

TEMA 21.- SUBCONTRATACIÓN Y CESIÓN DEL CONTRATO

1.- NORMATIVA

2.- SUBCONTRATACIÓN

A.- NORMATIVA

B.- LÍMITES Y REQUISITOS

- 1.- QUE NO SE PROHIBA
- 2.- QUE NO SE HALLE IMPUESTA
- 3.- QUE NO DEBA SER OBJETO DE AUTORIZACIÓN PREVIA
- 4.- QUE DE FORMA PREVIA SE COMUNIQUE LA INTENCIÓN DE SUBCONTRATAR Y LA APTITUD DEL SUBCONTRATISTA
- 5.- QUE NO SE SUPERE EL PORCENTAJE MÁXIMO DE SUBCONTRATACIÓN
- 6.- QUE EL SUBCONTRATISTA NO SE HALLE INCURSO EN CAUSA DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR
- 7.- DEBER DE COMUNICACIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES

C.- INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES Ó REQUISITOS DE SUBCONTRATACIÓN

- 1.- DE LOS REQUISITOS DE CELEBRACIÓN DE LOS SUBCONTRATOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 227.2
- 2.- DE LA OBLIGACIÓN DE SUBCONTRATAR CON TERCEROS PREVISTA EN EL ANUNCIO O LOS PLIEGOS.
- 3.- DE LA PROHIBICIÓN DE SUBCONTRATAR CON PERSONAS INHABILITADAS.
- 4.- DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA LABORAL O TRIBUTARIA.

D.- RELACION ENTRE LAS PARTES: ASPECTOS NO LABORALES NI ECONÓMICOS

E.- RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACION: APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA LABORAL Y TRIBUTARIA

- 1.- RESUMEN DE LA NORMATIVA LABORAL
- 2.- APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRAS.
- 3.- NORMATIVA TRIBUTARIA

F.- INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONTRATISTA A TRAVÉS DE LA DEL SUBCONTRATISTA

G.- REFERENCIA A LA NORMATIVA REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN CONTRATOS DISTINTOS DEL DE OBRA.

H.- PLAZOS Y CÓMPUTO

- 1.- PLAZOS DEFINITIVOS Y CÓMPUTO
- 2.- DERECHO TRANSITORIO

I.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR EL CONTRATISTA

- 1.- RETRASO EN EL PAGO. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 3/2004
- 2.- IMPAGO. POSIBILIDAD DE RECLAMAR A LA ADMINISTRACIÓN
- 3.- ACCION DIRECTA

3.- CESIÓN DEL CONTRATO

A.- INTRODUCCIÓN

B.- PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

- 1.- CUALIDADES DETERMINANTES DE LA ADJUDICACIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA
- 2.- AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE LA CESIÓN
- 3.- PORCENTAJE DE EJECUCIÓN
- 4.- CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL CESIONARIO
- 5.- FORMALIZACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA

C.- EFECTOS

ANEXO I.- CUESTIONES

(Las cuestiones se desarrollan al final del tema)

(C.13.12.- ¿Es de aplicación a los entes del Sector Público que no son Administraciones la normativa que sobre el pago a subcontratistas prevé el artículo 216.4 TRLCSP...NO?).

(C.21.01.- ¿Es posible subcontratar la totalidad del contrato a empresas vinculadas? ¿Son exigibles a éstas los requisitos de aptitud?... Si en ambos casos -Ver comentario-).

(C.21.02.- ¿Puede el órgano de contratación establecer un límite inferior al 60% de subcontratación?...Sí. ¿Y superior?...NO. (Ver comentario). ¿Y fijar partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas?... Sí. De imponerse la subcontratación con terceros -Art. 227.7 TRLCSP- ¿El porcentaje de subcontratación que suponga tal imposición, computa dentro del límite del 60%?... Sí).

(C.21.03.- ¿Puede una empresa ser subcontratista en un contrato licitado por un Ayuntamiento, siendo el Administrador de aquella, concejal del Ayuntamiento?... NO, la empresa subcontratista estaría incurso en causa de prohibición).

(C.21.04.- ¿Puede establecer el PCAP normas referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y, en concreto, sobre la normativa laboral aplicable a la misma?... NO, si bien en la práctica existen pliegos que si lo recogen).

(C.21.05.- De presentarse una empresa como licitador de un contrato y, a la vez figurar como subcontratista de otro licitador en ese mismo contrato ¿Se ha de considerar que nos encontramos ante un supuesto de proposiciones simultáneas?... NO).

(C.06.25.- Con la finalidad de integrar su solvencia con medios externos ¿Puede el licitador acreditar que dispone de esos medios, a través de la presentación de una declaración unilateral en tal sentido?...NO).

(C.21.06.- ¿La sustitución de la habilitación del licitador por la del subcontratista sólo cabe en aquellos contratos en que se exija clasificación? ...NO).

(C.14.09.-¿Puede la Administración contratante negarse a trabar embargo, notificado por el órgano judicial o administrativo, si tiene la seguridad de que el mismo no obedecen a ninguno de los dos supuestos (a y b), enumerados en el artículo 216.7 TRLCSP -200 LCSP-, o la misma se encuentra endosada?...NO).

(C.21.07.- ¿Cabe que contratista y subcontratista pacten, y de dicho acuerdo tome razón la Administración, para que en caso de impago sea la Administración quien atienda directamente el pago a subcontratista?...NO).

(C.21.08.- ¿Cabe considerar como incumplimiento contractual del contrato público, la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal?...NO).

(C.13.11.- ¿Puede exigir el pliego de cláusulas, para el reconocimiento del derecho del cobro de intereses de demora y de la indemnización por costes de cobro, que el contratista acredite el cumplimiento de los plazos pactados con subcontratistas y suministradores? ¿O exigir se acompañe relación detallada de subcontratistas y suministradores con indicación de las partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de los mismos de que los pagos que se le adeudan por el contratista no se encuentran incursos en mora?...NO).

(C.14.11.- ¿Son embargables las certificaciones cuando quien contrata la obra no es una Administración, sino otro ente, organismo o entidad que forma parte del sector público?... Sí según normativa. -ver sin embargo interpretación finalista del informe-).

(C. 21.09.- ¿Si quienes concurren a un contrato de concesión no asumen, en el momento de presentar la oferta, el compromiso de constituir una sociedad que sea la titular de la concesión -posibilidad recogida en el artículo 57.2 TRLCSP-, pueden hacerlo en un momento posterior?... NO. Sólo cabría la cesión a esa u otro sociedad, cumpliendo los requisitos previstos para ello).

(C.21.10.- En el contrato de concesión de obra pública, para que sea posible llevar a cabo la cesión del contrato ¿Se aplica el porcentaje establecido para el contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, por el contrario, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario que el contratista haya explotado la concesión al menos durante una quinta parte del tiempo de duración del contrato? ...

Según JCCA del Estado dependerá de cual sea desde el punto de vista económico la prestación principal; Según JCCA de Valencia es posible aplicar el porcentaje, sólo sobre el contrato de obras; según sentencia del STSJ de Madrid han de cumplirse ambos porcentajes).

(C.21.11.- ¿Es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 TRLCSP para llevar a cabo la cesión del contrato si cedente y cesionario son empresas vinculadas en el modo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio? SI).

(C.8.06.- ¿Es necesario solicitar autorización de la Administración para modificar las participaciones de las empresas integrantes en la UTE? ¿Se requiere cumplir previamente los requisitos exigidos para la cesión de contratos? ... SI es necesario solicitar autorización. NO es aplicable el régimen de la cesión de contratos).

(C.8.07.- ¿Cabe la cesión de contrato a uno de los miembros de la UTE? De ser así, ¿Han de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 226 TRLCSP [209 LCSP] para la cesión de contratos?... Sí cabe la cesión, y sí han de cumplirse los requisitos previstos en el TRLCSP).

(C.8.08.- Si la UTE adjudicataria del contrato se transformase en una sociedad, ¿Podrá la nueva sociedad continuar como titular del contrato?... NO. Habría de cumplirse los requisitos previstos para la cesión de contrato).

(C.21.12.- ¿Cabe realizar una cesión parcial del contrato?... SI, en determinados supuestos según la JCCA de Canarias).

ANEXO II.- COMENTARIOS

(Los comentarios se desarrollan al final del tema)

(COM.14.02.- Inembargabilidad de los derechos de cobro (Art. 216.7 TRLCSP.) Concepto de abono a cuenta).

ANEXO III.- BIBLIOGRAFÍA EN LA WEB

- Responsabilidades laborales en materia de prevención de riesgos laborales de la Administración contratante en obras públicas. José Miguel Caballero Real
- La Administración local, promotora ante la siniestralidad laboral. Santiago Milans del Bosch.
- La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código civil. Francisco Blanco López (Revista Aragonesa de Administración Pública)
- El impedimento legal de ejercer la acción directa en contratos del sector público. Fco. Javier Vázquez Matilla.
- Subcontratación y acción directa. Ignacio Pérez Sarrión.
- Criterios de la DGT sobre consultas relativas a la ley reguladora de la subcontratación. Fadeco contratistas.
- El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales. Carlos Gómez Ligüerre.
- Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción. Jesús R. Mercader Ugina.
- Régimen Jurídico de la subcontratación en la nueva LCSP. Jesús R. Mercader Ugina

1.- NORMATIVA

<u>SUBCONTRATACIÓN</u>			
<u>TRLCSP (LCSP)</u>	<u>TITULO DEL ARTICULO</u>	<u>RGLCAP</u>	<u>TRLCAP</u>
227 (210 + D.A. 28ª)	Subcontratación.	67.2.u, 36	115
228 (211)	Pagos a subcontratistas y suministradores	---	116
63 (52)	Integración de la solvencia con medios externos	----	---
65 (54)	Exigencia de clasificación	25 a 46	25
78 (65)	Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios	---	17
136 (120)	Clausulado del contrato (Colaboración Sector Público- Sector Privado)	---	---
216 (200)	Pago del precio	---	99
273 (249)	Subcontratación (Concesión O.P.)	----	237
283 (265)	Subcontratación (Gestión Serv. Pub.)	---	170
D.A. 21ª (D.A. 24ª)	Contratos incluidos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.	----	---
D. T. 6ª (D.T. 8ª)	Plazos a los que se refiere el artículo 216 de la Ley.	----	----
D. Final 3ª (D.F. 8ª)	Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley.	----	---
<u>CESIÓN DEL CONTRATO</u>			
<u>TRLCSP (LCSP)</u>	<u>TITULO DEL ARTICULO</u>	<u>RGLCAP</u>	<u>TRLCAP</u>
226 (209)	Cesión de los contratos.	---	114
57 (46)	Personas jurídicas.	---	197 y 232
65 (54)	Exigencia de clasificación.	25 a 46	25
102 (90)	Devolución y cancelación de las garantías.	65	44 y 47
105 (92 bis)	Supuestos. (Modificación contrato)	101	---
136 (120)	Clausulado del contrato. (Colaboración Sector Público y S. Privado).	---	---
304 (280)	Régimen de contratación para actividades docentes.	---	200

(Nota: Todos los artículos y disposiciones relacionados del TRLCSP y RGLCAP tienen carácter básico, excepto la disposición adicional vigésimo primera y la disposición final tercera del TRLCSP).

2.- SUBCONTRATACIÓN

Tanto la cesión del contrato como la subcontratación suponen excepciones a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos, en la que es nota fundamental la consideración de las cualidades del contratista, de ahí que la ley si bien autoriza la subcontratación, prevea la posibilidad de que el contrato o los pliegos dispongan otra cosa ó, directamente la prohíba en aquellos supuestos en que por la naturaleza y condiciones del contrato se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. En cualquier caso se exige que la subcontratación sea comunicada a la Administración. Para determinados tipos de contrato el TRLCSP recoge especiales exigencias (Ver punto 2.G.), y en el contrato de obras habrá de tenerse especialmente presente la normativa laboral sobre la materia (Ver punto 2.E).

En la subcontratación una empresa contrata a otra, para que ésta última realice parte de las prestaciones por las que la primera ha sido contratada directamente. A diferencia de la cesión de contrato, el tercero subcontratista no se subroga en la posición jurídica del contratista, que continuara, siendo el responsable frente a la Administración –que permanece ajena al subcontrato-, de la correcta ejecución del objeto del contrato, incluidas las de aquellas prestaciones que hayan sido subcontratadas.

A.- NORMATIVA

La **Directiva 2004/18/CE** hace referencia en su Considerando 32 a la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos. En su articulado, dentro de las normas específicas relativas al pliego de condiciones y los documentos del contrato, la subcontratación se recoge en el artículo 25; también en el artículo 60 relativo a los contratos de concesión de obra pública, y en el artículo 48.3 al permitir la integración o el complemento de la solvencia con medios externos.

En la **normativa estatal** y en lo que se refiere a la contratación pública, la subcontratación se regula fundamentalmente en el artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), de modo similar a la regulación que anteriormente contenía la Ley de Contratos de Sector Público (LCSP), en su artículo 210 y disposición adicional vigésimo octava.

Por lo que se refiere al **ámbito de aplicación** de esta normativa, dispone el artículo 227.9 TRLCSP

“Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas, si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1.” (Art. 227.9 TRLCSP).

Cabe subrayar de la lectura de este artículo, que el régimen de subcontratación previsto en el TRLCSP, **NO es aplicable a todo el Sector Público**, sino a las Administraciones Públicas y a los entes señalados en el citado artículo 227.9 TRCLSP). Por su parte, el régimen de pagos previsto en el TRLCSP (ART. 200), no es de aplicación a aquellos entes que no tienen la condición de Administraciones Públicas, según interpretación efectuada por la JCCA del Estado.

[C.13.12.- ¿Es de aplicación a los entes del Sector Público que no son Administraciones la normativa que sobre el pago a subcontratistas prevé el artículo 216.4 TRLCSP...NO?](#)

La establecido en el TRLCSP es de aplicación supletoria a los contratos incluidos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, regulados por la Ley 24/2011 (Disposición adicional vigésima primera TRLCSP –D.A. 24ª LCSP-).

La **normativa laboral** establece diversas exigencias a la subcontratación. Se encuentran recogidas fundamentalmente en el artículo 42 del texto refundido de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (ET) y, además, en el ámbito de la ejecución de obras, en la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*. (LSSC) y el *Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*.

En cuanto a la **normativa tributaria** sobre subcontratación es de destacar la regulación contenida en el artículo 43 de la *Ley General Tributaria*.

B.- LÍMITES Y REQUISITOS

Son requisitos/limites a la libertad de subcontratación los siguientes:

1.- QUE NO SE PROHIBA

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. (Art. 227.1 TRLCSP).

(Comentario: De la redacción de la primera parte de este apartado –“...salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario...”-, parece desprenderse que la Administración contratante goza de total discrecionalidad para prohibir la subcontratación, lo que es contrario, al menos en su vocación, a la normativa europea).

2.- QUE NO SE HALLE IMPUESTA

Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f). (Art. 227.7 TRLCSP).

El artículo 227.7. TRLCSP reescribe la regulación contenida en el artículo 36.3. del RGLCAP, si bien amplía la previsión de éste, - que limita tal posibilidad a empresas clasificadas-, también a empresas que “cuenten con una determinada habilitación profesional”. Por lo que se refiere a la categoría exigible en su caso, el artículo 36 RGLCAP precisa en su apartado octavo que: “En los casos en que se imponga la obligación de subcontratar a que se refiere el apartado 3, la categoría exigible al subcontratista será la que corresponda a la vista del importe de la obra a subcontratar y de su plazo parcial de ejecución.”

La imposición de la subcontrata no puede realizarse de modo arbitrario por parte de la Administración, sino que ha de justificarse suficientemente en base a las razones apuntadas en el precepto. Véase al respecto la Resolución 35/2011 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ([TA ARA 035/2011](#)), que estima el recurso contra el anuncio de licitación, el pliego de condiciones administrativas particulares (PCAP), y el pliego de prescripciones técnicas (PPT), reputando ilegal la cláusula que impone como subcontratista un determinado operador de correos

“en tanto tiene por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura del contrato público a la competencia”.

Para el contrato de concesión de obra pública, que se trata en el punto 2.G. del presente tema, el TRLCSP (Art.273) establece la posibilidad de imponer al concesionario la subcontratación de, como mínimo, un 30% del valor global de las obras.

3.- QUE NO DEBA SER OBJETO DE AUTORIZACIÓN PREVIA

En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.
(Art. 227.2.d TRLCSP)

Dada la redacción de este artículo, no cabe por tanto entender otorgada la autorización por silencio administrativo, silencio que en cualquier caso tendría carácter negativo, de conformidad con la disposición final tercera TRLCSP (D.F. 8ª LCSP).

4.- QUE DE FORMA PREVIA SE COMUNIQUE LA INTENCIÓN DE SUBCONTRATAR Y LA APTITUD DEL SUBCONTRATISTA

a.-Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.
(Art. 227.2.a. TRLCSP)

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos: (...) U.-En su caso, parte o tanto % de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista.(Art.67.2.U RGLCAP).

