

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 13/2009, de 3 de noviembre, sobre posibilidad de reclamación de los subcontratistas a la Administración por los trabajos o materiales adeudados por el contratista.

I.- ANTECEDENTES

El Director de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“Tradicionalmente, ante la reclamación de un subcontratista al amparo del art. 1597 del Código Civil y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Empresa había considerado aplicable el mismo y al objeto de evitar que el pago realizado al contratista o al subcontratista no fuera liberatorio, adoptó un procedimiento de actuación en dichos supuestos consistente básicamente en:

1º.- Siempre que un subcontratista de una obra se dirigiera frente a EPSA en base al art. 1597, debería darse traslado de su reclamación al contratista que había suscrito el contrato con la Empresa a fin de que nos informare sobre los siguientes extremos:

- Si efectivamente el reclamante era subcontratista de la obra que EPSA le tenía contratada.
- Si la entidad reclamante realmente había puesto su trabajo o material para esa obra concreta.
- Si de hecho era deudora de la subcontrata por la cantidad reclamada.

2º.- Si la respuesta era afirmativa procedíamos, siempre claro está que se le adeudara a la contratista cantidad alguna, a pagar al subcontratista lo reclamado y o si esta excediera de lo adeudado a nuestro contratista, hasta el límite de lo realmente debido.

3º.- Si la respuesta era negativa se instaba a las partes a solucionar amistosamente el tema, entre tanto, se procedía a retener la cantidad reclamada.

4º.- Si no había acuerdo, se les advertía de que el importe reclamado sería retenido hasta tanto hubiera sentencia judicial que determinara a quién correspondería.

En este último supuesto, iniciado que fuera el pleito se consignaba inmediatamente la cantidad litigiosa en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado que conociera del mismo.



El problema surge a raíz de las modificaciones operadas en la normativa reguladora de la contratación pública y en el sometimiento pleno de la Empresa a la normativa que la regula. Tanto los textos legales vigentes como nuestros pliegos establecen una responsabilidad de la Administración “solo y exclusivamente” frente al contratista principal.

Por tanto, la cuestión objeto de consulta es si al amparo del Texto Refundido de la Ley 2/2000 que rige los contratos de obras y servicios suscritos por la Empresa y de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, resulta de aplicación a las relaciones contractuales de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía el mencionado art. 1597 del Código Civil.

La jurisprudencia ha oscilado en cuanto a la posibilidad de que la subcontratista ejercite esa acción directa contra la Administración. Así pues alguna sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24/09/1999 y Audiencia Provincial de Mallorca de 17/5/2005 niegan esa posibilidad apoyándose en el art. 116.2 LCAP, hoy art. 210.4 LCSP y considera que las acciones que pueden entablar el subcontratista frente a la Administración corresponden en todo caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 11/11/2004 y de la Audiencia Provincial de Málaga de 29/11/2004 la admiten.

Por lo que hace a la jurisdicción contenciosa, existen sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2003, que admite la acción directa, al disponer textualmente: *“Finalmente, el art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece el carácter privado de las subcontratas de obras públicas, por lo que las acciones derivadas de estos contratos no pueden verse limitadas por el carácter público del contrato de obras inicial en el que el subcontratista no es parte, ni por su normativa propia, ni la Administración puede oponer al subcontratista que persigue la satisfacción de su crédito requisitos ajenos a los establecidos en el artículo 1597 del Código Civil y que en todo caso escapan del control del subcontratista acreedor.”*

Y otras en sentido contrario como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de junio de 2006 que manifiesta que el subcontratista puede accionar contra el contratante, pero que analizando el art. 1.597 y el 115 del TR 2/2000, no existe propiamente relación directa entre la Administración y el subcontratista, ni en consecuencia esta reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquella, ya que las relaciones entre la empresa contratista y la subcontratista son meramente civiles. En consecuencia en el contrato de obra suscrito por la Administración solo existen dos partes en relación directa.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en los últimos tiempos, ante la proliferación de la figura de las subcontratas ha venido adecuando la interpretación del art. 1597 del Código Civil a dicha circunstancia de forma que no queden desprotegidos quienes, en definitiva, son los que han realizado realmente la obra



con la aportación de su trabajo y materiales. Así merece ser destacada la STS 39/2006 de 24 de enero, que entre otras cuestiones establece en su Fundamento de Derecho Tercero: *“La acción ejercitada contra la Administración del Estado, es la acción directa que prevé el artículo 1597 del Código Civil y en la demanda se ha ejercitado la acción con el subcontratante Dragados basado en el subcontrato de obra y la acción directa contra el dueño de la obra, que es el Estado; ambas acciones tienen la misma causa, que es el subcontrato de obra, de naturaleza civil y pretender que se ejercite la acción contra aquélla en la jurisdicción civil y la acción directa contra éste en la jurisdicción contencioso-Administrativa sería tanto como dividir la continencia de la causa. Esta es una razón esencial para la desestimación del motivo.*

.....

Por ello, se desestima este motivo y la Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994 (RJ 1994/3572), cuyo fundamento segundo dice literalmente: “la tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado con las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código, que se acumuló a la ejercitada con los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, que proclama la “vis atractiva” y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron.”

En el mismo sentido la STS 728/2003 de 16 de julio.

Por otra parte, la nueva Ley de Contratos del Sector Público regula la subcontratación en los arts. 210 y 211. En ambos artículos se incorpora en gran parte la normativa desarrollada en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector público. Y en este sentido se continúa en la línea legislativa iniciada en el art. 115 y 116 del TRLCAP 2/2000, en la que se incorporaban parte de los principios de la Ley de morosidad del 2004, si bien



concediéndole carta de reconocimiento, en las anteriores leyes de contratación administrativa el subcontratista existía, pero sin nombre y apellidos, en la última existe una identificación obligatoria y necesaria del mismo.

No obstante, del art. 210 mencionaremos interesadamente el apartado 4:

“Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones que se refieren a la letra 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.

Por otro lado el art. 211.1 regula expresamente la obligación de pago del contratista principal. Así el art. 211 “El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación:

1. *“Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista.....”*
2. *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.....”*
3. *El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2.....”*
4. *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 37/2004.....”*

De lo que parece deducirse que debería rechazarse la reclamación directa del subcontratista.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se solicita de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo.”

II.- INFORME

1.- Antes de entrar en el examen de la cuestión objeto de consulta hay que indicar que la Empresa Pública de Suelo de Andalucía, conforme a la Instrucción 3/2008, de 21 de abril, de esta Comisión Consultiva sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de derecho público del artículo 6.1.b)



de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha de considerarse que constituye Administración Pública y le será de aplicación en materia de contratos el régimen jurídico establecido para las mismas, y en particular y a los efectos que aquí interesa los artículos 210 y 211 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) donde se encuentra incluida la regulación de la subcontratación.

2.- La cuestión objeto de consulta la concreta el órgano consultante en los siguientes términos:

“El problema surge a raíz de las modificaciones operadas en la normativa reguladora de la contratación pública y en el sometimiento pleno de la Empresa a la normativa que la regula. Tanto los textos legales vigentes como nuestros pliegos establecen una responsabilidad de la Administración “solo y exclusivamente” frente al contratista principal.

Por tanto, la cuestión objeto de consulta es si al amparo del Texto Refundido de la Ley 2/2000 que rige los contratos de obras y servicios suscritos por la Empresa y de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, resulta de aplicación a las relaciones contractuales de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía el mencionado art. 1597 del Código Civil.”

El artículo 1597 del Código Civil dispone que: *“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.”*

La regulación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública aparece recogida en el artículo 210 de la LCSP, de forma que, cumpliendo los requisitos establecidos en su apartado segundo, podrá el adjudicatario concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario.

El subcontrato vincula exclusivamente al contratista-subcontratante y al subcontratista, y en el ámbito de los dos quedan circunscritos sus efectos. La Administración contratante (parte del contrato principal) no entabla vínculo contractual alguno con el subcontratista, de tal manera que sólo y exclusivamente tiene frente a sí al contratista principal. Ello no es óbice para que en la LCSP se hayan introducido diversas cautelas en relación con las personas que pretenden convertirse en subcontratistas en el ámbito de la contratación pública, a pesar de que no sustituyan al contratista principal ni entablen vínculo contractual directo alguno con la Administración.

Congruentemente con ello, el artículo 210.4 de la LCSP señala que los subcontratistas quedarán obligados “sólo” ante el contratista principal. Dicho



contratista principal asume, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración.

Por ello, si se produce un incumplimiento del subcontrato puede producirse también un incumplimiento del contrato principal, y si la Administración pretende resolver el contrato como consecuencia de dicho incumplimiento, no deberá aducir que el subcontratista incumplió. Simplemente, sin entrar en las relaciones jurídico-privadas entabladas como consecuencia del subcontrato, podrá alegar que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales. Y las acciones que el contratista pudiera emprender contra el subcontratista incumplidor serían ajenas al contrato administrativo mismo.

La misma lógica que se desprende del artículo 210.4 de la LCSP ha de ser aplicada al problema sobre la existencia o no de acción directa del subcontratista frente a la Administración.

En efecto, cuando el artículo 210.4 de la LCSP señala que el subcontratista “sólo” quedará obligado frente al contratista principal, añadiendo que éste asumen la “total responsabilidad” de la ejecución del contrato frente a la Administración, se está poniendo de manifiesto la imposibilidad de que proceda la referida acción directa, tanto en el sentido del subcontratista hacia la Administración, como a la inversa.

Frente a ello, no han de dejar de destacarse reiterados fallos del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil- que sí admiten dicha acción directa frente a la Administración que celebra contratos administrativos de obras: sentencias de 16 de julio de 2003 (recurso núm. 3449/1998); de 10 de marzo de 2005 (recurso núm. 2836/1998); de 24 de enero de 2006 (recurso núm. 2094/1999); de 17 de julio de 2007 (recurso núm. 4143/2000), de 12 de diciembre de 2007 (recurso núm. 3876/2000).

Ahora bien, ninguna de estas sentencias han revisado contratos administrativos de obras sujetos ni a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni a la Ley de Contratos del Sector Público, sino contratos anteriores regidos por la Ley de Contratos del Estado de 1965, la cual no recogía la norma que fundamenta el criterio refractario a admitir la acción directa del subcontratista frente a la Administración Pública.

En cambio, respecto de los contratos a los que les era de aplicación la regla contenida en el artículo 115.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y contenida actualmente en el artículo 210.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, los Tribunales han concluido en sentido diferente.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada, en su sentencia de 17 de septiembre de 2001 (recurso núm. 343/2000) señaló que *“En una relación sinalagmática, como es la derivada del contrato de obras, si el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (excluyendo a la Administración Pública) sólo a éste podrá exigir la satisfacción de sus derechos”,* y



en igual sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Recurso núm. 1538/2002).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 9 de junio de 2006 (recurso núm. 563/2003) añade que *“el subcontratista puede accionar contra el contratista, pero no existe propiamente una relación directa entre la Administración y el subcontratista ni, en consecuencia, está reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquella”*.

III.- CONCLUSIÓN

La prescripción contenida en el artículo 210.4 de la LCSP de que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, impide el ejercicio de la acción directa, contenida en el artículo 1597 del Código Civil, del subcontratista frente a la Administración Pública.

Es todo cuanto se ha de informar.

