

Informe 56/10, de 28 de octubre de 2011. “Consulta sobre si en el pliego cláusulas administrativas particulares es posible regular cuestiones referidas a la relación contractual entre el contratista y el subcontratista y cuestiones de régimen transitorio referidas a la morosidad en las operaciones comerciales propias de la relación entre el contratista y sus proveedores”.

Clasificación de los informes. 5.5 Cuestiones relativas al precio de los contratos. Otras cuestiones relativas al precio en los contratos. 11.2 y 5 Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. Otras cuestiones. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

El Alcalde de Calahorra (La Rioja) dirige escrito a esta Junta Consultiva con el siguiente texto:

“El Excmo. Ayuntamiento Pleno de Calahorra, reunido en sesión de 26 de abril de 2010, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas y convocatoria de licitación mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de obras de construcción del Centro Cívico Juvenil de Calahorra. Con fecha 30 de abril de 2010 se publicó en el B.O.R. nº 52, el anuncio de la referida licitación. La adjudicación provisional se produjo por acuerdo plenario de fecha 28 de junio de 2010 y la definitiva en sesión de fecha 26 de julio de 2010. Finalmente con fecha 3 de agosto de 2010 se suscribió el contrato administrativo con el adjudicatario, la mercantil ARLAN CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.A. Se concluye en consecuencia que las condiciones de dicho contrato se fijan con carácter previo al 7 de julio de 2010.

La cláusula 13ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares determina que:

El adjudicatario podrá concertar con terceros la realización de determinadas unidades de obra, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

El contratista deberá comunicar anticipadamente y por escrito al responsable del contrato designado por la Administración Municipal, la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y su experiencia. En caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud de subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

Que las unidades de obra que el adjudicatario contrate con terceros no excedan del 60% del importe de adjudicación. Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

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 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, para las relaciones entre Administración y contratista, así como conforme al resto de condiciones de pago establecidas en el artículo 211 de la L.C. S. P.

La infracción de las condiciones establecidas en los apartados anteriores, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de la penalidad regulada en el artículo 210.3 de la L.C.S.P., con sujeción a lo siguiente:

Se hará efectiva mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista, o sobre la garantía, conforme al artículo 196.8 de la L.C.S.P.

Como regla general, su cuantía será del 5% del importe del subcontrato, salvo que, motivadamente, el órgano de contratación estime que el incumplimiento es grave o muy grave, en cuyo caso podrá alcanzar hasta un 10% o hasta el máximo legal del 50%, respectivamente. La reiteración en el incumplimiento podrá tenerse en cuenta para valorar la gravedad.

Los subcontratistas quedarán obligados sólo frente al contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la

ejecución de la obra frente al Ayuntamiento, como si él mismo la hubiera realizado.

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 49 de la L.C.S.P.

El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación que se realice, de acuerdo con la legislación laboral.

Queda prohibida la cesión en favor de tercero de los derechos dimanantes del presente contrato de obras.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 32/06, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, la subcontratación que lleve a cabo el contratista para la ejecución del presente contrato, deberá estar sujeta a los requisitos y régimen establecidos en dicha ley.

El 7 de julio de 2010 entró en vigor la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en cuya disposición transitoria tercera se establece un régimen excepcional de plazos máximos de pago en los contratos de obra civil con las Administraciones Públicas aplicable a los contratos entre las empresas constructoras de obra civil y sus proveedores y/o subcontratistas.

En la ejecución del referido contrato administrativo, la mercantil contratista entiende que de acuerdo con la señalada disposición transitoria tiene derecho a pactar plazos de pago superiores a los fijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato, que vienen a ser los del artículo 200.4 de la L.C.S.P., modificados por la Disposición Transitoria octava que se adiciona a la L.C.S.P. por la citada Ley 15/2010, y que establece que hasta el 31 de diciembre de 2010 el plazo en que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones es de 55 días a partir de la fecha de la expedición de la certificación, y de 50 días en el año 2011 (el contrato de obras de construcción del Centro Cívico Juvenil de Calaborra está previsto que finalice en abril de 2011).

Por el contrario, lo razonable sería entender que las condiciones de un contrato no deberían verse afectadas por ningún derecho transitorio, ni aunque como en este caso suponga un beneficio al contratista que ve mejoradas sensiblemente sus condiciones particulares de financiación de la obra, en tanto que percibe de la Administración Municipal el precio y podría pagar a sus subcontratistas y proveedores hasta 65 y 70 días más tarde de haber recibido el precio de las correspondientes certificaciones. En esta situación se podría dar la circunstancia que la obra se financiara por la Administración y por los segundos en la cadena de subcontratación, que están obligados a pagar en 55 días el primero y en 85 días los segundos, en beneficio del contratista principal que podía negociar plazos de pago superiores. Asimismo tampoco sería posible entender que en los subcontratos pactados en ejecución de un contrato de obras convenido previamente a la entrada en vigor de la Ley 15/2010, puedan aplicarse normas que derivan de esta, en tanto que la Disposición Transitoria primera determina que la ley será de aplicación a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo surge la duda de si en los Pliegos de Cláusulas Administrativas que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010 y hasta que finalice el plazo señalado en la Disposición Transitoria tercera, se puede introducir la prohibición o limitación pertinente, de modo que el contratista principal no pueda beneficiarse de la posibilidad de ampliar los plazos de pago a subcontratistas y proveedores establecidos en dicha disposición transitoria, por entender que este régimen más beneficioso para el contratista de obra civil altera el equilibrio de las condiciones de pago para el resto de los intervinientes en el contrato, esto es Administración Municipal y los subcontratistas y proveedores.

