

Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público

Germán Fernández Farreres
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción.
2. Naturaleza jurídica de los subcontratos vinculados a la ejecución de contratos administrativos.
3. Supuestos en los que no procede la subcontratación.
4. Supuestos en los que la subcontratación es obligatoria.
5. Requisitos y condiciones de la subcontratación.
- 5.1. Límites cuantitativos de la subcontratación. 5.2. Condiciones subjetivas del subcontratista: el requisito de la capacidad y la prohibición de contratar. 5.3. La comunicación a la Administración del subcontrato a celebrar. Los supuestos excepcionales sujetos a autorización expresa de la Administración. 5.4. Otros requisitos: la obligación de que el contratista informe de la subcontratación a los representantes de los trabajadores.
6. Las garantías de pago a subcontratistas y suministradores.
- 6.1. La inicial previsión del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995. 6.2. La reforma de 1999 y el TRLCAP de 2000. Consecuencias y efectos. 6.3. La transposición de la Directiva 2000/35/CE y la modificación del artículo 116 del TRLCAP. 6.4. El artículo 211 de la LCSP. 6.4.1. Reglas a las que queda sujeto el pago. 6.4.2. Consecuencias vinculadas a la demora en el pago. 6.4.2.1. El interés de demora. Requisitos para su exigibilidad y cuantía. 6.4.2.2. Indemnización por los costes de cobro. 6.4.2.3. La instrumentación del pago mediante documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria y la garantía del pago mediante aval.

1. Introducción

La subcontratación entre el contratista de la Administración y un tercero guarda directa relación con la ejecución de los contratos administrativos. Se explica así que la legislación reguladora de la contratación administrativa venga incorporando una serie de reglas y condiciones a las que debe ajustarse dicha subcontratación.¹

1. Como ha señalado F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 1996, p. 171, “al contrario de lo que ocurre en la cesión, con la que, en rigor, poco tiene que ver (se suelen estudiar juntos por inercia), el subcontrato no es sino una variante o modalidad del cumplimiento de alguna de las prestaciones que se contienen en el contrato principal, que continúa su vida, inmodificado, entre los mismos contratantes que prestaron su consentimiento. Por ello, la relación entre las partes de ese contrato no se altera, únicamente nace uno nuevo, que tiene como referente a aquél”.

Es verdad que estos subcontratos no dejan de ser contratos privados, generando su celebración una estricta relación jurídico-privada entre las partes contratantes. Sin embargo, la subcontratación no es indiferente para la Administración y los intereses públicos presentes en la contratación administrativa. Aunque la responsabilidad jurídico-contractual se desenvuelve estrictamente entre la Administración y el contratista, la ejecución del subcontrato incide en la realización del propio contrato administrativo, razón por la cual es lógico que el legislador imponga determinadas condiciones y requisitos a la subcontratación y que la propia Administración contratante no quede totalmente al margen de la misma.²

En suma, la subcontratación, sin dejar de ser un contrato privado, se instrumentaliza como uno de los medios de ejecución del contrato administrativo, lo que justifica la modulación de su régimen jurídico y con ello la propia expresión de “subcontratación administrativa”.

En las páginas siguientes se analiza la regulación de la subcontratación que ha establecido la nueva LCSP en los artículos 210 y 211, sin perjuicio de otras referencias diseminadas a lo largo de la Ley. Se trata de una regulación continuista respecto de la prevista por el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP),³ que, no obstante, no deja de incorporar algunas novedades de importancia.

2. Téngase en cuenta que, en la subcontratación administrativa, una de las partes, el contratista de la Administración, es simultáneamente parte en dos relaciones contractuales, apareciendo como contratista en la primera y principal y como contratante en la segunda o derivada. De tal manera que el subcontrato trae causa del contrato administrativo; un contrato administrativo que subsiste entre las partes que lo otorgaron (Administración y contratista), si bien este último, con base en la posición que adquirió en ese contrato, otorga otro, en el que pasa a ser parte frente a un tercero. Coexisten, en definitiva, dos contratos, en cada uno de los cuales actúa una misma persona aunque por un concepto diferente, como contratista en un caso y como contratante en otro, guardando directa relación el contrato administrativo y el subcontrato.

3. La refundición quedó referida a las iniciales previsiones del artículo 116 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, que posteriormente fueron complementadas con las del artículo 116.bis, incorporado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. De este modo, los artículos 115 y 116 del TRLCAP regularon la subcontratación con el carácter de normativa básica (disposición final 1 del TRLCAP), general y común para todos los contratos administrativos. Posteriormente, la disposición final primera de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dio nueva redacción a diversos preceptos del Texto refundido y entre ellos a los apartados 4 y 5 del artículo 116, en relación con el pago a los subcontratistas.

Por otra parte, conviene recordar que, en la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965, la subcontratación aparecía prevista en el artículo 59 [y en los artículos 184 a 186 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975 (en adelante, RGC)] en relación con el contrato administrativo de obras, y en el artículo 82 (y en el artículo 235 del RGC) en relación con el contrato administrativo de gestión de servicios públicos. Nada se establecía, sin embargo, en relación con el contrato administrativo de suministro, aunque el artículo 280 del RGC sí lo hizo, sujetando la celebración de subcontratos al mismo régimen de la subcontratación en el contrato administrativo de obras. Una regulación, por tanto, singularizada y específica para cada tipo de contrato administrativo, aunque la misma no presentara mayores consecuencias prácticas, dada la identidad de las previsiones aplicables, con la única excepción de que, en

2. Naturaleza jurídica de los subcontratos vinculados a la ejecución de contratos administrativos

Aunque con la nueva LCSP ya no se hace la expresa puntualización que incorporaba el artículo 116.5, párrafo 2, del TRLCAP (“los subcontratos [...] a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada”), la realidad es que la naturaleza jurídico-privada se desprende con claridad de lo dispuesto en el artículo 210.4, párrafo 1, de la LCSP, al establecer 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”.⁴ Así pues, la subcontratación no modifica la posición del contratista frente a la Administración, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. Una diferencia que la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar en los términos siguientes:

“En los subcontratos la relación existente entre el contratista y sus subcontratistas es una figura contractual distinta del contrato principal y de la relación entre la Administración y el propio contratista. El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que sólo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse.” (STS de 10 de febrero de 1990, Aranzadi 2143)

“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 [...]” (STS de 18 de diciembre de 1996, Aranzadi 9738)

Esa naturaleza jurídico-privada es el argumento principal que suele manejarse para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontrata-

el caso de la subcontratación en la gestión de servicios públicos, quedaba circunscrita (como así sigue sucediendo) a la ejecución de prestaciones accesorias.

Por lo demás, el Reglamento general de contratación aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ninguna mención contiene a la subcontratación, lo que parece presuponer que la regulación legal no requiere desarrollo normativo alguno, mostrándose suficiente y completa. En todo caso, como se declara en el propio preámbulo del Real decreto, “el Reglamento que se promulga, con las necesarias salvedades, cumple más que una función innovadora en materia de contratación administrativa una función recopiladora de las anteriores disposiciones con las adaptaciones y correcciones que el nuevo marco normativo, a nivel legal, impone”, lo que también puede explicar esa renuncia a abordar el desarrollo de algunas cuestiones complementarias de la subcontratación administrativa.

4. También el artículo 115.3 del TRLCAP establecía que la responsabilidad ante la Administración por la ejecución del contrato administrativo era en exclusiva al contratista principal y los subcontratistas sólo quedan obligados ante él.

ción que pueda establecer la legislación de contratos de las administraciones públicas. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizan la relación contractual privada al situarla, en cierto modo, en el ámbito público. Se trata, no obstante, de una objeción infundada, porque, aun sin dejar de ser un contrato privado entre particulares, el subcontrato guarda, como ya he dicho, directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo. Un hecho suficiente por sí sólo para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de éste, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquél. Con ello no se altera la relación jurídico-privada que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente diferenciadas las responsabilidades derivadas, por una parte, del subcontrato, y por otra, del contrato administrativo.⁵

3. Supuestos en los que no procede la subcontratación

La subcontratación en el ámbito de la contratación administrativa se delimita negativamente, al establecerse una serie de supuestos en los que queda excluida la subcontratación. La regla, por tanto, es que, salvo esos supuestos tasados, se puede subcontratar la ejecución de los contratos administrativos.

