

MAYO 2016

EAE Business
School



Asociación de Profesionales
en la Gestión del Riesgo
de Crédito y Cobro

CONTRATISTAS VS SUBCONTRATISTAS



INFORME SOBRE LA INEFICACIA DEL CONTROL
LEGAL DE LOS PAGOS DE LOS CONTRATISTAS
A SUBCONTRATISTAS Y RECOMENDACIONES
PARA SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA

PERE BRACHFIELD,
PROFESOR Y DIRECTOR DEL CENTRO
DE ESTUDIO DE MOROSOLOGÍA DE
EAE BUSINESS SCHOOL

E

REALIZADO POR

PERE BRACHFIELD,
PROFESOR Y DIRECTOR DEL CENTRO
DE ESTUDIO DE MOROSOLOGÍA DE
EAE BUSINESS SCHOOL

A

E

PRESENTACIÓN DEL INFORME

El objeto de este estudio se centra básicamente en comprobar la ineficacia en la realidad empresarial del control legal de los pagos de los adjudicatarios de obra pública (contratistas principales) a subcontratistas y suministradores, a pesar de los preceptos legales que regulan las condiciones y plazos de pago, y además proponer soluciones para paliar esta problemática.



RECOMENDACIONES DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE MOROSOLOGÍA DE EAE BUSINESS SCHOOL PARA EL CONTROL DE LOS PAGOS DE LOS CONTRATISTAS A LOS SUBCONTRATISTAS POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS

En el ámbito de la subcontratación existe una problemática persistente relativa a la morosidad del pago por parte de los adjudicatarios de contratos públicos, a sus subcontratistas y suministradores que se ha cronificado en España.

Hasta tal punto se produce este fenómeno de retraso en el pago al subcontratista en el Estado Español, que la recomendación del Centro de Estudios de Morosología de EAE Business School, en el que colaboran los mejores expertos en la lucha contra la morosidad, es la implantación de dos tipos de soluciones combinadas para que las Administraciones Públicas asuman cierta responsabilidad en lo que se refiere a los pagos de los adjudicatarios a sus subcontratistas en el marco de los contratos públicos.

Las soluciones recomendadas son, por un lado, que el contratista principal esté sometido a unas condiciones imperativas relativas a unas condiciones de pago con los subcontratistas, y que los contratistas estén sometidos a control administrativo durante la ejecución del contrato con posibilidad de imponer sanciones a los adjudicatarios en caso de incumplimiento de los plazos de pago legales, y por otro, el pago directo a los subcontratistas por parte de las entidades públicas adjudicatarias cuando el contratista principal no cumpla con los plazos de pago legales.

LA RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 12 DE MAYO DE 1995 RELATIVA A LOS PLAZOS DE PAGO EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES

La problemática relativa a la morosidad del pago a subcontratistas y suministradores en el ámbito de la subcontratación es un fenómeno que viene existiendo desde hace décadas. Razón por la cual, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales (95/198/CE), invitaba a los Estados miembros a “adoptar las disposiciones necesarias para garantizar que se realice, en plazos razonables, el pago a los subcontratistas en el marco de los contratos públicos” (artículo 6, apartado f).

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

Sin embargo, fueron pocas las mejoras en materia de morosidad desde la adopción de la Recomendación de 12 de mayo de 1995, por lo que se hizo necesaria la aprobación de 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.

En la Directiva 2000/35/CE, el legislador europeo introduce en su Considerando 19) el concepto de condiciones de pago abusivas por parte de los adjudicatarios de obra pública: “La presente Directiva debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. 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”.

La citada Directiva en su Considerando 22) incluye en su ámbito las operaciones entre contratistas principales y sus subcontratistas: “La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas”.

LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 2000/35/CE A TRAVÉS DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

La Directiva 2000/35 fue incorporada al Derecho interno español a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El objeto de esta Ley es combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizados entre empresas o entre empresas y la Administración. De hecho, esta Ley es de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos públicos, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

La Disposición Final de la Ley 3/2004 modificó los artículos del ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), relativos al pago del precio, lo que cambió la regulación del tipo de interés de demora e introduciendo el reconocimiento del derecho del acreedor a una indemnización por costes de cobro de la deuda, para su adecuación a las previsiones de la norma comunitaria. Igual adecuación requerían las disposiciones reguladoras de los pagos entre contratistas y subcontratistas y suministradores.

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES INCLUYE LAS OPERACIONES COMERCIALES ENTRE CONTRATISTAS PRINCIPALES Y SUS PROVEEDORES Y SUBCONTRATISTAS.

El ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, viene determinado por los sujetos que pueden concluir contratos onerosos que se encuentran sometidos a la norma jurídica, o sea, operaciones comerciales. Veamos a continuación dos artículos que delimitan el ámbito de aplicación de la Ley.

El artículo 1 de la citada Ley establece:

Artículo 1. Objeto.

Esta Ley tiene por objeto combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizados entre empresas o entre empresas y la Administración.

El apartado primero del artículo 3 de Ley establece:

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

1. Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

En consecuencia, según los artículos 1 y 3 de la Ley, las operaciones comerciales sometidas a ésta son las realizadas:

- 1) Entre empresas.
- 2) Entre empresas y la Administración.
- 3) Las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas.

De entrada, debe señalarse que a pesar de que por la redacción del artículo 3 parece que sean tres los posibles ámbitos subjetivos de la ley, en realidad las posibles relaciones personales que entren en el ámbito de aplicación de la norma jurídica son sólo dos, ya que las operaciones comerciales realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas son en realidad operaciones comerciales concluidas entre empresas privadas.

LOS PAGOS A LOS SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LEY 3/2004. GARANTÍAS DEL PAGO

El apartado 5 del art. 211 de la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público regulaba los pagos por parte de los contratistas a los subcontratistas y suministradores, bajo la influencia de los preceptos dictados por la Ley 3/2004 de 29 de diciembre.

Artículo 211. Pagos a subcontratistas y suministradores

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación:
2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.
3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.
4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y

la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

5. *El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.*

La obligación general al respecto era que (al menos en teoría) el contratista debía obligar a abonar a los subcontratistas y proveedores el pago del precio pactado en unos plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el art. 200.4 para las relaciones entre Administración y contratista. Esta previsión hay que completarla con las obligaciones que impuso la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas contra la morosidad y que ya recogió el art. 116 del TRLACP y ahora incorporan los apartados 2 a 5 del art. 211 de la LCSP.

Este precepto fijaba entonces una serie de requisitos relativos al pago a subcontratistas

y suministradores cuya finalidad principal era salvaguardar sus derechos y facilitar la subcontratación. Sin embargo, las medidas recogidas por este artículo no evitaban, sin duda, las dilaciones excesivas en los plazos de pago del contratista principal a los subcontratistas y suministradores.

En este sentido, en primer lugar los apartados 2 y 3 del art. 211 precisaban que los plazos de pago fijados serán computados desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda; y que la aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de 30 días, desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.

El contratista debía abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con el antiguo artículo 4 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Según este precepto, el plazo de pago que debía cumplir el deudor era el que se hubiera pactado libremente entre las partes en el contrato, sin quedar sujeto el aplazamiento contractual a ninguna limitación temporal. Si las partes no hubieran pactado nada en relación con el plazo del pago del precio, el art. 4 de la Ley 3/2004 establecía el plazo de treinta días después de la fecha en la que el deudor haya recibido la factura o solicitud de pago equivalente.

En el supuesto de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004.

Por otro lado, cuando el plazo de pago se convenía más allá de los 60 días, dicho pago se tenía que instrumentar mediante un documento que lleve aparejada la acción cambiaria; y cuando el plazo de pago supere los 120 días, podrá además exigirse por el subcontratista o suministrador que dicho pago se garantice mediante aval (art. 211.5).

Ahora bien, en relación con esta previsión, hay que advertir que tanto la acción cambiaria como el aval que garantiza el pago son instrumentos que, a pesar de reforzar la probabilidad de que los subcontratistas acaben cobrando, no inciden directamente en la cuestión del desproporcionado lapsus temporal que transcurre normalmente entre la prestación del servicio o realización del suministro pactado con el contratista y el cobro de las cantidades debidas por este último. Además, la garantía de constitución de aval se preveía por la Ley como una posibilidad, no como una obligación para el contratista, lo que, sin duda, perjudicaba a las pequeñas empresas subcontratistas o suministradoras, cuya posición para la negociación ante las grandes constructoras es realmente débil.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Poco más de tres años desde la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se produjo una reforma legislativa que no modificó los preceptos que regulaban los pagos a subcontratistas y suministradores, limitándose a copiar en su artículo 228 el mismo texto del artículo 211 de la anterior Ley de Contratos del Sector Público.

Ante las peticiones de distintas organizaciones patronales, el legislador mediante el apartado tres de la disposición final séptima de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo modificó el apartado 5 del artículo 228 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, estableciendo que: "El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre".

Vale la pena señalar el apartado 3 del artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que dicta que: "Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto

de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales". Hay que hacer notar que es extraño que el legislador no haya querido incluir el plazo en días en el texto de este apartado, ya que hubiera sido mucho más inteligible indicar el número de 60 días como plazo máximo legal, en lugar de remitirse a otra norma jurídica para señalar este límite temporal.

Asimismo, en cuanto al *dies a quo* para el inicio del cómputo de los 60 días, hay que tener en cuenta lo que dispone el apartado 1 del citado artículo: "El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios".

Además, el apartado 3 del artículo 47 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, añadió un nuevo artículo 228 bis, con la siguiente redacción: "Artículo 228 bis. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores. Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes **podrán** comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos".

Hay que hacer notar que el legislador ha utilizado el término "podrán", por lo que esta norma jurídica ha diseñado una competencia en términos potestativos para las Administraciones Públicas, sin que los subcontratistas u organizaciones patronales, puedan exigirla. Así pues, este precepto adolece de falta de imperatividad y en consecuencia de eficacia práctica.

El panorama de la contratación pública en España se continúa caracterizando por una serie de malas prácticas en forma de retrasos en los pagos, en particular las que practican los grandes adjudicatarios de obra pública con la parte más débil de la cadena contratación, o sea, con proveedores y subcontratistas que suelen ser el último eslabón que soporta todo el entramado, ya que los grandes contratistas pueden actuar con impunidad, debido a la ausencia de un régimen sancionador (reiteradamente demandado por las organizaciones empresariales) que penalice el incumplimiento del plazo de pago legal.

Como consecuencia de esta situación, subcontratistas y proveedores –un eslabón débil de la cadena de subcontratación– tienen que soportar tales dilaciones y retrasos en el cobro de sus prestaciones. Y siendo el caso frecuente que hoy en día las grandes empresas contratistas asuman la posición de meras gestoras del proyecto principal, sucede que son los subcontratistas y proveedores de las grandes

compañías adjudicatarias quienes tienen que financiar de continuo la obra realizada.

En muchos casos los subcontratistas y proveedores deben aceptar estas condiciones abusivas de pago, dada la dependencia de las empresas frente a sus principales clientes. Las grandes constructoras contratistas de obra pública se encuentran en la situación privilegiada de que parte de su negocio está en la capacidad para obtener rentabilidad financiera de la diferencia entre los plazos de cobro de las certificaciones de obra y los plazos de pago a sus subcontratistas y suministradores.

