



**Expediente 70/18, de 10 de octubre de 2018. Interpretación de la D.A. 32ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.**

**Clasificación de los informes: 5. Cuestiones relativas al precio de los contratos. 5.5. Otras cuestiones relativas al precio en los contratos. 18. Otras cuestiones de carácter general.**

### **ANTECEDENTES**

La Asociación Española para la Digitalización ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

*“Que mediante el presente escrito, nos dirigimos a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con respecto a la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, concretamente sobre la interpretación del artículo 216.5 en relación con la disposición adicional trigésima segunda de la Ley 9/2017 y la obligación para los subcontratistas de utilizar el Registro Electrónico Único (REU) en su relación con el contratista principal.*

*Dicha disposición está suscitando dudas a nuestros socios, dudas que les trasladamos mediante la presenta Consulta y sobre las que solicitamos nos den respuesta.*

*Cuestiones relativas a la interpretación del artículo 216.5 en relación con la disposición adicional trigésima segunda de la Ley 9/2017 y la obligación para los subcontratistas de utilizar el REU en su relación con el contratista principal.*

- *¿Qué subcontratistas se encuentran en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013? El artículo mencionado se*



*refiere a los proveedores que hayan entregado bienes o prestado servicios a la Administración Pública y por tanto a los contratistas principales, no a los subcontratistas objeto de obligación.*

- *¿Cuál es la factura válida, la presentada a través de REU o la que se venga presentando antes de la entrada en vigor de la obligación objeto de esta consulta?*
- *En relación con la anterior y para el supuesto de que un subcontratista siga enviando directamente al contratista principal sus facturas en lugar de emitirlas a través del REU, ¿pueden rechazarse?*
- *En cuanto a las obligaciones derivadas de contratos anteriores a la entrada en vigor de la obligación, ¿se podría entender que sólo aplica a los pedidos realizados a los subcontratistas a partir de la fecha en que esté disponible el REU (30 de junio)?*
- *¿Hay supuestos excluidos? ¿Qué criterios se proveen para actuar en caso de información confidencial o contratos declarados como secretos o reservados?*
- *¿La obligación se entiende que aplica también a los subcontratos realizados entre empresas del mismo grupo empresarial?”*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. La consulta plantea, en primer lugar, qué subcontratistas se encuentran en los supuestos establecidos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 25/2013 a los efectos de determinar cuándo un subcontratista está sujeto a la obligación que le imponen el artículo 216.5 y la DA 32<sup>a</sup> de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 4.1 de la Ley 25/2013 indica lo siguiente:



*“1. Todos los proveedores que hayan entregado bienes o prestado servicios a la Administración Pública podrán expedir y remitir factura electrónica. En todo caso, estarán obligadas al uso de la factura electrónica y a su presentación a través del punto general de entrada que corresponda, las entidades siguientes:*

*a) Sociedades anónimas;*

*b) Sociedades de responsabilidad limitada;*

*c) Personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española;*

*d) Establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria;*

*e) Uniones temporales de empresas;*

*f) Agrupación de interés económico, Agrupación de interés económico europea, Fondo de Pensiones, Fondo de capital riesgo, Fondo de inversiones, Fondo de utilización de activos, Fondo de regularización del mercado hipotecario, Fondo de titulización hipotecaria o Fondo de garantía de inversiones.”*

Este precepto tiene un contenido amplio y alcanza a los proveedores que hayan entregado bienes o prestado servicios a la Administración Pública. La expresión proveedores tiene un sentido general en esta norma y alude a todas aquellas personas que hayan realizado un negocio jurídico que implique una prestación de dar o de hacer con la Administración Pública. Dentro de estos se encuentran, por



ejemplo, los contratos de obras, de servicios o de suministro. Por tanto, a pesar de que en otras normas propias de la contratación pública como el artículo 216 LCSP se distinguen los conceptos de subcontratistas y suministradores, la expresión proveedores que emplea la ley 25/2013 los comprende a ambos, incluyendo a todos aquellos que de modo directo o indirecto prestan sus servicios o entregan bienes a favor de una Administración Pública a través de un contrato público, también a los subcontratistas.

La propia configuración del subcontrato en el ámbito de los contratos públicos así lo demanda. El subcontrato establece una relación jurídica compleja que liga de modo directo al contratista y al subcontratista –quien no tiene acción directa contra la Administración- pero no puede existir sin el marco más amplio del contrato público en que se inserta. El hecho de que el subcontratista no ostente, por ejemplo, acción directa contra la Administración no quiere decir que los servicios que presta o los bienes que entrega no tengan como destinatario final a la Administración contratante. Todo subcontrato se enmarca en un contrato público y debe incluirse en él a los efectos del cumplimiento de las obligaciones formales que impone la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La propia Ley 25/2013 abunda en esta idea cuando en su artículo 2 referente al ámbito de aplicación subjetivo indica que *“Lo previsto en la presente Ley será de aplicación a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas.”* No otra cosa es un contrato público y no otra cosa se establece con claridad en la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En efecto, en el artículo 216. 5 se indica claramente que *“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.”* La Ley de Contratos del Sector Público presume con acierto que los subcontratistas pueden estar incluidos en el artículo 4.1 de la ley de factura electrónica cuando se integren en las categorías a que en el citado precepto se alude. Incluso añade que en supuestos distintos *“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.”* Por tanto, el subcontratista puede cumplir o no cumplir las condiciones del artículo 4.1, pero si las cumple está sujeto a las obligaciones en materia de facturación electrónica que se establecen en las dos leyes.

2. La segunda cuestión que nos plantea la Asociación Española para la Digitalización inquiriere cuál es la factura válida, la presentada a través de REU o la que se venga presentando antes de la entrada en vigor de la obligación.

La presente cuestión exige diferenciar dos aspectos. Por un lado, se deben establecer las consecuencias del incumplimiento de la obligación de emplear la factura electrónica en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y, por otro, qué ocurre con los contratos licitados o adjudicados antes de la entrada en vigor de esta obligación legal.

Por lo que atañe a la primera de las cuestiones recordemos que el Registro Electrónico Único a que alude la DA 32ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, está configurado de modo muy claro en la citada disposición en estos términos:

*“Antes del 30 de junio de 2018, por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, se pondrá a disposición de los operadores económicos y particulares un Registro Electrónico Único que, entre otras funcionalidades, permitirá acreditar la fecha en que se*



*presenten facturas por los subcontratistas al contratista principal y traslade dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignen en el directorio de empresas.”*

Ya hemos visto que el artículo 216 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, impone dos obligaciones a 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. La primera de estas obligaciones supone el deber de utilizar la factura electrónica en su relación con el contratista principal cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros. La segunda es presentar tales facturas electrónicas al contratista principal a través del Registro. Por tanto, es imperativo para el subcontratista que se haya en estos supuestos usar la factura electrónica y presentarla al contratista a través del Registro.

Por su parte, la Ley 25/2013 establece en su artículo 3 que el proveedor que haya expedido la factura tendrá la obligación de presentarla ante un registro administrativo en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación de servicios. Añade la norma que en tanto no se cumplan los requisitos de tiempo y forma de presentación establecidos en esta Ley no se entenderá cumplida esta obligación de presentación de facturas en el registro. Además, el Artículo 11 indica que la recepción de la factura en el punto general de entrada de facturas electrónicas tendrá únicamente los efectos que de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo Común se deriven de su presentación en un registro administrativo. Tales efectos son lo que esta norma menciona en su artículo 16.8 en el sentido de que no se tendrán por presentados en el registro aquellos documentos e información cuyo régimen especial establezca otra forma de presentación. Por lo tanto, si en las leyes aplicables se exige en ciertos supuestos la presentación electrónica a través del Registro Único, la no utilización del mismo



supone el incumplimiento de la obligación legal y que tales facturas se tengan por no entregadas.

En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la no entrega de las facturas tiene diversos efectos en las relaciones que ligan directamente a la Administración con los contratistas. Una de ellas es la prevista en el artículo 198.4 que establece en el caso de que el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, que el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono. Es decir, que el incumplimiento de las obligaciones formales en materia de facturación electrónica, que como hemos visto supone que la factura se tiene por no presentada, exime a la Administración de considerarse en mora hasta que el contratista cumpla con la meritada obligación.

En cuanto a los subcontratistas se establece una regla similar a la anterior. Ya hemos señalado que la relación que une al contratista y al subcontratista, aunque está inserta en el contrato público, es una relación privada, constitutiva de contratos privados como señala el artículo 215.7 de la Ley. Así lo aclara el artículo 215.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando indica que los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal. La ley les impone la obligación de emplear la factura electrónica y establece en el artículo 216 las consecuencias del pago tardío y también la regla según la cual los plazos de pago 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. Consecuentemente, si el subcontratista no ha



presentado la factura por los medios legalmente exigidos el plazo para la aceptación o verificación de los bienes o servicios por parte del contratista principal no empezarán a correr.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, a los efectos prácticos la cuestión no es si una factura presentada en papel es o no válida, sino si realmente es eficaz a los efectos de pago de la prestación. Bajo el tenor de la legislación vigente resulta claro que no.

Otra cuestión bien distinta es qué ocurre con las facturas presentadas antes de la existencia del Registro Electrónico Único. El artículo 216 ciñe la obligación de presentación de las facturas electrónicas a aquellas que se presenten “*a partir de la fecha prevista en dicha disposición*” (DA 32ª). Las presentadas con anterioridad son perfectamente eficaces a todos los efectos jurídicos. Las que se presenten con posterioridad sólo lo serán si, estando operativo el Registro y habiendo llegado el 30 de junio de 2018, se hacen en forma electrónica.

3. La anterior conclusión sirve para contestar la tercera cuestión planteada, relativa al supuesto de que un subcontratista siga enviando directamente al contratista principal sus facturas en lugar de presentarlas a través del REU. Cuestiona la entidad consultante si tales facturas pueden rechazarse.

Descrita en tales términos la consulta, el rechazo o aceptación de la factura depende del cumplimiento de los plazos y de las obligaciones de forma que se establecen en la legislación aplicable. Por tanto, dicha aceptación no tendrá lugar hasta que se cumplan ambas condiciones, de tiempo y de forma. No parece que haya que realizar un acto expreso de rechazo de la factura, sino que lo que ocurrirá en el presente caso es que la presentación se tendrá por no realizada y no producirá efectos.





4. En la cuarta cuestión se nos plantea en relación con los contratos anteriores a la fecha de entrada en vigor de la obligación electrónica, si se podría entender que tal obligación sólo se aplica a los pedidos realizados a los subcontratistas a partir de la fecha en que esté disponible el Registro.

Ya hemos visto que la norma alude a las facturas electrónicas que se presenten a partir de la fecha prevista en la DA 32ª (esto es, el 30 de junio de 2018). Por tanto, el elemento que determina la existencia de la obligación de presentación de la factura electrónica a través del Registro es la fecha de presentación de la factura, no la fecha del pedido. Perfectamente puede ocurrir que el contrato (expresión más adecuada que la de pedido) sea anterior a la fecha tantas veces aludida y que la factura se presente después. En este caso existe la obligación de acudir al Registro Electrónico Único.

5. La siguiente cuestión nos plantea si hay supuestos excluidos y qué criterios se proveen para actuar en caso de información confidencial o contratos declarados como secretos o reservados.

En cuanto a la determinación de los supuestos excluidos debemos comenzar señalando que en el artículo 216 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se deja claro que la obligación de empleo de la factura electrónica existe para las facturas cuyo importe supere los 5.000 euros, cuantía que se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública. Por tanto, las que tienen una cuantía menor constituyen un supuesto excluido y la presentación a través del REU será facultativa. Obviamente también lo constituye el supuesto de las personas que no están incluidas entre las que, conforme al artículo 4.1 de la Ley 25/2013 están sujetas a la obligación, entre ellas sin ir más lejos, las personas físicas, supuesto en que la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro será facultativa.



En cuanto a los contratos en que exista información confidencial no parece que tal confidencialidad pueda alcanzar al importe de las facturas presentadas por los subcontratistas, las cuales se pueden presentar al Registro. Otra cosa es que el contrato sea secreto o reservado. En este caso, como señala la Disposición adicional trigésima séptima de la ley, se les aplicará la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y, en defecto de lo establecido en la misma, se registrarán por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

La Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, establece en el artículo trece que las actividades reservadas por declaración de Ley y las "materias clasificadas" no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni utilizado su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere, conforme a las Leyes penales, y por vía disciplinaria, en su caso, considerándose en este último supuesto la infracción como falta muy grave. Pues bien, hay que recordar que conforme al artículo 215.2 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. Si se constatase por éste que la aportación de la factura al Registro puede suponer una vulneración de la Ley de Secretos Oficiales no se deberá realizar. Lo que esta Junta Consultiva no puede determinar de antemano es si esta circunstancia es posible aunque aparentemente parece difícil contemplar que la mera aportación de una factura pueda suponer la revelación de algún aspecto secreto del contrato.

6. En el último punto de la consulta se nos cuestiona si la obligación se entiende aplicable también a los subcontratos realizados entre empresas del mismo grupo empresarial.



Lo cierto es que en este punto la ley no distingue el supuesto de subcontratos entre empresas del mismo grupo empresarial. Cabe aplicar en consecuencia el conocido aforismo según el cual “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, esto es, donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos hacerlo. El legislador no ha tenido en cuenta esta distinción. La finalidad de la norma ampara también las relaciones jurídicas entre empresas del mismo grupo, no observando esta Junta Consultiva razón alguna para que no sea así.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

### **CONCLUSIONES**

- 1.- La expresión proveedores que emplea la ley 25/2013 comprende a los proveedores y subcontratistas que de modo directo o indirecto prestan sus servicios o entregan bienes a favor de una Administración Pública a través de un contrato público.
- 2.- La normativa contractual pública exige en ciertos supuestos la presentación electrónica de las facturas a través del Registro Electrónico Único. La no utilización del mismo supone el incumplimiento de la obligación legal y que tales facturas se tengan por no entregadas con la consecuencia de su falta de efectos.
- 3.- El artículo 216 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ciñe la obligación de presentación de las facturas electrónicas a aquellas que se presenten “*a partir de la fecha prevista en dicha disposición*” (DA 32<sup>a</sup>). Las presentadas con anterioridad son perfectamente eficaces a todos los efectos



jurídicos. Las que se presenten con posterioridad sólo lo serán si, estando operativo el Registro y habiendo llegado el 30 de junio de 2018, se presentan al Registro en forma electrónica.

4.- El rechazo o aceptación de la factura depende del cumplimiento de los plazos de presentación de la misma y de las obligaciones de forma, esto es, la presentación al Registro por medios electrónicos, que se establecen en la legislación aplicable.

5.- El elemento que determina la existencia de la obligación de presentación de la factura electrónica a través del Registro es la fecha de presentación de la factura. Las presentadas con anterioridad no están sujetas a esta obligación, mientras que las posteriores sí lo están.

6.- Las facturas que tienen una cuantía menor a 5.000 € constituyen un supuesto excluido, al igual que está excluido de esta obligación el supuesto de las personas que no están incluidas entre las que cita el artículo 4.1 de la Ley 25/2013. En estos casos la presentación a través del REU será facultativa

7.- Cuando el contrato sea declarado secreto o reservado la Disposición adicional trigésima séptima de la ley exige la aplicación de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales y, en su defecto, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

8.- La norma no realiza distinción alguna respecto de las relaciones jurídicas que existan entre empresas del mismo grupo, no observando esta Junta Consultiva razón alguna para que no se les aplique la obligación de facturación electrónica en los supuestos en que proceda.