La LCE de 1965 ya dispuso que, para que el contratista de la Administración pudiese subcontratar, era preciso que en el contrato administrativo no hubiese quedado prohibida la subcontratación o que, en todo caso, de la naturaleza y condiciones del contrato administrativo no se dedujera que la obra (o el suministro, o la prestación accesoria del servicio) hubiera de ser ejecutada directamente por el contratista. Por consiguiente, salvo prohibición expresa o prohibición resultante de la naturaleza y condiciones del correspondiente contrato administrativo, el contratista podía subcontratar la ejecución de determinadas partes del contrato, lo que, en el caso del contrato de obras, se concretó en las llamadas *unidades de obra*.

Este planteamiento fue plenamente asumido por el TRLCAP de 2000 (artículo 115.1) y ahora por la LCSP. La subcontratación es admitida con carácter general, fijándose una serie de supuestos en los que queda excluida. Así resulta del artículo 210.1 de la

5. En el mismo sentido, *vid.* M. FUERTES, "La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las administraciones públicas", REDA, 109 (2001), p. 61-62, que, tras señalar, entre otras razones, que "no debe existir ningún impedimento para que una ley, característicamente 'administrativa', acoja disposiciones calificables como 'mercantiles'", concluye que "no deberían esgrimirse pues mayores reparos en admitir en una ley de contratos de las administraciones públicas previsiones que atienden a garantizar el correcto desarrollo de los contratos, aunque las mismas incidan en otras relaciones colaterales, como son las existentes entre contratistas y subcontratistas. Sin negar el principio de libertad contractual entre los empresarios, debe atenderse a todo aquello que facilite encauzar la protección del buen fin de los contratos públicos". Por ello, "el buen fin del contrato administrativo ampara de manera sobrada que la Ley establezca límites o condiciones a este contrato 'privado', por afectar a un objeto público". También J. SUAY RINCÓN, "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en el volumen colectivo (dir. R. Gómez-Ferrer Morant) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 510 y ss.

LCSP, que fija como excepciones las dos siguientes: que el contrato administrativo o los pliegos no autoricen la subcontratación (“dispongan lo contrario”); o que, aun guardando silencio, por la propia naturaleza y condiciones del contrato administrativo se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el contratista.

En el primer supuesto, la Administración contratante dispone de total autonomía para incorporar al pliego, y con ello al contrato, la prohibición de que el contratista subcontrate la ejecución del contrato. En el segundo, aun cuando nada se estipule en el contrato, la naturaleza *intuitu personae* del contrato, o las condiciones del mismo determinantes de que deba ser ejecutado directamente por el adjudicatario, determinarán que la subcontratación tampoco sea posible. La diferencia con los contratos de resultado –de manera significativa con el de obras– explica esa prohibición. En la medida en que las cualidades personales del contratista son determinantes de la adjudicación del contrato administrativo, la subcontratación, en cuanto excepción al principio general del carácter personal de la ejecución del contrato, ha de quedar excluida.

En algún caso, complementando la regla señalada, el propio legislador ha explicitado directamente que “la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias”. Así lo disponía el artículo 170 del TRLCAP respecto del contrato de gestión de servicios públicos y así lo reitera ahora el artículo 265 de la nueva LCSP.

4. Supuestos en los que la subcontratación es obligatoria

Acabamos de ver que, como regla general, el contratista de la Administración puede subcontratar la realización parcial de la prestación, ya que sólo en determinados supuestos queda excluida esa posibilidad.

Ahora bien, aunque también con carácter excepcional la subcontratación puede venir impuesta por la propia Administración. Expresamente lo prevé el artículo 210.7 de la LCSP en los siguientes términos:

“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 30 por ciento 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 calificación 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 196.1 y 206.g).”⁶

6. Artículo 196.1 de la LCSP:

“Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los

Por otra parte, también el artículo 249 de la LCSP, en relación con la ejecución de obras por terceros dentro del contrato de concesión de obra pública, faculta para imponer un determinado porcentaje de subcontratación.⁷ Dice así:

“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 por ciento 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.”

5. Requisitos y condiciones de la subcontratación

Tres son los requisitos o condiciones que, con carácter general, deben observarse en la subcontratación administrativa. Que el subcontrato no supere un determinado porcentaje del importe de adjudicación del contrato administrativo, que el subcontratista no se halle inhabilitado para contratar y que el subcontrato a celebrar se comunique a la Administración contratista.

5.1. Límites cuantitativos de la subcontratación

La subcontratación sólo permite la ejecución parcial del contrato administrativo. Así se recuerda expresamente en el artículo 210.2.e) y 5 de la LCSP (“las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros”, o “en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con [...]”). Se trata de un criterio elemental –en otro caso, la subcontratación podría encubrir la cesión del contrato– que se concreta estableciendo determinados límites cuantitativos que no pueden ser sobrepasados por medio de la subcontratación.

El artículo 210.2.e) de la LCSP fija esos límites en los siguientes términos:

artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.”

Por su parte, el artículo 206.g) configura como causa de resolución del contrato “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

7. Igualmente lo hacía el artículo 131 del TRLCAP:

“En el contrato de concesión de obras públicas, la Administración podrá imponer al concesionario que subcontrate con terceros un porcentaje de los contratos de obras objeto de la concesión que represente, al menos, un 30 por ciento del valor total de dichas obras, debiendo preverse que los licitadores puedan incrementarlo haciendo constar su cifra en el contrato. Alternativamente, podrán invitar a éstos para que señalen en sus ofertas el porcentaje mínimo que vayan a subcontratar con terceros.”

Téngase en cuenta que el artículo 131 de la LCAP de 1995 configuró este supuesto como una “cesión a terceros”, lo que fue corregido por la Ley de reforma de 1999, calificándolo más adecuadamente como “subcontratación parcial”.

“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 por ciento 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 alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.”

El límite legal máximo, por tanto, es el 60 por ciento del importe de adjudicación. Pero de ello no parece que pueda concluirse que dicho porcentaje es también el límite máximo del porcentaje que pueda fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El pliego puede habilitar un porcentaje mayor de subcontratación,⁸ si bien no resulta razonable que ese mayor porcentaje deje sin efecto la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución “parcial” del contrato administrativo. No ha de ser admitida, pues, la autorización de un porcentaje de subcontratación que alcance el cien por cien del importe de adjudicación o que expresamente permita subcontratar sin límite porcentual alguno.

Por lo demás, el porcentaje de subcontratación se ajusta al importe real del contrato, que de hecho no siempre coincide con el presupuestado, y para la concreción del mismo se han de tener en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, formando, pues, parte de un mismo grupo empresarial o grupo de sociedades. La remisión del artículo 210.2.e), párrafo 2, de la LCSP, al artículo 42 del Código de Comercio así lo determina.

5.2. Condiciones subjetivas del subcontratista: el requisito de la capacidad y la prohibición de contratar

A diferencia de la LCE y del RGC, que guardaban al respecto absoluto silencio, el artículo 116.4 de la LCAP de 1995 estableció que “en ningún caso podrá concertar-

8. En mi trabajo “La subcontratación administrativa”, RAAP, 21 (2002), por relación al artículo 115.2.b) del TRLCAP (que fijó, no obstante, el porcentaje en el 50 por ciento), mantuve la misma opinión. También, A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 115”, en el volumen colectivo *Contratos de las administraciones públicas (comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, I, Abella, Madrid, 1995, p. 557:

“la previsión del Pliego sólo será necesaria cuando –en apoyo de las pymes– se pretenda imponer/autorizar subcontratos de más del 50% del presupuesto del contrato.”

Y, asimismo, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 508:

“Se trata de autorizar directamente y por la propia ley al contratista para subcontratar hasta un 50 por ciento del presupuesto total del contrato, salvo que el pliego de cláusulas le autorice expresamente un porcentaje superior.”

Sin embargo, no era esa el criterio de J.L. GIL IBAÑEZ, *La cesión...*, *op. cit.*, p. 618, que, refiriéndose al artículo 116.2.b) de la LCAP de 1995 –en todo idéntico al artículo 115.2.b) del TRLCAP–, afirmó que la Ley “fija un límite inicial del que no puede exceder el establecido en las cláusulas administrativas particulares”.

se por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar". Se puso así de manifiesto que, a pesar de ser una relación jurídico-privada ajena a la Administración, la incidencia que el subcontrato presenta en la ejecución del contrato administrativo justifica que el legislador pueda imponer determinadas limitaciones a la autonomía contractual del contratista y del subcontratista y que la propia Administración contratante pueda y deba verificar la observancia de las mismas.

