ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
EMPRESAS DE CONSULTORÍA

Riesgo financiero de los proyectos

Documento elaborado por la comisión de Administraciones Públicas de la AEC.

La Asociación quiere agradecer el apoyo para la realización de este informe a todos los representantes de las empresas que forman parte de la comisión, con especial mención a Carolina González, de KPMG, a Javier Santos, de Deloitte, y a Natalia García, de Altia.

ACCENTURE / ALTEN / ALTIA / ATMIRA / ATOS / AYESA / BLUETAB / CAPGEMINI
CEDEC / CEGOS / DELOITTE / DXC TECHNOLOGY / EY / GETRONICS / IBM
INETUM / IZERTIS / KPMG / MINSAIT/ NTT DATA / OESÍA / SOPRA STERIA
TATA CONSULTANCY SERVICES / UNISYS / VASS / VIEWNEXT / WORLDLINE

[Se permite la reproducción, con fines no comerciales, de los gráficos y/o textos que integran este documento, siempre que se cite expresamente como fuente a la Asociación Española de Empresas de Consultoría.]

NOVIEMBRE 2023

CONTENIDO

1. Introducción 4
2. Revisión de precios 4
3. Demora en el pago de los contratos 5
4. Calendarios de facturación de los proyectos 7
5. Exigencia de responsabilidad ilimitada 7
6. Abonos a cuenta por acciones preparatorias 8
7. Prestación de garantías 9
8. Subcontratistas y suministradores del Sector Público 10
9. Pago directo a los subcontratistas por el poder público 11
10. Conclusiones y recomendaciones 12

1. Introducción

La contratación pública, tal y como se regula en el artículo 197 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), se realiza "por riesgo y ventura" del contratista, que asume los riesgos inherentes al contrato público.

A pesar de este principio jurídico, la ley debería garantizar el adecuado mantenimiento del equilibrio financiero. Por tanto, si se producen con posterioridad circunstancias o hechos que no pudieron preverse en el momento de la celebración del contrato, el organismo contratante debería compensar al contratista con cuantas acciones sean necesarias.

En los proyectos que llevan a cabo los contratistas del sector público, además de los propios riesgos ligados a la contratación pública previsibles o no (costes, plazos, alcance, calidad, etcétera.), hay que tener en cuenta el contexto de incertidumbre marcado por los efectos de la guerra en Ucrania y las propias exigencias de la Unión Europea, prestataria de los Fondos *Next Generation*.

En la contratación pública, la previsión de riesgos por parte de los licitadores se enfrenta a bastantes dificultades y, por ello, cuestiones como la revisión de precios, las demoras en los pagos efectuados, el calendario de facturación de los proyectos, las provisiones de fondos susceptibles de anticipo, las garantías, el control de pago de los precios pactados con los subcontratistas, etcétera., exigen una especial atención que va a ser desarrollada a continuación.

2. Revisión de precios

Los contratos de servicios sujetos a plazos de ejecución duraderos pueden tener ciertos riesgos financieros. Por ello, debería haber medidas legislativas -que sí se han adoptado en los contratos de obra- para compensar, de alguna manera, los déficits económicos producidos por los encarecimientos derivados del alza de los precios de la energía, los transportes, y otros efectos negativos provocados por diferentes causas (consecuencias de la pandemia, guerra de Ucrania u otras).

En los contratos de servicios los contratistas tienen solo dos caminos complejos y muy limitantes:

- Por un lado, y solo si la tipología del contrato es de ámbitos muy concretos, acogerse a la revisión de precios: siempre y cuando ésta esté prevista en los pliegos, se haya ejecutado el 20% del contrato y hayan pasado 2 años desde la firma del mismo (que además quedan excluidos de dicha revisión).
  Es necesaria una reforma legislativa para que la revisión de precios se incluya de manera habitual en los pliegos y que la fórmula actual para revisarlos (no vinculada al IPC) se adecue a la realidad del mercado.

- Solicitar la recuperación del reequilibrio económico, explicando y justificando los motivos.
  Para ello existe un proceso administrativo que resulta lento y que, por lo general, la Administración tiende a denegar o a resolver con silencio administrativo, lo que obliga a los contratistas a acudir a la vía contencioso-administrativa aumentando la litigiosidad. Esta situación no es deseable para ninguna de las partes y además puede agravar el desequilibrio económico, ya que, durante el tiempo que dure el proceso contencioso, el contrato tiene que seguir prestándose con las mismas condiciones económicas.

El aumento imprevisto de los costes esenciales para la prestación del servicio o provisión del suministro genera unas obligaciones contractuales excesivamente onerosas para el contratista. Es necesario, por tanto, reformar la ley para poder incluir la revisión de precios en los contratos de servicios y definir un proceso judicial más ágil, similar al que hay en los casos de morosidad de las Administraciones Públicas, a fin de poder resolver las situaciones de desequilibrio económico cuando se produzcan.

En la misma línea, existe otro problema derivado de la obligatoriedad de las prórrogas para el contratista recogida en el artículo 29.2 de la LCSP, que no contempla una revisión de precios asociada a esas prórrogas a pesar de estar en un entorno con unas condiciones laborales y económicas cambiantes y, en muchas ocasiones, poco predecibles.

Por ello, las prórrogas deberían producirse solo de mutuo acuerdo con el contratista.

3. Demora en el pago de los contratos

Para reclamar a la Administración el pago tanto del principal como de los intereses de demora derivados de la ejecución de los contratos públicos es necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 198, 199 y 200 de la LCSP.

Según los mismos, la falta de abono del precio convenido en el plazo previsto en la legislación vigente da lugar a los intereses de demora e indemnización por los costes de cobro a favor del contratista. Si bien esto es así, lo cierto es que la efectividad de esta previsión depende, a su vez, del cumplimiento de otras que dependen de la voluntad del contratista y vienen igualmente contempladas en dicha legislación.

Con carácter general, la Administración dispone de un plazo de 30 días naturales para abonar el precio convenido, que empieza a contar desde la fecha de aprobación de las certificaciones del contrato o de los documentos que acrediten su conformidad con los bienes y servicios entregados por el contratista. El transcurso de ese plazo sin que se haya hecho el pago da lugar a los intereses de demora e indemnización mencionados

anteriormente. Ahora bien, la Administración dispone a su vez de un plazo de 30 días desde la entrega efectiva de los bienes por parte del contratista para esa aprobación y/o acreditación.

Hay que tener en cuenta, además, que el transcurso del plazo sin que la Administración haya abonado el precio convenido no permite por sí solo la reclamación de intereses, pues es necesario que el contratista haya presentado la factura o facturas correspondientes ante el registro administrativo. Si el contratista no presenta estas facturas, el plazo no comenzara a computar hasta transcurridos 30 días desde esa presentación.

En definitiva, se cuenta con 30 días desde la entrega efectiva de los bienes o servicios para aprobar las certificaciones o los documentos que acrediten la conformidad de la Administración con los bienes y servicios entregados por el contratista, y para que el contratista presente las correspondientes facturas. Y 30 días desde la aprobación de las certificaciones de obra o los documentos de conformidad, para que la Administración abone el precio del contrato.

En la práctica, es importante señalar que los retrasos o cuellos de botella en las certificaciones y recepciones de contratos suponen demoras en la facturación de los contratistas, y quizá se debería legislar un periodo máximo para las certificaciones y recepciones a partir del cual se puedan emitir las facturas correspondientes.

Pero ¿qué ocurre si la Administración no paga en el plazo fijado?

Llegado el vencimiento del plazo, si la Administración no ha hecho efectiva su deuda incurrirá en mora, naciendo en el contratista el derecho a reclamar, además del cumplimiento de su obligación de pago, los intereses de demora y gastos de gestión de cobro en su caso. La reclamación deberá hacerse por escrito y el organismo público deberá resolverla en un mes.

Si transcurrido el plazo de dicho mes la Administración no ha resuelto, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.

La morosidad es un punto que sigue siendo relevante y en el que se debería avanzar con un procedimiento alternativo al de la vía contencioso-administrativa, dado que, al fin y al cabo, se está hablando en todo momento de hechos y datos rápidamente constatables, que requieren fórmulas más simples y rápidas para su resolución.

Sería necesario buscar alternativas similares a los procedimientos monitorios o reclamaciones rápidas de cuantía, reduciendo con ello el volumen de reclamaciones que acudirían a la vía contencioso-administrativa.

En definitiva, se trata de optimizar los procedimientos dotando de mayor agilidad a los ya existentes o sustituyendo, en la medida de lo posible, unos trámites procesales por otros más breves, en función de su cuantía.

Los plazos de pago dilatados y la morosidad de las Administraciones Públicas conllevan costes injustificados a las empresas que deterioran su rentabilidad.

4. Calendarios de facturación de los proyectos

Se considera de suma importancia que se establezca un calendario de hitos equilibrado, que permita a los contratistas, por ejemplo, facturar al menos parcialmente antes de realizar los suministros y no tener que adelantar los costes de los servicios durante periodos superiores a un mes. Así se evita también que el contratista tenga que asumir en riesgo y ventura que los trabajos están siendo ejecutados a conformidad de la Administración, quien podría no pronunciarse ni recepcionar nada hasta la finalización del contrato.

Esto supondría un importante beneficio para todas las empresas, permitiría a las pymes optar a ser contratistas de la Administración con más facilidad, y redundaría en una mayor calidad de los servicios.

5. Exigencia de responsabilidad ilimitada

Existe actualmente una casuística que merece una reflexión específica, y es la relativa a las licitaciones públicas de servicios en las que el órgano de contratación desea implantar un producto tecnológico determinado, llegando en ocasiones a indicar en los pliegos específicamente el producto elegido (por ejemplo: SAP, Salesforce, ServiceNow, Google, AWS, SFDC, Microsoft, etcétera.).

En muchos de estos casos se trata de fabricantes de origen estadounidense que son líderes absolutos en el mercado y con los que los implantadores a nivel nacional tienen firmadas alianzas que generalmente pasan por la aceptación incondicional de sus T&Cs (Términos y Condiciones). Lo habitual es que los fabricantes desistan de presentarse directamente a las licitaciones por las discrepancias existentes entre las condiciones legales de la contratación pública española y sus T&Cs.

Esto supone grandes dificultades para que los implantadores puedan presentarse a este tipo de licitaciones. Como adjudicatarios tienen que aceptar incondicionalmente el contenido de los pliegos y esto incrementa el riesgo del servicio, ya que hay aspectos concretos relativos al producto en sí que se sabe de antemano que el fabricante no aceptará que se le repercutan.

Quizás una de las cuestiones que genera más dificultades sea la relativa a la responsabilidad, que estos fabricantes limitan en gran medida, mientras que el adjudicatario acepta responsabilidad ilimitada frente a la Administración.

Sería altamente recomendable que la Administración evitara exigir responsabilidad ilimitada, especialmente en compras de productos y sus licencias, ya que ésta no se contempla en las condiciones de mercado de la mayoría de los fabricantes.

Y que de tener que hacerlo, sea de forma justificada y haya sido analizada previamente con los fabricantes involucrados, disponiéndose de una manera de acreditarla con antelación a la preparación del pliego.

6. Abonos a cuenta por acciones preparatorias

El contratista tiene derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en la LCSP y en el contrato. Este pago puede realizarse de manera total o parcial mediante abonos a cuenta.

Con carácter general y teniendo en cuenta las previsiones contenidas en la LCSP (artículo 198.3), el contratista tiene derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las actuaciones preparatorias de la ejecución del contrato (contratación del equipo, compra de los medios técnicos necesarios, etcétera.) y debe además asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía. Por tanto, la prestación de garantía por parte del contratista parece ir, según lo dicho, indisolublemente unida a la posibilidad de percepción de un abono a cuenta del precio total.

Sin embargo, esto se puede flexibilizar como se ha puesto de manifiesto en las medidas aprobadas para hacer frente a la COVID-19, en concreto lo previsto en el derogado artículo 16 del Real Decreto-Ley 7/2020, que dio lugar a dos importantes novedades que tienen que ver con la posible dispensa de garantías:

1. Respecto de los abonos a cuenta por actuaciones preparatorias, el RD- Ley 7/2020 introducía una regla de flexibilización al establecer que *"no será de aplicación lo dispuesto respecto de las garantías en la mencionada Ley 9/2017, siendo el órgano de contratación quien determinaría tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer dicha necesidad por otras vías. Y de la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente (...)."*

   En definitiva, se permite que, para todos los contratos tramitados a causa de la COVID-19, puedan realizarse abonos a cuenta por las actuaciones preparatorias, sin que sea necesario exigir las garantías a las que hacía referencia el citado artículo 198.3 y a criterio del órgano de contratación, en función de la naturaleza y características del objeto del contrato que se pretende tramitar.

2. La otra modificación que dispuso el RD-Ley de 2020 fue la habilitación expresa para pagar el precio de forma anticipada.

   La posibilidad de pago anticipado ya se incluyó de forma explícita en la LCSP para contratos que hayan de formalizarse o ejecutarse total o parcialmente en el extranjero. (DA 1ª apartado 1. letra g). Si bien es cierto que al hablar de "anticipo" parecía aludir solo a un pago parcial, y la LCSP condicionó el anticipo a que se constituyese una garantía.

   En la DA 1ª ya se contemplaba para las ejecuciones en el extranjero una medida excepcional de suspensión de garantía por resolución motivada del órgano de contratación, y conforme a las prácticas comerciales internacionales; pero la regulación del RD-Ley 7/2020 fue más allá introduciendo la regla más amplia posible (pago anticipado total) y un régimen más flexibilizado de garantías.

Dicho esto, la importancia de los adelantos radica en que, aunque el pago por parte de las Administraciones Públicas (AAPP) esté garantizado, también es cierto que los retrasos pueden suponer para algunas empresas la ruina por ausencia de cobro. Por ello, además de lo ya dicho, es preciso:

- Que se prevea necesaria y obligatoriamente las previsiones de anticipos a cuenta y dispensa de garantías en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) con el fin de que los mismos puedan ser aplicables.

No son pocas las ocasiones en que el desembolso inicial realizado por el contratista pone en jaque su viabilidad financiera por periodos largos de tiempo, hecho que podría evitar el organismo público que contrata -conforme la normativa lo permita-, con la sencilla, imprescindible y necesaria observancia de la disposición de acopios a favor del contratista.

7. Prestación de garantías

En la legislación vigente, la garantía definitiva funciona como una forma de asegurar la buena ejecución de las prestaciones y, en caso de incumplimiento, minimiza los daños ocasionados al interés general.

No obstante, en línea con lo mencionado anteriormente en este documento, el sistema de garantías también se debería flexibilizar y, en este sentido, se propone establecer la exención de garantías en todos aquellos casos en que sea posible por habilitación legal y también de forma motivada. Para esto sería necesario una modificación del artículo 107.1 de la LCSP.

Especialmente gravosas son las garantías provisionales que deben evitarse siempre.

8. Subcontratistas y suministradores del Sector Público

El régimen sobre pago a subcontratistas y suministradores ha mejorado en algunos aspectos tras la entrada en vigor de la LCSP.

Uno de los elementos más importantes es que, con carácter general, se elimina la posibilidad de que la Administración pueda disponer en los pliegos la prohibición de subcontratar, que hasta el momento era concebida como una facultad permitida por la normativa derogada (art. 227.1 del TRLCSP- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Con la nueva LCSP, la configuración de la negación del derecho a la subcontratación solo admite tres escenarios posibles:

- Por un lado, solo podrá imponerse la prohibición de subcontratación en "*los contratos de carácter secreto o reservado o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con las disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de intereses esenciales de la seguridad del Estado*".

- Por otro lado, la limitación a la subcontratación de aquellas tareas del contrato que se califiquen como críticas y deban ser realizadas por el contratista principal, siempre y cuando dicha limitación venga establecida en los pliegos del contrato y, a su vez, la determinación de qué debe entenderse por "tareas críticas" haya sido objeto de justificación en el expediente de contratación.

- Y finalmente, y como cláusula de cierre, la limitación tradicional al derecho a la subcontratación por razones subjetivas, esto es, por razón de las circunstancias concurrentes en quien vaya a ser subcontratista (por ejemplo, inhabilitados para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico).

Es conocida la superación del límite que en el pasado impedía subcontratar por encima del 60%. La cuestión es que hoy NO existe un límite a la subcontratación, ahora bien ¿se podría subcontratar todo el contrato?

No sería lógico ni prudente pensar así pero, además, el art. 215 de la LCSP habla de "*realización parcial*". Aunque haya desaparecido el límite expreso de la legislación derogada, el contratista principal como mínimo debe aportar su organización y medios, y podrá subcontratar con terceros esa "*realización parcial*" del contrato.

Lejos queda, por tanto, la configuración de la subcontratación como un derecho que podía ser prohibido o limitado parcial o porcentualmente por decisión única del órgano de contratación.

La subcontratación debe ser un derecho que se integre en la esfera del contratista, cuyo fin último redunda en la mejor ejecución del contrato público y, en lógica consecuencia, sólo debería ser rechazada cuando dicha subcontratación se realizara de forma artificiosa vulnerando con ello el interés público subyacente.

Por ello, las AAPP y demás entes públicos deberían realizar el máximo de los esfuerzos para garantizar la seguridad en la relación contratista-subcontratista y comprobar de forma estricta el cumplimiento de los pagos del contratista principal a los subcontratistas. En este sentido, solicitarán y recibirán información, pudiendo incluirse en el Pliego como condiciones especiales de ejecución con establecimiento de penalidades por su incumplimiento. Prácticas que, a pesar de todo, están todavía poco extendidas en la contratación pública y deberían ir acompañadas siempre de un estricto control de la calidad en la ejecución realizada por dicho subcontratista.

Hay en concreto dos circunstancias, como mínimo, en las que el órgano de contratación está obligado a comprobar el pago: 1º) los contratos de obras o servicios de más de 5 millones de euros, y 2º) los contratos de obras o servicios en los que la subcontratación supere el 30% del precio del contrato.

Lo cierto es que el control de los órganos de contratación sobre estos plazos de pago a subcontratistas está pensado, en especial, para las grandes empresas, pero si se quiere potenciar esta medida no hay otra fórmula que la modificación de la LCSP en este punto, rebajando las exigencias en ambos casos.

9. Pago directo a los subcontratistas por el poder público

El régimen jurídico que permite que el órgano de contratación pueda realizar pagos directos a los subcontratistas se contiene en la Disposición adicional quincuagésima primera, configurándose no como un derecho del subcontratista, sino más bien como una facultad del órgano de contratación, quien libremente podrá decidir si asume esa mayor responsabilidad en la gestión de pagos y en el control de la ejecución del contrato (que habrá de estar prevista en las cláusulas correspondientes).

Se considera que una modificación de dicha norma en el sentido de que el pago directo al subcontratista sea la práctica habitual, debería ir unida a algunas prevenciones en los pliegos para que, por ejemplo, el contratista principal pueda oponerse si existen discrepancias con el subcontratista, o en casos de presuntos pagos indebidos.

Asimismo, parece necesaria una regulación algo más detallada para acreditar extremos que prueben los respectivos derechos de cobro.

Cuestiones prácticas que se pueden plantear son:

- ¿Podría el subcontratista presentar factura directamente a la Administración contratante?
- ¿Existe alguna manera posible para que la Administración pueda llevar a cabo el pago de la parte correspondiente al subcontratista?

El contratista principal es quien tiene la obligación de presentar la factura ante la Administración, en tanto que el subcontratista debe presentar la factura ante el contratista principal, que es al que ha prestado los servicios o ha entregado los bienes. No procede, por tanto, que el subcontratista presente su factura ante la Administración contratante.

Aunque sí se admite la posibilidad de pago directo del órgano contratante al subcontratista, siempre que así se prevea en los pliegos y los pagos efectuados a favor del subcontratista se entiendan realizados por cuenta del contratista principal.

Por tanto, teniendo en cuenta que queda acreditado que se han ejecutado las unidades de obra que recoge la certificación de liquidación, a falta de regulación expresa no existe inconveniente en que la Administración realice el pago directo al subcontratista, que debió presentar su factura al contratista principal.

Ahora bien, sería conveniente, además de la apuesta decidida por esta medida, la elaboración de instrucciones internas, manuales y guías para que los poderes adjudicadores pudieran incluir con facilidad en los pliegos las prevenciones adecuadas.

10. Conclusiones y recomendaciones

Es sabido que la esencia de la contratación pública es conseguir un equilibrio entre las ventajas y las obligaciones que se imponen al contratista, para que realmente exista una compensación entre los beneficios probables y las pérdidas posibles que implica el **principio de "riesgo y ventura" que asume el contratista**, y que es el que preside la ejecución de los contratos del sector público.

Para que la asunción de riesgos financieros por los contratistas no sea tan elevada, se plantean una serie de recomendaciones a fin de intentar minimizarlos:

- ✓ Definir en los pliegos un **calendario de hitos de facturación razonable** y **adecuado al suministro o servicio**. Esto permitiría disminuir los riesgos financieros a los que se ven abocados los proveedores de la Administración y las barreras de entrada a la contratación pública que estos riesgos suponen para muchas empresas, especialmente las pymes.

- ✓ **La revisión de precios requiere una adecuada previsión en los pliegos**, y un detalle minucioso de opciones posibles para hacer frente a las fluctuaciones-variaciones durante la vida del contrato, cuestión nada sencilla de anticipar por las circunstancias de incertidumbre en la que desarrolla la economía en estos momentos. **Debería modificarse el régimen jurídico de revisión de precios y no preverlo como situación *ad hoc* excepcional.**

- ✓ Por otra parte, **procesos como la solicitud del reequilibrio económico de un contrato público deben poderse solucionar sin necesidad de acudir a la vía contencioso-administrativa** que, si no va acompañada de medidas cautelares

adecuadas, no supone más que un aumento de los costes para el contratista y un empeoramiento de la situación.

Es necesario, por tanto, reformar la ley para poder incluir la revisión de precios en los contratos de servicios **y definir un proceso judicial más ágil**, similar al que hay en los casos de morosidad de las Administraciones Públicas, para poder resolver las situaciones de desequilibrio cuando se produzcan.

- ✓ Asimismo, las prórrogas deberían producirse solo de mutuo acuerdo con el contratista y no ser forzosas para las partes.

- ✓ Los retrasos o cuellos de botella en las certificaciones y recepciones de contratos no pueden suponer retrasos en la facturación a los contratistas. Quizá se debería **legislar un periodo máximo para las certificaciones y recepciones a partir del cual se puedan emitir las facturas correspondientes**, con independencia de que aquéllas se hayan realizado o no.

- ✓ La responsabilidad ilimitada que se exige a los subcontratistas en la prestación de servicios sobre software propietario de fabricantes debe ser evitada. **La responsabilidad exigida debería estar acotada y circunscribirse únicamente a los servicios prestados** y, en todo caso, que la responsabilidad sobre el software sea asumida por el fabricante seleccionado por la Administración.

- ✓ Se debería también **apostar en la legislación por provisiones de fondos susceptibles de anticipos, sin dejarlo a decisión de la Administración contratante**. Sería muy positivo dejar de exigir garantías en el mayor número de procedimientos posibles, contribuyendo a agilizar los procesos de contratación y la ejecución de los Fondos Europeos *Next Generation*.

- ✓ Es imprescindible una **labor didáctica y práctica sobre el valor de la subcontratación en la contratación pública**, llevada desde los más altos niveles, apostando por el pago directo a subcontratistas en los casos en los que ésta se justifique como, por ejemplo, quiebras del contratista, evitación de posiciones dominantes en el mercado, etcétera.