

La subcontratación administrativa*

Juan Luis de la Vallina Velarde
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 2.1. *La Ley de Contratos del Estado de 1965 y disposiciones complementarias.* 2.2 *La reforma de la contratación administrativa: la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.* 2.3 *La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*—3. RAZÓN DE SER DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-PÚBLICA DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.—4. CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DE LA SUBCONTRATACIÓN. 4.1. *Características propias de la subcontratación administrativa.* 4.1.1. El control administrativo de la subcontratación. 4.1.2. Contratos administrativos, susceptibles de ser cumplidos mediante subcontratación. 4.1.3 Limitaciones de la subcontratación administrativa. 4.1.4. Naturaleza jurídico-privada del subcontrato: relaciones funcionales entre el contrato administrativo y el subcontrato. 4.1.5. La garantía de pago del subcontratista: carácter de la normativa al respecto. La acción directa en aplicación del artículo 1.597 del Código civil.—5. VALORACIÓN DOGMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

1. CONSIDERACIONES

Las últimas regulaciones de la contratación administrativa han traído al primer plano la fórmula de la subcontratación. Aunque hayan sido motivaciones de orden metajurídico las que han hecho que la subcontratación haya sido una de las grandes cuestiones objeto de los debates parlamentarios de las últimas reformas de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas¹, es lo cierto que ello no ha dejado de plantear problemas de indudable calado jurídico.

* Este estudio será incluido en el libro Homenaje al profesor Eduardo Roca, Catedrático de Derecho Administrativo, con motivo de su jubilación.

¹ *Vid.*, en tal sentido, F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva ley», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. Coordinador R. GÓMEZ-FERRER (Madrid 1966), pp. 53 ss. especialmente pp. 95-97.

Ciertamente, ha sido la presión sobre la opinión pública y los grupos que actúan como subcontratistas y suministradores de las grandes constructoras, en defensa de sus reivindicaciones económicas, lo que ha llevado al legislador a ocuparse de las relaciones subcontractuales administrativas, con los consiguientes efectos jurídicos. Situación que no ha escapado a la consideración doctrinal, tanto por parte de los comentarios sistemáticos de la Ley² como de estudios específicos³.

La distorsión que supone que una relación estrictamente privada, regulada por el Derecho civil, como es la que mantiene el contratista sea objeto de regulación por Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, por el Derecho administrativo, no sólo plantea cuestiones y dudas desde un punto de vista práctico, que ha obligado a dirigir sobre ellas la atención, sino que arrastra repercusiones desde la vertiente dogmática jurídico-pública⁴.

2. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La regulación jurídica de la contratación administrativa, en sus normas primitivas no contemplaba la figura de la subcontratación. Ni el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública en su redacción de 20 de diciembre de 1952 (que básicamente disciplinaba los procedimientos de selección de contratistas), ni el Pliego de Condiciones de 13 de marzo de 1903, hacían referencia a la subcontratación⁵. Tampoco la legislación local —que en materia de contratación en muchas ocasiones ha ido por delante de la normativa estatal— contenía regulación alguna en relación a la subcontratación; el Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales de 9 de enero de 1953 contemplaba la «novación por cesión de los

² Entre otros, J. SUAY RINCÓN, «La ejecución del contrato», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. Coordinador GÓMEZ-FERRER, op. cit., pp. 416 ss.; J.L. GIL IBÁÑEZ «La cesión de contratos y la subcontratación» en *Derecho de los contratos públicos*. Coordinación de B. PENDÁS GARCÍA (Barcelona 1966), pp. 610 ss.; J.L. CALVO CORBELLA, «De la cesión del contrato y la subcontratación» en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas* (Presidencia del Gobierno, BOE Madrid 1997), pp. 412 ss.; R. SÁNCHEZ MARÍN, «De la cesión de los contratos y de la subcontratación», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Codees. Barcelona 1995, pp. 105-106.

³ J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SÁNCHEZ, «Aspectos jurídico-públicos de la subcontratación administrativa» en la *Actualidad Jurídica Aranzadi* n 443, junio 2000, pp. 1 ss. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación* (Madrid 1997); R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato de obra pública* (Madrid 1983), especialmente pp. 117 ss. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Aspectos de la ejecución: especial referencia del pago del precio de los contratos y el régimen de la subcontratación», en *Contratación administrativa II* (Segundas Jornadas de Valladolid. Madrid 1997), pp. 65 ss.; F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministros* (Madrid 1996), especialmente pp. 171 ss.

⁴ Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Aspectos de la ejecución...», op. cit., p. 67.

⁵ Bajo vigencia de esa normativa L. LÓPEZ RODÓ-A. GUAITA, «Los contratos de obras públicas en España», en *Rev. de Administración pública*, n^o 21, p. 302, pueden afirmar que «salvo que expresamente se haya previsto lo contrario los subcontratados son ignorados por la Administración».

derechos del adjudicatario a otra persona» (art. 52), pero sin referencia alguna a la subcontratación. Así, la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 —que como veremos es la que por primera vez incorpora una regulación específica de la subcontratación— puede indicar, al referirse a la Base VIII, que «...los subcontratos han sido objeto de regulación en esta base, constituyendo una novedad respecto al Derecho que se deroga».

La posible concertación del contratista de la Administración con un tercero, para la realización material de parte del objeto contratado, así como para el suministro de materiales o cualquier otra prestación en orden a la ejecución del contrato principal⁶, comienza a utilizarse en la realidad social al margen de la normativa propia de la contratación administrativa, para regirse en toda su plenitud por el ordenamiento privado, ello manifestación de la autonomía de la voluntad, lo que permite al contratista optar por cumplir personalmente la prestación o utilizar a un tercero para ejecutar algún aspecto de la obligación objeto del contrato.

2.1. *La Ley de Contratos de Estado de 1965 y disposiciones complementarias*

La utilización cada vez más frecuente de la subcontratación, a la hora del cumplimiento del contrato administrativo de obras públicas, especialmente, hizo preciso que el ordenamiento jurídico se ocupase de la relación jurídica entre el contratista de la Administración y los terceros subcontratistas. Fue la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, la que en su Base VIII contempla, junto a la cesión del contrato, la figura del subcontrato, de la siguiente forma:

«La cesión del contrato y el subcontrato requerirán autorización administrativa previa y se sujetarán a los requisitos que se establezcan en orden a garantizar el cumplimiento del contrato y los intereses de la Administración».

Como se ve, en principio, la subcontratación se configura, desde la vertiente jurídico-administrativa en un plano análogo al de la cesión del contrato⁷, exigiendo en ambos casos autorización previa de la Administración⁸.

⁶ Se utiliza la expresión *ejecución del contrato* aun cuando en puridad de lo que se trata es la ejecución de la obligación o prestación en cuanto efecto del contrato.

⁷ La cesión y la subcontratación tienen en común el ser fórmulas de ejecución indirecta o impropia del contrato y por ello suelen regularse y estudiarse conjuntamente. Sin embargo, aun cuando sus afinidades son evidentes (cfr. P. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, Madrid 1973, pp. 291 ss.) como señala SOSA WAGNER, *El contrato público...*, op. cit., pp. 171, «en rigor, poco tienen que ver» ya que las diferencias entre ambas figuras son bien notables; *vid.* al respecto en el plano jurídico-administrativo J.L. VILLAR PALASÍ- J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios del Derecho administrativo III. La contratación administrativa* (Madrid 1983), pp. 142-143 y, en general, R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, op. cit., p. 295.

⁸ La Exposición de Motivos de la Ley de Bases consideraba que «era necesario determinar las condiciones de admisibilidad para garantizar el cumplimiento del contrato y los intereses de la Adminis-

El texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE, en adelante) aprobado por Decreto Legislativo 923/65, de 8 de abril, regulaba la subcontratación, en su artículo 59, dentro de la normativa propia del contrato de obras, en los términos siguientes:

«Salvo que el contrato disponga lo contrario o que de su naturaleza y condiciones se deduzca que la obra ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario, podrá éste concertar con terceros la realización de determinadas unidades de obra.

La celebración de los subcontratados estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes de la obra a realizar y sus condiciones económicas a fin de que aquella lo autorice previamente, a no ser que el contrato faculte ya al empresario a estos efectos.
2. Que las unidades de obra que el adjudicatario contrate con terceros no exceda del 50% del presupuesto total de la obra principal, salvo que se haya autorizado expresamente otra cosa en el contrato originario»⁹.

El reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en sus artículos 184 y 185, reitera la misma normativa de la ley, añadiendo simplemente, en su artículo 186, que,

«Los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución de la obra frente a la Administración con arreglo al proyecto aprobado por la misma, como si el mismo la hubiese realizado».

Dada la configuración y alcance que la regulación del contrato de obras presentaba en la Ley de 1965 (artículo 4, 6 y 84 de la Ley y 7, 208 y 238 del Reglamento General de Contratación), esta regulación de la subcontratación puede considerarse aplicable al resto de los contratos administrativos, salvo que la naturaleza del mismo o sus condiciones excluya tal posibilidad o

tración. Aunque desde un punto de vista económico, tanto la cesión del contrato como la subcontratación deben reputarse favorables en cuanto dan flexibilidad al mercado y permiten la participación de las empresas pequeñas en la ejecución de las grandes obras públicas, desde un punto de vista administrativo es muy prudente someterlas a previas autorizaciones, a fin de que no se originen especulaciones dañosas o subrogaciones de empresarios, contrarias a los criterios que dieron lugar a la perfección del contrato».

⁹ Puede estimarse que nuestro ordenamiento jurídico es ya, desde esta primera regulación, altamente permisivo en orden a la subcontratación administrativa a diferencia de otros sistemas jurídicos, que consagran un principio prohibitivo ya que sólo excepcionalmente se admite, previa acreditación de compatibilidad con los intereses generales. Cfr. R. JURISTO, *La ejecución del contrato...*, op. cit., p. 118. En el Derecho francés la subcontratación está regulada con detalle, tanto desde el punto de vista del interés general como de los terceros subcontratantes en el *Code de Marchés publics* aprobado por D. 64/729, de 17 de julio (art. 2, 186 bis y ter).

presente normativa especial al respecto. Así se establece expresamente para el contrato de gestión de servicios públicos (art. 67 de la Ley y 235 del Reglamento) y para el contrato de suministros (art. 84 de la Ley y 280 del Reglamento).

Esta posibilidad de subcontratar incluso se establecía como obligatoria para el contrato de obra en algún supuesto, tal como aparece contemplada en la Orden de 28 de marzo de 1968 de Clasificación de contratistas de obras del Estado; dicha Orden, dictada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 319 del Reglamento General de Contratación del Estado, establece en su norma 15 que:

Quando en el conjunto de las obras se dé la circunstancia que una parte de ellas tenga que ser realizada por casas especializadas, como es el caso de determinadas instalaciones, podrá establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación al contratista, salvo que estuviera clasificado en las especialidades de que se trate, de subcontratar esta parte de la obra con otro u otros clasificados en el subgrupo o subgrupos correspondientes.

... El importe de todas las obras sujetas a esta obligación de subcontratar no podrá exceder del 50% del precio del contrato».

