

DEBATES

LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL(*)

FRANCISCO BLANCO LÓPEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA EN EL SENO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. LOS AVANCES MATERIALES DE LA LCSP EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. Consideraciones generales. 2. Los avances materiales de la LCSP en la regulación de la subcontratación administrativa.– III. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL.– IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.– V. EL ARTÍCULO 210.4 LCSP: LOS SUBCONTRATISTAS QUEDARÁN OBLIGADOS SOLO ANTE EL CONTRATISTA PRINCIPAL.– VI. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DEL PAGO DEL PRECIO AL SUBCONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 211 LCSP.– VII. LA NECESIDAD QUE LA NORMA PÚBLICA DE CONTRATOS ABORDE ACTIVAMENTE Y DE FORMA GARANTISTA EL PAGO AL SUBCONTRATISTA DEL PRECIO PACTADO.

RESUMEN: La subcontratación de prestaciones parciales es un fenómeno generalizado en el sistema económico actual y, también, en el contrato administrativo, adquiriendo especial relevancia en el contrato de obras. El artículo 1.597 del Código Civil otorga al subcontratista una acción directa para el cobro del precio pactado por sus actividades que puede ejercer ante el dueño de la obra. Esta acción directa puede también ejercitarse en el seno del contrato administrativo porque la relación entre subcontratista y contratista es de derecho privado sin que la norma pública de contratos regule de forma activa y garantista el núcleo de relaciones económicas entre contratista y subcontratistas y proveedores. Frente a la propuesta de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público de supresión de la acción directa, en este artículo se defiende la conveniencia que la subcontratación sea integrada totalmente en el contrato público puesto que afecta directamente a su correcta ejecución, y en definitiva, a los intereses públicos, de forma que se conceda al subcontratista la posibilidad de reclamar a la Administración contratante el precio que no pague en plazo el contratista principal.

Palabras clave: contrato administrativo; subcontratación; pago del precio.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 3 de mayo de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 6 de junio de 2011.

ABSTRACT: Partial benefits outsourcing is a widespread phenomenon in the current economic system and also the administrative contract, acquiring special relevance in the works contract. Article 1.597 Civil Code gives the subcontractor a direct action to recover the agreed price for their activities you can practice before the owner of the work. This direct action can also workout at the heart of the administrative contract because the relationship between subcontractor and contractor is private law no public standard contracts actively regulate core provides guarantees of economic relations between the contractor and subcontractors and vendors. Against the proposed amendment of the Law on Public Sector Contracts removal of direct action, this article argues that subcontracting convenience is fully integrated into the procurement contract as it directly affects its proper implementation, and ultimately To the public interest so as to give the subcontractor the opportunity to claim to the Contracting Authority fails to pay the price in time the main contractor.

Key words: administrative contract; outsourcing; price paid.

I. INTRODUCCIÓN

El día 15 de abril de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad que incorpora en su Disposición Final primera determinadas modificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y, concretamente, en el apartado 6 de dicha Disposición final, se introduce en el artículo 210 LCSP un nuevo apartado 8, con la finalidad de negar la aplicación en el contrato administrativo de la acción directa (AD) prevista en el artículo 1.597 del Código Civil.

Dicho nuevo apartado 8 del artículo 210 (LCSP) se expresa en los siguientes términos: «*Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas*».

He considerado de interés ofrecer unas reflexiones sobre la significación jurídica de la AD en el contrato administrativo y unas consideraciones acerca de la supresión de la AD que propone la modificación normativa referida.

La LCSP ha clasificado el contrato del sector público dividiéndolo en dos especies: contrato privado y contrato administrativo. Además ambas categorías pueden, a su vez, clasificarse, como es sabido, en contratos sometidos a regulación armonizada o no.

El contrato privado —definido en el art. 20 LCSP— es aquél tramitado por un poder adjudicador perteneciente al sector público (según la definición del art. 3.1 LCSP) que no es Administración Pública (AP). Residualmente, también son contratos privados, algunos contratos de las AAPP (según definición del art. 3.2 LCSP) cuyo objeto tiene una intensa regulación jurídico-privada, de forma que la AP no puede o no quiere introducir regulaciones especiales en la fase de su ejecución, que le otorguen facultades unilaterales a su favor, atendiendo que los intereses públicos quedan correctamente protegidos con la normativa sectorial. Estos contratos singulares de las AAPP, son los de servicios correspondientes a la categoría 6, según clasificación efectuada en la directiva 2004/18/CEE (servicios financieros: servicios de seguros y servicios bancarios y de inversiones); los servicios de creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 y, la contratación de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos que no encajen en el ámbito material delimitado en el art. 19.1, apartados a) y b) LCSP.

El contrato administrativo, definido en cuanto a su objeto contractual en el artículo 19 LCSP, será el adjudicado por una Administración Pública en el significado que da a este término el artículo 3.2 LCSP.

Entre el contrato privado y el contrato administrativo hay diferencias de regulación jurídica importantes: la ejecución y extinción del contrato privado está regida por la autonomía de la voluntad de las partes, por el derecho privado, mientras que el contrato administrativo está regido en todas las fases del ciclo contractual por la LCSP (1). Como consecuencia, la jurisdicción que conocerá del eventual litigio entre las partes es diferente, la civil o la contencioso-administrativa.

Estas afirmaciones generales requerirían ser completadas con muchas matizaciones pero no es objeto de este artículo analizarlas sino que se pretende ahora simplemente destacar el diferente régimen jurídico en materia de ejecución y extinción contractual entre el contrato administrativo o el privado.

El art. 1.597 del Código Civil (CC) regula una acción que puede ejercer el subcontratista ante el promotor de una obra para el cobro de lo debido por el

(1) La diferenciación del régimen jurídico, especialmente en fase de ejecución contractual, entre contrato privado y contrato administrativo pierde, en ocasiones, toda significación. Así, dos actuaciones claves en materia de ejecución contractual, como son el pago del precio y la modificación del objeto, tienen hoy un régimen jurídico uniforme en todo contrato público, administrativo o privado: el pago del precio que tiene una regulación común según Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, modificada por ley 15/2010, de 5 de julio, así como la modificación del contrato público que debe regirse de igual forma, sea administrativo o privado, según el artículo 92 bis LCSP incorporado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

contratista de la obra u otro subcontratista que le contrató. Esta protección del subcontratista-acreedor, tendrá aplicación evidentemente en el contrato público en su especie de contrato privado, en el sentido referido con anterioridad, puesto que la ejecución de esos contratos está sometida al Derecho privado.

II. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA EN EL SENO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. LOS AVANCES MATERIALES DE LA LCSP EN LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Consideraciones generales

La subcontratación tiene una gran trascendencia económica y social en la actividad económica general. Las empresas reducen su estructura de medios materiales y de recursos humanos (y así también reducen los costos consiguientes) y se concentran en la realización de actividades nucleares, en las que tienen el mejor dominio y experiencia y externalizan —subcontratan— todas aquellas actividades complementarias. La especialización en las actividades productivas es una regla general en el sistema económico actual.

El fenómeno de la subcontratación adquiere una gran extensión en el contrato de obras (tanto público como entre actores privados), de forma que el contratista reduce su actuación a una función, en muchas ocasiones, de coordinación técnica y financiación general del contrato junto con el desarrollo, si es el caso, de algunas actividades propias de construcción. El contratista acude a la subcontratación de especialistas con los que concierta la realización de actividades parciales.

Miles de empresas de mediana o pequeña dimensión, trabajadores autónomos y empresas familiares son subcontratistas de otras empresas (2).

En la práctica de la subcontratación se han generado graves patologías, como el retraso extraordinario en el pago del precio al subcontratista, como mecanismo de financiación complementaria del contratista principal, incumplándose tanto la normativa reguladora sobre la morosidad en las transacciones comerciales como los propios pactos entre las partes; también, se incurre en la subcontratación en cadena que desvirtúa y degenera la causa originaria de ésta como mecanismo de especialización en el trabajo, para

(2) La Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en la «Guía sobre contratación pública y competencia», afirma (p. 28) que en determinadas circunstancias, algunas empresas pueden preferir participar en régimen de subcontratación que compitiendo como empresas licitadoras. La advertencia de la CNC no está suficientemente argumentada.

transformarse en un recurso de contratación de mano de obra barata y que acepta las condiciones de trabajo más precarias.

La subcontratación en el seno del contrato administrativo es un negocio jurídico regido esencialmente por la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto regulado, por el derecho privado (3) pero, al mismo tiempo, en la medida que el subcontrato sirve también a la realización de un contrato administrativo y, por tanto, a la realización directa o indirecta de una actividad o finalidad de interés general, también está condicionada con estipulaciones y requisitos que provienen del derecho público de los contratos. La subcontratación en el seno del contrato administrativo es un negocio jurídico privado con regulación, en determinadas cuestiones, provenientes del derecho público (4). Hoy el contratista, en el seno de un contrato administrativo, decide o no subcontratar, con quién, para qué y a qué precio con libertad de criterio y plena autonomía de la voluntad. Posteriormente, argumentaré que es indudable que el derecho público de contratos está efectuando una invasión, progresiva y en diferentes aspectos, en ese terreno de autonomía de voluntad de las partes, pero aún sin ocupar ni sustituir el núcleo esencial de la relación jurídica entre contratista y subcontratista que sigue presidida por la autonomía de la voluntad.

En el seno del contrato administrativo y, especialmente, el de obras, es un fenómeno generalizado el retraso en el pago del precio al subcontratista. El retraso del contratista principal en el pago del precio al subcontratista va acompañado (y no pocas veces trae causa) del incumplimiento de los plazos legales de pago por parte de la Administración contratante a su contratista principal. Esa situación de incumplimiento generalizado de las condiciones de pago por parte de todos los actores conlleva a que el subcontratista, eslabón final de la cadena, soporte el más dilatado de los plazos de cobro posibles y,

(3) La JCCA de la Administración general del Estado afirmó en su Informe 20/97, de 14 de julio, consideración jurídica nº 4 que *«La introducción en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del precepto contenido en el artículo 116.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo al pago de contratistas a subcontratistas, no ha alterado la naturaleza jurídica de la relación existente entre ambos, naturaleza civil regida por el Derecho privado, con la simple adición del precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni tampoco ha alterado el orden jurisdiccional competente para conocer controversias o cuestiones litigiosas entre contratistas y subcontratistas, que seguirá siendo el orden jurisdiccional civil y no el contencioso administrativo».*

(4) Así se manifiesta Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva ley de Contratos del Sector Público», p. 250, publicado en «Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público», Publicación núm. 2.846 de la Institución «Fernando el Católico», Coordinado por Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO. Por su parte, Mercedes FUERTES LÓPEZ afirma, en «La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones Públicas», Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 109/2001, Estudios, p. 61: *«El buen fin del contrato administrativo ampara de manera sobrada que la Ley establezca límites o condiciones a este contrato "privado", por afectar a un objeto público».*

en muchos casos, como consecuencia, la imposibilidad de subsistir, dejando una estela de situaciones concursales y de trabajadores en paro.

Es necesario recordar que la consolidada patología del retraso en los plazos del pago del precio en el contrato administrativo y, especialmente, en el de obra, conlleva también otros perniciosos efectos colaterales como son el pago por la Administración contratante de un precio más caro para la realización de la obra o, en general, la prestación objeto del contrato, puesto que los licitadores ya trasladan en el precio ofertado los costos financieros del retraso en el pago que ya se da por previsto. Además comportará que el contratista ejecute el contrato forzando modificaciones del mismo que permitan un incremento del precio inicialmente aprobado (5).

Es lógico, pues, que, como se ha afirmado, la actividad de la subcontratación esté regulada por normas de carácter público que limitan en algunos aspectos la autonomía de la voluntad de las partes.

