

# La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto

Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública

Elena Marín Albarrán

## I. INTRODUCCIÓN

La subcontratación en el ámbito de la contratación pública no es una cuestión nueva. Ya en la Ley de Contratos del Estado de 1965 se incluía una regulación sobre la subcontratación en relación con los contratos de obras y de gestión de servicios públicos. Una regulación que, salvo matices, siguió una misma línea en las sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública. Hasta fechas recientes. En el marco de las continuas modificaciones que ha sufrido últimamente la normativa de contratación pública se han incluido, también, cuestiones nada irrelevantes en relación con la subcontratación. Y puede decirse que la línea seguida en ellas se separa de la seguida tradicionalmente, en el sentido de que se advierte una mayor intervención del Derecho Público en el contrato (subcontrato) privado.

Es interesante, por ello, realizar un análisis de estas últimas modificaciones que, indudablemente, están muy condicionadas por el contexto económico en el que se han producido.

Resulta, además, de especial interés en este momento, realizar algunas reflexiones sobre determinadas cuestiones relativas a la regulación vigente en materia de subcontratación en el marco de la contratación pública; algunas estaban ya presentes en dicha regulación antes de las últimas modificaciones, y otras, se han incluido en éstas o su relevancia se ha intensificado.

Ese es el objetivo de este documento que no se aborda con ánimo exhaustivo ya que no se pretende agotar el análisis de todas las cuestiones que se plantean en relación con la subcontratación en el ámbito de la contratación pública, sino de algunas de ellas que se consideran de especial interés en el momento actual.

Para abordar esta tarea, se realizará, en primer lugar, una breve referencia a la subcontratación en general, seguida de un análisis de la regulación que de esta figura se ha incluido en la normativa de contratación pública –con algunas reflexiones sobre la misma– para concluir con una mención a las cuestiones que, en relación con la subcontratación en el ámbito de los contratos públicos, se consideran especialmente interesantes en estos momentos: la distinción entre subcontratación e integración de solvencia con medios de terceros, los límites que la Ley impone a la subcontratación, su idoneidad y la importancia de los pliegos como instrumento idóneo de la regulación de la subcontratación y para su adaptación a cada concreto contrato público, a la vista del gran margen que la Ley deja en este sentido.

## II. LA SUBCONTRATACIÓN: CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN Y REGULACIÓN

Por razones de sistemática, parece necesario, en primer lugar, realizar una aproximación al concepto de subcontratación, por más que éste sea ya conocido.

Más allá del ámbito de la contratación pública, se han localizado varias definiciones de esta figura, algunas de mayor rigor jurídico que otras. En este sentido, se habla, en ocasiones, desde la perspectiva de la organización empresarial, de la subcontratación como sinónimo del *outsourcing* o externalización de determinadas tareas que no constituyen la esencia o núcleo de la actividad a la que se dedica una determinada empresa. Actividades tales como la seguridad, limpieza o incluso el asesoramiento legal.

Si bien es cierto que detrás de ambas figuras se encuentra el fundamento último de la especialización de las organizaciones, desde una perspectiva estrictamente jurídica *outsourcing* y subcontratación no pueden asimilarse, ya que, detrás de la externalización de servicios subyace un contrato, pero no un subcontrato

El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. No se encuentra tal definición en el Código Civil, ni en el de Comercio, ni en la legislación de contratos, que incluyen previsiones sobre su régimen jurídico, pero no lo definen. Y no solo no se define, sino que el precepto a partir del cual se ha desarrollado la jurisprudencia civil sobre la subcontratación (art. 1597 del CC) se refiere a quienes pongan «su trabajo y materiales en una obra», sin emplear el término subcontratista. De los

dos supuestos mencionados en el precepto, en puridad, solo puede hablarse de subcontrato en el primero, el referido a los sujetos que ponen su trabajo –la realización de una obligación de hacer, una prestación– y no a quienes ponen el material, que serán, más bien, suministradores, pero no, técnicamente, subcontratistas.

El significado del prefijo sub, según definición de la RAE, en su primera acepción, es «bajo» o «debajo de», concepto este último que, a su vez, se define, en su segunda acepción, como «con indicación de dependencia, subordinación o sometimiento». El propio diccionario de la RAE define la subcontratación como «contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera». Es decir, que un subcontrato requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, esa concreta prestación, haya sido *asignada* a quien luego la subcontrata.

En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe incorporar, necesariamente, la relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal. Podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de la misma –en realidad, de parte de la misma– a un tercer sujeto de derecho.

También puede definirse como «la práctica mercantil de organización empresarial en cuya virtud un contratista encarga a un subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que él está obligado a realizar»<sup>1</sup> o indicando que «en la subcontratación una empresa contrata a otra para que esta última realice parte de las prestaciones por las que la primera ha sido contratada directamente».

De todo lo anterior, cabe concluir que es claro que no puede haber subcontrato sin contrato principal previo. El contrato principal es presupuesto necesario para la existencia del subcontrato. Y que el objeto del subcontrato ha de ser la realización de alguna de las prestaciones que son, a su vez, objeto del contrato principal<sup>2</sup>.

El fundamento último de la subcontratación reside en la especialización de las organizaciones empresariales. Éstas, organizan medios materiales y personales para la producción de bienes o prestación de servicios, es decir, para satisfa-

.....

1 Víctor MANTECA VALDELANDE en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 64, La Ley (mayo de 2007).

2 Así se concluye de la tradicional exclusión de quienes desarrollan tareas intelectuales o de diseño de la construcción del ámbito de aplicación subjetiva del art. 1597 CC que se limita, únicamente, a quienes hayan realizado partidas de ejecución material de la obra, según indica en «El régimen de la acción de cobro del subcontratista de obra. Las novedades de la Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación y el Real Decreto 1109/2007 de 24 de agosto», de Francisco José Fernández Romero e Inmaculada Vivas Tesón.

cer las necesidades del mercado y, lógicamente, su actividad se rige por un principio de especialización dado que es materialmente imposible que una organización pueda, por sí sola, producir cualquier bien o prestar cualquier servicio. La explicación de este fenómeno es análoga a la que fundamenta la división social y material del trabajo: «la obtención de un fruto complejo exige la concurrencia del trabajo de muchos y en consecuencia pide que éstos se repartan entre sí las tareas necesarias para la producción». «El trabajo dividido entre empresas y dentro de cada empresa». «Misión del mercado es la ordenación de la división social, mientras la división material es regulada por las empresas»<sup>3</sup>.

Cuando las prestaciones son complejas –lo que en una realidad económica como la actual es muy habitual– el recurso a la subcontratación es, en muchos casos, necesario o incluso inevitable.

Relacionado con el fundamento último que explica la subcontratación –la especialización y la división social del trabajo– está la relación entre subcontratación y un más fácil acceso al mercado de producción de bienes y servicios por parte de las PYMES. Si ni las grandes empresas pueden por, sí solas, proveer al mercado de los bienes y servicios que éste necesita, con mayor motivo esta tarea será imposible para las PYMES. De manera que en el contexto de una actividad económica que demanda prestaciones y soluciones cada vez más complejas e integrales, la opción –quizás la única– para que las PYMES puedan acceder a parte de ese intercambio económico es la subcontratación.

Finalmente, desde otra perspectiva, la subcontratación supone el ejercicio de la facultad de organización del empresario de su proceso productivo, que a su vez es una manifestación concreta del ejercicio del derecho a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución<sup>4</sup>.

### III. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

#### 1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Como se ha mencionado ya, la Ley de Contratos del Estado incluía una regulación sobre la subcontratación para los contratos de obras y de gestión de servi-

.....

