

Informe 71/09, de 23 de julio de 2010. «Subcontratación. Improcedencia de establecer cláusulas referidas a la relación de pagos entre contratista y subcontratista».

Clasificación de los informes: 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Murcia se formula la siguiente consulta:

"En relación con el papel que debe desempeñar la Administración contratante con respecto de las subcontrataciones que el contratista principal efectúe con terceros, especialmente en lo relativo al incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones de pago con aquéllos recogidas en el art. 211 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se formula la siguiente CONSULTA

El artículo 211 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público establece la obligación de pago que el contratista tiene con respecto al subcontratista, estableciendo que los plazos en que dicho pago tenga lugar no podrán ser inferiores a aquéllos de que la Administración dispone para pagar al contratista.

Por otra parte, el artículo 200.4 de dicha norma obliga a la Administración a pagar a los contratistas en un plazo no superior a sesenta días desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin mencionar ninguna excepción a este supuesto.

Las consecuencias que dicho texto legal atribuye al incumplimiento de una u otra obligación son las siguientes:

- Si es el contratista el que se demora en el pago al subcontratista, surgirá para aquél la obligación de abonar los intereses de demora y la correspondiente indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la ley 3/2004, de 29 de diciembre.

- Si la demora en el pago lo es de la Administración con respecto al contratista, el abono de los intereses y la indemnización mencionados corresponderán a aquélla respecto al contratista.

Por lo expuesto, la vigente Ley de Contratos del Sector Público no atribuye potestades a la Administración para actuar en caso de impago de sus obligaciones por parte del contratista con respecto al subcontratista.

La cuestión sometida a consulta es si la Administración está habilitada para intervenir en el caso señalado, por ejemplo a través de la consignación de las cantidades adeudadas al contratista hasta tanto éste haya satisfecho sus deudas con el subcontratista o, por el contrario, no existe tal habilitación y las relaciones entre contratista y subcontratista se rigen en toda su extensión por el Derecho Privado y, por tanto, sólo cuando un juez u otra Administración con competencias para ello haya decretado el embargo de dichas certificaciones (artículo 200.7.b de la ley), podrá la Administración retener las certificaciones adeudadas al contratista sin contravenir la obligación impuesta por el artículo 200.4 de abono en el referido plazo de 60 días".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión sometida al dictamen de la Junta por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Murcia se refiere si la Administración está facultada legalmente para adoptar resolución alguna con respecto de los incumplimientos en que los contratistas incurran respecto de las obligaciones contraídas con los subcontratistas o, si por el contrario, las relaciones entre contratista y subcontratista se rigen estrictamente por el Derecho privado.

2. La cuestión pone de manifiesto un problema real que afecta a las relaciones entre dos sujetos de derecho privado que constituyen entre ellos una relación jurídica sujeta a las normas de éste. Evidentemente, la Administración es sujeto ajeno a la misma y, en tal sentido, es evidente que no puede hacer uso de facultad alguna. La potestad de resolver los conflictos entre los particulares corresponde de manera exclusiva y excluyente a la jurisdicción. Así lo dispone de manera clara el artículo 117 de la Constitución: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes", precepto que complementa el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer que "la jurisdicción es única y se ejerce por los

Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”.

En consecuencia, no existiendo norma constitucional ni tampoco legal que permita a la Administración adoptar decisiones ejecutivas en relación con los incumplimientos en que puedan incurrir los contratistas respecto de sus subcontratistas, es evidente que no podrá ser requerida al efecto ni tomar medida alguna de retención, depósito o cualquier otra naturaleza a fin de facilitar el cobro de sus créditos a los subcontratistas.

3. Siendo esto claro, la cuestión que se plantea es la de si al amparo de la libertad de pacto cabe establecer en la documentación contractual cláusulas mediante las cuales se prevea, para el caso de que se subcontrate parte de la prestación, la facultad del órgano de contratación de atender directamente los pagos al subcontratista cuando no los atienda el contratista.

Esta es cuestión que en principio parece que pudiera ser resuelta en sentido positivo, toda vez que el artículo 25 de la Ley de Contratos del Sector Público, en su apartado 1 consagra el principio de libertad de pacto.

Sin embargo, admitir una cláusula en tal sentido, aún aceptando que la libertad de pacto podría ampararla, no sería conciliable con las disposiciones que regulan la subcontratación en la Ley de Contratos del Sector Público. Ello sin perjuicio, de que supondría atribuir al órgano de contratación potestades decisorias sobre una relación jurídica de carácter privado que claramente invadirían la esfera de las competencias jurisdiccionales.

4. En primer lugar debe tomarse en consideración el hecho de que el artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público, en su apartado 4 dispone 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”*. De donde cabe deducir con toda claridad la voluntad del legislador de deslindar el ámbito del contrato celebrado entre el órgano de contratación y el contratista del propio de la relación jurídico privada surgida entre contratista y subcontratista.

Por si ello no fuera suficiente, la Ley de Contratos del Sector Público ha introducido una aclaración, contundente al parecer de la Junta, respecto de la posibilidad de admitir que el subcontratista pueda dirigirse frente a la Administración contratante para exigir el pago directo, al decir en el párrafo segundo del precepto antes transcrito que *“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”*, de lo cual cabe deducir que el subcontratista jamás será responsable frente al órgano de contratación puesto que esa responsabilidad es *“exclusiva del contratista principal”*. Pero al mismo tiempo y por la misma razón, significa que el contratista es el único responsable frente al subcontratista por las obligaciones contraídas con éste.

5. No desconoce la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que la cuestión planteada ha sido objeto de alguna sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo admitiendo de forma explícita la posibilidad de que el subcontratista ejercite frente a la Administración contratante la acción directa que deriva del artículo 1597 del Código Civil: *“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”*.

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 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.

CONCLUSIONES.

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.