2.2. *La reforma de la contratación administrativa: la Ley, de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (LCAP, en adelante)*

La reforma del ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa se hacía precisa por un triple orden de consideraciones, donde entran en juego motivaciones de índole política y jurídica¹⁰.

En primer lugar para dar cumplimiento a las previsiones constitucionales contenidas en el artículo 149.1.18 que atribuyen a la competencia del Estado la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas; así lo pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995 en sus primeras líneas: «El artículo 149.1.18 de la Constitución española atribuye al Estado competencia exclusiva para promulgar la legislación básica sobre contratación administrativa, lo que hace obligatorio proceder a una nueva redacción de Ley de Contratos del Estado»¹¹.

¹⁰ Cfr. TESO GAMELLA, «El contrato de obras, gestión de servicios y suministros. Principales novedades de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas» en *Actualidad administrativa* (1996), p. 1123 ss.

¹¹ «No obstante, como reconoce F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate...», op., cit., p. 85, «esos preceptos no obligan a la aprobación de leyes posteriores reguladoras de la contratación...». El carácter de legislación básica lo pueden tener normas anteriores a la Constitución, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional».

Con ello se trata de establecer una regulación de general aplicación a todas las Administraciones públicas¹², dado el significado y alcance que la normativa de carácter básico presenta en el sistema de fuentes jurídicas diseñado por el texto constitucional¹³, que venga a ser —como dice la Exposición de Motivos de la Ley— «un común denominador sustantivo que asegure de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales de todos los españoles, pero reconociendo al mismo tiempo a las Comunidades Autónomas que puedan introducir en la regulación de la materia las peculiaridades que las competencias de su propia autonomía les permite¹⁴.

¹² No obstante y aunque no sea oportuno entrar en su consideración en este momento, el ámbito de aplicación de la ley deja mucho que desear ya que no resulta de aplicación a todo el sector público, puesto que las sociedades mercantiles con capital mayoritario quedan al margen de la regulación de la ley, en una clara manifestación de lo que ha venido denominándose como *huida del Derecho administrativo* por parte de los poderes públicos (cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, «La prohibición de contratar establecida en el artículo 20 A) de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas» en *La Ley* n° 4037,, p. 1 y «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», en *Rev. de Administración pública* n° 140, p. 25 ss.; en general sobre la cuestión *vid.* SAZ CORDERO «La huida del derecho administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas» en *Rev. Administraciones Públicas* n° 133, p. 57 ss.); este tipo de sociedades tan sólo quedan sometidas a lo dispuesto en la Disposición Adicional Sexta de la Ley que se contenta con establecer que «se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con dichos principios». Precepto que ya se encontraba en la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado, incluso con una redacción más precisa y rotunda y que jurídicamente acreditó su falta de virtualidad.

Sobre el ámbito de aplicación de la ley en general, cfr. E. GARCÍA DE ENTERRIA, «Ámbito de aplicación de la ley (arts. 1 a 9 inclusive)», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*. Coordinador R. GÓMEZ-FERRER, op. cit., pp. 107 ss.

¹³ Es de indicar que algunos preceptos carecen del carácter básico, siendo tan sólo «de aplicación en defecto de regulación específica dictada por las Comunidades Autónomas», tal como precisa la Disposición Final Primera, que partiendo del carácter básico de la ley enumera por excepción los que no lo son. El carácter de la normativa básica se extiende también a las normas reglamentarias «cuando constituyan el complemento necesario de dicho carácter respecto de los artículos que lo tienen atribuido conforme a la Disposición Final Primera y así se señale en la propia norma de desarrollo» Disposición Final Tercera), distinguiendo el contenido básico del no básico.

Con carácter general, hay que indicar que el sentido y alcance de la legislación básica se ha ido perfilando por la doctrina del Tribunal Constitucional en numerosas sentencias a partir de la 1/82, de 28 de enero; sobre la problemática que el concepto encierra, *vid.* J. TORNOS, «Delimitación constitucional de la competencia. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución», en *El funcionamiento del Estado autonómico* (Madrid 1999), pp. 129 ss. especialmente 146 ss.

¹⁴ La normativa autonómica en materia de contratación administrativa se refiere normalmente a aspectos organizativos y puramente procedimentales. Así, *Andalucía*, D. 54/87, de 25 de febrero, de creación de la Comisión Consultiva de Contratación administrativa y Orden de 5.1.1987 por la que se crea el Registro de Contratos; *Canarias*, D. 116/86, de 26 de junio, por la que se crea la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma, D. 100/88, de 10 de junio, por la que se establece el sistema de fiscalización previa en materia de contratos de obras: *Cantabria*, D. 30/83, de 25 de abril, sobre normas de funcionamiento del Servicio de Contratación y Compras y D. 45/91, de 18 de abril, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación; *Castilla y León*, D. 74/90, de 17 de mayo, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación administrativa; *Cataluña*, D. 214/86, de 26 de junio, D. 34/91, de 4 de febrero y D. 87/91, de 22 de abril, todos ellos referentes al Registro de Contratos de la Generalidad. *Extremadura*, D. 30/87, de 13 de abril de la Comisión de Compras y D. 18/88, de 22 de marzo, D. 97/88, de 15 de noviembre, sobre Registro de Contratistas; *Galicia*, D. 352/86, de 18 de octubre, por el que se crea el Registro de Contratistas de obras, D. 87/90, de 15 de febrero, sobre Desconcentración de competencias en materia de contratación administrativa; *Islas Baleares*, D. 47/88, de 28 de abril, sobre Contratación de obras, servicios y suministros y D. 31/89, de 31 de marzo, sobre contratación administrativa;

En segundo término, para acomodar la regulación de los contratos públicos a la normativa comunitaria europea, tal como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley. Se trata de incorporar al Derecho interno el contenido de las directrices comunitarias¹⁵, para culminar y dar más cumplida formulación a un proceso obligado por la adhesión de España a la Unión Europea. La adaptación del Derecho europeo se había iniciado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se daba nueva redacción a determinados artículos de la Ley de Contratos del Estado de 1965, así como incorporando a dicho texto legal otros preceptos exigidos por la normativa comunitaria europea¹⁶.

Por último, la reforma venía exigida para establecer las necesarias garantías y controles jurídicos preventivos que aseguran la legalidad y acierto en la actuación del sector público y el recto uso de las potestades y privilegios propios del poder en la gestión patrimonial. El propio Gobierno socialista al remitir el proyecto de ley a las Cámaras lo encuadraba dentro de las medidas encaminadas a lo que denominaba *impulso democrático*, expresión bajo la que eufemísticamente se presentaba ante la opinión pública el intento de atajar y poner freno a los abusos y corruptelas que en aquellos mo-

Madrid, Orden 74/85, de 6 de febrero, de Organización y funcionamiento del Registro de Contratos; *Navarra*, Ley Foral 13/86, de Contratos de la Administración de la Comunidad Foral (se trata de una normativa completa de contratación administrativa, paralela a la Ley de Contratos del Estado), D. 132/88, de 4 de mayo, por el que se crea la Junta de Contratación administrativa y D. 162/91, de 25 de abril, por el que se regula el Registro de Contratos. *País Vasco*, D. 92/81, de 30 de julio, sobre Régimen Orgánico de la contratación, D. 223/86, de 14 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Registros de Contratos y Contratistas, Orden de 16.5.90, de Funcionamiento de la Junta Asesora de la Contratación administrativa; *Principado de Asturias* D. 93/87, de 12 de noviembre, de Registro de Contratos; *Murcia* D. 6/86, de 24 de enero, de Registro de Contratistas de Obras públicas, D. 119/88, de 23 de noviembre, por el que se regula el Funcionamiento y contenido del Registro de Contratos y D. 123/88, de 15 de diciembre, por el que se crea la Junta de Compras; *Valencia* D. 26/87, de 30 de marzo, por el que se crea el Catálogo General de Contratistas.

¹⁵ La Unión Europea ha demostrado, desde sus inicios, una especial preocupación por lograr una contratación pública transparente y competitiva, para luchar contra la corrupción de los poderes públicos. La problemática que presentan los contratos de las Administraciones públicas en el seno de la Comunidad y la escasa cooperación de las Directrices europeas al ordenamiento interno de los Estados se pone de relieve en el *Libro Verde* de la Comisión bajo el título *Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones sobre el futuro* (1996).

Sobre la contratación pública en la Unión Europea, *vid.* M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario* (Pamplona 1996), y J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos, Derecho comunitario y Derecho español* (Madrid 1996).

¹⁶ La adaptación a la normativa europea efectuada por R. D. Legislativo 93/86 resultó insuficiente, haciéndose precisa una reforma más profunda ante la distintas condenas que en materia de contratación fue objeto el Reino de España por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por entender incompatibles con el Derecho comunitario ciertos preceptos de la Ley de Contratos de 1965 (entre otras, las Sentencias del TJCE de 17 de noviembre de 1993 y de 3 de mayo de 1994). Sobre la adecuación del ordenamiento español en materia de contratos administrativos al ordenamiento jurídico comunitario, *vid.* F. SAINZ MORENO, «Los temas objeto de debate...», *op. cit.*, p. 55 ss., y J. M. BAÑO LEÓN, «La Influencia del Derecho comunitario en la interpretación de Ley de Contratos de las Administraciones públicas», en *Rev. de Administración Pública*, 151, p. 11 ss. y A. OJEDA MARÍN, «Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario», en *Rev. Admón Pública*, nº 112, p. 131 ss.

mientos habían alcanzado a supuestos contractuales en centros y organismos claves y vitales de la organización del Estado ¹⁷.

Al margen de estos tres objetivos fundamentales la reforma, dado el tiempo transcurrido desde la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 1965, había de enfrentarse a los problemas derivados de las nuevas características que presentaba la relación contractual y las transformaciones operadas en las empresas constructoras contratistas de la Administración; la aparición de nuevas necesidades y el cambio de circunstancias técnicas, económicas y jurídicas ya habían motivado diversas reformas parciales de la Ley de 1965 (Ley 5/1973, de 7 de marzo; Decreto ley 2/1964; de 4 de febrero, de revisión de precios; Decreto 3637/1965, de 26 de noviembre, sobre contratos en el extranjero, entre otras), hacían preciso refundir en un texto único ¹⁸.

En este último orden de consideraciones es donde se plantea la problemática de la subcontratación. En efecto, en los últimos años la práctica de la subcontratación se había extendido considerablemente ofreciendo situaciones de conflicto que en ocasiones no quedaban reducidas al ámbito estrictamente privado, propio de la relación subcontractual, sino que afectaba y repercutía en el interés general ínsito en el contrato principal celebrado por la Administración pública. Por ello, la situación de los subcontratistas y en alguna medida, también, la de los suministradores de materiales al contratista de la Administración, no podía pasar desapercibida para el legislador; los debates parlamentarios de la ley, tanto en el Congreso como en el Senado, pusieron de manifiesto la preocupación por garantizar debidamente la posición jurídica del subcontratista, especialmente en lo que se refiere al pago del precio de la prestación subcontratada y de los materiales suministrados al contratista principal.