3 ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 17<sup>a</sup> ed., pp. 46 y 47.

4 Javier ESCRIBANA MORALES en «La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios» y en «Cesión de los contratos y subcontratación. Resolución del contrato», La Ley 15938/2011.

cios públicos. Esta Ley se refería a la posibilidad del contratista de subcontratar unidades de obra, con un límite del 50 % de presupuesto total del contrato y previa comunicación a la Administración. En el caso del contrato de gestión de servicios públicos se reconocía el derecho del contratista a subcontratar prestaciones accesorias.

Puede decirse que las regulaciones posteriores de la cuestión han sido continuistas del espíritu de esta regulación, si bien con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995 y de la mano de exigencias de Derecho comunitario, se inició un pequeño cambio; cambio que se ha intensificado en las modificaciones recientes, en especial a partir de la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público operada mediante la Ley de Apoyo a los Emprendedores y a su Internacionalización. Poco a poco se va avanzando en una intervención, cada vez más intensa, del Derecho Público en la relación jurídico privada que une a contratista principal y subcontratista.

Hasta ese momento, la normativa de contratación pública se refería a cuestiones muy concretas cuando regulaba la subcontratación, en coherencia con la perspectiva de la tajante separación entre el contrato público y el contrato (subcontrato) privado. De manera que este último se regía por normas de Derecho privado y por los pactos alcanzados entre las partes, pero en modo alguno por el Derecho Público, salvo en lo atinente al límite máximo a la subcontratación y a los requisitos formales que ésta debía cumplir, en particular, la comunicación a la Administración, así como la prohibición de subcontratar con quien no pudiera contratar con la Administración, que se consideraban los aspectos mínimos necesarios que la normativa de contratación debía regular. Ahí se agotaba la regulación.

Las cuestiones tradicionalmente reguladas se referían a la conclusión del subcontrato, llamados a proteger el contrato principal y el interés general a éste subyacente (evitar la cesión fraudulenta del contrato y asegurar el conocimiento de la subcontratación por parte de la Administración), pero no regulaban en absoluto obligaciones recíprocas entre las partes del mismo, es decir, entre el contratista de la Administración y el tercero con el que éste subcontrataba. Cuestiones que, se consideraba, debían ser totalmente ajenas al Derecho Público y a la Administración contratante y debían depender únicamente de las normas de *ius cogens* de Derecho Privado y de la autonomía de la voluntad de las partes, no siendo la Administración parte de dicho contrato.

Cabe realizar un pequeño inciso en este punto: la regulación se limitaba –y aun hoy se limita, como se verá más adelante– a prever los límites y requisitos formales del subcontrato, pero en ningún momento se preveía qué efectos ten-

dría su incumplimiento sobre el contrato principal<sup>5</sup>. Sí se incluye en la LCSP la previsión de imposición de penalidad en caso de incumplimiento de estas previsiones, pero nada se dice en relación con los efectos que los mismos tienen en las relaciones contractuales concluidas, es decir, en el subcontrato y en el contrato principal. De manera que aunque la Administración pueda imponer una penalidad –cuya virtualidad será, por definición, exclusivamente económica y, quizás, disuasoria, pero que en ningún caso resuelve el problema real de la conclusión de un subcontrato en contra de los requisitos legales que, a su vez, se fundamentan en el interés público subyacente– lo cierto es que la Ley no resuelve el destino de las relaciones contractuales en juego. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Como veníamos señalando, la abstención del Derecho Público de regular aspectos referidos a las obligaciones recíprocas de las partes del subcontrato dejó de ser tal con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995. Aunque de forma muy limitada, comenzaron a añadirse a la regulación de la subcontratación referencias hasta entonces no incluidas: en particular, la regulación del régimen de pagos del contratista al subcontratista, que se incorporó al art. 116.2 c). Este aspecto que, evidentemente, sí se refiere a las obligaciones recíprocas de las partes del subcontrato –y no precisamente a obligaciones accesorias, sino a la obligación esencial de quien recibe la prestación, es decir, el pago de la misma– por primera vez, se regulaban por el Derecho Público en determinados puntos. Regulación que se intensificó en la modificación de 1999 que añadió elementos de regulación del pago, con un régimen más exhaustivo que el anterior.

Esta regulación ha estado presente en las sucesivas normas de contratación pública desde entonces hasta el momento actual. Así, se incluyó en el art. 116 del TRLCAP, en el art. 210 de la LCSP y actualmente en el art. 228 del TRLCSP.

A la vista de estas modificaciones se planteó –y plantea– hasta qué punto la separación entre contrato público y contrato (subcontrato) privado es absoluta o, más bien, si a pesar de esta separación, puede o no el Derecho Público de contratos regular aspectos del subcontrato, excluyéndolos de la autonomía de voluntad de las partes; qué aspectos debieran ser estos y cuál el límite a esta intervención normativa, lo que, en definitiva, dependerá de cuál sea la finalidad con fundamento en la cual se produce dicha intervención.

En este sentido, en realidad, a pesar de la clara separación jurídica entre el contrato público y el subcontrato privado, ya se ha indicado que el segundo

.....

5 Con la excepción de la regulación introducida por la Ley 14/2013 que se analizará posteriormente.

existe porque existe el primero y que el objeto del segundo es una prestación incluida en el primero. La relación es, pues, evidente. Como también lo es que, a pesar de la estricta separación jurídica y distinta naturaleza jurídica<sup>6</sup>, que la realidad de las cosas en el terreno de los hechos es bien diferente y la conexión entre ambos contratos es innegable, además de ser consustancial a la figura del subcontrato, como se ha visto anteriormente. Es indiscutible que el buen fin del contrato público depende directamente de la ejecución del subcontrato y que, consecuentemente, el interés público subyacente, requerido de protección, está directamente afectado por la ejecución –y buen fin– del subcontrato.

Lo anterior, parece justificación razonada y razonable para que el Derecho Público pueda regular y regule determinados aspectos de las obligaciones recíprocas de contratista y subcontratista<sup>7</sup>, siempre que esta regulación tenga la extensión necesaria para asegurar esa protección, y siendo proporcional al fin que justifica tal intervención normativa.

Pero hay otras novedades en materia de regulación del subcontrato por el Derecho Público aún más recientes. Por un lado, la exclusión expresa de la acción directa del subcontratista frente a la Administración –operada mediante la Disposición final 1.6 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en el ámbito de la seguridad y la defensa, que modificó la Ley de Contratos del Sector Público e incorporada hoy al TRLCSP– y por otro, más reciente aún, la posibilidad de que la Administración pueda comprobar, efectivamente, la realización de pagos en debidos tiempo y forma al subcontratista por parte del contratista, introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La exclusión de la acción directa que recoge el art. 1597 del Código Civil en el caso de subcontratos concluidos en el ámbito de la contratación pública, si bien a fecha de aprobación de la Ley de contratos del sector público en

.....

6 Expresamente recogida en el art. 116.5 TRLCAP si bien no en el TRLCSP.

7 Germán FERNÁNDEZ FARRERES en el trabajo «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público» señala que «Esa naturaleza jurídico-privada es el argumento principal que suele manejarse para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontratación que pueda establecer la legislación de contratos de las administraciones públicas. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizan la relación contractual privada al situarla, en cierto modo, en el ámbito público. Se trata, no obstante, de una objeción infundada, porque aun sin dejar de ser un contrato privado entre particulares, el subcontrato guarda, como ya he dicho, directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo. Un hecho suficiente por sí sólo para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de éste, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquél».

el ámbito de la seguridad y la defensa era cuestión ya aceptada, no se había incluido de forma expresa hasta ese momento en ninguna Ley reguladora de la contratación pública. Sí se indicaba claramente y de forma expresa que la Administración era ajena a la relación contractual entre contratista y subcontratista y que la responsabilidad frente a la Administración correspondía de forma íntegra y exclusiva al contratista (arts. 115. 3 TRLCAP, 210.4 LCSP y 227.4 TRLCSP), pero no había en la regulación anterior ninguna mención expresa a la figura de la acción directa.

La conveniencia de la exclusión de la acción directa del subcontratista frente a la Administración no es cuestión indiscutida. El fundamento de las tesis que defienden que una acción como la regulada en el art. 1597 debería admitirse también entre subcontratista y Administración Pública es la conexión innegable que existe, como ya se indicaba anteriormente, entre el buen fin y buena ejecución del subcontrato y el del contrato principal<sup>8</sup>.

Cabe señalar, asimismo, que Francisco Blanco mantiene también en el trabajo mencionado, que la exclusión de la acción directa frente a la Administración no tiene incidencia alguna en el caso de contratos privados concluidos por una Administración Pública<sup>9</sup>. De este modo, tratándose de contratos privados, cuyo régimen jurídico de efectos, cumplimiento y extinción se rigen por el Derecho Privado, es clara la aplicación del art. 1597 del CC. Cuestión distinta es la virtualidad que pueda tener esta cuestión atendiendo al objeto de los contratos privados celebrados por Administraciones Públicas en los que parece poco habitual un escenario de subcontratación, salvo por el supuesto de creación de espectáculos o en el caso de la cláusula residual final.

Y relacionado con lo anterior, cabe preguntarse por la eficacia del último apartado del artículo que excluye la acción directa y que se refiere a las Entidades Públicas Empresariales estatales (y organismos análogos de otras Administraciones). Porque si, como dice en art. 3 del TRLCSP, las Entidades Públicas Empresariales no son Administraciones Públicas a efectos de la normativa de contratación pública, los contratos que celebran son, por aplicación del art. 19.1, contratos privados. Y si son contratos privados, su régimen jurídico en fase de ejecución es el propio del Derecho Privado, también por aplicación del art. 19. Y el Derecho Privado recoge en el art. 1597 el derecho de los subcontratistas a reclamar directamente frente al dueño de la obra, por la parte correspondiente

.....

8 Francisco BLANCO en «La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del art. 1597 del CC».

9 Los contratos a que se refiere el art. 20.1 segundo párrafo que se califican como contratos privados en virtud de su objeto y no del sujeto contratante.



al subcontrato. Aun así, la Ley extiende la exclusión de la acción directa a estos supuestos, cuestión, al menos, jurídicamente discutible.

Finalmente, en cuanto a la novedad introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, debe señalarse que es una modificación de especial calado. De acuerdo con lo dispuesto en el art 228 bis del TRLCSP introducido por esta Ley, las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar que los contratistas proceden al pago a los subcontratistas y suministradores de las cantidades adeudadas en debidos tiempo y forma, para lo cual deberán incluir esta previsión en los pliegos. Si optan por hacerlo, el artículo regula las obligaciones que deberá cumplir el contratista principal; las obligaciones formales (remisión de relación detallada de subcontratistas, de condiciones de subcontratación, aportar justificante de pago a que se refiere el art. 228 bis tendrán la consideración, *ex lege*, de condiciones esenciales de ejecución (*sic*)<sup>10</sup>.

Esta previsión sugiere varias reflexiones:

Por un lado, es claro que supone un cambio sustancial en la separación estricta entre la relación contractual que liga a la Administración con su contratista y la que une a éste con el subcontratista. No se trata ya de que el Derecho Público pueda regular aspectos del contrato privado, sino que, directamente, se habilita la intervención material de control de la Administración en la ejecución del contrato privado, en lo que parece un paso relevante para admitir la conexión sustancial entre contrato público y subcontrato privado que, a su vez, parece difícil de compatibilizar con una tajante exclusión de la acción directa, que se ha extendido, incluso, a contratos privados.

Por otro lado, el hecho de que esta previsión se incorpore como facultativa para la Administración plantea varias cuestiones. Si se entiende y existe un convencimiento firme en el sentido de que esta comprobación es necesaria o conveniente para el buen fin del contrato, parece que debiera haberse previsto con carácter obligatorio o general. Las dificultades de aplicación de esta previsión, la carga administrativa extra que supondría a los gestores de contratación o responsables del contrato, parece que, siendo potestativa, permiten intuir un breve recorrido a la eficacia de la previsión normativa.

.....

10 La Ley indica literalmente que se tratará de condiciones esenciales de ejecución. Sin embargo, tal figura no está regulada en el TRLCSP. Se regulan las obligaciones esenciales y las condiciones especiales de ejecución. Surge así la duda de cuál ha sido la voluntad del legislador en este punto en relación con el tratamiento que deba darse a estas obligaciones: como obligaciones esenciales o bien como condiciones especiales de ejecución. Más adelante se volverá sobre este aspecto.

Finalmente, ocurre que la redacción de la Ley en cuanto a la calificación de las obligaciones formales como condiciones esenciales de ejecución (sic) y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan no parece muy afortunada. La Ley se refiere a dichas obligaciones formales y señala, inmediatamente después, solo separado por un punto y seguido, «estas obligaciones [...], se consideran condiciones esenciales de ejecución». De esta redacción podría interpretarse que pudiera quedar excluida de esta calificación la que, en realidad, es la obligación esencial asumida por el contratista principal frente al subcontratista y que es el objetivo último que se pretende proteger habilitando esta intervención de la entidad contratante en la relación entre contratista y subcontratista: el pago en plazo al subcontratista. Esta interpretación, sin embargo, sería literal y no tendría en cuenta la finalidad del precepto. En este sentido, señalar que la Junta de Contratación Administrativa de Aragón, en su reciente Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación entiende que, efectivamente, la calificación de condición especial de ejecución<sup>11</sup> se extiende a la obligación de pago en plazo a los subcontratistas, como se verá más adelante.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL

En cuanto a la regulación actual de la subcontratación, algunos aspectos han sido adelantados ya en el apartado anterior, si bien, es conveniente incluir aquí un resumen de las previsiones fundamentales, de carácter no exhaustivo, por tanto.

Estas previsiones, recogidas en los arts. 227 a 228 bis del TRLCSP serían, básicamente, las siguientes:

- I) La subcontratación está admitida salvo en los contratos *intuitu personae* o en los contratos en los que los pliegos la prohíban expresamente.
- II) Los pliegos podrán prever la obligación de los licitadores de indicar en su oferta su intención de contratar, el porcentaje y la identificación o perfil del o de los subcontratistas.
- III) En cualquier caso, y a salvo de lo indicado para los contratos reservados o secretos que exigen autorización, el licitador deberá comunicar la subcontratación a la Administración, por escrito y con carácter previo a su conclusión.
- IV) El contratista deberá justificar suficientemente la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación encomendada, obligación de la que quedará

.....

