

Acción directa del subcontratista, transmisión de derechos de cobro y nuevas directivas comunitarias

El reconocimiento de una acción directa en favor del subcontratista en la contratación pública, por virtud de la aplicación supletoria del Derecho Civil, ha sido un aspecto poco pacífico en la doctrina y la jurisprudencia hasta su prohibición expresa por una norma con rango de Ley. Sin embargo, la previsión en las nuevas directivas en materia de contratación de la posibilidad de establecer mecanismos internos que aseguren el cobro de los subcontratistas ha hecho renacer el debate al respecto en el sector.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

Ante la ausencia de una regulación expresa en cuanto a los **medios de los que los subcontratistas disponen para accionar frente a la Administración Pública** ante el impago o el incumplimiento del contratista principal, surgió durante un tiempo un amplio debate doctrinal y jurisprudencial que no ha sido zanjado hasta la publicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

La razón del debate ha radicado en el reconocimiento, por algunos autores – y una cierta corriente jurisprudencial en especial del Orden Jurisdiccional Civil¹ - de la viabilidad de la **acción directa del subcontratista** por aplicación supletoria del Derecho Civil (en especial del artículo 1597 del Código Civil en relación con los contratos de obra), ante la inexistencia de una prohibición expresa al respecto en la legislación de contratación pública y mediante una mecánica parecida a la relativa a la transmisión de los derechos de cobro².

Desde la referida premisa y con amparo en el Código Civil, fueron varias las sentencias que, de forma contradictoria – en cuanto al reconocimiento y alcance de la acción directa del subcontratista en la contratación pública – emanaron de las vías jurisdiccionales civil y contencioso administrativa, circunstancia agravada por el vacío legal.

Es cierto que la *legislación administrativa negaba* – de **forma indirecta** y a diferencia de la Derecho civil - la existencia de tal facultad frente a la Administración, en base fundamentalmente a lo establecido en el artículo 115.3 del TRLCAP, posteriormente 210.4 de la LCSP, y ahora 227.4 del TRLCSP:

¹ Un ejemplo reciente es la STS *Sala Primera, de lo Civil, S 215/2014, de 28 de abril*, en la que se interpreta el artículo 201.4 LCSP (218.1 TRLCSP) en el sentido de que después de la notificación de la cesión, ya no opera la acción directa del subcontratista de la obra del art. 1597 Código Civil, y concluye que la acción directa del subcontratista no opera tras la notificación al ayuntamiento, dueño de la obra, de la cesión del crédito del contratista a un tercero (TS, 1ª, S 30 Abr. 2014. Rec. 1439/2013).

² Así el artículo 100 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), el artículo 201 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP) y ahora el artículo 218 TRLCSP, que permiten a los contratistas que tuvieran derecho de cobro frente a la Administración, ceder el mismo conforme a Derecho (apartado 1), si bien para que la cesión del derecho de cobro fuera efectiva frente a la Administración, era –y es– requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión.

"4. Los subcontratistas **quedarán obligados sólo ante el contratista principal** que asumirá, por tanto, **la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración**, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos (...) o la autorización que otorgue (...), **no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.**" (Art.227.4 TRLCSP).

Ello no obstante fueron varias las consultas formuladas a los órganos consultivos, entre las que destaca la que determinó la emisión del Informe 71/2009, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en cuyas conclusiones señala:

"1. La Administración no puede ejercitar directamente ni establecer en los pliegos de cláusulas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas.

2. De igual modo, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 210.4 párrafo segundo, **los subcontratistas no tienen acción directa contra los órganos de contratación para conseguir el pago directo por éstos de las cantidades que les adeuden los contratistas.**"

Es más, como señaló la misma Junta Consultiva en su Informe 36/2011, de 15 de diciembre de 2011, de la literalidad del artículo 210.4 LCSP cabe deducir con toda claridad, **"la voluntad del legislador de deslindar el ámbito del contrato celebrado entre el órgano de contratación y el contratista del propio de la relación jurídico privada surgida entre contratista y subcontratista."**

Este criterio es el que en última instancia ha venido a recoger y reconocer expresamente el derecho positivo. Así tuvo lugar con la aprobación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, cuya disposición final primera, con la finalidad de regular de forma expresa una cuestión que había dado lugar a jurisprudencia y doctrina, civil y contenciosa de signo contradictorio, añadió un nuevo apartado 8 en el artículo 210 de la LCSP cuyo tenor es el siguiente **"los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos"**³.

Su razón de ser, citando la exposición de motivos de la Ley 24/2011 se expresa en los siguientes términos: «... excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo, que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria.»

Este criterio se sostiene en el artículo 227 TRLCSP, hoy vigente, cuyo apartado 8 conserva idéntica redacción.

De tal modo que la modificación introducida en la LCSP por la Ley 24/2011 **había dejado zanjada la cuestión, impidiendo el reconocimiento de ningún tipo de acción directa del subcontratista frente a la Administración contratante.**

³ El apartado 9 del artículo 210 de la LCSP añadía que "lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas (...)".

Empero todo lo anterior, lo cierto es que la operatividad de la acción directa del subcontratista y su previsión o al menos admisión por la legislación española ha retomado toda su actualidad a la vista de las previsiones de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública.

En efecto, la cuestión recobra protagonismo a la vista de la Directiva 2014/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 71 – relativo a la subcontratación – establece, en su apartado 3 que los Estados miembros **“podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal). Tales disposiciones podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos. Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en los pliegos de la contratación”**.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.