

Contratación pública y subcontratación¹

María Teresa Rivero Sánchez-Covisa

RESUMEN

El presente estudio pretende llevar a cabo un análisis de la regulación de la subcontratación en el TRLCSP desde la perspectiva de una Administración Pública. Se pretende hacer un análisis de la regulación actual, considerando la evolución legal y jurisprudencial de la subcontratación en nuestro derecho y la dirección que impone la nueva Directiva 2014/24. Es el momento de hacer

.....

- 1 Abreviaturas, siglas y acrónimos. CC: Código Civil; CE: Constitución Española de 1978; ET: Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Ar: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCE: Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por D 923/1965 de 23 de abril; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LGT: Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre; LPAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LSSC: Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción; PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; RGLCAP: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TC: Tribunal Constitucional; TRLCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

una reflexión sobre la necesidad de regular la subcontratación de forma que se solventen muchos de los problemas que la práctica ha planteado. Es necesario también que la Administración lleve a cabo una adecuada y completa regulación de la subcontratación en los Pliegos, controlando rigurosamente la misma en la ejecución contractual. Para dicho control, las obligaciones de información que se impongan en el Pliego al contratista revestirán un papel esencial.

ABSTRACT

This study endeavours to carry out an analysis of the regulation governing subcontracting in the Revised Text of the Public Sector Procurement Act (TRLCSF) from the standpoint of a Public Administration. It aims to analyse the current regulation, taking into consideration the legal and case-law evolution of subcontracting within our legal framework and the path laid down by the new Directive 2014/24. It is time to reflect on the need to govern subcontracting so that many of the problems raised by this practice can be resolved. It is also necessary for the Public Administration to implement a full and suitable regulation of subcontracting in tender documents, thus exercising strict control over it as regards contractual fulfilment. In order to achieve such control, the reporting obligations laid down for the contractor in tender documents will play an essential role.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL TRLCSF. 1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. 2. LA POSIBILIDAD DE LA SUBCONTRATACIÓN COMO REGLA GENERAL. 3. LA SUBCONTRATACIÓN COMO OPCIÓN DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL. 4. SUPUESTOS DE AUTORIZACIÓN PREVIA. 5. INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA SUBCONTRATACIÓN. 6. EL OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN. LÍMITES CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS DE LA MISMA. 7. LA SUBCONTRATACIÓN MANIFESTADA EN LA LICITACIÓN: LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA Y LA NECESARIA MENCIÓN EN LOS PLIEGOS. 8. LA PROHIBICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN. 9. LA IMPOSICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN. 10. REGLAS ESPECIALES DE LA SUBCONTRATACIÓN. 11. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA SUBCONTRATACIÓN. IV. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24 Y LA SUBCONTRATACIÓN. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La subcontratación es en esencia una técnica de organización del trabajo que responde a la fragmentación del ciclo productivo en actividades o prestaciones técnicamente homogéneas que serán desplazadas a unidades productivas exter-

nas. Si bien el TRLCSP no recoge el concepto de subcontratación, sí lo hace la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, cuyo art. 3 la define como «la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se ha encomendado»².

La subcontratación se configura como facultad que corresponde al contratista cuyo fundamento constitucional debe buscarse en el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la CE. Este derecho comprendería por un lado, la libre iniciativa para el ejercicio de actividades económicas y de otro, la libertad del empresario para combinar los factores productivos con arreglo a su propio criterio. Este segundo aspecto permite al empresario elegir entre la realización por entero del ciclo productivo o el desplazamiento de determinadas partes o actividades de dicho ciclo productivo a unidades externas. Esta técnica de externalización del trabajo ofrece al empresario evidentes ventajas organizativas y técnicas. Así, permite a la empresa conseguir una mayor especialización en la ejecución de ciertas prestaciones o acometer trabajos complejos con una dimensión óptima de la plantilla. A ello debe añadirse que desde la perspectiva del derecho comunitario la subcontratación es un cauce esencial de acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública.

Ahora bien, siendo indudables las ventajas que ofrece la subcontratación, no puede olvidarse que descentralizar la ejecución del contrato, conlleva ciertos peligros que repercuten especialmente en aquellos que ponen su trabajo o materiales en el contrato de otro. Es este último eslabón de la cadena el que ha sufrido de forma más acentuada los inconvenientes de la subcontratación. Entre dichos abusos la práctica ha alertado de cadenas excesivas de subcontratación que se traducen en una escasa profesionalización del trabajo, de la encomienda a subcontratistas de partes muy relevantes de la prestación a cambio de contraprestaciones muy inferiores a las pactadas por el contratista o de la estipulación de plazos de pago muy superiores a los del contrato principal consiguiendo de esta forma el contratista una liquidez adicional a expensas de los subcontratistas. La subcontratación se ha utilizado también para enmascarar actuaciones empresariales fraudulentas, prohibidas por el ordenamiento jurídico, como la cesión ilegal de trabajadores. Todos estos inconvenientes han determinado toda

.....

2 La STSJ de Andalucía-Málaga (Sala de lo social), sentencia 274/1996, de 8 de marzo, Fundamento de Derecho Tercero. Esta sentencia define la subcontratación como «el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a otro contratista la ejecución de determinadas prestaciones que forman parte del encargo productivo más complejo que aquel se ha comprometido a realizar».

una serie de prevenciones desarrolladas por nuestro derecho dirigidas esencialmente a la protección de aquellos que ponen tanto los materiales como su trabajo en la ejecución de un contrato ajeno.

Así, el Derecho Laboral ha desarrollado una especial tutela del trabajo dependiente que, referido al ámbito de la subcontratación, da lugar al llamado «principio de protección del trabajo en contratas», principio que postula en definitiva una protección reforzada y específica de los trabajadores subcontratados. La legislación laboral ha impuesto así la responsabilidad solidaria del empresario principal para garantizar el pago de salarios y el pago de las cuotas de seguridad social de los trabajadores subcontratados.

En el ámbito del Derecho Civil, la protección al subcontratista, ha encontrado un apoyo decisivo en la interpretación y aplicación jurisprudencial de la acción directa del art. 1597³ del CC.

No puede tampoco olvidarse la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (LSSC), dictada precisamente para paliar los abusos de la subcontratación en las obras de construcción. Dicha Ley resulta desarrollada mediante RD 1109/2007, de 24 de agosto. La LSSC será de aplicación a todo tipo de contratos de obra, ya sean contratos públicos o privados, y ya se trate de contratos de arrendamientos de servicios o de obras siempre que las actividades que son objeto de los mismos sean los trabajos de obras de construcción que específicamente señala la Ley. La subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser ilimitada en las obras exigiéndose que la misma no supere el tercer nivel de contratación, salvo que la subcontratación se juzgue necesaria a juicio de la dirección facultativa de obra, en cuyo caso se podrá autorizar una subcontratación adicional. De igual forma requiere que las empresas subcontratistas cuenten con una determinada organización productiva (medios personales y materiales), con ejercicio de facultades de organización y dirección configurándose como centro de imputación de responsabilidades y obligaciones. El art. 7 de la ley establece además la obligación para las empresas contratistas y subcontratistas de vigilar las limitaciones a la subcontratación, así como la obligación de hacer constar las subcontrataciones en el Libro de Subcontratación que el art. 8 de la Ley exige para toda obra de construcción. En dicho Libro, que debe permanecer en todo momento en la obra, se deberán re-

.....

3 La STS, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1999, justifica la acción directa a la vista de la realidad social actual y con la finalidad de evitar manipulaciones y abusos a cargo de los propietarios que se valen de la subcontratación. En idéntico sentido la STS, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 2008, fundamentaba la acción directa en razones de equidad y con objeto de evitar enriquecimientos injustos a costa de lo subcontratistas.

flejar por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos todas y cada una de las subcontrataciones que se realicen indicando si son empresas o trabajadores autónomos y su nivel de subcontratación. De igual forma se hará constar la persona que ejerce las facultades de dirección y organización de cada empresa contratista, los representantes legales de los trabajadores de la misma, así como la entrega a las mismas de la parte del Plan de Seguridad y Salud que afecte a la realización de dichas obras.

Los problemas anteriormente expuestos no son ajenos a contratación pública, sin embargo la particular construcción que las sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han realizado de la subcontratación, ha ahondado progresivamente en una radical separación entre la relación jurídica administrativa que vincula a la Administración Pública con el contratista, y la relación jurídica civil que vincula a este último con el subcontratista. De este modo la constante en el Derecho Administrativo ha sido tratar de salvaguardar el contrato administrativo, en razón del interés público que persigue, de toda injerencia o vicisitud que pudiera proceder de las subcontrataciones. El Derecho Administrativo ha afirmado, en definitiva, una relación jurídica exclusiva con el contratista que ha determinado que la Administración quede ajena a cualquier acción o reclamación del subcontratista. Esta dirección es, por tanto, absolutamente inversa a la que han seguido otros ámbitos de nuestro derecho, como el Derecho Civil, Laboral o Tributario, que han generado todo un entramado de responsabilidades para el empleador derivadas de la subcontratación.

Las consideraciones expuestas presiden el estudio de la subcontratación que se aborda, estudio que tendrá en cuenta la dirección que impone actualmente la nueva Directiva 2014/24.

II. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La subcontratación se ha configurado tradicionalmente, junto con la figura de la cesión de contrato, como una excepción al carácter *intuitu personae* de los contratos administrativos en cuya conclusión es fundamental la consideración a las cualidades del contratista. Así, el Derecho Administrativo requiere ciertas condiciones de aptitud y solvencia para ser admitido a la licitación siendo adjudicatario el licitador que resulte seleccionado a través de los procedimientos legalmente establecidos. Este carácter *intuitu personae* no puede confundirse con el carácter personalísimo de las prestaciones, dado que lo normal es que de la contratación pública no se deriven prestaciones de carácter personalísimo que solo pueda ejecutar el contratista.

El subcontrato en el Derecho Administrativo parte también del mismo concepto económico de subcontrato que hemos visto –práctica mercantil de organización productiva, facultad del contratista– y de la estructuración del subcontrato en dos relaciones jurídicas superpuestas. Ahora bien, como diferencia esencial con el Derecho Civil, en la contratación pública no se mantiene la identidad de naturaleza jurídica respecto a las dos relaciones superpuestas que confluyen en la subcontratación (relación principal –entre comitente y contratista– y relación secundaria o accesoria –entre contratista y subcontratista–), ni existen tampoco acciones entre el subcontratista y la Administración contratante, desarrollándose estas dos relaciones jurídicas de forma absolutamente autónoma y paralela. Se establece así, una distinción nítida entre la relación jurídica que vincula a la Administración y contratista, de naturaleza administrativa, y la relación jurídica que vincula al contratista y subcontratista, de naturaleza civil. La relación jurídica que surge de la subcontratación, como relación dependiente o accesoria de la principal, se verá afectada por las vicisitudes que esta última experimente en su vida jurídica, pero no genera ni derechos ni obligaciones para la Administración, ni alterará el régimen de responsabilidad del contratista frente a ella, quien debe responder de forma exclusiva de la ejecución del contrato⁴.

La autonomía de la subcontratación respecto al contrato administrativo principal, se mantuvo tradicionalmente por los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁵ y por los Tribunales Administrati-

.....

4 La STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2005 en su Fundamento de Derecho Tercero señala: «Tal como esta Sala y Sección ha puesto de manifiesto, entre otras, en Sentencias núm. 587, de 9 de julio de 1997, rec. 2170/93, y núm. 93, de 31 de enero de 2005, rec. 54/2002, el subcontrato resulta un negocio jurídico derivado o secundario, destacándose que se trata de un negocio estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: autónomo y de naturaleza civil, por una parte, pero también dependiente, porque si se extingue el principal, se produce la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo».

5 En su informe 71/09, de 23 de julio de 2010, la JCCA negaba la posibilidad de hacer constar en los Pliegos una cláusula que permitiese al órgano de contratación efectuar pagos directamente al subcontratista. Se afirmaba que, de otra forma, se atribuiría al órgano de contratación potestades decisorias sobre una relación autónoma, de carácter privado, invadiendo con ello las competencias jurisdiccionales. Dicho informe entendió que esta dirección resultaba avalada por el apdo. 4 del art. 210 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, que había introducido un segundo estableciendo que «el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados... no alterarán la responsabilidad exclusiva del contrato principal». Esta misma posición jurídica fue mantenida en el Informe 56/10, de 28 de octubre de 2011 y en el informe 36/2011 de 15 de diciembre.

La redacción de este precepto no era sin embargo tan clarificadora como la JCCA pretendía, y de hecho no afectó a la dirección que mantuvieron los Tribunales civiles al propio tiempo

vos en interpretación de las sucesivas leyes reguladoras de la contratación pública. En este sentido nuestra Ley de Contratos del Estado de 23 de abril de 1965 se limitó a recoger en el art. 59 la posibilidad de subcontratar, señalando que, salvo que del contrato resultara lo contrario o se dedujera que el contrato de obra había de ser ejecutado precisamente por el adjudicatario, este podía encomendar a un tercero la realización de unidades de obra. Nada más se establecía en relación a las acciones y responsabilidades que surgían de la subcontratación. Es el Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, el que afirma la relación exclusiva de los subcontratistas con el contratista en su art. 186. El art. 116.3 de la Ley de 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, con leves modificaciones vino a recoger esta misma orientación al igual que el art. 115.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Esta posición jurídica, encontró su principal apoyo jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 10 de febrero de 1990⁶, siendo seguida por la Audiencia Nacional y por muchos de los Tribunales Superiores de Justicia.

Frente al planteamiento de los Tribunales administrativos, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, mantuvo una jurisprudencia reiterada y bien diferente⁷, seguida unánimemente por las Audiencias Provinciales, posibilitando que los subcontratistas pudieran accionar directamente contra la Administración Pública. En este sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencias de 12 de mayo de 1994 y 18 de julio de 2002 había declarado que «los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es

.....

que sectores importantes de la doctrina –en este sentido Francisco Blanco López («La subcontratación administrativa ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Cc»)- cuestionaban que dicha redacción impidiese una acción civil directa del subcontratista.

- 6 Esta sentencia señalaba literalmente: «En los subcontratos la relación existente entre el contratista y sus subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista.

El subcontratista, aunque es tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte del contrato principal, en el que solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tiene que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse».

- 7 En este sentido, SSTS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 1994, 18 de julio de 2002 24 de enero de 2006 y 12 de diciembre de 2007.

acción de naturaleza también civil, prevista en el art. 1597 del CC, por lo que su competencia para su conocimiento debe ser residenciada en los Tribunales del orden civil». Se establecía así una suerte de acción directa del subcontratista contra el comitente o dueño de la obra, nacida del propio subcontrato, que se superponía a la relación jurídica administrativa que vinculaba al contratista con la Administración, y que permitía accionar directamente al subcontratista frente a la Administración como dueño de la obra.

La creación de la jurisprudencia civilista fue defender la acción directa del subcontratista frente a la Administración, fundada en la acción especial que le otorgaba el art. 1597 del CC, afirmando la naturaleza civil de esta acción, que nacía propiamente del subcontrato y la competencia de los Tribunales Civiles para conocer de la misma. Ello permitió a muchos subcontratistas, que resultaban impagados en la ejecución de obras públicas, ver estimadas sus pretensiones frente a la Administración. Dicha construcción obedecía, sin duda, a la necesidad de dar respuesta práctica a muchos de los problemas y abusos que ponía de manifiesto la subcontratación⁸. A través de ella, los Tribunales civiles aplicaron a la contratación pública, la amplia doctrina que habían creado sobre la base del art. 1597 del CC, precisamente para dar respuesta a los problemas de la subcontratación en los contratos de obra⁹.

.....

8 El Auto 107/2003 de la Audiencia Provincial de Baleares señalaba refiriéndose a la contratación pública que «La realidad muestra la importancia práctica y la trascendencia económica de la dispersión de los trabajos que se producen en los contratos de obra, a través de la figura de la subcontratación; los grandes contratos de obra, muchas veces contratos cuyo *dueño de obra* o comitente es una entidad pública, se conciertan con contratistas que celebran contratos parciales, los subcontratistas a su vez, celebran nuevos subcontratos y puede llegarse a la aplicación de la acción directa del artículo 1597 del Cc con un planteamiento muy distinto al que enfrentó el Cc del año 1889 que, en este punto, reproduce prácticamente lo que decía el artículo 1538 del Cc de 1851.

La jurisprudencia en su función esencial de complementar el ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 1.6 del Cc no ha quedado ni debe quedar ajeno a la evolución de la realidad, sino que debe interpretar las normas de acuerdo con la realidad social, tal y como ordena el artículo 3.1 del Cc. En este sentido, una interpretación progresiva y adecuada a la realidad social, hace interpretar el artículo 1597 del Cc».

9 La doctrina que de la acción del art. 1597 del CC ha realizado la jurisprudencia civil, se expone en la Sentencia 180/2013, de 17 de abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10), Recurso de Apelación 166/2013, Ponente Sr Illescas Rus, que realiza un auténtico recopilatorio de la misma. Esta acción se configura como una acción nacida de la equidad, propia y directa y no subrogatoria o pauliana. Constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos y faculta al subcontratista para cobrar del dueño de la obra lo que este adeuda a su vez al contratista. La carga probatoria de haber pagado al contratista, como excepción frente a esta acción, corresponde al comitente o dueño de la obra.

La polémica quedó definitivamente zanjada con la introducción del apdo. 8 del art. 227 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), que de forma muy clara dispone en su apdo. 8 que «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». La exclusión expresa de acción directa de los subcontratistas frente a la Administración zanjaba de raíz la polémica suscitada y ponía fin al camino emprendido por los Tribunales civiles.

Los Tribunales civiles declinan actualmente el conocimiento de cualquier acción del subcontratista a favor de la jurisdicción contenciosa. Esta última desestima las pretensiones del subcontratista por falta de esa acción directa¹⁰. Curiosamente muchos de los Tribunales contenciosos en recientes sentencias, además de reiterar la inexistencia de la acción directa frente a la Administración –lo que en sí mismo descartaría cualquier otro pronunciamiento–, entran en el fondo del asunto, entendiendo que procede además la desestimación de las pretensiones del subcontratista por falta de comunicación de la subcontratación a la Administración¹¹. Esta falta de comunicación permite a la Administración desconocer cualquier acción del subcontratista. Cabe plantearse qué alcance debe darse a ese desconocimiento si el propio TRLCSF impide de plano cualquier acción directa del subcontratista frente a la Administración. Curiosamente, aunque se afirma que la relación de subcontratación es ajena a la Administración, se reconoce la condición de interesado al subcontratista en el contrato reconociéndole el derecho de información y acceso al expediente administrativo. Esta misma condición de interesado se le reconoce en la vía contenciosa¹².

Cabe cuestionar, como señala un sector importante de la doctrina, si con la supresión de cualquier género de acción directa del subcontratista frente a la

10 En este sentido, podemos citar la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª), núm. 309/2012, de 6 de septiembre, rec. 321/2012, Fundamento de Derecho Segundo.

11 En este sentido puede citarse la Sentencia de 22 de marzo de 2012 del TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo), la Sentencia de 23 de octubre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y la Sentencia de 4 de junio de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª).

12 STSJ de Madrid 309/2012, Recurso 321/2012, de 6 de septiembre (Sala de lo Contencioso Sección 3ª).

Administración, se produce realmente algún tipo de beneficio para la Administración Pública. De hecho, el ejercicio de la acción directa ha sido admitido en países de nuestro entorno¹³ y es la opción a la que se orienta la nueva Directiva de contratación 2014/24. Recordemos que la acción directa, tal y como se había configurado por la doctrina civil, no implicaba ni responsabilidad ni gasto adicional para la Administración, que solo respondía con la cantidad que no hubiera pagado al contratista. Tampoco era incompatible con la protección de los intereses públicos, más bien todo lo contrario. El hecho de que la Administración pudiera abonar directamente las prestaciones contractuales a quien en definitiva las ejecuta materialmente, garantiza la viabilidad y buena ejecución del contrato, otorgando mayores garantías a los subcontratistas. Esta posición sería también más acorde con un poder público responsable que vela por la correcta ejecución del contrato y por el cumplimiento de la normativa laboral, medioambiental y social en la ejecución del mismo. Es dudoso por tanto que una radical separación entre la relación jurídica principal que vincula al contratista con la Administración y aquella que se establece entre el contratista y el subcontratista, reporte verdaderas ventajas a la Administración, en la medida que impide cualquier intervención administrativa en una relación jurídica que, a la postre, se desarrolla en el seno de los contratos públicos.

Por último, dicha separación tampoco garantiza a la Administración una absoluta indemnidad frente al contratista. Muy al contrario de lo que se afirma en el TRLCSP, mientras nuestra legislación administrativa se ha esforzado en mantener una separación absoluta entre las relaciones jurídicas involucradas en la subcontratación, la legislación laboral y tributaria, han venido tejiendo todo un entramado de responsabilidades de la Administración Pública como «empleador»¹⁴.

.....

13 Esta opción es la que se acoge en el ámbito de otros países como Francia, en cuya Ley 75-1334 relativa a la subcontratación se admite y regula la acción directa del subcontratista frente a la entidad adjudicadora como forma de exigencia de las prestaciones impagadas que se han ejecutado como consecuencia de la subcontratación.

14 -En este sentido, el art. 42 del ET establece una responsabilidad solidaria del empleador por el pago de salarios y cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores subcontratados.

- El art. 43.1. f de la LGT establece la responsabilidad solidaria por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

Para que se genere estas responsabilidades la actividad subcontratada debe formar parte de la «propia actividad de la Administración». Conforme a la teoría del ciclo productivo, STS, Sala de lo Social, de 3 de octubre de 2008, debe entenderse por «propia actividad», la ac-

.....

tividad inherente o absolutamente indispensable para la actividad de la empresa principal, lo que traducido a la actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada la Administración y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (SS TS 18 de enero de 1995, 29 de octubre de 1998, 24 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 2002 y 20 de julio de 2005).

A modo recopilatorio vid. la STSJ de Madrid núm. 435/2013, de 17 de Mayo, que señala como supuestos en los que la jurisprudencia descarta la noción de propia actividad las contrataciones de vigilancia de las instalaciones de una Administración Pública (STS, Sala de lo Social, 18 de enero de 1995); los supuestos de impartición de cursos de formación por empresas colaboradoras aunque estuvieran financiadas por el INEM (STS, Sala de lo Social, 29 de octubre de 1998; en este mismo sentido se manifiesta la STSJ de Castilla y León Burgos –Sala de lo Social– Sección 1ª, sentencia de 13 de diciembre de 2012); el servicio de cafetería de un club deportivo sociocultural de la Armada (STSJ Murcia de 11 de diciembre de 2006); y un contrato de explotación de cafetería de un Ministerio (STSJ de Castilla La Mancha de 14 de marzo de 2004). Por el contrario, sí se ha considerado que concurre la noción de propia actividad en los supuestos de contrataciones del Ayuntamiento para atender a la gestión indirecta de atención domiciliaria (STS, Sala de lo Social, de 15 de julio de 1996); en la prestación de servicios sociales en un centro de discapacitados dependiente de una administración autonómica (STSJ Comunidad de Valencia de 9 de marzo de 2004); en la contrata de servicios informáticos para el Ministerio de Medio Ambiente (STSJ de Madrid 23 de febrero de 2004); en el transporte de servicio sanitario de urgencia por el Instituto Navarro de Salud (STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2008); en el transporte del servicio sanitario de enfermos por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco (STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 2002); en la gestión indirecta de programas de medidas judiciales de menores en medio abierto para prevenir y evitar conductas delictivas (STSJ Comunidad Valenciana de 4 de mayo de 2005); en la gestión de instalaciones deportivas (STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000); y en la gestión de actividades culturales y deportivas del Ayuntamiento de Alcorcón (STSJ Madrid de 17 de mayo de 2013)

- **Vid. arts. 14, 42.1 y 24.3 sobre la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de prevención de riesgos laborales de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el art. 42.3 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto que aprueba el Texto Refundido de la ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.** La responsabilidad en este caso requiere de la concurrencia de culpa de la Administración y constituye una responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación propia del empresario principal, titular del centro del trabajo –lugar de trabajo–, en el que prestan servicios los trabajadores en virtud de una contrata o subcontrata, de velar por el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales en el conjunto productivo o lugar de trabajo que se encuentra bajo su control (STS, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 1999).
- **Vid. igualmente el art. 214 del TRLCSP que recoge la responsabilidad patrimonial de la Administración.** En relación a la misma, ver las dos posiciones jurídicas que ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a su ejercicio expuestas en la sentencia 1437/2004 Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 30 septiembre Recurso contencioso-administrativo núm. 51/2001.

III. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL TRLCSP

1. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

La regulación de la subcontratación en los contratos administrativos se contiene en los arts. 227, 228 y 228 bis del TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, dentro de las normas relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos (Libro IV de la Ley).

Considerando que solo los contratos administrativos (art. 19.2 TRLCSP) se rigen en cuanto a sus efectos y extinción por el TRLCSP y disposiciones de desarrollo, las normas relativas a la subcontratación deberían ser en principio solo de aplicación a los contratos que celebren las Administraciones Públicas, entendiendo por tales, las comprendidas en el art. 3.2 del TRLCSP, dado que para los contratos que celebren los poderes adjudicadores no Administración Pública y los entes del sector público que no son poder adjudicador (contratos que el art. 20.2 califica de privados), debería estarse al derecho privado para regular sus efectos y extinción.

Esta primera apreciación no es sin embargo correcta en su totalidad, dado que el art. 227.9 del TRLCSP establece expresamente que lo dispuesto en el art. 227 del TRLCSP será de aplicación a las entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados o dependientes de las Administraciones Públicas, si bien las referencias a las prohibiciones de contratar que se efectúan en el apdo. 227.5 se entenderán referidas a las enumeradas en el art. 60.1 del TRLCSP.

En consecuencia, si bien las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales no tienen la consideración de Administración Pública, según el concepto estricto que de este término impone el art. 3.2 del TRLCSP, por previsión expresa de este art. 227.9 las normas en materia de subcontratación sí les son de aplicación. Ello debe considerarse dado, que si este artículo no existiera, sus contratos, como contratos privados que son (art. 20.1 TRLCSP) se regirían en cuanto a sus efectos y extinción por el derecho privado que sería por tanto de aplicación a la subcontratación (art. 20.2 TRLCSP).

2. LA POSIBILIDAD DE LA SUBCONTRATACIÓN COMO REGLA GENERAL

La contratación administrativa parte de la regla general de la posible subcontratación de parte de las prestaciones que integran el contenido del contrato administrativo. En este sentido el art. 227.1 del TRLCSP, en idénticos términos a los recogidos en sus precedentes legislativos, señala que «el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o

los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquel ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario».

En la mayor parte de los supuestos el recurso a la subcontratación será decidido por el adjudicatario en el curso de la propia ejecución, sin que la utilización de este recurso se haya anticipado en el momento de la licitación. Sin embargo la subcontratación puede manifestarse al tiempo de la licitación en dos supuestos: cuando el contratista para acreditar su solvencia la integra a través de la subcontratación y en el supuesto en que la propia Administración requiera en el Pliego al licitador que manifieste al tiempo de realizar su oferta la subcontratación que va a realizar en la ejecución del contrato.

3. LA SUBCONTRATACIÓN COMO OPCIÓN DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

El adjudicatario que decide, en el curso de la ejecución de un contrato, ejecutar parte de las prestaciones recurriendo a un tercero, debe comunicar a la Administración su intención de subcontratar. En este sentido el art. 227.2.b) del TRLCSP requiere como condición indispensable para que el adjudicatario pueda utilizar la subcontratación, comunicar «anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia».

La identificación del contratista en este caso será necesariamente nominativa dado que el contratista ya ha decidido la subcontratación y la identidad del subcontratista. Como primer presupuesto, el subcontratista no puede ser en ningún caso una persona incurso en prohibición de contratar. Así lo señala tajantemente el art. 227.5 del TRLCSP cuando determina que «en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del art. 60» (prohibiciones de contratar)¹⁵. Es decir no puede ejecutarse la prestación subcontratada a través

.....

15 Directiva 2014/24 (105) «[...] Además es preciso puntualizar explícitamente que los Estados miembros han de poder ir más allá, [...] o al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos. Cuando se apliquen estas medidas a subcontratistas, debe garantizarse la coherencia con las disposiciones aplicables a los contratistas principales, de modo que la existencia de motivos de exclusión obligatoria vaya seguida por el requisito de que el contratista principal sustituya al subcontratista de que se trate».

de una persona que no habría podido concurrir a la licitación, por estar incurso en prohibición. De otra forma, se articularía un fraude de ley al ordenamiento jurídico.

El contratista debe además tener la capacidad técnica necesaria para ejecutar la prestación («aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia»). En lógica consecuencia con el sistema de clasificación que acoge nuestro ordenamiento jurídico como forma de acreditación de la capacidad técnica, y en sintonía con lo establecido en el art. 74 del TRLCSP, la acreditación de estar en posesión de la clasificación precisa para ejecutar la parte del contrato objeto de la subcontratación, exime al contratista de tener que acreditar esa capacidad técnica.

En relación a la exigencia o no de clasificación al subcontratista, la Junta de Andalucía en el informe 17/2008 de 7 de octubre concluye que no puede exigirse al subcontratista que tenga la clasificación adecuada para la realización de la prestación del contrato objeto de la subcontratación, pero si la tiene, le eximirá de justificar su aptitud.