11 La Junta indica que debe entenderse como término equivalente e indica que «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 [...]».

eximido si el subcontratista tuviera clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto del subcontrato.

v) Si se diera la circunstancia prevista en el apdo. II anterior, los subcontratos que se separen de las indicaciones realizadas por el licitador en la oferta, no podrán concluirse hasta 20 días después de haberlos comunicado a la Administración; y añade el artículo «salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de ese plazo su oposición a los mismos». Parece, pues, que en este supuesto, en contra de lo que es la regla general de mera comunicación de la subcontratación, la intervención de la Administración lo es con posibilidad de oposición. No se trata de una autorización como ocurre en el caso de contratos reservados o secretos, pero tampoco es una mera comunicación frente a la cual la Administración no pueda reaccionar pues cabe formular oposición. Cuestión distinta es que, de nuevo, no se prevé en la Ley cuáles pudieran ser las consecuencias jurídicas de un subcontrato celebrado en estas circunstancias cuando hubiera mediado oposición de la Administración.

vi) Se establece un límite para la contratación del 60 % en los casos en que los pliegos no prevean un límite de forma expresa. Literalmente, la Ley indica que «Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación». Del tenor literal de este precepto surge la duda de si el límite del 60 % lo es para todos los casos o, por el contrario, solo para los casos en que los pliegos no se pronuncian al respecto. Más adelante se volverá sobre esta cuestión, sobre la que hay visiones confrontadas.

vii) En todo caso, el único obligado frente a la Administración es el contratista principal y los subcontratistas solo están obligados frente al contratista principal, regla que no se altera por el conocimiento que de los subcontratos hubiera podido tener la Administración.

viii) No pueden concluirse subcontratos con operadores económicos inhabilitados para contratar con la Administración o que estén incurso en prohibición de contratar.

ix) El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con las previsiones contenidas en la normativa laboral.

x) Las Administraciones Públicas podrán imponer al contratista, previéndolo en los pliegos, la subcontratación de determinadas prestaciones, con un

límite del 50 % del importe del presupuesto del contrato, siempre que gocen de sustantividad propia que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que realizarla una empresa que cuente con habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con clasificación adecuada. En caso de preverse tal obligación, la misma tendrá, *ex lege*, carácter de condición especial de ejecución.

XI) Los subcontratistas no tendrán, en ningún caso, acción directa contra la Administración.

XII) Todas las previsiones del art. 227, incluida la exclusión de la acción directa del subcontratista frente a la Administración, se extienden a los contratos públicos celebrados por Entidades Públicas Empresariales y entes de análoga naturaleza de la Administración Autonómica y Local, si bien las referidas a las prohibiciones de contratar deben entenderse únicamente referidas a las del art. 60.1 TRLCSP.

XIII) En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los requisitos indicados en la Ley, el apdo. 3 del art. 227 prevé expresamente que «la infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior, la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista habilitará a la Administración a imponer una penalidad de hasta el 50 % del importe máximo». Se trata de un límite máximo y, lógicamente, a la hora de imponer la penalidad deberá tenerse presente el principio de proporcionalidad a la vista de las circunstancias de cada caso.

Finalmente, en relación con los pagos del contratista principal al subcontratista, el art. 228 establece que los plazos de pago fijados en el subcontrato no podrán ser más desfavorables que los aplicables a la relación contractual existente entre Administración y contratista principal, fijando además, plazos máximos para la aprobación o conformidad de la factura emitida por el subcontratista así como obligando a motivar la disconformidad, si éste fuera el caso. Se incluye expresamente, la obligación del contratista principal de abonar, efectivamente, las facturas en el plazo resultante de la aplicación de las reglas anteriores, imponiendo, en caso contrario, el devengo de intereses de demora previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. La sustracción del establecimiento de plazos de pago y devengo de intereses a la autonomía de la voluntad es clara.

Si bien a renglón seguido, la Ley permite, en determinadas condiciones, la fijación de plazos de pago superiores, siempre que no se trate de una cláusula abusiva, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2004, y que el pago se instrumente mediante documento negociable que lleve aparejada acción cambiaria, debiendo correr los gastos de descuento o negociación en su integridad por cuenta del contratista.

Es de destacar que el art. 228 se refiere expresamente tanto a subcontratistas, como a suministradores, con un ámbito de aplicación subjetiva más amplio que el art. 227, aspecto que ya se anuncia en el título del artículo. Y también cabe destacar que en ningún momento se indica en el precepto qué consecuencia jurídica pudiera tener en el contrato principal el incumplimiento de las previsiones en él contenidas, sin que pueda entenderse que la habilitación legal para la imposición de una penalidad prevista en el art. 227.3 pueda extenderse a este supuesto, tratándose de una medida restrictiva de derechos y de un perfil cercano al de la sanción, aunque jurídicamente no merezca tal calificación. Y ello porque el apdo. 3 del art. 227 se refiere de forma limitada a los tres supuestos en que resulta aplicable: exceder el límite de subcontratación, falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de la situación de emergencia o de urgencia de la subcontratación a que se refiere el último apartado de la letra c), pero no se refiere al pago al subcontratista.

Lo anterior, en una primera aproximación, parecería abocar a la conclusión de que no hay instrumento jurídico en manos de la Administración para garantizar el cumplimiento de las previsiones recogidas en el art. 228.

No obstante lo anterior, la Ley 14/2013 de apoyo a emprendedores y su internacionalización ha introducido novedades, ya referidas anteriormente, pero sobre las que merece la pena llamar la atención en este punto. Así, el art. 228 bis del TRLCSP (aplicable también a subcontratistas y suministradores), introducido por la Ley citada, al regular la comprobación de los pagos al subcontratista –comprobación potestativa para la Administración que, en caso de hacer uso de esta facultad, deberá reflejarlo en los pliegos– incluye una consecuencia jurídica para el caso de incumplimiento de las obligaciones que se explicitan en el mismo artículo: dichas obligaciones tendrán la consideración de condición esencial de ejecución (*sic*) y su incumplimiento habilitará a la imposición de penalidades, ente otras consecuencias procedentes a las que habilita el art. 118 TRLCSP. No nos extendemos en este punto, puesto que ya se trató anteriormente al analizar las modificaciones normativas más recientes. Sí interesa destacar, de nuevo, que el hecho de que la consecuencia jurídica se haya recogido en el art. 228 bis y el tenor literal del precepto indique que «estas obligaciones», es decir, las recogidas en el párrafo inmediatamente anterior (obligaciones formales, pero no la de pago, regulada en el art. 228) no parece muy afortunado. En este sentido, si las obligaciones formales –accesorias– tienen tal consideración, debe entenderse que la obligación principal de la que traen causa –el pago al subcontratista– tendrá también idéntica consideración –la de condición especial de ejecución– aunque esté regulada en el art. 228 y no en el art. 228 bis. Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su reciente Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, que indica que «con esta regulación, se viene

a incorporar al TRLCSP otro supuesto más de calificación expresa como condición especial de ejecución –aun cuando el legislador ha utilizado la 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 [...]. De modo que si los órganos de contratación así lo establecen, las obligaciones de pago del contratista al subcontratista podrán tener la calificación de condición especial de ejecución, con las consecuencias legalmente previstas para ello, es decir, constituir su incumplimiento causa de resolución del contrato; y además puede dar lugar a la imposición de penalidades».

### 3. PREVISIONES DE LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATOS

La nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE, incluye una serie de artículos referidos a la subcontratación que marcan una clara diferencia si se comparan con la regulación comunitaria anterior que, incluida en los arts. 60 y 61, únicamente se refería a la posibilidad de imponer la subcontratación al concesionario de obras públicas y a la posibilidad de solicitar de los licitadores que indicaran en su oferta qué parte de la prestación pretendían subcontratar.

La regulación de la subcontratación en la nueva Directiva se recoge en el art. 71. Quizás la mayor novedad se encuentre en la previsión recogida en el apdo. 3 que establece que:

los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas por el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación.

