

Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo
Consejera académica de GA_P

Irene Fernández Puyol

Abogada senior del Área
de Derecho Público de GA_P

La nueva Ley de Contratos del Sector Público pretende favorecer la subcontratación en la contratación pública (de acuerdo con su voluntad de facilitar una mayor participación de las pymes) y, para ello, introduce varias novedades de interés como son, entre otras, la supresión del porcentaje máximo de subcontratación de un 60 % del importe de la adjudicación para el caso de que los pliegos no establezcan limitaciones, así como las nuevas medidas relativas a los pagos a los subcontratistas, tales como la previsión de actuaciones administrativas de comprobación y de imposición de penalidades por los impagos —obligatorias para algunos contratos— y la posibilidad de establecer en los pliegos que la Administración realice pagos directos a los subcontratistas.

1. Condiciones de la subcontratación

Mediante la subcontratación, el contratista contrata a su vez con un tercero la realización parcial de la prestación que constituye el objeto del contrato. A diferencia de en la cesión del contrato, el subcontratista no se subroga en la posición del contratista, que seguirá siendo el único responsable ante la Administración.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) establece así 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 o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral» (art. 215.4 LCSP).

La posibilidad de subcontratar se admite con sujeción a lo establecido en los pliegos, que podrán limitar o excluir la posibilidad de subcontratar. Sin embargo, la Ley de Contratos del Sector Público, de acuerdo con su voluntad declarada de facilitar la participación de las pymes en la contratación pública, favorece la subcontratación. Así:

- a) La mencionada ley precisa que «en ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o 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» (art. 215.1 LCSP). En estos casos, como veremos, la subcontratación requiere autorización expresa del órgano de contratación.
- b) Para el caso de que los pliegos no prevean limitaciones a la subcontratación, la misma ley elimina el porcentaje máximo de subcontratación de un 60 % del importe de la adjudicación que imponía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 227.2e TRLCSP).

Sin embargo, contradice esta tendencia a favorecer la subcontratación la supresión en la Ley de Contratos del Sector Público de la previsión que contenía el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de que el propio órgano contratante pudiese imponer al contratista —advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos— la subcontratación con terceros no vinculados a este último de determinadas partes de la prestación que no excedieran en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, siempre que gozasen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las hicieran susceptibles de ejecución separada (art. 227.7 TRLCSP).

La propia Ley de Contratos del Sector Público contiene, por otro lado, tres limitaciones a la subcontratación:

- Como ya se preveía en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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. 215d LCSP).

- En contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos, justificándolo en el expediente de contratación, que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal (art. 215.2b LCSP). Este precepto se remite a lo regulado en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, conforme al cual se permite también que, en el caso de una oferta presentada por una unión temporal de empresas, estas tareas críticas sean ejecutadas por un participante en la unión.
- El artículo 296 de la Ley de Contratos del Sector Público limita la posibilidad de subcontratación en el contrato de concesión de servicios al establecer que «la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias».

2. Comunicación de la intención de subcontratar

La Ley de Contratos del Sector Público mantiene la obligación en general del contratista de comunicar por escrito la intención de celebrar los subcontratos (art. 215.2b LCSP) e introduce las siguientes novedades:

- La ley precisa ahora que esta comunicación debe hacerse «tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de éste», mientras que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público únicamente se requería que se comunicase «anticipadamente» la decisión de celebrar subcontratos, lo que permitía diferir la decisión de subcontratar las prestaciones del contrato a un momento posterior al inicio de su ejecución.
- Se exige que el contratista acredite que el subcontratista no está incurso en prohibición de contratar (de acuerdo con lo previsto en el art. 71 LCSP). El mencionado texto refundido establecía, al igual que lo hace la Ley de Contratos del Sector Público, que en ningún caso el contratista podía concertar la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar, pero no imponía al contratista expresamente esta obligación de acreditarlo antes de proceder a la subcontratación.
- Se impone al contratista la exigencia de notificar por escrito al órgano de contratación cualquier cambio que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

3. Autorización previa de la subcontratación para determinados contratos

Como excepción a la comunicación previa, y al igual que en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación 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 (art. 215.2d LCSP).

4. Responsabilidad exclusiva del contratista principal

Al igual que en la legislación anterior, la Ley de Contratos del Sector Público precisa que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de estas comunicaciones (o, en su caso, de la autorización que se otorgue cuando así se exige) no alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. Consecuencias de los incumplimientos

Por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones sobre la subcontratación, la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 215.2, introduce las siguientes novedades:

- La posibilidad de imponer al contratista una penalidad de hasta un 50 % del importe del subcontrato.
- La posibilidad de que tal incumplimiento dé lugar a la resolución del contrato siempre y cuando las obligaciones sobre la subcontratación hubieran sido calificadas de esenciales de forma precisa, clara e inequívoca en los pliegos (segundo párr. del art. 211f LCSP).

6. Pagos a subcontratistas y suministradores

El artículo 216 de la Ley de Contratos del Sector Público refuerza de forma importante la situación de los subcontratistas frente al contratista principal y a la Administración contratante. En relación con la obligación del contratista de abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones previstos, se introducen las novedades que pasamos a exponer.

La ley dispone que los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos.