El proyecto remitido por el Gobierno a las Cámaras al regular la subcontratación, en su artículo 114, lo hacía en la línea de la Ley de 1965, sin contemplar la garantía de pago a subcontratistas y suministradores; sin embargo, diversos grupos parlamentarios por vía de la enmienda ¹⁹ entendieron preciso «atemperar la posición dominante de las constructoras hacia suministradores y subcontratistas» y ello constituyó uno de los aspectos más debatidos del proyecto, como ya quedó indicado ²⁰. Fruto del debate fue la

¹⁷ Hasta tal punto esto es así que B. PENDÁS GARCÍA, *Derecho de los contratos públicos*, op. cit., pp. 10 ss., llega a considerar —un tanto exageradamente— que la «lucha contra la corrupción constituye el verdadero espíritu y finalidad de la ley».

Sobre la corrupción administrativa, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración* (Madrid 1995), pp. 37 ss.

¹⁸ A ello alude la Exposición de Motivos de la Ley 1371995 (AP. 1.3). *Vid.* sobre el criterio codificador de la nueva ley, F. SAINZ MORENO, «Los temas de debate...», op. cit., p. 57.

¹⁹ Las enmiendas que sirvieron para llegar al texto aprobado por la vía transaccional fueron, especialmente, la n.º 24 del PNV y la 317 de CIU que venían a tener la misma justificación: la garantía de pago a subcontratistas y suministradores.

²⁰ Cfr. F. SAINZ MORENO, «Los temas de debate...», op. cit., pp. 95 ss. y J. SUAY, «La ejecución...», op. cit., pp. 421-422.

modificación del proyecto en este punto para reforzar la situación de subcontratistas y suministradores»²¹.

El texto aprobado, en su Título VI, dedica la Sección Segunda (art. 116) al subcontrato; precepto que tiene carácter básico y, por consiguiente, de directa aplicación a todas las Administraciones públicas comprendidas en el ámbito de la ley. Su redacción es la siguiente²²:

«1. Salvo que el contrato disponga lo contrario o que por su naturaleza o condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, podrá éste concertar con terceros la realización parcial del mismo.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.

No obstante, para los contratos de carácter secreto o reservado o cuando su 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.

b) Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan el porcentaje que, superior al 50% del presupuesto del contrato, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50%.

c) 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.

²¹ La reforma incorpora a los suministradores a las garantías propias de los subcontratistas cuya relación contractual, aunque no puede ser conceptuada como subcontrato, sí tiene la consideración de contrato accesorio del contrato administrativo, con implicación en la ejecución de éste. La extensión a los suministradores del régimen de pago previsto para los contratistas fue debido a propuesta del grupo Popular, *vid.*, en tal sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Aspectos de la ejecución...», *op. cit.*, pp. 70-71.

²² En la actualidad se trata del art. 115 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas. Por R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, fue aprobado un texto refundido, en virtud de la delegación conferida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (Disposición Final única, ap. 2), incorporando las modificaciones introducidas por dicha Ley 53/1999, así como las resultantes de la Ley 9/1999, de 15 de enero, de Medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos (se encontraban recogidas las normas sobre contratación en su Disposición Adicional Primera, sin que resulte justificado su inclusión, en buena técnica jurídica, dado el carácter y contenido de la ley); las producidas por la Ley 11/1999, de 27 de diciembre, de medidas de disciplina presupuestaria, de las distintas leyes de Medidas Fiscales y de Orden Social (Ley 13/1996; Ley 66/1997 y Ley 50/1998), así como las de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, de Introducción del Euro y las modificaciones derivadas de la Decisión de la Comisión Europea 1999/C 319/08, en aplicación de las Directivas comunitarias y del Acuerdo sobre Contratación Europea 1999/C 379/08, en aplicación de las Directivas comunitarias y del Acuerdo sobre Contratación pública de la Organización Mundial del Comercio.

3. 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.

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con persona incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar».

Este precepto da a la subcontratación categoría jurídica común, ya que la regula en la parte general de la ley aplicable a todos los contratos como consecuencia del cambio de sistemática de la nueva ley con respecto a la de 1965, tal como precisa su Exposición de Motivos (1.4) ²³. Por ello, desde el punto de vista sistemático, no se alcanza a comprender que al regular un tipo concreto de contrato —el de gestión de servicios— se incluya todo un capítulo, con tan sólo un artículo, para indicar únicamente que la subcontratación «solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias»; bien podía haber sido un párrafo de la regulación general contenida en el artículo 116.

La nueva regulación modifica la Ley de 1965 fundamentalmente en dos aspectos:

1) Suprime la exigencia de previa autorización, bastando simplemente —fuera de supuestos excepcionales— ponerlo en conocimiento de la Administración.

2) Garantiza a subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado, al menos en las mismas condiciones que Ley establece para las relaciones entre la Administración y los contratistas ²⁴ (plazo de dos meses siguientes a la fecha de la certificación de obras o del correspondiente documento acreditativo e interés legal del dinero más 1,5 puntos por demora a partir de dicho plazo), tal como se regula en el artículo 100 de la Ley, donde por primera vez se aborda el plazo de pago por parte de la Administración y los intereses legales, en su caso ²⁵; con ello se pretende salir al paso y cortar una situación habitual de demora, tal como ponen de manifiesto las quejas ante el Defensor del Pueblo ²⁶

²³ La Memoria del Gobierno acerca del proyecto de ley indicaba que la Ley de 1995 «quizá por la proyección histórica principal que en la contratación pública tuvo el contrato de obras, construyó su estructura en torno a éste al que dio un tratamiento primordial, aplicando por analogía su regulación a los restantes contratos administrativos. Dada la importancia adquirida en nuestros días por el contrato de suministros y los de consultoría y asistencia y de servicios, especialmente, se ha hecho preciso cambiar el sistema, elaborando una parte general de aplicación común a toda la contratación administrativa».

²⁴ La expresión de la ley «plazo y condiciones que no sean *más desfavorables*», ciertamente no resulta muy afortunada; con razón ha sido objeto de comentarios un tanto irónicos. Vid. F. SOSA WAGNER, *El contrato público...*, op. cit., p. 174.

²⁵ Estas garantías de pago del precio no serán de aplicación cuando el contrato principal haya sido adjudicado con anterioridad a la vigencia de la ley, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Octava de la Ley 13/1995.

²⁶ Vid. *Informe Anual 1996 del Defensor del Pueblo*. Cortes Generales (Madrid 1997), p. 481.

Esta última cuestión fue, como ya quedó indicado, la que motivó mayores debates, junto a la referente al ámbito de aplicación de la Ley, y constituyó el objetivo fundamental perseguido por los diferentes grupos parlamentarios en sus enmiendas relativas a la subcontratación²⁷. Fruto del debate fue la inclusión de esta garantía de pago, ya que el proyecto del Gobierno no lo contemplaba.

A ello se añade la prohibición de subcontratar con personas incursoas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar²⁸.

La nueva Ley en relación al contrato de gestión de servicios públicos admite expresamente la subcontratación indicando que «sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias», tal como ya venía establecido en el artículo 82 de la Ley de 1965 y en el artículo 235. del Reglamento, por el contrario, la ley silencia la cuestión respecto de otros contratos administrativos, entre ellos el de suministro, cuya subcontratación estaba admitida en el artículo 280 del Reglamento General de Contratación del Estado; ante el silencio de la Ley no cabe duda de que nada impide la subcontratación en los diferentes tipos de contratos administrativos²⁹, siempre que su naturaleza (un contrato de consultoría y asistencia, por ejemplo) y condiciones no lo impidan, con observancia de los criterios que al respecto se contienen en la regulación común general.

La reforma de la legislación de contratos de las Administraciones públicas operada por la LCAP al regular el contrato de concesión de obras públicas, como una modalidad del contrato de obras, contempla la posibilidad de que la Administración imponga al contratista lo que denomina cesión a terceros de un porcentaje, al menos, de un 30% del valor total de la obra. El supuesto hay que considerarlo como un verdadero subcontrato de carácter forzoso, aunque la ley no lo configure como tal sino como cesión, lo que no resulta técnicamente correcto. Así lo venía entendiendo la doctrina³⁰ y el legislador fue consciente de ello, como lo prueba la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica la LCAP, al rectificar este punto cambiando el enunciado del artículo de cesión a terceros por subcontratación parcial en las concesiones de obras públicas y manteniendo la redacción del precepto

²⁷ Cfr. J. SUAY. «La ejecución...», pp. 421 ss.

²⁸ Las restricciones que el ordenamiento jurídico establece para poder contratar con las Administraciones se extienden también, con determinadas modulaciones, a la subcontratación; cfr. M. FUENTES LÓPEZ, *El contratista y subcontratista ante las Administraciones públicas*, (Madrid 1997) p. 10. Las restricciones para los subcontratistas se incorporaron por vía de enmienda al proyecto de ley de 1992, que decayó por disolución de las Cámaras y fueron mantenidas en el proyecto remitido por el Gobierno en la Legislatura siguiente.

²⁹ F. SOSA, *El contrato público de suministro*, op. cit., p. 171, no cuestiona la posible aplicación de la subcontratación al contrato de suministro.

³⁰ Vid. J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «Aspectos jurídico-públicos de la subcontratación...», op. cit., pp. 2-3; R. GÓMEZ-FERRER, «El contrato de obras. La concesión de obras públicas», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, op. cit., p. 639. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato...*, op. cit., pp. 96-97.

en iguales términos con el solo cambio de la expresión cesión por subcontratante (art. 131 del Texto refundido de la LCAP).

2.3. *La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de Contratos de las Administraciones Públicas*³¹

La garantía que para los subcontratistas y suministradores supuso la LCAP de 1995 no se consideró siempre suficiente³², como lo prueban diversas iniciativas parlamentarias para reforzar su situación jurídica³³. Ello culmina en la Ley 53/1999 que da nueva redacción a ciertos apartados del artículo 116 y adiciona un artículo 116 bis encaminado a garantizar más adecuadamente el pago a subcontratistas y suministradores³⁴.

Las modificaciones operadas en el artículo 116 (hoy art. 115 del Texto refundido) son correcciones puramente técnicas para dar una redacción más precisa al porcentaje que puede ser objeto de subcontratación (ahora se va a fijar en función del importe de la adjudicación, en lugar del presupuesto del contrato —ap. 2.b—), así como para precisar las condiciones personales del subcontratista (se trata de no incluir como prohibición el no estar clasificado, ni ser necesario acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional, tal como se exigía en la redacción inicial de la Ley.

Por el contrario, el artículo 16 bis sí tiene un mayor alcance (hoy art. 116 del Texto refundido); se trata de regular el pago del precio por parte del contra-

³¹ *Vid.* un planteamiento general de la modificación en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas», en la *Ley* n.º 5026 (3 de abril 2000).