La Doctrina y la Jurisprudencia han afirmado reiteradamente que los contratos celebrados por el contratista principal tienen carácter administrativo y que, sin embargo, los contratos realizados por el contratista principal con los proveedores y subcontratistas tienen naturaleza privada. Sin embargo, la doctrina indica que tales contratos de proveedores y suministradores son al final contratos derivados del principal; es decir

que el subcontrato es un negocio jurídico derivado, estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: autónomo y de naturaleza civil por una parte; pero también dependiente, porque si se extingue el principal se produce la imposibilidad sobrevinida de cumplirlo. La doctrina opina que esto resulta igual respecto a los proveedores; éstos no son otra cosa que agentes parciales dirigidos íntegramente por el contratista principal, que deviene así el último director de la propia prestación parcial prestada por el proveedor.

Por lo cual, en la tramitación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, los grupos políticos fueron conscientes de la especial sensibilidad que provocaban los incumplimientos de los plazos de pago a subcontratistas y proveedores, pero no llegaron a establecer como norma imperativa el control por parte de las Administraciones Públicas de los períodos de pago reales del contratista principal con sus suministradores.



EL REAL DECRETO-LEY 10/2015, DE 11 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE CONCEDEN CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO EN EL PRESUPUESTO DEL ESTADO Y SE ADOPTAN OTRAS MEDIDAS EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO Y DE ESTÍMULO A LA ECONOMÍA

Este Real Decreto-ley ha modificado el artículo 75 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Uno de los cambios introducidos es que se ha añadido al apartado 1 del artículo 75 un nuevo párrafo con la siguiente redacción: "Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad".

Una vez más, el legislador utiliza la expresión *podrá exigir*, que adolece de falta de imperatividad y por lo tanto es papel mojado.

LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 26 DE FEBRERO DE 2014 SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA, POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2004/18/CE

En su conjunto, la nueva Directiva de contratación pública persigue tres objetivos principales: simplificación, flexibilidad y seguridad jurídica, a través de un nuevo contexto normativo que garantice un uso eficiente de los recursos públicos, y fomente una mayor participación de las pymes.

Un punto a destacar entre las medidas que la Directiva 2014/24/UE propone para fomentar la transparencia de la subcontratación, es que se permita el pago directo a los subcontratistas por parte de las Administraciones Públicas.

Así, en el apartado 3 del artículo 71 de la citada Directiva se establece que: "3. Los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal)".

Asimismo, en el apartado 7 del artículo 71 la Directiva dispone que: "Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten".

Por consiguiente, la Directiva deja plena libertad a los Estados para que puedan establecer disposiciones más ambiciosas en lo que respecta al pago directo a los subcontratistas.

Vale la pena señalar que respecto a la transposición de la Directiva, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar el 18 de abril de 2016.

El Estado español no ha cumplido con el plazo máximo para la transposición de la Directiva. Esta situación de incumplimiento por parte del Estado español Dado que en España la transposición no se ha producido, a partir de hoy deberemos valorar la aplicación de la Directivas 2014/24/UE en aquellos casos en deban desplegar sus efectos directos.

LA ACCIÓN DIRECTA DE LOS SUBCONTRATISTAS

La acción directa no gusta a las Administraciones Públicas en el Estado español, ya que no casa con la tradición jurídica administrativa, por lo que esta posibilidad no está actualmente contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público.

El apartado 8 del artículo 227, Subcontratación, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre establece que: "8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos".

En cambio, con arreglo a la legislación civil, es posible que en determinados supuestos el subcontratista o el suministrador ejercite una acción directa contra la entidad adjudicataria que le permita cobrar la cantidad que le adeuda el contratista de las obras. En este sentido, el art. 1597 CC establece que: "Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación".

Para que prospere la acción derivada del art. 1597, por tanto, se necesitan los requisitos siguientes: a) existencia de un contrato de obra por ajuste alzado, precio que se exige para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario, y un fraude de disponibilidades y derechos del contratista susceptibles de ser aprovechado por los proveedores de éste, en tanto en cuanto se verifique el suministro de materiales o se realice la obra, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario; b) que en esta obra ponga un trabajo o materiales un tercero, y c) que existe un crédito del contratista frente al dueño de la obra, o como dice la Sentencia de 2 de Julio de 1997, que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior) (SAP Barcelona de 5 de diciembre de 2002).



EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

En el texto del Anteproyecto de Ley de Contratos del sector público no aparece ningún precepto que permita el pago directo por parte de la Administración Pública adjudicataria a los subcontratistas, como establece la norma habilitante recogida en el apartado 3 del artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

Por el contrario, el apartado 9 del artículo 213, Subcontratación deniega esta posibilidad: "Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos".

El anteproyecto tampoco cambia el redactado del artículo 228 bis del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El apartado 1 del artículo 215. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores está redactado de la siguiente forma: "1. Cuando así lo hubieran previsto los pliegos o el documento descriptivo, los órganos de contratación podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas principales han de hacer a los subcontratistas o suministradores que participen en la ejecución del contrato. En todo caso, los contratistas principales presentarán al órgano de contratación el correspondiente plan de pagos en el plazo máximo de un mes tras el inicio de la ejecución del contrato.

A efectos de la comprobación señalada en el párrafo anterior, los órganos de contratación

podrán requerir al contratista principal la información y justificantes que se indican en el apartado siguiente. La previsión que, en su caso, hagan los pliegos o el documento descriptivo en este sentido deberá calificar la obligación de información del contratista principal como condición especial de ejecución, cuyo incumplimiento conllevará, entre otras consecuencias previstas en esta Ley, la imposición de penalidades en los términos indicados en el artículo 190.

El prelegislador continúa empleando el término podrán, por lo que esta norma jurídica seguirá siendo una norma habilitante para las Administraciones Públicas. En consecuencia, esta futura norma continuará adoleciendo de falta de eficacia práctica para controlar los plazos de pago de los contratistas a sus subcontratistas y proveedores.



CONCLUSIONES

El legislador debería adoptar con urgencia medidas tendentes a controlar los plazos de pago de los contratistas principales con sus suministradores y subcontratistas y de otorgar a éstos una protección en el cobro de sus prestaciones que les garantice que puedan percibir sus contraprestaciones dentro del plazo máximo de 60 días naturales, computados desde la fecha de la realización de sus prestaciones, así como a efectuar varias modificaciones en el texto del artículo 228 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con el fin de facilitar la interpretación declarativa de esta norma jurídica. Para ello el Legislador debería:

1. Modificar íntegramente el artículo 228 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con objeto de corregir las posibles interpretaciones gramaticales erróneas de la norma y además adecuarla a la redacción del Artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y presentar el oportuno proyecto de ley a las Cámaras.

2. Promulgar un régimen sancionador que instaure la posibilidad de imponer sanciones económicas a los adjudicatarios en caso de incumplimiento de los plazos de pago legales con sus subcontratistas y proveedores.

3. Modificar el primer apartado del artículo 228 bis del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sustituyendo el verbo podrán por deberán.

4. Incorporar al Derecho positivo español lo que establece el artículo 71.3 de la Directiva 2014/24/UE: “Los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le deban por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas por el operador económico al cual se haya adjudicado el contrato público (el contratista principal)”.

Finalmente, recordemos que en el apartado 7 del artículo 71 la Directiva dispone que: “Los Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten”.

Para el caso de España, este precepto debería ser aplicado, dada la especial problemática que existe en el ámbito de los pagos de los contratistas a subcontratistas y la necesaria protección que requieren éstos ante las condiciones de pago que deben soportar.

© Estudio realizado por Pere Brachfield, director del Centro de Estudios de Morosología de EAE Business School. Todos los derechos reservados: se prohíbe la reproducción total o parcial del texto sin autorización expresa del autor. Los derechos de este texto están amparados por el Artículo 270 del CP y por el Artículo 14 y ss del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

Barcelona, 2016
© Centro de Estudios de Morosología
EAE Business School
© Del estudio Pere Brachfield

WWW.EAE.ES

902 47 46 47

BARCELONA C/ ARAGÓ, 55 - 08015 / C/ TARRAGONA, 110 - 08015

MADRID C/ JOAQUÍN COSTA, 41 - 28002



EAE Business
School