En todo caso, conforme al art. 227.2.b) del TRLCSP, las circunstancias relativas a la solvencia del subcontratista, deberán comunicarse y acreditarse por el contratista de forma previa a la realización de la subcontratación. Como excepción a esta regla general, no será precisa la comunicación previa en los supuestos en que el recurso a la subcontratación se produzca «para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifique suficientemente». El TRLCSP no define qué situaciones deben comprenderse en dichos conceptos jurídicos, pero pueden ser trasladables las situaciones que la jurisprudencia ha recogido para fundamentar la tramitación urgente o de emergencia de los expedientes¹⁶. En todo caso, la concurrencia de las situaciones que demanden la subcontratación sin la preceptiva comunicación previa debe ser suficientemente justificada por el contratista de forma inmediata a la realización de la subcontratación, comunicando a la Administración las

.....

16 En relación con la necesidad de motivación de la declaración de urgencia en el expediente se ha destacado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de febrero de 2008) que la situación urgente debe ser objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación. A su vez, dicha declaración debe estar justificada por la existencia de un interés público o de necesidades inaplazables que han de ser satisfechas. Tales circunstancias han concurrir y motivarse de forma suficiente en el expediente. En relación a los supuestos de emergencia, estos se definen por gravedad, recogiendo el art. 113.1 del TRLCSP, acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan un grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional.

circunstancias que hayan concurrido, la subcontratación realizada y las circunstancias del subcontratista.

La doctrina administrativa planteó tradicionalmente qué naturaleza debía otorgarse al requisito de la comunicación previa de la subcontratación y qué efectos jurídicos debían darse a la falta de esa comunicación preceptiva.

Tal y como recoge Germán Fernández Farreres («Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector público»), la exigencia de la comunicación previa de la subcontratación constituye un requisito que tradicionalmente ha exigido nuestro Derecho. Así la LCE de 1965, ya establecía dicho requisito en su art. 58. Esta comunicación tenía por objeto fundamental que la Administración autorizase previamente la subcontratación. Esta autorización se interpretó por el TS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4^a), Sentencia de 20 de abril de 1992, rec. 1967/1990, Fundamento de derecho tercero, como una facultad discrecional de la Administración de forma que el órgano administrativo «era absolutamente libre» para autorizar o no la subcontratación «según tuviera por conveniente». La doctrina administrativa interpretó sin embargo de forma mayoritaria que dicha autorización no podía interpretarse como un poder discrecional de la Administración sino como un control reglado de los requisitos legales exigidos para la subcontratación.

Este requisito fue igualmente exigido en el art. 116.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995 de 18 de mayo y en el art. 115.3 del TRLCAP si bien sin hacer referencia ya a la autorización de la Administración.

Planteándose la doctrina cuáles serían los efectos jurídicos que desencadenaría una subcontratación no comunicada, se sostenía en general que dado que el subcontrato no era más que un pacto o contrato privado entre el contratista y subcontratista, que no desplegaba efectos frente a la Administración, la falta de autorización no enervaría la eficacia de dicho subcontrato, como relación privada entre el contratista y subcontratista, produciendo sus efectos jurídicos al margen de la relación principal. Respecto a la Administración la falta de comunicación previa permitiría a la Administración desconocer la misma.

Se planteó igualmente si, dado que el contratista había incumplido una obligación legal, la Administración podría instar la resolución contractual fundándola en un incumplimiento del contrato.

La posibilidad de resolver el contrato no parece sin embargo que pueda derivarse necesariamente y de forma automática de la simple ausencia de comunicación previa de la subcontratación, pues si bien lo que es indudable es que la misma constituye un incumplimiento del contratista, no todo incumplimiento

puede considerarse de la entidad suficiente para generar una resolución. Ello dependerá en definitiva de la propia naturaleza jurídica del contrato, de los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas, como *lex reguladora* del contrato y de las propias consecuencias jurídicas de ese incumplimiento. Así lo ha entendido el Dictamen 740/2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en el supuesto de una subcontrata de servicios concertada por el contratista sin autorización del Ayuntamiento. Como consecuencia de la falta de comunicación previa de la subcontratación, el Ayuntamiento instó la resolución del contrato considerando que se habían incumplido obligaciones esenciales del contratista. El Consejo Consultivo entiende sin embargo que no constituye causa de resolución el incumplimiento de dicha comunicación previa en cuanto que no todo incumplimiento de una obligación es causa de resolución contractual. Analizando el pliego se concluye que el mismo no requería que el contratista ejecutara personalmente el contrato; tampoco prohibía la subcontratación. De los términos del pliego no puede considerarse que se elevara la comunicación previa de la subcontratación a la consideración de obligación esencial del contrato ni constaba que el subcontratista careciese de la capacidad necesaria para contratar. En base a ello, el Consejo Consultivo entendió que la vía procedente no era la resolución del contrato sino la imposición de penalidades en aplicación de lo dispuesto el art. 210 de la LCSP –hoy art. 227.3 del TRLCSP¹⁷.

Los Tribunales, por su parte (en este sentido la), han entendido que la falta de comunicación de la subcontratación tiene por efecto inmediato que la Administración pueda desconocer la misma. Esto permite a la Administración desconocer cualquier pretensión del subcontratista. En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en sentencias de 14 de junio de 2005 y 18 de mayo de 2007, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2012, la STSJ de Castilla y León de 4 de junio de 2013 y la STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2013.

4. SUPUESTOS DE AUTORIZACIÓN PREVIA

Si bien la comunicación previa a la Administración constituye la regla general para subcontratar, la ley transforma este requisito en una auténtica autorización, en los supuestos contemplados en el art. 227.2.d) del TRLCSP, sin contemplar excepciones a la misma. Dicho apartado hace referencia a los «contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o re-

17 No obstante, la resolución por la subcontratación con incumplimiento de la comunicación previa se ha admitido en ocasiones por los Tribunales. En este sentido, la STSJ de Aragón núm. 620/2012, recurso 44/2010.

glamentarias o cuando lo exija la protección de intereses esenciales de la seguridad del Estado». En tales supuestos la subcontratación requerirá siempre de la autorización expresa del órgano de contratación.

No parece que la falta de autorización determine solo la imposición de las penalidades previstas en el art. 227.3 del TRLCSP, dados los términos imperativos en que se expresa el art. 227.1.d) del TRLCSP, las circunstancias especiales de los contratos que contempla dicho precepto y que dicho apartado no parece que esté comprendido propiamente en las referencias a condiciones de aptitud y circunstancias de urgencia y emergencia que menciona el art. 227.3 del TRLCSP. En consecuencia, la ausencia de autorización preceptiva sí podría considerarse como causa de resolución contractual por incumplimiento de la obligación esencial de cumplir las prevenciones que imponía el carácter reservado o secreto del contrato o las medidas de seguridad especiales que la ejecución del contrato requería.

5. INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA SUBCONTRATACIÓN

Como se ha señalado, el incumplimiento de los presupuestos que el art. 227 del TRLCSP establece para la subcontratación tendrá en todo caso como sanción legal la imposición de penalidades por la Administración. En este sentido señala el art. 227.3 del TRLCSP que «la infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la 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 hagan urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato».

Con la expresión «en todo caso» el legislador parece hacer referencia a la consecuencia jurídica que necesariamente, por imposición legal, puede derivarse del incumplimiento de las normas legales sobre subcontratación. No obstante una adecuada aplicación de este precepto exigiría de ciertas estipulaciones en los Pliegos del contrato determinando tanto las penalidades como las circunstancias que gradúan su imposición.

Llamemos la atención de que según este precepto la penalidad puede ser de hasta un 50% sobre el importe subcontratado, por lo que si consideramos que ese importe puede ser de hasta un 60% del importe de adjudicación (art. 227.2.e), la penalidad puede llegar a suponer, si la prestación subcontratada alcanza ese 60%, de un 30% del importe de adjudicación contractual. Ello implica una cierta singularidad de las penalidades por subcontratación en relación a las penalidades por ejecución defectuosa que contempla el art. 212.1 del TRLCSP.

El art. 227.3 del TRLCSP no excluye consecuencias jurídicas más graves cuando el subcontrato se celebre sin la autorización legal preceptiva por tratarse de contratos de carácter secreto o reservado o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad en la subcontratación ni tampoco, como ya hemos visto, cuando la subcontratación se realice con subcontratistas incurso en una prohibición de contratar. Tampoco excluye que los Pliegos puedan determinar consecuencias jurídicas más graves para la falta de comunicación previa de la subcontratación, atribuyendo a esa comunicación el carácter de obligación esencial.

6. EL OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN.

LÍMITES CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS A LA MISMA

En esencia la subcontratación implica la ejecución por un tercero, que en principio es ajeno al contrato, de una «parte» de la prestación, por lo que no cabe la subcontratación de todas las prestaciones que integran el objeto contractual. Así puede deducirse de los términos del art. 227.1 del TRLCSP («el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación») y de sus restantes apartados que hacen referencia continua a expresiones tales como «parte del contrato», «parte de la prestación» o «prestación parcial».

Es interesante la hipótesis que plantea el Informe 17/2008, de 7 de octubre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía sobre la posibilidad de subcontratar la totalidad del contrato con empresas vinculadas, concluyendo dicho informe que sí puede subcontratarse hasta el 100% del contrato con empresas vinculadas que se encuentren en los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio dado que la Ley habilita al contratista para valerse de los medios o capacidades técnicas de empresas con las que tenga una especial vinculación, resultando dichas empresas excluidas del límite máximo para la subcontratación.

Esta última previsión es importante en cuanto que en el porcentaje de la subcontratación no se computan los subcontratos con empresas vinculadas. Así resulta del art. 227.2 e), apartado segundo del TRLCSP, cuando señala que «para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio». Esta previsión sigue la dirección marcada por las Directivas y por el propio TRLCSP de que el contratista pueda valerse de las capacidades económicas de empresas del mismo grupo tanto para acreditar su solvencia como para ejecutar el contrato.

El TRLCSP, al igual que hicieron los precedentes textos legales, fija un límite cuantitativo para las prestaciones que pueden subcontratarse. Así señala el art. 227.2.e) del TRLCSP 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».

Si bien la redacción de este precepto ha solventado parte de las dudas que se plantearon con leyes anteriores –la redacción actual no deja duda de que el límite de la subcontratación que puede fijarse en el Pliego puede ser un porcentaje inferior al límite del 60%–, dicha redacción sigue planteando la cuestión de si los Pliegos pueden estipular un porcentaje superior al límite legal del 60%. Así, parte de la doctrina ha planteado que el límite del 60% que recoge este precepto –límite que ha variado en los diferentes textos legales– sería aplicable solo para el supuesto de no establecerse nada en el pliego pero no impediría que el Pliego pudiera fijar un porcentaje superior a dicho 60%. Esta libertad para fijar los límites parece ser la posición jurídica que mantiene el Informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente)¹⁸. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón en el Informe 23/2013, de 25 de noviembre, señala, en interpretación del límite legal, que la Ley fija un límite inicial que no puede excederse en ningún caso de tal manera que dicho límite porcentual constituye un límite máximo¹⁹. Considerando los sólidos argumentos que señala la Junta Consultiva esta parece la posición jurídica más acorde a la voluntad de legislador y desde luego la más prudente para la Administración Pública.

En relación a los límites a la subcontratación, tal y como recoge el informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, cabe que el pliego establezca no solo limitaciones cuantitativas diferentes para la subcontratación sino que fije limitaciones cualitativas relativas

.....

18 «C) La Administración tiene que valorar la conveniencia para cada contratación, en función de las características de su objeto y de las finalidades asociadas, de permitir subcontratar o, en su caso, de establecer un máximo de subcontratación diferente al 60 por 100 previsto en la LCSP»

19 «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 el límite máximo para el contratista, y ello para evitar crear situaciones de práctica «novación» o sustitución del contratista que desvirtuarían la regla de la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución «parcial» del contrato administrativo».

a la ejecución de las prestaciones contractuales, determinando la forma en que deberán ejecutarse ciertas partidas de la obra o ciertas prestaciones del contrato. Por supuesto, las modalizaciones que a través de la subcontratación puedan incluirse en la ejecución del contrato, deberán constar claramente en el Pliego.

7. LA SUBCONTRATACIÓN MANIFESTADA EN EL MOMENTO DE LA LICITACIÓN: LA INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA Y LA NECESARIA MENCIÓN EN LOS PLIEGOS

Hasta este momento hemos analizado el supuesto general de la subcontratación que es la que se decide por el contratista en el curso de la ejecución del contrato como consecuencia de su potestad de organización. Ahora bien, no puede olvidarse que la subcontratación puede ponerse de manifiesto en el proceso de licitación, bien porque el Pliego haya exigido del licitador que al realizar su oferta exprese la parte del contrato que pretenda subcontratar y su porcentaje o bien porque el contratista se haya valido de la subcontratación para integrar su solvencia.

Es importante considerar este último aspecto porque la subcontratación, además de un instrumento de ejecución del contrato, constituye un recurso del que puede valerse el contratista para integrar o completar su solvencia conforme a lo dispuesto en el art. 63 del TRLCSP²⁰. Tal y como recoge el informe 1/2010, de 17 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, este precepto es una transposición del art. 48.3 de la Directiva 2004/18, que encuentra su apoyo directo en la sentencia Holst Italia de 2 de diciembre de 1999. Esta sentencia concluía que nadie puede ser excluido de un contrato público por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que corresponden a entidades distintas. En todo caso corresponde al licitador que pretenda valerse de los medios económicos o técnicos de otras empresas acreditar que efectivamente dispone de esos medios²¹. Desde luego, si el contratista integró su solvencia me-

.....

- 20 Conforme al art. 63 del TRLCSP «Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en las 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».
- 21 Continúa señalando el informe 1/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: «la vinculación puede ser directa, como la que conforman los grupos de sociedades, o indirecta, a través de la subcontratación, arrendamiento, agrupaciones de empresarios [...] Es de destacar que puede integrar su solvencia tanto el que necesita completarla puesto que no la posee en su totalidad, como aquel que prefiere comple-

diante la subcontratación, ello tendrá sin duda efectos jurídicos en la ejecución del contrato, quedando el subcontratista incorporado al mismo.

Puede ocurrir también que la Administración haya exigido en el Pliego que el licitador exprese, al realizar su oferta, la parte del contrato que va a subcontratar. En este sentido, el art. 227.2.a) del TRLCSP señala que «Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar señalando su importe y el nombre o perfil empresarial definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización».

En consecuencia, el licitador que pretenda subcontratar debe manifestarlo al realizar su oferta señalando la prestación, su importe e identificando al subcontratista. Esta identificación, puede realizarse, a diferencia del art. 227.2.b) del TRLCSP –supuesto general–, en dos formas: nominativamente o bien señalando el perfil empresarial del subcontratista pero sin identificación nominativa. Si la identificación se realiza mediante perfil empresarial, es lógico suponer que el contratista deberá realizar posteriormente su identificación a través de la comunicación previa del art. 227.2.b) del TRLCSP que antes hemos visto.

La declaración que sobre la subcontratación se exige al licitador al tiempo de realizar su oferta debería tener un efecto vinculante para el mismo en cuanto que forma parte de las condiciones que fueron consideradas por el poder adjudicador para la adjudicación del contrato. Sin embargo la Ley no otorga a su incumplimiento más consecuencia que la imposición de unos plazos especiales de espera para realizar subcontrataciones con empresarios diferentes al señalado en la licitación o para subcontratar prestaciones diferentes a las señaladas. En este sentido señala el art. 227.2.c) del TRLCSP que: «Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran 20 días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a las que se refiere la letra b) –capacidad y aptitud– salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiera notificado dentro de este plazo, su oposición a los mismos». Ello puede tener su fundamento en la consideración de que la subcontratación con otro subcontratista

.....

mentarla para garantizar una mejor ejecución del contrato, aunque por sí mismo posea la solvencia exigida para un contrato determinado».

diferente no altera la oferta, que es del contratista, ni la exclusiva responsabilidad del mismo frente a la Administración. El plazo de espera establecido vendrá impuesto simplemente por la necesidad de otorgar a la Administración un plazo de tiempo suficiente para examinar las condiciones de solvencia y aptitud de los subcontratistas. Este plazo especial de espera puede además no cumplirse cuando la subcontratación atienda a una situación urgente o de emergencia. («Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente»)²².

8. LA PROHIBICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

Conforme a lo dispuesto en el art. 227.1 del TRLCSP no procede la subcontratación cuando el contrato sea *intuitu personae*²³ y cuando los pliegos lo hayan previsto expresamente («salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario»). En base a ello ha sido tradicional la afirmación de que la Administración puede prohibir la subcontratación.

Sin embargo, fuera de los supuestos en los que el contrato sea *intuitu personae*, es decir, que por su naturaleza solo puede ser ejecutado por el adjudicatario, no es tan evidente que pueda excluirse la subcontratación por decisión discrecional de la Administración. Si la jurisprudencia europea entiende que no puede excluirse a una empresa por el hecho de que proyecte valerse de las capacidades de otros operadores económicos o empresas para ejecutar el contrato a través de la subcontratación, es precisamente porque el derecho comunitario parte de la consideración de que tampoco puede restringirse de forma injustificada el recurso a la subcontratación.

En este sentido, la STJUE de 18 de Marzo de 2004 (Sentencia Siemens y Arge Telecom), pronunciándose sobre una cuestión prejudicial acerca de una norma del Derecho Austriaco (concretamente el art. 31 de la Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de contratos públicos), que prohibía la subcontratación, señalaba que una disposición de la licitación que prohíbe el recurso a la subcontratación respecto a partes importantes de un contrato es contraria a la Directi-

.....

- 22 La Recomendación 2/2013 de 25 de noviembre de la JCCA Ar señala que el contratista debe hacer una justificación previa para contratar con otro subcontratista con derecho a oposición de la Administración.
- 23 Como supuesto de contrato *intuitu personae*, la Recomendación 2/2013 de la JCCA Ar señala los contratos reservados a favor de «Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción».

va 92/50. Se señalaba también, reiterando la doctrina mantenida en la Sentencia *Holst Italia*, que no puede limitarse el recurso a la subcontratación como forma de acreditar la solvencia exigida para licitar. Sin embargo no se opone al derecho comunitario la prohibición o restricción del recurso a la subcontratación para la ejecución de partes esenciales del contrato cuando precisamente la entidad adjudicadora no haya podido comprobar las capacidades técnicas y económicas de los subcontratantes al examinar las ofertas y seleccionar al licitador que haya presentado la proposición más ventajosa. De forma similar se pronunciaba el Abogado General en el Asunto 94/12 sobre una cuestión prejudicial planteada sobre un artículo de la normativa nacional italiana que limitaba a una sola empresa el número de entidades u operadores en cuya capacidad podía basarse un operador económico. Se consideraba en definitiva que la limitación del recurso a la subcontratación con una sola empresa no era conforme con la normativa comunitaria²⁴. En el mismo sentido, en el recurso interpuesto el 26 de febrero de 2013, recurso 96/13, la Comisión considera que el anuncio de un pliego que impide que la experiencia de los subcontratantes pueda ser tenida en cuenta como experiencia de los licitadores vulnera el art. 48 de la directiva 2004/18²⁵.

Considerando que son disconformes con las Directivas todos aquellos preceptos que limitan el recurso a la subcontratación por su importancia para integrar la solvencia, no parece que el poder adjudicador pueda limitar injustificadamente el recurso a la subcontratación. Esta consideración se refuerza si tenemos en cuenta que la subcontratación se configura como cauce de acceso de las PYME a la contratación pública. En base a estas consideraciones cualquier prohibición en los Pliegos de la subcontratación debería estar fundada en la na-

.....

24 Son interesantes las conclusiones del abogado general, Sr. Nilo Jääskinen presentadas el 28 de febrero de 2013 en el Asunto C 94-12. En ellas se señala «33. Otro de los objetivos de las normas de contratación pública es abrir el mercado de contratación pública a todos los operadores económicos, con independencia de su tamaño. En particular, se incentiva la inclusión de pequeñas y medianas empresas (PYME), al considerarse que estas forman el núcleo de la economía de la Unión europea. Las opciones de las PYME de participar en licitaciones y de que se les adjudiquen contratos públicos se verían mermadas, entre otros factores, por el tamaño de los contratos. Por ello, para facilitar el acceso de las PYME a los mercados, reviste especial importancia que los licitadores que formen parte de grupos puedan basarse en las capacidades de empresas auxiliares».

25 Como motivo y principal alegación en el recurso, la Comisión considera que «la condición que figura en el anuncio con arreglo a la cual la experiencia de los subcontratantes del licitador no puede tenerse en cuenta como experiencia de este último viola el artículo 48 de la directiva 2004/18 en la medida que, con arreglo a dicha condición, los licitadores no pueden alegar la experiencia de terceros para demostrar que disponen de la capacidad técnica exigida para ejecutar el contrato de que se trata».

tural *intuitu personae* del contrato o en circunstancias del mismo que justifiquen esta prohibición. En cualquier caso, la exclusión de la subcontratación, en cuanto recurso del que puede valerse el contratista, debería estar oportunamente justificada en el expediente de contratación²⁶.

9. LA IMPOSICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

En sentido contrario a la prohibición de la subcontratación, el art. 227.7 del TRLCSP permite que la Administración imponga al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato. Será preciso además que esas partes del contrato gocen de «una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptible de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o por poder atribuirse su realización a empresas con clasificación adecuada para realizarla».

La aplicación de este precepto plantea una gran cantidad de cuestiones jurídicas. Así, es dudoso que este precepto habilite a la Administración para que, libremente y en los supuestos que tenga por conveniente, pueda exigir la subcontratación de ciertas prestaciones al contratista. Más bien parece que el precepto limita esta posibilidad a los supuestos en que razones técnicas o de habilitación profesional hagan necesaria esta opción para ejecutar adecuadamente el contrato. La utilización de esta facultad tampoco implica que la Administración pueda caprichosamente imponer la subcontratación con un subcontratista determinado en cuanto que ello supondría articular un fraude a los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen los procedimientos de adjudicación. La Administración solo podrá exigir la subcontratación de ciertas prestaciones con empresarios que cuenten con una concreta capacitación técnica o clasificación, lo que en definitiva deja al contratista la elección del subcontratista entre aquellos empresarios que cuenten con la aptitud y capacidad requerida.

Llamamos la atención de que en este supuesto el TRLCSP sí hace referencia a la exigencia de una clasificación para el subcontratista, es más, es esta exigencia la que motiva la imposición de la subcontratación. Parece por tanto que el legislador está permitiendo o haciendo una llamada a un complemento de la

.....

26 Sin embargo, la resolución 187/2012 del TACRC entiende que la prohibición es facultad de la Administración. Reconoce que la posición jurídica del Derecho Comunitario hace aconsejable permitir la subcontratación y considera igualmente aconsejable que la exclusión de la subcontratación se motive en el expediente.

clasificación en forma similar a la que establece el art. 36.3 del RGLCAP²⁷. Este último precepto recoge igualmente la limitación del 50% para la imposición de la subcontratación y permite no acudir a la subcontratación si el contratista tiene la clasificación exigida, opción totalmente lógica, que sin embargo no recoge expresamente el art. 227.7 del TRLCSP. En estos supuestos, lo que pretende es articular una vía de especialización en la ejecución de ciertas prestaciones contractuales que puede ser muy útil cuando dicha clasificación no se ha requerido como solvencia para el contrato²⁸. Contemplamos por tanto una forma de articular un plus de capacidad o solvencia.

La imposición de la subcontratación es también un cauce para comprender en el objeto social ciertas prestaciones que solo pueden realizarse por ciertas empresas que cuenten con una determinada habilitación. El caso típico sería por ejemplo las prestaciones de empresas de seguridad. Estas empresas no pueden realizar otra clase de prestaciones que las estrictas de seguridad ni tener otro objeto social diferente a las mismas²⁹.

La cuestión de la subcontratación en relación a la clasificación ha planteado también si es posible integrar la clasificación que el contrato ha exigido. Se cuestiona en concreto si, a través de la subcontratación, puede integrarse el requisito de la clasificación o si esta debe tenerse en todo caso por el contratista. Este problema había sido analizado por la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, en sentencia, entre otras, de 16 de enero de 2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección sexta), rec. 303/2011. La Audiencia Nacional consideró que, con independencia del recurso a la subcontratación, el contratista principal debería contar en todo caso con la clasificación requerida. La única excepción a este supuesto sería el art. 54.1 de la LCSP³⁰ que permitía, en el supuesto de que

.....

27 «Cuando en el conjunto de las obras se dé la circunstancia que una parte de ellas tenga que ser realizada por casas especializadas, como es el caso de determinadas instalaciones, podrá establecerse en el PCAP la obligación del contratista, salvo que estuviera clasificado en la especialidad de que se trate, de subcontratar esta parte de la obra con otro u otros clasificados en el subgrupo o subgrupos correspondientes y no le será exigible al principal la clasificación en ellos. El importe de todas las obras sujetas a esta obligación de subcontratar no podrá exceder del 50 por 100 del precio del contrato».

28 Ello puede obedecer a que la prestación no alcance el porcentaje del art. 36.1.A del RGLCAP para exigir clasificación, o bien que no sea posible por superar el número de subgrupos exigibles o bien simplemente porque se requiera esa especialización técnica con independencia de la cuantía de la prestación.

29 Vid. Resolución 169/2012 y Resolución 58/2012 del TACRC.

30 Dicho precepto señalaba «En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada ha-

la prestación objeto del contrato tuviera que ser realizada por empresas especializadas que contaran con una determinada habilitación o autorización profesional, que la clasificación correspondiente a esa especialización pudiera suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esa parte de la prestación siempre que la misma no excediera del 50% del contrato. Esta posibilidad se recogió también en el art. 65.1 apartado segundo del TRLCSP hasta que dicho precepto es modificado por la Ley 25/2013. Lo cierto es que el nuevo art. 65 TRLCSP, que recoge el ámbito de aplicación y la exigibilidad de la clasificación, no ha recogido esta posibilidad. Es cierto que el art. 65 del TRLCSP no se encuentra actualmente vigente, entrando en vigor conforme a lo que se establezca por las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley (Disposición transitoria cuarta del TRLCSP). Hasta ese momento quedará vigente el art. 25.1 del TRLCAP, que no hace referencia alguna al régimen de integración de la clasificación. Ello plantea la cuestión de si puede considerarse vigente el supuesto de integración de la clasificación que contemplaba el art. 54.1 de la LCSP, dado que no hay norma actual que lo ampare, o si por el contrario, el legislador ha optado por exigir que, en todo caso, el contratista tenga la clasificación requerida con independencia de que pueda subcontratar una parte determinada de la prestación. La resolución 18/2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid admite y aplica la integración de la clasificación.

La subcontratación impuesta al contratista deberá, en todo caso, producirse dentro de los límites máximos de subcontratación que contempla el ordenamiento jurídico para la imposición de la subcontratación, es decir, dentro del 50%. Es importante también considerar que dichas obligaciones son las únicas, junto con las relativas al pago de subcontratistas, que la Ley considera como condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos de la imponer penalidades por ejecución defectuosa (art. 212.1 TRLCSP) o de configurar su incumplimiento como causa de resolución (art. 223.f) del TRLCSP).

Ahora bien, como señala el Informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente), la ley «no determina el alcance de las obligaciones que conforman esta o estas condiciones especiales de ejecución y, por lo tanto, la Administración tendrá que regular explícitamente en el Pliego el alcance de es-

.....

bilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por estos no exceda del 50% del precio del contrato».

tas obligaciones con referencia expresa, al menos, a las prestaciones contractuales afectadas y a los perfiles empresariales de los subcontratistas». En definitiva, si bien el incumplimiento de la obligación de subcontratar es condición especial de ejecución del contrato será preciso que el Pliego determine su aplicación y las consecuencias de su incumplimiento.

10. REGLAS ESPECIALES DE LA SUBCONTRATACIÓN

Además de la regulación general que el TRLCSP recoge de la subcontratación, debe considerarse la existencia de reglas específicas de aplicación a ciertos contratos. Así, tratándose de contratos de obras, debe tenerse en cuenta la regulación de la subcontratación que recoge la Ley 32/2006, LSSC.

En el contrato de gestión de servicio público, el art. 289 del TRLCSP establece que «la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias», lo que constituye una importante limitación que debe tenerse en cuenta.

En el contrato de concesión de obra pública el art. 240 del TRLCSP establece que el concesionario podrá contratar la ejecución de la obra en todo o en parte con tercero de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y en el PCAP. Ello no implica desde luego la subcontratación de la totalidad del contrato dado que el contrato de concesión de obra pública tiene por objeto principal la explotación de la obra como forma de retribución del contratista (art. 7.1 del TRLCSP). Lo que dicho precepto implica es la selección o predeterminación de las prestaciones que en el contrato de concesión de obra pública pueden resultar subcontratadas.

En todo caso, la subcontratación de la ejecución de la obra no exime de su responsabilidad al contratista. Así lo recoge el art. 241 del TRLCSP cuando señala que corresponde al concesionario la ejecución del control de las obras, debiendo en todo caso ajustarse la subcontratación al plan presentado por el concesionario aprobado por la Administración. A la obra objeto de subcontratación, resultara igualmente de aplicación las disposiciones de la Ley 32/2006, LSSC.

11. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA SUBCONTRATACIÓN

Conforme se ha expuesto en este trabajo, la configuración de la subcontratación como relación jurídica de naturaleza puramente civil, autónoma del contrato principal, que genera exclusivamente acciones entre contratista y subcontratista, determina que la subcontratación no altere la responsabilidad del contratista principal frente a la Administración. Tampoco genera, ningún tipo de acción directa entre Administración y subcontratista. A tales efectos, el art. 227.8 del TRLCSP señala que los subcontratistas no tendrán en ningún caso

acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista, señalando el art. 227.4 del TRLCSP que los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. Conforme a dicho precepto, el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos o la autorización que haya otorgado para la subcontratación no altera la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

Esta configuración jurídica, tiene como contrapartida que si bien la Administración ostenta un poder de vigilancia o supervisión en la ejecución del contrato como forma de velar por la correcta ejecución del contrato, carece de la facultad de intervenir en la relación con el subcontratista. De igual forma, la Administración, so pena de incumplir el contrato, deberá abonar al contratista los pagos establecidos, con conocimiento en muchas ocasiones de impagos a los subcontratistas. Esta situación preocupó especialmente a las Administraciones Públicas, como prueban las consultas que se realizaron a las Juntas Consultivas³¹. Se planteaba en definitiva si la Administración Pública podía introducir estipulaciones relativas a los pagos a los subcontratistas y si dichas condiciones podían introducirse en los Pliegos como condiciones especiales de ejecución. En todos estos supuestos, las Juntas concluían que no podía incidirse a través del Pliego en la relación de subcontratación que la Ley configuraba como ajena a la relación administrativa. De la misma forma, se señalaba que el incumplimiento de los pagos a los subcontratistas no constituye un incumplimiento contractual del contrato administrativo³².

.....

- 31 En este sentido, puede citarse el Informe 56/2010, 28 de octubre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el Informe 8/2011, de 27 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente) sobre los incumplimientos en los pagos a los subcontratistas y el Informe 23/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.
- 32 Así el Informe 8/2011, de 27 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña (Comisión Permanente) señalaba en su conclusión final que «la falta de pago del precio pactado por parte del contratista a sus subcontratistas y a sus suministradores no se puede considerar, con carácter general, como un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso del contrato o de las condiciones especiales de ejecución». En sentido similar el Informe 36/2011 de la JCCE señalaba que «la Administración no puede ejercitar directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de este a los subcontratistas».

La regulación de los pagos a los subcontratistas, siguiendo la dirección establecida en los arts. 115 de la LCAP y 116 del TRLCAP, se recoge actualmente en el art. 228 del TRLCSP. Dicho precepto señala que el contratista *debe obligarse* a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado con el subcontratista en los plazos y condiciones que determina la Ley, lo que exige su articulación y los Pliegos. Estos plazos no pueden ser más desfavorables que los previstos en el art. 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o por el suministrador con indicación de su fecha y del periodo a que corresponda. En consecuencia, este precepto impone al contratista la obligación de pagar al subcontratista en los mismos plazos previstos en el TRLCSP para los pagos a los contratistas. Por ello, el contratista deberá pagar al subcontratista en el plazo de 30 días según la redacción dada por la ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo al art. 216.4 del TRLCSP. La aprobación o conformidad debe darse en el plazo de 30 días desde la presentación de la factura por el subcontratista, plazo en el que deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad. Si el contratista no abona la factura en el plazo de 30 días el subcontratista tendrá derecho al abono de los intereses de demora y a la indemnización por los costes de cobro en los términos establecidos en la Ley 3/2004 según la redacción dada por la Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Conforme al art. 228.5 del TRLCSP, el contratista podrá pactar con los suministradores y con los subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el art. 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, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el art. 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista.

Por su parte el art. 228 bis del TRLCSP, introducido por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internalización establece un cambio importante de orientación, introduciendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas comprueben el estricto cumplimiento de los pagos a los subcontratistas o suministradores en el contrato. Se rompe así la tajante separación entre las dos relaciones jurídicas que confluyen en la subcontratación, permitiendo a la Administración controlar la misma. Es cierto también que di-

cha finalidad trata de conseguirse a través de la imposición de obligaciones al contratista principal, cuidando de no establecer vínculos entre la Administración y el subcontratista.

Para viabilizar el cumplimiento de estas obligaciones, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, *cuando este lo solicite*, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores con las condiciones pactadas que afecten a sus pagos. De igual forma, los contratistas 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.

Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos, 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. Pese a la dicción legal, es claro que la Ley hace referencia a las llamadas condiciones especiales de ejecución del contrato.

La eficacia de estas medidas se ve sin embargo considerablemente minorada si consideramos que dichas obligaciones dependen de la exclusiva voluntad de la Administración tanto para establecerlas como para exigir las. La ley solo hace referencia a la imposición de penalidades como reacción a su incumplimiento planteando si cabe establecer en los Pliegos un efecto jurídico más drástico como la resolución. En todo caso, las penalidades deberán estar previstas en los Pliegos según este precepto.

IV. LA NUEVA DIRECTIVA 2014/24 Y LA SUBCONTRATACIÓN

Pese a los recientes esfuerzos legislativos, no puede dejar de señalarse que el Derecho español avanza en la regulación de la subcontratación en una dirección claramente opuesta al sentido que marcan las directivas comunitarias. En este sentido la Directiva 2004/18 consideraba la subcontratación como instrumento de primera magnitud para favorecer el acceso a las PYME, consiguiendo a través de este recurso, que las mismas accedan a la contratación pública. Se señala en su Considerando 32 que «con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación». De igual forma se hace referencia a la subcontratación en el art. 25 de la directiva, en relación al pliego de condiciones y demás documentos contractuales del contrato y también en el art. 60 en relación al contrato de concesión de obra pública.

A ello debe añadirse que el Código de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos de 25 de junio de 2008 de la Comisión de las Comunidades Europeas, documento de carácter meramente orientativo, señalaba la necesidad, más que de cambios legislativos, de propiciar un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores para facilitar el acceso a las PYME a la contratación pública. Con este objeto, se apuntaba como forma de facilitar este acceso: la subdivisión en lotes de los contratos, la posibilidad de agrupaciones de PYME independientes con la finalidad de valerse de la capacidad de todos los participantes, la celebración de acuerdos marco con varios poderes adjudicadores y especialmente, el recurso a la subcontratación como forma de que las PYME puedan intervenir en la ejecución de contratos de gran envergadura a los que no podrían normalmente acceder por carecer de la solvencia necesaria para licitar. Como contrapartida dichas empresas podrían aportar al contrato el valor añadido de productos o servicios muy especializados.

La nueva Directiva 2014/24 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que deroga la Directiva 2004/18, da un paso más en la regulación de la subcontratación. Esta nueva Directiva no establece propiamente prescripciones de obligada transposición para los Estados miembros, otorgando un amplio margen de actuación a los mismos en esta materia. Sin embargo sí establece importantes líneas de actuación que implican un serio avance en relación a la Directiva precedente y marca una dirección clara en la regulación de la subcontratación.

En primer lugar la nueva Directiva reconoce al poder adjudicador la facultad y el deber de controlar la subcontratación. Como primera medida, se reconoce al poder adjudicador la opción de exigir al licitador que indique la subcontratación en su oferta. Así el art. 71.2 de la Directiva señala que «En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos».

Igualmente debe destacarse que para la nueva Directiva es esencial asegurar que los contratos no resultan ejecutados por subcontratistas incurso en prohibición de contratar. Si el poder adjudicador conoce que el contrato está siendo ejecutado por subcontratistas incurso en prohibición (causas de exclusión obligatoria) debe exigirse la sustitución del subcontratista y su exclusión del contrato³³.

.....

33 En este sentido el Considerando 105 de la Directiva señala que «Es preciso puntualizar explícitamente que los Estados miembros han de poder ir más allá..., al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en nin-

Es igualmente esencial asegurar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales, sociales y laborales en la ejecución del contrato, lo que exige garantizar su cumplimiento no solo por el contratista sino también por los subcontratistas. En este sentido, el art. 71.1 de la Directiva señala que «1. Las autoridades nacionales competentes se encargarán de asegurar, mediante la adopción de las medidas adecuadas dentro de su ámbito de competencia y su mandato, que los subcontratistas cumplan las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2». Este último precepto hace referencia a la necesidad de cumplir las obligaciones medioambientales, sociales y laborales, que se derivan del Derecho de la Unión, y del Derecho Nacional e Internacional.

Para conseguir las finalidades expresadas anteriormente la Directiva considera como elemento esencial que el poder adjudicador tenga un adecuado conocimiento de la subcontratación en el curso de toda la ejecución del contrato. En este sentido, el considerando 105 de la nueva Directiva señala que es preciso velar porque exista una cierta transparencia en la cadena de subcontratación para que los poderes adjudicadores tengan información sobre quienes intervienen en cada momento en la ejecución de los contratos. La nueva Directiva aclara que *esta obligación de facilitar información incumbe en cualquier caso al contratista principal* «en función de las cláusulas específicas que cada poder adjudicador debe incluir en todos los procedimientos de contratación como en función de obligaciones impuestas por los Estados miembros a los contratistas principales mediante disposiciones de aplicación general». Es de notar que aquí existe una llamada tanto a los Estados miembros, que pueden imponer la obligación de suministrar información a través de una regulación general como también a los poderes adjudicadores que pueden imponer esta obligación de información mediante cláusulas específicas en el Pliego del contrato.