Podemos concluir pues que la LCSP establece determinadas «condiciones o requisitos (6)» para proceder a la subcontratación, pero, pese a todo, el acuerdo entre contratista y subcontratista se rige por el Derecho privado.

2. Los avances materiales de la LCSP en la regulación de la subcontratación administrativa

La LCSP traspone regulaciones comunitarias en materia de subcontratación y ello ha aumentado la regulación material sobre el subcontrato.

La directiva 2004/18/CEE afirma 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*». El art.

(5) Habrá que ver si las nuevas regulaciones operadas en la LCSP por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, logran frenar el fenómeno de los «modificados» o si, como ave Fénix, resurge con otras manifestaciones como podría ser la «revitalización» de la utilización de procedimientos negociados por motivo de obras, suministros o servicios «complementarios». Nos tememos que así sea, puesto que el modificado es un síntoma de un signo interior mucho más complejo, en el que tiene mucho que ver la morosidad en el pago de las Administraciones Públicas. Una visión crítica de la nueva regulación de los modificados en José María GIMENO FEJÚ, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 149, 2011, pp. 29-54, que concluye: «En definitiva, aunque es cierto, que la reforma propuesta en España es un notable avance, no parece compatible con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude».

(6) Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «La cesión del contrato y la subcontratación en el ámbito administrativo», *Cuadernos de Derecho Judicial* n° 8, 1997, p. 232, con respecto al artículo 116.2.c) LCAP, opinó que «...no debía ser calificado con rigor como requisito para poder subcontratar, sino más bien como un efecto —legalmente establecido— del subcontrato celebrado».

25 realiza una apuesta por implicar al poder adjudicador en el conocimiento de la subcontratación en el propio procedimiento de selección del contratista y determinación de la oferta económicamente más ventajosa, de forma que se prevé que, *«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.*

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal».

Hay un proceso desde la LCAP-1995 hasta la LCSP-2007 en el que se incrementan progresivamente las estipulaciones sobre la subcontratación en el contrato público, aumentando la regulación de las condiciones y requisitos para proceder a ella. Así actualmente:

1. La decisión de subcontratar no depende exclusivamente de la voluntad autónoma del contratista sino que es la Administración contratante la que, en ocasiones, puede establecerla con carácter obligado o, al contrario, prohibirla (7) o limitarla a una concreta extensión. (8) El artículo 210.1 LCSP afirma 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 aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario».* También el art. 210.2.e) LCSP establece 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».* Si no hay otro límite concreto establecido

(7) La Comisión Nacional de la Competencia, en la «Guía sobre contratación pública y competencia», ha considerado (p. 44) que «Cuando existan sospechas fundadas de un posible acuerdo colusorio, puede ser conveniente exigir en el anuncio de la licitación que las empresas indiquen en las ofertas su intención de usar subcontratistas y el nombre de las empresas que piensan subcontratar, porque puede facilitar la detección del posible mecanismo de compensación previsto en el propio acuerdo.

En determinados casos, puede ser conveniente tener en cuenta incluso la posibilidad de prohibir en los pliegos la opción de subcontratar la ejecución del contrato con las mismas empresas que hubieran concurrido a la licitación, salvo autorización expresa del órgano de contratación».

(8) La S del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el asunto C-91-08, Wall Ag y Municipio del Fráncfort del Méno, ha llegado a afirmar en su FJ 39 que «Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar».

en el pliego, la subcontratación no podrá superar el 60% del importe de adjudicación (9).

Hay que resaltar que los preceptos referidos no prevén que el órgano de contratación fije la parte concreta de la prestación que se deba subcontratar. Sin embargo, sí que ocurre, como se destacará, en el apartado 7 del artículo 210, si bien para actividades específicas y con carácter singular.

2. La subcontratación debe ser comunicada a la Administración contratante, en la propia fase de licitación del contrato, si así se ha requerido en el anuncio de la licitación o en el pliego (10). Es, por tanto, una

(9) Es opinión dominante que el porcentaje de subcontratación podría superar, en una licitación concreta, el 60% del importe de adjudicación pero, sin embargo, se considera que no sería factible un porcentaje del 100%. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en informe 1/2010, de 17 de febrero, opina 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 que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución "parcial" del contrato administrativo». Se afirma, pues, que ello representaría una cesión fraudulenta del contrato sin cumplir los requisitos legales para proceder a la cesión contractual. Creo que la cuestión de los límites máximos porcentuales de subcontratación debería precisarse reglamentariamente.

Sin embargo, debe destacarse que desde la óptica Comunitaria la cuestión carece de trascendencia y así el TJUE, en Sentencia de 12 de julio de 1991, asunto C-399/9890, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, ha manifestado (Considerando 90 y 91) que, «A este respecto, procede destacar que el artículo 1, letra a), de la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello.

De este modo, el artículo 20 de la Directiva establece que, «en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros».

También en Sentencia TJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller, Considerando 63 afirma, «En consecuencia, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el concepto de "contrato público de obras", en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente (la cursiva es mía), la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno».

(10) Se ha discutido acerca de la significación de la obligación del contratista de comunicar al órgano de contratación la subcontratación realizada y las consecuencias de no hacerlo. Concretamente si el desconocimiento por la Administración de las subcontratas, exige a ésta de las eventuales obligaciones dimanantes de la acción directa ex art. 1.597. La cuestión se aborda, por ejemplo, en S 1/2007, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 12 de enero de 2007, que afirma en su Fundamento Jurídico tercero (final) que «...Es criterio actual y reiterado del Tribunal Supremo (S de 16 de julio de 2003 (Ar. 5.843), 11 de octubre de 2002 (Ar. 9.850) y 31 de enero de 2002 (Ar. 2.097) que las subcontratas realizadas por los adjudicatarios de contratos de obras de la Administración Pública, sin la observancia de los deberes de comunicación, "dará lugar a los efectos que procedan en las relaciones entre la Administración comitente y el contratista",

comunicación que no deriva imperativamente de la LCSP sino que es el órgano de contratación el que debe decidir si quiere conocer la subcontratación que se pretende realizar por el todavía licitador y en la futura ejecución del contrato.

El subcontrato puede ser considerado por el órgano de contratación en la fase de licitación pública —art. 210.2.a) LCSP—, formando parte de la acreditación de la solvencia económica y técnica (11) del licitador y formando parte también de la valoración de la oferta de ejecución contractual. En este caso, la identificación de los subcontratistas efectuada en fase de licitación vincula en la fase de ejecución contractual de forma que no podrá efectuarse por el contratista una variación nominal

pero no afectan a los derechos concedidos en el artículo 1.597 del Código Civil “a los que ponen su trabajo y materiales en la obra contratada, entre los que la doctrina consolidada de esta Sala incluye a los subcontratistas”; sin que sea aplicable la doctrina establecida en la sentencia de 29 de octubre de 1987, porque una sola sentencia de la Sala Primera no constituye jurisprudencia». No lo considera así la S de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) de fecha 17 de mayo de 2009, considera en su Fundamento Jurídico segundo, que... «Así las cosas, la fiscalización y control de la posibilidad de subcontratar, y del cumplimiento de tales requisitos, derivados del 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, escapan del marco de la Jurisdicción civil para integrarse de lleno en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues si bien es cierto, cual sostiene la defensa de la parte apelante, que el contrato que le ligó a la empresa subcontratante era un contrato claramente privado, no es menos cierto que el que vinculaba a la subcontratante con la Administración tenía naturaleza evidentemente pública, por lo que, en base a la legislación ya referenciada, el control de los requisitos de la subcontratación en el ámbito de los contratos concertados con la Administración pública sustrae el debate litigioso de la Jurisdicción civil al estar fiscalizada su fiscalización en el marco del Derecho Administrativo».

El Tribunal Supremo en S de 24 de enero de 2006 (Sección 1ª de la Sala de lo Civil), Ponente Xavier O’Callaghan, respecto el conocimiento por la Administración de la subcontratación en el seno del contrato administrativo de obra y en relación con el art. 59 de la Ley de Contratos del Estado, ha afirmado que «...puede ser de naturaleza tácita, aceptando los trabajos realizados para el subcontratista. No puede olvidarse quien se aprovecha de los resultados que le son favorables —la obra— no puede rechazar las obligaciones que de ellas se deriva. Tampoco pueden obviarse las amplísimas facultades de control e inspección que tiene la Administración del Estado en obras públicas...».

(11) La Sentencia del TJUE, de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98, Holst Italia SpA, ha afirmado en sus Considerandos 26 y 27:

«26. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios por el mero hecho de que, para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas de él (véase, en el mismo sentido, en relación con las Directivas 71/304 y 71/305, la sentencia Ballast Nedam Groep I, antes citada, apartado 15).

27. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato».

o prestacional de la subcontrata anunciada en fase de licitación hasta que transcurran 20 días desde que se notifique a la Administración contratante la voluntad de proceder a dicho cambio.

Debe valorarse esta previsión, reflejo de la propia regulación comunitaria, como un gran avance en la implicación del derecho público de contratos en la subcontratación. Así, en el proceso de licitación, el licitador deberá identificar con claridad con qué subcontratistas piensa llevar a cabo la ejecución del objeto contractual, lo cual implica a la Administración contratante en el conocimiento efectivo de los empresarios que llevarán a cabo el contrato así como su solvencia y la proporción del precio total que ejecutan.

3. Si en la licitación no se ha conocido la propuesta de subcontratación, el artículo 210.2.b) LCSP, en fase de ejecución contractual, obliga al contratista a comunicar por escrito al órgano de contratación, con antelación a la celebración de los subcontratos, que se piensa proceder a celebrarlos identificando con qué subcontratistas y justificando la solvencia técnica que éstos tienen para ejecutar la prestación parcial (esta justificación podrá realizarse a posteriori de la celebración del contrato cuando concurren situación de emergencia o que requiera actuación urgente).

El incumplimiento de esta obligación de comunicación previa así como del resto de condiciones para proceder a la subcontratación supondrá la penalización del contratista con un importe que puede llegar hasta un 50% del importe del subcontrato.

De hecho, cuando la subcontratación se comunique en fase de licitación, como expresión de la oferta de ejecución contractual, si dicha oferta es considerada la más ventajosa económicamente, llevará consigo la aprobación por parte del órgano de contratación de la subcontratación propuesta, que no podrá ser modificada en fase de ejecución salvo que, comunicada esa intención al órgano de contratación, éste no se pronuncie en el plazo de 20 días, instituyéndose así un silencio de carácter positivo (art. 201.2.c LCSP).

Si el órgano de contratación no ha requerido información en la fase de licitación pública sobre la subcontratación y es en fase de ejecución contractual cuando el contratista anuncie que pretende subcontratar una parte de las prestaciones que conforman el objeto contractual, se plantea entonces la necesidad o no de autorización expresa del órgano de contratación

La LCSP avanza en el establecimiento de condiciones y requisitos para proceder a la subcontratación en el seno del contrato público pero lo

hace con reservas no queriendo incorporar de forma plena al subcontrato como parte del contrato público asumiendo todas las consecuencias que derivarían de un control directo de la subcontratación. Así, en el aspecto concreto que nos ocupa, por un lado se obliga al contratista a comunicar los subcontratos que va a realizar, identificando las partes del objeto contractual que correrán a cargo de los subcontratistas y acreditando la experiencia y solvencia técnica que tienen para la correcta ejecución de las prestaciones parciales pero no se da el paso de que la Administración deba autorizar expresa y previamente la subcontratación. Así, la LCSP no menciona en ningún momento la obligación de que la Administración se pronuncie de forma expresa ante la comunicación del contratista y como requisito previo a la realización de las subcontratas.

Como las regulaciones legales suelen tener un cierto movimiento pendular creo que en el tema que nos ocupa habría que volver a la regulación de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (su artículo 59 disponía que la subcontratación debía ser autorizada previamente a no ser que el contrato ya facultara al contratista) y considerar que la subcontratación en el seno del contrato público debiera ser autorizada por el órgano de contratación expresamente y previamente a su materialización..

Es posible que sea improcedente que en todo contrato deba autorizarse necesariamente la subcontratación que se realice. Quizás la LCSP podría establecer el límite a partir del cual fuera obligatorio la autorización expresa, bastando por debajo de ese umbral una simple comunicación de la subcontratación efectuada.

Como propuesta de «lege ferenda» podría considerarse que la autorización expresa y previa para poder subcontratar debería establecerse cuando se incorporen subcontratas que en total hayan de percibir un importe superior al 15% del precio del contrato o también en el supuesto que el órgano de contratación califique en el pliego regulador de la licitación a determinadas prestaciones parciales como especialmente significativas, (incluso al margen de su trascendencia económica), y que, por tanto, requiere, en todo caso, si pretenden subcontratarse, una autorización previa y expresa.

La consecuencia de no comunicar la subcontratación cuando se hubiese establecido obligación de hacerlo, a los efectos de obtener autorización expresa del órgano de contratación, sería una penalidad determinada o la resolución del contrato.

4. La subcontratación se considera elemento dinamizador de la participación de la pequeña y mediana empresa en la contratación pública,

de forma que la LCSP estimula a que el órgano de contratación pueda obligar al licitador a subcontratar una parte del objeto contractual —hasta un 50% del presupuesto del contrato— y siempre para la ejecución de partes de la prestación que tengan singulares características que requieran una especialización, según establece el apartado 7 del art. 210 LCSP, tras la modificación operada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que ha incrementado el porcentaje del 30% al 50%. En este supuesto —a diferencia de la previsión de la letra e) del apartado 2 del artículo 210—, sí que es el propio órgano de contratación el que definiría qué prestación concreta estaría obligado el contratista a subcontratar siempre que la prestación, se dice en el precepto, tenga sustantividad propia que permita su ejecución separada o bien porque la prestación requiera una habilitación profesional o la posesión de una clasificación empresarial determinada.

La decisión de obligar a subcontratar una prestación determinada deberá adoptarse en casos muy singulares. Parece más acorde con el principio de libertad de empresa dejar a la propia estrategia empresarial del licitador/contratista, en función de sus experiencias y habilidades y de su estructura empresarial, decidir qué prestaciones le conviene subcontratar. Parece suficiente que el órgano de contratación pueda establecer la obligación genérica de subcontratar un porcentaje del precio sin precisar las prestaciones parciales o unidades de obra.

5. No puede celebrarse el subcontrato con empresa inhabilitada para contratar o incurso en causa prohibitiva para contratar establecida en art. 49 LCSP.
6. El apartado 7 del art. 200 LCSP establece que, *«Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, sólo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:*
 - «a) Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.*
 - b) Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato».*

III. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.597 del Código civil (12) otorga al subcontratista (13) una acción directa (AD) frente al dueño de la obra además de frente a su contratista directo u otro subcontratista de nivel superior, si lo hubiere, y siempre que el dueño de la obra tuviere deuda pendiente con el contratista y éste con sus subcontratistas y éstos con sus correspondientes proveedores o subcontratistas sin que esa cadena se rompa hasta llegar al que ejerce la AD.

La Jurisprudencia ha perfilado los elementos conceptuales y requisitos para el ejercicio de la AD, adecuando a la situación social y económica vigentes la regulación histórica del Código Civil (14).

(12) El artículo 1.597 dice así: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

(13) Puede ser oportuno referir el concepto de «Subcontratista» que se utiliza en el art. 3.f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción: «Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución. Las variantes de esta figura pueden ser las del primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente». Recuérdese que la Disposición Adicional Segunda de esta ley afirma que es aplicable a las obras de construcción reguladas en la norma pública de contratos con las especialidades que se deriven de la misma. El Informe 62/06, de 26 de marzo de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA), concluyó que el artículo 4 de dicha norma legal, en el que se establecen los requisitos de las empresas para ser subcontratistas «deberá aplicarse en los contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de un contrato de obras regulado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

(14) En cuanto al propio concepto de subcontrato en el seno del contrato de obra es interesante la STS núm. 1.105/2003, de 27 de noviembre, RJ\2004\294, Ponente Antonio Gullón Ballesteros, en donde se discute la naturaleza de un subcontrato de desmontaje de una grúa utilizada en la obra (el Magistrado O'Callaghan disiente de la mayoría que no lo consideró subcontrato de obra). La S en su FJ tercero, manifiesta lo que sigue: «...para que pudiéramos apreciar la existencia de un subcontrato, el contratista debería haber convenido con otra persona o entidad la realización bien de toda la obra (la entera construcción del edificio), bien de determinadas partidas o unidades de obra, que es cuando adquiere significado la característica del subcontrato como contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza. Si por el contrario, el contratista no conviene con un tercero la realización de parte de la obra o de determinadas unidades de la misma, sino que lo que hace es contratar la ejecución de determinadas labores auxiliares, como en este caso, en que Construcciones San Martín, S.A. no contrata con Cañibano la ejecución de parte de la obra o de ciertas unidades de ella, sino el desmontaje de una grúa utilizada en la construcción, no estamos, en técnica jurídica, ante un subcontrato de obra sino ante uno que sirve de auxilio o ayuda a un contrato de arrendamiento de obra anterior. Si observamos la Ley 13/1995 (RCL 1995, 1485 y 1948) de Contratos de las Administraciones Públicas, comprobaremos como el concepto de subcontrato coincide con lo antes dicho, pues su artículo 116 alude al subcontrato como aquella figura contractual por la cual el contratista concierta con terceros la realización parcial del contrato».

Algunos de los elementos definidores más esenciales son los siguientes (15):

(15) La STS (Sala de lo Civil) núm. 598/1997, de 2 de julio, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz, es especialmente afortunada en expresar sintéticamente esas características. Creo especialmente interesante reproducir su FJ Primero:

«El artículo 1.597 del Código Civil prevé un caso de acción directa de los que ponen su trabajo y materiales en una obra, objeto de contrato de obra por precio alzado, frente al comitente o dueño de la obra, hasta la cantidad que éste deba al contratista; por tanto, habiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y "los que ponen su trabajo y materiales", según dicción de dicho artículo 1.597, se le concede a éstos acción directa contra el primero, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código Civil; así lo expresa la Sentencia de 29 octubre 1987 [RJ 1987\7484]. La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la Sentencia de 29 abril 1991 [RJ 1991\3068], una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

La realidad muestra la importancia práctica y la trascendencia económica de la dispersión de los trabajos que se produce en los contratos de obra, a través de la figura jurídica de la subcontratación; los grandes contratos de obra, muchas veces contratos cuyo "dueño de la obra" o comitente es una entidad pública, se concertan con contratistas que celebran subcontratos parciales, los subcontratistas a su vez, celebran nuevos subcontratos y puede llegarse a la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil con un planteamiento muy distinto al que se enfrentó el Código Civil del año 1889 que, en este punto, reproduce prácticamente lo que decía el artículo 1.538 del Proyecto del Código Civil de 1851.

La jurisprudencia, en su función esencial de complementar el ordenamiento jurídico, tal como dispone el artículo 1.6 del Código Civil no ha quedado ni debe quedar ajena a la evolución de la realidad, sino que debe interpretar las normas de acuerdo con la realidad social, tal como ordena el artículo 3.1 del Código Civil. En este sentido, una interpretación progresiva y adecuada a dicha realidad social, hace interpretar el artículo 1.597 del Código Civil en los siguientes extremos:

Primero.- El tercero a quien el artículo 1.597 explícitamente les concede la acción directa es a los terceros, "que ponen su trabajo y materiales". Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista. Lo cual ya lo han aclarado Sentencias anteriores, como las de 15 marzo 1990 [RJ 1990\1.698], 29 abril 1991 [RJ 1991\3068] (que emplea la expresión "subempresarios") y 11 octubre 1994 [RJ 1994\7.479].

Segundo.- La acción directa la concede el artículo 1.597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (que, como dice la Sentencia de 11 octubre 1994 [RJ 1994\7.479], "es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que 'el deudor de mi deudor es también deudor mío', etc."), hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc. cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior.

Tercero.- Cuando se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1.597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Así lo han admitido, para la acción directa del artículo 1.597, las Sentencias de 29 abril 1991 y 11 octubre 1994.

Cuarto.- Uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se

- Es una acción directa que puede ejercer el subcontratista frente al dueño de la obra además de contra su deudor inmediato (el contratista de la obra u otro subcontratista). La AD puede interponerse simultáneamente contra el dueño de la obra y contra el contratista y, si es el caso, subcontratistas, los cuales tienen responsabilidad solidaria. Esta acción directa puede ser ejercida por toda persona física o jurídica que haya aportado a la obra «trabajo o materiales».
- El dueño de la obra está obligado hasta la cantidad que adeude al contratista.
- La AD se constituye en una excepción del principio de relatividad del contrato proclamado en el art. 1257 CC.
- No es una acción que pueda ejercer solamente (16) el subcontratista que ocupe el primer nivel de subcontratación en el contrato de obra (17), sino que puede ser accionada por un subcontratista que esté en el segundo nivel o nivel más inferior en la cadena de subcontratación (18).

prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto».

(16) Analiza la cuestión María Ángeles FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, «Acción directa ex artículo 1.597 del Código Civil de subcontratista versus contratista», Actualidad Civil nº 4, Sección Doctrina, 1998, ref. XLVII, pp. 1151 a 1166, tomo 4, Editorial La Ley.

(17) Refiere la STS de 31.01.2005, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente Alfonso Villagómez Rodil, RJ\2005\1747:

«La sentencia de 29 de junio de 1936 (RJ 1936, 1491), en caso parecido al presente, sienta las reglas respecto a las acciones que ejercitan los subcontratistas sucesivos y decide que «habría que seguir su orden inverso hasta el propietario que resultara obligado subsidiariamente, o en defecto de quienes le preceden pero siempre que en todos se dé la circunstancia condicional o característica mencionada en el precepto, de ser deudores unos de otros, porque si alguno de los interferidos no lo fuera, quebraría el vínculo denominador común de la responsabilidad por solución valladar de su exigencia; es decir, que el subempresario acreedor de otro con quien el contrato podrá ante la falta de pago de éste, reclamar del locador en tanto tal empresario sea a su vez deudor del contratante moroso y así hasta el dueño, mas por igual motivo que si el propietario por haber pagado totalmente al contratista suyo ya no habría de suplir obligaciones del mismo, el locador que estuviese finiquitado con su sucedáneo en la empresa, tampoco tiene que afrontar lo debitado por éste, ya que a idéntica razón corresponde la misma norma jurídica y ninguna autoriza que quien pagó bien, contra todo principio de equidad, lo haga dos veces».

(18) El art. 5 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula subcontratación en la construcción, limita la cadena de subcontratos hasta un tercer nivel.

- Para que pueda prosperar la AD se requiere que cada uno de los participantes en la cadena de contratación sea deudor del eslabón inferior de forma que si alguno de los agentes ha satisfecho íntegramente sus obligaciones económicas (el dueño de la obra con el contratista, éste con el/los subcontratistas principales, éstos con sus proveedores o subcontratistas) ya no podrá entenderse ejercitable la AD (19).
- La carga de la prueba que el comitente o el contratista o un subcontratista de nivel superior han pagado totalmente el crédito, compete, no al acreedor que acciona la AD, sino al que ha satisfecho el crédito (20).
- El subcontratista puede reclamar al dueño de la obra cuando su crédito está vencido y sea exigible y el pago del dueño a favor del subcontra-

(19) La S TS núm. 1.278/2007, de 12 de diciembre, Sala de lo Civil, Sección 1ª, RJ\2007\8924, Ponente Encarnación Roca Trías, afirma: *«Lleva razón el recurrente al denunciar que se ha infringido el artículo 1.597 CC, al constar la prueba de haber pagado al adjudicatario de la obra las certificaciones concretas y no quedar pendiente pago alguno en el momento en que se formula la reclamación. De acuerdo con lo que se ha argumentado en el Fundamento cuarto de esta sentencia, para que opere el artículo 1.597 se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra; la acción directa no puede dirigirse contra uno de los sucesivos contratistas o el dueño de la obra, como ocurre en este caso, cuando hayan cumplido ya sus obligaciones y hayan pagado en la totalidad la parte que le correspondía, simplemente porque no existe crédito que cobrar, que es el requisito exigido en el artículo 1.597 CC para que tenga eficacia la acción directa. Por tanto, constando probado que el Ayuntamiento de Hospitalet del Infante y Vandellós había satisfecho las cantidades que debía según las certificaciones de obra que la adjudicataria de la misma le iba presentando, al no existir ya ningún crédito, no es deudor y por lo tanto, no puede reclamársele que pague a los subcontratistas lo que debería a la contratista, simplemente porque nada debe ya».*

(20) Dice la S TS, Sección 1ª Sala de lo Civil, Ponente Xavier O'Callaghan, de 24 de enero de 2006, recurso 2.094/1999: *«Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra [o contratista anterior] deba al contratista [o subcontratista anterior]. En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra [o el contratista anterior] el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto».*

tista sólo será efectivo en el momento en que el crédito del subcontratista esté a su vez vencido y sea asimismo exigible.

- La cantidad debida genera intereses desde su reclamación notarial (21).

IV. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Respecto el contrato público de obras adjudicado por un poder adjudicador no AP no parece que haya duda que la AD es perfectamente aplicable toda vez que el régimen jurídico (22) de la ejecución contractual ser rige por el derecho privado, según establece el art. 20.3 LCSP. En el supuesto que el Pliego de condiciones de un contrato de un poder adjudicador no AP, estableciese que la subcontratación se rige por las normas de la LCSP, me remito a las consideraciones de este artículo.

La Abogacía general del Estado, en dictamen 36/07, de 28 de diciembre de 2007, (Ponente, Raquel Ramos Vallés), abordó la cuestión de la aplicación de la AD en el ámbito de la contratación administrativa en respuesta a la consulta planteada por la sociedad mercantil pública estatal, «Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA – SIEP, SA» (23).

El informe admite (y aconseja) la posibilidad que una sociedad mercantil pública, pese a someter la ejecución de sus contratos al Derecho privado, remita la regulación de la subcontratación, a la propia regulación del art. 115.3 TRLCAP [texto legal vigente en el momento de realizarse la consulta (24)]. A partir de esta

(21) Dice la S TS (Sala 1 de lo Civil), de 8 de mayo de 2008, número 300, Ponente Román GARCÍA VARELA, que: «Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecido en el artículo 1.597 del Código Civil, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero y 15 de noviembre de 2000) cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio».

(22) Esta afirmación se refiere antes de la modificación que pretende introducirse en la LCSP como se ha afirmado en la Introducción de este artículo. Si la propuesta de modificación prospera en los contratos de las Entidades Públicas Empresariales que son siempre privados tampoco sería *ex lege* de aplicación la AD.

(23) Puede accederse al Informe en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/anales_abogacia/ANALES_07_0036.pdf.

(24) La Disposición Adicional vigésimo octava LCSP establece el régimen de subcontratación de prestaciones contratadas por las Entidades Públicas Empresariales que debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 210 LCSP.

consideración, el Informe tiene interés toda vez que sus reflexiones y conclusiones se refieren también al contrato administrativo aunque la consulta provenga de una sociedad mercantil pública que somete la ejecución de sus contratos al derecho privado pero que puede, como se refiere en el Informe, remitir la regulación de la subcontratación a la norma administrativa de contratación.

El Informe centra la cuestión en estos términos: *«Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.3 del actualmente vigente TRLCAP, cabe plantearse si la acción directa del artículo 1.597 CC es aplicable a los contratos privados celebrados por sociedades estatales cuyos pliegos reguladores remitan, en su caso, al régimen de subcontratación previsto en el TRLCAP. Se suscita la duda, en suma, de si la redacción del artículo 115.3 TRLCAP, que declara al subcontratista obligado “sólo ante el contratista principal”, excluye la aplicación de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra consagrada en el artículo 1.597 CC»* (la cursiva es mía).

Después de efectuar un análisis de la jurisprudencia del TS (25) vertida sobre la cuestión, el Órgano consultivo afirma con rotundidad que, *«Cabe entender, en consecuencia, que, con arreglo a la mencionada doctrina jurisprudencial, la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluye la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 CC, dado que ésta se inserta en el seno de una relación jurídico-privada como es la derivada de la subcontratación entre particulares, a lo que no es óbice que dicha subcontratación traiga causa en un contrato administrativo»*.

Respecto al conocimiento previo por el órgano de contratación de la práctica de la subcontratación, la Abogacía del Estado reconoce en el informe que comentamos que, *«... debe tenerse en cuenta en este punto que el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la acción directa del artículo 1.597 CC incluso en aquellos supuestos en los que la Administración contratante invoque el desconocimiento de la subcontrata, por aplicación de la doctrina de prohibición del enriquecimiento injusto»*.

Posteriormente a este Informe, otros Órganos consultivos, éstos especializados en materia de contratación pública, no han compartido la opinión de la Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, si bien respondiendo consultas vigente la LCSP (26). Así, la conclusión del Informe 13/2009, de 3

(25) Un análisis de la Jurisprudencia recaída sobre el asunto objeto de este artículo puede verse en «Pago directo de la Administración a suministradores y a subcontratistas de obras. Aplicación del artículo 1.597 CC en el ámbito de la contratación administrativa», Isabel GALLEGO CÓRCOLES, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n° 25, noviembre 2003, p. 46, Editorial La Ley.

(26) En dichos Informes no se menciona el emitido con anterioridad por la Dirección de Servicio Jurídico del Estado y que hemos referido. Sorprende esa falta de «voluntad dialéctica» en cuestión de tanto interés y máxime cuando se mantiene una orientación totalmente diferente.

de noviembre, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, afirma: «*La prescripción contenida en el artículo 210.4 LCSP de que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, impide el ejercicio de la acción directa, contenida en el artículo 1.597 del Código Civil, del subcontratista frente a la Administración Pública*» (27).

Unos meses después la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en Informe 71/09 (28), de 23 de julio de 2010, reitera igual criterio. En este Informe se parte de considerar la relación jurídica entre contratista y subcontratista como inserta en el campo del derecho privado, lo que lleva a la Junta Consultiva a afirmar que no cabe introducir en un pliego una cláusula que comprometa al órgano de contratación al pago a favor del subcontratista cuando el contratista-adjudicatario del contrato administrativo no paga. Se reconoce en ese Informe la existencia de sentencias del Tribunal Supremo favorables a la aplicación de la AD en el seno del contrato administrativo para afirmar seguidamente que... «*Sin embargo, las indicadas resoluciones han sido dictadas al amparo de las regulaciones contenidas en la Ley de Contratos del Estado y en la de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir antes de la entrada en vigor de la actual Ley de Contratos del Sector Público. Esta circunstancia, sin embargo, es decisiva para la cuestión que analizamos toda vez que entre la regulación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la de Contratos del Sector Público existe una diferencia sustancial (la cursiva es mía) consistente, en concreto, en la introducción del párrafo segundo del artículo 210.4 anteriormente transcrito que, según hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, deja zanjada la cuestión poniendo el límite final de la responsabilidad en el contratista*» (29).

Como se ha destacado, los Órganos consultivos especializados en materia de contratación pública de la Junta de Andalucía y de la Administración general del Estado fundamentan su oposición al reconocimiento de la AD en el seno del contrato administrativo de obras en una supuesta «nueva» regulación operada en la LCSP respecto las normas anteriores.

(27) Puede accederse al Informe en http://www.juntadeandalucia.es/economiyhacienda/contratacion/c_consultiva/informes/informe-13-2009.pdf

(28) Puede accederse al Informe en <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Informes/Archivo%20historico/Paginas/Informes2010.aspx>

(29) Las conclusiones del Informe 71/09 son las siguientes:

«1. La Administración no puede ejercitar directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas.

2. De igual modo, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 210.4 párrafo segundo, los subcontratistas no tienen acción directa contra los órganos de contratación para conseguir el pago directo por éstos de las cantidades que les adeuden los contratistas».

Antes de entrar en el núcleo del asunto, considero conveniente tratar una cuestión que en los Informes referidos no se procede a analizar y es la significación y alcance de la expresión del art. 1.597 CC en cuanto a que la obra esté «ajustada alzadamente por el contratista». Esta expresión, ¿se corresponde con el tipo de obra con «precio a tanto alzado y precio cerrado», sin existencia de precios unitarios, del art. 216 LCSP? Si se contesta afirmativamente se estará limitando la eventual aplicación de la AD a un tipo de contrato administrativo de obras muy determinado frente al contrato de obra «general» cuyo precio total se desglosa en precios por unidades de obra y se retribuye mediante certificaciones que comprenden la parte de la obra ejecutada en el periodo anterior que se certifica, según medición y relación valorada, aplicando los precios unitarios de los diferentes materiales que se aprobaron oportunamente.

Creo, siguiendo las manifestaciones de la jurisprudencia (30) que ha abordado el análisis de la AD en el marco de contratos administrativos, que

(30) La S núm. 634/2006, de 20 de abril, del TSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, [JUR\2006\167075], Ponente Jesús María Chamorro González, desestimó recurso, entre otros motivos por que «En efecto el Código Civil parte de una obra ajustada al tanto alzado y es evidente que en el caso que aquí decidimos no estamos ante tal presupuesto sino que el contrato de obras litigioso ha sido contratado por unidades de obra independientes y así se acredita en el expediente administrativo especialmente en lo contenido en el pliego de cláusulas técnicas y en el proyecto que consta en el Expediente».

La S de 26 de diciembre del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente Federico Andrés López de la Riva Carrasco, recurso 1.194/1999, RJCA\2004\253, en su Fundamento de Derecho quinto, reproduce Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 13-06-2002, núm. 153/2002, recurso nº 279/2001. Pte: González Carrasco, María del Carmen, la cual afirma: «Exige el Código Civil en primer lugar que la obra haya sido ajustada alzadamente por el contratista y no por unidad de medida. Se refiere la contratista "Construcciones A., S.A." al contrato suscrito entre ésta y "Excavaciones C., S.L." para negar dicho carácter, pero el mismo ha de ser conceptualizado como contrato de obra a tanto alzado, puesto que las Sentencias del TS como las de 7 de octubre de 1986 y 8 de marzo de 1989, señalan que existe éste cuando quedó fijado como unitario y de forma global con referencia a la totalidad de la obra, incluso aunque se incluya un desglose por partidas y referencia a precios unitarios, siempre que no haya duda de la consideración de la obra en su conjunto. Y otras, como las de 23 de junio de 1964, 25 de noviembre de 1968 o 16 de octubre de 1970, añaden también cuando además de un precio global se incluyen cláusulas que prevén posibles modificaciones o aumentos a los que, en su caso, se aplicará una valoración según precios unitarios que se dejan preestablecidos».