La Ley de reforma de 1999 modificó la redacción inicial del artículo 116.4, reforzando las limitaciones,⁹ con lo que el artículo 115.4 del TRLCAP quedó redactado de la siguiente forma:

"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 20, a excepción de su párrafo k), de la presente Ley o que estén incurso en la suspensión de clasificaciones."

Pues bien, el artículo 210.5 de la nueva LCSP, en lo sustancial, reitera esa prohibición. Dice así:

"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 49."

Así pues, el subcontratista ha de tener capacidad jurídica y de obrar para contratar, de acuerdo con las previsiones del Código Civil y del Código de Comercio. Pero, junto a este primer requisito, que no presenta mayores particularidades, las prohibiciones de contratar propias de los contratistas de la Administración (artículo 49 del TRLCAP) se extienden expresamente a los subcontratistas.¹⁰ De este modo, se trata de

9. La LCAP de 1995 no previó de manera expresa la extensión a los subcontratistas del régimen general de prohibiciones para contratar con las administraciones públicas, al referirse únicamente a las personas "incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar". Una laguna que obligaba a forzar la interpretación del concepto mismo de "inhabilitación", a fin de englobar los supuestos de incapacidad y de prohibición: en este sentido, M. FUERTES, *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 50, que, en relación con el término "inhabilitación", afirmó que "en principio, podría decirse que este vocablo no puede referirse más que al cumplimiento de todos los requisitos y condiciones exigidos para el contratista, en concreto, que no esté incurso el subcontratista en ninguna de las prohibiciones que impiden la contratación". La reforma de 1999 solventó este problema, aclarando el alcance general de la inhabilitación para contratar al prohibir expresamente la subcontratación con personas "comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20", si bien con la excepción del previsto en su párrafo k).

10. Al igual que en el TRLCAP, la mayoría de las prohibiciones que prevé el artículo 49 de la LCSP tienen que ver con la capacidad y adecuada solvencia, con la moralidad –relacionada con la comisión de determinados delitos y determinadas infracciones administrativas o con la inobservancia del régimen de incompatibilidades para contratar con la Administración–, con el incumplimiento de contratos anteriores, con el incumplimiento de las obligaciones con la hacienda pública y con la Seguridad Social, etc. Un análisis detallado de las causas determinantes de la prohibición de contratar en el TRLCAP, en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *El contratista de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en especial p. 155 y ss. Asimismo, el estudio ya citado de M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas, in totum*.

impedir el fraude de ley que se produciría en caso de subcontratar con quienes no pueden contratar directamente con la Administración, eludiendo así la prohibición.

5.3. La comunicación a la Administración del subcontrato a celebrar. Los supuestos excepcionales sujetos a autorización expresa de la Administración

Con arreglo a la LCE de 1965 (artículos 59.1 y 82) y su RGC (artículos 185.1, 235 y 280), el contratista debía poner en conocimiento de la Administración (del órgano de contratación) el subcontrato a celebrar, con indicación de las partes de obra a realizar y las condiciones económicas. La referida comunicación tenía la finalidad, explícitamente reconocida, de que la Administración autorizase la subcontratación, a no ser que el contrato administrativo facultase directamente al contratista para subcontratar, en cuyo caso no era necesaria esa autorización singularizada. Necesidad de que fuera autorizada la subcontratación, procediendo así la Administración a controlar de manera reglada, según opinión mayoritaria, la concurrencia de los presupuestos legales a los que se condicionaba la celebración del subcontrato.¹¹ Un sistema, pues, de control administrativo preventivo que, sin embargo, la LCAP de 1995 vino a abandonar con carácter general, sustituyéndolo por una simple comunicación informativa.

No obstante, para valorar adecuadamente el alcance de la modificación, conviene tener presente que, aun cuando la Administración podía denegar la autorización, dado que el subcontrato no pasa de ser un mero pacto *inter privados* en el que las recíprocas prestaciones se desenvuelven exclusivamente entre el contratista de la Administración y el subcontratista, parte de la doctrina consideró que la celebración del mismo sin que mediase esa autorización –por no haberse solicitado o por haberse denegado– no debía afectar a su validez y eficacia, sino que únicamente podía dar lugar a la resolución del contrato entre la Administración y el contratista por incumplimiento de éste último.¹² Una posición esta,

11. Carácter reglado de la autorización que, referida también a la cesión de contratos, ha sido afirmado por el Consejo de Estado en diversas ocasiones. Por todas, en el dictamen de 9 de julio de 1970, ya señaló que la autorización “debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión, que sólo podría negarse en los supuestos que implique infracción legal, o suponga la introducción de circunstancias incompatibles con los fines de la concesión o con su condicionamiento”. Con todo, no han faltado otras posiciones en sentido contrario. Por ejemplo, en la STS de 20 de abril de 1992 (Aranzadi 3925) se mantuvo que la “Administración es totalmente libre para [autorizar] o no según tenga por conveniente”. En la doctrina, entre otros trabajos, *vid.* A. JIMÉNEZ-BLANCO, “La cesión de los contratos administrativos”, en *Poder Judicial*, 4 (1986), p. 156 y ss., y A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 115”, *op. cit.*, p. 555.

12. En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 738, “en el supuesto del subcontrato, la falta de autorización no enerva la eficacia del mismo en cuanto pacto *inter privados*, aunque pueda dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista”, marcándose así la diferencia con la falta de autorización en la cesión del contrato administrativo, pues, en este caso, “la autorización previa de la misma tiene carácter esencial, ya que sin ella no puede operar siquiera la sustitución de la persona del contratista que la cesión pretende”.

por lo demás, a la que no parece que fuera oponible lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil,¹³ pues la mera discordancia o contradicción con la Ley no siempre determina la nulidad del acto. Como ya advirtiera De Castro y Bravo, en tales casos es preciso estudiar cuál es el significado y fin de la correspondiente ley, por cuanto “hay [...] bastantes casos en que la Ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad: así, por ejemplo, cuando la Ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señala otro tipo de sanción más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión”. Y es que, tal como puntualizara el ilustre civilista, “el Derecho moderno, en los negocios jurídicos acude sólo en último extremo a la declaración de su nulidad (*favor negotii*) y los salva de ella –según los casos– mediante la interpretación correctora y la figura de la conversión”.¹⁴ De este modo, dado que la autorización administrativa tenía por finalidad última asegurar la correcta ejecución del contrato administrativo, la validez del subcontrato no debía verse afectada por el hecho de haberse celebrado sin dicha autorización. La falta de autorización se tenía que proyectar, antes bien, en el propio contrato administrativo: de ahí que la Administración pudiera acordar su resolución por incumplimiento de la obligación legal del contratista de comunicar el subcontrato para obtener la pertinente autorización administrativa o, incluso, por haberlo celebrado a pesar de haber sido denegada dicha autorización.

Si la expuesta era la consecuencia resultante de la falta de autorización administrativa del subcontrato, el cambio que con la LCAP de 1995 y el posterior TRLCAP de 2000 se introdujo apenas presentó trascendencia práctica alguna. El artículo 115.2.a) del TRLCAP, de acuerdo con lo que estableciera la LCAP de 1995, reiteró la obligación de que el contratista comunicase por escrito a la Administración el subcontrato que se propusiera celebrar, con indicación de las partes del contrato administrativo a realizar por el subcontratista, pero no exigió ya, con carácter general, la referida autorización. La autorización administrativa del subcontrato únicamente se mantuvo en relación con los contratos administrativos de carácter secreto o reservado, o cuando la ejecución debiera ir acompañada de medidas de seguridad especiales o lo exigiese la protección de los

También J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo. Tomo III: Contratación administrativa*, Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1983, p. 142:

“en la cesión, la autorización administrativa es requisito esencial para su validez y existencia, en tanto que en la subcontratación su ausencia únicamente posibilita la rescisión posterior del contrato.”

