

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Mesures de control i comprovació dels pagaments als subcontractistes i subministradors

07-11-2022

Mesures establertes a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic

En un [apunt](#) anterior d'aquest espai temàtic ja vam veure que la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), configura la subcontractació com un mecanisme per afavorir la participació de les petites i mitjanes empreses en els procediments d'adjudicació dels contractes públics i abandona la concepció que es tenia fins ara que la relació entre contractista principal i subcontractista és una relació estrictament privada, en què la intervenció de l'ens públic contractant no hi té cabuda, i s'incrementa així els mecanismes de protecció del subcontractista.

Respecte del pagament als subcontractistes i subministradors, la LCSP introdueix noves obligacions per als poders adjudicadors, així com mesures de protecció del subcontractista.

Concretament s'estableix una obligació per part dels poders adjudicadors de comprovació de pagaments i també una nova garantia de cobrament per als subcontractistes que beneficiarà sobretot les petites i mitjanes empreses. Així, s'estableix que els poders adjudicadors:

- **Obligatòriament** han de comprovar si s'ha efectuat el pagament en els contractes d'obres i en els contractes de serveis amb un valor estimat superior a 5 milions d'euros, en els quals l'import de la subcontractació sigui igual o superior al 30% del preu del contracte i imposar penalitats en cas d'incompliment d'aquest pagament (art. 217.2 de la LCSP).
- **Potestativament** poden comprovar l'estricta compliment dels pagaments als subcontractistes en la resta de supòsits, sempre que així s'inclogui en l'anunci de licitació i en els plecs de clàusules o en el mateix contracte. A aquests efectes, el contractista, prèvia sol·licitud, ha de remetre a l'òrgan de contractació la relació detallada de subcontractistes i subministradors i el justificant del compliment dels terminis de pagament.

Aquestes obligacions, a més de tenir la consideració de condicions especials d'execució amb les conseqüències que disposa l'ordenament jurídic en cas d'incompliment (art. 217.1 de la LCSP), permeten la imposició de les penalitats establertes en els plecs, i la garantia definitiva respon del seu pagament.

Així mateix, s'estableixen altres mesures de protecció dels subcontractistes:

- Les condicions de cobrar i els drets que estableix l'article 216 de la LCSP són irrenunciables per part dels subcontractistes (art. 216.6 de la LCSP).
- Es regulen els terminis de pagament als subcontractistes, ja que s'estableix que no poden ser més desfavorables que els que estableix la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials.
- Així mateix, s'estableix que la data des de la qual s'han de computar els terminis de pagament és la data en què té lloc l'acceptació o la verificació dels béns o serveis per part del contractista principal, sempre que el subcontractista hagi lliurat la factura dins els terminis legals.

En darrer lloc, cal destacar la possibilitat que l'òrgan de contractació pugui disposar en els plecs de clàusules administratives que es puguin efectuar pagaments directes als subcontractistes (disposició addicional 51 de la LCSP). Aquesta disposició, que ja estableix la Directiva 2014/24/UE, vol satisfer una aspiració de la petita i mitjana empresa per poder millorar les condicions de cobrament amb els grans contractistes del sector públic. La disposició addicional 51 de la LCSP deixa aquest aspecte subjecte a una regulació reglamentària posterior, que haurà de determinar de quina manera es durà a terme aquest pagament. No obstant això, no impedeix que el sector públic ja ho pugui establir en els plecs de clàusules dels seus procediments d'adjudicació i determinar de quina manera es faran aquests pagaments.

Els pagaments que es facin a favor del subcontractista s'entenen efectuats a compte del contractista principal, i mantenen, en relació amb l'entitat contractant, la mateixa naturalesa d'abonaments a compte que la de les certificacions d'obra.

Malgrat les novetats introduïdes per la LCSP, es manté la naturalesa privada dels subcontractes i contractes de subministraments, de manera que els subcontractistes no tenen acció directa davant l'òrgan de contractació i la responsabilitat per l'execució del contracte continua sent exclusiva del contractista principal (art. 215.4 de la LCSP).