No es necesario por lo tanto, en este primer momento, identificar individualmente a los subcontratistas que se prevé presten sus servicios, sino que bastará con indicar el perfil empresarial al que se han de adecuar las subcontratas.

b. En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente. (Art. 227.2.b.)

Deberá así comunicarse la subcontratación tanto en el supuesto de que se hubiera establecido la obligación de indicar en la oferta la parte a subcontratar como en el caso de que en los pliegos o el anuncio nada se hubiera establecido al respecto.

(Comentario: Cabe plantearse la duda de si es obligatoria llevar a cabo la comunicación, en el caso de que ya en la oferta se hubiera señalado la parte del contrato a subcontratar, identificado individualmente a el/los subcontratista/s, y acreditada su solvencia profesional o técnica, o su clasificación suficiente).

En cualquier caso, y a diferencia de la previsión que se recoge en la letra siguiente, no establece aquí la norma un periodo a contar desde la comunicación para que el subcontratista pueda entrar a desarrollar su labor, por lo que habrá de considerarse que en este caso la comunicación tiene carácter informativo, y la posibilidad de acceso del subcontratista es inmediato, pues de no cumplir el subcontratista el perfil empresarial definido, nos encontraríamos ante el supuesto previsto en la letra c), o en su caso, ante el incumplimiento al que hace referencia el artículo 227.3.

c. Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente. (Art. 227.2.c.)

Habrà de entenderse, que igual procedimiento de subsanación será de aplicación en aquellos casos en los que, prevista la comunicación obligatoria en la oferta, el contratista no comunico en ese momento su intención de subcontratar.

(Comentario: Parece desafortunada el empleo de la expresión “no podrá celebrarse”, puesto que más que determinar la nulidad del subcontrato, lo que supone es el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones legales y contractuales respecto de la Administración, con las consecuencias que más adelante se analizan).

5.- QUE NO SE SUPERE EL PORCENTAJE MÁXIMO DE SUBCONTRATACIÓN

Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 % del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. (Art. 227.2.e).

El artículo 42 del Código de Comercio, presume que existe tal vinculación “... cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*

- c. *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d. *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.”*

(C.21.01.- ¿Es posible subcontratar la totalidad del contrato a empresas vinculadas? ¿Son exigibles a éstas los requisitos de aptitud?... Sí en ambos casos -Ver comentario-).

(C.21.02.- ¿Puede el órgano de contratación establecer un límite inferior al 60% de subcontratación?...Sí. ¿Y superior?...NO. (Ver comentario). ¿Y fijar partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas?... Sí. De imponerse la subcontratación con terceros –Art. 227.7 TRLCSP- ¿El porcentaje de subcontratación que suponga tal imposición, computa dentro del límite del 60%?... Sí).

A efecto del computo de los porcentajes máximos de subcontratación y, por lo que se refiere a obras de construcción, es de anotar que la naturaleza de ciertas actividades puede plantear dudas respecto a si deben ser consideradas como subcontratación de obra o, si por el contrario, se trata de suministros o determinados servicios no computables como subcontratación. Para aclarar tales supuestos se acude a la normativa laboral y, en concreto, a las respuestas que a casos que le son planteados, son dados por la Dirección General de la Inspección de Trabajo (Ver. [*Criterios de la DGT sobre consultas relativas a la ley reguladora de la subcontratación.*](#)) :

Suministro de hormigón. Si la actividad se limita a depositar el hormigón en el lugar decidido por la empresa contratista, siendo el personal de ésta quien desarrolla las operaciones de extendido y vibrado del mismo no se considera subcontratación.

Actividades de transporte. La carga y descarga de materiales con origen o destino en la propia obra no se considera subcontratación. El criterio será contrario si este transporte incluyera o consistiera en el movimiento de materiales acopiados dentro de la obra.

Alquiler de maquinaria. No se considera subcontratación si solamente se realiza el arrendamiento de la máquina o del equipo para su utilización por parte de los propios trabajadores del contratista. En el supuesto de que el alquiler de la máquina incluya el operario y este realice alguno de los trabajos relacionados en el artículo 2 de la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción* (LSSC) –ver más adelante-, o interaccione con personal que ejecuta tales trabajos, si se estaría ante un supuesto de subcontratación.

Implantación de protecciones colectivas y montaje y desmontaje de andamios. Dado que tales protecciones forman parte inseparable de la obra misma, la actividad de montaje y desmontaje está incluida en el ámbito de aplicación de la LSSC, pues siempre el encargo hecho al que a su vez subcontrata a la empresa instaladora de las protecciones colectivas sólo puede referirse a la ejecución de una obra en las condiciones de seguridad y salud legalmente previstas. Nos encontramos pues ante un supuesto de subcontratación.

Seguridad. La actividad que consista en la prestación de servicios de vigilancia de las instalaciones de la obra no se considera subcontratación. Sin embargo, si estariamos ante este supuesto, si la actividad consiste en la instalación de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad o la planificación y el asesoramiento de las actividades de seguridad como parte de la obra, conforme al proyecto por el que se rige su ejecución.

Control de Calidad. No se considera subcontratación la actividad desarrollada por las entidades de control de calidad.

Limpieza de edificios en la obra terminada. Si la actividad se encuentra recogida contractualmente como integrante del contrato de ejecución de obra y con obligación de efectuarla antes de la entrega o recepción, estaremos ante un supuesto de subcontratación.

6.- QUE EL SUBCONTRATISTA NO SE ENCUENTRE INHABILITADO

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60. (Art. 227.5)

Por lo tanto el subcontratista habrá de poseer capacidad, solvencia y no encontrarse incurso en causa de prohibición.

En el caso de contratos celebrados por entidades públicas empresariales, ú organismos asimilados dependientes de una Administración Pública, la referencia a las prohibiciones para subcontratar ha de entenderse limitada a las establecidas en el artículo 60.1 TRLCSP, esto es, a las prohibiciones para contratar con el sector público.

Por lo que se refiere a la solvencia, poniendo en relación lo dispuesto en este párrafo con lo previsto en el párrafo segundo punto b. (“... y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia...”), cabe concluir que la norma omite la exigencia de acreditación de solvencia económica, justificándose tal omisión en que a la Administración lo que le interesa del subcontratista es su aptitud técnica y no su capacidad para asumir el coste económico porque carece de relación con el.

(Comentario: A mi entender, en base precisamente a la falta de relación entre Administración y subcontratista que en ningún momento se subroga en la relación del contratista con aquélla, es discutible que sea obligatorio para la Administración exigir que el subcontratista se encuentre clasificado en el grupo y con la categoría requerida en la licitación al contratista, y ello aun en el caso de que subcontrate la totalidad del trabajo en base al cual se exigió la clasificación. Lo que expresa el artículo 227.2.b. TRLCSP – “...En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél...”- es precisamente un modo de eximir al contratista de acreditar la aptitud técnica del subcontratista, pero dejando abierta la posibilidad de que tal acreditación se haga por otros medios que la Administración considere suficientes. En igual sentido la previsión contenida en el artículo 65 TRLCSP -... la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias...- se refiere a aquel supuesto en que el contratista precisa completar su propia solvencia con la del subcontratista. En definitiva, considero que la Administración si podrá exigir clasificación e incluso igual categoría, pero que tal exigencia es discrecional, no viniendo impuesta por la ley).

[\(C.21.03.- ¿Puede una empresa ser subcontratista en un contrato licitado por un Ayuntamiento, siendo el Administrador de aquélla, concejal del Ayuntamiento?... NO, la empresa subcontratista estaría incurso en causa de prohibición\).](#)

7.- DEBER DE COMUNICACIÓN A LOS REPRESENTANTES LEGALES

El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral. (Art. 227.6)

(Nota: En el punto 2.E.2.), nos extenderemos sobre este requisito).

C.- INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES Ó REQUISITOS DE SUBCONTRATACIÓN

1.- DE LOS REQUISITOS DE CELEBRACIÓN DE LOS SUBCONTRATOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 227.2

La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior [comunicación o autorización previa y porcentaje máximo] para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 % del importe del subcontrato. (Art. 227.3).

Suele considerarse por la doctrina y la jurisprudencia que, además de la penalidad pecuniaria, la Administración se encuentra facultada para resolver el contrato, cuando la subcontratación suponga el incumplimiento de una obligación esencial.

(Comentario: A mi entender, sólo cabrá calificar el incumplimiento como contrario a una obligación esencial cuando, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 223.f. TRLCSP, la obligación haya sido calificada como tal en los pliegos o el contrato. Véase al respecto en el punto siguiente, la diferencia cuando se incumple la obligación de subcontratar prevista en el anuncio o los pliegos, que la ley considera tiene carácter esencial).

2.- DE LA OBLIGACIÓN DE SUBCONTRATAR CON TERCEROS PREVISTA EN EL ANUNCIO O LOS PLIEGOS.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior [Obligación de subcontratar con terceros] se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f). (Art. 227.7 TRLCSP).

La resolución del contrato sólo puede tener lugar por las causas establecidas expresamente por la Ley. Entre ellas, el artículo 223.f. señala “*El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato*”. El TRLCSP establece varias que pueden ser, en su caso, calificadas como obligaciones esenciales, (El compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes, condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo medioambiental, social... y, la obligación de subcontratar con terceros). Es de destacar, sin embargo, que a diferencia de las otras previstas en la ley, a las que los pliegos o el contrato les pueden dar ese carácter, aquí es la propia ley quien otorga a esta obligación el carácter de esencialidad por el hecho de recogerse la obligación en el anuncio o en los pliegos, no siendo pues necesario, que dichos documentos o el contrato señalen de modo expreso su carácter esencial. (A mayor abundamiento ver [Tema 20.- Resolución del contrato](#)).

3.- DE LA FALTA DE CAPACIDAD, O EL ENCONTRARSE INCURSA EN PROHIBICIÓN EL SUBCONTRATISTA

(Comentario: Entiendo, que no prevé la ley cuales son las consecuencias que para la relación entre contratante y contratista, supone el que éste contrate con una persona en la que no concurren los requisitos de capacidad, o el estar incurso en causa de prohibición, aparte claro esta, de que el contratista incurrirá en su caso en causa de prohibición

(Art.60.1.e), por haber comunicado datos falsos u omitir los mismos a la entidad contratante. La lógica dicta que en este caso ha de aplicarse la previsión que establece el artículo 227.3, -imposición de penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato-, además del apartamiento del subcontratista del contrato y, la resolución del contrato, en caso de haber sido calificado en el pliego o el contrato como incumplimiento de una obligación esencial).

4.- DE INFORMAR A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Al igual que en el supuesto anterior, tampoco aquí prevé la ley las consecuencias que para la relación entre entidad contratante y contratista, supone la no comunicación de las obligaciones en materia laboral (Si bien creo que dada la redacción del artículo 227.6 -*El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.*- en este supuesto tales consecuencias no deben ser otras, que las previstas por la legislación laboral, salvo que de modo expreso el contrato administrativo previese otras).

D.- RELACION ENTRE LAS PARTES: ASPECTOS NO LABORALES NI ECONÓMICOS

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 [comunicación previa], o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal. (Art. 227.4).

El contrato formalizado por contratista y subcontratista es así un contrato propio o autónomo de aquél del que trae causa y, si bien tiene por objeto la realización material de parte del contrato base o matriz, el subcontrato no persigue efectuar la transferencia a un tercero de la relación contractual originaria, como puede ser el supuesto de cesión, sino hacer nacer una nueva relación que tiene identidad parcial en cuanto al objeto. La Administración es ajena a la relación jurídica nacida del subcontrato, solo el contratista del contrato matriz mantiene una doble relación, como consecuencia de la dualidad de contratos existentes simultáneamente.

Lo expuesto supone que, por ejemplo, no sea tomada en consideración como causa que exima al contratista de sus responsabilidades contractuales frente a la Administración la negativa del subcontratista a trabajar ante las dificultades de pago por parte del contratista, el que el subcontratista aumente unilateralmente frente al contratista el precio de su prestación u otras desavenencias entre las partes (Ver dictámenes Consejos Consultivos [CC CyL 469/2010](#), [CC CyL 471 2010](#), [CC CLM 141/2009](#), [CC AST 038/2009](#)). Como resumen de todos los argumentos, establece la sentencia [STS 7328/1996](#) del Tribunal Supremo:

“La alegación de que la conducta determinante de la resolución contractual y posibles secuelas indemnizatorias lo es de un tercero o subcontratista y no del contratista principal no puede ser estimada ya que la responsabilidad contractual incumbe únicamente al contratista principal que [...] es el único responsable ante la Administración de la gestión del servicio, sin perjuicio claro está de las obligaciones del tercero o subcontratista con el contratista principal [...].”

En cualquier caso, en el supuesto de tramitarse expediente por reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta deberá dar audiencia al subcontratista cuya actividad sea la causante del daño para formular alegaciones sobre el procedimiento incoado ([CC CyL 396/2010](#)).

[\(C.21.04.- ¿Puede establecer el PCAP normas referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y, en concreto, sobre la normativa laboral aplicable a la misma?... NO, si bien en la práctica existen pliegos que si lo recogen\).](#)

[\(C.21.05.- De presentarse una empresa como licitador de un contrato y, a la vez figurar como subcontratista de otro licitador en ese mismo contrato ¿Se ha de considerar que nos encontramos ante un supuesto de proposiciones simultáneas?..... NO\).](#)

E.- RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACION: APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA LABORAL Y TRIBUTARIA

1.- RESUMEN DE LA NORMATIVA LABORAL

La normativa laboral establece diversas exigencias respecto a la subcontratación. Se encuentran recogidas fundamentalmente en el artículo 42 del texto refundido de la *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (ET) y, además, en el ámbito de la ejecución de obras, en la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*. (LSSC) y el *Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*.

El artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), exige que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos, deberán comprobar que dichos contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social. El empresario principal durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá **solidariamente** de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

En este mismo artículo 42, el ET se extiende sobre la obligación contenida en el artículo 227.6 TRLCSP en cuanto al deber por parte del “*contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.*” señalando el modo y alcance de dicha comunicación. Esta obligación incumbe también a la empresa subcontratista respecto a sus trabajadores.

En los supuestos de subcontratación en el sector de la construcción, los subcontratistas (y contratistas) deberán reunir los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 32/2006:

- Poseer una organización productiva propia.
- Contar con los medios personales y materiales necesarios.
- Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- Ejercer directamente las facultades de dirección y organización.

- Acreditar que disponen de personal con formación en prevención de riesgos laborales.
- Encontrarse inscritos en el Registro de Empresas Acreditadas (REA). La inscripción en el REA acredita el cumplimiento de los anteriores requisitos.
- Si la empresa es subcontratista (o contratista) habitual en el sector de la construcción, deberá contar con un número de trabajadores con carácter indefinido no inferior al 30% del total de su plantilla.

En el artículo 5 la ley 32/2006 fija, como norma general, en tres los niveles de subcontratación posibles (El contratista podrá contratar con cualesquiera subcontratistas –nivel 1-, éstos a su vez subcontratar a otros –nivel 2- y estos a su vez con otros –nivel 3-), si bien, sea cual sea el nivel en que se encuentren, el trabajador autónomo y las empresas cuyo trabajo consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, no podrán subcontratar los trabajos a ellos encomendados.

En el artículo 7, establece la obligación de las empresas contratista y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción de vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la ley por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten *“Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas.”*

Por su parte el Real Decreto 1109/2007 regula fundamentalmente el procedimiento y efectos para la inscripción de las empresas en el Registro de Empresas Acreditadas (REA), la obligación de mantenimiento por parte de las empresas contratistas y subcontratistas que trabajen habitualmente en la construcción de un porcentaje mínimo (30%) de trabajadores contratados con carácter indefinido, y la obligación y modo de llevanza del Libro de Subcontratación.

2.- APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA LABORAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRAS

No cabe duda de la aplicación de las previsiones establecidas en el artículo 42 del E.T. a los contratos del Sector Público, en cuanto al deber de informar a los representantes de los trabajadores, al respecto cabe recordar que el propio artículo 227.6 TRLCSP se remite a la normativa laboral: *“El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.”*, precisamente prevista en el artículo 42 E.T.

Cuestión distinta es conocer si la Administración se encuentra obligada a comprobar que contratistas y subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social en el modo exigido por el artículo 42 del E.T. o, para aquellos trabajos y servicios que se presten de modo continuado en un mismo centro de trabajo titularidad del dueño, en el modo señalado en el artículo 5.1. del R.D. 5/2011 de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, que señala el deber de los dueños del centro de trabajo de *“... comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos.”*. En el ámbito administrativo se niega tal posibilidad, y así por ejemplo, la JCCA de Andalucía en su reciente

informe [AND_03/2012](#), planteada la cuestión de la aplicabilidad del artículo 5.1. a la contratación administrativa concluye:

“ El artículo 5 del Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, no es de aplicación a los contratos que celebren las entidades que integran el sector público, regulándose la comprobación y acreditación del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social por parte de las empresas que contraten con el sector público por el régimen específico contenido en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.”

Recordemos que en relación a las obligaciones de Seguridad Social, el adjudicatario se encuentra obligado (146.1.c. y 151.2) a acreditar –y el órgano de contratación obligado a comprobar- con anterioridad a la firma del contrato, el encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social, señalando el RGLCAP en su artículo 14, la extensión de tal acreditación, no coincidente plenamente, como se puede comprobar en el artículo anteriormente reproducido, con las requeridas por la normativa laboral. Iguales requisitos habrán de acreditar los subcontratistas según previsiones contenidas en el artículo 227.5 TRLCSP.

Por lo que se refiere a las obras de construcción, la normativa laboral parece en principio plenamente aplicable, a ello se refiere la Disposición Adicional Segunda de la Ley 32/2006 (LCSS), en los siguientes términos: *“Lo establecido en la presente Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con las especialidades que se deriven de dicha Ley.”* (Evidentemente, habrá de entenderse referido hoy en día al TRLCSP).

Dicho lo anterior, sin embargo, las JCCA del Estado llevan a cabo una interpretación restrictiva del alcance de esta disposición y así en su informe [MEH_062/2006](#) afirma:

“... Contratos completamente distintos de los anteriores [contratos administrativos] y que, por tanto, deben ser diferenciados son los que, constituyendo el supuesto de la subcontratación se celebran entre contratistas y subcontratistas, a los que será de aplicación el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sin que la Administración contratante tenga intervención alguna para exigir o no el cumplimiento de tales requisitos. Esta dejación de la Administración contratante del contenido de los contratos que los contratistas celebran con subcontratistas ha sido tradicional en nuestra legislación, limitándose la vigente LCAP a establecer límites para la subcontratación y normas para garantizar el pago a subcontratistas, es la que justifica que por vía de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, puedan establecerse requisitos para contratos en los que no interviene como parte la Administración y que son de naturaleza estrictamente privados.

5. Frente a las claras consideraciones anteriores basadas en la diferencia entre contratos entre Administración (y Entes asimilados) y contratistas y contratos entre contratistas y subcontratistas, no pueden prevalecer otras conclusiones que puedan desprenderse de expresiones no totalmente afortunadas de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, pues cuando la disposición adicional segunda señala que lo establecido en la Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la LCAP ha de entenderse que no puede referirse a contratos con la Administración, sino exclusivamente a contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de aquellos contratos,...”

En concreto, la JCCA considera que no corresponde al ente público exigir al licitador que acredite, como un requisito de solvencia más, el encontrarse inscrito en el Registro de Empresas Acreditadas (REA), que acredita a su vez que la empresa -contratista o subcontratista-, cumple los requisitos

exigibles –Art. 4 LSSC- para ejecutar trabajos en obras de construcción, y lo hace con diversos argumentos que se recogen en el informe citado y en el [MEH 073/2008](#) :

“... La regulación tradicional de los contratos administrativos hoy incorporada a la vigente LCAP, no suscita ninguna dificultad... y en el aspecto concreto que se somete a consulta de la solvencia económica, financiera y técnica en los contratos de obras, su acreditación viene establecida en los artículos 16 y 17 de la LCAP, sin que puedan exigirse otros requisitos o medios de acreditación de los enumerados en los citados artículos, exclusión que especialmente ha de referirse a los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 32/2006.

El razonamiento anterior fácilmente comprensible se ve reforzado por la consideración de que la exigencia de otros requisitos distintos de los enumerados en los artículos 16 y 17 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas supondría infracción de normas comunitarias al constituir los citados artículos -incorporación de las Directivas comunitarias- debiendo extenderse esta consideración a los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE y a la trasposición que en el futuro se realice en el ordenamiento jurídico español. ([MEH 062/2006](#)).”

“... Se deduce de cuanto antecede que en ningún momento la normativa especial que rige la subcontratación en el sector de la construcción atribuye a la falta de exigencia por el contratante del cumplimiento de los requisitos previstos en ella por parte del subcontratista, otra virtualidad que no sea la de asumir responsabilidad solidaria respecto de las infracciones que puedan cometerse por éste último en relación con las normas laborales y de Seguridad Social. En consecuencia carece de relevancia a los efectos de la validez o nulidad de los contratos celebrados con infracción de esta norma. Esto significa que, aplicado en el ámbito de la contratación pública, el cumplimiento de los requisitos mencionados no puede considerarse como condición de aptitud de las empresas subcontratistas, en primer lugar, porque su inobservancia no acarrea nulidad contractual, y en segundo, porque por regla general los poderes adjudicadores no intervienen en la relación de subcontratación. Pero tampoco en los casos en que la subcontratación se realice a través de la técnica de la utilización de medios propios. En tales casos, la Ley 32/2006 considera que cuando el promotor de la obra y el contratista sean la misma persona, caso al que se puede asimilar la ejecución de obras por la Administración, el contrato a celebrar con otros empresarios para la ejecución de partes de la obra, tiene también el carácter de subcontratación y, por tanto, está sujeto a las disposiciones de la Ley 32/2006 (art. 3 e) de la Ley). Sin embargo, la no exigencia del cumplimiento de estos requisitos no determina la nulidad del contrato sino la responsabilidad solidaria de ambas partes en los términos establecidos en la Ley (art. 7) y las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse del incumplimiento. ([MEH 073/2008](#)).

En todo caso, tal y como se señala en el último de los informes reproducidos, cuando la Administración ejecuta un contrato a través de un medio propio (“in house providing”), el ente instrumental creado al efecto, actúa como empresario principal, con los riesgos inherentes a dicha situación. Siendo diferentes sus responsabilidades, según asuma la posición de promotor contratando a un contratista de obras la ejecución de la actuación, siendo éste el que subcontrata unidades de ejecución, en su caso; o la posición de promotor ejecutor principal, en cuyo caso utiliza empresarios colaboradores, que funcionan como si de subcontratistas se trataran a los efectos de la legislación de prevención de riesgos laborales. (Ver también [AND 002/2008](#)).

(Comentario: En el fondo subyace aquí una cuestión de mayor amplitud y calado. En efecto, la legislación laboral, entendiéndose por tal no sólo las leyes a las que aquí se ha hecho referencia sino muchas otras (Por ejemplo, la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), La Ley de

Ordenación de la Edificación, etc.) establecen responsabilidades en el orden social de los distintas partes en el contrato, entre ellos la del promotor (dueño o propiedad según otras expresiones), por ciertas infracciones laborales en las que pueda incurrir el contratista y/o, en su caso el subcontratista, planteándose entonces la siguiente cuestión: ¿Qué responsabilidad tiene la Administración cuando actúa como promotor?, o en otras palabras ¿En su posición de promotor o dueño del contrato, es aplicable a la Administración el régimen de responsabilidades previsto en la normativa laboral? Responder a esta pregunta supondría entrar en el análisis de toda la normativa laboral sobre la materia, considerando más oportuno remitir para su estudio a los dos siguientes trabajos: [Responsabilidades laborales en materia de prevención de riesgos laborales de la Administración contratante en obras públicas](#) de José Miguel Caballero Real y [La Administración local, promotora ante la siniestralidad laboral](#) de Santiago Milans del Bosch).

3.- NORMATIVA TRIBUTARIA

Establece el artículo 43.1.f. de la Ley General Tributaria.

1. Serán **responsables subsidiarios** de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

(...) f.- Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación.

La responsabilidad quedará limitada al importe de los pagos que se realicen sin haber aportado el contratista o subcontratista al pagador el certificado de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias, o habiendo transcurrido el período de doce meses desde el anterior certificado sin haber sido renovado.

La Administración tributaria emitirá el certificado a que se refiere este párrafo f, o lo denegará, en el plazo de tres días desde su solicitud por el contratista o subcontratista, debiendo facilitar las copias del certificado que le sean solicitadas.

La solicitud del certificado podrá realizarse por el contratista o subcontratista con ocasión de la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades a que esté obligado. En este caso, la Administración tributaria emitirá el certificado o lo denegará con arreglo al procedimiento y en los plazos que se determinen reglamentariamente.

Se plantea aquí cuestión similar a la analizada en el punto anterior respecto al cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social: Diversa normativa tributaria establece la obligación de los intervinientes en un proceso productivo de llevar a cabo un efectivo control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, por parte de aquellos cuya actividad ha sido contratada para la ejecución de todo o parte de la obra o servicio. Esta obligación se extiende, en los casos y modo establecidos por las leyes, al promotor o dueño. Sin embargo, en la contratación pública, el TRLCSP (146.c. y 151.2, 227.5) y el RGLCAP (Art. 13), establecen el modo en que la Administración ha de comprobar que contratista y subcontratistas se encuentran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, esta obligación no abarca todos los supuestos contemplados en la legislación tributaria planteándose la cuestión de conocer si la obligación por parte de la Administración contratante se limita a lo establecido en la legislación administrativa, o se ha de extender, además, a lo que disponga la legislación tributaria y concretamente el artículo 43.1.f de la LGT. En este supuesto contamos con una respuesta afirmativa –ha de exigirse este otro certificado por la Administración al contratista- por parte de la JCCA del Estado, que trata específicamente el tema de la

“Responsabilidad subsidiaria y certificado de acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias del artículo 43.1 f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.” en su informe [MEH 49/2005](#).

(Comentario: De igual modo, parece que también en otros aspectos tributarios, las exigencias de la legislación administrativa y la legislación tributaria son acumulativos, así por ejemplo sobre la acreditación del IAE ver informe de la JCCA de Cataluña [CAT 01/2003](#)).

F.- INTEGRACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL CONTRATISTA A TRAVÉS DE LA DEL SUBCONTRATISTA

Artículo 63. Integración de la solvencia con medios externos. (Art.52 LCSP). Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

Artículo 65. Exigencia de clasificación. (Art. 54 LCSP) 1.- (...) En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 % del precio del contrato.

(Nota: Sobre la integración de la solvencia a través de la de otras empresas en general ver [Tema 6.- Aptitud para contratar: Capacidad y Solvencia](#))

Como se ha visto anteriormente, no es exigible que en el momento de la licitación se identifique al subcontratista, siendo suficiente hacerlo por su perfil profesional, ahora bien, si lo que se pretende es integrar la solvencia del contratista con la del subcontratista, será necesario:

- a) Manifestarlo en el apartado correspondiente a la solvencia.
- b) Identificar plenamente en el momento de la licitación al subcontratista, su capacidad, solvencia y en su caso habilitación, no bastando hacer referencia a un perfil profesional y,
- c) Acreditar que para la ejecución del contrato, se dispone efectivamente de los medios del subcontratista.

[\(C.06.25.- Con la finalidad de integrar su solvencia con medios externos ¿Puede el licitador acreditar que dispone de esos medios, a través de la presentación de una declaración unilateral en tal sentido?...NO\).](#)

[\(C.21.06.- ¿La sustitución de la habilitación del licitador por la del subcontratista sólo cabe en aquellos contratos en que se exija clasificación? ...NO\).](#)

G.- REFERENCIA A LA NORMATIVA REGULADORA DE LA SUBCONTRATACIÓN EN CONTRATOS DISTINTOS DEL DE OBRA.

Hasta aquí se han analizado, por ser el objeto de esta web, los aspectos generales de la subcontratación, y aquellos otros que pueden afectar al contrato de obras. Se hará ahora una simple mención de la regulación prevista en el TRLCSP para otro tipo de contratos.

CONTRATO DE SERVICIOS

Artículo 78. Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. (Art. 67 LCSP)

En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

(...) i. Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Artículo 136. Clausulado del contrato. (Art. 120 LCSP)

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos:(...) g.- Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Artículo 273. Subcontratación. (Art. 249 LCSP)

1. El órgano de contratación podrá imponer al concesionario de obras públicas que confíe a terceros un porcentaje de los contratos que represente, como mínimo, un 30 % del valor global de las obras objeto de la concesión, previendo al mismo tiempo la facultad de que los candidatos incrementen dicho porcentaje; este porcentaje mínimo deberá constar en el contrato de concesión de obras.

2. En caso de no hacer uso de la facultad a que se refiere el apartado anterior, el órgano de contratación podrá invitar a los candidatos a la concesión a que indiquen en sus ofertas, si procede, el porcentaje del valor global de las obras objeto de la concesión que se proponen confiar a terceros.

Son diversas las diferencias de regulación contenidas en este artículo, respecto a la posibilidad de imposición de la subcontratación prevista en el artículo 227.7.

- Resulta obvia la diferencia en el porcentaje: 30% en el contrato de concesión de obra pública (CCOP) y 50% en el régimen general, si bien es de reseñar que con anterioridad a la reforma operada en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible en el año 2011, el porcentaje del 30% era común para ambos supuestos.
- En tanto el artículo 273 se refiere a un “mínimo” (30%), el artículo 227.7 establece un máximo (50%). (**Comentario:** Parece que en todo caso será de aplicación el límite máximo (60%), previsto en el artículo 227.2.e. TRLCSP).
- A efectos de (no) cómputo en estos porcentajes de ciertas empresas el artículo 274.2. va más allá de lo dispuesto en el artículo 227, considerando que *“No tendrán la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas. Se entenderá por empresa vinculada cualquier empresa en la que el*

concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas reguladoras..." estableciendo posteriormente en que supuestos se presumirá que existe influencia dominante, y exigiendo que la lista exhaustiva de estas empresas se adjunte a la candidatura para la concesión, y se actualice en función de las modificaciones que se produzcan posteriormente en las relaciones entre las empresas.

- La base sobre la que se computan el porcentaje a aplicar en el CCOP es el valor global de las obras, en tanto el artículo 273 hace referencia al presupuesto del contrato.
- En el CCOP, las obras a ejecutar por el concesionario de una obra se pueden subcontratar sin necesidad de que las prestaciones gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o clasificación adecuada.

CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Artículo 289. Subcontratación. (Art. 265 LCSP)

En el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

(Nota: Sobre la posibilidad de subcontratación en aquellos contratos de gestión de servicios públicos en los que existe una obligación del contratista de subrogarse en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular del contrato, ver informe de la JCCA de Baleares [BAL_005/2002](#)).

H.- PAGO A SUBCONTRATISTAS: PLAZOS Y CÓMPUTO

La regulación normativa del pago a subcontratista en la contratación pública es confusa debido a que:

- a) Se regula en tres leyes distintas: El TRLCSP, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, que a pesar de su nombre no sólo modifica la Ley 3/2004, sino que establece su propia regulación en cuanto, en lo que aquí interesa, al derecho transitorio aplicable.
- b) La ley lleva a cabo una remisión en cascada de un artículo a otro (Del 228.2 al 216.4; del 216.4 al 222.4; del 222.4. al 235: del 235 a la D.T. sexta), cada uno de los cuales supone una excepción al anterior. Como se verá en la subcontratación solo son de aplicación el 228.2 y el 216.4.
- c) La regulación del pago contenida en el TRLCSP sólo es aplicable a las Administraciones Públicas, no al resto del Sector Público, (Recuérdese que por el contrario, la regulación general de la subcontratación, prevista en el artículo 227 si es aplicable además de a la Administración, a ciertas entidades del Sector Público).
- d) El derecho transitorio, que se encuentra regulado en dos normas distintas: El TRLCSP y la Ley 15/2010 (Esta última será la de aplicación a la subcontratación).

Teniendo en cuenta lo anterior, se abordan a continuación los distintos aspectos del pago a subcontratistas (y suministradores), previa la transcripción de los preceptos principales que regulan esta cuestión en el TRLCSP –Art.228 y 226-, y la Ley 3/2004 –Art.4-. (Otros preceptos del TRLCSP, y la

regulación contenida en la Ley 15/2010 en cuanto a derecho transitorio, se reproducen en su apartado correspondiente).

[TRLCSP] Artículo 228. Pagos a subcontratistas y suministradores. (Art. 211 LCSP)

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.
2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.
3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.
4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.
5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

Artículo 216. Pago del precio. (Art. 200 LCSP)

(...) 4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 222.4, (...)

[Ley 3/2004] Artículo 4. Determinación del plazo de pago. (Art. 209 LCSP)

1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor será el siguiente:

Sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes.

Si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, sesenta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura antes de finalizar el período para realizar dicha aceptación, el plazo de pago que debe cumplir el deudor se computará a partir del día de recepción de los bienes o servicios adquiridos y no podrá prolongarse más allá de los sesenta días contados desde la fecha de entrega de la mercancía.

2. Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o prestación de los servicios.

3. La recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.

4. Podrán agruparse facturas a lo largo de un período determinado no superior a 15 días, mediante una factura comprensiva de todas las entregas realizadas en dicho período, factura resumen periódica, o agrupándolas en un único documento a efectos de facilitar la gestión de su pago, agrupación periódica de facturas, y siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo, la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los 60 días desde esa fecha.