³² Frente a quienes consideraban «discutible o cuando menos criticable que la Ley haya incidido en las relaciones entre el subcontratante y subcontratista» (E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., pp. 109-110), no falta los que consideran que la regulación debería ser más intensa; en este último sentido se manifiesta J. CALVO CORBELLA, «De la cesión...», op. cit., p. 412: «no deja de sorprender... la exigüidad regulatoria de tan destacada figura, apartándose de ejemplos ya arraigados en el Derecho comparado, donde la singularidad del fenómeno económico ha obligado a la promulgación de leyes específicas destinadas a la normación de subcontratación». También en el sentido de una regulación más profunda, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 8ª Ed. (Madrid 1997), p. 758.

Quien se muestra más crítico con la regulación que la normativa de la contratación administrativa contiene acerca de las condiciones de pago al subcontratista en J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I*, 8ª Ed. (Madrid 1996), p. 374, considerando que se trata de una condición anómala tanto desde el punto de vista jurídico (por tratarse de una cuestión estrictamente civil), como en su aspecto funcional económico dado que «la razón de ser de la subcontratación es justamente posibilitar los márgenes a los contratistas, consiguiendo de los subcontratistas unos precios mejores de los que ellos ofertaron y concertaron con la Administración».

³³ Entre otras iniciativas parlamentarias en el tiempo que discurre entre la Ley de 1995 y su modificación en 1999, puede destacarse la proposición de ley prestada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (*B. O. Cortes Generales*, *Senado* de 2 de junio de 1997); en ella se hace notar que los dos años de vigencia de la ley ponen de manifiesto que la garantía de pago a los subcontratistas «no ha tenido virtualidad y eficacia», por lo que se propone reforzar la garantía a través de diversas medidas. La proposición fue defendida en la sesión plenaria del Senado de 24 de junio de 1997 siendo rechazada su toma en consideración (91 votos a favor, 123 en contra y 7 abstenciones).

³⁴ El artículo 116 bis de la Ley 53/1999 constituye el artículo 116 del Texto refundido de la LCAP.

tista principal, limitando en este punto el ámbito de la autonomía de la voluntad de los contratantes del subcontrato mediante normas de obligado cumplimiento. Ello es consecuencia de entender que la reforma llevada a efecto por la redacción de la Ley de 1995 no se estimó satisfactoria en este punto; T. R. FERNÁNDEZ³⁵ lo consideró tan sólo «un primer paso al que deberían seguir otros varios» y llega a hablar de la «redención de la figura del subcontratista de cuya suerte se ha desentendido tradicionalmente la Administración».

En síntesis, la nueva regulación persigue:

1) Fijar de modo preciso el momento para el cómputo del plazo en que debe efectuarse el pago del precio subcontratado. Dicha fecha será la de aprobación por el subcontratante de la factura emitida por el subcontratista o suministrador, que deberá otorgarse en un plazo máximo de 30 días desde su presentación, dentro del cual deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad (aps. 2 y 3).

2) El pago habrá de efectuarse en el plazo de 60 días desde la aprobación de la factura. La demora llevará consigo el pago del interés legal del dinero más 1,5 puntos (ap. 4) (como ya venía establecido en la Ley de 1995).

3) Las partes podrán convenir un plazo de pago mayor «mediante un documento que lleve aparejada acción cambiaria» y cuando dicho plazo supere los 120 días podrá el subcontratista o suministrador exigir, además, que el pago se garantice mediante aval.

Como esta penetración de la regulación jurídico-pública en la relación del subcontrato pudiera interpretarse que afecta a la naturaleza jurídico privada de la misma, tal como venía siendo conceptuada, el legislador se preocupa de pronunciarse expresamente en el sentido de que dicha relación tendrá «en todo caso, naturaleza privada» (ap. 5).

3. RAZÓN DE SER, DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-PÚBLICA DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Ya quedó apuntado cómo la regulación de la situación jurídica de subcontratistas y suministradores en la LCAP obedeció a la progresiva utilización de la fórmula de subcontratación, especialmente a partir de los años ochenta, como consecuencia obligada de las transformaciones operadas en la configuración y estructura de las grandes empresas contratistas de la Administración pública, que en la práctica aparecen convertidas en simples intermediarios entre ésta y los subcontratistas, hasta el punto de venir a convertirse en meros directores de obra. En efecto, las grandes constructoras, dada la complejidad de las obras públicas, por un lado y, por otro, intentando una diversificación y disminución de riesgos y responsabilidades,

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA- T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 8ª Ed. (Madrid 1997), p. 758.

aparecen en gran medida configuradas como organizaciones dotadas de gran solvencia económica pero llamadas a integrar en sus procesos productivos a terceras empresas de menor entidad, a través de los correspondientes contratos; sus plantillas de personal se han reducido hasta un nivel mínimo para acogerse, sistemáticamente, a la vía del subcontrato³⁶. De esta suerte, las grandes empresas —constructoras que son normalmente las adjudicatarias de los contratos administrativos— ostentan una posición dominante frente a medianas y pequeñas empresas que van a actuar como subcontratistas; ello se manifiesta, especialmente, en la demora de los pagos, de forma tal que, en alguna medida, subcontratistas y suministradores están contribuyendo a la financiación de esas grandes empresas, con grave distorsión económica.

Esta situación es la que ha llevado al legislador —ante presión de subcontratistas y suministradores— a ocuparse de regular determinados aspectos de la relación jurídico-privada del contratista de la Administración con subcontratista y suministradores, respondiendo no sólo a la protección de pequeñas y medianas empresas frente a la posición dominante de las grandes constructoras, sino también porque en ello está en juego el interés general que entraña la buena ejecución del contrato administrativo principal. Así, ÁLVAREZ CIENFUEGOS³⁷ indica que «no puede ignorarse que los intereses generales que subyacen en todo contrato administrativo se pueden ver afectados si el contratista, abusando de una posición dominante de mercado, impone condiciones, sobre todo de pago, a los subcontratistas excesivamente desfavorables para éstos. Tal situación puede repercutir negativamente en el cumplimiento del objeto del contrato».

4. CONCEPTUACIÓN JURÍDICA DE LA SUBCONTRATACIÓN

Con buen criterio el legislador prescinde de definir la subcontratación administrativa, tanto en la Ley de 1965 como en el texto vigente de la LCAP. Ante ello debe acudir al concepto elaborado por la teoría general del Derecho, que encuentra en tantas ocasiones su formulación en las nociones propias del Derecho civil³⁸ y que permite su aplicación a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

³⁶ Así se pone de manifiesto en la Proposición de ley presentada, con firma de electores, por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de Comisiones Obreras (*B. O. Cortes Generales, Congreso de los Diputados* de 24 de abril de 2000). Esta iniciativa legislativa persigue no solo garantizar la situación del subcontratista, sino también poner límites a las subcontrataciones y ello tanto en contratos administrativos como en los de carácter privado. Sobre la dimensión socio-económica de los subcontrataciones pueden consultarse los estudios incluidos en «Descentralización productiva y protección del trabajo en los contratos», *Estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno*, (Valencia 2000).

³⁷ J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ. «Aspectos jurídicos-públicos...», p. 3.

³⁸ Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones* (Sevilla 1960).

Entre los civilistas ha sido Ramón LÓPEZ VILAS quien ha estudiado entre nosotros, en profundidad, la institución del subcontrato persiguiendo una concepción genérica y unitaria ³⁹, aunque en este caso hay que indicar que la aportación del Derecho público y concretamente la regulación de la contratación administrativa es altamente significativa, contribuyendo a matizar y precisar el concepto; lo prueba que la obra de LÓPEZ VILAS comprende una primera parte dedicada al estudio de la subcontratación de Derecho público, examinando la regulación que efectuaba la Ley de Contratos del Estado de 1965 y su Reglamento de 1967 ⁴⁰. Ello es así por cuanto que, ciertamente, la importancia y significación que presenta la subcontratación en nuestros días es especialmente notable en el ámbito de la contratación administrativa, donde el cumplimiento normal de alguno de ellos, como el de obras públicas, exige la celebración de subcontrataciones; en efecto, es la compleja realidad social que ofrece la ejecución de las grandes infraestructuras a cargo de la Administración pública, la causa del nacimiento de la normativa de la subcontratación administrativa, tal como se ha visto, incorporando aspectos que vienen a enriquecer la institución en su formulación general.

LÓPEZ VILAS ⁴¹ concibe el subcontrato como «aquel contrato derivado y dependiente de otro anterior de su misma naturaleza que surge a la vida como consecuencia de la actitud de uno de los contratantes, el cual, en vez de ejecutar personalmente las obligaciones asumidas en el contrato originario, se decide a contratar con un tercero la realización de aquellas, en base al contrato anterior del cual es parte».

Desde la vertiente ius-administrativista. R. JURISTO SÁNCHEZ ⁴² lo define, en relación al contrato de obras públicas, como aquel «por el cual una de las partes, que es contratista de la Administración, encomienda a su vez a otra parte denominada subcontratista, la ejecución de todo o parte de la obra objeto del contrato originario o principal, a cambio de un precio».

Comentando la normativa jurídico-administrativa J. C. CALVO CORBELLA ⁴³ entiende por subcontrato aquel por medio del cual «el adjudicatario, esto es, aquel con quien la Administración ha contratado la realización de una obra, trabajo o cometido, celebra uno o más nuevos contratos cuyo objeto coincide exactamente (si bien en parte) con lo que constituye objeto del contrato originario o matriz, de manera que el modo de cumplimiento, ejecución o realización de la prestación y del contenido del contrato que es obligación esencial del adjudicatario no es directo... sino indirecto mediante el concurso de un tercero».

Como notas características de la subcontratación podemos señalar:

³⁹ R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, op. cit., p. 57, expresamente manifiesta que persigue la construcción de una teoría general de subcontrato en Derecho español.

⁴⁰ *Ibid.* LÓPEZ VILAS, op. cit., pp. 33 ss

⁴¹ R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, op. cit., p. 193.

⁴² R. JURISTO SÁNCHEZ, *La ejecución del contrato...*, op. cit., p. 117.

⁴³ J. C. CALVO CORBELLA, «De la cesión del contrato...», op. cit., p. 413.

1) Se trata de un contrato propio o autónomo de aquél del que trae causa (contrato matriz o principal, también denominado contrato padre o básico en la Sentencia del T. S. Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1970). La autonomía que se le atribuye es compatible con ser funcionalmente dependiente y derivado de otro, en cuanto que su existencia depende del contrato originario hasta el punto que la extinción de éste supone también la del subcontrato.

2) Tiene por objeto la realización material de la prestación del contrato base o matriz. Desde este punto de vista, el subcontrato es de la misma naturaleza que el contrato principal y constituye una técnica jurídica para hacer posible la colaboración de terceros en el cumplimiento de la prestación que corresponde al contratista principal.

3) El subcontrato no persigue efectuar la transferencia a un tercero de la relación contractual originaria, como puede ser el supuesto de cesión, sino de hacer nacer una nueva relación que tiene identidad total o parcial en cuanto al objeto o prestación.

4) El contratante del contrato base u originario es ajeno a la relación jurídica nacida del subcontrato; sólo el contratista del contrato matriz mantiene una doble relación, como consecuencia de la dualidad de contratos existentes simultáneamente, conservando —como dice la Sentencia del T. S. Sala 1ª, de 31 de diciembre de 1970— «tanto la gama de derechos y obligaciones derivadas del primero, a la vez que asume los que crea con su subcontratante.