13. Recuérdese su tenor literal:

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

14. *Vid.* su obra *Derecho Civil de España*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1984, p. 536-537. En la misma línea interpretativa, entre otros, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 4ª ed., Tecnos, 1981, p. 236, o J.L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO y J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Parte general de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 227 y ss.

intereses esenciales de la seguridad del Estado. Consecuentemente, a salvo de esos supuestos excepcionales, la comunicación a la Administración pasó a tener una simple finalidad informativa.¹⁵

Pues bien, el artículo 210.2.a) de la LCSP mantiene la obligación de comunicar a la Administración la subcontratación que se proyecte celebrar, diferenciando, a este respecto, dos supuestos.

Por una parte, cuando se prevea en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores habrán de indicar en sus ofertas la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando, a tal efecto, su importe y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas [artículo 210.2.a) de la LCSP]. De este modo, el contratista queda vinculado a su oferta y, por tanto, deberá subcontratar en los términos a los que se hubiere comprometido.

No obstante, esta regla general queda modulada. Y es que, de acuerdo con el artículo 210.2.c) de la LCSP, el contratista puede comunicar la necesidad de introducir cambios en la subcontratación proyectada, justificándolo debidamente, y si la Administración no se opone a los mismos en el plazo de veinte días desde la notificación, la subcontratación podrá celebrarse. Incluso, el párrafo 2 del mismo artículo 210.2.c) admite que “bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su adopción es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente”.

Por otro lado, aunque nada se haya previsto en los pliegos, la celebración de subcontratos obliga al contratista a comunicar anticipadamente por escrito la intención de celebrarlos, con indicación de las circunstancias y demás datos que enumera el artículo 210.2.b) de la LCSP.

Queda establecida, por tanto, la obligación de comunicar a la Administración la intención de subcontratar o los cambios que sobrevenidamente se pretendan introducir en la subcontratación inicialmente prevista en la oferta. Una obligación que tiene básicamente carácter informativo, pero que también plantea la cuestión de las consecuencias anudadas a su incumplimiento. En este sentido, aunque en el artículo 210.2.c) se dice que “no podrán celebrarse” los subcontratos hasta que transcurran veinte días desde la notificación, e, incluso, se utiliza la expresión “salvo que con anterioridad hubieren sido autorizados expresamente”, de acuerdo con lo antes expuesto parece más adecuado entender que el incumplimiento de la carga de comunicar, así como el cumplimiento defectuoso –por no expresar debi-

15. El propio legislador también lo estableció al referirse a la subcontratación en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. Su artículo 42 estableció, en efecto, que “en el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros”. Y añadía: “Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo, correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante.”

damente los requisitos y contenido de la misma–, en caso de no ser subsanado, más que determinar la nulidad del subcontrato, lo que conlleva es el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones legales y contractuales respecto de la Administración. Un incumplimiento que podrá dar lugar a la imposición de penalidades (de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato), tal como dispone el artículo 210.3 de la LCSP,¹⁶ sin descartar que, conforme al artículo 206 de la LCSP, pueda entenderse que la Administración queda facultada para resolver el contrato administrativo.¹⁷

Por otra parte, esa comunicación a la Administración o, incluso, la autorización que, como de inmediato veremos, en determinados supuestos ha de otorgar, no altera para nada la responsabilidad exclusiva del contratista ante la Administración (artículo 210.4, párrafo 2, de la LCSP).

Por último, al igual que el TRLCAP, para algunos supuestos concretos, el artículo 210.2.d) de la LCSP condiciona la subcontratación a la autorización expresa de la Administración. Se trata, en concreto, de aquellos supuestos en los que la subcontratación se realice en contratos de carácter secreto o reservado o en contratos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o reglamentarias, o, en fin, cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

5.4. Otros requisitos: la obligación de que el contratista informe de la subcontratación a los representantes de los trabajadores

La subcontratación comporta también que el contratista tenga que informar de la misma a los representantes de los trabajadores. El artículo 210.6 de la LCSP lo establece en los siguientes términos:

“El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.”

16. Dice así:

“La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior 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 por ciento del importe del subcontrato.”

17. Establece el artículo 206 que “son causas de resolución del contrato: [...] g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”. También para A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 116”, *op. cit.*, p. 557:

“el incumplimiento por parte del contratista de efectuar ésta comunicación no afecta a la validez de la subcontratación, pero es causa de resolución del contrato por incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales.”

Sin embargo, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 509, parecen dudar de que la inobservancia de la obligación de comunicar el subcontrato pueda considerarse como un supuesto resolutorio reconducible a la categoría de “obligaciones contractuales esenciales” de la letra g) del actual artículo 111 del TRLCAP.

6. Las garantías de pago a subcontratistas y suministradores

6.1. La inicial previsión del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995

Para una mejor exposición del sistema de garantías de pago a subcontratistas y suministradores que establece el artículo 211 de la LCSP, conviene recordar que en el artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995 se localizó la novedad de mayor calado y relevancia en el régimen de la subcontratación por relación a la LCE de 1965. Su tenor literal, que fue reiterado por el artículo 115.2.c) del TRLCAP,¹⁸ era el siguiente:

“La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 100.4 para las relaciones entre Administración y contratista.”

Así pues, la garantía de pago del precio pactado a los subcontratistas y suministradores consistió en imponer al contratista la obligación de proceder a ese pago en los plazos y condiciones que no fueran más desfavorables que los establecidos en el artículo 100.4 para las relaciones entre Administración y contratista. Ello supuso que, en principio, el contratista debía proceder al pago de las prestaciones del subcontratista en un plazo máximo que no excediese de dos meses, procediendo, en otro caso, el abono del interés de demora consistente en el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.¹⁹ No obstante, dado el contenido de la garantía de pago prevista a favor de subcontratistas y suministradores, la regulación necesitaba de alguna precisión. Tal sucedía con la fijación del momento en que debía iniciarse el cómputo del plazo de dos meses para que el contratista procediese al pago del precio, pues, de acuerdo con el referido artículo 100.4, en los contratos administrativos de obras el inicio del cómputo del plazo quedaba fijado en la fecha de expedición de las certificaciones de obra –sin perjuicio del plazo especial del artículo 148 de la misma LCAP para la liquidación y abono del saldo resultante en los contratos de obras, fijado en seis meses a contar desde la fecha del acta de recepción– y, en los restantes

18. Analicé en detalle la génesis parlamentaria del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995 en mi trabajo “La subcontratación administrativa”, RAAP, 21 (2002), p. 35 y ss.

19. El artículo 100.4 de la LCAP de 1995 estableció, en concreto, que “la Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses 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 148, y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas”. Hay que tener en cuenta, de todas formas, que el artículo 100 de la LCAP incorporó otras reglas complementarias, a las que, sin embargo, no alcanzó la remisión del artículo 116.2.c): así, la demora superior a cuatro meses en el pago desde el nacimiento de la obligación de pago podría determinar la suspensión del cumplimiento del contrato, si bien debería notificarse tal circunstancia a la Administración con un mes de antelación (artículo 100.5); y para el caso de una demora superior a ocho meses, el artículo 100.6 facultaba al contratista para resolver el contrato, con resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen.

contratos administrativos, en la fecha de expedición de los correspondientes documentos que acreditasen la realización total o parcial del contrato.²⁰

Ahora bien, ¿eran aplicables esos criterios sin más a los contratos privados entre contratista y subcontratista? En los subcontratos de obras, el inicio del plazo no debía ser, obviamente, el de la expedición de las certificaciones de obras, por cuanto, si así fuera, el pago por el contratista al subcontratista no lo sería ya, como mínimo, en el plazo de dos meses desde que éste cumple su prestación contractual, sino que ese plazo necesariamente se dilataría al momento del cumplimiento del contratista frente a la Administración y a que ésta expidiese el correspondiente certificado de obra. Y lo mismo cabe afirmar respecto de los restantes contratos. En este sentido, debe tenerse presente que el artículo 116.2.c) de la LCAP no estableció que el pago por el contratista al subcontratista del precio pactado debiera hacerse, en todo caso, en el plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que el contratista hubiera ejecutado la obra y la Administración expedido el certificado de obra. No. Lo que estableció es que los plazos y condiciones de pago no habrían de ser “más desfavorables” que los que la Ley establece para las relaciones entre la Administración y el contratista, de manera que, por comparación con los plazos y condiciones previstos para esas relaciones jurídico-administrativas, el contratista debería pagar antes del vencimiento de los dos meses desde que el subcontratista cumpliera sus obligaciones contractuales, devengándose a partir de ese momento, en caso de incumplimiento, el interés de demora fijado en el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.