[\[C.13.12.- ¿Es de aplicación a los entes del Sector Público que no son Administraciones la normativa que sobre el pago a subcontratistas prevé el artículo 216.4 TRLCSP...NO?\].](#)

1.- PLAZOS DEFINITIVOS Y CÓMPUTO

Regulación contenida en el TRLCSP

En cuanto al plazo de pago, el artículo 228.2 se remite al artículo 216.4 en los siguientes términos “...Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista...” La dificultad se plantea cuando se observa que el artículo 216.4, que regula el pago del precio de la Administración al contratista, se remite en ciertos supuestos al artículo 222.4, y este a su vez al 235, al que igualmente se refiere la disposición transitoria sexta. Ahora bien, de la lectura de los tres textos legales relacionados, y de la del propio artículo 228.2 que señala que esos plazos no podrán ser *más desfavorables*, siendo lo cierto que los establecidos en los artículos 222, 235, son superiores, sólo cabe concluir que la remisión del artículo 228.2 se ha de entender exclusivamente al plazo que señala el artículo 216.4 (30 días), sin extenderse a la que éste hace al artículo 222.4 y sucesivas que serán de aplicación únicamente a la relación entre Administración y contratista.

Resulta así, que el plazo máximo para el pago de sus obligaciones por parte del contratista al subcontratista será de treinta (30) días, y se computará desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Todo ello supone que en la práctica, **el plazo máximo de pago por parte del contratista al subcontratista será de 60 días** a contar desde la fecha en que, realizada la prestación, éste presenta a aquél la factura.

Regulación contenida en la Ley 3/2004

El plazo aquí previsto para el pago es de 60 días, si bien se computa a partir de la recepción de la mercancía o la prestación del servicio, siempre y cuando la factura se presente dentro de los treinta días siguientes a haberse realizado la entrega o prestación.

(Comentario: La sutil diferencia de regulación entre una norma y otra, consistente en que en tanto en la Ley 34/2004, plazo de pago y plazo de emisión discurren de forma independiente en el TRLCSP el plazo de pago depende del plazo de presentación de la factura. Se plantea así la duda de cual de los dos plazos previstos se debe aplicar, pues bien, vigente el TRLCAP, no había dudas sobre la aplicación de la Ley 34/2004, en primer lugar por ser ésta una ley que regula de modo específico el pago a proveedores y subcontratistas dimanando de una Directiva comunitaria (2000/35/CE), y siendo en todo caso posterior a el TRLCAP y, en segundo lugar, por remitirse el propio TRLCAP en su artículo 110.4 a la Ley 3/2004 “... el contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con el artículo 4 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.”. Sin embargo, vigente la LCSP, y ahora con igual regulación el TRLCSP, la cuestión vuelve a ser discutible, en primer lugar por ser la ley de contratación vigente posterior a la Ley 3/2004 y a la Ley 15/2010 y, en segundo lugar, por no remitirse en este aspecto el TRLCSP a la Ley 3/2004, sino a su propio articulado -“4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2”. Art.228.4 TRLCSP-. A mi entender debe primar la regulación contenida en la Ley 34/2004 dada su especificidad, y el ser transposición de una directiva comunitaria –al respecto es de señalar que existe una nueva directiva comunitaria sobre la materia; la 2011/7/UE que aun no ha sido objeto de transposición al ordenamiento español–, por los motivos expuestos, entiendo que cabe discusión al respecto...).

En cualquier caso, la aplicación de la norma prevista en la Ley 4/2004 tiene una dificultad añadida en aquellos casos en los que el deudor no puede conocer el importe a pagar hasta que le es presentada la factura, supuesto que se dará comúnmente en las prestaciones de servicio o ejecución de obras, lo que supondría en la práctica que el deudor podría disponer de escasos días – hasta sólo 31, si le fuera presentada el último día del plazo de los 30 de los que dispone el acreedor según el artículo 4.2- para hacer frente al pago de la factura.

Por último, reseñar que el TRLCSP en su artículo 228.5 contempla la posibilidad de que se acuerden plazos de pago mayores “...siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se

instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.” (Sobre el concepto de cláusula abusiva ver apartado 2.1.1).

Inicio del cómputo

Tampoco es una cuestión pacífica el momento de inicio del cómputo del plazo, cuando de lo que se trata es de abonar prestaciones (obras y servicios) y no de pagar entregas de mercancías.

En efecto, parece claro el inicio del plazo en las **entregas de mercancías**, “... después de la fecha de recepción de las mercancías...” (Art. 4.1.a. Ley 34/2004), existiendo aquí un momento cierto cual es el día siguiente a la entrega de la mercancía. Este criterio tiene dos excepciones que la ley regula en ese mismo artículo, en sus apartados tercero (factura electrónica) y quinto (agrupación de facturas o facturas comprensivas de un periodo): “La recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura y la recepción por el interesado” (Art. 4.3). “Podrán agruparse facturas a lo largo de un período determinado no superior a 15 días, mediante una factura comprensiva de todas las entregas realizadas en dicho período, factura resumen periódica, o agrupándolas en un único documento a efectos de facilitar la gestión de su pago, agrupación periódica de facturas, y siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo, la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los 60 días desde esa fecha.” (Art. 4.5)

Por el contrario, tratándose de **prestaciones de servicios** (Concepto comprensivo de contratos de servicios y obras), el precepto no especifica de qué modo habrá de determinarse el momento en que se considera realizado, pues por su naturaleza, será frecuente que la prestación del servicio se prolongue en el tiempo, siendo evidente que el cómputo no puede llevarse a cabo, como en las mercancías, en base a un cómputo diario. Así las cosas y tratándose de prestaciones vinculadas a un contrato público, sólo cabe interpretar, o bien que el inicio del cómputo es quincenal aplicando por analógica del artículo 4.4., o bien que el cómputo se inicia mensualmente por aplicación de lo previsto en el TRLCSP (Art. 232 y 233 fundamentalmente) para la emisión de certificaciones en el contrato de obras.

2.- DERECHO TRANSITORIO

La disposición transitoria sexta TRLCSP, es de aplicación exclusiva a los pagos a realizar por la Administración al contratista, pero no se extiende a las obligaciones de éste frente a su subcontratista, dado que la propia literalidad de la disposición transitoria se refiere a “... el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio...” y la ley 15/2010 regula en su disposición transitoria tercera el derecho transitorio aplicable específicamente a las obligaciones de pago del contratista de obra pública frente a sus subcontratistas y proveedores, por lo que habrá de entenderse de aplicación el resto de la regulación (D.T. segunda) contenida en esta ley a los subcontratos en general, incluidos aquéllos que traen su origen en un contrato administrativo.

A continuación se expone el derecho transitorio previsto en la ley 15/2010, sin considerar los periodos anteriores al 1 de enero de 2012.

En general:

“Los plazos a los que se refieren (...) el artículo 4 de la Ley 3/2004, (...) se ajustarán progresivamente, para aquellas empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados, de acuerdo con el siguiente calendario:

- *Entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, serán de 75 días.*
- *A partir del 1 de enero de 2013, serán de 60 días.” (D.T. Segunda Ley 15/2010).*

Contratos administrativos de obra:

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: (...)

- *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. (D.T. Tercera Ley 15/2010).

De la redacción dada a la D.T. Tercera (“...que mantengan vivos contratos...”) se deduce claramente que el hito que debiera marca la aplicación de los plazos previstos en la disposición transitoria, es la existencia de un contrato de obra con una Administración Pública que sea anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 (07-07-10), independientemente de cual sea la fecha del contrato entre contratista y subcontratista. En la práctica empresarial, resulta por el contrario y por lo general, que el momento en que se toma en consideración es el de la fecha de factura, de modo tal que, por ejemplo, una factura emitida por el subcontratista a su contratista en el año 2012 será abonada por éste a 90 días sin considerar si el contrato entre Administración y contratista ha sido firmado con anterioridad o posterioridad al 07-07-10.

I.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR EL CONTRATISTA

1.- RETRASO EN EL PAGO. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 3/2004

Ya sea en la relación entre Administración y contratista, ó en la del contratista con sus subcontratistas, el incumplimiento de los plazos de pago supondrá la mora del deudor, quien se verá obligado a pagar los intereses de demora, e indemnizar a su acreedor los costes de cobro en los que éste haya incurrido. Por el contrario, no es de aplicación a la relación contratista-subcontratista/suministrador la regulación prevista en el TRLCSP a las relaciones entre Administración y contratista, que permite a éste suspender el contrato cuando la demora en el pago por parte de la Administración sea superior a cuatro meses y a instar su resolución si supera los ocho meses (Ver [Tema 13.- Certificaciones de obra, pago del precio y demora en el pago](#)), todo ello, con independencia de que además de lo previsto en la Ley 3/2004 -que no admite pacto en contrario-, contratista y subcontratista/suministrador, puedan acordar otros efectos ante la demora en el pago por parte del primero.

El acreedor podrá exigir **los intereses de demora** (Art. 6 Ley 3/2004) cuando haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales, y no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso, sin que el hecho de que, a su vez, la Administración se haya retrasado en el pago exima al contratista de su responsabilidad. La relación entre la Administración y el contratista es independiente de la relación entre éste y el subcontratista/suministrador, sin que las incidencias que en aquella relación puedan producirse sean trasladables a ésta.

El cálculo de los intereses de demora se hará en el modo establecido en la Ley 3/2004 (artículos 5 y 7) que en resumen establece que el interés de demora que debe pagar el deudor es el que resulte del contrato (que no podrá ser inferior al tipo legal) y, en defecto de pacto, el tipo legal (... *será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo -BCE- a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales.-Art 7.2. Ley 3/2004-*). El Ministerio de Economía y Hacienda publica en el BOE, con vigencia semestral, el tipo de interés aplicado por el BCE y, en consecuencia, el interés legal. (Ver a modo de ejemplo la [Resolución de 27 de diciembre de 2011, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2012](#), que fija el interés de demora para el primer semestre del año 2012 en el 8%).

El derecho al cobro de los intereses de demora es independiente del derecho, que tiene el deudor a reclamar judicialmente los intereses sobre los intereses vencidos, líquidos y exigibles, conforme a lo dispuesto en el artículo 1109 del Código Civil *“Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio en este punto”*, (Anatócismo).

Además de los intereses, el contratista tiene derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los **costes de cobro** debidamente acreditados que hayan sufrido a causa de la mora de este, dentro de los límites establecidos por el artículo 8 de la Ley 3/2004 (máximo 15% del importe de la deuda salvo que ésta sea inferior a 30.000 € en cuyo caso el límite será el importe de la deuda). No procede esta indemnización cuando los costes de cobro hayan sido cubiertos por la condena en costas del deudor.

Reserva de dominio. Por último señalar, que el artículo 10 de la Ley 3/2004, prevé la posibilidad de que el vendedor conserve la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes, cabiendo incluso la posibilidad de que el vendedor subrogue en su derecho a la persona que, mediante la realización de anticipos, financiación o asunción de la Obligación, realiza la contraprestación por cuenta del deudor o permite a este último adquirir derecho sobre el objeto de la reserva de dominio o utilizarlo cuando dicha contraprestación se destina, efectivamente, a ese fin. Entre las medidas de conservación de su derecho, el vendedor o el tercero que haya financiado la operación podrán retener la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio.

La doctrina considera en general el contenido de esta norma como incorrecto e insuficiente: *“ Es incorrecto o, en el mejor de los casos innecesario, pues afirma que el vendedor conservará la propiedad de lo vendido hasta el completo pago del precio siempre que medie un pacto de reserva de dominio con el comprador, cuando resulta que es el efecto contrario –esto es, la pérdida de la propiedad pendiente el pago- lo que requiere pacto entre las partes. (...) Es manifiestamente insuficiente porque la utilidad real de una reserva de dominio consiste en conceder a su beneficiario una protección frente a otros acreedores del comprador, en caso de entrar éste en concurso. Tal es el sentido de la reserva de dominio prevista en el artículo 17.2 Ley Orgánica del Comercio Minorista y de la que es propia de la dinámica de la venta a plazos. Sin embargo, el artículo 10 de la Ley 3/2004, que limita expresamente la eficacia de la cláusula de reserva de dominio a la relación interna entre comprador y vendedor, impide que el pacto de reserva pueda ser opuesto a terceros “* (Carlos Gómez Ligüerre. [El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales](#)).

Además, tratándose de contratos de obras, la aplicación efectiva de la reserva de dominio no sería posible, dado que por aplicación del derecho de accesión *“La propiedad de los bienes, da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente”* (Art.353 Código Civil).

(Notas: 1ª.- No se ha considerado en este apartado la regulación especial para productos agroalimentarios, tanto si se trata de productos de alimentación que sean frescos o perecederos como si no.

2ª.- Tampoco se ha revisado la regulación prevista en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y el modo en que la misma ha sido modificada por la Ley 3/2004 y 15/2010.)

2.- IMPAGO. POSIBILIDAD DE RECLAMAR A LA ADMINISTRACIÓN

Artículo 216. Pago del precio. (Art.200 LCSP)

(...) 7. 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.

(Nota: Ver el desarrollo completo de este artículo en el [Tema 14.-Transmisión y embargo de los derechos de cobro](#)).

La imposibilidad de que una resolución administrativa, o una decisión judicial (embargo preventivo o embargo ejecutivo), pueda hacerse efectiva sobre los abonos a cuenta salvo en los supuestos previstos en el citado artículo, toma como base el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 169/1993 (que precisamente, declara constitucional el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado, de similar redacción al 216.7 TRLCSP), según el cual “...No se discrimina con ello a los demás acreedores, por otros títulos, del contratista, porque esta diferenciación a la hora de la ejecución forzosa está inequívocamente orientada a propiciar -vale repetir- la mejor realización y conclusión de la obra pública, finalidad que da sentido a la misma certificación de obra y que quedaría frustrada, como es notorio, si la misma o su importe se aplicasen a satisfacer cualesquiera otros débitos del contratista.” En todo caso, al tratarse de relaciones jurídicas entre particulares, las reclamaciones han de sustanciarse a través de la jurisdicción civil.

[\(C.14.09.-¿Puede la Administración contratante negarse a trabar embargo, notificado por el órgano judicial o administrativo, si tiene la seguridad de que el mismo no obedecen a ninguno de los dos supuestos \(a y b\), enumerados en el artículo 216.7 TRLCSP -200 LCSP-, o la misma se encuentra endosada?...NO\).](#)

[\(C.21.07.- ¿Cabe que contratista y subcontratista pacten, y de dicho acuerdo tome razón la Administración, para que en caso de impago sea la Administración quien atienda directamente el pago a subcontratista?...NO\).](#)

[\(C.21.08.- ¿Cabe considerar como incumplimiento contractual del contrato público, la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal?...NO\).](#)

[\(C.13.11.- ¿Puede exigir el pliego de cláusulas, para el reconocimiento del derecho del cobro de intereses de demora y de la indemnización por costes de cobro, que el contratista acredite el cumplimiento de los plazos pactados con subcontratistas y suministradores? ¿O exigir se acompañe relación detallada de subcontratistas y suministradores con indicación de las partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de los mismos de que los pagos que se le adeudan por el contratista no se encuentran incursos en mora?...NO\).](#)

[\(C.14.11.- ¿Son embargables las certificaciones cuando quien contrata la obra no es una Administración, sino otro ente, organismo o entidad que forma parte del sector público?... Sí según normativa. -ver sin embargo interpretación finalista del informe-\).](#)

[\(COM.14.02.- Inembargabilidad de los derechos de cobro \(Art. 216.7 TRLCSP.\) Concepto de abono a cuenta\).](#)

3.- ACCION DIRECTA

Artículo 227.- Subcontratación

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

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas,(...)

El apartado octavo del entonces vigente artículo 210 LCSP, fue introducido en la misma por la *Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad*, con la finalidad de zanjar una cuestión que había dado lugar a jurisprudencia y doctrina, civil y contenciosa de signo contradictorio. Haciendo referencia a ello la exposición de motivos de la Ley 24/2011 se expresa en los siguientes términos: «... *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.*» El artículo 227 TRLCSP, hoy vigente, conserva idéntica redacción.

La acción directa se configura en el artículo 1597 del Código Civil en los siguientes términos:

“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.”

Esta acción, sobre la base del principio “*el deudor de mi deudor es mi deudor*”, habilita al acreedor en quién concurren las circunstancias previstas en el citado artículo, a reclamar directamente contra el deudor (dueño) del contratista, para exigir directamente a éste, las cantidades vencidas que el contratista principal le adeude.

Nótese aquí ya, la diferencia con la previsión establecida en el artículo 216.7.b. (ver punto anterior) que se refiere a embargos ordenados por los tribunales o en vía ejecutiva administrativa, frente a ésta, en que el acreedor puede dirigirse de forma directa en vía extrajudicial contra el deudor de su deudor que por este hecho asume la posición de obligado y **responsable solidario** frente al subcontratista/suministrador, con las consecuencias que ello le puede acarrear si libera las cantidades a favor del contratista, pues entonces el subcontratista/suministrador podrá reclamar judicial y directamente al dueño, responsable solidario junto con el contratista, las cantidades inicialmente adeudadas por éste. El dueño de la obra, ante la reclamación del subcontratista/suministrador, se convierte así en juez y parte, debiendo comprobar la veracidad de la deuda y su vencimiento, el que la misma no hubiera sido abonada previamente, y que el objeto del contrato hubiera sido ejecutado de forma correcta.

