

LA SUBCONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PREVIA. — II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUBCONTRATOS VINCULADOS A LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — III. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUBCONTRATACIÓN. — IV. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA SUBCONTRATACIÓN: 1. Límites cuantitativos de la subcontratación. 2. Condiciones subjetivas del subcontratista: el requisito de la capacidad y la prohibición de contratar. 3. La comunicación a la Administración del subcontrato a celebrar. 4. Otros requisitos para supuestos singulares. — V. LAS GARANTÍAS DE PAGO A SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES: 1. La inicial previsión del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995: A) Génesis parlamentaria del artículo 116.2.c). B) Una precisión sobre la adecuación del artículo 116.2.c) de la LCAP a la Constitución. C) El contenido de la garantía de pago. D) La delimitación del concepto de suministrador del contratista. 2. La reforma de 1999 y la regulación actual. Consecuencias y efectos. 3. Una precisión final: la incidencia en las garantías de pago de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

La expresión «subcontratación administrativa», que da título a este trabajo, puede resultar equívoca. No obstante, una vez precisado que esa subcontratación nos sitúa ante un contrato privado entre el contratista de la Administración y un tercero, la expresión puede aceptarse en la medida en que la subcontratación guarda directa relación con la ejecución de los contratos administrativos (1). Se explica así que la legislación reguladora de la

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

contratación administrativa incorpore una serie de reglas y condiciones a las que debe ajustarse el contrato que, con tal objeto la realización o ejecución parcial del contrato administrativo, celebran los contratistas de la Administración con terceras personas o subcontratistas.

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

En suma, la subcontratación se instrumentaliza como uno de los medios de ejecución del contrato administrativo, lo que justifica la modulación del régimen de los subcontratos vinculados a esa ejecución y con ello la propia expresión adoptada de «subcontratación administrativa».

En las páginas siguientes se analiza la regulación de la subcontratación tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP). En el caso concreto de la subcontratación, la refundición queda referida a las iniciales previsiones del artículo 116 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), que posteriormente fueron complementadas con las del artículo 116 bis, incorporado por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. De este modo, en los artículos 115 y 116 del TRLCAP queda contenida la regulación de la subcontratación, con el carácter de normativa básica (D.F. 1^ª TRLCAP), general y común para todos los contra-

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

tos administrativos (3), sin perjuicio de que en algunos casos, como en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación siga estando restringida a determinadas prestaciones (así, artículo 170 del TRLCAP, que establece que «[...] la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias»).

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

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS SUBCONTRATOS VINCULADOS A LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El TRLCAP se preocupa de dejar bien claro que el subcontrato derivado de un contrato administrativo no deja de ser un contrato privado. El párrafo 2º del artículo 116.5 lo señala expresamente: «Los subcontratos [...] a que se refiere el párrafo anterior tendrán en todo caso naturaleza privada».

En realidad, más allá de la innecesaria —e imprecisa— remisión a los subcontratos «a que se refiere el párrafo anterior», porque esos subcontratos no presentan particularidad alguna por relación a los mencionados en

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

otros párrafos del mismo artículo, la naturaleza jurídico-privada ya se desprende con claridad de lo dispuesto en el artículo 115.3 del mismo TRL-CAP, al disponer que la responsabilidad ante la Administración por la ejecución del contrato administrativo corresponde en exclusiva al contratista principal y que los subcontratistas sólo quedan obligados ante él. Así pues, la subcontratación no modifica la posición del contratista frente a la Administración, ni ésta queda vinculada con los subcontratistas. Una diferencia que la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar en los términos siguientes:

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

«La alegación de que la conducta determinante de la resolución contractual y posibles secuelas indemnizatorias, lo es de un tercero o subcontratista y no del contratista principal no puede ser estimada ya que la responsabilidad contractual incumbe únicamente al contratista principal que [...] es el único responsable ante la Administración de la gestión del servicio, sin perjuicio claro está de las obligaciones del tercero o subcontratista con el contratista principal [...]» (STS de 18 de diciembre de 1996, arz. 9738).

Esa naturaleza jurídico-privada ha sido, tal como más adelante veremos, el argumento principal que se ha manejado para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontratación que pueda establecer la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizan la relación contractual privada al situarla, en cierto modo, en el ámbito público.

Se trata, no obstante, de una objeción infundada, porque, aun sin dejar de ser un contrato privado entre particulares, el subcontrato guarda directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo. Un hecho suficiente por sí sólo para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de éste, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquél. Con ello no se altera la relación jurídico-privada que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente dife-

renciadas las responsabilidades derivadas, de una parte, del subcontrato, y de otra, del contrato administrativo (4).

III. SUPUESTOS EN LOS QUE NO PROCEDE LA SUBCONTRATACIÓN

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

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

Este planteamiento es plenamente asumido por el TRLCAP. La subcontratación es admitida con carácter general. Así resulta del artículo 115.1, que fija como excepciones las dos siguientes: que el contrato administrativo no autorice la subcontratación; o que, aun guardando silencio, por su propia naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el contratista.

En el primer supuesto, la Administración contratante dispone de total autonomía para incorporar al pliego, y con ello al contrato, la prohibición

(4) En el mismo sentido, vid. M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones Públicas*, en REDA núm. 109 (2001), págs. 61-62, que, tras señalar, entre otras razones, que «[...] no debe existir ningún impedimento para que una Ley, característicamente "administrativa", acoja disposiciones calificables como "mercantiles"», concluye que «[...] no deberían esgrimirse pues mayores reparos en admitir en una Ley de contratos de las Administraciones públicas previsiones que atienden a garantizar el correcto desarrollo de los contratos, aunque las mismas incidan en otras relaciones colaterales, como son las existentes entre contratistas y subcontratistas. Sin negar el principio de libertad contractual entre los empresarios, debe atenderse a todo aquello que facilite encauzar la protección del buen fin de los contratos públicos». Por ello, «[...] el buen fin del contrato administrativo ampara de manera sobrada que la Ley establezca límites o condiciones a este contrato "privado", por afectar a un objeto público».

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

En algún caso, complementado la regla señalada, el propio legislador ha explicitado directamente que «la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias». Así lo dispone el artículo 170 del TRLCAP respecto del contrato de gestión de servicios públicos. Pero en otros supuestos, la aplicación de la referida regla no deja de plantear dudas. En este sentido, aunque la subcontratación no parece que, en términos generales y abstractos, sea compatible con contratos como los de consultoría y asistencia —o, al menos, no debería serlo en algunos de esos contratos atendiendo a su objeto (art. 196.2 TRLCAP) y correlativamente a los requisitos de capacidad que se exigen al contratista, especialmente en lo relativo a conocimientos, cualidades o titulación (art. 197.1 TRLCAP) (5)—, tampoco cabe descartar anticipadamente que, en determinadas condiciones, sea viable (6). Por ello, la prohibición de subcontratar sólo podrá concretarse de manera definitiva atendiendo al contenido de los pliegos, de las prescripciones técnicas y del propio acto administrativo de adjudicación (7).

(5) En relación con alguno de esos contratos de consultoría y asistencia —concretamente, en los que predominen prestaciones de carácter intelectual—, las condiciones personales del adjudicatario ocupan un lugar central: así, artículo 196.2.b).4.º del TRLCAP (contratos que la Administración celebre con profesionales en función de su titulación académica). Por eso, E.V. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Cívitas, Madrid, 2002, pág. 469, ha señalado con razón que «al tratarse de trabajos intelectuales, caracterizados por ser *intuitu personae*, la ejecución por otra persona distinta al contratista debe limitarse con mucho más rigor que en otros supuestos».

(6) Así parece reconocerlo E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría ...*, *op. cit.*, pág. 473, cuando afirma que «al igual que en la cesión, surgen dudas respecto de la aplicación de la subcontratación en el contrato de consultoría y asistencia por su carácter personalísimo, aunque con menor intensidad, puesto que aquí el contratista es el mismo y la mayor parte de la ejecución será llevada a cabo por él».

(7) En idénticos términos, *vid.* F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, *op. cit.*, págs. 171-172. También, con anterioridad, J.L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión de contratos y la subcontratación», en vol. col. (coord. B. PENÁS) *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, pág. 615.

En cualquier caso, lo cierto es que la subcontratación encuentra su principal ámbito de aplicación en los contratos de obras y de suministro. Tanto es así que, incluso, la subcontratación puede venir impuesta por la propia Administración. Expresamente lo prevé el artículo 131 del TRLCAP en relación con la modalidad de concesiones de obras públicas:

«En el contrato de concesión de obras públicas, la Administración podrá imponer al concesionario que subcontrate con terceros un porcentaje de los contratos de obras objeto de la concesión que represente, al menos, un 30 por 100 del valor total de dichas obras, debiendo preverse que los licitadores puedan incrementarlo haciendo constar su cifra en el contrato. Alternativamente, podrán invitar a éstos para que señalen en sus ofertas el porcentaje mínimo que vayan a subcontratar con terceros» (8).

En definitiva, la subcontratación encuentra amplias posibilidades de desarrollo en el ámbito de la contratación administrativa. Tantas que la regla de que la ejecución del contrato ha de llevarse a cabo por el contratista queda muy atenuada. Que la ejecución sea realizada por un tercero —el subcontratista— no es algo excepcional, limitado a casos singulares. Todo lo contrario. Por eso, la regla en cuestión ha de referirse en realidad a la responsabilidad por la ejecución del contrato administrativo. Es el contratista quien responde en exclusiva ante la Administración por la ejecución del contrato, independientemente de quien materialice las correspondientes prestaciones.