Siendo esto así, y dado que la relación entre contratista y subcontratista no dejaba de ser una relación contractual privada, sometida al Derecho privado, habría que estar al artículo 1100 del Código Civil, según el cual “incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”, aunque, tal como puntualiza el mismo precepto, “no será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente”. Y complementariamente a lo dispuesto en el artículo 1599 del mismo Código: “si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.” Por ello, bien pudo mantenerse que la mora del contratista se iniciaba, sin necesidad alguna de intimación, transcurridos dos meses desde que el subcontratista cumpliera con su obligación (entrega de la obra o entrega de la cosa) sin que aquél hiciera efectivo el pago del precio.

Por otra parte, debe también recordarse que el artículo 116.2.c) de la LCAP extendió la garantía de pago en las condiciones señaladas no sólo a los subcontratistas, sino también a los suministradores de los contratistas de la Administración. Esa referencia a los suministradores se introdujo a raíz de una enmienda del grupo parlamentario popular que propició otra transaccional del socialista, consistente en mencionar junto a los subcontratistas a los suministradores. Quedaron así equi-

20. Téngase en cuenta que el artículo 100.4 de la LCAP de 1995 fue modificado por la Ley de reforma de 1999, afectando la modificación a los plazos especiales previstos, por remisión a otros artículos, para la liquidación del contrato de obras.

parados subcontratistas y suministradores, aunque la equiparación lo fuera a los únicos efectos de la aplicación de las condiciones y plazos de pago del precio pactado, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, en estrictos términos, los suministradores no proceden a la ejecución directa y por sí mismos de determinadas partes del contrato administrativo.

Por lo demás, esa asimilación a los indicados efectos no parece que se extendiera a cualesquiera suministros y suministradores o proveedores del contratista de la Administración. Baste decir que si se hubiera pretendido extender esa garantía a todo tipo de suministros y suministradores de los contratistas de la Administración, sencillamente por el mero hecho de ser tales, la correspondiente previsión debería haberse desvinculado de la subcontratación, configurándola de manera autónoma y diferenciada. Pero es que, además, la extensión de las referidas condiciones de pago a los suministradores con ocasión de regular los requisitos a los que debe ajustarse la celebración de los subcontratos es un dato bien significativo de que la garantía necesariamente quedó referida a aquellos contratos en virtud de los cuales se suministrasen a los contratistas medios materiales para la ejecución de concretos y determinados contratos administrativos. En otro caso, la garantía de pago a los suministradores y proveedores de los contratistas, desvinculada del hecho de que el suministro lo fuera para la ejecución de un contrato administrativo, hubiera exigido cuando menos un tratamiento sistemático bien distinto al que se observó. Otra interpretación habría llevado a la aplicación de la garantía a supuestos totalmente ajenos, directa o indirectamente, a la contratación con la Administración.²¹

6.2. La reforma de 1999 y el TRLCAP de 2000. Consecuencias y efectos

La reforma de la LCAP en 1999 incorporó nuevas garantías del pago a los subcontratistas. Nuevas garantías que, al añadirse a lo previsto por el artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995, dieron lugar a algunos problemas interpretativos.²²

21. Nada impide, sin embargo, que, por razones últimas de equidad, en otro contexto y desvinculadamente de la contratación administrativa, el legislador pueda atender a la situación de los proveedores y suministradores de determinadas empresas de construcción y obras para establecer un régimen específico de pago, al igual que lo ha hecho en relación con los proveedores de comerciantes: así, el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, del comercio minorista, que, en lo sustancial, dispone que “a falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción”; asimismo, que cuando se acuerden aplazamientos de pago que excedan de los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías “el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago indicada en la factura”, y si el aplazamiento es superior a ciento veinte días, “el vendedor podrá exigir que quede garantizado mediante aval bancario o seguro de crédito o caución”; por último, que “en cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago”, siendo el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses “un cincuenta por ciento superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior”.

22. El artículo 115.2.c) del TRLCAP mantuvo el tenor literal del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995, mientras que el artículo 116 del mismo TRLCAP recogió las nuevas garantías procedentes de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (artículo 116.bis).

La reforma supuso el establecimiento expreso de reglas específicas para el abono de las contraprestaciones realizadas por subcontratistas o suministradores. Como estableciera el artículo 116.1 del TRLCAP, “el contratista se obligará a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación”. Plazos y condiciones que se concretaron de la siguiente manera:

–El contratista debía abonar las facturas emitidas por el subcontratista o suministrador en el plazo de sesenta días desde que diera su conformidad a las mismas (artículo 116.4). Esa aprobación o conformidad debería otorgarse en el plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura, aunque, dentro del mismo plazo, debían formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma (artículo 116.3). Por último, si transcurriesen sesenta días desde la conformidad sin pagar, el subcontratista tendría derecho al cobro de intereses, aplicándose, en concreto, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos (artículo 116.4).

–En cuanto al plazo de pago, se admitió que pudiera convenirse “más allá de los sesenta días” (artículo 115.5, párrafo 1). No obstante, en ese caso, el mismo artículo 115.5 impuso que el pago se instrumentase mediante un documento que llevase aparejada la acción cambiaria y, además, cuando el plazo se fijara en más de ciento veinte días, podría exigirse por el subcontratista o suministrador que el mismo se garantizase mediante aval.

Con la nueva regulación se mantuvo, por tanto, la regla de que los plazos y condiciones de pago del precio pactado por el contratista a los subcontratistas y suministradores no fueran más desfavorables que los establecidos para las relaciones entre la Administración y el contratista, y ya nos consta que, como regla general, la Administración contratante tenía la obligación de abonar el precio “dentro de los dos meses siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato”. Sin embargo, simultáneamente se reconoció que las partes podían pactar plazos de pago más extensos, con lo que, a pesar de las garantías añadidas en tales casos, las condiciones reales de pago podían ser más desfavorables que las previstas para los contratistas de la Administración.

Esa coexistencia de reglas no dejó de ser criticada,²³ aunque, a mi juicio, se trató más bien de flexibilizar el sistema, si bien con una clara contrapartida. Cuando el plazo de pago pactado fuera superior a los sesenta días desde la conformidad de la correspondiente factura, el pago habría de instrumentarse mediante documento que lleve aparejada la acción cambiaria y, además, de pactarse un plazo superior

23. Vid. M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación...*, *op. cit.*, p. 70:

“El nuevo artículo 116, al permitir otros plazos más prolongados parece contradecir la inicial percepción establecida en el artículo 115. Contradicción del legislador que debe criticarse por lo que significa de falta de claridad en el establecimiento de unas previsiones que deben ser diáfanas y no dar origen a mayores conflictos que los ya la naturaleza proporciona. Contradicción que debe censurarse por lo que supone de falta de atención en el largo y costoso procedimiento legislativo lleno de propuestas, memorias, enmiendas, informes y redacciones.”

a ciento veinte días, el subcontratista o suministrador podría exigir que el pago se garantizase mediante aval. El carácter “más o menos desfavorable” para los subcontratistas y suministradores de una u otra opción (pago en plazo no superior a sesenta días, o pago en plazo superior pero con garantías añadidas: acción cambiaria y, en su caso, aval) permitía un margen de apreciación y determinación en función de las circunstancias concretas de cada caso, lo que impedía hablar de reglas contradictorias. En definitiva, tan favorable –más que desfavorable– podía considerarse una alternativa u otra.²⁴

En cualquier caso, resultaba ineludible la regla del pago de intereses de demora, así como las garantías especiales de pago cuando se pactase un plazo superior a sesenta días.