Frente a la posibilidad de ejercer la acción directa prevista en el Código Civil, la legislación administrativa negaba –y parece que no debiera haber duda al respecto- la existencia de tal facultad frente a la Administración, en base fundamentalmente a lo establecido en el artículo 115.3 del TRLCAP, y posteriormente en el 210.4 de la LCSP, que con idéntica redacción paso a ser el actual 227.4 del TRLCSP:

“4. 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 (...) o la autorización que otorgue (...), no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.” (Art.227.4 TRLCSP).

Y así se mantuvo tanto en la doctrina de las JCCA (Ver [MEH 71/2009](#) y el [AND 13/2009](#)) y los tribunales de la jurisdicción contenciosa (Ver SAN 2724/2007). Por el contrario, la jurisdicción civil admitía tal posibilidad, defendiendo la vis atractiva de la jurisdicción civil, y el que la calificación de civil de la reclamación amparaba al subcontratista frente a la administración, considerando a estos efectos los contratos públicos como si de contratos privados se trataran.

(Nota: Para mayor abundamiento sobre el tema, se recomienda la lectura del artículo de Francisco Blanco López, [La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código civil](#)).

En definitiva, la modificación introducida en la LCSP por la Ley 24/2011 ha dejado zanjada la cuestión, impidiendo el ejercicio de la acción directa del subcontratista frente a la Administración contratante. Ello no impedirá sin embargo, que los sucesivos subcontratistas puedan ejercer tal acción sobre los

subcontratistas de nivel superior o frente al contratista según doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1936 y a la que se refiere la [STS 435/2005](#) en los siguientes términos: “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”. (En igual sentido, entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres [SAP CC 16/2012](#), Audiencia Provincial de Barcelona [SAP B 10697/2010](#), etc.)

3- CESIÓN DEL CONTRATO

A.- INTRODUCCIÓN

Naturaleza

El contrato nace para ser cumplido por quienes son partes en el mismo, de acuerdo con las obligaciones y derechos que a cada una le impone el contenido del contrato y las leyes. Cabe sin embargo que durante la vida del contrato varíe alguno de los elementos objetivos ó subjetivos que lo integran que, en el ámbito de la contratación pública, han de llevarse a cabo en el marco establecido por la legislación administrativa.

Las variaciones respecto al objeto del contrato se regula fundamentalmente en el Libro I, Título V, artículos 105 a 108 TRLCSP (Ver [Tema 18.-Modificación del contrato](#)). Además de la figura de la modificación del contrato, suponen igualmente variaciones objetivas previstas en el TRLCSP, la revisión de precios y las prorrogas del plazo de ejecución.

Por su parte, la modificación subjetiva del contrato abarca los supuestos de sucesión en la persona del contratista (Ver Tema 20.- Resolución del contrato, apartado 3.A.) y la cesión del contrato.

Se define la cesión de contrato (público), como un negocio bilateral y voluntario, que supone una novación modificativa (no extintiva) subjetiva, en la que el contratista, de modo voluntario, traspasa a un tercero su posición (totalidad de derechos y obligaciones), en el contrato objeto de cesión, previa autorización de la Administración contratante.

Diferenciación de figuras afines.

Cesión de créditos. En la cesión de créditos el contratista transmite un derecho –el de cobro- a favor de un tercero, no su posición jurídica en el contrato, que abarca en la cesión del contrato la totalidad de derechos y obligaciones.

En los supuestos de extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista por **fusión** -bien sea fusión en sentido estricto con otra sociedad dando lugar a la creación de otra nueva, o bien fusión por absorción de la sociedad contratista por otra-, la sociedad absorbente o resultante de la fusión sucede en todas las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida o fusionadas y no sólo, como ocurre en la cesión, en un contrato determinado. De modo similar, en los supuestos de **escisión, aportación**

o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, se transmite un activo y pasivo global, que conforma una unidad económica, no un contrato determinado (Art. 85 TRLCSP). La **transformación de la sociedad** contratista por el cambio en su forma jurídica societaria (por ejemplo pasar de ser una S.A. a una S.L.), no supone la extinción de su personalidad jurídica, en consecuencia, este solo hecho, no afecta a la vida del contrato. (*Nota: A mayor abundamiento sobre la diferenciación de la cesión respecto a estas figuras, ver informe de la JCCA del Estado [MEH_30/2001](#)*).

En lo supuestos de **muerte, incapacidad sobrevenida** (224.3 TRLCSP, 110 RGLCAP, cláusula 67 del Decreto 3854/1970), **o desaparición de la persona física**, (Art. 181 y 193 a 197 del Código Civil), la sucesión en los contratos administrativos no dependerá de la voluntad del contratista –muerto, incapaz o ausente- sino de sus herederos o representantes y, en todo caso, de la Administración contratante, quien puede optar por su resolución.

En la **subcontratación**, el subcontratista acuerda la realización de parte de la ejecución material del contrato con el contratista quien sin embargo, no transmite a aquél, como ocurre en la cesión, su posición jurídica frente a la Administración.

Figura especial, es la recogida en el artículo **57.2 TRLCSP** en los siguientes términos: “*Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.*” Para este supuesto contractual (concesión de obras públicas), concurren notas propias de la cesión del contrato (se da la subrogación parcial del contrato –respecto a la explotación de la concesión-), con otras, características de la sucesión de empresas (el licitador o los licitadores constituyen una nueva sociedad).

(C. 21.09.- ¿Si quienes concurren a un contrato de concesión no asumen, en el momento de presentar la oferta, el compromiso de constituir una sociedad que sea la titular de la concesión –posibilidad recogida en el artículo 57.2 TRLCSP-, pueden hacerlo en un momento posterior?... NO. Sólo cabría la cesión a esa u otra sociedad, cumpliendo los requisitos previstos para ello).

Normativa

La cesión del contrato administrativo se encuentra regulada en el artículo 226 del TRLCSP. Este artículo tiene el carácter de legislación básica siendo, en consecuencia, de aplicación a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades de pendientes de las mismas. No es de aplicación al resto de entidades del sector público (Art. 20 TRLCSP), quienes evidentemente podrán reproducir o remitirse en sus pliegos de licitación la legislación administrativa prevista.

Otros artículos del TRLCSP, que serán reproducidos en el lugar oportuno, hacen referencia al asunto, y así: Artículo 57, (Art. 46 LCSP), sobre personas jurídicas; Art.65, (Art. 54 LCSP), sobre exigencia de clasificación; Art.102, (Art. 90 LCSP), sobre devolución y cancelación de las garantías; Art 105, (Art. 92 bis LCSP), sobre supuestos de modificación; Art. 136, (Art. 120 LCSP), sobre clausulado del contrato en los contratos de colaboración entre el sector público y privado, y; Art. 304 (Art. 280 LCSP), sobre régimen de contratación para actividades docentes.

B.- PRESUPUESTOS Y REQUISITOS

Establece el artículo 226 TRLCSP, los presupuestos y requisitos de la cesión

1.- CUALIDADES DETERMINANTES DE LA ADJUDICACIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato. (Art.226.1 TRLCSP)

(Nota: Subrayada la parte del precepto introducida por el TRLCSP –no contemplada en la LCSP-)

Todo contrato administrativo, sean cuales fueren los criterios tenidos en cuenta para su adjudicación, toman en consideración las cualidades del contratista pues éste, a fin de cuentas, tendrá que haber acreditado de forma previa y suficiente su capacidad y solvencia. Es evidente, sin embargo, que si para adjudicar el contrato se ha considerado un único criterio –el precio-, la toma en consideración de las cualidades del licitador tienen carácter limitado. La adjudicación del contrato en base a diversos criterios de selección y/o adjudicación, no supone per se, pero si es indicativo, de que aquellas cualidades han sido valoradas a la hora de adjudicar el contrato, sin embargo, establecer hasta que punto las cualidades técnicas o personales han sido determinantes para su adjudicación, requiere una labor interpretativa de los pliegos y/o la naturaleza del contrato.

Cabe que el pliego señale de modo expreso tal carácter en cuyo caso se excluirá directamente la posibilidad de llevar a cabo la cesión del contrato. Por su parte el TRLCSP contempla en su artículo 304 (Art. 280 LCSP), relativo al régimen de contratación para actividades docentes, un supuesto de exclusión legal de la cesión contractual, al disponer en su apartado segundo “*En esta clase de contratos podrá establecerse el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por parte del contratista, sin que pueda autorizarse su cesión.”*, y el artículo 136 TRLCSP (120 LCSP), exige, en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que la actuación de la Administración vaya más allá de la autorización de la cesión al establecer que “*Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, ..., estipulaciones referidas a los siguientes aspectos: (...) j.- Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.*”

Por lo que se refiere al añadido introducido en el apartado 1 del artículo 226 por el TRLCSP (ver subrayado precepto transcrito), los motivos de su inclusión se recogen en el informe del Consejo de Estado ([CC 1748/2011](#)) al Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Junta de Contratación en el Ministerio proponente ha observado la conveniencia de añadir en el apartado 1 de este precepto (“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”) un inciso “tendente a asegurar que no se incurre en restricción a la concurrencia”.

Se basa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco. Si bien, en respuesta a la cuestión primera, el Tribunal resolvió que en el caso no podía considerarse equivalente a una nueva adjudicación la cesión a la que procedió el adjudicatario -toda vez que transfirió a otra empresa, de la que era accionista único, sus participaciones sociales manteniendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales-, se destaca especialmente el razonamiento del apartado 47, según el cual una cesión de participaciones sociales “a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de

un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50".

Ciertamente, la ratio decidendi del caso no necesariamente debe llevarse al artículo 226 del texto refundido de la LCSP, relativo a la cesión de los contratos, cuyo único límite a la cesión se sitúa -como se ha visto- en el dato de que las circunstancias personales del cedente hubiesen sido determinantes para la adjudicación del contrato.

Pero también es cierto que la facultad de aclarar y armonizar puede incluir la de precisar ciertas normas en el sentido en que han sido interpretadas por la jurisprudencia. En el caso del artículo 226, podría en efecto introducirse alguna precisión relativa, no solo a que la cesión no debe restringir la competencia (objetivo por lo demás general de las normas sobre contratación pública, conforme al artículo 1.1 y la disposición adicional vigésimo tercera del texto refundido), sino también a que la cesión de derechos y obligaciones no podrá válidamente realizarse cuando suponga una alteración total de la parte contratante, si la consideración de esta es la de un elemento esencial del contrato.

(Comentario: A mi entender este nuevo inciso en el artículo 226.1 TRLCSP, solo aporta vaguedad en donde ya existía imprecisión, al emplear conceptos jurídicos indeterminados, tales como *razón determinante*, *alteración sustancial* o, *elemento esencial*. De hecho, debiendo conocer la administración contratante la naturaleza del contrato que licita y las características exigibles al adjudicatario, no se acaba de entender por que, de modo similar a lo previsto para la subcontratación (Art. 227.1 TRLCSP), no sea el pliego o el contrato quien de modo expreso deba prohibir la cesión, considerándose en otro caso que la misma es posible, independientemente de que el órgano de contratación haya de examinar y autorizar, en un momento posterior, la características del cesionario propuesto. Además, si lo que se pretendía era trasladar a la legislación nacional, los motivos contenidos en la sentencia del TJCE en el asunto C-454/06, ciertamente eso no se ha hecho, y el párrafo transcrito sigue sin contestar a la cuestión –si recogida en otras normas sectoriales estatales-, de si debe ser considerada como cesión la transmisión de la totalidad -¿o en que porcentaje?- de las acciones o participaciones de una sociedad a un tercero, posibilidad que no cabe deducir tras la lectura del artículo 226 TRLCSP, y que incluso parece contraria a lo dispuesto en el artículo 85 TRLCSP si bien, hay que hacer mención aquí al Dictamen de Consejo de Estado [DCE 998/1994](#) que considero que *"... En el caso presente, la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías..."*

Por su parte la referencia a que *"de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado"* parece innecesaria toda vez que el TRLCSP ya hace mención a ello en su artículo 1.1. y en la disposición adicional vigésimo tercera. En este sentido, resulta cuando menos oportuno señalar que tanto la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, como el documento *Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, publicados ambos por la [Comisión Nacional de la Competencia](#), no hacen la mínima mención a la cesión del contrato, como posible instrumento de restricción de la competencia).

2.- AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE LA CESIÓN

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

*a. Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
(Art.226.2.a. TRLCSP)*

La primera cuestión que se plantea es si la autorización por parte del órgano de contratación tiene carácter reglado, limitándose aquél a examinar la concurrencia de los requisitos exigibles para poder formalizar la cesión, o si por el contrario tiene carácter discrecional. Se apunta la existencia de una tendencia en la doctrina del Consejo de Estado hacia el carácter reglado, si bien con un cierto margen de apreciación discrecional por el órgano de contratación que, en orden a garantizar el interés público, se proyecta fundamentalmente, en el examen de la capacidad de obrar y solvencia del cesionario. Ha de tenerse en cuenta así mismo que autorizada la cesión, los pactos entre cedente y cesionario (con el alcance que más abajo se señala), tienen efectos frente a la Administración, debiendo ésta examinarlos en cuanto a ella le puede afectar. (Nota: Existen autores que por todo ello niegan el carácter bilateral del contrato de cesión considerando que se trata de un contrato plurilateral)

La autorización ha de ser previa a la cesión del contrato. De llevarse a cabo sin la autorización exigible, el pacto carecerá de eficacia frente a la administración en tanto ésta no lo autorice.

Igualmente la autorización ha de ser expresa, por lo que no podrá considerarse autorizada la cesión por silencio administrativo (Que en todo caso tendría carácter negativo, de conformidad con la disposición final tercera, apartado 2º TRLCSP).

3.- PORCENTAJE DE EJECUCIÓN

b. Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación. (Art.226.2.b. TRLCSP)

El porcentaje se calcula sobre el presupuesto de adjudicación ó, caso de haber sido modificado, sobre el presupuesto de adjudicación sumando el importe a mayores que suponga la modificación, o restando el menor importe, en el supuesto de que la modificación rebaje el importe de adjudicación. A falta de regulación específica, habrá de entenderse que en segundas y sucesivas cesiones del contrato los porcentajes se calcularán sobre esas mismas bases.

(C.21.10.- En el contrato de concesión de obra pública, para que sea posible llevar a cabo la cesión del contrato ¿Se aplica el porcentaje establecido para el contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, por el contrario, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario que el contratista haya explotado la concesión al menos durante una quinta parte del tiempo de duración del contrato? ... Según JCCA del Estado dependerá de cual sea desde el punto de vista económico la prestación principal; Según JCCA de Valencia es posible aplicar el porcentaje, sólo sobre el contrato de obras; según sentencia del STSJ de Madrid han de cumplirse ambos porcentajes).

4.- CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL CESIONARIO

c. Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. (Art.226.2.c. TRLCSP)

Ha de entenderse, en cuanto se refiere a la solvencia, que el cesionario ha de cumplir los requisitos exigidos en su día a los licitadores en el pliego de condiciones administrativas particulares, pero no ha de extenderse a las exigencias establecidas en los criterios de adjudicación previstos por aquél, que de todos modos y aun sea de forma indirecta, pueden ser considerados por aplicación del primer apartado de este artículo 226.

La autorización de la cesión del contrato a favor de un cesionario que no reúne dichos requisitos es nula de pleno derecho ([STS 8521/2004](#)).

(C.21.11.- ¿Es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 TRLCSP para llevar a cabo la cesión del contrato si cedente y cesionario son empresas vinculadas en el modo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio? SI).

(C.8.06.- ¿Es necesario solicitar autorización de la Administración para modificar las participaciones de las empresas integrantes en la UTE? ¿Se requiere cumplir previamente los requisitos exigidos para la cesión de contratos? ... SI es necesario solicitar autorización. NO es aplicable el régimen de la cesión de contratos).

(C.8.07.- ¿Cabe la cesión de contrato a uno de los miembros de la UTE? De ser así, ¿Han de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 226 TRLCSP [209 LCSP] para la cesión de contratos?... Sí cabe la cesión, y sí han de cumplirse los requisitos previstos en el TRLCSP).

(C.8.08.- Si la UTE adjudicataria del contrato se transformase en una sociedad, ¿Podrá la nueva sociedad continuar como titular del contrato?... NO. Habría de cumplirse los requisitos previstos para la cesión de contrato).

La exigencia de clasificación al cesionario, cuando hubiera sido exigida al cedente reitera lo ya dispuesto en el artículo 65.2 TRLCSP (Art. 54.2 LCSP).