5) El contratista principal sigue siendo responsable de la ejecución del contrato y mantiene todos los derechos y obligaciones de él derivados, sin perjuicio de que el cumplimiento se efectúe indirectamente, por medio del subcontratista. En tal sentido debe ser cumplido como si el contrato derivado no existiese.

6) Salvo que el contrato principal lo impida por su propia naturaleza o condiciones específicas expresadas en sus cláusulas, existe libertad para subcontratar la prestación, como manifestación de la autonomía de la voluntad.

4.1. *Características propias de la subcontratación administrativa*

La conceptualización genérica de la subcontratación que queda expuesta presenta unos perfiles peculiares en el ámbito de la contratación administrativa, derivados de la regulación que hemos visto ofrece la LCAP. Peculiaridades que se pueden concretar en las siguientes:

4.1.1. El artículo 115 de la Ley está regulando la subcontratación que lleva a cabo el contratista de la Administración con un tercero, correspondiendo al órgano administrativo de contratación ejercer un control⁴⁴

⁴⁴ GIL IBÁÑEZ, «La cesión del contrato...», op. cit., p. 614, no descarta la inversión de los términos de la relación, admitiendo la «posibilidad de que sea la Administración la contratista». En tal hipótesis los requisitos de la subcontratación no serían los que se contemplan en el artículo 115, sino los que con carácter general regulan la selección del contratista de la Administración.

Frente a la autorización que establecía la legislación anterior (la Ley de 1965), la normativa vigente simplemente requiere la puesta en conocimiento del subcontrato a celebrar⁴⁵, con indicación de la parte del contrato a realizar por el subcontratista». No se exige como establecía la ley anterior, que el subcontrato afecte a «unidades de obra⁴⁶», debiendo entenderse la expresión vigente en sentido amplio⁴⁷.

Como puede apreciarse, los contenidos de la comunicación a la contratante son hoy mucho más escuetos, en el tenor literal, que los que recogía la normativa anterior para la autorización; ni siquiera se exige la mención del subcontratista, aunque dadas las limitaciones que sobre él pesan deberá, lógicamente, ser objeto de la puesta en conocimiento del órgano de contratación.

Excepcionalmente, la simple puesta en conocimiento de la Administración se sustituye por la preceptiva autorización, tratándose de contratos⁴⁸:

a) De carácter secreto o reservado.

b) Cuando conforme a las disposiciones legales o reglamentarias la ejecución exija medidas de seguridad especiales o lo exija la protección de los intereses de la seguridad del Estado (art. 115.2.a párrafo segundo). Supuestos que dan lugar a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que deben ser apreciados y valorados por el órgano de contratación para su inclusión en los pliegos correspondientes.

El otorgamiento de la autorización en estos supuestos tiene carácter discrecional, como la jurisprudencia había precisado respecto de la autorización exigida por la normativa anterior (Sentencia T. S. Sala 3ª, de 20 de abril, de 1992) y su denegación habrá de ser motivada (art. 54. 1.f Ley 30/92)⁴⁹.

La falta de puesta en conocimiento de la Administración y, en su caso de la autorización, no afecta a la validez y eficacia del subcontrato dado su carácter estrictamente privado, sin perjuicio de que pueda dar lugar a la resolución del contrato-administrativo principal por incumplimiento del contratista⁵⁰. Esta

⁴⁵ Debe entenderse que la redacción de la ley (subcontrato a celebrar) persigue que la puesta en conocimiento sea previa; así lo entiende, también, GIL IBÁÑEZ, «La cesión...», op. cit., p. 621; en contra, J. SUAY; «La ejecución...», op. cit., p. 420.

⁴⁶ Esta exigencia era la consecuencia obligada de regularse la subcontratación dentro del contrato de obras públicas, dada la asistemática adoptada por la Ley de 1965, según ya quedó indicado.

⁴⁷ CALVO CORBELLÁ, «De la cesión...», op. cit., p. 416, entiende que la comunicación a la Administración de las partes a realizar por el subcontratista, «basta que sea genérica, refiriéndose a través de la misma a servicios o a funciones concretas en la ejecución, sin cuantificación absolutamente determinada de modo que el subcontratista incorporado pueda acometer, igualmente, partes o tareas proporcionales en trabajos complementarios o añadidos por modificación de proyectos o por consecuencia directa de las instrucciones o indicaciones de la dirección facultativa».

⁴⁸ Así lo entiende, también, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 98.

⁴⁹ Si en los subcontratos normales la autorización exigida por la Ley de 1965 tenía carácter discrecional con mayor motivo la libertad de apreciación de la Administración hay que predicarla en estos supuestos excepcionales..

⁵⁰ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 2ª ed. (Madrid 1975), p. 538; E. GARCÍA-TREVIJANO, *La cesión del contrato...*, op. cit., p. 100; M. A. FLAMME, «Los contratos de obras públicas de la Administración», en *Rev. de Administración pública* n° 21, p. 79. en el ámbito del Derecho privado, R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, op. cit., pp. 300 ss., considera nulo el subcontrato concluido contra la prohibición expresa o presunta del primer contratante.

es la solución del Derecho italiano: la Ley de 27 de mayo de 1926, sobre Ejecución de obras públicas, establecía que «la cesión total o parcial de la ejecución de la obra ... da lugar, si no ha sido formalmente autorizada, a la resolución del contrato y a la revocación de la concesión».

El cambio en este punto de la normativa vigente, el prescindir de la autorización previa como regla general, puede ser cuestionado. Que el subcontrato no tenga que ser formalmente autorizado priva a la Administración del debido control sobre los requisitos que la ley establece, pudiendo dar lugar a problemas en la práctica, sobre todo ante el supuesto de inobservancia de las condiciones personales del subcontratista ⁵¹. Independientemente de admitir que el subcontrato sea un procedimiento ordinario de ejecución de muchos contratos administrativos de obras públicas, ante su complejidad técnica, es lo cierto que la carga que tienen las condiciones personales en la contratación administrativa ⁵² aconseja que la Administración contratante no aparezca totalmente desposeída de las debidas facultades de control. Por otro lado, la simple comunicación en la práctica no resulta un procedimiento preciso; ante ella ¿qué puede hacer la Administración? ¿Podría oponerse al subcontrato? La contestación debe ser positiva, ya que si el legislador establece determinados requisitos limitadores, lógicamente, la Administración deberá poder controlar su observancia ⁵³. Tal como se manifestaba la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1963 refiriéndose tanto a la cesión como al subcontrato, «es muy prudente someterlas a previas autorizaciones a fin de que no se originen especulaciones dañosas o subrogatorias de empresas contrarias a los criterios que dieron lugar a la perfección del contrato».

4.1.2. En principio todo contrato administrativo es susceptible de ser ejecutado parcialmente mediante subcontratación, salvo que el contrato disponga lo contrario ⁵⁴ o que «por su naturaleza o con-

⁵¹ Comparte esta opinión GIL IBÁÑEZ, *La cesión del contrato...*, op. cit., p. 620. Como dice este autor, «más correcto nos parece que hubiera sido mantener la misma solución que la regulación anterior, pues en todos los sentidos, la Administración en cuanto parte de un contrato está interesada en que la ejecución se desarrolle en la forma más correcta y eficaz, lo que puede verse alterado al introducir a un tercero en principio ajeno al contrato».

⁵² En la Ponencia general del X Congreso Internacional de Ciencias administrativas (Madrid 1965), M. A. FLAMME, «Los contratos de obras públicas de la Administración», op. cit., p. 78, se ponía de relieve cómo el contrato de obras públicas «es un contrato *intuitu personae*, en razón de la influencia determinante que ejerce sobre la decisión... la confianza que le *inspiren la moralidad, los recursos financieros, la competencia profesional, en resumen, la personalidad* (la cursiva es mía) del contratista».

⁵³ Cfr. G. FERNÁNDEZ FERRERES, «Aspectos de la ejecución...», op. cit., pp. 68-69. En el X Congreso del Instituto Internacional de Ciencias administrativas los informes de las Secciones Nacionales se manifestaron a favor de que los «subcontratos deben ser objeto de una autorización previa de la Administración contratante» (*vid.* M. A. FLAMME, «Los contratos...», op. cit., p. 78-79).

⁵⁴ Dado que se puede hablar de un principio general de libertad al subcontratar, hay que entender que la prohibición por parte de la Administración deberá estar debidamente motivada en el expediente de contratación, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 91, entiende que la subcontratación en un «verdadero derecho del contratista».

diciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario⁵⁵» (art. 115.1), como es el caso de que haya sido realizado en atención a las circunstancias y cualidades personales del contratista, tal como sucede en determinados contratos de consultoría y asistencia. Esta es la interpretación que cabe dar de los términos en que se pronuncia la ley: «Salvo que el contrato... podrá éste cometer con terceros la realización parcial del mismo⁵⁶»

4.1.3. El principio, de la libertad de subcontratar presenta unos determinados límites tanto subjetivos, como objetivos o reales

Subjetivamente, la Ley prohíbe la subcontratación con personas inhabilitadas para contratar según la normativa general o comprendidas en los supuestos del artículo 20, salvo el apartado k) (no hallarse clasificado o no acreditar solvencia económica, financiera y técnica o profesional que justificadamente se excluyó por la forma de la Ley 53/1999, según quedó ya indicado) o incursas en suspensión de clasificaciones⁵⁷; se trata de evitar el fraude de ley que supone que a través de empresas interpuestas pueda ejecutar el contrato quien se encuentra en estas situaciones. En principio, por consiguiente, sobre la persona del subcontratista no pesan con el mismo rigor las limitaciones y prohibiciones que rigen para el contratista de la Administración; así, no es preciso que se encuentre debidamente clasificado, de conformidad a los artículos 25 y ss. de la Ley⁵⁸.

En cuanto al alcance que la subcontratación pueda presentar respecto al objeto o prestación del contrato principal la ley es sumamente permisiva. Como queda indicado, nuestro Derecho opta por conceder amplia libertad

⁵⁵ La determinación de tales características habrá de deducirse, dada la expresión que utiliza la ley, de los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas a que se refieren los art. 48 y ss. de la LCAP.

⁵⁶ Para J. SUAY, «La ejecución...», op. cit., p. 419, la normativa vigente supone «un avance respecto a la legislación anterior» en orden a facilitar la subcontratación; en sentido análogo se manifiesta E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., pp. 91-92. Como indica M. A. FLAMME, «Los contratos de obras públicas...», op. cit., p. 79, el acudir a la subcontratación en la ejecución del contrato resulta «indispensable en la práctica. Numerosas son, en efecto, las partes de una obra pública que necesitan el concurso de empresas especializadas; también si no hubiera traspasos, la Administración se vería obligada a otorgar una gran cantidad de contratos independientes para la misma obra pública. ¡Cuánto más lógica es la solución que consiste en contratar con un solo empresario, que será responsable de la dirección,... permitirle celebrar a su vez contratos con otros!».