Si bien esta previsión se regula de forma optativa para los Estados miembros, su importancia es clara dado que prevé el pago directo por parte del poder adjudicador a los subcontratistas y suministradores, pago directo que deberá contemplarse en los pliegos.

Esta previsión debe completarse con la recogida en el apdo. 7 del artículo que establece que «los Estados miembros podrán establecer en su Derecho na-

cional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten». Aunque se trata, de nuevo, de una decisión potestativa para los Estados miembros, amplía la posibilidad de prever el pago directo a supuestos en los que el subcontratista no lo haya solicitado.

Sobre las previsiones de la Directiva en relación con el pago directo, cabe señalar que el reconocimiento de este pago directo, implicaría el reconocimiento de la acción directa para obtenerlo –en caso de que el poder adjudicador no lo realizara de forma voluntaria<sup>12</sup>– y que, en justa correspondencia y coherencia, implicaría el reconocimiento de la facultad del ente contratante para dirigirse directamente al subcontratista para exigir el debido cumplimiento de su parte de la prestación.

Por su parte, el apdo. 5 del artículo establece, en este caso en términos imperativos, para los contratos de obras y los de servicios que se desarrollen en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador, que tras la adjudicación o a más tardar, antes de comenzar la ejecución, dicho poder adjudicador exija al contratista principal «que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento».

En realidad se trata de un deber de comunicación de la subcontratación que ya está incorporado a nuestro Derecho nacional.

Más interesante parece la previsión recogida en el apdo. 6, letra b) que prevé: Los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar, de conformidad con los artículos 59, 60 y 61, si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en causas de exclusión obligatoria. El poder adjudicador, por decisión propia o a petición del Estado miembro, podrá exigir que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en motivos de exclusión no obligatoria.

El art. 57 al que se refiere este art. 71, regula el equivalente a las prohibiciones de contratar.

Las previsiones que se han extractado permiten afirmar que la nueva Directiva abre la puerta a una mayor intervención de la normativa de contratación pú-

.....

12 Si en el plano de Derecho material se reconoce el derecho al cobro directo, en coherencia y con el fin de que, efectivamente, tenga la consideración jurídica de tal derecho, en el plano procesal, habrá que reconocer la acción de reclamación del mismo.

blica o, directamente, de los poderes adjudicadores –según el caso– en la relación contractual entre contratista y subcontratista, no solo a efectos del pago de la prestación realizada, sino incluso del control del cumplimiento por parte del subcontratista de determinados requisitos para contratar y por parte del contratista de la elección de un subcontratista que, efectivamente, los cumpla. Hasta el punto de que la Directiva prevé que, en caso contrario, el poder adjudicador «exigirá» la sustitución del subcontratista que estuviera incurso en causa de exclusión obligatoria, cuestión que habrá que ver cómo se desarrolla en el Derecho interno.

Así, siendo jurídicamente muy complejo –quizás de dificultad insalvable– anudar al incumplimiento de la normativa de contratación pública, sanciones jurídicas de invalidez con efectos directos sobre el subcontrato –lo que chocaría frontalmente con la estricta separación entre contrato público y subcontrato privado– parece que la opción más viable de transposición pudiera ir en la línea de que el contratista principal deberá concluir un segundo contrato con un subcontratista que sí cumpliera los requisitos para contratar, y ello, asumiendo las consecuencias jurídicas que en la relación con el primer subcontratista le resultaran exigibles que, por razones obvias, en nada afectarán a la Administración. Ocurre sin embargo que, de no llevar a cabo esta actuación el contratista de forma voluntaria es difícil encontrar una vía alternativa que no aboque a la resolución del contrato principal, opción que tampoco está contemplada actualmente en la Ley, salvo que sea a través de la calificación en los pliegos como obligación esencial.

Se comprueba de nuevo la dificultad de dotar de instrumentos jurídicos coercitivos a la Administración en el caso de incumplimientos de obligaciones relacionadas con la subcontratación, si bien una opción es la ya adoptada en relación con las obligaciones recogidas en el art. 228 bis del TRLCSP, declarando condiciones especiales de ejecución la totalidad de obligaciones legales relativas a la subcontratación lo que, a su vez, habilitará a que la imposición de penalidades y a la calificación de estas obligaciones como esenciales o, en su caso, como infracción grave a los efectos del art. 60.2 a).

#### IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL CONTEXTO ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A continuación se incluyen algunas reflexiones sobre cuestiones relacionadas con la subcontratación que entendemos especialmente interesantes en el contexto actual.



## 1. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS: LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA CON MEDIOS DE TERCEROS

Tradicionalmente, la figura del subcontrato se ha estudiado conjuntamente con la de cesión del contrato, a pesar de que puede decirse que la distinción entre una y otra es clara. Quizás la explicación a este tradicional estudio de ambas figuras de forma conjunta sea el poner de manifiesto que siendo claramente distintas y teniendo efectos jurídicos bien dispares –la cesión del contrato sí altera la relación jurídica principal existente entre el ente contratante y el contratista, dado que produce la novación subjetiva de este último– la subcontratación ha de ser siempre parcial pues, de lo contrario, se produciría, en realidad, una cesión del contrato en fraude de Ley. Cuestión que está directamente relacionada con el límite a la subcontratación, presente desde siempre en la regulación de la subcontratación y en relación con el cual se hará una referencia más adelante.

En el contexto actual, la distinción realmente relevante y no exenta de complejidad, ni discusión, es la de la subcontratación frente a la integración de solvencia con medios de terceros, regulada hoy en el art. 63 del TRLCSP.

El art. 63, establece que:

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 del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

La integración de la solvencia de un licitador con medios de terceros llegó a la normativa interna de contratación pública como consecuencia de las previsiones incluidas en la Directiva, así como de los pronunciamientos del TJUE.

Tanto a la luz del texto de la Directiva, como de la redacción del TRLCSP, puede concluirse que la regulación de esta figura pone el énfasis en las siguientes cuestiones:

- El objeto de la integración, es decir, lo que el tercero pone a disposición del licitador son medios necesarios para la realización de la prestación (ya sean estos personales, materiales, técnicos, económicos, etc.).
- Esta puesta a disposición de medios puede articularse de cualquier forma, a través de cualquier relación o vínculo jurídico.
- Siempre y cuando esta articulación asegure la disponibilidad de los medios durante toda la ejecución del contrato.

De los anteriores elementos se concluye que quien, material y efectivamente, va a realizar la prestación es el contratista que, a tal fin, va a hacer uso de medios de un tercero. Precisamente por ello se recoge en la normativa el tercer requisito,

la disponibilidad efectiva durante toda la vida del contrato, porque siendo los medios propiedad de un tercero, pero siendo el contratista quien la va a realizar, debe asegurarse que éste podrá contar con esos medios, que son necesarios para la ejecución del contrato. Si fuera el tercero el ejecutor material de la prestación –como sí ocurre en la subcontratación, salvo en supuestos de subcontratación en cadena– dado que los medios son de su propiedad, esta última previsión no tendría sentido.

Si un licitador, al acudir a una licitación, anuncia que pretende hacer uso de la integración de solvencia con medios de terceros y la concreta en la subcontratación de partes de la prestación, cumpliendo el resto de requisitos del art. 63, habrá que admitir esta forma de integración, pues la Ley deja claro que la misma puede basarse en cualquier vínculo jurídico. La subcontratación será una de las formas a través de las cuales un licitador pueda integrar su solvencia con medios de terceros. Sin embargo, creo que ambas figuras no pueden confundirse porque sus contornos jurídicos son distintos. En el caso de la subcontratación no se trata de una mera puesta a disposición de medios, sino de la asunción de una obligación de realización efectiva de la prestación por parte del subcontratista, con sus medios que, solo en este sentido, están a disposición del contratista principal, si bien no es éste quien va a realizar la prestación. Es decir, la subcontratación es más que una mera puesta a disposición de medios pues conlleva la asunción de una obligación de hacer por el subcontratista.