6.3. La transposición de la Directiva 2000/35/CE y la modificación del artículo 116 del TRLCAP

Tras la reforma en 1999 de la LCAP, se aprobó la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L 200 de 8 de agosto de 2000). Una directiva que estuvo precedida de diversas actuaciones del Parlamento y de la Comisión a fin de tratar de solucionar el problema del frecuente incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago.²⁵

Las previsiones de la Directiva quedan circunscritas a los pagos efectuados como contraprestaciones en operaciones comerciales, sin alcanzar a las operaciones en las que intervienen consumidores, ni a los pagos de indemnizaciones por daños o en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio. Además, el

24. Así lo considera al final M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación...*, *op. cit.*, p. 70-71, pues cabe entender que la Ley permite que “sea el propio subcontratista el que considere qué es menos desfavorable para su situación, cómo queda más protegido, si manteniendo los plazos generales que también obligan a la Administración contratante o permitiendo una prolongación del abono de sus prestaciones, con garantías especiales”.

25. Entre otras, Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, adoptada por la Comisión el 12 de mayo de 1995 (DO L 127, de 10 de junio de 1995, p. 19) e Informe de la misma Comisión sobre los retrasos en el pago de las transacciones comerciales (DO C 216, de 17 de julio de 1997, p. 10). El objetivo es claro, tal como resulta de lo declarado en los propios considerandos de la Directiva: ante la constatación de que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas, soportan importantes cargas administrativas y financieras como consecuencia de los dilatados plazos de pago y de la morosidad, determinantes en no pocos casos de una insolvencia que amenaza su propia supervivencia, se trata de combatir esos incumplimientos de los plazos contractuales de pago que resultan económicamente provechosos para los deudores a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y a la lentitud de los procedimientos de reclamación. De ahí que se prohíba el abuso de la libertad contractual en perjuicio del acreedor, teniendo en cuenta a tal efecto que “cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso”.

artículo 2 especifica que se consideran operaciones comerciales “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación”, y por poderes públicos “toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública”.²⁶ De este modo, en lo que ahora interesa, la Directiva será de aplicación a la subcontratación vinculada a la ejecución de contratos administrativos de suministro y de gestión de servicios,²⁷ así como a los contratos que celebren cualesquiera contratistas de la Administración con suministradores y proveedores,²⁸ aplicándose los intereses de demora previstos por el artículo 3 y las demás condiciones relativas a la reserva de dominio (artículo 4) y a los procedimientos de cobro de créditos no impugnados (artículo 5).

Por lo que se refiere a los intereses de demora, el artículo 3 de la Directiva establece un tipo de interés de demora (“tipo legal”) consistente en el “tipo de referencia” (el interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate) incrementado, como mínimo, en siete puntos porcentuales, salvo que en el contrato se especifique otra cosa; un interés de demora al que tendrá derecho el acreedor en la medida en que 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. En concreto, el devengo del interés de demora se producirá a partir del día siguiente a la fecha o al término del plazo de pago que se fije en el contrato, si bien, para el caso de que no se establezca en el contrato la fecha o el plazo de pago, el devengo, sin necesidad de aviso de vencimiento, se producirá, según los casos, treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, o treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios si la factura se hubiere recibido con antelación a la entrega de los bienes o de las prestaciones, o, en fin, treinta días después de la conformidad de los bienes o servicios si se hubiere previsto dicho trámite.

De todas formas, queda abierta la posibilidad de que los estados miembros, para algunos tipos de contratos que ellos mismos habrán de concretar, puedan fijar el plazo de sesenta días para la exigibilidad del pago cuando se obligue a las partes contratantes a no rebasarlo o cuando se fije un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal. Y, asimismo, el acreedor tendrá derecho a reclamar

26. Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE.

27. Dado que la Directiva se refiere a las operaciones comerciales que “dan lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación”, no parece que los subcontratos relacionados con la ejecución de contratos administrativos de obras queden incluidos en su ámbito de aplicación. A falta de otra especificación, así resulta del propio objeto del contrato administrativo de obras (artículo 120 del TRLCAP).

28. Quedan con ello superadas las dificultades que, como ya vimos, se plantean en relación con el alcance de las garantías de pago a los suministradores de los contratistas de la Administración previstas por los artículos 115.2.c) y 116 del TRLCAP.

del deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad en el pago, pudiendo establecer los estados una cantidad máxima para diferentes cuantías de deuda.

La inobservancia de las referidas condiciones de pago y consecuencias de la demora en el mismo determinará que las cláusulas contractuales no sean aplicables o, en otro caso, dará derecho a una indemnización por daños, siempre que, consideradas las circunstancias del caso, dichas cláusulas se estimen manifiestamente abusivas para el acreedor.

Por otra parte, los estados han de garantizar la reserva de dominio (es decir, el mantenimiento por el vendedor de la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio) cuando se haya convenido (artículo 4) y, asimismo, han de posibilitar que, independientemente del importe de la deuda, se pueda obtener un título ejecutivo en un plazo normalmente de noventa días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud del acreedor ante el correspondiente tribunal, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o del procedimiento (artículo 5).

Por último, de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, los estados miembros habían de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 8 de agosto de 2002, sin perjuicio de que pudieran excluirse las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia, así como los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002 y las reclamaciones de intereses de demora de menos de cinco euros.

Sin embargo, el retraso en la correspondiente transposición de la Directiva fue de más de dos años. Finalmente, por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, se efectuó esa transposición, lo que determinó que la propia ley, en su disposición final 1, modificase el artículo 116 y otros preceptos concordantes (artículos 99.4 y 110.4, principalmente) del TRLCAP. Y esa regulación es la que, con algunos cambios no sustanciales, ha pasado al artículo 211 de la LCSP.

6.4. El artículo 211 de la LCSP

6.4.1. Reglas a las que queda sujeto el pago

El artículo 211.2 de la LCSP reitera la regla general de que los plazos fijados para el pago no podrán ser más desfavorables que los previstos para los contratos administrativos en el artículo 200.4 de la LCSP.

No obstante, de inmediato esa regla queda modulada, por cuanto el mismo artículo 211, en su apartado 5, reconoce que también podrán pactarse plazos de pago superiores, siempre que ello no constituya “una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004”, y, además, 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; asimismo, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

Esta regulación de los plazos se completa con la forma en que se habrán de computar, estableciendo, a tal efecto, que se computarán desde la fecha de aprobación

por el contratista de la factura emitida por el suministrador o subcontratista, y que la aprobación o conformidad por el contratista de la factura se deberá otorgar en el plazo máximo de treinta días desde que la misma se le haya presentado.

Por último, respecto de las consecuencias vinculadas al incumplimiento del plazo de pago, el subcontratista o suministrador tiene derecho al cobro de intereses de demora, y, asimismo, tienen derecho a la indemnización por los costes de cobro, en los términos previstos por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas para la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Así pues, la regla general prevista en el artículo 211.2 de la LCSP supone que el plazo de pago será, en principio, el mismo o, en su caso, menor que el establecido para los contratos administrativos. Esto significa que el pago se ha de efectuar en los sesenta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, debiéndose tener en cuenta que “cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de sesenta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación”.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que queda a salvo (“sin perjuicio”) el plazo especial del artículo 205.4 de la LCSP, que establece dos reglas: en los contratos que no sean de obras, la Administración, desde la fecha del acta de recepción o conformidad,²⁹ dispone de un mes para acordar y notificar al contratista la liquidación del contrato y abono, en su caso, del saldo resultante (artículo 205.4); y en los contratos de obras, desde la recepción de las obras, la Administración dispone de tres meses para aprobar la certificación de las obras ejecutadas, abonándose al contratista a cuenta de la liquidación del contrato (artículo 218).

En consecuencia, los plazos de pago para los subcontratistas y suministradores de los contratistas de la Administración serán, como máximo, los siguientes: sesenta días desde la fecha del documento que acredite la realización del contrato o desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios, y sesenta días en los contratos de obras, a contar desde la fecha de expedición de la certificación de obras, sin perjuicio del plazo especial del artículo 218 de la LCSP: recepción de las obras y tres meses para aprobar la certificación final de obras ejecutadas y para el abono a cuenta (o sea, noventa días).