⁵⁷ Este último supuesto («no estar incurso en la suspensión de clasificaciones») hay que entenderlo como sanción que pesa sobre los suspensos, dado que la clasificación no se exige para poder ser subcontratista, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 1406-107, matiza el supuesto entendido que no basta la suspensión de cualquier clasificación para que opere este requisito limitador, será preciso que exista «conexión entre la suspensión de la clasificación y el tipo de prestación objeto de la subcontratación», sin embargo, dado el carácter que se le atribuye de sanción, puede sostenerse que cualquiera que sea la clasificación suspendida es motivo de prohibición para subcontratar.

⁵⁸ Cfr. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 105 ss.

para subcontratar, hasta el punto de que puede entenderse que es la fórmula instrumental normal y ordinaria para el cumplimiento del contrato de obras públicas; con ello se logra la debida agilidad en la ejecución de las grandes infraestructuras a cargo de la Administración pública. No puede ignorarse que las obras públicas presentan en la actualidad un alto grado de complejidad, lo que exige al adjudicatario la colaboración externa, ya que difícilmente puede con su propia organización hacer frente a su ejecución; las empresas adjudicatarias de contratos de obras públicas, tales como autovías, infraestructuras ferroviarias, obras hidráulicas, etc., por su volumen y complejidad van a precisar la colaboración de subcontratistas para la ejecución de tramos o elementos específicos (puentes, galerías, túneles, ventilación y electrificación, firmes de pie de presa, etc.). Únicamente es obligado que la ejecución por el subcontratista sea parcial, que no alcance la totalidad de la prestación, a diferencia de la subcontratación en el ámbito civil que permite que comprenda su totalidad ⁵⁹.

En este punto, la limitación de las partes del contrato administrativo de posible subcontratación vendrá fijada por el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda ser inferior al 50% del importe de la adjudicación, que la ley establece como límite mínimo; en el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, podrá subcontratarse un porcentaje hasta el 50%, es decir, en todo caso, la ley abre la posibilidad de subcontratar por importe del 50% de la adjudicación del contrato, cuando en la normativa anterior, en principio, el 50% era el límite máximo ⁶⁰. En definitiva, el pliego puede guardar silencio en cuyo caso la contratación estimase oportuno que fuese superado podrá exceder del porcentaje del 50%, pero si el órgano de contratación estimase oportuno que fuese superado podrá hacerlo, fijando el correspondiente porcentaje por encima del mínimo.

Respecto a esta limitación la Ley 53/1999 modifica —como ya quedó indicado— los términos de la misma, refiriendo el porcentaje al «importe de la adjudicación» y no al «presupuesto del contrato». Esta corrección técnica parece oportuna ya que la expresión presupuesto del contrato es ambigua y el porcentaje de la subcontratación debe operar sobre el importe real y efectivo de la ejecución que se corresponde con el de la adjudicación no con el de la licitación ⁶¹.

⁵⁹ Cfr. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato*, op. cit., pp. 54 y 195.

⁶⁰ El cambio introducido en este punto por la legislación vigente no siempre ha sido bien entendido; vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 8ª Ed. (Madrid 1997), p. 757 y J. L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión...», op. cit., pp. 613 y 618, que siguen entendiendo que el 50% es el tope máximo.

⁶¹ Así lo entendía incluso antes de la reforma de la ley, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., pp. 104-105.

Respetando el porcentaje permitido el contratista podrá llevar a efecto cuantas subcontrataciones estime oportunas. Como se ve, desde un punto de vista puramente formal, los límites objetivos o reales son puramente cuantitativos, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda establecer en los pliegos de condiciones del contrato determinadas limitaciones de tipo cualitativo, en el sentido de prohibir subcontratar ciertas prestaciones.

Diferente es la situación en el caso del contrato de gestión de servicios aquí la libertad de subcontratación queda limitada a prestaciones accesorias (art. 170 de la LCAP), lo que encierra un concepto jurídico indeterminado que puede dar lugar a problemas a la hora de su determinación. Ante las objeciones que la Administración contratante pudiera hacer a un posible subcontrato por entender que no afecta a prestaciones accesorias, serían los tribunales quienes deberían resolver la posible contienda.

Las mayores restricciones que presenta la subcontratación en este contrato administrativo vienen determinadas por el carácter del servicio público, cuya ejecución directa por el contratista viene exigida por el principio funcional de organización unitaria prestadora.

En relación a los límites o restricciones que la subcontratación administrativa presenta hay que plantearse las consecuencias jurídicas de su infracción o inobservancia. El incumplimiento de las restricciones a la libertad de subcontratación, tanto objetivas (no respetar el porcentaje permitido de ejecución indirecta), como subjetivas (subcontratar con persona inhabilitada o sobre la que recae una causa de prohibición), puede estimarse que afecta a condiciones contractuales esenciales del contrato base u originario y, por consiguiente, ser su resolución, de conformidad a lo previsto en el artículo 111 g) de la ley ⁶². De tal suerte que los efectos de un contrato privado (el subcontrato) pueden afectar al contrato administrativo hasta producir su invalidez ⁶³, sin perjuicio de que el subcontrato tenga plena eficacia entre las partes, lo que motivaría la correspondiente responsabilidad de daños y perjuicios por parte del responsable de la infracción.

En tales supuestos, no cabe duda de que el tercero subcontratista puede comparecer ante la Administración contratante y, en su caso, ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, oponiéndose a la resolución del contrato administrativo, dado el amplio sentido y alcance que el interés legítimo presenta a efecto de legitimación en vía administrativa y jurisdiccional.

⁶² Así lo entiende E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, (Sevilla 1969), p. 61.

⁶³ Es cierto que, en principio como sostiene E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 93, entre el contrato principal (el contrato administrativo) y el contrato accesorio (el subcontrato) existe una dependencia o vinculación unilateral y no recíproca «en el sentido de que el subcontrato depende del contrato principal, sin cuya existencia no puede pervivir, mientras que la subsistencia del contrato principal no depende en modo alguno del subcontrato»; pero también en alguna medida el contrato accesorio puede afectar al principal, según vemos.

- 4.1.4. La regulación jurídico-administrativa de la subcontratación no altera la naturaleza privada de la relación jurídica entre el contratista de la Administración y el tercero subcontratista. Así se pone claramente de manifiesto en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1994, al indicar que «los contratos que relacionan los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutiblemente civil», aunque traigan su causa de un contrato administrativo concertado entre el Estado y el contratista

Si alguna duda pudiera existir al respecto la reforma última de la LCAP (Ley 53/1999, de 28 de diciembre) se encarga de despejarla, al determinar que «los subcontratos ..., tendrán, en todo caso, naturaleza privada» (art. 116.5, *in fine*). La identidad de naturaleza entre el contrato principal y el subcontrato, que mantiene la doctrina civilista, hace referencia al objeto o prestación de los contratos, no a su régimen jurídico. Ciertamente, por razón del objeto (obra pública, suministro o servicio público) el subcontrato entraría dentro de los supuestos que dan lugar al carácter administrativo, pero en estos casos falta el elemento subjetivo —la presencia de la Administración pública— para poder atribuirle tal naturaleza; lo contrario supondría admitir la existencia de contratos administrativos entre particulares.

Celebrado el subcontrato nos encontramos con dos contratos, con «dos relaciones jurídicas totalmente diferenciadas e independientes entre sí» (Sentencia de 20 de abril de 1992 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo): la del subcontrato de naturaleza privada regida por lo pactado y el Código civil y la contractual administrativa entre la Administración y el adjudicatario, que permanece inalterable.

La conceptualización jurídico-privada de la subcontratación administrativa supone que no exista relación jurídica directa entre la Administración y el subcontratista⁶⁴, ya que la ejecución del contrato administrativo es responsabilidad plena del contratista principal con arreglo a las cláusulas y términos del contrato⁶⁵. Terminante es al respecto el Reglamento de Contratación del Estado al indicar que «los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución de la obra frente a la Administración con arreglo al proyecto aprobado por la misma, como si él mismo la hubiera realizado» (art. 186) y así ha sido entendido por la jurisprudencia (Sentencia 10 de febrero de 1990, Sala 3ª, del T. S.).

La celebración del subcontrato no pone alteración alguna del contrato administrativo principal que permanece inalterable en sus términos y con-

⁶⁴ Cfr. R. JURISTO, *La ejecución...*, op. cit., p. 118, y M. A. FLAMME, «Los contratos de obras públicas...», op. cit., p. 80.

⁶⁵ J. L. VILLAR PALASÍ-J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios...*, op. cit., pp. 142-143, ponen en ello una de las notas diferenciadoras entre la cesión del contrato y la subcontratación; en la primera hay una transferencia total de responsabilidad, mientras en la subcontratación el contratista principal sigue siendo responsable de la totalidad de la prestación.

diciones⁶⁶, ya que quien subcontrata lo hace sin renunciar a su situación jurídica en el contrato base. Por tanto, el contratista de la Administración sigue siendo el que asume el riesgo y vende la ejecución tanto directa, como la que indirectamente lleva a cabo el subcontratista; así lo viene entendiendo la doctrina⁶⁷, la jurisprudencia⁶⁸ y es el criterio que mantiene el Consejo de Estado⁶⁹. Todo ello al margen de la admisión de la acción directa del subcontratista frente a la Administración, en aplicación del artículo 1597 del Código civil en los términos que hemos visto viene siendo admitida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Y, asimismo, sin perjuicio de que la Administración pueda hacer llegar al subcontratista aquellas decisiones consecuencia de las prerrogativas de dirección y control que ostenta acerca del contrato administrativo principal (artículos 59 y 143 de la ley), en la medida que afecten a la parte de ejecución subcontratada.

También hay que tener presente que al ser el subcontrato funcionalmente dependiente del contrato administrativo principal la suerte de éste (invalidez y resolución) le afectará, lógicamente, siendo causa sobrevenida de imposible ejecución (art 1184 Cc.), con las consiguientes consecuencias y efectos entre las partes (artículos 1.101 y 1.124 del Cc.).

Por tanto, el principio de independencia total entre el contrato administrativo principal y el subcontrato debe ser debidamente matizado, como consecuencia de las relaciones que funcionalmente pueden presentar, con el alcance que se deduce de lo indicado.

Dada la naturaleza de pacto entre privados que presenta el subcontrato permite incluir cláusulas de arbitraje, frecuentes en las relaciones mercantiles y extrañas, en principio, en la contratación administrativa por aplicación de la normativa presupuestaria (art. 39 de la Ley General Presupuestaria)⁷⁰,

⁶⁶ Como dice F. SOSA WAGNER, *El contrato de suministro*, op. cit., p. 171, «el contrato principal (que) continúa su vida, inmodificado entre los mismos contratantes que prestaron su consentimiento». En ello se puede encontrar la razón o fundamento de por qué la fórmula del subcontrato no contradice el principio de licitación pública que preside la contratación administrativa (cfr. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., pp. 15 ss.

⁶⁷ Vid. J. SUAY, «La ejecución...», op. cit., p. 425; R. JURISTO, *La ejecución...*, op. cit., pp. 119-120; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., pp. 15 ss.