Finalmente señalar que el Parlamento Europeo acaba de aprobar una Directiva que dispone que con carácter general los plazos de pago se reducirán a 30 días, admitiendo con carácter excepcional y previo acuerdo un plazo de 60 días, y sin que pueda extenderse más allá de dicha fecha, por lo que la interpretación de la Ley 15/2010 no debería perder esta nueva perspectiva.

En consecuencia, D. Francisco Javier Pagola Sáenz, Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Calaborra solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe sobre:

1. En el contrato de obras de construcción del Centro Cívico Juvenil de Calaborra vigente en la fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2010, se puede o no exigir al contratista el cumplimiento de lo señalado en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, impidiendo en consecuencia que negocie plazos de pago a sus subcontratistas y proveedores más desfavorables que los previstos para las relaciones entre la Administración y el contratista, esto es plazos de hasta 120 días en lugar de 55 días.

2. Si en los Pliegos de Cláusulas Administrativas que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, se puede imponer la prohibición de que el contratista pueda acordar con sus subcontratistas y proveedores plazos de pago superiores a los previstos para las relaciones entre la Administración y el contratista, y como máximo los señalados en el Disposición Transitoria tercera de dicha Ley.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Calahorra plantea una primera cuestión de derecho transitorio relativa a la aplicabilidad a los subcontratos derivados del contrato a que se refiere la consulta de la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre de 2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Dicha disposición transitoria tercera viene a fijar plazos máximos de pago entre contratistas y proveedores o subcontratistas para el periodo transitorio de dos años cuando dichas relaciones deriven de un contrato de obra civil con las Administraciones Públicas que se encuentre “vivo”, esto es, no finalizado, en la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

Bien es sabido que esta Junta Consultiva es órgano consultivo en materia de contratación administrativa y no en materia de contratación privada en las que las partes no se integran en la Administración, tal y como se lee en el artículo 299.1 de la Ley 30/2007. Adicionalmente no le corresponde a esta Junta pronunciarse acerca de una relación, la que se establece entre contratista y subcontratista, en la que ningún ente perteneciente al sector público administrativo es parte, pues tal y como indica el artículo 210.4 de la Ley 30/2007, “los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración (...)”. Por todo ello esta Junta Consultiva entiende que procede declararse incompetente para responder a la cuestión planteada.

2. En una segunda y última cuestión el Ayuntamiento de Calahorra expone su duda acerca de “si en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2010, se puede imponer la prohibición de que el contratista pueda acordar con sus subcontratistas y proveedores plazos de pago superiores a los previstos para las relaciones entre la Administración y el contratista, y como máximo los señalados en la disposición transitoria tercera de dicha Ley”.

En respuesta a esta cuestión esta Junta Consultiva desea recordar al Ayuntamiento de Calahorra que, tal y como indicó en su informe 71/09, de 23 de julio de 2010, de la dicción del artículo 210.4 de la Ley 30/2007 “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 el contratista y el subcontratista”. Por ello esta Junta Consultiva en dicho informe se mostró contraria a que los órganos de contratación pudieran establecer en los pliegos de cláusulas administrativas 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.

La anterior precisión puede y debe hacerse extensiva a cualquier otra propuesta de regular en el pliego de cláusulas administrativas particulares las relaciones entre contratistas y subcontratistas, dado que son relaciones jurídico-privadas, y donde el legislador no ha juzgado prudente regular no deben ni pueden hacerlo los órganos de contratación a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Únicamente cabe que los pliegos hagan referencia a la escasísima regulación que de esas relaciones jurídico-privadas hace la normativa de contratos del sector público

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. No es competencia de ésta Junta Consultiva pronunciarse acerca de un problema de derecho transitorio que afecta a una disposición normativa, la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2010, que regula los

plazos de pago entre contratistas y sus proveedores o subcontratistas, por ser ésta materia ajena a la contratación pública.

2. Las relaciones entre contratistas y subcontratistas no pueden ser objeto de una regulación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que vaya más allá de lo establecido en la normativa que regula los contratos del sector público, por escapar estas relaciones jurídico-privadas del ámbito la legislación de contratos y del propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que necesariamente ha de respetar el ordenamiento jurídico.