El deber de información no solo existirá en el proceso de licitación sino especialmente en el curso de la ejecución del contrato. En este el art. 71.5 señala que «En el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que

.....

guna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos». Cuando se apliquen estas medidas a subcontratistas, debe garantizarse la coherencia con las disposiciones aplicables a los contratistas principales, de modo que «la existencia de motivos de exclusión obligatoria vaya seguida por el requisito de que el contratista principal sustituya al subcontratista de que se trate». Cuando esta verificación muestre la presencia de *motivos de exclusión no obligatoria*, debería aclararse que los poderes adjudicadores pueden solicitar la sustitución. No obstante, debe establecerse también explícitamente que «los poderes adjudicadores pueden estar obligados a pedir la sustitución del subcontratista de que se trate cuando la exclusión del contratista principal sea obligatoria en dichos casos».

deban prestarse en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de este, el poder adjudicador exigirá 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. El poder adjudicador exigirá al contratista principal que le notifique cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso del contrato, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.

No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán imponer directamente al contratista principal la obligación de facilitar la información exigida».

Es decir, se recoge un derecho de información continuado que abarca también cualquier modificación que se opere en la subcontratación en el curso del contrato.

Esta obligación puede extenderse a todas las subcontrataciones en cadena que tengan lugar en la ejecución de un contrato. Señala a tales efectos el art. 71.5 que «un Estado miembro, podrá hacer extensivas las obligaciones previstas en el párrafo primero, por ejemplo: b) a los subcontratistas de los subcontratistas del contratista principal o a los subcontratistas que ocupen un lugar más alejado dentro de la cadena de subcontratación»

Finalmente en materia de los pagos al subcontratista, la nueva Directiva avanza en la dirección clara de posibilitar los pagos directos a los subcontratistas. En este sentido señala el art. 71.3 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 para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el 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».

Por supuesto el reconocimiento de una acción directa no afectará a la responsabilidad del contratista que deberá responder en todo caso del cumplimiento íntegro del contrato. Así señala el apdo. 4 del art. 71 que «Los apartados 1 a 3 se entenderán sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del contratista principal».

En razón de lo que se ha expuesto, puede señalarse sin duda que la regulación de la nueva Directiva, determinará cambios profundos en la concepción de la subcontratación.

V. CONCLUSIONES

De las consideraciones que se han realizado en este estudio, es importante extraer consecuencias prácticas que ayuden a la Administración Pública a resolver muchos de los problemas que plantea la subcontratación. La dirección que imponen las directivas y los problemas que la regulación de la subcontratación plantea a nuestro derecho, exigen de las Administraciones Públicas una posición mucho más comprometida al redactar los Pliegos de Cláusulas que regirán el contrato. Este puede constituir un instrumento fundamental del que puede valerse la Administración para imponer tanto una correcta ejecución del contrato como para articular, si es necesario, la resolución contractual.

En este sentido, el PCAP debería recoger al menos los siguientes extremos:

1) El Pliego debe empezar señalando si es facultad del contratista la subcontratación o si por el contrario

en el expediente esta prohibición.

2) El Pliego debe aclarar si la subcontratación debe ser manifestada al tiempo de la licitación o si por el contrario, es una opción que tiene el contratista en el curso de la ejecución del contrato, pero que no debe manifestarse en la licitación.

3) Si el Pliego exige que se indique la subcontratación en la licitación, debe indicarse en los Pliegos o en el anuncio de licitación. Esta comunicación requiere también la indicación de la prestación que se va a subcontratar, su importe y la acreditación de la aptitud o solvencia del subcontratista, que debería ser examinada al tiempo de la licitación por la Mesa de Contratación. Una previsión más extensa en los Pliegos sobre este último extremo y las consecuencias de este examen sería igualmente conveniente.

4) En el supuesto de que el contratista no esté obligado a manifestar la subcontratación en la licitación, y pueda decidirla en el curso de la ejecución contractual, la intención de subcontratar debe ser en todo caso manifestada antes de su realización con los requisitos del art. 227.2.b del TRLCSP. En este supuesto debe comunicarse la prestación a subcontratar, su importe, la identidad del subcontratista (designación nominativa) acreditando su aptitud y solvencia. Sería conveniente que el Pliego fije el plazo

previsto para dicha comunicación, tomando como referencia el plazo del 227.2.c del TRLCSP, siempre que lo permita el propio plazo de ejecución contractual.

5) Es conveniente que el Pliego fije la forma de acreditar la aptitud o solvencia técnica del subcontratista. Si se exige habilitación para ejecutar la prestación en el Pliego, esta debe igualmente requerirse. En cuanto al importe de la prestación, conviene fijar referencias para evitar problemas posteriores. Debería tomarse como referencia el importe que tenga esa prestación subcontratada, con la baja ofertada, en el presupuesto incorporado al contrato de obra o concesión de obra pública o en el estudio económico del contrato en los supuestos de contratos de servicios. En el contrato de gestión de servicio público habría que atender el estudio económico incorporado al proyecto de explotación.

6) El Pliego debería determinar qué efectos jurídicos tiene la falta de comunicación de la subcontratación y la falta de aptitud del subcontratista. Debe fijarse la penalidad (con el límite del 50% del importe del subcontrato). Si se pretenden consecuencias más graves, deberían indicarse en el Pliego, señalar que son obligaciones esenciales del contratista y prever la posible resolución contractual. La motivación de esta exigencia debería justificarse en el expediente.

7) La subcontratación realizada con persona incurso en prohibición, debe ir seguida de que la Administración exija al contratista la inmediata sustitución y exclusión del subcontratista en la ejecución del contrato. Si el contratista no atiende a dicho requerimiento, la Administración debería prever esta circunstancia como posible causa de resolución contractual.

8) Estos mismos efectos jurídicos deben establecerse para el supuesto de que los subcontratistas incumplan en la ejecución del contrato las obligaciones impuestas por la legislación en materia de Derecho ambiental, social y laboral.

9) Si se impone la subcontratación, debe indicarse la prestación cuya subcontratación se impone, su porcentaje y la solvencia o clasificación requerida para ejecutarla. Si es precisa una habilitación específica la misma debe determinarse en el Pliego. Estas obligaciones son condiciones esenciales de ejecución y debe preverse en el Pliego sus consecuencias: penalidades y en su caso, resolución contractual.

10) Los pliegos deberían recoger como obligación esencial del contratista la obligación de suministrar a la Administración información completa de la subcontratación, A tales efectos y como parte de esta obligación esencial:

- El contratista, además de cumplir la comunicación previa de la subcontratación señalada en el apartado anterior, deberá informar a la Administración, tan pronto como formalice el subcontrato, sobre el personal adscrito al subcontrato³⁴, las condiciones de pago establecidas y las restantes condiciones relativas a la ejecución de la prestación. El subcontrato debe contener las disposiciones precisas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del subcontratista.
- A efectos del cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 42 del ET (RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo), el contratista deberá aportar certificación negativa por descubiertos de la Tesorería General de la Seguridad Social tanto en relación al personal del contratista como en relación a las empresas subcontratadas.
- A efectos de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 43.1.f) de la LGT, Ley 58/2003 de 17 de diciembre, el contratista deberá aportar certificación de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido en los 12 meses inmediatamente anteriores. Dicho certificado deberá presentarse con carácter previo al cobro de las facturas.
- El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación. De igual forma deberá cumplir con los deberes de información impuestos en el art. 42 del ET.
- El Pliego debería recoger que las obligaciones de información previstas anteriormente constituyen obligación esencial del contratista. Las consecuencias de su incumplimiento por parte del contratista deben preverse en los Pliegos (penalidades y/o resolución).

11) Finalmente las obligaciones de pago deben recogerse en los términos del art. 228 del TRLCSP, exigiendo el Pliego la presentación de los justificantes de pago a la Administración. Estas obligaciones son condiciones especiales de ejecución y las consecuencias de su incumplimiento deberían preverse en los Pliegos como requiere el art. 228 bis del TRLCSP.

No puede olvidarse que la subcontratación es sobre todo una técnica de ejecución contractual. Esta ejecución debe ser especialmente controlada por la Administración. En este sentido, tal y como destacó el Informe 23/2013 de la JCCA Ar, un adecuado seguimiento en la ejecución del contrato a través de la figura del responsable del contrato y/o a través del Director Facultativo de obra en los contratos de obra es esencial, en cuanto que es en la supervisión, vigilan-

.....

34 En materia de comunicación de información, vid. Informe 30/2010 de la Agencia de Protección de Datos. sobre cesión de datos de los trabajadores de la subcontrata.

cia o dirección superior del contrato que tiene la Administración donde se debe hacer un especial seguimiento de la subcontratación. En los contratos que conlleven la ejecución de unidades de obra deben cumplir la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción. Es también muy clarificadora la Recomendación 2/2013 de 25 de noviembre de la JCCA Ar en relación a las medidas a adoptar en la fase de ejecución contractual.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO LÓPEZ, Francisco: «La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del art. 1597 del Cc», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pp. 221-258.
- ESCRIHUELA MORALES, Javier: «Cesión de los contratos y de la subcontratación. Resolución del contrato». («La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios»), *El Consultor de los Ayuntamientos*, 4ª ed., Madrid (mayo de 2012).
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: «Requisitos de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público» («Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público»), Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico.
- GRIS GONZÁLEZ, Juan Carlos: «La integración de la solvencia con medios ajenos: los grupos de sociedades, la subcontratación y las agrupaciones de interés económico», *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2, Sección Colaboraciones (30 de enero -14 de febrero de 2013).
- MARTÍN ALBARRÁN, Elena: «La Subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto, referencia a las dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*. 2013, 5 (2014), pp. 465-491.
- MONREAL DE LA IGLESIA, Víctor: «Comentarios a la Ley sobre la subcontratación en el sector de la Construcción», *Revista de Dirección y Administración de Empresas* (diciembre de 2008).
- MORENO MOLINA, José A.: «Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público. Estudio Sistemático», *La Ley* (1 de julio de 2012), pp. 996-1017.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco: «La subcontratación», *Contratación Administrativa Práctica*, 67 (septiembre de 2007), La Ley, p. 4.
- SERNA BARDAVÍO, David: «La figura de la subcontratación en la nueva legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Derecho u obligación?», *Repertorio de jurisprudencia*, 1/2003, Aranzadi, Pamplona (2003).