⁶⁸ La Sentencia de 19 de febrero de 1990 de la Sala 3ª del T. S. entiende que «el subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal en el que solo existen dos partes en la relación y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista como actos propios de los que debe responsabilizarse» (Fundamento de Derecho primero, *in fine*).

⁶⁹ El órgano consultivo, en su Dictamen 805/96, de 11 de junio, se opone a la acción de responsabilidad contra la Administración accionada por el subcontratista.

⁷⁰ Vid. al respecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 1/71, de 26 de enero. En este Informe la Junta Consultiva de Contratación aborda la cuestión de la subcontratación como fórmula que haga posible el arbitraje perseguido por la empresa extranjera con la que pretendía contratar el Estado; como en el supuesto de ser contratista la Administración del Estado la empresa extranjera—cuya colaboración se estima indispensable—no podía someter el contrato a arbitraje, la Junta se inclina por la fórmula de celebrar el contrato con una empresa española intermediaria, facultando en el propio contrato para subcontratar el suministro de que se trataba e incluir en él cláusula de arbitraje.

ya que las cuestiones que se susciten sobre el cumplimiento del contrato administrativo serán resueltas por el órgano de contratación cuya resolución pone fin a la vía administrativa (art. 60 LCAP) ⁷¹.

Por eso, también, el subcontrato no tiene posibilidad de celebrarse en el supuesto de obras ejecutadas directamente por la Administración (art. 152 LCAP y 191 del Reglamento), ya que falta el contrato principal del que funcionalmente depende el subcontrato; el posible colaborador en la ejecución de obras directamente llevadas a efecto por la Administración nunca puede ser considerado como subcontratista. La cuestión ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación en su Informe 34/73), de 27 de septiembre; en estos casos el colaborador que la Administración pueda incorporar a la ejecución de la obra es un «simple gestor de trabajos y no verdadero contratista», tal como se sostiene en dicho Informe.

La ejecución directa de obras por la Administración pública no admite la fórmula del subcontrato del subcontrato (así, la responsabilidad seguirá siendo del órgano de contratación, sin traspasarla al contratista). Naturalmente, en estos supuestos, la Junta Consultiva de Contratación pone el énfasis en que por tratarse de verdaderos contratos celebrados por la Administración no se pueden eludir las exigencias de publicidad y concurrencia, debiendo adjudicarse por las formas legalmente establecidas, ya que en otro caso nos encontraríamos con un claro fraude de ley:

- 4.1.5. El aspecto más sobresaliente de la normativa jurídico-administrativa es el relativo a la tutela económica o garantía de pago al subcontratista, al establecer al respecto la LCAP normas de obligado cumplimiento ⁷²

Esta garantía de pago, la ley la presenta como un requisito para la celebración del subcontrato, aunque, como con acierto señala GARCÍA-TREVIJANO GARNICA ⁷³, no se trata de tal, sino de «una consecuencia o efecto del subcontrato suscrito», cuyo cumplimiento queda en el ámbito estrictamente privado, con el consiguiente conocimiento de la Jurisdicción civil sobre las cuestiones que pudieran suscitarse entre las partes del subcontrato. Al respecto debe indi-

⁷¹ No obstante, la propia LCAP en el artículo 61 contempla el sometimiento del contrato a arbitraje con sujeción a los requisitos de la Ley Presupuestaria (Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado) en línea con la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común, muy favorable a la solución pactada de conflictos (arts. 88 y 107.2). Con carácter general sobre el arbitraje de las Administraciones públicas, *vid.* J. M. TRAYTER, «El arbitraje de Derecho administrativo», en *Rev. de Administración Pública* n.º 143, p. 75 ss.

⁷² Sobre la distorsión que la regulación establecida pudiera ocasionar en las relaciones económicas del sector de la construcción, *vid.* J. C. CALVO CORBELLA, «De la cesión...», *op. cit.*, pp. 417-419. A ello se refirió el portavoz del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el debate del precepto en el Senado.

⁷³ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, *op. cit.*, p. 109.

carse, que en la práctica se ha intentado burlar la observancia de la norma; por ello no han faltado iniciativas buscando con medidas indirectas asegurar su cumplimiento. Así, en la proposición de ley del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos de junio de 1997 se postula que el incumplimiento de la obligación de pago fuera causa de suspensión de clasificación, incorporando una más a las previstas en el artículo 34 (hoy artículo 33 del Texto refundido de la LCAP) y que la Administración sólo aprobará certificaciones de obra «una vez el contratista acredite debidamente el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 116.2.c) respecto a subcontratistas y suministradores».

Se trata de una norma operativa y en cuanto tal, conforme al artículo 6.3 del Código civil, los actos contrarios a ella «son nulos de pleno derecho». Por consiguiente, cualquier cláusula del subcontrato que contradiga el *ius cogens* que suponen las previsiones de pago de la ley, entrañaría la nulidad de la misma ⁷⁴. Por tanto, la exigencia del cumplimiento de estas previsiones legales puede efectuarse en cualquier caso, aun cuando el subcontrato nada establezca al efecto e incluso aunque contenga cláusulas de pago en sentido distinto. Otra cosa, como advierte E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA ⁷⁵, supondría «lisa y llanamente negar operatividad alguna al citado artículo 116.2.c), pues se convertiría en una previsión completamente disponible». Sin embargo, en la práctica el cumplimiento de esta garantía no siempre resultó efectivo, por la posición dominante del mercado de las grandes constructoras, que llegaron a instar de subcontratistas y suministradores la renuncia expresa del derecho reconocido en el artículo 116.2 de la LCAP ⁷⁶.

Dado el carácter que presenta la subcontratación como contrato propio y autónomo de naturaleza privada no cabe que, ante el incumplimiento en el pago del precio, pueda el tercero subcontratista dirigirse a la Administración reclamando dicho pago ⁷⁷, así lo entiende la generalidad de la doctrina ⁷⁸. No obstante, dándose el supuesto contemplado en el artículo 1597 del Código civil de plena aplicación a la subcontratación privada (Sentencia T. S. Sala 1ª, de 2 de julio de 1997), por aplicación supletoria de la norma (art. 7.1 de la LCAP), en aquellos casos en que la Administración aparezca como deudora del contratista principal e incumplimiento por parte de éste de su obligación de pago al tercero subcontratista o suministrador, puede sostenerse la acción directa a la Administración recla-

⁷⁴ Cfr. G. FERNÁNDEZ FARREIRES, «Aspectos de la ejecución...», op. cit., p. 73.

⁷⁵ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 112.

⁷⁶ Cfr. la Proposición de ley del Grupo Parlamentario de Senadores Vascos a la que se ha hecho referencia.

⁷⁷ El Derecho francés sí conoce tal posibilidad, desde el D. de 11 de mayo de 1953, según prevé el *Code des Marchés publics* de aplicación al Estado, las Entidades locales y los establecimientos públicos.

⁷⁸ *Vid.*, por todos, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 114 ss.

mando el pago de la deuda ⁷⁹, máxime cuando la inembargabilidad de las certificaciones de obra reconocidas al contratista, que contemplaba el artículo 47 de la Ley de Contratos de 1965, no se recoge en la normativa vigente ⁸⁰.

El Tribunal Supremo en diversas sentencias ha venido a reconocer la acción directa del subcontratista o suministrador frente a la Administración, en aplicación del citado artículo 1597 del Código civil, que encuentra su fundamento o razón de ser en el aforismo jurídico «el deudor de mi deudor lo es mío». La Sentencia de la Sala 1ª de 29 de octubre de 1987 viene a admitir dicha acción directa cuando el dueño de la obra es una Corporación pública (se trataba del Ayuntamiento de Carreño —Asturias— y el contrato administrativo, que había dado lugar a la subcontratación, tenía por objeto la construcción de un polideportivo municipal), aunque en el supuesto de autos desestima la acción por cuanto que el contratista principal dejó sin cumplir el dar conocimiento del subcontrato a la Administración contratante, no existiendo la preceptiva autorización (se encontraba vigente la Ley de Contratos de 1965), por lo que el T. S. niega toda relación de causalidad entre ambos contratos ⁸¹.

Incluso, la Sentencia de 22 de diciembre de 1992 de la Sala 1ª admite la acción directa contra la Administración por parte del suministrador de materiales al contratista (se trata de un contrato administrativo de ejecución de obra) en aplicación del artículo 1597 del Código civil. Y también en la Sentencia de la Sala 1ª de 12 de mayo de 1994 se reconoce la acción de reclamación del subcontratista contra el Estado (el contrato que da lugar a la subcontratación es de carácter administrativo: se trata de la ejecución de obras de mejora en la seguridad vial, por medio de ordenación y regulación de tráfico y de la red semafórica, contratadas por el Ministerio del Interior), en aplicación del artículo 1597 del C. c., por el importe de la fianza, que el contratista había prestado, ya que en este caso la Administración no aparecía como deudora del contratista.

⁷⁹ CALVO CORBELLA, «De la cesión...», op. cit., p. 420, define tal posibilidad; en contra, E. GARCÍA-TREVIANO GARNICA, *La cesión...*, op. cit., p. 116, R. LÓPEZ VILAS, *El subcontrato...*, op. cit., pp. 314-315, al plantearse la acción directa del primer contratante sobre el subcontratista, considera que cuando se trata de la Administración pública la Ley de Contratos de 1965 la admite, aunque no se plantea la situación inversa (la acción directa del subcontratista contra la Administración contratante), que es la que queda expuesta por nuestra parte.

⁸⁰ La supresión de la garantía de la inembargabilidad de las certificaciones que establecía la anterior normativa (arts. 47 de la Ley y 245 del Reglamento) y que el Tribunal Constitucional entendía conforme a los principios constitucionales (S.T.C. 169/93, de 17 de marzo), puede considerarse que viene a reforzar la situación de subcontratistas y suministradores.

⁸¹ El fallo de esta sentencia es muy cuestionable. Desde una dimensión ius-administrativa, con autorización o sin ella, no hay términos hábiles para facilitar la acción directa por parte del subcontratista contra la Administración; y desde la vertiente civil, una vez que se sostiene la aplicación del art. 1597 del Código civil a la Administración pública, si se dan—como en el supuesto de autos sucede— los presupuestos fácticos que exige el precepto (subcontratista reclamando el pago al contratante principal que, a su vez, es deudor del subcontratante), debe resultar indiferente que exista o no autorización para subcontratar.

5. VALORACIÓN DOGMÁTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La progresiva intervención normativa sobre la relación subcontractual ha suscitado, doctrinalmente, la duda de si es posible seguir manteniendo la tesis tradicional acerca de su carácter jurídico privado, concepción que «excluye a la Administración pública de dicha relación»⁸². En esta línea de pensamiento se plantea la cuestión de si ante el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el subcontratante, respecto del subcontratista, sería admisible reconocer legitimación a este último para acudir ante la Administración, solicitando la observancia de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (arts. 115 y 116 del Texto refundido) y ante la negativa o inactividad de ésta accionar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa⁸³.