Afirma la S de la AP de Cáceres de fecha 21 de setiembre de 2010, S nº 314/2010: «En relación a este requisito, debe tenerse en cuenta como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) de 9 de junio de 2005, que establece que «En definitiva, el arrendamiento por unidad de medida o de pieza (arts. 1.592 y 1.597 C. c.) se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicables o de realización de piezas a destajo, en razón de la "extensión" del objeto o de la obra (SSTS 23 de julio y 7 de octubre de 1964) pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en "unidades", lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque

no procede realizar una interpretación del requisito exigido en art. 1.597 CC («obra ajustada alzadamente») en un sentido estricto asimilable al tipo de contrato de obra regulado en el art. 216 LCSP. Por el contrario, deberá entenderse la expresión «...obra alzada ajustadamente por el contratista...», como obra con precio cierto y determinado (31).

dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las "Partidas" y sometido a controles de calidad y cantidad.

En el caso de autos se cumple dicho requisito, pues como señala la sentencia de instancia, la Resolución dictada por la Excm. Diputación Provincial de Badajoz de fecha 11 de julio de 2007 en cuya virtud se adjudicó la ejecución de la obra de ensanche y refuerzo CC.PA BA-130, a la entidad GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A., tenía un precio ajustado alzadamente ya que se estableció que el presupuesto total sería de 2.073.059 euros, debiendo ser este el contrato que ha de tenerse en cuenta al valorar la concurrencia o no del requisito del precio alzado necesario para el éxito de la acción directa, pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928, 24 de diciembre de 1980 y 22 de diciembre de 1992, es necesario «fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario».

(31) Ésta es la opinión en sede civil de Ignacio Albiñana, «La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista», Actualidad Jurídica Uría Menéndez/25-2010.

No lo entiende así la Audiencia Nacional que en S de 18 de mayo de 2007 (Sección 8ª de lo Contencioso-Administrativo, Ponente José Luis Sánchez Díaz), JUR 2007\200196, afirma en su FJ segundo que «En primer lugar porque el contrato de ejecución de obra no es un contrato civil sino administrativo, que se rige por una normativa específica que se aplica con preferencia a la normativa civil; y conforme a tal legislación el citado contrato no se configura como «contrato de obra a tanto alzado», sino como contrato pactado atendiendo al número y calidad de obra ejecutada, por precios unitarios. Este motivo aleja pues la aplicación del artículo 1.597 del Código Civil que se refiere a obras ejecutadas «alzadamente». Además lo especificado en el artículo 1.597, que comentamos, se refiere a trabajos derivados de una relación laboral o profesional y a materiales suministrados, pero no al resultado de la obra, que es lo que se incluye en la documentación que la parte actora aporta. De este modo queda totalmente excluida la aplicación al caso del artículo 1.597 del Código Civil.

La S núm 640/2010, de 14 de octubre, TS Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente Antonio Salas Carceller, afirma:

«Como destaca la doctrina, dando por supuesto que la acción directa "ex artículo 1.597" beneficia a los subcontratistas, lo importante es que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de obra. El artículo 1.597 habla de "obra ajustada alzadamente", por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el artículo 1.597; no obstante lo cual, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que estén también determinadas el número de unidades a ejecutar.

La Audiencia recurrida ha reiterado a tal respecto los argumentos de la sentencia de primera instancia. Allí se decía, con cita de las sentencias de esta Sala, de 11 junio 1928, 24 diciembre 1980 y 22 diciembre 1992 (RJ 1992, 10641), que la exigencia de precio alzado responde a la necesidad de "fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad

El art. 1593 CC puede servir también como criterio hermenéutico para fijar el alcance del concepto *obra alzada ajustadamente por el contratista*. De su dicción puede entenderse que el CC se refiere al precio cerrado, fijo y no revisable (32).

Son muchas las sentencias de la jurisdicción civil que abordan reclamaciones fundadas en la AD en el seno de contratos «ordinarios» administrativos de obra sin que se haya planteado en ninguna de ellas la incorrección de la aplicación de la AD por una eventual no correspondencia con el requisito de obra alzada ajustadamente requerido en el art. 1.597 CC (33).

y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario”, lo que se encuentra en relación con razones de seguridad jurídica buscando a través de la determinación inicial del precio, que la garantía que supone esta acción para los terceros acreedores sea cierta y eficaz; y se concluía en la concurrencia del requisito cuando se da esa condición de fijeza del precio concertado por la obra principal, bien porque se haya ajustado a un tanto alzado la totalidad del trabajo proyectado, bien porque el precio se determine por unidades de obra cuando también se hayan indicado el número de dichas unidades, pues en ambos casos es posible conocer “a priori” la cantidad a que se eleva el precio. La Audiencia insiste en el mismo sentido afirmando que debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en “unidades” lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las “partidas” y sometido a controles de cantidad y cantidad, como ocurre en el supuesto enjuiciado».

(32) El art. 1.593 CC dice así: El arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido con el propietario del suelo, no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales; pero podrá hacerlo cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario.

Al respecto, la S TS de 7 de octubre de 1986, RJ\1986\5332, Ponente Adolfo Carretero Pérez, que manifiesta en su FJ 3º respecto un litigio entre contratista y un subcontratista en la ejecución de obra de construcción de una piscina y otras instalaciones licitada por el Ayuntamiento de Palencia:

«No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades —Sentencia Tribunal Supremo, 14 de marzo de 1985 [RJ 1985\1165], 26 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6649], entre otras—, cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula quinta se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula sexta se prevé la entrega de toda la instalación, contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto y cuya forma de efectuarse, no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto y su exacta configuración como obra a tanto alzado regulada en el artículo 1593 del Código Civil, lo que hace decaer el motivo 2.º del recurso».

(33) La S AP Cáceres, de 21 de setiembre de 2010, núm. 314/2010, JUR\2010\342723, Ponente Juan Francisco Bote Saavedra, recuerda:

«En relación a este requisito, debe tenerse en cuenta como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 14] de 9 de junio de 2005, que establece que «En definitiva, el

V. EL ARTÍCULO 210.4 LCSP: LOS SUBCONTRATISTAS QUEDARÁN OBLIGADOS SÓLO ANTE EL CONTRATISTA PRINCIPAL

Frente a los defensores de la tesis que la LCSP ha determinado claramente, a diferencia de la normativa anterior, la responsabilidad exclusiva del contratista en el seno del contrato administrativo de obra entendiéndose con ello que la Administración contratante se exime de toda obligación derivada de cualquier incumplimiento contractual del contratista y, entre ellos, en relación con el pago del precio concertado entre contratista y subcontratista, no siendo de aplicación la AD, creo que esa invocada «nueva regulación» que existiría en la LCSP y que impediría la aplicabilidad de la AD en el contrato administrativo, no es tal ni, por tanto, tiene la consecuencia jurídica que se deduce.

Se dice que el segundo párrafo (34) del apartado 4 del artículo 210 LCSP incorpora un nuevo mandato legal respecto la normativa anterior del que puede derivarse la imposibilidad de aplicación de la AD en el seno del contrato administrativo. Creo que ese argumento no tiene consistencia: la LCSP no hace en ese párrafo más que confirmar que el contratista principal es el único responsable de la correcta ejecución del contrato administrativo y se precisa, ahora con más detalle, que ello sigue siendo cierto aunque el órgano de contratación tenga conocimiento o incluso haya autorizado la subcontratación.

arrendamiento por unidad de medida o de pieza (arts. 1.592 y 1.597 C.c.) se da cuando se encarga un trabajo a pagar en función de parámetros lineales, longitudinales, cubicables o de realización de piezas a destajo, en razón de la "extensión" del objeto o de la obra (SSTS 23 de julio y 7 de octubre de 1964) pero debe calificarse el contrato como de precio alzado cuando, sin perjuicio de los sistemas contables de presupuestación, facturación y control de mediciones en "unidades", lo que se encarga es una obra completa, compleja, con posible precio unitario de algunas partidas pero cómputo total global (aunque dicho cómputo se someta a comprobaciones). Debe concluirse, por tanto, que no se ha establecido el precio de la obra por unidad de medida o pieza sino un presupuesto completo y cerrado (con indicación de cantidades), en razón de las "Partidas" y sometido a controles de calidad y cantidad.

En el caso de autos se cumple dicho requisito, pues como señala la sentencia de instancia, la Resolución dictada por la Excma. Diputación Provincial de Badajoz de fecha 11 de julio de 2007 en cuya virtud se adjudicó la ejecución de la obra de ensanche y refuerzo CC.PA BA-130, a la entidad GÉVORA CONSTRUCCIONES, S.A., tenía un precio ajustado alzadoamente ya que se estableció que el presupuesto total sería de 2.073.059 euros, debiendo ser este el contrato que ha de tenerse en cuenta al valorar la concurrencia o no del requisito del precio alzado necesario para el éxito de la acción directa, pues como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928, 24 de diciembre de 1980 y 22 de diciembre de 1992, es necesario «fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario».

(34) Dice así ese segundo párrafo: «El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

La incontestable afirmación que el contratista es el responsable de la correcta ejecución del contrato administrativo no conlleva que además, expulsada la subcontratación de una regulación completa desde el derecho público de contratos, y, por tanto, manteniéndose la subcontratación como una relación jurídica privada, no pueda ejercer el subcontratista el derecho a un acción para el cobro de lo debido que tiene su regulación y origen en el derecho civil.

Habrà que realizar un análisis comparativo de la regulación que se contiene en el art. 210.4 LCSP (35), «Los subcontratistas quedarán obligados ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración...», en relación con las estipulaciones de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (36). Podremos comprobar que la redacción de los preceptos comparados no contienen ninguna diferencia sustantiva negando la supuesta «nueva orientación» contenida en la LCSP.

El art. 59 del decreto 923/1965, de 8 de abril, que aprueba el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado habilitó la subcontratación sin ninguna previsión complementaria. Es el artículo 186 del decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento general de contratación, el que inaugura la salvaguarda de la Administración contratante en este sentido: «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución de la obra frente a la Administración, con arreglo al proyecto aprobado por la misma, como si él mismo la hubiese realizado*».

La ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), reguló en un extenso art. 116, concretamente en su apartado 3, que, «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo 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*».

El artículo 115.3 del Real decreto legislativo 2/2000, que aprueba el Texto refundido de la LCAP manifiesta que, «*Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con*

(35) De carácter básico y aplicación general a todas las Administraciones Públicas, según Disposición Final séptima LCSP.

(36) Un análisis de la evolución histórica de la regulación jurídica sobre la subcontratación, en «La subcontratación administrativa», Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, Cuadernos de Derecho Público nº 12, 2001, p. 232

arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato».

El artículo 210.4 LCSP establece: *«Los subcontratistas quedarán obligados sólo 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.*

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal».

Como se verá la regulación de la delimitación de las obligaciones respectivas entre Administración, contratista y subcontratista no ha tenido una redacción muy diferente en todo este período.

No se observa una regulación diferente desde 1967 en cuanto a la determinación de la responsabilidad de la ejecución del contrato administrativo frente a la Administración contratante. Esa responsabilidad en la correcta ejecución del contrato únicamente recae en el contratista adjudicatario del contrato administrativo y ése es el mensaje que se mantiene históricamente hasta el actual art. 210.4 LCSP (37).

La afirmación que es el contratista principal el que asume ante el poder adjudicador la total responsabilidad de la ejecución del contrato la encontramos también, con redacción diferente, en el segundo párrafo del artículo 25 de la directiva 2004/18/CEE, que establece:

«En el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

Dicha comunicación no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal».