Desde luego debe distinguirse el supuesto de subcontratación anunciado en fase de selección del supuesto de subcontratación en fase de ejecución del contrato. Y cabe indicar que toda la regulación recogida en el TRLCSP en relación con la subcontratación –singularmente, el límite cuantitativo– está referida a la subcontratación en fase de ejecución que es cuando, en puridad, puede hablarse de subcontratación y cuando, tradicionalmente, se ha producido el uso de esta figura.

El hecho de que un licitador anuncie en fase de solvencia que su objetivo es subcontratar y que, es de este modo concreto como va a integrar su solvencia con la de un tercero, no parece que pueda implicar que ya en ese momento deba verificarse el cumplimiento del límite cuantitativo a la subcontratación y excluir al licitador si se considerara que lo excede. En este sentido se pronuncia Isabel Gallego Córcoles que en relación con esta cuestión ofrece argumentos importantes: uno empleado tradicionalmente –el poder adjudicador no puede refrenar el recurso a la subcontratación a la hora de evaluar la solvencia– y otro, más novedoso y, en mi opinión, decisivo: es imprescindible entender que el límite cuantitativo a la subcontratación se refiere únicamente a la fase de ejecución del contrato y no a la de selección dado que, precisamente, lo que se pretende evitar es que la ejecución de partes fundamentales de la prestación sean realizadas

por un operador económico cuya solvencia no se ha podido comprobar con ocasión de la selección. Si el licitador opta por integrar su solvencia con medios de terceros y, concretamente, mediante la subcontratación, en realidad, está llevando a un tercero y, por extensión, a sus medios, a la fase de verificación de la solvencia. De manera que el poder adjudicador la conoce y la ha valorado como suficiente, en su caso.

Parece claro que si esa solvencia se ha trasladado al poder adjudicador en el momento de la licitación –como ocurrirá, insistimos, en el caso de que el licitador pretenda hacer uso de la facultad del artículo 63 TRLCSP– esta cautela pierde su sentido.

En relación con esta última cuestión cabe señalar, sin embargo, que hay otra finalidad en la fijación de un límite cuantitativo a la subcontratación que ya se ha señalado anteriormente y que es evitar que, en realidad, se produzca una cesión del contrato al margen del procedimiento legalmente establecido a tal efecto, situación que se produciría si un subcontratista o varios realizaran todas las prestaciones de un determinado contrato público principal.

En relación con esta última cuestión y con el tratamiento en fase de selección de la subcontratación anunciada por el licitador, se entiende que es relevante la discusión existente acerca de si la integración de la solvencia con medios de terceros puede ser total o si, por el contrario, es necesario, en todo caso, que el licitador tenga una solvencia mínima. Esta discusión<sup>13</sup> tiene particular relevancia en estos supuestos ya que en caso de admitir la integración total de la solvencia mediante la subcontratación anunciada en fase de selección se estaría fomentando o abocando el contrato a una situación de subcontratación por encima del límite legal en fase de ejecución ya que el contratista no tiene por sí mismo ni la solvencia mínima para atender a parte de la prestación; y este escenario sería más difícil de admitir jurídicamente.

.....

- 13 La interpretación que ha de darse al art. 63 TRLCSP y, en concreto, los límites aplicables a la integración de la solvencia por medios externos, dista mucho de ser pacífica; algunos órganos realizan una interpretación *secundum directivam* entendiendo que la Directiva no admite limitación alguna a la facultad del licitador de integrar su solvencia (Junta Consultiva de Contratación de Aragón en Informe 29/2008 y TACPA) y otros entienden que el licitador siempre ha de contar con una mínima solvencia, que luego podrá completarse con la de un tercero e incluso que, en algunos casos, por la naturaleza misma de los requisitos de solvencia exigidos (por ejemplo, la experiencia o los certificados de gestión de calidad y medioambiental, como criterios de solvencia técnica) no es posible aplicar la integración de solvencia porque no se trata de elementos trasladables, y únicamente pueden ser cumplidos por quien haya realizado la acción (Resoluciones 254/2011 y 117/2012 TACRC y aunque en un pronunciamiento breve, *obiter dicta*, Resolución 8/2013 TACPCM).

Sobre la distinción entre subcontratación en fase de ejecución e integración de solvencia por medio de terceros, se pronuncia la Junta de Aragón en su Recomendación 2/2013 antes referida en términos sobre los que merece la pena detenerse. Así, por un lado señala que «no debe confundirse la subcontratación en la ejecución, que es a la que nos hemos referido, con el supuesto de integración de solvencia por medios externos del artículo 63 TRLCSP. En este último supuesto, la relación del contratista con los medios externos puede ser de toda índole, incluida la subcontratación». Para añadir a continuación «en estos casos no se puede olvidar que esos medios o terceros aportados completan la solvencia del contratista, de modo que necesariamente deberán formar parte del contrato. Por tanto entendemos que aquí sí que el tercero se incorpora con el contratista en la relación con la Administración, respondiendo directamente frente a ésta de la ejecución del contrato en la parte comprometida. Esta situación debería ser advertida expresamente en los pliegos para mayor seguridad jurídica. Esta conclusión doctrinal carece no obstante en este momento de plasmación legal. Sin embargo este es el criterio que parece confirmarse, si tenemos en cuenta que en la Directiva se prevé que, en el caso de que lo que se integre sea la solvencia económica, puede el órgano de contratación exigir la responsabilidad solidaria del contratista y el tercero externo respecto de la ejecución del contrato.

Este criterio de la Junta es totalmente novedoso. Parece que, según este criterio, la subcontratación anunciada en fase de solvencia, sí implicaría una suerte de inclusión del subcontratista en el contrato principal y una relación directa entre poder adjudicador y subcontratista en relación con la parte de la prestación subcontratada. Esta consecuencia implica, sin duda, un salto cualitativo del tratamiento que se ha dado tradicionalmente a la subcontratación en nuestro Derecho de contratos.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO PÚBLICO Y SUBCONTRATO. LOS PLIEGOS COMO INSTRUMENTO CLAVE PARA LA ADECUADA APLICACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

La regulación actual de la subcontratación deja un importante margen de manobra al órgano de contratación en relación con la subcontratación. La mayoría de las previsiones legales pueden ser moduladas, matizadas o, en general, adaptadas, a través de los pliegos. Parece que si esto es así es porque, a pesar de la separación jurídica estricta entre contrato público y subcontrato privado, la realidad es que el segundo nace en relación con el primero, como consecuencia de su existencia y para realizar una prestación que es objeto de aquél. Indudablemente, existe una relación entre uno y otro y la manera de que la subcontra-

tación tenga el lugar que le corresponde en cada caso es, precisamente, regularla en los pliegos de modo coherente con las características del contrato público principal.

Sobre la importancia de la correcta utilización de los pliegos como instrumento idóneo para regular la subcontratación en cada contrato se ha manifestado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 2/2013, de 25 de noviembre, relativa a los criterios de aplicación de las normas vigentes en materia de subcontratación. Según se indica en esta recomendación, dos son los momentos clave en relación con la subcontratación en el marco de un contrato público: la preparación del contrato y, en particular, la redacción y configuración de los pliegos y la ejecución del contrato. Ambos son esenciales, pero cabe indicar que el primer momento es determinante puesto que de las previsiones de los pliegos dependerá, después, el escenario que, en relación con la subcontratación, se plantee en cada contrato en fase de ejecución, así como el margen de actuación que el poder adjudicador pueda tener sobre éste.