No se trata aquí de ejercitar la acción directa frente a la Administración contratante por parte del subcontratista, ya que de los términos en que se pronuncia la legislación de Contratos (art. 115.3 de la LCAP y 186 del Reglamento) no cabe admitir tal posibilidad⁸⁴ fuera del supuesto ya examinado de la invocación al artículo 1597 del Código civil en vía jurisdiccional civil, sino de solicitar del órgano de contratación que ordene a su contratista el cumplimiento de la normativa referente a la forma de cumplimiento de sus obligaciones de pago al subcontratista. Tal posibilidad cabe admitirla, con muy limitada eficacia operativa, así como considerar que el incumplimiento de las obligaciones de pago en los términos de la ley, lleve como efecto la posible resolución del contrato administrativo principal, al entender que se está incumpliendo una obligación *esencial* del contrato, en los términos del artículo 111.g) de la Ley⁸⁵. Al estar configurada la garantía de pago al subcontratista como requisito del subcontrato, su incumplimiento puede ser causa de resolución del contrato administrativo originario, lo mismo que ya quedó indicado al examinar la inobservancia de otros requisitos o exigencias de la subcontratación⁸⁶. Independientemente de la postura que se adopte acerca de la conveniencia y oportunidad de una mayor o menor regulación por la Ley de la relación subcontractual, la correcta conceptualización

⁸² Tal es la problemática que plantea J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «Aspectos jurídicos-públicos...», op. cit., p. 5.

⁸³ Vid. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «Aspectos jurídico-públicos...», op. cit., pp. 3-4, quien llega a sostener que «ante la negativa de la Administración a adoptar las medidas que reclama el subcontratista para asegurar su situación jurídica frente al contratista, en los términos que prevé la ley; no resulta descabellado pensar que puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa». Lo que no se alcanza a ver es la fecha operativa de tal medida.

⁸⁴ Vid. *ut supra* nota 78 y el texto correspondiente.

⁸⁵ En tal sentido se pronuncia ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «Aspectos jurídicos-públicos...», op. cit., p. 4.

⁸⁶ Vid. *ut supra* notas 50 y 62 y los correspondientes textos.

de dicha regulación, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, exige clarificar diversos aspectos de la problemática que suscita.

En primer termino, se hace preciso distinguir la intervención que puede efectuarse por vía normativa de la relación entre el contratista de la Administración y el subcontratista, de la que puede llevar a cabo sobre dicha relación el órgano de contratación administrativa, en virtud del correspondiente apoderamiento legal. El primer tipo de intervención por vía normativa —regulación—, en contra de otras opiniones, resulta perfectamente admisible; podrá discutirse o matizarse, desde un punto de vista de política legislativa, el grado e intensidad de dicha regulación pero en principio no parece que existan objeciones de dogmática jurídica frente a la misma⁸⁷. Aun tratándose de una relación estrictamente privada, dado el interés público que el objeto o prestación que todo contrato administrativo encierra, no parece rechazable. Dicha intervención por vía legal. Como reconoce ÁLVAREZ CIENFUEGOS, «la relación del subcontratista con el contratista *desborda* (la cursiva es mía) el ámbito de lo estrictamente privado, precisamente en función de los intereses públicos que subyacen en la ejecución del contrato»⁸⁸.

El ordenamiento jurídico conoce múltiples intervenciones de este tipo en relaciones estrictamente privadas⁸⁹. Es más, dado que la ejecución del contrato administrativo de obras ofrece un uso creciente de la fórmula de la subcontratación, como instrumentación oficial ante las características que presentan las grandes empresas adjudicatorias según ya quedó señalado, puede entenderse plenamente justificada dicha intervención normativa para impedir prácticas abusivas derivadas de una posición dominante en el mercado, sin que ello venga a alterar la calificación jurídica de la relación estrictamente privada, tal como expresamente se pronuncia el artículo 116 de la Ley. Por otra parte, y en definitiva, la regulación del pago al subcontra-

⁸⁷ GIL IBÁÑEZ, «La cesión...», op. cit., p. 626, cuestiona tal regulación en la línea de alguna de las posturas defendidas en los debates parlamentarios de la ley, llegando a plantearse su constitucionalidad; «aunque es loable —dice— la evidente intención de proteger a los subcontratistas de posibles abusos de los contratistas principales, es sumamente dudoso que mediante una ley del tipo que nos ocupa se pueda incidir en la forma en que se hace en el ámbito de unas relaciones privadas que, en principio, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad. En tal sentido debe recordarse que el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, por lo que consideramos que el contenido esencial de esa libertad estaría constituido, entre otras, por la libertad contractual en cuanto a pactos en negocios con otras empresas, la invasión que la norma administrativa hace en la esfera privada pudiera ser contraria a la Constitución». Especialmente crítico con la regulación de la ley en este punto se muestra B. PENDÁS, *Derecho de los contratos públicos*, op. cit., p. 10 ss., así como J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I*, 8ª Ed. (Madrid 1996) p. 374.

⁸⁸ J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, «Aspectos jurídico-públicos...», op. cit., p. 4.

⁸⁹ Defiende el contenido de la ley en este punto G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Aspectos de la ejecución...», op. cit., pp. 71 ss., entendiendo que no existe fundamento de ningún tipo para objetar las previsiones legales en orden a las condiciones de pago, incluidos los suministradores. «¿Por qué no va a poder hacerlo? Basta señalar —dice— que en la Ley de Comercio que acaba de aprobarse se han incorporado una serie de importantes previsiones relativas... a las condiciones de pago por parte de las grandes superficies a favor de los proveedores».

tista lo que tiene presente es la obra pública o prestación del contrato en su conjunto y en cuanto tal atiende a un aspecto importante de la misma y de los fondos públicos a ella destinados.

Distinta consideración y, por supuesto, efectos y consecuencias jurídicas diversas presentaría el hecho de otorgar a la Administración contratante facultades para intervenir y arbitrar en la relación subcontractual. Pero ese paso no lo ha dado nuestro ordenamiento jurídico⁹⁰, que se ha limitado a establecer por vía legal determinadas garantías de pago para proteger la situación jurídica de la parte que se considera más débil (el subcontratista y el suministrador frente a la gran empresa constructora adjudicataria del contrato administrativo) y, al mismo tiempo, persiguiendo con ello las condiciones más adecuadas para llevar a buen cumplimiento la ejecución de la prestación objeto del contrato administrativo.

Todas cuantas cuestiones puedan plantearse respecto a la relación contratista-subcontratista pertenecen a la esfera jurídico-privada, sin intervención alguna del órgano administrativo de contratación; no existe subcontrato administrativo —el subcontrato es civil—, sino subcontratación administrativa en cuanto que persigue el cumplimiento o ejecución parcial del contrato administrativo. La redacción de los preceptos de la LCAP es suficientemente clara y expresiva en este punto según se ha visto. En consecuencia, serán siempre los tribunales de orden civil los llamados a conocer las cuestiones que puedan suscitarse respecto de un contrato estrictamente privado entre particulares, sin que pueda entenderse que está en cuestión el contrato administrativo principal.

Ante la regulación normativa que efectúa la ley de la relación subcontractual, podemos considerar que nos encontramos en presencia de lo que doctrinalmente se ha venido calificando como infiltración del Derecho público sobre el privado⁹¹. Entendiendo por tal la regulación por normas de Derecho público de ciertos aspectos de una actividad o relación jurídico-privada, sin que por ello pierda tal carácter⁹². Es ello consecuencia de la crisis

⁹⁰ Si lo persigue la Proposición de ley presentada por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CCOO a que se ha hecho referencia. Ciertamente, de aprobarse el contenido de esta Proposición la relación subcontractual cambiaría de signo y adquiriría unas características muy diversas de las actuales.

⁹¹ Tal concepción se encuentra en J. RIVERO, *Droit public et Droit privé* (Daloz 1947, Chronique) y ha sido recibida entre nosotros por F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del régimen administrativo* (Madrid 1962) en un primer momento y, con posterioridad, en su *Tratado de Derecho administrativo I*, 10 ed. (Madrid 1987), pp. 118 ss.

⁹² Para F. M. CLAVERO ARÉVALO, «Prólogo» a la obra de E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares* (Sevilla 1969), el que una relación entre particulares «sea o no relación jurídico-administrativa, depende de varios factores... pero en no pocos casos la cuestión se presenta como dudosa y de difícil diagnóstico, ofreciéndose como regla general para tales supuestos el que las facultades interventoras, sancionadoras y arbitrales de la Administración deban venir claramente establecidas...» (pp. X-XI). Es ello, si se quiere, una manifestación de lo que ZANOBINI, *Corso di diritto administrativo V* (Milán 1959), p. 297 ss., calificó como «Administración pública de Derecho privado», entendiéndolo por tal en este supuesto al ejercicio de funciones públicas que suponen una intervención limi-

del principio de la autonomía de la voluntad, tal como ha sido apreciada por SAVATIER⁹³, lo que conlleva que normas de *ius cogens* aparezcan regulando aspectos propios de relaciones estrictamente privadas, para salvaguardar el interés público y las condiciones de igualdad entre particulares, pero sin que la Administración pública interfiera en ellas⁹⁴.

Son muchos los supuestos que el ordenamiento jurídico conoce de situaciones análogas, referentes a relaciones jurídicas en las que el interés predominante es el privado, sin perjuicio de que indirectamente se haga presente un cierto interés público lo que, como dice E. RIVERO YSERN⁹⁵, justifica la coexistencia de normas jurídico-públicas junto a la normativa básica privada y sin que ello lleve a la publicación o administrativización de la relación.

Esto es lo que sucede precisamente en el supuesto contemplado de la subcontratación administrativa, resultando indiferente que para su celebración sea precisa o no la previa autorización administrativa. No puede ignorarse que existen relaciones jurídico privadas cuya constitución exige un previo acto administrativo, tal como entre nosotros puso de manifiesto RIVERO YSERN, siguiendo la doctrina italiana (STANCANTELLI y GASPARRI) y poniendo, precisamente, como ejemplo el subcontrato administrativo⁹⁶.

tativa de la autonomía de la voluntad que preside, en principio, las relaciones jurídico-privadas. Sobre la cuestión con carácter general puede consultarse S. GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Derecho público y Derecho privado (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema de la Administración y el Derecho privado y sobre el tema de la colaboración de particulares en el ejercicio de funciones administrativas)», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 8, pp. 199 ss.

⁹³ SAVATIER, *Du droit civil au droit public* (París 1950).

⁹⁴ Frecuentemente esta reglamentación de relaciones privadas por normativas públicas tiene efectos opuestos para los sujetos afectados, como ha sido puesto de manifiesto por EISENMANN (*Droit public, Droit privé*) citado por F. GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo I*, 10 ed. (Madrid 1987), p. 111, en nota. «mientras restringe la libertad de unos, simultáneamente amplía la de otros». Tal es lo que sucede en la normativa referente a la garantía de pago en la relación jurídica subcontratual.

⁹⁵ E. RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, op. cit., p. 20,

⁹⁶ Vid. E. RIVERO, *El Derecho administrativo...*, op. cit., p. 60, se encontraba en ese momento vigente la Ley de Contratos de 1965 que establecía la previa autorización del subcontrato. En general, sobre los actos administrativos que inciden en relaciones jurídico-privadas, vid. J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, *Los actos administrativos* (Madrid 1991), p. 227.