En este contexto normativo (38) que no contiene variaciones significativas en cuanto a la responsabilidad exclusiva del contratista ante la Administra-

(37) El artículo 87.4 de la ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, establece que, *«Los subcontratistas quedaran obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante, con arreglo estricto a los pliegos y a los términos del contrato».*

(38) La Comisión Europea en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008, denominada

ción contratante por la correcta ejecución del contrato administrativo existe una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Tribunales inferiores reconociendo la AD del subcontratista ante el promotor de la obra en el seno del contrato administrativo siempre que la Administración contratante adeude cantidad al contratista (39).

«Pensar primero a pequeña escala» “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas» COM(2008) 394 final, invita (p. 14) a los Estados miembros a: «animar a sus entidades contratantes a subdividir los contratos en lotes cuando sea posible y a aumentar la visibilidad de las oportunidades de subcontratación».

(39) Afirma la S de la AP Vizcaya (Sección 3ª), Auto núm. 345/2007, de 8 de junio, AC 2007\2100, en un procedimiento entre subcontratista y, entre otros demandados, la empresa pública Bideak Bizkaiko Bideak, en relación con un contrato de obra de construcción de un Centro de día y Residencia de personas mayores, en la que se declara competente la jurisdicción civil: *«De la jurisprudencia de la Audiencias relatada y de la sucinta exposición precedente puede inducirse que en una reclamación “ex” art. 1.597 el subcontratista se dirige contra el propietarios de la obra con independencia de su condición pública o privada y sin que al mismo le una relación jurídica previa. La inexistencia, como en el presente caso acontece, de contrato entre partes de naturaleza administrativa, asistiendo únicamente respecto a los subcontratistas el ejercicio de la acción directa, y ejercicio de una pretensión que no es subsidiaria de la que el titular pueda tener frente al deudor principal sino, titular de una acción que no es sustitutiva de la del contratista sino que se sobrepone a la misma para hacer valer su crédito por vía directa mediante el logro de su satisfacción a cargo del dueño de la obra y por tanto es una garantía que se determina como de carácter excepcional y que altera el principio general de relatividad de los contratos, pues pone en contacto a personas que en principio no son partes en el primitivo contrato, por lo que si la acción civil directa se actúa frente a una administración o empresa pública ello no convierte o transforma en acción de naturaleza administrativa».*

La S de 26 de diciembre del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente Federico Andrés López de la Riva Carrasco, recurso 1.194/1999, RJCA\2004\253, en su Fundamento de Derecho quinto, reproduce Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 2ª, S 13-06-2002, núm. 153/2002, re. 279/2001. Pte: González Carrasco, María del Carmen, la cual afirma: *«Reitera en esta alzada la Junta de Comunidades la alegación consistente en la infracción del art. 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCL 1995, 1445 y 1948) (actual 115 del Texto Refundido 2000 [RCL 2000, 1380 y 2126]), debido a la inexistencia de comunicación por parte de la contratista “Construcciones A., S.A.” de la subcontratación realizada. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que en dicho artículo se establece una obligación para el contratista frente a la Administración cuyo incumplimiento no puede hacerse recaer sobre el subcontratista, que en ningún caso está obligado frente a la Administración, como apunta el mismo artículo, y que permanece ajeno a dicha relación. Finalmente, el art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece el carácter privado de las subcontratas de obras públicas, por lo que las acciones derivadas de estos contratos no pueden verse limitadas por el carácter público del contrato de obras inicial en el que el subcontratista no es parte, ni por su normativa propia, ni la Administración puede oponer al subcontratista que persigue la satisfacción de su crédito requisitos ajenos a los establecidos en el artículo 1.597 del Código Civil (LEG 1889, 27) y que en todo caso escapan del control del subcontratista acreedor».*

VI. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA REGULACIÓN DEL PAGO DEL PRECIO AL SUBCONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 211 LCSP

Como se ha destacado anteriormente, la regulación del segundo párrafo del art. 210.4 LCSP, se instituye en los Informes de la JCCA del Estado y de Andalucía, como argumento esencial para declarar una «nueva» situación normativa que impide, frente a la normativa anterior, el ejercicio de la AD en el seno del contrato administrativo.

Desde un análisis sistemático hay que considerar que el art. 210 LCSP, «Subcontratación», trata de las relaciones generales entre subcontratista y contratista y la de éste con la Administración contratante. Concretamente, cuando el apartado 4 del art. 210 se refiere a la «responsabilidad exclusiva del contratista principal» está tratando de la responsabilidad exclusiva del contratista principal frente a la Administración en cuanto a la correcta ejecución del objeto del contrato administrativo. Este precepto en sede de derecho público de contratos no es diferente, por otra parte, de la previsión del artículo 1.596 Código Civil, cuando afirma que «*El contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra*» (40).

Las obligaciones contractuales entre contratista y subcontratista no forman parte (con las matizaciones que se verán) de la norma reguladora de la contratación del sector público. Es una relación jurídica regida por el Derecho privado y en la que la Administración pública no quiere entrar con normas imperativas si bien como ya se ha destacado hay un proceso de delimitación, desde el derecho público de contratos, de condiciones y requisitos para subcontratar (41).

La regulación del art. 210.4 LCSP está declarando que, pese a la existencia de subcontratación, el contratista —adjudicatario del contrato administrativo—, es el único responsable frente al órgano de contratación de la correcta ejecución del objeto contractual. Esa afirmación legal no afecta a la relación jurídica obligacional entre contratista y subcontratista, relación en la que los correspondientes incumplimientos de las partes se residencia en el derecho privado y en la jurisdicción civil y, como consecuencia, con plena aplicación en esa relación jurídica privada de una acción para el cobro de lo debido, la AD, que tiene su

(40) La STS (Sala de lo Civil) núm. 561/2002, de 4 de junio, Ponente Teófilo Ortega Torres, afirma (FJ cuarto) que la responsabilidad del art. 1.596 CC incluye la derivada de los trabajos de los subcontratistas. En idéntico sentido STS (Sala de lo Civil, núm. 246/1998, de 16 de marzo), Ponente Alfonso Villágoz Rodil, FJ primero.

(41) El art. 17.6 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se expresa así: «Cuando el constructor subcontrate con otras personas físicas o jurídicas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, será directamente responsable de los daños materiales por vicios o defectos de su ejecución, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar».

regulación en el Código Civil (42). La única manera de excluir que en el seno del contrato administrativo el subcontratista pueda reclamar al dueño de la obra —la Administración contratante— el precio debido por su trabajo o materiales aportados, con exclusión de la aplicación del art. 1.597 CC, sería su excepción expresa y literal en la propia LCSP y eso no lo hace el art. 210.4 LCSP.

Pero es el art. 211 LCSP «Pagos a subcontratistas y suministradores» (43) (y no el art. 210.4), el que se destina a fijar determinadas obligaciones del contratista en cuanto a los derechos económicos de los subcontratistas en el seno del contrato administrativo. El art. 211 contiene una serie de mandatos para que el contratista proceda al pago puntual a sus subcontratistas o proveedores, regulación que no es más que la reproducción de la regulación contenida en la ley 3/2004, de 29 de diciembre, modificada por la ley 15/2010, de 5 de julio, cuyo ámbito de regulación abarca al contrato entre agentes privados y también al contrato del sector público (44). En este artículo 211 no se

(42) Emiten opinión a favor de la aplicabilidad de la AD en el seno del contrato administrativo, Juan Luis DE LA VALLINA, ob. citada, p. 255; Rafael JURISTO SÁNCHEZ, «La ejecución del contrato de obra pública», segunda edición 1991, afirma (p. 141): «Se echa de menos en la regulación administrativa del subcontrato la posibilidad de que pueda reclamar directamente frente a la Administración, subrogándose en los derechos del contratista si no los ejercita en perjuicio suyo. La acción directa que regula el artículo 1.597 CC ("los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tiene acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que ése adeude a aquél cuando se hace la reclamación") tendrá que ejercitarse en su caso en la vía jurisdiccional ordinaria, apurando antes la reclamación previa regulada en los artículos 139 a 144 LPA».

Una opinión contraria a la aplicabilidad de la AD Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ob. cit., p. 234.

(43) De carácter básico y aplicación general a todas las Administraciones Públicas, de acuerdo con Disposición Final séptima LCSP.

(44) Silvia DEL SAZ, «La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público», Revista General del Derecho Administrativo n° 25 (2010), ha puesto de manifiesto las contradicciones existentes en la ley 3/2004 que se arrastran en la ley 15/2010, en cuanto a la definición del ámbito subjetivo de las normas: la autora afirma (pp. 8-9) que «... Así pues, la tan traída y llevada reducción del plazo de pago de sesenta a treinta días para el sector público queda limitada a los contratos administrativos quedando el resto de los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y el resto de entidades del sector público, sometidos al mismo régimen de pago que el resto de las empresas privadas, esto es a los sesenta días generales que impone la ley para todos los contratos que se celebren a partir de su entrada en vigor, el mismo plazo que se imponía, aunque solo para los contratos administrativos, por la modificación del TRLCA operada por la Ley 3/2004». Coincidimos con la autora en el escaso rigor de las normas referidas en cuanto a la delimitación del plazo de pago para las Administraciones Públicas y para los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas pero no podemos participar en su afirmación que los poderes adjudicadores no AP deben pagar el precio del contrato en sesenta días como los agentes privados. El artículo 2 de la ley 3/2004, en la definición dada por la ley 15/2010, define, a los efectos de dicha ley, el término «Administración», «a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». La Exposición de Motivos afirma que «En este sentido, y desde el punto de vista de los plazos de pago del sector

hace ninguna referencia a la exclusión o prohibición de la interposición de la AD en el seno del contrato administrativo ni existe una regulación sustitutoria acerca de las medidas activas que puedan interponerse por los perjudicados/subcontratistas cuando se incumplan las estipulaciones sobre el pago del precio acordadas con el contratista, entendiéndose que será la jurisdicción civil quien dirimirá los derechos y obligaciones y litigios entre las partes, contratista y subcontratistas y proveedores, por su eventual incumplimiento, aplicando, en definitiva, las previsiones de la ley 3/2004.

Las prescripciones que contiene el art. 211 LCSP acerca del pago del precio entre contratista y subcontratista en el seno del contrato administrativo no establecen medidas de reacción legal frente a su incumplimiento. La LCSP no dice nada sobre el eventual incumplimiento de los plazos de pago entre contratista y subcontratista y no lo hace porque esa relación se considera sometida al Derecho privado, a la jurisdicción civil y bastará ante ella invocar los derechos económicos regulados en la Ley 3/2004 y, también, si procede, la AD regulada en el Código civil.

La modificación operada en la LCSP por la ley 15/2010, de 5 de julio, tiene un efecto especialmente favorecedor para el pago del precio al subcontratista en el seno del contrato administrativo. Dicha ley ha fijado a los poderes adjudicadores (adelantándose a lo que ha establecido la directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011) un plazo de pago ordinario de 30 días cuando

público, se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013...». Lo que sí está obligado el legislador es aclarar el entuerto y la desastrosa técnica normativa seguida en la ley 15/2010, cuando por un lado afirma que el término «Administración» debe ser entendido como «Sector público», pero luego no incorpora en el articulado de la ley más que reformas en la LCSP que solamente se refieren a las AAPP: modificación del artículo 200 y creación de un nuevo artículo 200 bis que solo se refiere a AP. La ocasión para enmendar el desaguizado podrá ser la elaboración del texto refundido de la LCSP que anuncia la Ley de Economía Sostenible o la trasposición de la directiva 2011/7/UE, de 11 de febrero, cuyo mandato es incontestable: el Considerando 23 de dicha directiva afirma que *«Procede, por tanto, introducir normas específicas con respecto a las operaciones comerciales en lo que se refiere al suministro de bienes y la prestación de servicios por parte de empresas a los poderes públicos que prevean, en particular, períodos de pago que, como regla general, no superen los 30 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que esté objetivamente justificado a la luz de la naturaleza o las características particulares del contrato, y que en ningún caso superen los 60 días naturales»*. El artículo 4 afirma que los poderes públicos deben pagar en el plazo de 30 días naturales después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, con excepción para las entidades públicas que prestan servicios de asistencia sanitaria que podrán pagar en un plazo máximo de 60 días si así se les ha reconocido [art. 4. 4.b) de la directiva]. Quizás sería conveniente recordar que ya el artículo 9.2 del Real decreto ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprobaban créditos extraordinarios para atender a su financiación, fijó un plazo máximo de 30 días para el pago del precio por la Administración al contratista y el mismo plazo de 30 días para el pago del contratista a sus subcontratistas y proveedores.

dicho plazo en la relación económica entre agentes privados es de 60 días. La ley 15/2010, modifica a tal efecto la LCSP, concretamente el art. 200 e incluye una disposición transitoria octava que gradúa el cumplimiento del pago en 30 días hasta el 1 de enero de 2013 en que ya se deberá cumplir dicho plazo. De acuerdo con el artículo 3 de la ley 15/2010, su ámbito de aplicación alcanza también a la relación entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (45).

El art. 211.2 LCSP afirma respecto a los plazos de pago del contratista hacia sus subcontratistas y proveedores: «Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 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 el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda». La afirmación del art. 211.2 no tenía con anterioridad a la modificación operada por ley 15/2010 especial trascendencia desde el punto de vista que antes de dicha modificación, los poderes adjudicadores tenían el mismo plazo de pago que los agentes privados (60 días). Sin embargo, ahora la afirmación del art. 211.2 representa que el subcontratista tiene derecho, en el seno del contrato administrativo, al cobro del precio en el plazo de 30 días (siguiendo el calendario de transición que se ha comentado), mientras que en sus relaciones contractuales con agentes privados lo será en el plazo de 60 días.

La LCSP, hasta el momento, ha establecido su frontera de regulación en materia de protección de los derechos de crédito de los subcontratistas en el seno del contrato administrativo, con dos escenarios regulatorios: uno, en el artículo 211 LCSP, con mandatos dirigidos al contratista de cómo proceder al pago de sus subcontratistas, mandatos que son inserción de las garantías ya establecidas por la ley 3/2004 modificada por la ley 15/2010, sobre morosidad en las transacciones comerciales; otro, el reconocido en el art. 200.7.b) LCSP, reconociendo la posibilidad de embargo de los abonos a cuenta, efectuados al contratista por la ejecución del contrato, y para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

Esas medidas no alteran el carácter jurídico de la relación contractual entre contratista y subcontratista porque no residen en el derecho público de los contratos el conjunto de obligaciones que conforman el negocio de la

(45) El artículo 3 de la ley 3/2004, en la redacción dada por ley 15/2010, establece:

«1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (la cursiva es mía)».

subcontrata. El nuevo art. 200 bis LCSP que ha instituido un procedimiento especial monitorio ante la Jurisdicción contencioso administrativa para que el contratista principal pueda reclamar judicialmente el pago del precio debido por la Administración contratante, no incluye ni se extiende a los derechos de cobro de los subcontratistas cuya defensa debe efectuarse ante la Jurisdicción civil.

El pago del precio entre contratista y subcontratistas y proveedores en el seno del contrato administrativo es una cuestión que forma parte de la relación jurídico privada existente entre las partes (46), que se sustanciará ante la Jurisdicción civil y que tiene como referentes normativos reguladores específicos, como se ha visto, en cuanto al pago del precio, la directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en cuanto a sus medidas concretas que no necesiten de operación interpretativa por parte de los Estados miembros, ya que el plazo de transposición máximo es el 16 de marzo de 2013, excepto el art. 9 de la misma); la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y las modificaciones operadas en ella por la Ley 15/2010, de 5 de julio (47); el artículo 211 LCSP y el artículo 1.597 del Código Civil, entendiéndose que el derecho a la acción directa del art. 1.597 CC es disponible por el beneficiado a ejercerla de

(46) Nuestra afirmación no desconoce que la LCSP suprimió el párrafo final existente en el derogado art. 116.5 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que a su vez procedía de la modificación operada en la LCAP por la ley 53/1999, incorporando un nuevo artículo 116 bis) que manifestaba expresamente: «Los subcontratos y los contratos de suministros a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada».

La supresión del párrafo en el que se manifestaba expresamente que los subcontratos tenían naturaleza privada no permite derivar que el subcontrato en el contrato administrativo forma parte del contrato regulado por la LCSP, del contrato del sector público con competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. No puede inferirse esa conclusión del conjunto de disposiciones de la LCSP que no afirman que la Administración contratante también suscribirá los subcontratos realizados en el seno del contrato administrativo y será parte en los derechos y obligaciones suscritos entre contratista y subcontratista. No podemos afirmar que los conflictos entre las partes en el subcontrato en el seno del contrato administrativo correspondan con el ámbito material establecido en el artículo 2 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(47) La Disposición Transitoria tercera de la ley 15/2010, «Plazos máximos de pago en los contratos de obra con las Administraciones Públicas», establece que:

«Las empresas constructoras de obra civil que mantengan vivos contratos de obra con las diferentes Administraciones Públicas, con carácter excepcional, y durante dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, podrán acordar con sus proveedoras y/o subcontratistas los siguientes plazos máximos de pago, de conformidad con el siguiente calendario de aplicación:

- 120 días desde la entrada en vigor de la Ley hasta el 31 de diciembre de 2011.
- 90 días desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.
- 60 días desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013.

«Sin que puedan existir pactos entre las partes por encima de dichos plazos y fechas».

forma que no parece contrario a Derecho que las partes, contratista principal y subcontratista o proveedor, firmen una cláusula contractual de renuncia por el subcontratista al ejercicio de la AD. Esa circunstancia se produce en el asunto tratado en S TS, Sala I de lo Civil, número 85/2010, de 19 de febrero de 2010, Ponente Xavier O'Callaghan.

El fundamento de la AD no procede del Derecho público de contratos (donde habría que reconocer que se rehúye de toda asunción de obligaciones concretas, más allá de las recomendaciones generales referidas, frente a la subcontratación y, por tanto, no tendría encaje) sino que procede del Derecho civil y se ejercita en una relación jurídica regida en cuanto al pago de los materiales y trabajos puestos a disposición de la obra por el Derecho privado (48).

(48) El TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Ponente José Almagro Nosete, recurso 4143/2000, S de 17.07.2007, ha afirmado: «Esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencia de 24 de enero de 2006 (rec. núm. 2094/1999), que el contrato entre la Administración del Estado y entidad constructora tiene carácter administrativo, pero que planteándose la litis respecto del subcontrato entre la primera empresa contratante y otra subcontratada por ésta, este contrato tiene naturaleza civil. También que «la vis atractiva de la jurisdicción civil que siempre ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala no viene contradicha por la *Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965*, vigente en el caso presente, cuyo artículo 59 contempla el subcontrato de obra, lo permite con ciertos requisitos, pero ni lo califica de administrativo, ni lo atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa; tampoco hace tal atribución la *Ley 30/1992 de 26 de noviembre* de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», no siendo de aplicación al supuesto, como tampoco lo es en este caso, la *Ley 29/1998, de 13 de julio*, de la jurisdicción contencioso administrativa. Aclara la citada sentencia que la Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado con las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, 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 acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1.597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 2-2-2987, 10-11-1990, 17-2-1992, 28-4-1992 —que refiere unas antiguas de 15-10-1976, 22-11 y 17-12-1985, 14-10-1986 y 2 de junio de 1993—), que proclama la «vis atractiva» y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1.597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Es cierto, como hemos visto, que la normativa reguladora de la contratación pública va avanzando en incorporar más regulaciones sobre la subcontratación pero siempre, sin atravesar o franquear la barrera de la relación jurídico-contractual entre el contratista del contrato público y sus subcontratistas, ámbito en que el derecho público de contratos no entra, reduciendo la relación antes referida al «ámbito privado».

Así los litigios en relación con los pactos y obligaciones comprometidos entre las partes del subcontrato se sustancian ante la Jurisdicción civil, con incompetencia de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aunque el dueño o comitente de la obra sea un órgano de la Administración pública o de su sector público (49).

(49) Afirma la AP Baleares (Sección 3ª, Ponente Catalina Mª Moragues Vidal), JUR 2003\228255, en Auto 40/2003, de 28 de marzo de 2003:

«No comparte la Sala los razonamientos jurídicos contenidos en el auto impugnado y en los que se fundamenta la parte dispositiva de dicha resolución, por los siguientes motivos:

1ª) Las relaciones jurídicas que vinculan a las sociedades mercantiles derivadas de un contrato de ejecución de obra (artículo 1.544 del Código Civil) tienen evidente naturaleza privada y, por consiguiente, las acciones derivadas de su cumplimiento corresponden a los tribunales civiles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2ª) La presente controversia no se centra en el cumplimiento o incumplimiento del contrato administrativo existente entre la contratista CCB, SA., y el Ayuntamiento de Calviá, lo que obligaría a residenciar el litigio en la jurisdicción contencioso-administrativa. En el presente caso no existe contrato que ligue a los subcontratistas actoras con la citada corporación municipal, siendo la acción ejercitada de carácter excepcional conforme previene en el artículo 1.597 del Código Civil, por cuanto altera el principio general de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1.257 de dicho cuerpo legal. (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000).

3ª) El artículo 1.597 convierte a los acreedores subcontratistas en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratista que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron.

4ª) El tribunal Supremo en las sentencias alegadas por la parte apelante de 12 de mayo de 1994 y 18 de julio de 2002, ha 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 acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1.597 del Código Civil», por lo que la competencia para su conocimiento debe ser residenciada en los tribunales del orden civil.

Criterio que igualmente ha venido siendo aplicado por distintas Audiencias Provinciales, de lo que es muestra las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 6 de febrero de 2002, Audiencia Provincial de León de 9 de septiembre de 1999, al igual que la sentencia de 17 de septiembre de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

VII. LA NECESIDAD QUE LA NORMA DE CONTRATOS PÚBLICOS ABORDE ACTIVAMENTE Y DE FORMA GARANTISTA EL PAGO AL SUBCONTRATISTA DEL PRECIO PACTADO

El pago en plazo al subcontratista es una cuestión que trasciende la relación privada entre contratista y subcontratista y proveedores y afecta directamente a la correcta ejecución del contrato público y, por tanto, a la satisfacción mediata o directa del interés público como causa del contrato administrativo (50).

El Derecho público de los contratos debería acoger de forma más activa los intereses económicos de los subcontratistas en cuanto al pago puntual del precio debido por el contratista de forma que el subcontratista pudiera acudir al órgano administrativo de contratación planteándole el incumplimiento del contratista o de un subcontratista «superior» en el pago de un crédito vencido y exigible y derivado del contrato público y siempre que el órgano de contratación aún tenga cantidad pendiente de pagar al contratista principal.

