiento de las obligaciones que la ley impone al contratista respecto de la Administración, en el supuesto de existir subcontratación, permite imponer al contratista una penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato.

**Informe 23/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día de 25 de noviembre de 2013.**