Pues bien, estos plazos máximos de pago, aunque superiores al previsto con carácter subsidiario (treinta días) por la Ley 3/2004, son unos plazos que encuentran cobertura en la propia Ley 3/2004 (y se ajustan, por tanto, a lo previsto por la Directiva 2000/35/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de junio de 2000). En este sentido, no puede considerarse abusiva la previsión de la LCSP que, por remisión, permite que pueda pactarse el pago a sesenta días (aunque quizá sea ya más pro-

29. Con arreglo al artículo 205.2 de la LCSP, se trata del acto formal y positivo de la Administración de recepción o conformidad, el cual debe adoptarse dentro del mes siguiente a la entrega o a la realización del objeto del contrato o, en su caso, en el plazo previsto en el pliego de cláusulas particulares.

blemática la posibilidad abierta, en el contrato de obras, de que el plazo llegue a los noventa días).³⁰

Sin embargo, el propio artículo 211 de la LCSP, tras establecer esos plazos por remisión a los previstos para los contratos administrativos, en el apartado 5 modula la regla, pues admite que las partes podrán pactar plazos de pago superiores (que vayan, pues, más allá de los sesenta o, en su caso, noventa días). Esa libertad de pactos, que permite excepcionar el plazo legal, queda condicionada, no obstante, a que el pacto que amplía el plazo no constituya una cláusula abusiva, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004; y, además, a que el pago, en esos casos, se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación correrán en su integridad de cuenta del contratista e, incluso, el suministrador o subcontratista puede exigir que el pago se garantice mediante aval.

De este modo, surge el problema de si resulta admisible la referida modulación que, como acabamos de ver, aunque con algunas cautelas, admite que el plazo de pago pueda ser superior al plazo que la propia LCSP establece (sesenta días como máximo).

30. Cabe preguntarse si con la referida regla se otorga un trato singular a los subcontratistas y suministradores de los contratistas de la Administración por comparación a cualesquiera otros subcontratistas en las relaciones contractuales entre particulares. A tal efecto debe tenerse en cuenta que la Ley 3/2004 establece el plazo de treinta días, computado de la forma indicada, para el caso de que no se hubiera pactado otro distinto entre las partes dentro del marco legal aplicable. Cabe, por tanto, que las partes puedan pactar un plazo distinto, si bien existe un límite general a esa libertad de pactos, resultante del principio de la prohibición del abuso de derecho. Concretamente, la Ley 3/2004 establece en su artículo 9 que serán nulas las cláusulas pactadas sobre la fecha de pago que difieran del plazo previsto con carácter subsidiario por la propia ley (treinta días), cuando “tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio”, puntualizándose, además, que “no podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos”. Y el mismo artículo 9.1, apartado 2, de la Ley 3/2004, aún incorpora alguna indicación o criterio añadido para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor (en nuestro caso, el subcontratista o suministrador): para esa determinación “se tendrán en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago” [de treinta días]. Por último, el apartado 3 del mismo artículo 9.1 complementa la cuestión, dando entrada a otro criterio, al que también debe estarse para determinar si la cláusula es abusiva: “se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula [que establece un plazo distinto –superior– a treinta días] sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor”; o, asimismo, también “si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas más condiciones de pago que no están justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas”.

Cabe afirmar, por tanto, que, efectivamente, con la regulación establecida en la LCSP se da un trato singular a los subcontratistas y suministradores de los contratistas de la Administración respecto de los demás subcontratistas. Sin embargo, ello no plantea, en principio, mayores problemas desde la consideración de la Ley 3/2004. Ésta permite que se pacte un plazo distinto a treinta días y que, por tanto, la ley específica aplicable al contrato (subcontrato) pueda habilitarlo; y, además, los plazos previstos por la LCSP no pueden considerarse abusivos, atendiendo a los criterios previstos por el artículo 9.1 de la LCSP.

El problema, de todas formas, ya se planteó con ocasión de la nueva redacción que al artículo 116.4 y 5 del TRLCAP de 2000 dio la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (disposición final 1.3), por cuanto expresamente permitía el establecimiento de plazos superiores a treinta, yendo más allá de los sesenta o, incluso, de los ciento veinte días. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su dictamen 5/05, de 11 de marzo,³¹ señaló que, si bien la disposición final 1 de la Ley 3/2004, con la modificación del TRLCAP, ha excluido la libertad de pactos en cuanto a los plazos de pago y a los tiempos de demora en los contratos de las administraciones públicas, esa libertad se mantiene en las relaciones entre contratistas y subcontratistas y suministradores, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 116 del TRLCAP, ya que se trata de entes ajenos a la Administración no sometidos a sus reglas. En otras palabras, mientras que la regulación legal de los plazos prevista tras la modificación del TRLCAP no pudo ya quedar excepcionada por la Administración en virtud de una supuesta libertad de pactos, no sucedió lo mismo con los contratos entre contratistas de la Administración y subcontratistas o suministradores.

Pues bien, ese artículo 116.5 del TRLCAP, en la redacción dada por la disposición final 1 de la Ley 3/2004, se ha considerado “directa y frontalmente contrario al Derecho comunitario”,³² ya que la Directiva comunitaria objeto de transposición por la Ley 3/2004 dispone en su artículo 3.2 que “en el caso de algunos tipos de contrato que deberá definir la legislación nacional, los estados miembros podrán fijar el plazo de exigibilidad de pago de los intereses en un máximo de sesenta días cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal”. Consecuentemente, a la vista de esta previsión, se ha dicho que la posibilidad que abría el artículo 116.5 del TRLCAP difícilmente podía ser compatible con la norma comunitaria, que establece como máximo y excepcional el plazo de sesenta días. De manera que, con las propias palabras de Soriano García, “reconocer plazos que superen cuatro veces [...] el plazo legal es simplemente una *provocatio ad impugnandum*”. En definitiva, frente a la interpretación de la Junta Consultiva, el referido artículo 116 del TRLCAP no ampararía ninguna libertad de pactos.³³

Sin embargo, lo cierto es que el mismo artículo 116 del TRLCAP, en su apartado 5, admitía plazos superiores, si bien, como contrapartida, articulara para tales casos algunas garantías. Que ello no se considerase suficiente y que esa posibilidad de ampliar el plazo consagrara el abuso y fuera totalmente contraria al

31. Ha dado cuenta detallada del mismo J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid, 2006, p. 179 y ss.

32. Vid. J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...*, *op. cit.*, p. 190.

33. En ese sentido, J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...*, *op. cit.*, p. 195, ya que, al utilizar-se el término verbal “deberá”, es claro y meridiano que el contratista queda obligado a pagar en los términos del artículo 4 de la Ley 3/2004, esto es, en los treinta días a partir de la factura.

Derecho comunitario, es cuestión distinta sobre la que se han vertido argumentos de cierta consistencia.³⁴

Pues bien, sobre la base de estos antecedentes, estamos en condiciones de valorar el alcance del nuevo artículo 211 de la LCSP y su adecuación a la Directiva comunitaria 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000.

Por de pronto, debe observarse que no se establece ya el plazo de treinta días (que por remisión al artículo 4 de la Ley 3/20004 establecía el artículo 116.4 del TRLCAP), sino que ahora el plazo es de sesenta días (que es el plazo previsto en el artículo 200.4 de la LCSP), sin perjuicio del plazo especial que establece el artículo 205.4 de la misma LCSP. Ha quedado, por tanto, ampliado el plazo, aunque ello es posible de acuerdo con la Directiva (artículo 3.4).

No obstante, ese mismo plazo de sesenta días puede, a su vez, ampliarse. El artículo 211.5 lo reconoce abiertamente (“el contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo”). Sin embargo, y a diferencia del artículo 116.5 del TRLCAP, no se hace ya alusión concreta a que la ampliación pueda serlo por más de sesenta o, incluso, más de ciento veinte días, aunque se reitera, en los mismos términos, la condición a la que la misma queda sujeta, concretamente a que el pago se instrumente mediante documento que lleve aparejada la acción cambiaria y, en su caso, se otorgue aval.

En todo caso, el artículo 211.5 de la LCSP sí establece (lo que no figuraba en el artículo 116 del TRLCAP) que el pacto por el que se amplíe el plazo de sesenta días no puede constituir “una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”. De este modo, la cuestión a dilucidar es si el pacto de plazos superiores a sesenta días puede considerarse una cláusula abusiva. Y, como ya hemos visto, para alguna opinión doctrinal,³⁵ todo plazo superior a sesenta días debería considerarse una cláusula abusiva y, por tanto, contrario a la Directiva comunitaria.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 211 de la LCSP establece que los plazos “se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o suministrador”, y en el apartado 3 añade que “la aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura”, debiéndose formular, en su caso, los motivos de disconformidad en el mismo plazo”.

