

**Informe 7/2016, de 30 de junio, sobre si la falta de pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal puede considerarse un incumplimiento contractual, a efectos de incautación de la garantía constituida.**

## I – ANTECEDENTES

La Directora Gerente de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

*“PRIMERO.- Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, inscrita en el Registro de Fundaciones del Sector Público con el número 698, es una entidad instrumental de la Junta de Andalucía, tal y como establece el artículo 52.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, participada directa y exclusivamente por ésta. Asimismo y de acuerdo con el artículo 78 de dicho texto legal, el régimen jurídico se regula en la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en concreto en los artículos 55 y ss.*

*SEGUNDO.- Esta Fundación está adscrita a la Consejería de Economía y Conocimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5, apartado 3 del Decreto 205/2015, de 14 de julio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Conocimiento.*

*TERCERO.- Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 191 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, Andalucía Emprende, como poder adjudicador sin carácter de Administración Pública, tiene aprobadas una instrucciones de obligado cumplimiento en el ámbito interno, a través de las cuales se regulan los procedimientos de contratación de forma que se garanticen los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación de la adjudicación, así como que el contrato sea adjudicado a quién presente la oferta económicamente más ventajosa.*

*Dichas instrucciones están publicadas en el Perfil de Contratante de la Junta de Andalucía, que se encuentra disponible en la siguiente dirección:*

<http://contratacion.chap-junta-andalucia.es/contratacion/ProfileContractor.action?profileId=EICE16&code=EICE16&pkCegr=4031450>

*Y en base a lo cual,*

SOLICITA

*Que se informe por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía sobre la siguiente cuestión en materia de contratación administrativa:*



## ANTECEDENTES:

1. La Fundación, inicia una contratación a través de procedimiento negociado de la Obra de Adecuación de local para oficinas en Ayamonte. En el pliego publicado se establece:

Anexo IV. Prevención de riesgos laborales:

(...) En todo caso, el empresario principal, deberá recabar (previo al inicio de la obra o en el momento que se produzca variación de las condiciones iniciales), de su propia empresa y del resto de subcontratas, a través del Coordinador de Seguridad y Salud quién la remitirá al Área de Prevención de Riesgos Laborales de Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, la siguiente documentación:

- La relación de empresas subcontratistas y trabajadores autónomos contratados para la obra, con las correspondientes actas de aprobación del Plan de Seguridad y Salud o acta de adhesión al plan principal, en su caso.

2. En fecha 27 de febrero de 2013, se firma entre la Fundación y la empresa que resulta adjudicataria (Structure Esury, S.L.L.), un contrato de obras para reforma y adaptación para oficina de local por importe de 110.762,41 euros, en el que se contienen, entre otras, las siguientes estipulaciones:

SEGUNDA.: Ejecución.

La entidad Structure Esury, S.L.L., ejecutará las obras dentro de los términos que establecen el presente contrato y sus anexos: (...).

2. Pliego de Condiciones Técnicas y Particulares.

TERCERA.: Anexos del contrato.

Quedarán integrados en el presente contrato, formando parte del mismo y siendo de validez en lo que no se opongan a él, los documentos contemplados en la Estipulación segunda.

QUINTA.: Garantía.

Structure Esury, S.L.L. deberá aportar, antes del inicio de la ejecución de obras, resguardo acreditativo de la constitución, en las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía, de una garantía de un 5% del importe de adjudicación, a disposición del órgano de contratación (...).

Esta garantía queda afectada al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía y, en particular, al pago de penalidades por demoras así como a la reparación de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el adjudicatario durante la ejecución del contrato.

3. En fecha 12 de abril de 2013 la empresa constituyó ante la Fundación la garantía exigida, por un importe de 4.576,96 euros.



4. En fecha 5 de diciembre de 2013, la empresa Creaciones Vilber, S.L.U., procede a retirar una plataforma incluida como parte de los elementos precisados en el objeto del contrato.

5. Ante la falta de explicación por parte tanto de la empresa Structure Esury, S.L.L. como de Creaciones Vilber, S.L.U., la Fundación inicia un procedimiento judicial para exhibición documental (Diligencias Preliminares 476/2014) a raíz del cual conoce que Creaciones Vilber, S.L.U. ha sido subcontratada por Structure Esury, S.L.L. para el suministro e instalación de la plataforma, que la empresa contratista le adeuda el pago de 4.670 euros, estando autorizada por contrato que las vincula, a retirar la maquinaria en caso de impago de la totalidad del importe convenido.

6. En escrito con registro de entrada de 21 de enero de 2016, la empresa solicita la devolución de la garantía depositada en la Consejería en fecha 12 de abril de 2013 y por importe de 4.576,96 euros.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 228 y 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, se plantea la presente consulta ante la Comisión Consultiva de Contratación:

1º.- ¿Cabe considerar como incumplimiento contractual del contrato la falta de pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal, a los efectos de incautación de la garantía constituida?.

2º.- Considerando el pago del contratista al subcontratista como una cuestión que afecta directamente la correcta ejecución del contrato, (recordemos, el subcontratista ha retirado el salvaescalera) y por tanto, del interés público objeto del mismo, ¿puede la Fundación intervenir en su control y actuar en este ámbito destinando la garantía constituida por la entidad Structure Esury, S.L.L. al pago de las cantidades adeudadas a la empresa subcontratada?.

Se adjunta copia del expediente de contratación tramitado”.

## II – INFORME

En relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación pública. No obstante, realizaremos unas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

Con carácter previo al examen de la consulta hay que tener en cuenta que Andalucía Emprende, es una Fundación del Sector Público Andaluz considerada poder adjudicador no Administración Pública, teniendo los contratos que celebre el carácter de privados.



El artículo 228 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) establece la obligación del contratista a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican en el mismo.

Por su parte, el artículo 228 bis del TRLCSP, introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuya entrada en vigor tuvo lugar con fecha 29 de septiembre de 2013, prevé que *“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.*

*En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos”.*

Por otra parte, el artículo 104.1 del TRLCSP dispone que *“en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación”.*

En este sentido, el contratista, la empresa Structure Esury, S.L.L., prestó garantía con fecha 12 de abril de 2013, disponiendo la estipulación quinta del documento contractual que *“esta garantía queda afectada al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía y, en particular, al pago de las penalidades por demora así como a la reparación de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el adjudicatario durante la ejecución del contrato”.*

Pues bien, independientemente de valorar la posible aplicación de los artículos 228 y 228 bis del TRLCSP a Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza, hay que tener presente que el contrato entre esa Fundación y la empresa Structure Esury, S.L.L., se firmó con fecha 27 de febrero de 2013, por tanto, con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 228 bis del TRLCSP por lo que no sería aplicable.

Además, el contrato en cuestión vincula a ambos no siendo parte en el mismo el subcontratista. En este sentido, en el Informe de esta Comisión Consultiva 13/2009, de 3 de noviembre, se ponía de manifiesto que *“el subcontrato vincula exclusivamente al contratista-subcontratante y al subcontratista, y en el ámbito de los dos quedan circunscritos sus efectos”.*



Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en el Informe 8/2011, de 27 de octubre, señalaba que *"la subcontratación se configura como una relación jurídica privada entre el contratista y los subcontratistas y los suministradores que, a pesar de su carácter accesorio funcional respecto de la relación contractual pública, no altera en ningún caso el régimen de exigencia de responsabilidades por el correcto cumplimiento de las prestaciones que conforman el objeto del contrato, que corresponden, en todo caso, al contratista"*.

Además, en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, no se hace referencia a las relaciones entre contratistas y subcontratistas respecto a las cantidades adeudadas entre ellos.

Por tanto, la falta de pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal no puede considerarse incumplimiento contractual a efectos de la incautación de la garantía.

No obstante, en el caso de que el salvaescalera retirado por el subcontratista debiera estar instalado como parte de la prestación objeto del contrato, sí podría considerarse un incumplimiento del mismo, teniendo que responder el contratista de ello. Y respecto de ese incumplimiento de lo pactado en el contrato responde la garantía constituida por el contratista, pero, en ningún caso, podría destinarse la garantía constituida al pago de las cantidades adeudadas al subcontratista puesto que aquella no responde a esa finalidad y la Fundación no es partícipe de las relaciones entre el contratista y el subcontratista.

### III – CONCLUSIONES

1. La falta del pago del precio pactado al subcontratista por parte del contratista principal no puede considerarse incumplimiento contractual a efectos de la incautación de la garantía.

2. La garantía constituida no puede destinarse al pago de las cantidades adeudadas al subcontratista puesto que aquella responde del cumplimiento de la correcta ejecución de la prestación pactada.

Es todo cuanto se ha de informar.

