

Propuesta de

CLÁUSULA SOCIAL A FAVOR DE LAS PYMES Y AUTÓNOMOS A INCLUIR EN LOS PLIEGOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Según los últimos datos publicados por el INE, la distribución de empresas en Aragón a finales del año 2021 sigue la tendencia de los últimos años siendo más del 99% de las mismas PYMEs o autónomos. **De las 88.602 empresas censadas**, solamente 117 tienen más de 200 trabajadores y **la gran mayoría, un 95,34%, tienen menos de diez trabajadores.**

En este sentido, se hacen necesarias establecer las mejores condiciones para el desarrollo responsable y mantenimiento de las actividades económicas, facilitar el incremento de su tamaño y la creación de nuevas empresas.

En la actualidad, **la Ley de Morosidad contempla un plazo de pago de 60 días. La realidad es que las empresas con posición de dominio del IBEX triplican esos plazos llegando a ser la media de 183 días.** resultado que las convierte en las compañías más morosas de nuestro país y que conlleva que estén restando 56.844 millones de euros de liquidez a las pymes, según las últimas estimaciones.

En cuanto a la Administración, existen 96 ayuntamientos de España, entre los que no se encuentra el de Zaragoza, que suman una deuda de 213 millones de euros con pymes y autónomos y que, de promedio, tardan más de 365 días en pagar las facturas pendientes. Los últimos datos publicados por el Ministerio de Hacienda indican que las corporaciones presentan un Período Medio de Pago a Proveedores de 63,49 días, en vez de un máximo de 30 como marca la ley. De las 151 entidades que presentaron información, sigue habiendo casi un 10% de las mismas con un PMP excesivo. De las diez principales ciudades de España, cuatro de ellas superan los 30 días, llegando una incluso a superar los 400 días. El Ayuntamiento de Zaragoza presenta un PMP de 26,67 días.

Sólo estas dos circunstancias hacen que al colectivo de pymes y autónomos, recordemos que son el 99% de las empresas españolas, se les adeuden cerca de 300 millones euros, convirtiéndose **en los principales financiadores de las grandes empresas** y administraciones. Además, se da la circunstancia que las entidades financieras no facilitan financiación en igualdad de condiciones a las pymes y a los autónomos, que a la gran empresa. **Esta situación está provocando que el grueso de las actividades empresariales tenga su estructura financiera y solvencia débil y dependan exclusivamente de los ahorros del empresario/a.**

En el ámbito de la contratación pública, además de facilitar el acceso de pymes y autónomos a concurrir a dichos concursos, **debería generalizarse la exigencia en los pliegos de contratación como condición inexcusable y previa al pago del precio público a la empresa contratada, la justificación del efectivo pago a las subcontratas.**

A la mayor facilidad para obtener los concursos públicos, añadimos la práctica perniciosa y muy extendida de las grandes empresas - de difícil persecución dada la ausencia de acción directa, propiamente dicha, del subcontratado contra la Administración contratante – de usar la mora o directamente impago al subcontratado como fórmula de financiación, retrasándoles el pago debido o – directamente – condicionándoselo, no a la realización del encargo encomenado, sino al cobro por la contratante del precio final del contrato, haciéndoles injustamente partícipes del riesgo y ventura de una operación de la que solo eran parte ajena.

Se pretende ir más allá y, en este sentido, **desde CEPYME solicitamos que las Administraciones Públicas y órganos de contratación ejerzan, en cualquier caso y en todo tipo de modalidad contractual, la facultad prevista en el artículo 217 de la LCSP de comprobación del cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos hagan a todos los subcontratistas** o suministradores que participen en los mismos. Y ello como condición necesaria y previa para el pago al contratista. Lo contrario será prolongar la ya indicada práctica de financiación a costa del subcontratado, parte débil de la relación.

Entendiendo que el precitado argumento sería la solución ideal, aunque de difícil aplicación porque conlleva modificación de norma, desde CEPYME proponemos que la Administración aplique, por consenso, convencimiento y acuerdo de todos los grupos políticos, a todos los contratos y pliegos de la Administración una cláusula de RESPONSABILIDAD SOCIAL, similar a las que actualmente se incorporan a los pliegos relacionados con la diversidad, igualdad, calidad o excelencia y, que en caso de incumplimiento, llevarán explícitamente una penalización o inhabilitación temporal para el acceso a contratación pública.

De esta manera se exigiría por parte de la Administración que las empresas pagaran a sus subcontratistas como condición inicial, previa a la liquidación del contrato.

Modelo de cláusula:

Admitida la subcontratación en el contrato del que se trate, el pliego deberá contener lo siguiente, de acuerdo con los artículos 215, 216 y 217 de la LCSP:

- *El contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista,*
 - *El contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en plazos y condiciones que en ningún caso 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, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos.*
 - *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 citada Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.*
 - *La Administración / ente público contratante, y **con independencia de la cuantía del contrato, comprobará en cualquier caso** el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos. 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 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación.*
 - (... El pliego deberá contener la penalidad prevista para el caso de incumplimiento*, así como la aplicación del precio o garantías del contratista al pago de lo adeudado al subcontratista o suministrador ...)
- * proponemos inhabilitación para contratar con la administración correspondiente por un plazo de dos años

Anexo normativo. Ley de Contratos del Sector Público

Artículo 215. Subcontratación.

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los

órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá, entre otras previstas en esta Ley, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, alguna de las siguientes consecuencias, cuando así se hubiera previsto en los pliegos:

- a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.
- b) La resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 211.

4. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato; incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201, así como de la obligación a que hace referencia el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 referida al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. 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 71.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

7. Los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada.

8. Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera los subcontratistas no tendrán 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.

Artículo 216. Pagos a subcontratistas y suministradores.

1. El contratista está obligado 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 la **Ley 3/2004**, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y se computarán desde la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos.

3. La aceptación deberá efectuarse en un plazo máximo de treinta días desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. En el caso de que no se realizase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios.

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, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.**

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 bis del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, sobre la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público, deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros, que deberán presentar al contratista principal a través del Registro a que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda, a partir de la fecha prevista en dicha disposición. En supuestos distintos de los anteriores, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro referido en el apartado 3 de la disposición adicional trigésima segunda. La cuantía de 5.000 euros se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública.

6. Los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por este artículo, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1110 del Código Civil.

Artículo 217. Comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores.

1. 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 12, 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 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación. **Estas obligaciones, que en todo caso se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, 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.

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, podrá ampliarse el ámbito de los contratos en los que estas actuaciones de comprobación e imposición de penalidades previstas en el apartado 1 sean obligatorias.