Así, los pliegos no solo son el instrumento donde deberá preverse la prohibición de la subcontratación –si ésta fuera la voluntad del órgano de contratación por considerarla la opción más conveniente al contrato público en cuestión– sino también el límite máximo de subcontratación, la obligación o no del contratista de expresar en su oferta qué parte de la prestación pretende subcontratar, así como la identificación del subcontratista o su perfil, o la imposición de una obligación de subcontratar, cuando el órgano de contratación quiera asegurar una cualificación específica para determinada parte de la prestación.

Se trata de cuestiones sobre las que el órgano de contratación tiene libertad de decisión –discrecional, que no arbitraria– y que deberán decidirse por aquél a la luz de las características y peculiaridades de cada contrato y, en particular, de su prestación.

El hecho de que el legislador haya optado por dejar esta decisión discrecional en manos de los órganos de contratación no es casual y se explica por la intensa conexión entre el contrato principal y el subcontrato privado, de manera que parece más adecuado dejar la regulación exhaustiva de la cuestión para su determinación en los pliegos, antes que agotarla a nivel de Ley, con reglas de general aplicación que pudieran resultar acertadas o idóneas para determinados contratos, pero no para otros.

Sin embargo, esta realidad tiene una doble cara: por un lado, supone una oportunidad para que los órganos de contratación aprovechen esta opción que la Ley les da en beneficio del buen fin del contrato, adaptando las reglas aplicables a la subcontratación a lo que resultara más adecuado en cada caso. Pero, al mismo

tiempo y por idéntico motivo, es también una carga para los órganos de contratación, en el sentido de que estos deberán extremar el celo y la diligencia a la hora de plantearse y decidir estas cuestiones en la preparación del contrato, puesto que la mayoría de las cuestiones en materia de subcontratación no están, por decisión del legislador, totalmente cerradas en la Ley, sino más bien al contrario.

### 3. EL LÍMITE CUANTITATIVO A LA SUBCONTRATACIÓN

Otra de las cuestiones sobre las que merece la pena realizar alguna reflexión es la de la fijación del límite cuantitativo a la subcontratación. Como es sabido, la tradición normativa en la materia es, efectivamente, la fijación de tal límite mediante el establecimiento de un porcentaje máximo de subcontratación en relación con el importe de adjudicación del contrato. El porcentaje ha variado, pero la configuración del límite a través de este sistema ha permanecido inalterada.

Con carácter previo cabe señalar que el modo en que la Ley ha fijado este límite en la letra e) del apdo. 2 del artículo 227 no es, precisamente, claro. Indica este apartado que «las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación».

El tenor literal del precepto parece claro: en el caso de que el pliego guarde silencio en relación con el límite máximo de la subcontratación, este límite se fijará, *ex lege*, en el 60 % del importe de adjudicación. Sin embargo, fuera de este supuesto, la Ley no fija un límite máximo, sino que se remite a lo que, a tal efecto, se estableciera en los pliegos.

Parece claro que no sería posible una subcontratación del 100 % puesto que este supuesto escondería, en realidad, una cesión de contrato. Pero ¿qué ocurre por debajo de este porcentaje? ¿Sería legalmente admisible una subcontratación del 80 % del precio del contrato si el pliego así lo previera?

La interpretación que se ha dado a este precepto no es unánime. Por un lado, algunas interpretaciones se apoyan en el tenor literal de la Ley para entender que, efectivamente, es posible fijar en los pliegos límites a la subcontratación superiores al 60 %. Así, German Fernández Farreres en «El régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público». Indica este autor que «El límite legal máximo, por tanto, es el 60 por ciento del importe de adjudicación Pero de ello no parece que pueda concluirse que dicho porcentaje es también el límite máximo del porcentaje que pueda fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El pliego puede habilitar un porcentaje mayor de subcontratación, si bien no resulta razonable que ese mayor porcentaje

deje sin efecto la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución «parcial» del contrato administrativo. No ha de ser admitida, pues, la autorización de un porcentaje de subcontratación que alcance el cien por cien del importe de adjudicación o que expresamente permita subcontratar sin límite porcentual alguno».

No obstante lo anterior, existen interpretaciones de este precepto en la línea contraria, es decir, en el sentido de entender que el límite máximo del 60 % lo es para todos los casos, haya o no previsión expresa en el pliego. Esta es la interpretación que se mantiene en el Informe 1/2010, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Se indica en las consideraciones jurídicas incluidas en este Informe que:

entiende esta Junta Consultiva, que la ley fija un límite inicial del que no puede excederse en ningún caso de tal manera que ese límite porcentual constituye un límite máximo para el contratista, y ello para evitar crear situaciones de práctica novación o sustitución del contratista que desvirtuarían la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución parcial del contrato administrativo.

Sin embargo y a diferencia de lo que ocurría con la aplicación del artículo 115 TRLCAP, no opera como límite mínimo, pues el órgano de contratación ha podido establecer en los pliegos un porcentaje menor y limitar la libertad del contratista principal. Y es que de lo contrario podría darse lugar, vía subcontratación, a auténticos supuestos de novación subjetiva que no cumplirían los requisitos legales, alterando una de las reglas fundamentales de la contratación como es el carácter sustancial del elemento subjetivo en la elección del contratista.

Lo que sí resulta posible es que el órgano de contratación puede establecer en los pliegos una limitación cualitativa a la subcontratación, afectado a una serie de partidas / prestaciones que no puedan ser subcontratadas y dejando al contratista principal la facultad de subcontratar hasta el 60 % del resto de prestaciones, o reducir ese límite en los pliegos.

En todo caso, la Ley confiere a la Administración la potestad para establecer en los pliegos límites, cualitativos y cuantitativos, de la subcontratación hasta un 60 % [...].

Y en las conclusiones de Informe, la Junta señala que «la Administración ostenta la facultad de modular la subcontratación en fase de ejecución, con los límites cuantitativos y cualitativos que permitan, en todo caso, la consecución y la mejora de la prestación objeto del contrato. En el momento de redactar los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de valorar cuáles son los medios más oportunos de ejecución del contrato, operando el 60 por ciento como límite máximo en todo caso de la ejecución del contrato».

En relación con el límite a la subcontratación, este Informe se refiere a los límites cualitativos a la subcontratación, por oposición a los límites de carácter

cuantitativo. En efecto, cabe plantearse la idoneidad de la fijación de un límite a la subcontratación en términos cuantitativos y la posibilidad de fijación de límites en base a otras consideraciones.

En este sentido, cabe señalar que la finalidad última de este tipo de limitación era y es la evitación de una cesión de contrato en fraude de Ley. Sin embargo, no se agotan ahí las consideraciones a tener en cuenta a la hora de regular el límite a la subcontratación.

La estricta separación jurídica entre el contrato público y el subcontrato privado implica, también, una estricta separación entre Administración contratante y subcontratista, así como una imposibilidad de intervención de la Administración en relación con el subcontrato, salvo en relación con las cuestiones expresamente excepcionadas por ley (fundamentalmente, comprobación de pagos a subcontratistas). No existiendo relación contractual, salvo en los supuestos expresamente previstos por Ley, la Administración no está habilitada para intervenir en relación con la ejecución del subcontrato, en ningún sentido. La intervención de la Administración en fase de ejecución –singularmente el control de la ejecución por el responsable del contrato– lo será en relación con la del contrato principal por parte del contratista, es decir, dirigiéndose a éste y no al subcontratista.

No obstante lo anterior, es innegable que, más allá de consideraciones jurídicas, lo cierto es que el modo en que se ejecute el subcontrato afecta, directamente, al buen fin del contrato público principal. De hecho, éste es el fundamento último en virtud del cual se ha ido admitiendo la intervención del Derecho Público en la regulación de ciertos aspectos relativos al subcontrato privado.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe plantearse si la perspectiva desde la que abordar la limitación a la subcontratación debiera de ser cualitativa en lugar de cuantitativa. El control por parte de la Administración de la ejecución de las prestaciones es solo tal cuando puede intervenir de modo efectivo y directo, ya sea con actuaciones de comprobación, dando instrucciones o indicaciones, imponiendo penalidades, etc. Parece por ello que aquellas prestaciones que son nucleares, esenciales para el buen fin del contrato, debieran permanecer dentro de la esfera de control directo de la Administración, puesto que, en caso de subcontratación, tal control se debilita muy considerablemente y en ningún caso es inmediato.

Quizás el límite a la subcontratación pudiera establecerse en atención a las anteriores consideraciones, desde una perspectiva cualitativa, distinguiendo prestaciones nucleares, esenciales o críticas, de las que son accesorias y estableciendo el límite según este criterio, subdividiéndolas en partidas susceptibles de ser sub-



contratadas. Esta perspectiva es la que se adopta por la Ley en el caso del contrato de gestión de servicios públicos en el que únicamente pueden subcontratarse las prestaciones accesorias.

Establecido tal límite en estos términos, parece que, además, el control y la verificación de que, efectivamente, se respeta, sería además más sencillo para el órgano de contratación, cuestión no baladí dado que el control del límite cuantitativo parece tarea más que compleja. De nada sirve fijar un límite legal si su comprobación en la práctica es imposible o altamente compleja.

#### 4. OTRAS CUESTIONES

Las cuestiones complejas en relación con la subcontratación no se agotan en las mencionadas anteriormente, siendo muchos los aspectos que pueden plantearse en relación con la subcontratación. Algunos de ellos se refieren a continuación, muy brevemente.

- Se plantea la posibilidad de que el pago a los subcontratistas pudiera ser una finalidad adicional de las que deba responder dicha garantía. Esta posibilidad, en una primera aproximación, parece repeler el que es destino natural de la garantía y que puede resumirse en el debido cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista frente a la Administración. Obligaciones entre las que no está, con carácter general y desde la perspectiva tradicional, el pago al subcontratista, que es una obligación asumida frente a este último. No obstante lo anterior, quizás la Ley 14/2013 haya abierto una puerta a esta opción desde el momento en que califica esta obligación asumida frente a un tercero como condición especial de ejecución y, además, le anuda la posibilidad de imponer penalidades. Por un lado, una de las finalidades legales a las que está afecta la garantía es el pago de las penalidades –en segundo lugar, si no hay pagos parciales o finales pendientes, de acuerdo con el artículo 212.8 TRLCSP– y, por otro, las condiciones especiales de ejecución se pueden calificar como obligaciones esenciales, de manera que, en tal caso, su incumplimiento entraría dentro del ámbito del apdo. 100 b). Bien es cierto que, en ambos casos, sería necesario prever el mecanismo en virtud del cual, las cantidades incautadas tuvieran como destinatario último al subcontratista, así como la figura jurídica en virtud de la cual éste pudiera reclamarlas pues, en caso contrario, esta alternativa seguiría sin responder a la finalidad última que se persigue y que no es otra sino que el subcontratista cobre.
- Es claro que el subcontratista no es parte del contrato principal. Sin embargo, es más difícil sostener que no tenga la condición de interesado a que se refiere el artículo 31.1 c) de la LRJPAC. En este sentido, las inci-

dencias que puedan producirse en fase de ejecución del contrato (interpretación, modificación, resolución del contrato) afectan a sus intereses legítimos. Desde este punto de vista, aunque la legislación de contratos no obliga a dar audiencia al subcontratista en la tramitación de estos procedimientos, sí habría de admitirse una solicitud de intervención en los mismos realizada por el subcontratista al amparo del precepto citado. Nótese que de acuerdo con la LRJPAC esta intervención debe solicitarla el interesado, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 31.1 b) que se refiere, más estrictamente, a los interesados que tengan esta condición por ser titulares de derechos subjetivos –en este caso, en relación con el contrato principal– supuesto en el que no estaría el subcontratista al no tener, en relación con el contrato principal, una posición jurídica generadora de derecho subjetivo alguno.

- Finalmente, cabe plantearse la posibilidad de fomentar determinadas condiciones de subcontratación que se consideren deseables por el órgano de contratación, incorporando al pliego estas cuestiones relacionadas con la subcontratación, siempre que no se trate de obligaciones legales –por razones obvias– en la forma de criterios de adjudicación. Es sabido que el requisito esencial de los criterios de valoración es su relación directa con el objeto del contrato, es decir, con la prestación, así como que, necesariamente, deban redundar en una ventaja o valor añadido de la prestación para la Administración; es decir, que cada criterio de valoración debe implicar, siempre, una ventaja adicional de la prestación o de la forma en que ésta va a ejecutarse. Desde este punto de vista, si puede argumentarse en cada caso que, efectivamente, esas concretas condiciones de la subcontratación (ya sea un determinado límite que se considere más conveniente que otro para ese concreto contrato a la vista de las prestaciones que lo integran, la prestación de garantías de pago a los subcontratistas o condiciones de análoga naturaleza) implican una mejora de la prestación por cuanto redundan en el buen fin de la misma, cabría la opción de plantear la viabilidad de este tipo de previsiones, siempre que, además, se cumplieran el resto de requisitos establecidos legalmente y por la doctrina de los órganos de recursos contractuales en relación con los criterios de valoración.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La subcontratación no es una realidad nueva en el marco de la contratación pública. Sin embargo, el contexto económico actual y las modificaciones normativas que éste ha provocado en relación con esta cuestión, sí puede calificarse de novedoso y, en cierta forma, rupturista con el tratamiento tradicional que la normativa de contratos administrativos daba a la subcontratación. Así, se observa

una clara tendencia a una mayor intervención normativa del Derecho Público en la relación jurídico privada entre contratista principal y subcontratista, pero también –y quizás este aspecto sea el más novedoso– una mayor intervención de la Administración o poder adjudicador contratante en la ejecución del subcontrato privado.

Esta realidad, que supone un cambio sustancial en relación con la subcontratación en el ámbito de la contratación pública, impone la necesidad de poner en cuestión o al menos reflexionar sobre algunas consideraciones jurídicas que hasta el momento se daban por consolidadas e indiscutibles.

Este momento de reflexión podría ser, además, idóneo para plantear alternativas más adecuadas a la tradicional regulación que la normativa de contratos públicos ha llevado a cabo en relación con la subcontratación; por ejemplo, en lo relativo a los términos en que debe fijarse el límite a la misma y si éste pudiera tener un enfoque más adecuado que el límite cuantitativo.

Por otro lado, la aparición de nuevas figuras con caracteres y contornos que pueden ser confundidos con el de la subcontratación, como es el caso de la integración de la solvencia con medios de terceros, obligan a desarrollar nuevas pautas de distinción entre figuras que, siendo cercanas, no son idénticas y, por tanto, no pueden tener el mismo tratamiento jurídico.