7. La nueva aceptación tácita de los bienes o servicios por el contratista principal

Como importante novedad, la Ley de Contratos del Sector Público establece que la aceptación o verificación de los bienes o servicios por parte del contratista principal deberá efectuarse en un plazo máximo de treinta días desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad con éstas. En el caso de que no se efectuase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios (art. 216.3). Se introduce así una aceptación tácita (o de «silencio positivo» *inter privatos*) para la aceptación por el contratista de las prestaciones realizadas por el subcontratista.

Una vez transcurrido este plazo, la aceptación se entiende realizada, por lo que deberá procederse al pago y, en caso de que no sea así, comenzarán a devengarse intereses de demora y la indemnización por los costes del cobro.

8. Plazos de pago

Según la Ley 3/2004, el plazo de pago será de treinta días naturales y podrá ser ampliado mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a sesenta días naturales.

Esta previsión de pago en treinta días y de la posibilidad de ampliarlo hasta los sesenta se preveía ya en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero para la ampliación del plazo se exigía que el pago se instrumentase mediante un documento negociable que llevase aparejada la acción cambiaria cuyos gastos de descuento o negociación corriesen en su integridad de cuenta del contratista; adicionalmente se preveía que el suministrador o subcontratista podría exigir que el pago se garantizara mediante aval (art. 228.5 TLRCS). La Ley de Contratos del Sector Público suprime esta condición para la ampliación del plazo.

9. Facturas electrónicas

Otra novedad de la ley es la referida a las facturas electrónicas. Se prevé así que los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica cuando el importe de ésta supere los 5000 euros (que podrá modificarse mediante orden del ministro de Economía y Hacienda) y deberán presentársela al contratista principal por medio del Registro Electrónico Único que debe crear el Ministerio de Hacienda y Función Pública antes del 30 de junio del 2018 (disp. adic. trigésima segunda, apartado 3); la obligación se hará efectiva a partir de esta fecha (art. 216.5).

En supuestos distintos de los anteriores, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro referido en el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda.

Los derechos relativos al pago establecidos en este precepto se declaran irrenunciables para los subcontratistas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 1110 del Código Civil (art. 216.6).

10. Comprobación de los pagos a los subcontratistas y suministradores (art. 217 LCSP)

Al igual que en la legislación anterior, la Ley de Contratos del Sector Público prevé que el órgano de contratación podrá comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal ha de hacer a los subcontratistas o suministradores en los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público (art. 17.1, que remite al art. 12).

Como novedad, la Ley de Contratos del Sector Público dispone que «en todo caso» se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos las obligaciones que se imponen a los contratistas adjudicatarios (1) de remitir información al ente público contratante, cuando éste lo requiera, sobre la relación de los subcontratistas o suministradores que participen en la ejecución del contrato, así como sobre las condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden relación directa con el plazo de pago, y (2) de aportar justificante de cumplimiento de los pagos debidos en los plazos legales (la exigencia de incluir tales obligaciones estaba ya en el texto refundido, pero no era tan terminante).

Además, se prevé que estas obligaciones se consideran condiciones especiales de ejecución cuyo incumplimiento permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos; la garantía definitiva responderá de las penalidades que se impongan por este motivo (art. 217.1, párr. segundo). De esta forma, si bien se califica de obligación especial de ejecución el cumplimiento por el contratista de estas obligaciones, se requiere —al igual que en el texto refundido— que las penalidades hayan sido previstas en el pliego para que puedan imponerse.

Sin embargo, y como novedad, la ley dispone que las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades por el incumplimiento de las obligaciones de cumplimiento de los pagos a los subcontratistas serán obligatorias para las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los cinco millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 % del precio del contrato con respecto a los pagos a los subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de ejecutar determinadas partes o unidades de la obra (mediante orden del ministro de Hacienda y Función Pública podrán ampliarse los contratos a los que afecta esta obligación).

La previsión de la obligación podría dar pie eventualmente a los subcontratistas, ante una situación de incumplimiento de los pagos debidos, a forzar la intervención de la Administración, si es preciso mediante la reclamación y, en su caso, el subsiguiente recurso contra la inactividad administrativa regulados en el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

11. Posibilidad de pago directo por la Administración a las empresas subcontratistas

Una novedad importante de la Ley de Contratos del Sector Público es la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que la Administración realice pagos directos a los subcontratistas (disp. adic. 51.ª LCSP).

En relación con esta posibilidad, la disposición adicional precisa lo siguiente:

- a) El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200 de la Ley de Contratos del Sector Público. La ley no precisa quién debe prestar «la conformidad», pero, dado que ya se ha establecido la previsión de este pago en los pliegos por el órgano de contratación, parece que es el contratista principal el que deberá prestarla.
- b) Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.
- c) En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.

Este pago directo de la Administración a los subcontratistas generará sin duda problemas y dudas interpretativas como consecuencia de la escueta regulación de la Ley de Contratos del Sector Público. En el ámbito del sector público estatal, la disposición adicional remite al desarrollo reglamentario por el ministro de Hacienda y Función Pública, si bien sólo en lo relativo a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones y el de certificaciones, operativa contable y facturación.

Con esta norma se pone fin a la doctrina administrativa que indicaba que la Administración no podía ejercer directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas particulares la posibilidad de ejercer potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o de asegurar los pagos de éste a los subcontratistas, y se atiende a una antigua aspiración de las pymes para mejorar sus condiciones de cobro en relación con los contratistas de la Administración.