(Comentario: La exigencia al cesionario de la misma clasificación que al cedente puede resultar injusta en aquellos supuestos en que, por ejemplo tratándose de un contrato de obra, la parte de la obra que motivo la exigencia de clasificación ha sido ya ejecutada por el cesionario o, por ejemplo, en aquellos contratos mixtos en los que siendo la prestación principal la de obra y habiéndose requerido por ello que el contratista posea este tipo de clasificación, las obras han sido ejecutadas en su totalidad, y se pretende ahora la cesión a una empresa que carece de la misma, pero que tiene la suficiente –o mayor- solvencia para ejecutar el resto del contrato –por ejemplo de servicios-. Por el contrario, cabe argumentar que la cesión, al subrogar al cesionario en la posición jurídica del cedente, hace responsable a éste frente a la Administración de la totalidad del contrato, incluido la parte ya ejecutada por el cedente, por lo que le debe ser exigida la solvencia adecuada, también respecto a esa parte realizada por el cedente.)

5.- FORMALIZACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA

*d. Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.
(Art.226.2.d. TRLCSP)*

Dado que la autorización por parte de la Administración se lleva a cabo de forma previa a la cesión, la escritura pública se configura como el modo en que aquélla puede constatar que la cesión se ha efectuado. Por ello la escritura pública se configura como un requisito de naturaleza *ad substantiam*, cuya ausencia impide al órgano de contratación responder de las reclamaciones que pueda plantearle el cesionario. Todo ello supone que la cesión de contrato que no se formaliza en escritura pública y no le es comunicada, es inoperante frente a la Administración, quien por ello no considerará al cesionario subrogado en el contrato, todo ello sin perjuicio de la validez de los pactos entre cedente y cesionario (Ver [DCE 805/1996](#)).

C.- EFECTOS

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente. (Art.226.3. TRLCSP)

La propia naturaleza de la cesión, supone –o debería suponer- la transmisión de la totalidad de los derechos y obligaciones sobre la totalidad del objeto del contrato. Sin embargo, alguna JCCA consideró, frente al criterio general, válida la cesión de parte del objeto del contrato –Ver cuestión siguiente-, y el propio TRLCSP en relación al contrato de colaboración entre el sector público y privado la admite de modo expreso al disponer en su artículo 136 (120 LCSP) “*Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, ..., estipulaciones referidas a los siguientes aspectos: (...) j.- Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.*”

(C.21.12.- ¿Cabe realizar una cesión parcial del contrato?... SI, en determinados supuestos según la JCCA de Canarias).

Por otra parte, a pesar de la tajante afirmación (...*quedara subrogado en todos...*) contenida en este apartado la misma ha de ser matizada, pues el acuerdo de cesión puede contener una serie de previsiones respecto a tales derechos y obligaciones que, pactadas por las partes y autorizadas por la Administración, inciden sobre este principio subrogatorio. Conviene por ello diferenciar un “régimen general” aplicable en ausencia de pactos, de supuestos particulares en los que se ha de acudir para su estudio, fundamentalmente, a las sentencias de Tribunales.

La cesión supone la extinción de la relación jurídica que hasta ese momento venían manteniendo el cedente y la Administración contratante. En ausencia de pacto, a partir de ese momento la Administración no podrá reclamar nada al cedente y así, aun los defectos de ejecución, en la parte realizada por el cedente, habrán de ser reclamados al cesionario, al respecto, éste último habrá de sustituir la garantía prestada en su momento por el cedente, sin reducción alguna en cuanto a su cuantía, por la suya propia, -pudiendo la Administración retener, en tanto tal sustitución no se produzca, la garantía prestada por el cedente (Art.102.4 TRLCSP -90 LCSP)-. De igual modo el cesionario deberá hacer frente a los gastos e impuestos surgidos antes de la cesión y que no hubieran sido abonados por el cedente. Pero también será al cesionario a quien corresponda el derecho de cobro de las cantidades pendientes de abono, aun por los trabajos anteriores a la formalización de la cesión.

Sin embargo, como se ha apuntado, el acuerdo de cesión puede modificar el régimen descrito y, toda vez que el mismo es autorizado por la Administración, vinculara a esta, y así por ejemplo:

- No cabe que la Administración pretenda que el cesionario se haga cargo del pago del ICIO *“...mas aún cuando las obligaciones de las que se hace cargo el cesionario, y sobre las que presto su consentimiento no eran las pasadas sino las futuras según se estableció en la estipulación segunda del contrato... debiendo señalarse que la administración pudo rechazar la cesión en los términos pactados por cedente y cesionario, mas carece de validez condicionar dicha cesión, si dichas condiciones, no son aceptadas por el nuevo deudor, aceptación que respecto a las obligaciones anteriores al momento en que se produjo la cesión no consta en forma alguna ...”*([STSJ MAD 5853/2001](#))

- *“...Por tanto si existe otra entidad contratista que se considera apta para asumir las obligaciones contractuales y se entiende que el interés público está garantizado, nada se opone a que la Administración esté actuando conforme a derecho al autorizar la cesión, y ello incluso en el caso de que sus efectos se contraigan a las obligaciones y derechos posteriores a la cesión misma...”*([STS 6182/2005](#))

- *“... debemos atenernos a lo recogido en la escritura publica de fecha XXX, en donde se recoge la correspondiente cesión del mencionado contrato de obra publica y los derechos y obligaciones entre cedente y cesionario y en ese sentido vemos que en dicha escritura de cesión y en su cláusula quinta se dice que las partes acuerdan que los contratos y compromisos celebrados por la empresa cedente XXX SA, con anterioridad a dicho acto, sean satisfechos por la misma, no asumiendo, en consecuencia la empresa cesionaria YYY, SA, posibles deudas y 10 compromisos adquiridos por la cedente en relación con las obras indicadas en esta escritura y que se hayan originados con anterioridad al día de firma de dicha escritura publica de cesión.”*([STSJ AND 10889/2001](#)).

ANEXO I.- CUESTIONES

ANEXO I.- CUESTIONES

(C.13.12.- ¿Es de aplicación a los entes del Sector Público que no son Administraciones la normativa que sobre el pago a subcontratistas prevé el artículo 216.4 TRLCSP...NO?).

(C.21.01.- ¿Es posible subcontratar la totalidad del contrato a empresas vinculadas? ¿Son exigibles a éstas los requisitos de aptitud?... SI en ambos casos -Ver comentario-).

(C.21.02.- ¿Puede el órgano de contratación establecer un límite inferior al 60% de subcontratación?...Sí. ¿Y superior?...NO. (Ver comentario). ¿Y fijar partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas?... Sí. De imponerse la subcontratación con terceros –Art. 227.7 TRLCSP- ¿El porcentaje de subcontratación que suponga tal imposición, computa dentro del límite del 60%?... SÍ).

(C.21.03.- ¿Puede una empresa ser subcontratista en un contrato licitado por un Ayuntamiento, siendo el Administrador de aquella, concejal del Ayuntamiento?... NO, la empresa subcontratista estaría incurso en causa de prohibición).

(C.21.04.- ¿Puede establecer el PCAP normas referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y, en concreto, sobre la normativa laboral aplicable a la misma?... NO, si bien en la práctica existen pliegos que si lo recogen).

(C.21.05.- De presentarse una empresa como licitador de un contrato y, a la vez figurar como subcontratista de otro licitador en ese mismo contrato ¿Se ha de considerar que nos encontramos ante un supuesto de proposiciones simultáneas?... NO).

(C.06.25.- Con la finalidad de integrar su solvencia con medios externos ¿Puede el licitador acreditar que dispone de esos medios, a través de la presentación de una declaración unilateral en tal sentido?...NO).

(C.21.06.- ¿La sustitución de la habilitación del licitador por la del subcontratista sólo cabe en aquellos contratos en que se exija clasificación?...NO).

(C.14.09.-¿Puede la Administración contratante negarse a trabar embargo, notificado por el órgano judicial o administrativo, si tiene la seguridad de que el mismo no obedecen a ninguno de los dos supuestos (a y b), enumerados en el artículo 216.7 TRLCSP-200 LCSP-, o la misma se encuentra endosada?...NO).

(C.21.07.- ¿Cabe que contratista y subcontratista pacten, y de dicho acuerdo tome razón la Administración, para que en caso de impago sea la Administración quien atienda directamente el pago a subcontratista?...NO).

(C.21.08.- ¿Cabe considerar como incumplimiento contractual del contrato público, la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal?...NO).

(C.13.11.- ¿Puede exigir el pliego de cláusulas, para el reconocimiento del derecho del cobro de intereses de demora y de la indemnización por costes de cobro, que el contratista acredite el cumplimiento de los plazos pactados con subcontratistas y suministradores? ¿O exigir se acompañe relación detallada de subcontratistas y suministradores con indicación de las partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de los mismos de que los pagos que se le adeudan por el contratista no se encuentran incursos en mora?...NO).

(C.14.11.- ¿Son embargables las certificaciones cuando quien contrata la obra no es una Administración, sino otro ente, organismo o entidad que forma parte del sector público?... Sí según normativa. –ver sin embargo interpretación finalista del informe-).

(C. 21.09.- ¿Si quienes concurren a un contrato de concesión no asumen, en el momento de presentar la oferta, el compromiso de constituir una sociedad que sea la titular de la concesión –posibilidad recogida en el artículo 57.2 TRLCSP-, pueden hacerlo en un momento posterior?... NO. Sólo cabría la cesión a esa u otra sociedad, cumpliendo los requisitos previstos para ello).

(C.21.10.- En el contrato de concesión de obra pública, para que sea posible llevar a cabo la cesión del contrato ¿Se aplica el porcentaje establecido para el contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, por el contrario, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario

que el contratista haya explotado la concesión al menos durante una quinta parte del tiempo de duración del contrato? ... Según JCCA del Estado dependerá de cual sea desde el punto de vista económico la prestación principal; Según JCCA de Valencia es posible aplicar el porcentaje, sólo sobre el contrato de obras; según sentencia del STSJ de Madrid han de cumplirse ambos porcentajes).

(C.21.11.- ¿Es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 TRLCSP para llevar a cabo la cesión del contrato si cedente y cesionario son empresas vinculadas en el modo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio? SI).

(C.8.06.- ¿Es necesario solicitar autorización de la Administración para modificar las participaciones de las empresas integrantes en la UTE? ¿Se requiere cumplir previamente los requisitos exigidos para la cesión de contratos? ... SI es necesario solicitar autorización. NO es aplicable el régimen de la cesión de contratos).

(C.8.07.- ¿Cabe la cesión de contrato a uno de los miembros de la UTE? De ser así, ¿Han de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 226 TRLCSP [209 LCSP] para la cesión de contratos?... Sí cabe la cesión, y sí han de cumplirse los requisitos previstos en el TRLCSP).

(C.8.08.- Si la UTE adjudicataria del contrato se transformase en una sociedad, ¿Podrá la nueva sociedad continuar como titular del contrato?... NO. Habría de cumplirse los requisitos previstos para la cesión de contrato).

(C.21.12.- ¿Cabe realizar una cesión parcial del contrato?... SI, en determinados supuestos según la JCCA de Canarias).

C.13.12.- ¿Es de aplicación a los entes del Sector Público que no son Administraciones la normativa que sobre el pago a subcontratistas prevé el artículo 216.4 TRLCSP?

RESUMEN

NO.

MEH 58/2010

“(…) 2. Respecto de los contratos adjudicados por las Administraciones Públicas la cuestión se encuentra regulada por el artículo 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, [216.4 TRLCSP], de conformidad con el texto de la disposición final primera de la Ley 3/2004 modificada por la Ley 15/2000, teniendo que ser pagadas las deudas en el plazo de treinta días. En tal sentido, los organismos, entidades y demás entes que a los efectos establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público se integran en el concepto Administración Pública, han de pagar sus deudas en tal plazo.

3. Los organismos, entidades, entes, empresas, fundaciones, mutuas, etc., que no tienen la condición de Administración Pública a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, y por no resultarles de aplicación lo dispuesto en el artículo 200.4 de la misma Ley, han de pagar sus deudas en el plazo de sesenta días, conforme se regula en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004.”

NOTA: Como consecuencia de lo expuesto le será aplicable a estas obligaciones de pago el derecho transitorio contenido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (75 días desde el 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012), pero no el previsto en la Disposición transitoria tercera, para pagos a subcontratistas por parte de contratistas de obras de las Administraciones Públicas.

C.21.01.- ¿Es posible subcontratar la totalidad del contrato a empresas vinculadas? ¿Son exigibles a éstas los requisitos de aptitud?... SI en ambos casos (Ver comentario).

RESUMEN

Sí en ambos casos (Ver comentario).

AND 17/2008

[El presente informe, con apoyo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 en el asunto C-389/92 Ballast Nedam Groep NV, y en la Directiva 2004/18/CE concluye....] “... Así pues, queda contestada la primera consulta realizada en el sentido expuesto en la sentencia citada, de que una sociedad de holding que no ejecute obras por sí misma no puede ser excluida de los procedimientos de licitación para la contratación pública de obras, por el hecho de que sus filiales que ejecutan las obras sean personas jurídicas distintas. En cuanto a la cuantía del porcentaje de la prestación que puede realizar la sociedad subcontratista ni la sentencia analizada ni las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE establecen limitación alguna, quedando expresamente excluidas tales empresas vinculadas para el cómputo del porcentaje del 60 por ciento previsto en el artículo 210.2 e) LCSP [227.2.e) TRLCSP], por lo que podrán realizar hasta el 100 por cien de la prestación objeto del contrato.”

“...La segunda cuestión planteada se refiere a los medios para acreditar la solvencia por la empresa subcontratista, a este respecto hay que indicar que el artículo 210.2 LCSP [227.2 TRLCSP], contiene los requisitos que se han de cumplir para que sea posible la subcontratación, y si bien, en los casos de empresas vinculadas se establece una excepción en la letra e) en los términos expuestos en el apartado anterior, para el resto de los requisitos se deberán cumplir las exigencias que se imponen en el precepto, entre los que se encuentra precisamente la justificación suficiente de la aptitud del subcontratista para ejecutar la prestación por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, (...)

Los parámetros para considerar apto al subcontratista en relación con los elementos técnicos, humanos o experiencia, no aparecen concretados en el apartado b). No obstante, puede servir de orientación la referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica que definan el perfil empresarial, cuando tales condiciones deban incluirse en la oferta, por así preverlo los pliegos o el anuncio de licitación, tal como se indica en el apartado a).

En todo caso será el órgano de contratación el que deberá valorar la aptitud del subcontratista a la vista de las justificaciones que aporte el contratista principal...”

C.21.02.-¿Puede el órgano de contratación establecer un límite inferior al 60% de subcontratación?...SÍ ¿Y superior?...NO (Ver comentario) ¿Y fijar partidas o prestaciones que no puedan ser subcontratadas?... Sí. De imponer la subcontratación con terceros –Art. 227.7 TRLCSP- ¿El porcentaje de subcontratación que suponga tal imposición, computa dentro del límite del 60%?... Sí.

RESUMEN

Ver enunciado.

ARA 001/2010

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

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

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

En todo caso, la Ley confiere a la Administración la potestad para establecer en los pliegos los límites, cualitativos y cuantitativos, de la subcontratación hasta un 60%, entendiéndose siempre que el contratista asume la total responsabilidad en la ejecución del contrato frente a la Administración con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato..."

[Respecto a la regla prevista en el artículo 217.7 TRLCSP] *"...La subcontratación obligada debe entenderse incluida dentro del porcentaje máximo de subcontratación fijado por el pliego, porcentaje que, como se ha establecido más arriba, no podrá superar el 60 % al que se refiere el artículo 210.2.e) LCSP."*

(Comentario: En contra de lo que establece el presente informe, son diversos los autores que consideran que el porcentaje del 60% no opera como un tope máximo, sino como un tope que únicamente se aplica con carácter residual, para el supuesto de que los pliegos nada prevean. Por ello los pliegos pueden elevar o reducir ese porcentaje, con el único límite de que la subcontratación no abarque la total ejecución del contrato administrativo -Fernández Farreres, citado por Jesús R. Mercader Ugina en su obra [Contratas y Subcontratas en el sector de la construcción](#), Página 119, ó, de aquél mismo autor ver [Régimen Jurídico de la subcontratación en la nueva LCSP](#))

C.21.03.- ¿Puede una empresa ser subcontratista en un contrato licitado por un Ayuntamiento, siendo el Administrador de aquélla, concejal del Ayuntamiento?

RESUMEN

NO, la empresa subcontratista estaría incurso en causa de prohibición.

CAT 01/2009

"... Centrada la cuestión en estos términos, el artículo 178.2.d) de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, determina que son incompatibles con la condición de concejal "los contratistas y subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial vaya a cargo de la corporación municipal o de establecimientos que dependen."

Es causa de incapacidad para contratar con una corporación municipal, pues, el hecho de que la persona física o el administrador de la persona jurídica contratista o subcontratista sea concejal del ayuntamiento que financia totalmente o parcialmente el contrato. Por lo tanto, en el supuesto en que un concejal es, a su vez, administrador de la empresa subcontratada por la empresa contratada por

un ayuntamiento para la gestión de un servicio público municipal, claro está que resulta de aplicación el artículo 178 de la Ley orgánica 5/1985, en relación con los artículos 210 y 49 de la LCSP y, en consecuencia, concurre una prohibición para contratar.

Finalmente, y sobre las consecuencias de esta incompatibilidad se pronuncia el mismo artículo 178, en su apartado 3, en los términos siguientes: "cuando se produzca esta situación de incompatibilidad los afectados tendrán que optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con aquello establecido en el apartado anterior, dé origen a la mencionada incompatibilidad"...."

(Nota: Limitación similar establece la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. -Artículos 6.1 y 8.3-).

C.21.04.- ¿Puede establecer el PCAP normas referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y, en concreto, sobre la normativa laboral aplicable a la misma?

RESUMEN

NO, si bien en la práctica existen pliegos que si lo recogen.

MEH 56/2010

"...tal y como indicó esta Junta en su informe 71/09 de la dicción del artículo 210.4 de la Ley 30/2007 [227.4 TRLCSP] "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 el contratista y el subcontratista".

Por ello esta Junta Consultiva en dicho informe se mostró contraria a que los órganos de contratación pudieran establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas.

La anterior precisión puede y debe hacerse extensiva a cualquier otra propuesta de regular en el pliego de cláusulas administrativas particulares las relaciones entre contratistas y subcontratistas, dado que son relaciones jurídico-privadas, y donde el legislador no ha juzgado prudente regular no deben ni pueden hacerlo los órganos de contratación a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Únicamente cabe que los pliegos hagan referencia a la escasísima regulación que de esas relaciones jurídico-privadas hace la normativa de contratos del sector público."

CAT 001/2002

"... El TRLCAP es una ley especial que regula con vocación de totalidad una actividad concreta administrativa (...) regula la contratación administrativa estableciendo que, una vez seleccionado el empresario y a la hora de comenzar la ejecución del contrato, la empresa adjudicataria es responsable a su riesgo y ventura de esta ejecución que deberá realizar autónomamente, y ha de garantizar el cumplimiento del conjunto de sus obligaciones sociales y profesionales.

La Administración se reserva los poderes de dirección y control de la ejecución del contrato pero no se establece una relación estructural con la empresa adjudicataria y, en este sentido, no se integran los trabajadores de esta empresa en general en la estructura de la Administración contratante. (...)

La subcontratación de una empresa por parte de la empresa adjudicataria de un contrato administrativo crea una relación jurídica y económica entre ambas empresas, pero esta relación no trasciende a la Administración contratante.

La LCAP mantiene la afirmación que la subcontratación por parte de la empresa adjudicataria del contrato crea una relación jurídica entre ambas empresas de naturaleza privada, relación que es ajena a la relación principal entre la empresa adjudicataria y la administración contratante a pesar de que, efectivamente, el pago del precio mediante abonos a buena cuenta que pueda realizar la administración contratante pueden ser embargados 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 y para el pago de las obligaciones concretas del contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

La empresa adjudicataria de un contrato administrativo debe hallarse en pleno cumplimiento del conjunto de prescripciones legales en material profesional o social, de forma que la condena mediante sentencia firme por los delitos contra los derechos de los trabajadores o las sanciones administrativas firmes por infracción muy grave en materia social, suponen causa de incapacidad para contratar con la Administración.

No obstante, la ejecución del contrato administrativo no comporta una actuación de comprobación y control efectivos de estas obligaciones, ya que no se puede considerar a la Administración como la empresa principal de la empresa contratista.

La obligación contenida en el apartado 4 del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores tiene como base la existencia de una relación en la actividad entre la empresa principal que contrata la obra y la empresa subcontratista, cosa que lógicamente lleva a la conclusión que no corresponde con la relación jurídica que se establece entre la empresa adjudicataria y la administración, en un contrato administrativo.

Sería necesario, además, una mención expresa y clara que, rompiendo el carácter de ley especial de la LCAP, incorporase las obligaciones [laborales] en el ámbito de la contratación de las administraciones públicas.”

Sin embargo, criterio distinto parecen mantener otras JCCA

CAN 001/2007 (Recomendación)

“... En consecuencia, esta Junta Consultiva, en uso de las competencias que le confiere ... considera conveniente recomendar a los órganos de contratación que, al utilizar los pliegos tipo para incorporarlos como pliegos de cláusulas administrativas particulares de los expedientes de contratación, complementen su redacción con los siguientes textos a añadir en las cláusulas que contengan referencia a la subcontratación.... I.- Respecto a los pliegos tipo par contratos de obra...

CLÁUSULA [27].- SUBCONTRATACIÓN “... [27.4].- De acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, la subcontratación que lleve a cabo el contratista para la ejecución del presente contrato, deberá estar sujeta a los requisitos y régimen establecidos en dicha ley.”

CLÁUSULA [31].- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO “... Así mismo, serán causa de resolución del contrato, dando lugar a los efectos antes indicados, las causas previstas en el artículo 6 del Decreto 87/1999, de 6 de mayo, por el que se regula la subcontratación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, y el incumplimiento de los requisitos y régimen establecidos en la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.”

(Nota: En sentido similar ver [MAD 04/2007](#))

C.21.05.- De presentarse una empresa como licitador de un contrato y, a la vez figurar como subcontratista de otro licitador en ese mismo contrato ¿Se ha de considerar que nos encontramos ante un supuesto de proposiciones simultáneas?

RESUMEN

NO.

[GAL 011/2010](#) (Gallego)

“... Como toda norma limitativa de la concurrencia, el artículo 129.3 LCSP [145.3. TRLCSP “...Cada licitador no podrá presentar más de una proposición,...”] no puede ser objeto de una interpretación extensiva y, por tanto, debe aplicarse en sus justos términos. Entiende este órgano consultivo que esto implica que únicamente se debe aplicar a los licitadores, puesto que son los únicos responsables de la oferta. Los subcontratistas no deciden el precio que se oferta ante la Administración, aun que si lo condicionan, pero su aceptación es una decisión exclusiva de la empresa que presenta la oferta y, por eso, es el único sujeto que puede dar lugar a una práctica que altere el libro juego de las mismas, lo que no se puede presumir si estamos ante dos ofertas presentadas por distintas empresas y que compiten entre si para la obtención del contrato.(...)”

Debe considerarse además, que el legislador comunitario, en las directivas emitidas en materia de contratación... no pretende limitar el concepto de “operador económico” ni introducir requisitos particulares que puedan limitar el acceso a las licitaciones en función de una determinada forma jurídica o de organización interna de los operadores intervinientes, admitiendo toda forma de fórmulas de organización empresarial siempre que no infrinjan el principio de neutralidad que altere la competencia. Así lo tiene corroborado la jurisprudencia del TJE.... que incide en el interés del derecho comunitario de garantizar la participación mas amplia posible de licitadores en aras no solo de la defensa del principio de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de la propia entidad adjudicataria implicada que dispondrá de una elección mas vasta en cuanto a oferta mas ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de que se trate.

Se descarta pues, el artículo 129.3 [145.3 TRLCSP] como fundamento de la decisión del órgano de contratación de excluir a los licitadores en los que concurren las circunstancias descritas, con la salvedad de que, de tener conocimiento, en el ejercicio de sus funciones, de hechos que constituyan infracción a la legislación de defensa de la competencia, el órgano deberá notificarlos a la Comisión Nacional de la Competencia, en particular, cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación (Disposición adicional vigésimo séptima LCSP –D.A. vigésimo tercera TRLCSP)”.

C.06.25.- Con la finalidad de integrar su solvencia con medios externos ¿Puede el licitador acreditar que dispone de esos medios, a través de la presentación de una declaración unilateral en tal sentido?

RESUMEN

NO.

BAL 10/2008

“(…) 1.- Los interesados en participar en una licitación pueden acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante el órgano de contratación, por cualquier instrumento admitido en derecho, como por ejemplo la presentación de un compromiso de estas otras entidades, que para la ejecución del contrato disponen o dispondrán efectivamente de estos medios.

2.- En los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato se haya de llevar a cabo por empresas que tengan una determinada solvencia, clasificación o habilitación o autorización profesional, el licitador que no dispone de este requisito puede suplir la solvencia exigida para llevar a cabo esta prestación por medio de la subcontratación de otra entidad que disponga de esta habilitación o clasificación, siempre que el licitador lo manifieste expresamente y aporte el documento acreditativo de aquella solvencia y el compromiso de la otra entidad, sometido, hasta que se produzca la adjudicación, a la condición de que el licitador resulte adjudicatario del contrato, sin que sea suficiente una simple declaración unilateral del licitador ante el órgano de contratación.”

C.21.06.- ¿La substitución de la habilitación del licitador por la del subcontratista sólo cabe en aquellos contratos en que se exija clasificación?

RESUMEN

NO.

BAL 010/2008

“...la ubicación, en sede de clasificación, de este segundo párrafo del artículo 54.1 de la LCSP (65.1 TRLCSP), constituye una transposición no especialmente meditada de la Directiva comunitaria. Así este párrafo se refiere a la prestación de un contrato en concreto y no realmente a la “clasificación”, la cual nunca se predica respecto de un contrato en concreto. Además, el mismo párrafo habla de “(…) la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias (...)”, lo cual refleja que no se limita al conjunto de contratos para los cuales se exige clasificación. Todo esto permite concluir que la referencia que contiene este párrafo a “(…) la clasificación en el grupo correspondiente (...)” debe entenderse referida, en general, a la solvencia, constituyendo así un corolario del artículo 52 anterior, de forma que cuando el artículo 54.1 (65.1 TRLCSP), se refiere a la acreditación de la clasificación de la empresa, debe entenderse que igualmente puede ser aplicable para el caso de la solvencia técnica.

Así pues, el artículo 54.1 (65.1 TRLCSP) segundo párrafo se debe interpretar a la luz de la Directiva y la jurisprudencia comunitarias y, por tanto, en la medida en que implica la sustitución de la solvencia (o una parte de esta) del licitador por la de una entidad tercera, se debe integrar dentro de la previsión general del artículo 52 de la LCSP (63 TRLCSP) y de los artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva 2004/18/CE.

En consecuencia, el licitador debe indicar a quién desea encargar por vía de subcontratación la ejecución de la prestación para la cual no dispone de solvencia, de clasificación o de la habilitación o autorización profesional exigida, y debe demostrar que dispone de los medios de otra entidad ante el órgano de contratación, mediante un compromiso de esta entidad o de un contrato, sometido, hasta que se produzca la adjudicación, a la condición de que el licitador resulte adjudicatario. Por tanto, no es suficiente una simple declaración unilateral del licitador ante el órgano contratante. Debe

entenderse que se tienen que presentar también los documentos que acrediten la solvencia, la clasificación o la habilitación o autorización profesional exigidas.”

C.14.09. ¿Puede la Administración contratante negarse a trabar embargo, notificado por el órgano judicial o administrativo, si tiene la seguridad de que el mismo no obedecen a ninguno de los dos supuestos (a y b), enumerados en el artículo 216.7 TRLCSP -200.7 LCSP-, o la misma se encuentra endosada?

RESUMEN

NO.

MEH 63/1996

“(…) La cuestión planteada en este epígrafe de la extensión de la traba judicial o administrativa a las certificaciones endosadas a tercero ha de ser resuelta de conformidad con lo indicado con carácter general, en el sentido de que no es el órgano de contratación el que debe decidir los bienes que resultan embargables por lo que, en todo caso, deberá limitarse a exponer al órgano judicial o administrativo que decreta el embargo la improcedencia de embargar certificaciones endosadas para que el propio órgano judicial o administrativo resuelva lo procedente, contra cuya resolución los interesados deberán hacer valer los recursos oportunos.

Idéntica respuesta ha de darse a la cuestión suscitada en el último apartado del escrito, dado que, en absoluto corresponde al órgano de contratación resolver sobre la preferencia de embargos, sino que habrán de ser los correspondientes órganos judiciales y administrativos que decretan los embargos acudiendo, en su caso, al Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales.(…)”

C.21.07.- ¿Cabe que contratista y subcontratista pacten, y de dicho acuerdo tome razón la Administración, para que en caso de impago sea la Administración quien atienda directamente el pago a subcontratista?

RESUMEN

NO.

MEH 71/2009

“... 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.

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, [227 TRLCSP] 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 LCSP 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.”

C.21.08.- ¿Cabe considerar como incumplimiento contractual del contrato público, la falta de pago del precio pactado a subcontratistas y a suministradores por parte del contratista principal, a efectos de poder retener la garantía definitiva prestada por el contratista principal?

RESUMEN

NO.

CAT 08/2011

“...la configuración de la subcontratación en el derecho español de contratos del sector público no incluye, con carácter general, las obligaciones vinculadas al pago a subcontratistas como obligaciones contractuales, a pesar de la vinculación funcional existente entre ambas relaciones jurídicas. Además, la LCSP sólo atribuye carácter de condición especial de ejecución del contrato a la obligación de subcontratación que, en su caso, la administración puede imponer al contratista respecto de prestaciones en las cuales concurren las circunstancias previstas en el apartado 7 del artículo 210 [227.7 TRLCSP].

(...) Teniendo en cuenta que la finalidad de la garantía definitiva es asegurar la ejecución correcta del contrato y responder de incumplimientos eventuales y que la subcontratación es una relación ajena a la principal, de la cual no son parte ni los subcontratistas ni los suministradores y, por lo tanto, no tienen ningún vínculo jurídico con la administración, se debe negar, con carácter general, la posibilidad de incorporar en el contrato una cláusula que reconozca la falta de pago a subcontratistas y a suministradores como un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso de las prestaciones establecidas en el contrato o como condición especial de ejecución, a efectos de poder incautar la garantía definitiva. En este orden de consideraciones, procede reiterar que la garantía definitiva

responde, entre otras, de las penalidades que se puedan imponer al contratista por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución y, en materia de subcontratación, la consideración de condición especial de ejecución se reconoce únicamente en el artículo 210.7 de la LCSP, [227.7 TRLCSP], respecto de la obligación que se puede imponer al contratista principal de subcontratar determinadas partes del contrato, cuándo tengan determinadas características. Esta obligación prevista por el artículo 210.7 [227.7 TRLCSP], está, por las propias características que se exige a las prestaciones a subcontratar, íntimamente vinculada con el objeto del contrato, y que, como ya se ha dicho, implica la necesidad de regular en el pliego correspondiente el alcance de las obligaciones.

Ciertamente, aunque la LCSP no lo prevé, dado que en estos casos el cumplimiento de la obligación de subcontratar tiene la consideración de condición especial de ejecución por expresa previsión legal, la misma norma tendría que determinar el alcance de las obligaciones del contratista principal con motivo de esta condición y, en particular, la del pago a subcontratistas y suministradores en tiempo y forma y, en su caso, reconocer esta obligación también como una condición especial de ejecución, como excepción a la norma general.”

C.13.11.- ¿Puede exigir el pliego de cláusulas, para el reconocimiento del derecho del cobro de intereses de demora y de la indemnización por costes de cobro, que el contratista acredite el cumplimiento de los plazos pactados con subcontratistas y suministradores? ¿O exigir se acompañe relación detallada de subcontratistas y suministradores con indicación de las partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de los mismos de que los pagos que se le adeudan por el contratista no se encuentran incursos en mora?

RESUMEN

NO.

MEH 54/2005

“(…) Así en relación con la primera pregunta planteada ha de darse una respuesta negativa ya que ningún precepto de las normas que regulan la contratación pública (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento, incluidas las modificaciones que en la primera introduce la Ley 3/2004) autorizan a subordinar el cobro de intereses de demora a La justificación de que el acreedor haya cumplido sus obligaciones de pago en plazo con subcontratistas y suministradores.

Idéntica contestación negativa y por la misma razón debe darse a la segunda pregunta formulada en el sentido de la necesidad de acompañar relación de subcontratistas y suministradores, partidas subcontratadas y su cuantía y declaración de no estar incurso en mora.(…)”

C.14.11.- ¿Son embargables las certificaciones cuando quien contrata la obra no es una Administración, sino otro ente, organismo o entidad que forma parte del sector público?

RESUMEN

Sí según normativa. –ver sin embargo interpretación finalista del informe.

ARA 06/2011

“(…) Y es que el citado artículo (Art. 200.7 LCSP –216 TRLCSP-) se encuentra dentro del título dedicado a las normas de ejecución de los contratos administrativos, esto es, de conformidad con el artículo 19 LCSP (Ídem TRLCSP) los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, según la delimitación que a efectos de esta ley efectúa el artículo 3.2 (Ídem TRLCSP). De este concepto de Administración Pública (y por lo tanto de contratos administrativos) se excluyen las entidades públicas empresariales. Ello plantearía por lo tanto, atendiendo a una interpretación literal del artículo 200.7 LCSP -216.7

TRLCSP- la inaplicación del mismo a contratos actualmente celebrados por este tipo de entidades por no ser contratos administrativos sino privados. Sin embargo, esta Junta entiende que parece prudente realizar una interpretación teleológica no formal, que atienda al hecho de que el privilegio de la inembargabilidad tiene por función proteger o garantizar el normal desarrollo de la obra o prestación pública, siendo a tal efecto indiferente el elemento subjetivo. (...)

Por ello, esta Junta, desde esta perspectiva finalista, y atendiendo a los distintos intereses en juego, entiende que los abonos a cuenta de los poderes adjudicadores que resulten afectados a un fin público, independientemente de su configuración a los efectos de la legislación de contratos como Administración Pública, gozarían del privilegio de la inembargabilidad –con las limitaciones legales ya citadas- con el fin de poder cumplir adecuadamente el fin público causa de la licitación pública.”

C.21.09.- ¿Si quienes concurren a un contrato de concesión no asumen, en el momento de presentar la oferta, el compromiso de constituir una sociedad que sea la titular de la concesión – posibilidad que le otorga el artículo 57 TRLCSP-, pueden hacerlo en un momento posterior?

RESUMEN

NO. Sólo cabría la cesión a esa u otro sociedad, cumpliendo los requisitos previstos para ello.

MEH 54/2004

“(…) el artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas [Art. 57.2 TRLCSP], a diferencia de algún precedente, admite la posibilidad de que quienes concurren individual o conjuntamente con otros a una licitación de contratos de concesión de obras públicas puedan hacerlo asumiendo o no el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión y si no lo asumen la personalidad del adjudicatario, una vez adjudicado el contrato, solo podrá ser alterada por la vía de cesión con los requisitos establecidos con carácter general por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, disponiendo, además, en este caso el pliego, en su cláusula 22, que en ningún caso podrá realizarse la cesión durante los primeros tres años de vigencia del contrato.(…)”

(Nota: El informe de la JCCA de Valencia [VAL_4/2009](#), considera que de no preverse en el pliego la posibilidad de constituir una nueva sociedad titular de la concesión, ello no será posible aunque tal fuera la intención del licitador).

C.21.10.- En el contrato de concesión de obra pública, para que sea posible llevar a cabo la cesión del contrato ¿Se aplica el porcentaje establecido para el contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, por el contrario, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario que el contratista tenga realizada la explotación al menos durante un plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato?

RESUMEN

Según JCCA del Estado dependerá de cual sea desde el punto de vista económico la prestación principal; Según JCCA de Valencia es posible aplicar el porcentaje, sólo sobre el contrato de obras; según sentencia del STSJ de Madrid han de cumplirse ambos porcentajes.

MEH 15/2006

(...) 2. Aunque a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, el contrato responde a la calificación de contrato de concesión de obra pública por reunir las características definidoras del mismo que se incorporan al... artículo 220 del TRLCAP [Art. 240 y sig. TRLCSP] como contrato que tiene por objeto la construcción y explotación de una obra pública susceptible de explotación económica, lo cierto es que para resolver la cuestión planteada dicha calificación resulta insuficiente, dado que el artículo 242, letra e), del TRLCAP [Art.245.f. TRLCSP atribuye al concesionario el derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de esta Ley [Art. 226. TRLCSP], en el cual no se menciona el contrato de concesión de obra pública.

En defecto de mención expresa de este último contrato, esta Junta se inclina por aplicar el porcentaje del contrato de gestión de servicios públicos, dado que así lo sostuvo, antes de la Ley 13/2003, de 13 de mayo, en un supuesto muy similar de construcción de un inmueble para la explotación de una residencia universitaria (informe de 30 de mayo de 1996, expediente 24/96) y parece así resultar del plazo de duración del contrato que se fija en 40 años.

A la misma conclusión había de llegarse por el artículo 6 del TRLCAP [Art. 226. TRLCSP], que para los contratos mixtos establece la aplicación de la regulación de la prestación principal desde un punto de vista económico, pues es indudable que, a estos efectos y dado el silencio de la Ley, el contrato comprende la construcción de obras y la explotación del servicio y la aplicación.

De uno u otro porcentaje de los establecidos en el artículo 114 del TRLCAP [Art. 226. TRLCSP], dependerá que se considere prestación principal la ejecución de las obras de los aparcamientos o su explotación.

VAL 04/2009

[Concesión de obra pública de una piscina] “(...) Segundo.- Ejecutado el 20% del importe del contrato, y con las condiciones del artículo 209 de la Ley [226 TRLCSP], podrá efectuarse la cesión del contrato, teniendo en cuenta que ese 20% de ejecución del importe del contrato comprende el importe de redacción del proyecto y el de ejecución de las obras, pues la explotación no debe entenderse a estos efectos como una prestación más, sino como una retribución, es decir, una contraprestación a favor del concesionario por financiar y llevar a cabo dichas obras, con la obligación de ponerlas en uso, mantenerlas y conservarlas hasta que finalice el contrato. (...)”

STSJ MAD 8467/2004

“... En el caso, se trata de una concesión mixta de obra, construcción del Tanatorio y de ampliación del cementerio, y gestión de la explotación tanto del Tanatorio como del cementerio municipal, y si bien es cierto que respecto de este particular se cumple el requisito del porcentaje de obra, no es menos cierto que respecto de la explotación de la concesión no sucede lo mismo porque el plazo para la gestión del tanatorio es de 50 años y para el cementerio de 25, contados a partir de la adjudicación el 14 de diciembre de 1994, por cuya razón a la fecha del contrato de cesión parcial de 5 de enero de 1998, no se había cumplido este requisito. Por tanto, ha de anularse y dejarse sin efecto la cesiónparcial realizada, que también había incumplido la exigencia legal de otorgarse en escritura pública...”

(Nota: El recientemente actualizado (06/03/12) [Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión](#), establece en su artículo 105 un régimen diferenciado para la cesión de contratos en este tipo de concesiones).

C.21.11.- ¿Es exigible el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 TRLCSP para llevar a cabo la cesión del contrato si cedente y cesionario son empresas vinculadas en el modo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio?

RESUMEN

SI.

[MEH 49/2009](#)

“... conviene indicar que es irrelevante a los efectos de aplicación de estos preceptos el hecho de que la sociedad cesionaria del contrato esté o no incluida respecto de la cedente en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. En efecto, ni la Ley de Contratos del Sector Público ni tampoco su antecesora hacen salvedad alguna en cuanto a la posibilidad de excluir de la norma tales supuestos, por lo que debe entenderse que siempre que exista transferencia de una persona a otra de los derechos y obligaciones del contrato estamos ante supuestos de aplicación de los artículos 209 y 114 de las respectivas Leyes.

En consecuencia, así pues, aunque haya coincidencia, total o parcial, en la persona de los socios de la sociedad cedente y de la cesionaria o exista cualquier otro modo de vinculación entre ambas, debe considerarse que existe cesión del contrato y que por tanto son de aplicación las normas que establecen los requisitos que deben regir éstas...”

C.08.06.- ¿Es necesario solicitar autorización de la Administración para modificar las participaciones de las empresas integrantes en la UTE? ¿Se requiere cumplir previamente los requisitos exigidos para la cesión de contratos?

RESUMEN

SI es necesario solicitar autorización. NO es aplicable el régimen de la cesión de contratos.

[AND 3/2002](#)

La redistribución de los porcentajes de participación entre los mismos miembros integrantes de una unión temporal de empresarios no altera el sistema de responsabilidad solidaria que afecta a todos y a cada uno de los empresarios, (...)

Los requisitos que para la cesión de los contratos se exigen en el artículo 114 del TRLCAP (Art.226 TRLCSP -209 LCSP-) no son de aplicación en este supuesto en concreto, ya que tal precepto está previsto para la cesión a un tercero de derechos y obligaciones diamantes de un contrato, y en el presente supuesto ni hay un nuevo empresario que se incorpora a la unión ni por supuesto se altera el régimen de derechos y obligaciones de los empresarios, los cuales en virtud del sistema de responsabilidad solidaria se mantiene invariable para cada uno de ellos.

Lo anterior no es óbice para que la Administración deba resolver sobre lo solicitado en atención a las circunstancias que concurren, acudiendo al procedimiento general que para resolución de incidencias prevé el artículo 97 del RGLCAP, y en caso de acceder a lo solicitado se deberá modificar la escritura de formalización de la unión en los extremos afectados.

C.08.07.- ¿Cabe la cesión de contrato a uno de los miembros de la UTE? De ser así, ¿Han de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 209 LCSP para la cesión de contratos?

RESUMEN

Sí cabe la cesión, y sí han de cumplirse los requisitos previstos en el TRLCSP.

BAL 01/2004

“(...) Sin embargo lo anterior... podría plantearse una incógnita, al establecer textualmente (El artículo 114.2 TRLCAP y, de modo literalmente idéntico, el 226.2 TRLCSP -209.2 LCSP-): “Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplir los siguientes requisitos...”.

Pues bien, la cuestión es determinar si el contrato de obra que nos ocupa puede cederse por aplicación del art. 114.2 de LCAP (Art.226 TRLCSP -209.2 LCSP-), a una empresa que forma parte de la UTE adjudicataria del contrato. ¿Reúne la condición de “tercero” un socio de una sociedad?. ¿Un miembro de una UTE?. La respuesta no está en determinar la cualidad del socio de una UTE. Lo cierto es que si la Ley autoriza a ceder un contrato a favor de un tercero, a más abundamiento es posible la cesión del contrato a un socio de una UTE adjudicataria de ése contrato, y ello porque la Administración ha conocido al cesionario, éste, en calidad de socio, ha optado al concurso y ha sido adjudicatario del mismo, o sea, si la Administración puede ceder un contrato a un tercero, con más motivo y razón podrá cederlo a un socio de la entidad adjudicataria del contrato, ya que hablamos en todo momento de personalidades jurídicas diferentes.

Por consiguiente, si se cumplen los requisitos del art. 114.2 de la LCAP (Art. 226 TRLCSP -209 LCSP-), el socio de una UTE adjudicataria de un contrato administrativo, en este caso de obras, podrá ser cesionario de ése contrato.(...)”

BAL 02/2003

[En el supuesto analizado se trata de un contrato para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, pretendiendo el adjudicatario, cuando las obras aun se encontraban en ejecución, hacer cesión a un tercero, sólo, de la explotación.]

“... Desde una exclusiva perspectiva de carácter general esta Junta entiende que la LCAP contempla la cesión de los contratos en su artículo 114 [Art. 226 TRLCSP] como un todo. Así parece deducirse de la literalidad del precepto cuando utiliza el singular en el apartado 1 del art. 114: “los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero...”, [Prácticamente ídem redacción Art.226 TRLCSP] y así lo ha venido entendiendo mayoritariamente la doctrina al considerar la cesión como una novación modificativa subjetiva que implica la desaparición del contratista en la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario.

También del contexto en el que se enmarca la contratación administrativa parece deducirse que los contratos constituyen un todo que ha de encargarse a un adjudicatario, permitiéndose la sustitución de la posición contractual del mismo mediante la cesión, pero sin que ello de lugar a una auténtica

disgregación del contrato donde aparezcan varios adjudicatarios con distintas responsabilidades, lo que resulta incompatible con los perfiles propios de la institución.(...)

El todo que constituye el objeto del contrato no queda alterado por el hecho de que las prestaciones puedan ser consideradas desde el punto de vista técnico como susceptibles de ejecución independiente o incluso tener conceptualmente incardinación en distintos tipos de contratos (...)

NOTA: En sentido similar –aunque siendo otro el tipo de contrato y las circunstancias concurrentes– el informe [BAL 05/2002](#)).

C.08.08.- Si la UTE adjudicataria del contrato se transformase en una sociedad, ¿Podrá la nueva sociedad continuar como titular del contrato?

RESUMEN

NO. Habría de cumplirse los requisitos previstos para la cesión de contrato.

BAL 08/2005

“CONCLUSIÓN

1. La cesión de un contrato, adjudicado a una UTE, a una sociedad anónima constituida por los mismos miembros de la unión y con la participación de los mismos porcentajes es un supuesto de cesión de contrato administrativo regulado en el artículo 114 de la TRLCAP (Art. 226 TRLCSP).

2. En el supuesto de la cesión de contrato administrativo objeto de esta consulta tienen que cumplirse estrictamente los requisitos del artículo 114 del TRLCAP (Art. 226 TRLCSP).

3.- (...) los miembros integrantes de una UTE pueden constituirse en sociedad anónima o en cualquier otro tipo de asociación que consideren oportuno ya sea civil mercantil o de otra índole. Cosa distinta es que esta nueva figura jurídica pueda ostentar la titularidad de una concesión administrativa obtenida en la correspondiente licitación por la UTE en cuestión.”

NOTA:

En un sentido similar véase el informe [MEH 37/2005](#) en el que diversos empresarios individuales pretendían la cesión de un contrato a favor de una empresa por ellos constituida, o el informe [CAT 02/008](#) en el que una sociedad civil pretende transformarse en sociedad limitada. En ambos casos, al igual que el de la UTE anteriormente expuesto no se dan los requisitos exigidos para la transformación o sucesión de sociedades, por lo que se debería acudir a la figura de la cesión de contrato - no dándose los requisitos para ello en los supuestos analizados).

C.21.12.- ¿Cabe realizar una cesión parcial del contrato?

RESUMEN

SI, en determinados supuestos según la JCCA de Canarias).

CAN 05/2009

“... Nada dice el precepto transcrito [114 TRLCAP = 226 TRLCSP] respecto a que la cesión tenga que ser necesariamente referida respecto a la totalidad del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el objeto del contrato, por lo que, no contraviniendo el ordenamiento jurídico, y no siendo contraria al interés público y a los principios de buena administración, podemos llegar a la conclusión, en consonancia con en el artículo 4 del TRLCAP (al igual que con el actual artículo 25 de la LCSP [25 TRLCSP]), de que la cesión parcial del objeto del contrato es jurídicamente viable, siempre que la cesión afecte a prestaciones que, constituyendo una unidad funcional independiente, sean susceptibles de ejecución y utilización separada, sin alterar la naturaleza e integridad del contrato inicialmente adjudicado, y siempre que el cesionario reúna los requisitos de solvencia y medios exigidos para realizar las prestaciones cuya expectativa de ejecución se cede.

(...) Dado que en los supuestos que nos ocupan las empresas implicadas en las cesiones realizadas son todas titulares del acuerdo marco previamente adjudicado, y teniendo en cuenta que los diversos tratamientos rehabilitadores objeto de cesión son unidades funcionales independientes, susceptibles de ejecución y utilización separada, y considerando, asimismo, que la previsión de gasto máximo estimado relativa a dichos tratamientos, es un elemento del objeto del contrato que, formando parte del conjunto de derechos y obligaciones contractuales, puede ser fraccionado sin afectar a la unidad funcional de los tratamientos a realizar, esta Junta Consultiva considera que, entre los titulares del acuerdo marco, nada impide la viabilidad jurídica de la cesión del derecho de ejecutar una parte de la previsión total estimada respecto al número de tratamientos que integran un lote.”

ANEXO II.- COMENTARIOS

(COM.14.02.- Inembargabilidad de los derechos de cobro (Art. 216.7 TRLCSP.) Concepto de abono a cuenta).

COM. 14.02. Inembargabilidad de los derechos de cobro (Art. 216.7 TRLCSP). Concepto de abono a cuenta.

El propio Tribunal Supremo configura las certificaciones como verdaderos abonos a cuenta, derivado ello de la naturaleza del contrato de obra en la que *“... la característica fundamental es que la obligación del contratista es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a ese resultado, es decir, que a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada -locatio operis- y no la actividad mediante la cual llega el contratista a ese resultado -locatio operarium-...”*

Ahora bien, interpretada la expresión *“abonos a cuenta”* en su máxima amplitud resultaría que sólo la certificación de liquidación de las obras podría ser embargada, no pudiendo serlo la certificación final que en expresión del propio TRLCSP no deja de ser un abono a cuenta de la liquidación (*“Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.”* (Art. 235.1 TRLCSP -218.1 LCSP-).

En mi opinión, por el contrario, la certificación final si puede ser objeto de embargo por un tercero ajeno a la obra, toda vez que, recepcionada la obra, el resultado –locatio operarium- ha sido obtenido, dejando de tener objeto la especial protección que brinda el artículo 216.7 TRLCSP -200.7 LCSP- a la Administración, dado que el interés de ésta –la finalización de la obra- ha sido satisfecho. Podría aducirse frente a esta opinión que el contrato no se extingue con la recepción de los trabajos al mantenerse determinadas obligaciones del contratista durante el plazo de garantía –reparación de las obras, etc.- que, caso de embargo de la certificación final pueden ser obviadas por el contratista. Entiendo que en estos casos, la Administración cuenta con otros instrumentos para intimar la actuación de aquel, entre ellos, principalmente, la posible ejecución de la garantía prestada.