34. Esa es la posición que ha adoptado J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...*, *op. cit.*, p. 198 y ss. A su juicio, la previsión del artículo 116.5 del TRLCAP pudo haberse debido a que el legislador entendió que la Administración era libre de pactar y, en ese caso, con mayor razón deberían poder hacerlo los contratistas con sus subcontratistas y suministradores. Sin embargo, en la contratación administrativa “ni los plazos ni los tipos son libres, sino que se integran legalmente por aplicación inmediata de lo dispuesto en la disposición final primera [de la Ley 3/2004]”, razón por la cual, teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 115.2.c) del TRLCAP, “la única conclusión plausible es que el artículo 116.5, párrafo primero, es un precepto contradictorio con la propia ley y con la Directiva con la que conforma un binomio jurídico inescindible”.

35. J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...*, *op. cit.*

En realidad, en este particular extremo se ha reiterado la regulación que estableciera el artículo 116.2 del TRLCAP, ya que, con arreglo a la misma, el contratista disponía al menos de treinta días para otorgar su conformidad a la factura emitida por el subcontratista o suministrador (acto de aprobación) y a partir de ese momento de otros treinta días para el pago. De este modo, el plazo para abonar la factura quedaba ampliado a sesenta días, siempre que, además, no se formulase por el contratista reparo o disconformidad dentro de esos treinta días. Lo que sucede, no obstante, es que, con la actual regulación, el plazo total aún se ha alargado más, ya que a los treinta días para la conformidad se deben sumar los sesenta días del plazo previsto para el pago.

Llegados a este punto, puede decirse que la regulación de las garantías de pago en la LCSP resulta continuista por relación a la del TRLCAP tras la modificación de 2004, si bien no es menos cierto que se han introducido algunas modificaciones que, no viniendo a corregir los defectos e incongruencias anteriores, claramente favorecen a los contratistas en detrimento de los subcontratistas y suministradores. Lo que no es óbice para considerar que la señalada regulación supone la consolidación de un importante avance, siempre que en la práctica se logre su efectiva aplicación.³⁶

6.4.2. Consecuencias vinculadas a la demora en el pago

6.4.2.1. El interés de demora. Requisitos para su exigibilidad y cuantía

Establece el artículo 211.4 de la LCSP que “en caso de demora en el pago, el subcontratista o suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y las indemnizaciones por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”.

Ningún cambio se ha introducido en este extremo por relación a lo que ya estableciera el artículo 116.4 del TRLCAP, tras su modificación por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, para que sean exigibles los intereses de demora que la propia ley establece es preciso que el acreedor, habiendo cumplido sus obligaciones contractuales, no haya recibido a tiempo la cantidad debida, sin perjuicio de que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso.

¿Cuándo podrá considerarse que no es responsable del retraso? Desde luego, no quedará exento de responsabilidad por el hecho de que, a su vez, la Administración se haya retrasado en el pago. La relación entre la Administración y el contratista es independiente de la relación entre éste y el subcontratista o suministrador, sin que las incidencias que en aquélla puedan producirse sean trasladables a ésta.

36. Sobre el papel fundamental que puede cumplir la legitimación reconocida a entidades representativas para reaccionar frente al establecimiento de cláusulas abusivas, así como sobre la necesidad de articular un proceso adecuado para exigir judicialmente el abono de las cantidades debidas, J.E. SORIANO GARCÍA, *Lucha contra la morosidad...*, op. cit., p.153 y ss. y 203.

En cuanto a la cuantía del interés de demora, debe recordarse que, según el artículo 7 de la Ley 3/2004, al que se remite el artículo 211.4 de la LCSP, “el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal será el que se establece en el apartado siguiente”.

No obstante, esa libertad de pactos para fijar los intereses de demora, separándose de los legalmente previstos, también tiene límites. Una vez más lo ha señalado Soriano García:

“Desde el momento en que se separen los tipos de interés de los previstos, bien directamente, bien mediante estratagemas (como considerar incluidos los intereses en la factura remitida con un plazo exorbitante), la Ley [Ley 3/2004] entiende que nos encontramos ante una situación de abuso y que como tal es nula. La separación del patrón legal de los intereses tal como los define la norma tiene que estar justificada. Justificación que vuelve a recaer sobre el deudor. Y separarse de los mismos es claramente una vulneración de la norma, rechazable desde este texto legal y sancionada con nulidad, integrable al final por el juez.”³⁷

Por lo demás, y sin perjuicio de ese límite general a la posibilidad de pactar un tipo de interés distinto al legalmente previsto, la finalidad de la remisión del artículo 211.4 de la LCSP a la Ley 3/2004³⁸ no parece que sea la de habilitar a las partes para que puedan pactar un tipo de interés distinto (más bajo) al previsto por la propia Ley 3/2004, sin perjuicio de que ésta admita, con carácter general, que el interés legal sea subsidiario del que, en su caso, hayan pactado las partes. En otro caso, hubiera sido lógico que el artículo 211.4 hubiera dispuesto que el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora “pactados” y, a falta de pacto, al cobro del interés legal previsto por la Ley 3/2004. Al igual que, en orden al plazo de pago, el artículo 211.5 expresamente reconoce que “el contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores”, bien podría haberse hecho similar puntualización respecto de los intereses de demora. De ahí que la omisión del legislador no pueda entenderse sino como reconocimiento claro que, en materia de intereses de demora, no hay posibilidad alguna de pacto.

Por otra parte, en los contratos de la Administración, el artículo 200.4 de la LCSP también se limita a declarar la obligación de la Administración que se demore en el pago a abonar “los intereses de demora [...] en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre”, sin que se reconozca la posibilidad de pacto alguno en la fijación de esos intereses de demora.

Por consiguiente, resulta razonable considerar que queda excluida la posibilidad de pactar un interés de demora distinto al legalmente previsto. No otra cosa resultaba, por lo demás, de lo dispuesto por el artículo 116.4 del TRLCAP antes de la reforma de 2004. Su tenor literal era taxativo:

37. *Op. cit.*, p. 147.

38. Recuérdese el tenor literal: “En caso de demora en el pago, el subcontratista o suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora [...] en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.”

“En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de intereses. El tipo de interés que se aplicará a las cantidades adeudadas será el legal del dinero, incrementado en 1,5 puntos.”

Un tipo de interés que, aun cuando fuera notablemente inferior al actual, se aplicaba de manera directa.

Descartado que puedan pactarse intereses de demora distintos a los legalmente previstos, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 3/2004, “el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales”. Y aún añade en el párrafo siguiente que “por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo”. Además, “en el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta”. En cualquier caso, “el tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación”, quedando obligado el Ministerio de Economía y Hacienda a publicar semestralmente en el BOE el tipo de interés resultante de aplicar la referida norma.³⁹

6.4.2.2. Indemnización por los costes de cobro

El subcontratista o suministrador también tienen derecho, en caso de demora en el pago, a la indemnización por los costes de cobro. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, a la que se remite el artículo 211.4, los costes de cobro deberán ser acreditados por el acreedor, y para su determinación “se aplicarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal”, sin que la indemnización pueda superar, en ningún caso, “el 15 por ciento de la cuantía de la deuda, excepto en los casos en que la deuda no supere los 30.000 euros, en los que el límite de la indemnización estará constituido por el importe de la deuda de que se trate”. Aun añade el párrafo 2 del mismo artículo 8.1 que “no procederá esta indemnización cuando el coste de cobro de que se trate haya sido cubierto por la condena en costas del deudor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241 a 246 y 394 a 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”.

6.4.2.3. La instrumentación del pago mediante documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria y la garantía del pago mediante aval

Por último, admitido que puedan pactarse plazos de pago superiores a los previstos por la propia ley, el artículo 211.5 exige que, en tales casos, el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambia-

39. En la actualidad, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2008 es el 11,20 por ciento (Resolución de 2 de enero de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, BOE de 7 de enero de 2008).

ria y cuyos gastos de descuento o negociación correrán en su integridad de cuenta del contratista. Y queda, asimismo, abierta la posibilidad a que el subcontratista o suministrador pueda también exigir que el pago se garantice mediante aval.

De este modo, mientras que la garantía de la acción cambiaria es ineludible, el aval se configura como facultativo.