IV. REQUISITOS Y CONDICIONES DE LA SUBCONTRATACIÓN

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

1. Límites cuantitativos de la subcontratación

La subcontratación sólo permite la ejecución parcial del contrato administrativo. Así se recuerda expresamente en el artículo 115.1 *in fine* y 4 del TRLCAP: el adjudicatario del contrato administrativo podrá concertar con

(8) Téngase en cuenta que el artículo 131 de la LCAP de 1995 configuró este supuesto como una «cesión a terceros», lo que fué corregido por la Ley de reforma de 1999, calificándolo más adecuadamente como «subcontratación parcial».

terceros «[...] la realización parcial del mismo», o el contratista en ningún caso podrá concertar «[...] la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar [...] o que estén incurso en suspensión de clasificaciones». Se trata de un criterio elemental —en otro caso, la subcontratación podría encubrir la cesión del contrato— que se concreta estableciendo determinados límites cuantitativos que no pueden ser sobrepasados por medio de la subcontratación.

El artículo 115.2.b) del TRLCAP fija esos límites en los siguientes términos:

«Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del importe de adjudicación, 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 por 100 del importe de adjudicación».

Para el caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no fije porcentaje alguno, la ley establece la regla de que la subcontratación no podrá exceder del 50 por 100 del importe de adjudicación del contrato. Cabe, no obstante, que el pliego permita un porcentaje mayor de subcontratación (9), si bien no resulta razonable que ese mayor porcentaje deje sin efecto la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución «parcial» del contrato administrativo. No ha de ser admitida, pues, la autorización de un porcentaje de subcontratación que alcance el 100 por 100 del importe de adjudicación o que expresamente habilite para subcontratar sin límite porcentual alguno.

Por otra parte, si la Administración puede establecer en el correspondiente pliego un porcentaje superior al 50 por 100, de acuerdo con la literalidad misma del precepto pudiera parecer que, por el contrario, no podrá limitar la subcontratación a un porcentaje inferior. Así se desprende del inciso «superior al 50 por 100 del importe de adjudicación» que, referido al porcentaje de subcontratación que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares, se incorporó en la tramitación parlamentaria de la LCAP de 1995 (10).

(9) No lo entiende así J.L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión...», *cit.*, pág. 618, que, refiriéndose al artículo 116.2.b) de la LCAP de 1995 —en todo idéntico al actual artículo 115.2.b) del TRLCAP—, afirma que la Ley «[...] fija un límite inicial del que no puede exceder el establecido en las cláusulas administrativas particulares [...]». Sin embargo, la literalidad del precepto no admite esa afirmación.

(10) La puntualización no figuraba en el Proyecto de Ley y fue introducida por el Congreso de los Diputados como consecuencia de una enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista formulada a raíz de una enmienda del grupo de IU-IC.

No obstante, y a pesar del obstáculo que supone la referida redacción, no resulta lógico que la ley haya pretendido cerrar toda posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas particulares pueda rebajar el porcentaje de subcontratación a menos del 50 por 100 del importe de adjudicación del contrato. Si así fuera, ¿cómo explicar que la Administración pueda impedir, sin limitación alguna, la subcontratación en cualquier contrato administrativo (art. 115.1 TRLCAP) y, sin embargo, de no prohibirla, no pueda limitarla a un determinado porcentaje inferior al residualmente previsto por la ley?. Como esa explicación no parece posible, más razonable será entender que con el inciso «superior al 50 por 100 del importe de adjudicación» se ha venido a deslizar —de manera tan innecesaria como indebida— una especie de presunción de que sólo cuando se pretenda superar el tope legal del 50 por 100 tendrá razón de ser que en el pliego se fije expresamente un porcentaje de subcontratación (11). Pero que así suceda o pueda suceder en la mayoría de los casos, no justifica la conclusión de que no sea ya posible lo contrario, es decir, el establecimiento de una reducción del porcentaje legal del 50 por 100. Aunque se haya empleado para ello tan perturbadora redacción, la habilitación dada a los pliegos para que puedan establecer un porcentaje superior de contratación en modo alguno impide que puedan establecer un porcentaje inferior (12). El porcentaje legal del 50 por 100 no es un tope máximo, sino un tope que únicamente se aplica con carácter residual, para el supuesto de que los pliegos nada prevean. Por ello mismo, los pliegos pueden elevar o reducir ese porcentaje, con el único

(11) La misma presunción se refleja en algunas opiniones doctrinales: así, A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «Comentario artículo 115», en vol. col. *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo)*, I, Abella, Madrid, 1995, pág. 557, dice que «[...] la previsión del Pliego sólo será necesaria cuando —en apoyo de las Pymes— se pretenda imponer/autorizar subcontratos de más del 50% del presupuesto del contrato». Asimismo, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Cívitas, Madrid, 1996, pág. 508: «Se trata de autorizar directamente y por la propia ley al contratista para subcontratar hasta un 50 por 100 del presupuesto total del contrato, salvo que el Pliego de cláusulas le autorice expresamente un porcentaje superior».

(12) Tras criticar esta regulación, también M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación...», cit.*, pág. 72, ha propugnado que el artículo 115.2.b) del TRLCAP se interprete en términos favorables a que la Administración pueda fijar un porcentaje inferior al 50 por 100, pues, sin perjuicio de que «[...] no parece lógico limitar las facultades de la Administración a la hora de confeccionar el contrato e introducir limitaciones a la actuación del contratista», de los debates parlamentarios se desprende que «[...] la primera intención de las enmiendas presentadas era limitar la subcontratación al cincuenta por ciento del importe del contrato y tras acuerdos transaccionales, que querían mantener la posibilidad de incrementar ese umbral, se llegó a la perturbadora redacción actual».

límite de que la subcontratación no abarque la total ejecución del contrato administrativo.

Por lo demás, la Ley de reforma de 1999 modificó la inicial redacción de la LCAP de 1995, al sustituir la expresión «presupuesto del contrato» —que también era la empleada por la LCE de 1965— por la de «importe de adjudicación» del contrato. De este modo, el porcentaje de subcontratación se ajusta al importe real del contrato, que de hecho no siempre coincide con el presupuestado.

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

A diferencia de la LCE y del RGC, que guardaban al respecto absoluto silencio, el artículo 116.4 de la LCAP de 1995 estableció que «en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas incurso en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar».

Esta previsión, que ya constaba en el Proyecto de Ley y que no sufrió variación alguna a lo largo de su tramitación parlamentaria, evidencia con claridad que, a pesar de ser una relación jurídico-privada ajena a la Administración, la incidencia que el subcontrato presenta en la ejecución del contrato administrativo justifica que el legislador pueda imponer determinadas limitaciones a la autonomía contractual del contratista y del subcontratista y que la propia Administración contratante pueda y deba verificar la observancia de las mismas.

La Ley de reforma 1999 modificó la redacción inicial del artículo 116.4, reforzando las limitaciones (13). La actual del artículo 115.4 del TRLCAP trae causa, pues, de esa reforma. Dice así:

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

«4. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, a excepción de su párrafo k), de la presente Ley o que estén incurso en la suspensión de clasificaciones».

Así pues, el subcontratista ha de tener capacidad jurídica y de obrar para contratar, tal como resulta de las previsiones del Código Civil y del Código de Comercio. Pero, junto a este primer requisito, que no presenta mayores particularidades, las prohibiciones de contratar propias de los contratistas de la Administración (artículo 20 del TRLCAP) se extienden expresamente a los subcontratistas (14), con una única excepción, la del supuesto previsto en el apartado k) del referido artículo 20. De este modo, se trata de impedir el fraude de ley que se produciría en caso de subcontratar con quienes no pueden contratar directamente con la Administración, eludiendo así la prohibición (15).

Por otra parte, la prohibición de subcontratar alcanza, asimismo, a quienes estén incurso en la suspensión de clasificaciones. Suspensión de clasificaciones que se encuentra regulada en el artículo 33 del TRLCAP y cuya declaración «[...] implicará la pérdida de todos los derechos derivados de la misma en tanto aquélla subsista» (art. 33.6 TRLCAP). Por tanto, quienes se hallen en esa situación tampoco podrán contratar con la Administración, ni subcontratar con contratistas de la misma (16).

Ahora bien, obsérvese que la causa prevista en el artículo 20.k) del TRLCAP («no hallarse debidamente clasificadas, en su caso, conforme a lo

(14) La mayoría de esas prohibiciones tienen que ver con la capacidad adecuada solvencia, con la moralidad —relacionada con la comisión de determinados delitos y determinadas infracciones administrativas o con la inobservancia del régimen de incompatibilidades para contratar con la Administración—, con el incumplimiento de contratos anteriores, con el incumplimiento de las obligaciones con la Hacienda Pública y con la Seguridad Social, etc. Para un análisis detallado de las causas determinantes de la prohibición de contratar, *vid.* H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000, en especial págs. 155 ss. Asimismo, el estudio ya citado de M. FUERTES, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas, in totum*.

(15) En el mismo sentido, J.L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión ...», *cit.*, pág. 616: «[...] a fin de evitar situaciones fraudulentas en las que una persona inhabilitada para contratar o suspensa en su clasificación utilizara el subcontrato para ejecutar el contrato mediante una persona interpuesta que aparecería como contratista principal». Igualmente, M. FUERTES, *El contratista y el subcontratista ...*, *op. cit.*, pág. 10: «[...] otra cosa podría facilitar el fraude de ley, al poder burlar las Administraciones las limitaciones y prohibiciones legales contratando simplemente con personas interpuestas».