Noves garanties introduïdes per la Llei 18/2022, de 28 de setembre, de creació i creixement d'empreses. L'article 10 de la [Llei 28/2022, de 28 de setembre, de creació i creixement d'empreses](#), pel que fa a l'àmbit de la contractació pública, introdueix algunes modificacions al règim establert als articles 216 i 217 de la LCSP, per garantir que el contractista pagui correctament els subcontractistes:

1. S'afegeix un segon paràgraf a l'apartat 4 de l'article 216 de la LCSP, relatiu als terminis i les condicions dels pagaments a subcontractistes i subministradors.

L'article 216.4 de la LCSP establia l'obligació del contractista d'abonar als subcontractistes i subministradors les factures en els terminis fixats en la Llei 3/2004, de 29 de desembre. En el cas de demora en el pagament, aquest apartat estableix que els subcontractistes i subministradors tenen dret al cobrament dels interessos de demora i a la indemnització dels costos de cobrament.

El nou apartat que introdueix la Llei 18/2022 estableix, a més, que en els **contractes subjectes a regulació harmonitzada** i en aquells amb un **valor estimat igual o superior a dos milions d'euros**, quan el subcontractista o subministrador exerceixi accions judicials o arbitrals contra el contractista principal adreçades a abonar les factures pel fet d'haver excedit el termini de pagament, l'òrgan de contractació haurà de dur a terme la **retenció provisional de la garantia definitiva**, la qual no es podrà retornar fins al moment en què el contractista acrediti la satisfacció íntegra dels drets reclamats pel subcontractista o subministrador.

Amb aquesta determinació, l'òrgan de contractació deixa de ser una figura aliena a la relació entre contractista i subcontractista i és obligat a adoptar un nou rol, en tant que la garantia definitiva s'ha de retenir fins al pagament efectiu al subcontractista. No obstant això, cal assenyalar que aquesta determinació no abasta tots els contractes, sinó únicament els que superen determinats llindars.

2. S'introdueix un nou incís a l'apartat 2 de l'article 217 de la LCSP relatiu a la comprovació dels pagaments als subcontractistes o subministradors.

La modificació consisteix a incloure una determinació que obliga a **aportar la certificació de pagament en els contractes d'obres**, amb la finalitat d'evitar que el contractista pugui obtenir beneficis indeguts a costa del subcontractista amb el retard en els pagaments. El nou incís estableix que: "A aquests efectes, en aquests contractes el contractista ha d'aportar amb cada certificació d'obra el certificat dels pagaments als subcontractistes del contracte."

3. En darrer lloc, i com a clara mesura de reforçament del pagament dins de termini als subcontractistes, s'afegeix un nou apartat 3 a l'article 217 esmentat.

En aquest nou apartat s'estableix que, amb independència de les mesures de comprovació dels pagaments als subcontractistes i subministradors establertes als apartats 1 i 2 de l'article 217 de la LCSP, s'escau, en tot cas, la **imposició de penalitats** al contractista:

- Quan, mitjançant resolució judicial o arbitral ferma, s'acrediti que el contractista incompleix els terminis de pagament als subcontractistes o subministradors vinculats a l'execució del contracte.
- Sempre que la demora en el pagament no estigui motivada per l'incompliment d'alguna de les obligacions contractuals assumides pel subcontractista o pel subministrador en l'execució de la prestació.

Aquestes penalitats poden arribar fins al 5% del preu del contracte, i reiterar-se cada mes mentre persisteixi l'impagament fins a arribar al límit conjunt del 50% del preu del contracte. La garantia definitiva respon de les penalitats que s'imposin per aquest motiu.

Es tracta, per tant, d'una penalitat *ex lege* que ha d'aplicar l'òrgan de contractació, el qual, en el seu nou rol de vigilant del compliment dels pagaments per evitar la morositat, assumeix l'obligació de garantir, via l'incentiu de les penalitats, el compliment correcte dels terminis de pagament.



Rosa Maldonado Camats

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda