

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público



Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2023 N.º 152

La Ley de creación y crecimiento de empresas y la contratación pública

La reciente Ley de Crea y Crece ha venido a introducir numerosas modificaciones en el ordenamiento jurídico español, haciendo desaparecer la sociedad limitada nueva empresa y permitiendo la creación de sociedades de responsabilidad limitada con un capital social de solo un euro. Entre otras muchas iniciativas estimables, modifica el régimen de cobro de facturas de proveedores y subcontratistas, permitiendo al órgano de contratación aplicar la garantía al pago de las cantidades debidas – bajo determinadas circunstancias – así como contempla la posible imposición de penalidades en el caso de demora en el pago a subcontratistas, reforzando la posición de éstos frente al contratista principal.

El pasado 19 de octubre entró en vigor la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en adelante Ley de Crea y Crece) que introduce numerosas novedades en diversas materias, con objeto de mejorar el dinamismo empresarial del tejido productivo español para aprovechar las oportunidades que ofrecen las reformas e inversiones que se derivan del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Para ello, la norma contiene numerosas medidas dirigidas a agilizar la creación de empresas, mejorar la regulación para el desarrollo de actividades económicas, reducir la morosidad comercial y facilitar el acceso a financiación:

- Así, por ejemplo, introduce novedades en materia de creación de empresas y de crecimiento de empresas mediante la eliminación de obstáculos a las actividades económicas:
 - Generalizando el uso de la factura electrónica en operaciones entre empresarios y profesionales como medida de digitalización empresarial¹.
 - Ampliando el listado de actividades económicas exentas de licencia previa.
 - Estableciendo la posibilidad de crear una Sociedad de Responsabilidad Limitada con un capital social de tan solo un euro.

¹ Y como mecanismo de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

- Facilitando la constitución de empresas de forma rápida, ágil y telemática, a través de los Puntos de atención al emprendedor (PAE) y el Centro de Información y Red de Creación de Empresa (CIRCE).
- Se modifica la regulación en materia de unidad de mercado y de lucha contra la morosidad comercial, incentivando al empresario para el cumplimiento de sus obligaciones en tiempo (incluyendo el período medio de pago como criterio de valoración para el acceso a subvenciones y contratación pública).
- Se facilita el acceso a la financiación para potenciar el crecimiento empresarial, y a tal fin se flexibilizan los mecanismos de financiación alternativa tales como el ‘crowdfunding’, la inversión colectiva y el capital riesgo.
- Y se modifica, en el artículo 10 de la Ley de Crea y Crece, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).
- 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, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Además, en los contratos sujetos a regulación armonizada y, en aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, cuando el subcontratista o suministrador ejercite frente al contratista principal, en sede judicial o arbitral, acciones dirigidas al abono de las facturas una vez excedido el plazo fijado según lo previsto en el apartado 2, el órgano de contratación, sin perjuicio de que siga desplegando todos sus efectos, procederá a la retención provisional de la garantía definitiva la cual no podrá ser devuelta hasta el momento en que el contratista acredite la íntegra satisfacción de los derechos declarados en la resolución judicial o arbitral firme que ponga término al litigio, y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 111 LCSP.

Esta modificación alcanza dos preceptos:

1. En primer lugar, se modifica el apartado 4 del artículo 216, en el que se establece lo siguiente:

- El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2².

Este precepto refuerza la posición de proveedores y subcontratistas y además facilita el cobro por éstos de las cantidades que le son debidas por los contratistas, mediante la retención provisional de la garantía definitiva, lo que, por otro lado, amplía la funcionalidad de ésta.

² Es decir, los plazos fijados en el contrato, que no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

2. En segundo lugar, se modifica el artículo 217, cuya redacción se actualiza de manera íntegra. El precepto, bajo la rúbrica “Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores”, contempla numerosas previsiones:

1. Se faculta a las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes para comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 12, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos³.

A tal fin prevé que en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos se incluirán la obligación de remitir información y la obligación de aportar justificante de pago cuando se solicite por el órgano de contratación.

Añade que estas obligaciones, se consideran condiciones especiales 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, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo.

2. Las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades por el incumplimiento previstas en el apartado 1, serán obligatorias para las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes, en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato, en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra. A tales efectos, en estos contratos el contratista deberá aportar en cada certificación de obra, certificado de los pagos a los subcontratistas del contrato⁴.
3. Por último y sin perjuicio de lo anterior, el artículo 217.3 prevé que procederá - en todo caso - la imposición de penalidades al contratista cuando, mediante resolución judicial o arbitral firme aportada por el subcontratista o por el suministrador al órgano de contratación quedara acreditado el impago por el contratista a un subcontratista o suministrador vinculado a la ejecución del contrato en los plazos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que dicha demora en el pago no viene motivada por el

³ Para el ejercicio de esta facultad de comprobación, la norma prevé que 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.

También señala el artículo 217.1 LCSP que deberán aportar - los contratistas adjudicatarios - a solicitud del ente público contratante, justificante de cumplimiento de los pagos a subcontratistas y proveedores una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación.

⁴ El ámbito de los contratos en los que estas actuaciones de comprobación e imposición de penalidades previstas en el apartado 1 son obligatorias, puede ampliarse mediante Orden del ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales asumidas por el subcontratista o por el suministrador en la ejecución de la prestación. La penalidad podrá alcanzar hasta el cinco por ciento del precio del contrato, y podrá

reiterarse cada mes mientras persista el impago hasta alcanzar el límite conjunto del 50 por ciento de dicho precio. La garantía definitiva responderá de las penalidades que se impongan por este motivo.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.