(16) Sobre las causas y los efectos de la suspensión de las clasificaciones, *vid.* H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *El contratista ...*, *op. cit.*, págs. 498 ss.

dispuesto en esta Ley o no acreditar la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional») expresamente se exceptiona en los casos de subcontratación (art. 115.4 del mismo TRLCAP) (17), por lo que el hecho de que el subcontratista no se halle debidamente clasificado o no acredite la suficiente solvencia económica, financiera y técnica o profesional, no impide la subcontratación. Con ello parece incurrirse en una cierta incoherencia, pues, por una parte, no se exige la clasificación —tampoco acreditar la solvencia— para subcontratar, mientras que, por otra, queda prohibida la subcontratación con quienes se encuentren suspendidos en la clasificación. Sin embargo, la incoherencia no es tal y se explica con faci-

(17) Algunas enmiendas a la Ley de reforma de 1999 pretendieron eliminar esa excepción, exigiendo la necesaria clasificación del subcontratista para la celebración de determinados subcontratos. La enmienda núm. 122 del grupo parlamentario federal de Izquierda Unida propuso, en efecto, la supresión de la inaplicación de la causa del artículo 20.k), y, asimismo, la enmienda núm. 123 del mismo grupo propuso añadir un nuevo apartado 5 al artículo 116, con la siguiente redacción: «En el supuesto de celebración de contratos de subcontratación que en su conjunto superen la cantidad de 20 millones de pesetas y siempre que al contratista le haya sido exigida por la Administración contratante la acreditación de clasificación de contratista, el subcontratista deberá tener la clasificación acorde con el objeto del contrato [...]. Como se decía en la motivación de la enmienda, «con esta redacción se conseguiría, en contratos de cierta importancia, la eliminación de prácticas fraudulentas en materia de seguridad, fiscal y de orden social que implican competencia desleal para el resto de empresas, al poder continuar el empresario incurso en las mismas con la misma actividad a través de otras empresas de forma inmediata» (vid. *BO.CG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 161-10, de 12 de mayo de 1999*, pág. 83).

En la doctrina, M. FUERTES, *El contratista y el subcontratista ...*, op. cit., pág. 50, con arreglo a la inicial redacción de la LCAP de 1995 y en relación con la interpretación del término «inhabilitación» como comprensivo también de las prohibiciones del artículo 20 de dicha ley, señaló que ello supondría dar aplicación al supuesto de que la persona o empresa no se halle clasificada, lo que «[...] sería además coherente con la finalidad de la regulación de la clasificación, pues impide que se facilite el fraude de ley, mediante la contratación por la Administración con personas interpuestas que cedan o subcontraten con personas no clasificadas». Sin embargo, en un trabajo posterior, tras la reforma de 1999 (*La deficiente regulación de la subcontratación ...*, cit., pág. 67), considera justificable que no se exija que el subcontratista esté necesariamente clasificado o que acredite su solvencia, y ello porque «[...] de la correcta ejecución del contrato responderá siempre el contratista». Dice así: «Mientras que, con relación a las otras prohibiciones, amparadas en la necesidad de garantizar la imparcialidad de la actuación administrativa o de exigir honorabilidad en quienes colaboran en contratos administrativos, es imprescindible exigir que los subcontratistas no estén incurso en situaciones prohibidas, porque podría advertirse un fraude de ley si se subcontrataba, por ejemplo, con familiares o defraudadores de la Hacienda, quebrando con ello la eficacia de la regulación; con relación a la exigencia de la solvencia o clasificación del subcontratista no se advierte ningún fraude de ley, porque no queda burlada la posición de la Administración contratante ni se perjudica a los intereses públicos porque siempre y en todo caso debe responder tanto del correcto cumplimiento del contrato administrativo como de los incumplimientos y daños el contratista, que sí ha tenido que superar el examen de su solvencia económica y profesional, cuando no, obtener la correspondiente clasificación administrativa».

lidad si se tiene en cuenta que esa suspensión pone por sí misma de manifiesto la concurrencia de específicas causas que impiden la contratación. Baste observar que no es lo mismo el no contar con la clasificación necesaria, exigible únicamente para contratar con la Administración en determinados supuestos (art. 25 TRLCAP), que, habiéndola obtenido, haya quedado suspendida, por cuanto esa suspensión se produce como consecuencia de la comisión de determinadas infracciones o por incurrir en algunas de las causas determinantes de la prohibición de contratar (artículo 33 TRLCAP) (18). Por eso, aunque parezca un juego de palabras, la realidad es que el suspendido no ha de poder subcontratar porque la suspensión determina que no puede contratar con la Administración, y, como ya se ha visto, quien no puede contratar con la Administración tampoco puede subcontratar con los contratistas de la misma.

Cuestión distinta es, en fin, que los medios para garantizar la efectividad de las referidas prohibiciones estén suficientemente perfilados, sobre lo que pueden mantenerse algunas dudas (19). En este sentido, dado que la declaración de nulidad del subcontrato por la jurisdicción civil puede resultar sumamente problemática, lo más lógico es que la Administración, ante la constatación de la subcontratación con persona incurso en tales causas impeditivas, proceda a la resolución del contrato administrativo por incumplimiento del contenido de las obligaciones legales y contractuales [art. 111.g) TRLCAP].

3. La comunicación a la Administración del subcontrato a celebrar

Con arreglo a la LCE de 1965 (arts. 59.1 y 82) y su RGC (arts. 185.1, 235 y 280), el contratista debía poner en conocimiento de la Administración (del órgano de contratación) el subcontrato a celebrar, con indicación de las partes de obra a realizar y las condiciones económicas. La referida comunicación tenía la finalidad, explícitamente reconocida, de que la Admi-

(18) Similar explicación da M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación ...*, cit., págs. 67-68. Asimismo, J.L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión ...», cit., pág. 617: «[...] el subcontratista no deberá estar [...] suspenso en su clasificación pese a que dicha clasificación no hubiera sido exigida al contratista principal, actuando la suspensión de clasificaciones como una sanción que impide en todo caso ser subcontratista».

(19) Por todos M. FUERTES, *El contratista y el subcontratista ...*, op. cit., pág. 51: «[...] aunque se intuye que el legislador pretendió establecer algún control para evitar fraudes de ley en la subcontratación, no están previstos los eficaces instrumentos prácticos que supervisen estas situaciones. De ahí que no sea aventurado pronosticar la general inaplicación de este apartado cuarto del art. 115 de la Ley, que exige que los subcontratistas no estén ni suspendidos ni inhabilitados».

nistración autorizase la subcontratación, a no ser que el contrato administrativo facultase directamente al contratista para subcontratar, en cuyo caso no era necesaria esa autorización singularizada. Necesidad de que fuera autorizada la subcontratación, procediendo así la Administración a controlar de manera reglada, según opinión mayoritaria, la concurrencia de los presupuestos legales a los que se condicionaba la celebración del subcontrato (20). Un sistema, pues, de control administrativo preventivo que, sin embargo, la LCAP de 1995 vino a abandonar con carácter general, sustituyéndolo por una simple comunicación informativa.

No obstante, para valorar adecuadamente el alcance de la modificación, conviene tener presente que, aun cuando la Administración podía denegar la autorización, dado que el subcontrato no pasa de ser un mero pacto *inter privados* en el que las recíprocas prestaciones se desenvuelven exclusivamente entre el contratista de la Administración y el subcontratista, parte de la doctrina consideró que la celebración del mismo sin que mediase esa autorización —por no haberse solicitado o por haberse denegado— no debía afectar a su validez y eficacia, sino que únicamente podía dar lugar a la resolución del contrato entre la Administración y el contratista por incumplimiento de éste último (21). Una posición ésta, por lo demás, a la que no me parece que fuera oponible lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código

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

(21) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 6ª ed., Cívitas, Madrid, 1993, pág. 738: «[...] en el supuesto del subcontrato, la falta de autorización no enerva la eficacia del mismo en cuanto pacto *inter privados*, aunque pueda dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista», marcándose así la diferencia con la falta de autorización en la cesión del contrato administrativo, pues, en este caso, «[...] la autorización previa de la misma tiene carácter esencial, ya que sin ella no puede operar siquiera la sustitución de la persona del contratista que la cesión pretende». También J.L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho administrativo. Tomo III: Contratación administrativa*, Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1983, pág. 142: «[...] en la cesión, la autorización administrativa es requisito esencial para su validez y existencia, en tanto que en la subcontratación su ausencia únicamente posibilita la rescisión posterior del contrato».

civil (22), pues la mera discordancia o contradicción con la ley no siempre determina la nulidad del acto. Como ya advirtiera De Castro y Bravo, en tales casos es preciso estudiar cuál es el significado y fin de la correspondiente ley, por cuanto «hay [...] bastantes casos en que la Ley ha rechazado expresa o tácitamente la sanción de nulidad: así, por ejemplo, cuando la Ley no pretende la ineficacia misma del negocio, sino la consecución (mediante la prohibición o exigencia de un requisito) de un resultado lateral; cuando se señale otro tipo de sanción más o menos grave, como una pena, la anulabilidad o la rescisión [...]». Y es que, tal como puntualizara el ilustre civilista, «el Derecho moderno, en los negocios jurídicos acude sólo en último extremo a la declaración de su nulidad (*favor negotii*) y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctora y la figura de la conversión» (23). De este modo, dado que la autorización administrativa tenía por finalidad última asegurar la correcta ejecución del contrato administrativo, la validez del subcontrato no debía verse afectada por el hecho de haberse celebrado sin dicha autorización. La falta de autorización se tenía que proyectar, antes bien, en el propio contrato administrativo: de ahí que la Administración pudiera acordar su resolución por incumplimiento de la obligación legal del contratista de comunicar el subcontrato para obtener la pertinente autorización administrativa o, incluso, por haberlo celebrado a pesar de haber sido denegada dicha autorización.

Si la expuesta era la consecuencia resultante de la falta de autorización administrativa del subcontrato, el cambio que se ha operado apenas presenta trascendencia práctica alguna. Tras la reforma, el artículo 115.2.a) del TRLCAP, de acuerdo con lo que estableciera la LCAP de 1995, mantiene la obligación de que el contratista comunique por escrito a la Administración el subcontrato que se proponga celebrar, con indicación de las partes del contrato administrativo a realizar por el subcontratista, pero no exige ya, con carácter general, la referida autorización. La autorización administrativa del subcontrato únicamente se mantiene en relación con los contratos administrativos de carácter secreto o reservado o cuando la ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. Con-

(22) Recuérdese su tenor literal: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

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

secuentemente, a salvo de esos supuestos excepcionales, la comunicación a la Administración pasa a tener una simple finalidad informativa. El propio legislador así la ha señalado expresamente al referirse a la subcontratación en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español, las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE. Su artículo 42 establece, en efecto, que «en el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que, en su caso, tenga la intención de subcontratar con terceros». Y añade: «Dicha comunicación tendrá carácter meramente informativo correspondiendo al contratista asumir la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante».

Ahora bien, de inmediato debe señalarse que, sin perjuicio de que la finalidad de la comunicación sea informativa, el incumplimiento de la carga de comunicar, así como el cumplimiento defectuoso —por no expresar debidamente los requisitos y contenido de la misma—, en caso de no ser subsanado, también permiten apreciar en el contratista un incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales respecto de la Administración. De ahí que, conforme al artículo 111.g) del TRLCAP, pueda entenderse que la Administración queda facultada para resolver el contrato administrativo (24), con las consecuencias añadidas a dicha resolución [artículos 113.4 y 20.c) y 21 del TRLCAP] (25). Es obvio, por lo demás, que lo mismo habrá que concluir ante el incumplimiento de las condiciones o requisitos materiales de la subcontratación.

La expuesta es, a mi juicio, la respuesta que debe darse al problema planteado (26). Una respuesta absolutamente necesaria por cuanto, en otro

(24) Establece el artículo 111 que «son causas de resolución del contrato: [...] g) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales». En la medida en que la subcontratación debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCAP y esas condiciones de la subcontratación se integran en el contenido obligacional del contrato administrativo en el que aquélla se materializa, no resulta forzado concluir que el incumplimiento de las condiciones legales de la subcontratación pueden operar como causa de resolución del contrato administrativo.

(25) En concreto, pérdida de la garantía y deber de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de la garantía incautada, e inhabilitación para contratar con la Administración.

(26) También para A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «Comentario artículo 116» ..., *cit.*, pág. 557: «[...] el incumplimiento por parte del contratista de efectuar ésta comunicación no afecta a la validez de la subcontratación, pero es causa de resolución del contrato por incumplimiento del contratista de sus obligaciones contractuales». Sin embargo, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentario* ..., *op. cit.*, pág. 509, parecen dudar de que la inobser-

caso, la exigencia de que se comunique a la Administración el subcontrato a celebrar ninguna virtualidad presentaría, pasando a ser un requisito absolutamente supérfluo. Pero también una respuesta con la que queda totalmente relativizado el alcance real y efectivo de la sustitución de la autorización administrativa por esa comunicación (27). Las consecuencias o efectos reales de la subcontratación sin autorización administrativa por la razón que fuere se equiparan a la celebración del subcontrato sin comunicarlo previamente a la Administración. En uno y otro caso, la validez del subcontrato queda a salvo, pero, como se ha visto, la infracción legal puede determinar que la Administración proceda a resolver el contrato administrativo.

Por otra parte, la comunicación parece que debe ser previa a la subcontratación, dado el tenor literal del artículo 115.2.a) del TRLCAP: «Que en todo caso se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar [...]». Ahora bien, no resulta lógico que quede descartada, con alcance general y absoluto, la posibilidad de que la falta de comunicación previa pueda ser subsanada, evitando así la consecuencia anudada al incumplimiento de la referida carga. Es verdad, de todas formas, que bien podía haberse precisado este extremo, lo que no ha sucedido. Pero, teniendo en cuenta la finalidad y alcance de la comunicación, no creo que deba negarse la procedencia de la subsanación a fin de remediar el inicial incumplimiento del contratista.

Asimismo, en relación con el contenido de la comunicación, la ley se limita a establecer que, en la misma, se indicarán «las partes del contrato a realizar por el subcontratista». Es obvio, sin embargo, que esa comunicación debe contener todos los elementos precisos para que la Administración contratante pueda examinar si en el subcontrato se cumplen los requisitos exigidos por la ley: en concreto, el porcentaje que se contrata, pero, además, la identificación del subcontratista y las cláusulas del subcontrato

vancia de la obligación de comunicar el subcontrato pueda considerarse como un supuesto resolutorio incluíble dentro de la categoría de «obligaciones contractuales esenciales» de la letra g) del actual artículo 111 del TRLCAP.

(27) Y con ello también algunas críticas doctrinales, como la de J.L. GIL IBÁÑEZ, «la cesión de contratos ...», *cit.*, pág. 620, que afirma que «[...] más correcto hubiera sido mantener la misma solución que en la regulación anterior, pues, en todos los sentidos, la Administración, en cuanto parte de un contrato, está interesada en que la ejecución se desarrolle de la forma más correcta y eficaz, lo que puede verse alterado al introducir a un tercero en principio ajeno al contrato, pese a que las obligaciones y responsabilidades de las partes principales permanezcan inalteradas. Ese interés no se satisface con la mera comunicación, como pretende la nueva regulación».

en relación con las garantías de pago que resultan de lo dispuesto en los artículos 115.2.c) y 116 del mismo TRLCAP (28).

Resta añadir que la carga de comunicar queda ceñida a los subcontratos, sin que sea extensible a los contratos del contratista con suministradores y proveedores, sin perjuicio de que a éstos alcancen las garantías de pago. Como se verá seguidamente, la figura del suministrador únicamente se menciona al fijarse las condiciones y garantías de pago a los subcontratistas [artículos 115.2.c) y 116 TRLCAP]; en modo alguno al regularse los demás requisitos a los que se ha de ajustar la celebración de los subcontratos y, entre ellos, la carga de comunicar el subcontrato a celebrar. La diferenciación institucional del subcontrato y del suministro, unido al tenor de la ley, no permiten, a mi juicio, una conclusión distinta.

4. Otros requisitos para supuestos singulares

En los artículos 115 y 116 del TRLCAP se contiene la regulación general de la subcontratación, extensible a cualesquiera contratos administrativos en los que la misma sea admisible. No obstante, se han previsto algunos requisitos añadidos para la subcontratación y los suministros en determinados contratos administrativos.

Tal es el caso del artículo 133.1 del TRLCAP, que, en relación con los contratos que el concesionario de un contrato de obras públicas celebre con terceros, dispone que deberá someter dichos contratos «a las normas de publicidad establecidas en el artículo 135.2», a no ser que el precio sea inferior a un determinado umbral (5.358.153 euros) o que el procedimiento utilizado para su adjudicación sea el negociado sin publicidad. Y, asimismo, el artículo 161.d) del mismo TRLCAP, y en relación ahora al contrato de gestión de servicios públicos, obliga al contratista a respetar en los contratos de suministros que celebre como consecuencia de aquél el principio de no discriminación por razón de nacionalidad respecto de las empresas de

(28) Cabe recordar, en este sentido, que ese fue el planteamiento recogido en algún pliego de cláusulas generales de contratación. Así, en el pliego para la contratación de estudios y servicios técnicos competencia del Ministerio de Obras Públicas, aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972, la cláusula 69 no dejó de precisar que «serán de aplicación a los subcontratos las disposiciones establecidas en los artículos 184, 185 y 186 del Reglamento General de Contratación, si bien en el escrito en que se comunica a la Administración el subcontrato a celebrar deberá expresarse, además de los requisitos establecidos en los preceptos citados, las condiciones técnicas del titular del subcontrato». Y aún añadía que «en cualquier momento la Administración podrá exigir del consultor la presentación de los documentos contractuales que ligen a los titulares del subcontrato con la empresa principal».

los Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre contratación pública de la OMC.

V. LAS GARANTIAS DE PAGO A SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES

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

En el artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995 se localizó la novedad de mayor calado y relevancia en el régimen de la subcontratación por relación a la LCE de 1965. Novedad que despertó, desde el primer momento, valoraciones bien dispares. El tenor literal de la previsión fue el siguiente:

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

Una previsión que, en esos mismo términos, ha pasado a figurar en el artículo 115.2.c) del TRLCAP.

A) Génesis parlamentaria del artículo 116.2.c)

Con carácter previo a su análisis, conviene recordar las razones esgrimidas en la tramitación parlamentaria del proyecto que posibilitaron que dicha previsión fuera finalmente incorporada a la Ley.

Tanto el grupo parlamentario vasco (PNV), como el catalán (CiU) y el del Partido Popular, mantuvieron la necesidad de que el pago a los subcontratistas debía hacerse en las mismas condiciones que rigen el pago de la Administración a los contratistas, lo que terminó siendo aceptado por el grupo parlamentario socialista, cuya enmienda transaccional fue aprobada (29). De todas formas, debe recordarse que no prosperaron en su integri-

(29) El diputado MORLÁN GRACIA, en el debate de Comisión, expuso las razones que justificaban esa previsión en los siguientes términos:

«Respecto al artículo 114, nosotros ofrecemos una transacción. En el tema de los subcontratistas me imagino que todos los grupos habrán tenido, como es lógico, sus conversaciones o sus diálogos con aquellos colectivos afectados por estas fórmulas de trabajo para la Administración de forma indirecta a través de las empresas que tienen la adjudicación de un contrato con la Administración. Es cierto que nosotros, en la enmienda transaccional que hemos

dad las pretensiones de los referidos grupos. Sus enmiendas, ciertamente, iban más lejos, por cuanto, en lo sustancial, trataban de articular una específica garantía del cumplimiento de esas condiciones de pago. La garantía se concretaba en la exigencia de que, para que la Administración procediese al abono de nuevas certificaciones de obra, podría exigirse al contratista que acreditase estar al corriente de pago por las prestaciones y suministros ya realizados por los subcontratistas (o suministradores) para la obra ejecutada (30). O, con otra formulación, el grupo parlamentario popular proponía que se estableciese que, si existiesen pagos pendientes por parte del contratista por las prestaciones o suministros realizados por terceros con destino a la ejecución de la obra y así se acreditase ante la Administración con título suficiente, ésta podría retener los saldos pendientes de pagos y ponerlos a disposición de los terceros acreedores (31). Se perseguía, en suma, que la propia Administración garantizara el pago a los subcontratistas y suministradores, de conformidad con sus aportaciones al cumplimiento del contrato (32). Pero las enmiendas quedaron

propuesto, hemos pretendido atender a los planteamientos de Izquierda Unida respecto al tanto por ciento que se podía subcontratar en una obra y no inmiscuirnos en lo que son relaciones meramente civiles entre las empresas contratistas y subcontratistas, garantizando, desde luego, en todo momento, que las relaciones tienen que plantearse entre la Administración que adjudica el contrato y la empresa adjudicataria, y que las relaciones que tiene que haber entre la empresa adjudicataria y la subcontratista son relaciones que tienen que plantearse en sus fórmulas de acuerdo, sus fórmulas de contrato o de subcontrato. ¿Qué es lo que sucede?. Pues que nosotros, en atención a ese problema que vemos que existe, sobre todo en la fórmula de pago o en el momento del pago de las cantidades adeudadas por parte de la empresa contratista a los subcontratistas, vemos que deberíamos tener una atención en el sentido de plantear al contratista la obligación que tiene de respetar los mismos plazos que exige él a la Administración para el pago de las cantidades que se le adeudan. De tal forma, que nosotros hemos incluido el apartado c) de la enmienda transaccional que se les ha hecho llegar a todos los grupos y a la Mesa, en el que indicamos que el contratista se obliga a abonar a los subcontratistas el pago del precio pactado entre ambos en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el apartado 4 del artículo 99 para las relaciones entre Administración y contratistas» (Vid. D.S.C.D. de 30 de noviembre de 1994, núm. 367, pág.11385).

(30) Enmiendas núm. 45 del PNV y 381 de CiU.

(31) Enmienda núm. 309 del grupo popular.

(32) Las propias enmiendas no desconocían las dificultades a las que se enfrentaba la introducción de previsiones semejantes, pues no cabe olvidar que la relación jurídica entre contratista y subcontratista es una relación jurídico-privada ajena, en principio, a la Administración, que sólo se haya vinculada contractualmente con el contratista. En este sentido, baste recordar lo dicho por el diputado GILET GIRART, en defensa de la enmienda del grupo parlamentario del PP:

«Ese es el sentido de la enmienda 309 en cuanto a que si se acreditase ante la Administración, con títulos suficientes para ello, que existan pagos pendientes por parte del contratista hacia los terceros, la Administración podría retener los saldos pendientes de pago y ponerlos a disposición de esos terceros acreedores. Sabemos que la línea es difícil y no está

rechazadas. La intervención del diputado socialista RONCERO RODRÍGUEZ fue al respecto bien explícita:

«Como se ha dicho, en una ley como la que nos ocupa de contratos de las administraciones públicas y de Derecho administrativo público, (es) difícil para el legislador trazar la línea que deslinde lo que es el Derecho Privado (querría decir Derecho Público) de lo que es Derecho civil. Yo creo que hemos conseguido mantenernos en la posición del Derecho administrativo protegiendo los derechos particulares y los derechos civiles gracias al acuerdo al que hemos llegado en el artículo 114.

La redacción final que ha surgido del artículo 114 nos hace llegar a donde, en opinión de nuestro Grupo, podemos llegar: a establecer el principio de que el subcontratista no podrá tener del contratista un trato menos favorable que el que el contratista reciba de la Administración. Eso es el máximo donde podríamos ir en el artículo 114 [...]. Es decir, hemos establecido como principio y requisito para la subcontrata que se dé ese tratamiento nunca menos favorable al subcontratista.

Creo que es hasta donde podemos llegar porque, si no, no sabríamos donde parar la cadena: relaciones del (sub)contratista con el subcontratista, del subcontratista con el proveedor, etcétera. No nos llevaría a ningún sitio en la legislación administrativa, mientras que ese principio que hemos establecido permite a los subcontratistas el ejercicio de sus derechos, frente al contratista que no cumple esos principios consagrados en el artículo 114, del trato no menos favorable que él recibe de la Administración en condiciones de pago, etcétera. Creemos que eso es lo importante y hasta donde puede llegar una ley de este carácter. El retener certificaciones si se demuestra que un subcontratista debe dinero a un proveedor, etcétera, son cuestiones de Derecho civil que deben ser solventadas en las reclamaciones civiles y de acuerdo con los títulos suficientes cuando se tienen, porque muchas veces son reclamaciones que se producen por contrataciones sin título suficiente para luego poder ejercitar derechos, que también es un problema que no depende del legislador, sino de la operativa concreta del contrato, subcontrato, etcétera, entre contratistas principales y subcontratistas.

Con este artículo 114 hemos conseguido un equilibrio razonable, el máximo hasta el que debemos llegar en una ley de estas características, que es garantizar que los subcontratistas no tengan un trato menos favorable que el que tiene de la Administración el contratista. Las enmiendas que se refieren a temas como retención de certificaciones, etcétera, todo lo que se puede referir a esos casos relacionados con el artículo 114, en esa reflexión que todos han pedido en relación con que estamos muy en el límite

muy definida, pero entendemos que hay que intentar buscar y hallar una solución para esta cuestión que afecta a terceros en cierta cuantía y que convierte a los suministradores y proveedores en una especie de financieros o banqueros de los contratistas en gran medida» (vid. D.S.C.D. de 13 de diciembre de 1994, núm. 380, pág. 11728).

de lo que debería ser Derecho administrativo, Derecho civil, etcétera, creemos que deberían ser retiradas y aceptar que hemos avanzado mucho con este artículo en relación con la situación actual, ya que se le garantiza al subcontratista un trato igual al que recibe el contratista por parte de la Administración» (33).

En el debate del Pleno del Congreso de los Diputados, el representante del PNV volvió a esgrimir diversas razones que, a pesar del avance conseguido, justificarían, a su juicio, que la Ley garantizase a los subcontratistas con alguna mayor consistencia el derecho que se les reconocía a percibir el precio pactado como mínimo en los plazos legalmente previstos. A pesar de la extensión, conviene recordar literalmente parte de su intervención:

«Señor Presidente, muchas veces los contratistas se quejan de que la Administración paga mal y tarde. Efectivamente, eso es verdad. Con esta ley yo creo que se corrige. Se han producido unos avances en cuanto a los plazos para realizar los pagos por parte de la Administración. Pero todavía son más sangrantes, más onerosos, más gravosos para los subcontratistas, para los suministradores, para los pequeños empresarios españoles, para los autónomos, para los que de verdad crean el empleo directo, para la infinidad y la numerosa plantilla que crean de trabajadores los autónomos y los pequeños empresarios españoles, que son los que, en definitiva, se encuentran ligados con las subcontratas y los contratos de suministro a los grandes adjudicatarios.

Señor Presidente, es una cuestión de política legislativa y es una cuestión ideológica, y desde el Grupo parlamentario Vasco mantenemos que hay que defender al pequeño empresario. Nuestro Grupo entiende que debemos mejorar de alguna manera al pequeño suministrador español, que se encuentra, en definitiva, y si uno examina los contratos de adhesión, contratos onerosísimos que establecen las grandes empresas de contratación pública a los pequeños suministradores, de verdad la Administración queda en una posición de santa o de beata, puesto que, si se quejan de la Administración, es injusto; los plazos que establece para pagar a los subcontratistas son muchísimo más gravosos.

Por lo tanto, señor Presidente, yo creo que hay una voluntad de proteger al pequeño empresario español, al empresario autónomo y entendemos que ese régimen que se establece en los artículos 99 y 114 debe determinar la relación subcontratista o suministrador con el adjudicatario, que, cuando ahora regulamos, es una relación de naturaleza civil. Esta Cámara no está invocando el artículo 149.1.18ª para establecer una regulación básica. No es una regulación básica en materia de contratación administrativa, es una regulación de carácter civil, competente esta Cámara en exclusiva para hacerlo.

(33) Vid. D.S.C.D. de 13 de diciembre de 1994, núm. 380, pág. 11729.

Señor Presidente, nosotros trasladamos a esta Cámara el mismo esquema que acordamos los grupos parlamentarios en la Ley de Arrendamientos Urbanos, que era la necesidad de proteger al más necesitado, al más debilitado, en ese caso al arrendatario, y que esta regulación que aquí se establece, bien sea con la enmienda que nosotros planteamos o con una pequeña corrección, la del Grupo parlamentario Socialista, sea una regulación de carácter imperativo, porque en la práctica, ¿que va a ocurrir?. Va a ocurrir que las grandes contratas van a obligar a los pequeños subcontratistas y suministradores a hacer una renuncia, válida en el Derecho civil y mercantil, puesto que este precepto del art. 114.13 no es una regulación de Derecho administrativo, sino que es regulación de carácter civil y mercantil.

Señor presidente, creo que había que hacer de alguna manera, con nuestra enmienda o con la que se quiera, una referencia a que ese texto es de carácter imperativo y que, como establece la ley de Arrendamientos Urbanos, no pueda ser susceptible de negociación o renuncia por parte del más desprotegido» (34).

Sin embargo, una vez más el diputado socialista MORLÁN GRACIA, en su contestación no dejó de reiterar las dificultades existentes para aceptar la enmienda propuesta, aunque no diera por cerrada definitivamente la cuestión:

«La enmienda que plantea el PNV respecto a ese carácter imperativo nos parece que en estos momentos es muy difícil de asumir, sin perjuicio de que, cara al Senado, se estudie si esa enmienda, tal y como se plantea, es lo más adecuado para ver si la Administración puede introducirse en lo que son unas relaciones eminentemente privadas. Como esa es una duda que se le sigue planteando a nuestro Grupo, espero que el portavoz del PNV acepte la transacción que ofrecemos, con el compromiso de que, en el trámite del Senado, seguiremos estudiando si esa necesidad imperativa que el plantea es perfectamente asumible para incluirla en una ley de contratos administrativos» (35).

(34) Vid. D.S.C.D. de 16 de febrero de 1995, núm. 125, pág. 6650.

(35) Vid. D.S.C.D. de 16 de febrero de 1995, núm. 125, pág. 6653.

El portavoz del PNV, en su réplica, insistió en la tesis de su grupo parlamentario en los siguientes términos:

«Deseo reiterar, señor Presidente, el argumento de que cuando el artículo 114 establece una regulación de Derecho administrativo con carácter general, su letra c) [actual art. 116.2.c) de la LCAP] no está regulando una relación de Derecho administrativo, está regulando una relación de naturaleza civil o mercantil. Por ello, esta Cámara, que es el Poder Legislativo, sobre la base del artículo 149.1.6ª de la Constitución y al título competencial sobre legislación civil y mercantil, puede —como lo ha realizado en anteriores ocasiones— normar, con un carácter tuitivo y protector, esa relación de naturaleza privada. La relación de naturaleza administrativa siempre tiene esa preferencia, esa prevalencia, esa prioridad, ese carácter de protección por parte de los intereses públicos. Con respecto a ese artículo 114.c) me puede

Finalmente, en el Senado la cuestión quedó orillada, sin que se abordase el estudio que se había anunciado. Incluso, la posición del grupo parlamentario vasco fue otra. Presentada la enmienda núm. 59, al efecto de que se articulara la garantía de pago consistente en que la Administración pudiera exigir, antes de expedir nuevas certificaciones de obra, que el contratista acreditase estar al corriente de pago por las prestaciones y suministros realizados por subcontratistas o suministradores para la obra ejecutada y cubierta por certificaciones de pago anteriormente expedidas, en el debate del Pleno se retiró, sin que consten las razones del cambio tan radical de actitud (36). Y en el posterior debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, tras las enmiendas introducidas por el Senado, el portavoz del grupo vasco se limitó a mostrar su satisfacción por la regulación alcanzada, sin aludir ya para nada a la necesidad de establecer garantías administrativas añadidas al derecho reconocido a subcontratistas y suministradores (37).

Resta indicar que en el inicial debate en el Pleno del Congreso de los Diputados, el grupo parlamentario del PP mantuvo la necesidad de extender a los suministradores el régimen de pago establecido a favor de los subcontratistas. El diputado de la VALLINA VELARDE se expresó, a tal efecto, en los términos siguientes:

«La otra enmienda a la que expresamente quiero referirme hace alusión a la posición jurídica de los suministradores frente al contratista privado de la Administración. Es de señalar que los distintos Grupos enmendantes hemos manifestado, todos en general, la preocupación por garantizar debidamente la situación jurídica y los derechos de los subcontratistas y suministradores del contratista de la Administración [...]. Dicha preocupación quedó reflejada en la incorporación de una serie de enmiendas, fundamentalmente en el artículo 114 del proyecto, con lo que la situación de los subcontratistas puede considerarse como satisfactoria. No resulta así en relación a los suministradores, lo cual motiva que expresamente hagamos referencia en este trámite al mantenimiento de nuestra enmienda número 309, que incorpora un apartado tercero al artículo 146, que, juntamente con las enmiendas números 24 y 45 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV) a los

valer como argumento que usted diga que va a ser nuevamente estudiado por parte del Grupo Socialista. Estudiándolo porque es una cuestión de naturaleza civil y es susceptible, en base al principio general de la libre contratación y de libertad de pactos de ser renunciado por la parte más débil de la relación del subcontratista con el contratista principal. Señor Presidente, yo entiendo que se mejoraría el texto con la inclusión del inciso de carácter imperativo, pero tengo esperanzas de que en el trámite del Senado tal cuestión pueda ser plasmada en el texto de la ley» (Vid. D.S.C.D. de 16 de febrero de 1995, núm. 125, pág. 6657).

(36) Vid. D.S.S. de 5 de abril de 1995, núm. 73, pág. 3790.

(37) Vid. D.S.C.D. de 27 de abril de 1995, núm. 143, pág. 7547.

artículos 99 y 143 —que votaremos favorablemente—, garantizan debidamente, en nuestra opinión, los derechos de los suministradores del contratista de la Administración» (38).

La enmienda propició otra transaccional, propuesta por el grupo parlamentario socialista, que supuso la definitiva inclusión de la figura de los suministradores en el artículo 116.2.c) de la LCAP, extendiéndoles el mismo régimen de condiciones y plazos previsto para el pago a los subcontratistas.

B) Una precisión sobre la adecuación del artículo 116.2.c) de la LCAP a la Constitución

Vista la génesis parlamentaria del artículo 116.2.c) de la LCAP y las razones que llevaron al establecimiento del derecho de los subcontratistas y suministradores del contratista de la Administración a que el pago del precio pactado se efectúe, como mínimo, en unos determinados plazos y condiciones, rechazándose, no obstante, la previsión de otras garantías de carácter administrativo para la efectividad de ese derecho, en la referida previsión se localizó la problemática más sobresaliente de la nueva regulación de la subcontratación. Una regulación —conviene recordarlo— que desde el primer momento suscitó opiniones doctrinales de signo bien distinto.

Algunas la valoraron positivamente, pues, como se dijo, se trata de una «medida de elemental justicia que pretende cortar que el subcontrato pueda convertirse en un negocio para aquél (el contratista)» (39). Por el contrario, otras no dejaron de manifestar dudas acerca de su constitucionalidad. Aun reconociendo que «se abusa de la subcontratación, incluso en cadena, creando redes de empresas inútiles, de cuya actividad puramente nominal sólo obtienen provecho los defraudadores y especuladores», consideraron que el artículo 116.2.c) «provoca una grave distorsión en las relaciones entre

(38) Vid. D.S.C.D. de 16 de febrero de 1995, núm. 125, pág. 6645.

(39) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 7ª ed., Madrid, 1995, pág. 739. Asimismo, A. RUIZ OJEDA y J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios ...*, op. cit., pág. 508, que sin perjuicio de reconocer «[...] las escasas posibilidades que los subcontratistas tienen para hacer plenamente efectivo este nuevo imperativo legal», consideran que «[...] esta prescripción puede contribuir a establecer ciertas condiciones de normalidad en esta decisiva vertiente relacional de los contratos públicos», poniendo así fin a «[...] los frecuentes abusos practicados por los contratistas respecto a sus subcontratistas, castigados habitualmente con plazos de pago mucho más largos que los que la propia Administración venía imponiendo a los subcontratistas».

contratista y subcontratista», razonándose a tal efecto en los términos siguientes:

«Ante todo, porque desconoce la realidad económica, puesto que el subcontrato se realiza con frecuencia para el servicio en general de las grandes compañías y no para proyectos concretos. En el plano jurídico, la norma es insostenible, creo, si se analiza desde la perspectiva constitucional ("libre empresa" y "economía de mercado" del artículo 38), civil (pues incide en la autonomía de la voluntad de dos partes estrictamente privadas) y procesal (dado que complica el régimen de atribución jurisdiccional: sólo de los actos administrativos, y no de las relaciones entre contratista y subcontratista, pueden deducirse pretensiones que deba conocer la jurisdicción contencioso-administrativa)» (40).

Sin embargo, el juicio expuesto resulta excesivo. Se tacha la regulación de insostenible, pero esa calificación lo que muestra es sencillamente un desacuerdo con la norma. Desacuerdo, además, que se fundamenta en una serie de razones jurídicas que, tal como aparecen formuladas, no son aceptables. El derecho fundamental que sanciona el artículo 38 de la Constitución no puede servir, desde luego, para descalificar jurídicamente la medida adoptada. La libertad de empresa y la economía de mercado no son óbice para que el legislador pueda fijar determinadas condiciones en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Que con ello se limite la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, tampoco es un argumento atendible por muy privado que sea el contrato. Como es bien notorio, el artículo 1.255 del Código Civil dispone que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», y es claro que la limitación que en punto a las condiciones y plazos del pago del precio pactado estableció el artículo 116.2.c) de la LCAP no es, en sí misma considerada, ni irrazonable, ni desproporcionada. Finalmente, la referencia al régimen de atribución jurisdiccional no presenta ninguna virtualidad, por cuanto es claro que la jurisdicción contencioso-administrativa queda, en principio, al margen de las vicisitudes que puedan producirse respecto del cumplimiento de la previsión legal. Con arreglo a ésta, será la jurisdicción civil la competente para conocer de las reclamaciones que puedan plantearse respecto de los incumplimientos en que los contratistas puedan incurrir.

(40) Vid. B. PENDÁS GARCÍA, «Administraciones Públicas, contratos y contratistas: perspectivas polémicas de la LCAP», en vol. col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, Barcelona, 1995, págs. 16 ss. Igualmente, J.L. GIL IBÁÑEZ, «La cesión ...», cit., pág. 626.

La previsión legal que se analiza no parece, en definitiva, que contradijese ningún precepto constitucional. Cuestión bien distinta es, de todas formas, que esa previsión legal, tal como quedó configurada, necesitase de determinadas precisiones complementarias para su más adecuada operatividad.

C) El contenido de la garantía de pago

La garantía de pago del precio pactado a los subcontratistas y suministradores consistió en imponer al contratista la obligación de proceder a ese pago «en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 100.4 para las relaciones entre Administración y contratista» [artículo 116.2.c)].

Con independencia de la desafortunada expresión utilizada («condiciones que no sean más desfavorables») (41), la remisión del artículo 116.2.c) al artículo 100.4 de la misma LCAP de 1995 supuso que, en principio, el contratista debería proceder al pago de las prestaciones del subcontratista en un plazo máximo que no excediese de dos meses, procediendo, en otro caso, el abono del interés de demora consistente en el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos (42). No obstante, dado el contenido de la garantía de pago prevista a favor de subcontratistas y suministradores, la regulación necesitaba de alguna precisión. Tal sucedía con la fijación del momento en que debía iniciarse el cómputo del plazo de dos meses para que el contratista procediese al pago del precio, pues, de acuerdo con el referido artículo

(41) Como ha señalado M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación ...*, cit., pág. 69, «[...] desde la formalidad de un análisis jurídico no se advierte en qué resulta desfavorable para un contratista el régimen de pago que establece la Ley, pues, como es sabido, tras el transcurso de dos meses se genera el derecho a percibir unos intereses, que no pueden calificarse de cicateros».

(42) El artículo 100.4 estableció, en concreto, que «la Administración tendrá obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 148 y si se demorase deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas».

Hay que tener en cuenta, de todas formas, que el artículo 100 de la LCAP incorporó otras reglas complementarias, a las que, sin embargo, no alcanzó la remisión del artículo 116.2.c): así, la demora superior a cuatro meses en el pago desde el nacimiento de la obligación de pago podría determinar la suspensión del cumplimiento del contrato, si bien debería notificarse tal circunstancia a la Administración con un mes de antelación (artículo 100.5); y para el caso de una demora superior a ocho meses, el artículo 100.6 facultaba al contratista para resolver el contrato, con resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen.

100.4, en los contratos administrativos de obras el inicio del cómputo del plazo quedaba fijado en la fecha de expedición de las certificaciones de obra —sin perjuicio del plazo especial del artículo 148 de la misma LCAP para la liquidación y abono del saldo resultante en los contratos de obras, fijado en seis meses a contar desde la fecha del acta de recepción— y, en los restantes contratos administrativos, en la fecha de expedición de los correspondientes documentos que acreditasen la realización total o parcial del contrato (43).

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

Siendo esto así, y dado que la relación entre contratista y subcontratista no deja de ser una relación contractual privada, sometida al Derecho privado, habría que estar al artículo 1.100 del Código Civil, según el cual «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación», aunque, tal como puntualiza el mismo precepto, «no será, sin

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

embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente». Y complementariamente a lo dispuesto en el artículo 1.599 del mismo Código: «si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega». Por ello, bien podía mantenerse que la mora del contratista se iniciará, sin necesidad alguna de intimación, transcurridos dos meses desde que el subcontratista cumple con su obligación (entrega de la obra o entrega de la cosa) sin que aquél haga efectivo el pago del precio.

D) La delimitación del concepto de suministrador del contratista

El artículo 116.2.c) de la LCAP extendió la garantía de pago en las condiciones señaladas no sólo a los subcontratistas, sino también a los suministradores de los contratistas de la Administración.

Ya se ha señalado que esa referencia a los suministradores se introdujo a raíz de una enmienda del grupo parlamentario popular que propició otra transaccional del socialista, consistente en mencionar junto a los subcontratistas a los suministradores. Quedan así equiparados subcontratistas y suministradores, aunque la equiparación lo sea a los únicos efectos de la aplicación de las condiciones y plazos de pago del precio pactado, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, en estrictos términos, los suministradores no proceden a la ejecución directa y por sí mismos de determinadas partes del contrato administrativo.

Por otra parte, esa asimilación a los indicados efectos no parece que pueda extenderse a cualesquiera suministros y suministradores o proveedores del contratista de la Administración. Las condiciones mínimas de pago no pueden alcanzar a todo tipo de contratos que los contratistas de la Administración celebren con terceros. Aunque de la *voluntas legislatoris* —dada la concisión del debate parlamentario en este extremo— no puede obtenerse un criterio que ayude a resolver definitivamente la cuestión, debe observarse que si se hubiera pretendido extender esa garantía a todo tipo de suministros y suministradores de los contratistas de la Administración, sencillamente por el mero hecho de ser tales, la correspondiente previsión debería haberse desvinculado de la subcontratación, configurándola de manera autónoma y diferenciada.

La extensión de las referidas condiciones de pago a los suministradores con ocasión de regular los requisitos a los que debe ajustarse la celebración de los subcontratos, es un dato bien significativo de que la garantía necesariamente ha de quedar referida a aquellos contratos en virtud de

los cuales se suministren a los contratistas medios materiales para la ejecución de concretos y determinados contratos administrativos. En otro caso, la garantía de pago a los suministradores y proveedores de los contratistas, desvinculada del hecho de que el suministro lo sea para la ejecución de un contrato administrativo, hubiera exigido cuando menos un tratamiento sistemático bien distinto al que se ha observado. Otra interpretación llevaría a la aplicación de la garantía a supuestos totalmente ajenos, directa o indirectamente, a la contratación con la Administración (44).

2. La reforma de 1999 y la regulación actual. Consecuencias y efectos

La reforma de la LCAP en 1999 incorporó nuevas garantías del pago a los subcontratistas. Nuevas garantías que, al añadirse a lo previsto por el artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995, dan lugar a algunos problemas interpretativos. De este modo, el actual artículo 115.2.c) del TRLCAP mantiene el tenor literal del artículo 116.2.c) de la LCAP de 1995, mientras que el artículo 116 del mismo TRLCAP recoge esas nuevas garantías procedentes de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre (art. 116 bis).

La reforma supuso el establecimiento expreso de reglas específicas para el abono de las contraprestaciones realizadas por subcontratistas o suministradores. Como establece ahora el artículo 116.1 del TRLCAP, «el contratista se obligará a abonar a los subcontratistas o suministradores, el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación». Plazos y condiciones que son los siguientes:

— el contratista debe abonar las facturas emitidas por el subcontratista o suministrador en el plazo de sesenta días desde que dé su conformidad a

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

las mismas (art. 116.4). Esa aprobación o conformidad deberá otorgarse en el plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura, aunque, dentro del mismo plazo, deben formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma (art. 116.3). Por último, si transcurren sesenta días desde la conformidad sin pagar, el subcontratista tendrá derecho al cobro de intereses, aplicándose, en concreto, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos (art. 116.4); y

— en cuanto al plazo de pago, nada impide que «[...] se convenga más allá de los sesenta días [...]» (art. 115.5, párrafo 1º). No obstante, en ese caso, el mismo artículo 115.5 impone que el pago se instrumente mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria y, además, si el plazo se fijase en más de ciento veinte días, podrá exigirse por el subcontratista o suministrador que dicho pago se garantice mediante aval.

Así pues, con la nueva regulación se mantiene la regla de que los plazos y condiciones de pago del precio pactado por el contratista a los subcontratistas y suministradores «[...] no sean más desfavorables que los establecidos en el artículo 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista», y ya nos consta que, como regla general, la Administración contratante tiene la obligación de abonar el precio «[...] dentro de los dos meses siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato» (45); pero, a la vez, se reconoce que las partes pueden pactar plazos de pago más extensos, lo que, a pesar de las garantías añadidas en tales casos, puede dar por resultado que las condiciones reales de pago sean más desfavorables que las previstas para los contratistas de la Administración (actual art. 99.4 TRLCAP).

(45) El artículo 100.4 de la LCAP fué modificado por la Ley de reforma de 1999, aunque la modificación únicamente afectó a los plazos especiales: en concreto, al previsto en el artículo 148 de la LCAP de 1995, por cuanto dicho artículo quedó sin contenido; y al nuevo plazo previsto por el artículo 111.4 (actual art. 110.4 TRLCAP), que, con la excepción de los contratos de obra, estableció que «[...] dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción, deberá, en su caso, acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele el saldo resultante», aplicándose en caso de demora en el pago del saldo de liquidación «[...] el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, a partir de los dos meses siguientes a la liquidación». Por su parte, en los contratos de obra, con la nueva redacción dada al artículo 147.3 (actual art. 147.3 TRLCAP), la liquidación, en su caso, de las obligaciones pendientes se producirá una vez se haya emitido informe favorable sobre el estado de las obras por el director facultativo de las mismas dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, que, por lo demás, salvo casos especiales, no podrá ser inferior a un año. A partir de ese informe favorable se aplicará al pago de las obligaciones pendientes las garantías del artículo 100.4 (actual artículo 99.4 TRLCAP).

Esa coexistencia de reglas puede ser criticable (46), aunque la contradicción no se produce por la subsistencia de la remisión que el artículo 115.2.c) hace al artículo 99.4, ambos del TRLCAP, una vez que la aplicación de los «plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos [...] para las relaciones entre Administración y contratista» viene sustancialmente a coincidir con las previsiones del artículo 116.2, 3 y 4 del mismo Texto Refundido. La contradicción, a lo sumo, se produce porque, establecida la regla del pago en el plazo de sesenta días, el mismo artículo 116, en su número 5, admite que pueda pactarse un plazo superior (47).

Con todo, parece excesivo hablar de contradicción. Se trata más bien de flexibilizar el sistema, si bien con una clara contrapartida. Cuando el plazo de pago pactado sea superior a los sesenta días desde la conformidad de la correspondiente factura, el pago habrá de instrumentarse mediante documento que lleve aparejada la acción cambiaria y, además, de pactarse un plazo superior a ciento veinte días, el subcontratista o suministrador podrá exigir que el pago se garantice mediante aval. El carácter «más o menos desfavorable» para los subcontratistas y suministradores de una u otra opción (pago en plazo no superior a sesenta días, o pago en plazo superior pero con garantías añadidas: acción cambiaria y, en su caso, aval) permite un amplio margen de apreciación y determinación en función de las circunstancias concretas de cada caso, lo que, a mi juicio, impide hablar de contradicción. En definitiva, tan favorable —más que desfavorable— puede ser una alternativa que otra (48), por lo que la ley se limita en este extremo

(46) Vid. M. FUERTES, *La deficiente regulación de la subcontratación ...*, cit., pág. 70: «El nuevo artículo 116, al permitir otros plazos más prolongados parece contradecir la inicial percepción establecida en el artículo 115. Contradicción del legislador que debe criticarse por lo que significa de falta de claridad en el establecimiento de unas previsiones que deben ser diáfanos y no dar origen a mayores conflictos que los ya la Naturaleza proporciona. Contradicción que debe censurarse por lo que supone de falta de atención en el largo y costoso procedimiento legislativo lleno de propuestas, memorias, enmiendas, informes y redacciones».

(47) Por eso mismo, la enmienda núm. 36 del grupo parlamentario vasco, proponiendo la supresión de la referencia al entonces artículo 100.4, «[...] ya que tal previsión era una cláusula de garantía cuando no se regulaban en la Ley los plazos y condiciones de los pagos, pero al introducirse el art. 116 bis decae la invocación al art. 100.4, siendo suficiente la nueva regulación prevista en el art. 116.bis» (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 161-10, de 12 de mayo de 1999, pág. 58), no resolvía del todo el problema, aunque, de haber prosperado, habría eliminado, eso sí, una remisión superflua, dadas las nuevas previsiones del entonces artículo 116 bis. 2, 3 y 4 (actual art. 116 TRLCAP).

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

a abrir posibilidades. Con ello se concilian mejor la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y las propias restricciones que al ejercicio de esa autonomía impone la ley.

En cualquier caso, resulta ineludible la regla del pago de intereses de demora, así como las garantías especiales de pago cuando se pacte un plazo superior a sesenta días. En este sentido, conviene recordar que la voluntad contractual debe observar el requisito de no desconocer el derecho imperativo (*ius cogens*) referente a la relación jurídica de que se trate, ya se dirija a que no surja una determinada relación, ya pretenda que dicha relación se regule como la ley ordena. En este segundo supuesto, que es el que nos interesa, la norma imperativa no afecta al acto creador de la relación jurídica, pero si ésta nace, impone que se regule de determinada manera, sea en su totalidad o parcialmente. No otra cosa es lo que dispone el artículo 6.3 del Código civil («los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»); también el artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación («serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»). La ley imperativa —calificación que, a estos efectos, merece el artículo 116 del TRLCAP— actúa, pues, como un límite general que fija el ámbito de actuación válida de la voluntad contractual (49), de manera que en la confrontación entre la ley imperativa y la voluntad de los contratantes prevalece aquélla, produciéndose, como regla, la nulidad parcial del contrato, de acuerdo con el principio de conservación de la eficacia de los contratos (50).

(49) Se trata, por lo demás, de un fenómeno cada vez más frecuente. En la legislación reciente (de arrendamientos, de viviendas protegidas, de consumidores y usuarios, de comercio, etc.) no suele ser infrecuente la previsión de normas que sólo son derogables por cláusulas contractuales que favorezcan a la posición jurídica de la parte que el legislador considera económicamente más débil. Por ejemplo, artículo 10.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos».

(50) El contrato seguirá siendo eficaz, aunque teniendo por no puesta la cláusula contraria a la norma imperativa o prohibitiva. Como ya advirtiera F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, Cívitas, Madrid, 1975, pág. 88, «el Derecho español no ha repugnado nunca la figura de la nulidad parcial, como mutilación sanadora del contrato, y ha aceptado como regla el axioma del Derecho común, "utile per inutile non vitiatur"». Así lo confirma, por lo demás, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, siempre que el contrato —claro es— pueda subsistir sin las cláusulas nulas (arts. 9.2 y 10.1). De ahí que, a título de mero ejemplo, y entre otros

Nada de extraordinario tiene, en definitiva, que en materia de contratación pública, el legislador, atendiendo justamente a la posición de unos y otros —contratistas de la Administración y subcontratistas y suministradores— y a la práctica hasta ahora observada, haya impuesto un determinado contenido a los subcontratos en lo que atañe a las condiciones de pago.

3. Una precisión final: la incidencia en las garantías de pago de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

Tras la reforma de la LCAP se aprobó la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO n° L 200 de 8 de agosto de 2000). Una Directiva que estuvo precedida de diversas actuaciones del Parlamento y de la Comisión a fin de tratar de solucionar el problema del frecuente incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago (51). El objetivo es claro, tal como resulta de lo declarado en los propios considerandos de la Directiva: ante la constatación de que las empresas, especialmente las pequeñas y medianas, soportan importantes cargas administrativas y financieras como consecuencia de los dilatados plazos de pago y de la morosidad, determinantes en no pocos casos de una insolvencia que amenaza su propia supervivencia, se trata de combatir esos incumplimientos de los plazos contractuales de pago que resultan económicamente provechosos para los deudores a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y a la lentitud de los procedimientos de reclamación. De ahí que se prohíba el abuso de la libertad contractual en perjuicio del acreedor, teniendo en cuenta a tal efecto que «cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso».

posibles supuestos, deberá considerarse nulo de pleno derecho el pacto consistente en incluir en el precio el interés de demora que, en su caso, pueda producirse por incumplimiento del contratista del plazo previsto para proceder al pago.

(51) Entre otras, Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, adoptada por la Comisión el 12 de mayo de 1995 (DO n° L 127, de 10 de junio de 1995, p. 19) e Informe de la misma Comisión sobre los retrasos en el pago de las transacciones comerciales (DO n° C 216, de 17 de julio de 1997, p. 10).

Las previsiones de la Directiva quedan circunscritas a los pagos efectuados como contraprestaciones en operaciones comerciales, sin alcanzar a las operaciones en las que intervienen consumidores, ni a los pagos de indemnizaciones por daños o en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio. Además, el artículo 2 especifica que se consideran operaciones comerciales «las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación» y por poderes públicos «toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las Directivas sobre contratación pública» (52). De este modo, en lo que ahora interesa, la Directiva será de aplicación a la subcontratación vinculada a la ejecución de contratos administrativos de suministro y de gestión de servicios (53), así como a los contratos que celebren cualesquiera contratistas de la Administración con suministradores y proveedores (54), aplicándose los intereses de demora previstos por el artículo 3 y las demás condiciones relativas a la reserva de dominio (art. 4) y a los procedimientos de cobro de créditos no impugnados (art. 5).

Por lo que se refiere a los intereses de demora, el artículo 3 de la Directiva establece un tipo de interés de demora («tipo legal») consistente en el «tipo de referencia» (el interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate) incrementado, como mínimo, en 7 puntos porcentuales, salvo que en el contrato se especifique otra cosa; un interés de demora al que tendrá derecho el acreedor en la medida en que haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y no haya recibido a tiempo la cantidad debida, a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso. En concreto, el devengo del interés de demora se producirá a partir del día siguiente a la fecha o al término del plazo de pago que se fije en el contrato, si bien, para el caso de que no se establezca en el contrato la fecha o el plazo de pago, el devengo, sin necesidad de aviso de vencimiento, se producirá, según los casos, 30 días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago

(52) Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE.

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

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

equivalente, o 30 días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios si la factura se hubiere recibido con antelación a la entrega de los bienes o de las prestaciones, o, en fin, 30 días después de la conformidad de los bienes o servicios si se hubiere previsto dicho trámite. De todas formas, queda abierta la posibilidad de que los Estados miembros, para algunos tipos de contratos que ellos mismos habrán de concretar, puedan fijar el plazo de 60 días para la exigibilidad del pago cuando se obligue a las partes contratantes a no rebasarlo o cuando se fije un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal. Y, asimismo, el acreedor tendrá derecho a reclamar del deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad en el pago, pudiendo establecer los Estados una cantidad máxima para diferentes cuantías de deuda.

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

Por otra parte, los Estados han de garantizar la reserva de dominio (es decir, el mantenimiento por el vendedor de la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio) cuando se haya convenido (art. 4) y, asimismo, han de posibilitar que, independientemente del importe de la deuda, se pueda obtener un título ejecutivo en un plazo normalmente de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud del acreedor ante el correspondiente Tribunal, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o del procedimiento (art. 5).

He aquí, pues, un conjunto de medidas para mitigar el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago que, como mínimo, habrán de aplicarse a los subcontratos administrativos de suministros y de gestión de servicios públicos, en la medida en que resultan ser más favorables que las previstas por los artículos 115.2.c) y 116 del TRLCAP. En este sentido, de acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, los Estados miembros han de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 8 de agosto de 2002, sin perjuicio de que puedan excluirse las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia, los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002 y las reclamaciones de intereses de demora de menos de cinco euros.