Antes de la aprobación de la nueva directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad, ya se establecía en el documento de trabajo de los Servicios de la Comisión Europea, «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», SEC(2008)2.193, de 25 de junio de 2008, en su apartado 8 que, «...Por lo que se refiere al pago a los subcontratistas, los poderes adjudicadores pueden incluir asimismo en el pliego de condiciones cláusulas destinadas a garantizar que los pagos de sus proveedores a los subcontratistas se efectúen oportunamente (véase el apartado 1.4) y que lo mismo ocurra a lo largo de la cadena de suministro...». Falta dar el paso definitivo: (51) reconocer la

(50) Así lo afirma también, José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADILLAS, en su obra «La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático», Editorial La Ley, 1ª edición 2007, p. 692: «Y es que, en definitiva, uno de los problemas más importantes que se plantean en el ámbito de la subcontratación es el relativo a la morosidad del pago no sólo a los subcontratistas sino también a los suministradores. Hasta tal punto se produce este fenómeno de impago al subcontratista en toda la Unión Europea, que en la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, esta Institución proponía dos tipos de soluciones para que los Estados miembros asumieran “cierta responsabilidad” en lo que se refiere a los pagos de los subcontratistas en el marco de los contratos públicos que el adjudicatario estuviera sometido a unas condiciones imperativas relativas a los subcontratistas (y sometidos a control durante la ejecución del contrato) y el pago directo a los subcontratistas por parte de la entidad adjudicataria».

(51) En sentido contrario, por ejemplo, puede leerse en las Condiciones generales de contratación fijadas por la empresa pública de la Junta de Andalucía EGMASA, Empresa de Gestión Medioambiental, S.A., lo que sigue:

2.2.2.: «Excepcionalmente, EGMASA podrá autorizar la subcontratación parcial a terceros de unidades de suministro o de obras, siempre que lo haga expresamente, con carácter previo y por escrito. En este caso, el subcontratista renuncia expresamente a la acción directa contra la propiedad referida en el art. 1.597 del Código Civil».

acción de los subcontratistas para el cobro del precio de las prestaciones realizadas en el seno del contrato público, cuando tengan el carácter de exigibles y vencidas. Falta dar el paso que ya dio el art. 116 (52) del Código francés de Contratos públicos de 2006 aprobado por decreto 975/2006, de 1 de agosto, en el que se articula un procedimiento a favor del subcontratista que podrá remitir al poder adjudicador las facturas (lo debido debe superar los 600 €) impagadas por el contratista, procediendo el poder adjudicador a su pago.

Entonces podrá entenderse inaplicable la AD/Código Civil y, afortunadamente, la razón sería no porque se niegue expresamente en la LCSP su aplicación, sino porque se recoja también en la norma pública el derecho del subcontratista a reclamar al órgano de contratación lo que no paga en plazo el contratista. La regulación podría realizarse estableciendo determinadas condiciones: así, podría reconocerse dicha acción cuando el precio del contrato administrativo sea superior a una cantidad determinada y, además, cuando la factura librada por el subcontratista e impagada supere también una cuantía. La regulación legal podría afirmar que el órgano de contratación en los contratos administrativos en los que la subcontratación le haya sido debidamente comunicada por el contratista o haya sido autorizada, según las estipulaciones legales en la materia, pagará directamente al subcontratista aquellas facturas correspondientes a las prestaciones parciales del contrato, no pagadas en plazo por el contratista principal y siempre que el subcontratista haya ejecutado unas prestaciones de cuantía superior al 5% del precio del contrato y, en todo caso, cuando la factura sea de cuantía superior a 3.000€. Todo ello evidentemente

(52) Artículo 116:

«El subcontratista remitirá su solicitud de pago al titular del contrato. Esta solicitud de pago, que deberá llevar la aceptación del titular del contrato, será remitida por éste último a la persona designada en el contrato para este fin. La persona designada en el contrato informará al subcontratista de la fecha de recepción de la solicitud de pago enviada por el titular y le indicará las cantidades cuyo pago a su favor haya sido aceptado por éste último. El Ordenador librará una orden de pago de las cantidades adeudadas al subcontratista. En los casos en que el titular de un contrato no haya opuesto un rechazo motivado a la solicitud de pago del subcontratista en el plazo de quince días siguientes a su recepción, ni haya remitido dicha solicitud a la persona designada en el contrato, el subcontratista enviará directamente su solicitud de pago a la persona designada en el contrato por carta certificada con acuse de recibo postal o la entregará a cambio de un recibo debidamente fechado que será consignado en un registro especial.

La persona designada en el contrato presentará un requerimiento de pago al titular, por carta certificada con acuse de recibo postal, para darle la prueba, en un plazo de quince días a contar desde la recepción de esta carta, de que ha opuesto un rechazo motivado a su subcontratista. A partir de la recepción de la notificación, la misma informará al subcontratista de la fecha del requerimiento de pago. A la expiración del plazo previsto en el párrafo anterior, si el titular no estuviera en condiciones de aportar dicha prueba, la persona designada en el contrato pagará las cantidades adeudadas a los subcontratistas en las condiciones previstas en el artículo 96».

con un trámite de requerimiento al contratista a los efectos que exprese las razones que pudiera considerar que hacen improcedente el pago.

Pero esa medida tardará en llegar porque los hábitos de las Administraciones Públicas en España y la de sus dirigentes políticos es, incumpliendo sus obligaciones legales, demorar al máximo el pago con sus contratistas principales lo que hace difícil un escenario de reconocimiento normativo del cobro de la parte del precio correspondiente a los subcontratistas y proveedores (53).

No es que tarde en llegar es que el legislador no quiere comprometerse en un asunto tan borrascoso. Ello puede explicar, al menos desde la óptica que se defiende en este artículo, que se proceda a erradicar la AD del ámbito de la LCSP, sin más consideraciones, tal como se propone en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad según hemos referido al comienzo de este artículo.

(53) Ciertamente llegado ese momento, en el que el subcontrato queda integrado en el seno del contrato administrativo con plena asunción por parte de la Administración de que contribuye a la realización del interés general causa del contrato, habrá que considerar que los litigios entre las partes, contratista y subcontratista, o Administración en cuanto a una eventual negativa en la aceptación del pago del precio debido por el contratista principal, han de ser planteados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Seguramente, en esa situación, adquirirían realmente toda su vigencia las consideraciones de Jose María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, en su artículo «Aspectos jurídico-públicos de la subcontratación administrativa», Actualidad Jurídica Aranzadi n° 443, de 15 de junio de 2000, cuando opina (p. 4) ante la reforma introducida en la LCAP por ley 53/1999, y especialmente en el art. 116 bis referente a las garantías de pago a los subcontratistas, que «No obstante, a mi juicio, el carácter privado del contrato o de los contratos celebrados entre el contratista y los subcontratistas no impide que éstos, ante el incumplimiento de las normas imperativas impuestas por la Administración al contratista, especialmente en lo que se refiere a las garantías de pago, puedan acudir a la Administración para exigir la observancia de lo establecido en el art. 116 bis de la Ley. Ello implica que el carácter estrictamente privado del subcontrato se desvirtúe, ofreciendo claras connotaciones de derecho público. Ante la negativa de la Administración a adoptar las medidas que reclama el subcontratista para asegurar su situación jurídica frente al subcontratista, en los términos que prevé la Ley, no resulta descabellado pensar que se pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello nos permite afirmar que la naturaleza jurídica de la relación del subcontratista con el contratista desborda el ámbito de lo estrictamente privado, precisamente en función de los intereses públicos que subyacen en la ejecución del contrato». Más adelante afirma (p. 5) que «Siguiendo este razonamiento, podemos preguntarnos si el estricto cumplimiento de las obligaciones de pago que el nuevo art. 116 bis impone al contratista respecto a los subcontratistas y suministradores no constituye, en los términos del art. 112.g) de la Ley, una obligación "esencial" del contrato cuyo incumplimiento podría dar lugar a la resolución del mismo. Sobre todo, cuando, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, puede llegarse a una subcontratación del objeto del contrato superior al 50%. A mi juicio, sí puede sostenerse que este incumplimiento deliberado por el contratista puede revestir la suficiente gravedad como para afectar "de forma esencial" al contrato. De ser ello así, resultará difícil negar al subcontratista legitimidad para, primero, acudir a la Administración instando el cumplimiento de las garantías del art. 116 bis, y, en último término, ante la negativa o inactividad de ésta, acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa».

La crudeza con que se defiende la supresión de la AD en el seno del contrato administrativo evidencia una escasa sensibilidad social o, dicho de otro modo, pone de manifiesto que la Administración general del Estado declara no estar en condiciones de asegurar el pago del precio del subcontratista y ello porque no está en condiciones siquiera de asegurar el pago en plazo del precio al contratista. Dice la Exposición de Motivos del Proyecto de ley antes referido que la supresión de la AD es debida a que: «... *excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria*».

La opción que impulsa el legislador es totalmente contraria a la orientación que se defiende en este artículo. La erradicación de la AD se pretende para las AAPP y también para las Entidades Públicas Empresariales pero no se refiere a las Sociedades Mercantiles Públicas u otras personificaciones de derecho privado. Así se profundizará en las diferencias de régimen jurídico, ahora en aspectos singulares, entre las diferentes formas de personificación jurídica del sector público, lo que abunda en el marasmo regulador de la contratación pública en España.

Una adecuada integración regulatoria de todo el fenómeno de la subcontratación en el seno del contrato administrativo, incluyendo la acción para el cobro del precio en el plazo debido, favorecería una disminución de reclamaciones en sede judicial, lo cual siempre es de agradecer en los tiempos que corren en que la demora en los procesos judiciales pone en cuestión la propia función del sistema judicial en la protección auténtica de los derechos de los ciudadanos y en la obtención de una tutela judicial efectiva.

Considero, además, que debería actuarse en el sentido que propongo, por elementales consideraciones de protección de la pequeña y mediana empresa en el seno del contrato público. Sorprende leer inflamados alegatos de los Órganos consultivos o los encargados en dar orientaciones e instrucciones en materia de contratación pública, acerca de la necesidad de incorporación de las cláusulas sociales en el contrato público y, al mismo tiempo, un sospechoso silencio acerca de la protección activa del cobro del precio debido a subcontratistas y proveedores.

La denominación genérica de «cláusula social» exige una delimitación conceptual porque hoy sirve para identificar acciones de muy diferente signo. Así, creo que debería distinguirse entre acciones de política económica y acciones de política social. Estas últimas incorporarían todas las medidas legales encaminadas a potenciar, desde la contratación pública, las medidas de cohesión

social y democrática (igualdad de género, conciliación familiar, integración de sectores sociales excluidos...).

Las acciones de política económica en el seno del contrato público incorporarían, entre otras, la referente a la que se trata en este artículo. Pero previamente se requiere que haya una «política económica» a aplicar en el marco de la contratación pública, consensuada entre los agentes sociales, de forma que no se impulsen medidas que entren y salgan en la norma jurídica reguladora de los contratos públicos en función de las mayorías y minorías gubernamentales o que tengan como fundamento el puro oportunismo político para la obtención de réditos electorales.

Me parece fundamental la constitución de un Observatorio Estatal de la Contratación Pública que, entre otras funciones, tuviera la de generar debates entre todos los agentes implicados (empresarios, sindicatos, Organismos públicos, Comunidades Autónomas, Administración local) para generar acuerdos consensuados de medidas de carácter económico que incentiven el desarrollo productivo también desde el contrato público: medidas de fomento de contratación laboral de unas características determinadas, relación económica entre contratista y subcontratista, morosidad, etc. etc.

Creo que si no se procede de esta forma la inclusión de regulaciones concretas en los pliegos de los órganos de contratación bajo la denominación genérica de «cláusulas sociales» se acercará más a la ocurrencia o al oportunismo político que a la eficiente potenciación desde la contratación pública de objetivos de desarrollo económico sostenible (54).

(54) José María GIMENO FELLIÚ, «Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos», Thomson Reuters-Civitas, 1ª edición 2010, ha destacado (p. 21) que, «...los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios n las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes; quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras».