

TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/35/ CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 29 DE JUNIO DE 2000, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

1. PLANTEAMIENTO.

Es objeto de este Informe la realización de observaciones sobre la aplicación de la citada Directiva. No hará pues falta referirnos ahora a las normas vigentes con anterioridad en nuestro país sobre derecho de la competencia, legislación de comercio minorista y legislación sobre consumo. En todo caso, es voluntad expresa de esta Directiva mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplirla (art. 6.2 de este texto). Se trata pues del mínimo común múltiplo a partir del cual, podrá nuestro Estado, abordar la solución del pavoroso problema de la morosidad en los plazos, una de las cuestiones más conflictivas y dañinas para la organización de las empresas. Y siguiendo esta línea de actuación, proponemos asimismo realizar como propuesta una trasposición mínima. Lo cual supone que el Estado puede ir más allá inclusive de lo establecido en esta norma, con el fin de solventar el problema abordado por el texto comunitario, lo cual, sin embargo, al ser un paso que debe darse basado en la política legislativa, no será tratado en este informe.

De conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Tratado de la Comunidad Europea, se prevén medidas conducentes a la consecución del mercado interior, tanto en lo que hace a su establecimiento como a su funcionamiento. Para ello, y previa consulta con el Comité Económico y Social, el Consejo adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que permitan conseguir un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado.

Para ello, el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados (art. 14 del Tratado).

Y el procedimiento para lograr tales objetivos, es el previsto en el artículo 251, en el que se indica que la Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo, quien si por mayoría cualificada y previo dictamen del Parlamento adopta el acto, quedará aprobado, superando las diferencias entre una y otra Institución a través de un Comité de Conciliación.

Se trata así de un procedimiento complejo, de carácter bifásico, con árbitro propio y en el que intervienen, en definitiva, tanto el Ejecutivo Comunitario (Consejo y Comisión) como el Legislativo (Parlamento). Lo cual explica que se trate de procedimientos necesariamente dilatados en el tiempo, pero que cuando se logra la posición común de todas las Instituciones comunitarias, refleja definitivamente la voluntad de la Unión Europea que, por ello mismo, resulta después difícil de modificar.

Esto es, el procedimiento es largo y complicado, mas a la par, muy sólido. Lo cual implica en la práctica comunitaria que está pensado y organizado para que se cumpla fielmente, no admitiendo ningún tipo de fraudes, escamoteos ni dilaciones en su aplicación.

Así, si el resultado de esta ardua tramitación es una Directiva, la fuerza de su exigencia es implacable, máxime si se trata de Directivas detalladas, en las que se den todos los requisitos establecidos en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que tengan el llamado “efecto directo” (que sea clara y falta de ambigüedad, incondicional, y que el desarrollo legislativo del Estado destinatario sea de simple relación de efecto necesario respecto del texto comunitario).

2. LA DIRECTIVA 2000/35 (por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales).

La citada Directiva es precisamente del tipo de las relatadas en el apartado anterior. Ha sufrido un extraordinario proceso de elaboración, que es muestra de las enormes dificultades de conseguirla. No es ajeno a esta difícil puesta a punto, los obstáculos que se han venido dando como consecuencia de la “lógica de la acción colectiva” (Mancur Olson), ya que existe una clara asimetría entre la fuerza concentrada de los deudores, frente a la atomización, dispersión y pequeña dimensión de los múltiples acreedores. A lo cual se suma la estructura del negocio en las relaciones entre la producción y la distribución detallista, en la cual, tanto desde la perspectiva del derecho de la competencia – en la que, provisionalmente al menos, pueden detectarse síntomas de posición dominante colectiva – como en la asimetría y desequilibrio contractual que coloca al acreedor en situación de dependencia relativa respecto de su deudor. Unido a la evidencia de que, sin embargo, el consumidor final normalmente abona de inmediato. Esto es, frente a la inmediatez en el cobro al consumidor final por parte del detallista, el proveedor financia parte de la operación en el corto plazo, otorgando un préstamo forzoso que se traslada en la medida de lo posible al precio del producto o servicio. Igual sucede, cuando el deudor final asume a la vez la posición de adquirente y consumidor final, si bien esta yuxtaposición le permite en sus economías, fijar en definitiva el precio del producto en una cadena que va de atrás hacia delante. Y esto último es relevante especialmente cuando se trata de ejecuciones de obra

contratadas con las Administraciones Públicas, en las que el contratista encarga parcialmente la realización de las tareas parcialmente a distintos subcontratistas.

Como expresara ya desde antiguo un documento de la Comisión (Documento de Trabajo sobre plazos de pago en las transacciones comerciales, 18 noviembre de 1992) “en los plazos de pago es misión del Derecho defender los intereses de la parte más débil y garantizar a esta un último recurso en caso de litigio”.

Y, sobre este punto, desde los inicios de los trabajos encaminados a lograr una sana relación, basada en la normalidad de lo que deben ser las habituales relaciones entre acreedor y deudor, la Comisión era consciente de que el “plazo de pago” debe ser entendido en términos reales y materiales, esto es, desde la entrega del bien, obra o servicio, con independencia de que este período se ajuste o no a lo establecido en el correspondiente contrato.

Cuando la competencia en la provisión de los bienes y servicios es alta, los proveedores de las mercancías y actividades deben realizar sus previsiones de pago de forma que no quede deteriorada su tesorería, lo cual implica que el ritmo normal de facturación debe quedar establecido de conformidad con parámetros previsibles. Así, las previsiones y planes anuales de los suministradores pueden permitir políticas realistas, fiables y eficientes. Lo cual, como demostraremos, a su vez repercute de manera inmediata en una organización de la economía del sector que sea racional, moderna y no, como ahora sucede, errática, débil y desajustada. Los costes organizativos de gestión de la morosidad, suponen erigir barreras al crecimiento de las empresas proveedoras, desacreditando además los instrumentos jurídicos al provocar una desconfianza en las herramientas del Derecho como medio de solventar los conflictos. La modernización y desarrollo de las empresas suministradoras, pasa por un saneamiento de los aplazamientos de pago, evitando que se conviertan en financiadoras forzosas de las empresas distribuidoras y adquirentes de sus productos y servicios, trasladando, cuando pueden a los precios, esa ineficiencia e inequidad. Y esto sucede, tanto en relación con los suministros a los operadores públicos (la Administración y su galaxia de entes circundantes) como a las empresas privadas beneficiarias de tal financiación forzosa.

Son las ventas o suministros mensuales las que determinan las necesidades de tesorería, que tienen normalmente dicha periodicidad, repercutiendo al final de año en la cuenta de resultados, ya que la brecha entre gastos e ingresos deteriora esa tesorería, al tener que soportar un aumento de los intereses lo que a su vez reduce el margen comercial previsto. El interés general exige que una empresa funcione con normalidad, pudiendo tener el coeficiente de rotación de existencias en un nivel adecuado, permitiendo así plazos de entrega breves, para lo cual, es necesario que los plazos de pago sean claros y exigibles realmente.

Por consiguiente, los plazos de pago excesivos, al suponer un aumento de los gastos financieros de los proveedores, incrementan sus necesidades de tesorería, que han de satisfacerse con nuevas fórmulas de financiación, lo que además de su dificultad (los Bancos encarecen notoriamente el proceso) puede acabar teniendo consecuencias inflacionistas, además de distorsionar su equilibrio financiero ya que ese crédito a clientes acaba pesando fuertemente en el activo. Y, como ha sucedido en determinadas épocas, esto puede producir, además, quiebras encadenadas en cuanto falla un eslabón que, así, repercute hacia atrás toda la cadena de insolvencias. Es así como se produce esta desorganización tan arcaica en la que se obliga a estar pendiente y ser responsable por hechos ajenos. La suma de estos abusos – elevados gastos administrativos impuestos a los acreedores; reducción del margen de beneficios especialmente porque rara vez se han abonado los intereses por demorarse más allá del plazo legal por largo que este sea – es un elemento retardatario de la creación de un tejido empresarial modernizado, que queda condenado a soportar una situación claudicante, dedicando parte no desdeñable de su esfuerzo y recursos humanos a la gestión de cobro en vez de dar esta por supuesta y así mejorar su organización capacidad de innovación y actividades. Toda esta integral de excesos que recaen siempre sobre la parte más débil a su vez la debilita más, con lo que la situación real es que tales abusos no se llegan jamás a denunciar y que no es el Derecho, sino la pura fuerza y las situaciones de hecho consumadas, las que establecen así su peculiar ley.

Una situación como la descrita, justifica sobradamente la intervención administrativa, y, naturalmente, la aplicación de la norma que se establezca a la propia Administración. Sobre este último aspecto, luego habrá que incidir específicamente.

En definitiva, nos encontramos en situaciones de dependencia generalizada de los acreedores por suministros, consecuencia de la concentración de los deudores, que además crea una situación que favorece la concertación, especialmente en los sectores como el que nos ocupa, que será debidamente descrito.

Resulta preciso definir un marco legal apropiado, que evidentemente no va a resolver por sí solo todos los problemas, pero que constituiría un primer paso de alguna importancia para ir solucionando este grave y angustioso problema.

Marco legal innovatorio, desde luego, ya que con los instrumentos legales actuales, inclusive con la apelación al “factoring” no se resuelve el problema, tanto por el encarecimiento que produce como por el clima creado sobre la reputación de la empresa que acude a esta figura contractual.

Como indicábamos, la Administración Pública es asimismo origen y ocasión del deterioro generalizado en el mecanismo del aplazamiento de pagos. Sin hipérbole, son las Administraciones Públicas las grandes incumplidoras, sin que la legislación sobre contratos públicos haya conseguido apenas mejoras sustanciales al respecto. Esto es

grave respecto de los contratistas y, desde luego, respecto de los subcontratistas. Tan grave es que, por de pronto, las grandes constructoras se han transformado en meras empresas gestoras, siendo realmente el subcontratista, en una cadena con múltiples eslabones, el que realiza la obra. Y el subcontratista queda desprotegido. El Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, en su sesión de 22 de diciembre de 1998, con ocasión del Anteproyecto de Ley de modificación de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se planteó la necesidad de abordar la subcontratación. Y llega pronto a la conclusión de que “no existe obstáculo alguno para que la Ley pueda establecer determinadas consecuencias en el supuesto de incorrecta ejecución (demora) de un contrato; pero además debe tenerse en cuenta que el subcontrato celebrado se halla en estrecha conexión con el contrato administrativo del que trae causa y, por tanto, su régimen legal debe perseguir igualmente la consecución de los fines administrativos y del interés público; lo que justificaría la regulación legal de aquellos mecanismos tendentes a que determinadas prestaciones del contrato (en este caso las subcontratadas) se llevaran a efecto dentro de unos plazos prudenciales”. Y añade el Alto Cuerpo Consultivo: “tampoco sería un argumento determinante para rechazar de plano la adopción de este tipo de medidas el relativo a la incidencia de la actuación administrativa sobre la relación contractual. Si efectivamente, se articulasen medidas de ese tipo, sería una norma legal la que regulase un aspecto parcial de esa relación (como sería el establecimiento de unos plazos en los que debe efectuarse el cobro por los subcontratistas y suministradores); y sólo posteriormente se produciría, en su caso, y en función de las medidas adoptadas, la intervención de la Administración, la cual sería perfectamente lícita al amparo de las previsiones de la Ley”. Por esto señala “en fin, y por lo que se refiere a una supuesta disminución de la agilidad de la ejecución o prestación del servicio o suministro, tampoco constituye un argumento suficiente para excluir la adopción de este tipo de medidas. Efectivamente, podrían buscarse soluciones que hiciesen compatibles ambas exigencias (y que en consecuencia, contribuyesen a reducir los plazos de pago de subcontratistas y suministradores), pues, como ya ha reiterado este Consejo en numerosas ocasiones, el criterio de la agilización de los procedimientos no es el único que debe estar presente a la hora de establecer el marco legal de la contratación pública.”. Y ya concluye haciendo referencia, precisamente, al proyecto de Directiva que aquí estudiamos.

Y es que la falta de ejemplo y de ejemplaridad en el tratamiento de la morosidad por las Administraciones Públicas, acaba repercutiendo en todo el sistema. Además, desincentiva la creación de un ambiente de equidad y simetría en el tratamiento general de las condiciones de pago, puesto que la imagen que proyecta es la de un incumplimiento generalizado en la que el fuerte puede siempre socavar la posición del débil en la contratación. Por ello, esa “comprensión” que tiene la Legislación de Contratos de carácter público con las grandes empresas contratistas, no responde en realidad sino a una política de autoprotección en la que mediante el procedimiento de descargar el incumplimiento sobre el último eslabón de la cadena, al final, existe una “entente cordiale” entre las Administraciones y las Grandes Empresas para permitir que los desarreglos y desorganización en todo lo referido al cumplimiento leal de la

contratación, recaiga sobre quienes carecen de poder suficiente para lograr el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto. Por eso, la Directiva establece que (punto 22 de la Exposición de Motivos: “La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que éstas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas”. Es claro pues que la Directiva se ocupa de manera directa y detallada de indicar que los contratos de las Administraciones Públicas, en general de todos los poderes públicos y, desde luego, de los subcontratistas respecto de los contratistas principales de las Administraciones Públicas, quedan inmediatamente sujetos a lo establecido en esta norma sin paliativo alguno.

Se trata en definitiva de que todos los contratos en los que exista una clara diferencia de posición entre una parte contratante y la otra, rompiéndose así todo el sinalagma contractual, ha de ser corregido mediante el restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por el peso de tales poderosos contratantes. La nivelación del campo de juego, obliga, por la clara asimetría entre las partes, a establecer contrapoderes en la balanza mediante la intervención del Legislativo, tanto se refiera ese poder inmenso en la contratación a contratantes públicos como privados.

En el ámbito de la Comunidad, desde hace tiempo se ha sido consciente de esta situación. Varias Resoluciones del Consejo han venido advirtiendo de la necesidad de ir solventando esta cuestión. Así, mediante sus Resoluciones de 27 de mayo de 1991, 17 de junio de 1992, dedicadas en gran medida a la relación entre las PYME y las grandes empresas deudoras de sus servicios y productos, cuya tesorería queda deteriorada dada su debilidad frente a sus clientes con pérdida de su competitividad y rentabilidad. Es igualmente el caso de la subcontratación, que dependen grandemente de la actualización de las condiciones de pago.

Desde la perspectiva del mercado interior, las prácticas perniciosas en los diferentes países, ponen en riesgo que el mercado interior de la Comunidad sea realmente una posibilidad algo más que teórica. Los intercambios transfronterizos pueden verse afectados por diferentes culturas de pronto pago, en las que resulta difícil arriesgarse sin asumir la incertidumbre de cual es la realidad de los pagos atrasados en un determinado país. Desde el momento en que el atraso en los pagos es al final parte del precio, resulta muy difícil de calcular desde fuera de un determinado país cual es la verdadera naturaleza de la relación establecida desde la perspectiva financiera. Y ello hace disminuir los intercambios comunitarios. En definitiva se congela la situación dentro de cada país, siendo un factor de fragmentación del mercado interior, lo cual, curiosamente, también se proyecta sobre las empresas que, en su cualidad de deudoras, están acostumbradas a plazos muy largos, con la consecuencia de que en países de mejor calidad en las relaciones comerciales, las empresas habituadas a plazos muy largos en países que no han impuesto sistemas de pronto pago, sufren en su reputación.

También en lo referente a la realización del mercado interior, un factor grave es el referido a la aplicación de los plazos aplazados en la contratación pública, ya que puede intimidar a quienes estarían dispuestos a cumplir los requisitos para acudir a estas licitaciones por lo que el factor del atraso en los pagos actúa como mecanismo disuasorio de esta posibilidad. La falta de transparencia en las condiciones de pago, al final es un instrumento que juega en contra del mercado interior.

Justifica lo anterior el “carácter combativo” con que la Comunidad ha tenido que dictaminar esta Directiva: “medidas de *lucha* contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En 1994, el Parlamento Europeo instó mediante moción a la Comisión para que de acuerdo con la línea ya establecida presentara propuestas para solucionar los problemas de morosidad, lo cual llevó a la adopción de otra Resolución de 12 de mayo de 1995, recomendando las técnicas de transparencia y armonización en tales plazos. Tras volver a la Comisión con el encargo de transformarla en Directiva del Consejo y el amplio debate sobre el Libro Verde sobre la materia, la Comisión detectó con toda claridad que la morosidad supone una barrera más fuerte cada vez para la realización del mercado interior lo que publicó en un informe en 1997. Se completaban las argumentaciones expuestas recordando que el riesgo de insolvencia amenaza con la pérdida de puestos de trabajo como mal inevitable.

Ante la diferencia existente a su vez entre los distintos Estados miembros, tanto en las normas como sobre todo en la práctica, la realización del mercado interior a su vez quedaba puesta en situación de incertidumbre. Y esto se traduce en obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior. Lo cual, lleva a que la Directiva considere que el retraso en los pagos limita las operaciones comerciales entre los Estados miembros, puesto que la compartimentación de las políticas empresariales consecuencia de los mayores riesgos que tienen que abordar cuando actúan en otro Estado es también consecuencia de las distorsiones que las prácticas provocan. Y añade que un estudio estadístico en todo el ámbito de la Comunidad, demuestra que no se ha producido mejora alguna en este ámbito.

La primera conclusión que extrae la Directiva es que solamente actuando en el plano comunitario, superando la fragmentación que supone abordar la lucha contra la morosidad en cada Estado miembro, puede sentar las bases de un saneamiento de esta situación corrosiva de una buena organización empresarial.

Es terminante el dictamen de la Directiva, cuando señala sin paliativos en el exponiendo 16 que “ la morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados

miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación. Es necesario un cambio decisivo incluida una compensación a los acreedores por los gastos en que hayan incurrido para invertir esta tendencia y garantizar que las consecuencias de la morosidad sean disuasorias”.

Y, continúa en el exponendo 19 estableciendo que “ la presente Directiva debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. Cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso. “

Añade que “es deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la cláusula de reserva de dominio es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho Internacional Privado”

Y en cuanto al ámbito de actuación, se añade, insistimos de nuevo, que “la presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas. También debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas” (Exponendo 22)

Veamos el contenido de la Directiva.

Artículo 1. y Artículo 2.

Se aplica, desde luego, a todas las transacciones comerciales, esto es a las operaciones de índole comercial realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación.

Se incluyen, desde luego, los poderes públicos. Y ello por cuanto son operadores económicos cuando intervienen en los “mercados públicos”, esto es, en los contratos de las Administraciones en nuestra terminología.

Pero, sin lugar a dudas, la diana a la que apunta de manera inmediata la Directiva es a la contratación privada sin exclusión.

Ambos tipos de operadores, públicos y privados, habrán de someterse al régimen de la Directiva, en cuanto ambos actúan como operadores y existe una copiosa jurisprudencia comunitaria que incluye a las Administraciones Públicas y a sus contratos dentro de este régimen de operadores, aplicándoles inclusive las normas sobre derecho de la competencia.

Por consiguiente, en la trasposición de la Directiva al Derecho español, que ha de cumplirse, para evitar la condena del Tribunal de Justicia y ser un miembro cumplidor del derecho comunitario, en el plazo fijado y que vence exactamente el 8 de agosto de 2002, en modo alguno puede excusarse del cumplimiento total de la misma su aplicación a las relaciones entre empresas.

Artículos 3, 4 y 5 en general

Tres son los instrumentos previstos en la Directiva, de tan larga gestación y entrada en vigor, para intentar paliar los efectos perversos de la morosidad.

Tales instrumentos son: a) la aplicación de los intereses de demora b) la reserva de dominio y c) procedimientos de cobro.

Puede observarse de entrada de que nos encontramos con instrumentos de derecho suave, ya que se trata de medidas relativamente dulces. La sanción por incumplimiento ha quedado limitada a la exigencia de intereses. El pacto de reserva de dominio queda enormemente debilitado al remitir su aplicación a las normas de Derecho Internacional Privado y, sobre todo, al pacto expreso entre comprador y vendedor; con ello, la virtud de esta cláusula queda empobrecida; pero dada la enorme diferencia entre los sistemas jurídicos entre los distintos países, es no obstante lógico de conformidad con fuertes tradiciones diferentes en cuanto a los sistemas de transmisión de la propiedad, lo que también pueden haber tenido una notable influencia en la limitación de la reserva de dominio al pacto expreso entre las partes.

Artículo 3.1

Apartados a) b) c)

Los términos de pago son claros a la hora de establecer el devengo de intereses. Treinta días salvo pacto en contrario fijado en el contrato sin necesidad de aviso de vencimiento. Hay que entender que debe ser claro el estipulado contractual. No sería fiel cumplimiento de la Directiva confiar a la simple relación tal como se viene practicando en nuestros días y darle un supuesto contenido contractual. Eso sería claramente continuar con la situación actual. Se trata, desde luego, de eliminar el riesgo de incertidumbre y de preconstituir prueba a los efectos de los procedimientos de cobro. Al mismo tiempo, resultará evidente que en caso de que se produzca una situación de abuso, quedará plenamente establecida su existencia y, desde luego, en el caso de coincidencia en un sector de todas las prácticas, la concertación que se producirá será más que evidente. Por ello, es necesario que quede constancia documental precisa que determine con toda claridad cuales han sido las relaciones impuestas y se eviten situaciones de dependencia no justificada.

Hoy por hoy, aunque esa situación existe, resulta inviable probarla. Ni se atreven los proveedores y subcontratistas, ni pueden lograrse pruebas de conductas conscientemente paralelas, situaciones de cárteles ni, en fin, ningún otro medio que permita en su caso lograr elementos que terminen con esta situación tan absurda.

En consecuencia, se debe realizar la trasposición de la Directiva de forma que quede perfectamente preconstituido algún medio de prueba que permita el automático devengo de intereses. Si así no se estableciese, de forma clara y precisa, apenas el valor de la Directiva quedaría reducido a un pío deseo, a una mera forma intelectual de hablar, a un “flatus vocis”.

Notemos que es preocupación clara de la Directiva que este mecanismo de generación de intereses sea, en realidad, la única sanción a la morosidad indebida y abusiva.

En efecto, todo el esfuerzo de la Directiva va encaminado a fijar la fecha a partir de la cual se puede exigir tales intereses de demora. Los treinta días, van siendo computados de manera que el deudor no pueda establecer ningún tipo de excusa que le permita desconocer la creación de tal situación. Así, computarán a partir del día siguiente a la fecha o al término del plazo de pago; si no se han fijado tales fechas, serán treinta días después de la fecha de recepción de la factura o solicitud de pago y si fuera dudosa, treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios o desde esta última si la factura es remitida con anterioridad o si queda sometida a verificación, treinta días, después de esta fecha. Y las únicas excepciones son de índole material, esto es, que a su vez el acreedor haya cumplido con todas sus obligaciones contractuales y legales y que no haya recibido la cantidad debida, salvo que el deudor pueda probar que efectivamente no ha sido por responsabilidad suya.

Apartado d)

Y respecto el tipo de interés, queda fijado en el fijado por el Banco Central Europeo más 7 puntos porcentuales, salvo que se especifique otra cosa en el contrato. Lo cual, supone por de pronto, que solamente cuando exista un documento claramente fijando otro supuesto, desde luego el tipo de interés es el establecido en la Directiva.

Naturalmente, la remisión a la voluntad de las partes puede convertir en escasa esa cantidad, dada la posición de dominio que el deudor puede tener. Y, al mismo tiempo, habrá que ver en qué condiciones fija el conjunto de deudores tales tipos, puesto que, en tal caso, si existiera coincidencia o paralelismo, naturalmente se habría producido un supuesto de pacto contrario a la libre concurrencia. Pero, sea cual sea la opción del Legislador español, lo que resultaría contrario a la Directiva es que el tipo de interés pactado en los contratos no se acercara en alguna medida al mínimo establecido en esta norma comunitaria. Se trataría de un supuesto de abuso de posición dominante relativa, si por ejemplo, en los contratos se estableciera que no se adiciona un punto de interés que se aproximara al de la norma comunitaria.

Lo que es claro es que la posición de la Directiva, sin género de dudas, consiste en establecer un sistema probatorio que facilite la exigencia de la reclamación por parte del acreedor.

Apartado e)

Coincide con lo indicado que asimismo, y dentro de la idea de la reclamación de intereses de demora, se especifique que, salvo clara demostración en contrario, el acreedor tiene derecho a reclamar, además, todos los costes de gestión de cobro consecuencia de la morosidad, naturalmente con sujeción a los principios de transparencia y proporcionalidad. Y se permite que, en su caso, los Estados miembros puedan fijar una cantidad máxima en lo que se refiere a los costes de tales cobros para diferentes cuantías de deudas. Esta posibilidad puede facilitar en España enormemente la reclamación, evitando luego litigios sobre la cuantía de los procedimientos. Existen reglas indicativas, verbigratia los honorarios orientadores de los Colegios de Abogados, y se pueden añadir otras. Pero no es impensable establecer una regla indicativa de los costos de gestión interna, especialmente en lo que hace a la reclamación extrajudicial, con indicación de la valoración del tiempo y del esfuerzo que a la empresa acreedora le haya supuesto dicha gestión de cobro.

Artículo 3.2

La superación del plazo de los treinta días por otro de sesenta queda asimismo remitido a la legislación nacional en el caso en que el interés pactado fuera notablemente superior o existan medios que impidan la superación de dicho plazo. Este es un tema abierto, puesto que desde luego, solamente cuando quede garantizado de manera inexorable que realmente no puede superarse dicho plazo, podría invocarse este precepto. En principio queda establecido solamente para determinados tipos de contratos que tendrían que ser definidos en la Legislación, pero que en este momento, en las relaciones habituales proveedor o subcontratista con el deudor, no responden a especialidad alguna.

Artículo 3.3

¿Quid Iuris si el deudor impone un acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la demora que no sea conforme con lo establecido? Se entiende por no puesta o bien que de lugar a la reclamación por daños. Ahora bien, puesto que en nuestra legislación la reclamación por daños puede subsumirse en el pago de intereses, debería entenderse por no puesta sin más. Esta sería la solución, permitiendo así que se aplicara directamente la Directiva directamente. Porque, en efecto, salvo que quede claro, con carga de la prueba por parte del deudor, que dicho acuerdo no es manifiestamente abusivo, habría que entender que sí lo es, ya que como bien señala la Directiva, habría que considerar que normalmente no existe ningún tipo de razón que permita señalar que el acuerdo no es abusivo. Obviamente, habrían de aplicarse además las demás disposiciones legales, puesto que sin perjuicio de que exista abuso a estos efectos de tener por no puesta dicha cláusula, pueden hacer su aparición otros efectos legales tales como los previstos específicamente en la legislación sobre defensa de la competencia a efectos de interponer ante las autoridades administrativas el pertinente escrito de denuncia.

Artículo 3.4.

En cuanto a la idea de velar porque en interés de los acreedores existan medios adecuados y efectivos para evitar que continúen aplicándose cláusulas manifiestamente abusivas, puede desde luego entenderse habilitada que la trasposición establezca determinados límites que predeterminen tanto la nulidad de la cláusula manifiestamente abusiva como la imposición de sanciones.

La idea de declarar la nulidad de las cláusulas en sí misma es útil, pero de una relativa efectividad. Porque es la práctica la que realmente perjudica a los acreedores. Pueden pensarse, desde luego, en múltiples posibilidades de actuación. Una de ellas,

además de la nulidad de la cláusula, consistiría en establecer que el Servicio de Defensa de la Competencia hiciese todos los años, en su Memoria, un Informe sobre las condiciones de aplicación de esta nueva legislación, detectando cuantos abusos genéricos puedan darse y, en su caso, extrayendo las pertinentes consecuencias. En estos Informes, como es habitual en otros que han sido realizados por las autoridades de competencia, la llamada al sector, a través de sus Asociaciones, permitirá obtener una radiografía bastante ajustada de cómo ha sido la aplicación de esta norma, y extraer a partir de ahí las pertinentes consecuencias. Pueden además detectarse con relativa claridad los “puntos negros” en los que previsiblemente pueden ocurrir los abusos: grandes constructoras, grandes superficies, en fin, centros de gravedad permanente de abusos perfectamente conocidos por los sectores a los que más afecta esta situación.

Artículo 3.5

De particular importancia es la previsión del apartado 3. 5 de la Directiva.

El otorgamiento de legitimación activa a las Asociaciones representativas del sector, normalmente de las pequeñas y medianas empresas, puede constituir un medio útil para lograr superar el “metus reverentialis” que siempre provoca la situación de dependencia que tienen los proveedores respecto de su cliente. Sabido es que una situación semejante, se ha traducido en la práctica en que, planteado un conflicto, queda dicho proveedor situado en las denominadas “listas negras” del deudor. Y que, hoy por hoy, esa exclusión se extiende por contagio a la totalidad de los deudores, quienes pueden provocar el boicot del acreedor litigante.

Por eso, deberá quedar redactada dicha posibilidad en los términos más amplios posibles, de forma que el examen de las cláusulas sea una opción real y su denuncia pueda asimismo ser realizada al amparo de las Asociaciones que tengan como misión precisamente la defensa generalizada de un sector, sin temor a represalias concretas contra un proveedor concreto.

Además, debe permitirse que tales Asociaciones, en la preparación de la defensa de tales cláusulas, puedan de hecho realizar la proposición de prueba con verdadero fundamento. Esto es, que puedan examinar de verdad la práctica con la que se vienen aplicando tales cláusulas. Porque es totalmente cierto que no es solamente el clausulado contractual el que define la situación del sector. Es, más bien, la situación de hecho la que provoca tal abuso. Y sin poder realizar esa prueba, difícilmente podrían tales Asociaciones cumplir el papel que les

Artículo 4.1

Ya se ha indicado que la introducción del pacto de reserva de dominio es meramente facultativo. Su introducción solamente puede hacerse si el sector es capaz de ir denunciando los diferentes abusos, puesto que en nuestro derecho, existen dificultades derivadas del modo de transmitir que no se acomodan fácilmente a una imposición automática de esta reserva vía “ope legis”. Ciertamente, sería la fórmula más útil, ya que en este caso, hasta que no se abonara totalmente al acreedor su cosa propia, el deudor estaría incurriendo en venta de cosa ajena, con lo cual, antes de vender, habría que proceder a su completo pago.

Pero esta es la situación. Por ello, solamente la generalización del pacto, con apoyo de recomendaciones de las Autoridades, en concreto a través de los reiterados informes de las de Competencia, podría llegar a surtir algún efecto.

Artículo 5.

La idea de lograr un juicio efectivo y por ende rápido, se ve apoyada por la exigencia de que el título sea ejecutivo; esto es, que en el plazo de tres meses, (90 días) se haya logrado que exista en definitiva una Resolución Judicial que determine con exactitud y con apenas dos excepciones (impugnación de la deuda o recursos judiciales) alargándose el proceso con el plazo previo de notificación y los que el propio acreedor establezca. Todo ello sin perjuicio de las disposiciones del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y su ejecución.

Hay que notar que se pretende beneficiar con este procedimiento rápido a las empresas establecidas en todo el ámbito de la Comunidad.

3. PROPUESTAS.

- a. El artículo primero de la Directiva puede ser transpuesto al Derecho español de la siguiente forma:

1. “La presente Ley se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en toda clase de operaciones comerciales consistentes en la realización de obras, entrega de bienes o prestación de servicios, sean aquellas realizadas por las empresas entre sí o con las Administraciones Públicas, así como con sus proveedores y suministradores.

2.”Se entenderá por acreedores a efectos de esta Ley quienes hayan realizado, total o parcialmente, una prestación consistente en la ejecución de una obra, entrega de un bien o prestación de un servicio. Son deudores quienes hayan recibido, total o parcialmente, la prestación.

3. “Se entenderá a estos efectos por operaciones comerciales la ejecución, total o parcial, de obras, entrega de bienes o prestación de servicios, las realizadas mediante cualquier negocio jurídico:

- a) entre empresas y entre éstas y sus proveedores, suministradores y subcontratistas.
- b) entre las empresas y las Administraciones Públicas y demás entidades de derecho público con inclusión de las Corporaciones de Derecho público.
- c) entre empresas y los órganos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 29/1998 (reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa).
- d) las realizadas con los proveedores y los subcontratistas por cualquiera de las empresas que contraten con alguna Administraciones y órganos a los que se refieren los dos anteriores apartados.

Para garantizar el pago, en los términos previstos en esta Ley, se concede acción directa a los subcontratistas y proveedores frente a la propia Administración u órgano contratante con el contratista principal. Los subcontratistas quedarán obligados frente a la Administración quienes asumirán la responsabilidad de la ejecución parcial de la obra con arreglo al proyecto aprobado por la misma”.

El artículo tercero de la Directiva, puede ser transpuesto al Derecho español, de la siguiente forma:

1. “En las operaciones comerciales consistentes en la realización de obras o entrega de bienes o servicios, el acreedor tendrá derecho en concepto de indemnización a los intereses de demora una vez que haya cumplido sus obligaciones tanto contractuales como legales y no haya recibido la cantidad que le sea debida, sin perjuicio de la que le corresponda en concepto de daños y perjuicios en los términos establecidos legalmente.

Igual derecho corresponderá al subcontratista, proveedor o suministrador, frente al contratista principal cuando se trate de obras, bienes o servicios contratados con este último por las Administraciones Públicas, entidades de derecho público, y demás órganos públicos definidos en el artículo primero de esta Ley.

El deudor incurre en mora desde que el acreedor le haya entregado la obra, bien o servicio.

El deudor quedará sujeto en caso de incurrir en morosidad, además de lo que corresponda legalmente en concepto de daños y perjuicios al abono de los intereses en los términos fijados en este precepto.

Dicho abono de intereses no tendrá lugar si el deudor puede probar fehacientemente que no es responsable del retraso. Se entiende que no responde el deudor cuando acontecieran sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables.”

2. “El interés devengado será pagadero desde el día siguiente a la fecha o término del plazo de pago que se fije en el contrato. En ningún caso se admitirá que tales fechas o términos sobrepasen manifiestamente los límites normales de aplazamiento según establece este mismo artículo para los supuestos de pago automático en defecto de pacto. Se entenderán como abusivas y como tal por no puestas las cláusulas que incurran en dicho abuso, en cuyo caso se entenderán como aplicables de inmediato las reglas que fijan la fecha o plazo de pago en defecto de pacto.

Si no se fija mediante pacto la fecha o plazo de pago, el interés será pagadero automáticamente sin necesidad de notificación al deudor :

- a) a los 30 días de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o documento equivalente
- b) si se suscitara dudas sobre dicha fecha, se entenderá exigible en todo caso a los 30 días desde que se hubieran entregado las mercancías, realizado la obra o prestado el correspondiente servicio. Esta fecha asimismo será la que determine el abono de intereses si la factura o documento equivalente se hubiera recibido por el deudor antes de la entrega de dichas mercancías o prestación de los servicios.
- c) Si estuviera expresamente establecido por escrito o legalmente que la ejecución de la obra, entrega de bienes o prestación de servicios habrá de someterse a la aceptación del deudor o a su comprobación, el plazo de los treinta días se computará a partir de tal aceptación o comprobación, salvo que la factura o documento equivalente sea recibida por el deudor con posterioridad a dicha fecha. En este último caso, el término de 30 días caducará desde la recepción de la factura o documento equivalente.

Se entenderá producida la aceptación cuando, de la comprobación de las especificaciones llevada a cabo de acuerdo con la normativa legal, se deduzca su cumplimiento.

3.a) Tales intereses consistirán en la aplicación al importe del capital del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trata, adicionada en 7 puntos porcentuales como mínimo.

Reglamentariamente el Gobierno podrá incrementar los puntos porcentuales establecidos en el párrafo anterior.

3.b) Mediante convenio podrá establecerse un tipo equitativo de tipo de interés que en ningún caso suponga menoscabo de la posición del deudor. Se entenderá como abusiva y como tal por no puesta, la cláusula por la que el acreedor reciba como indemnización un tipo de interés manifiestamente bajo, o que no cumpla con lo estipulado en este artículo.

3.c) El acreedor, además del abono de intereses aquí establecido, tendrá asimismo derecho a reclamar del deudor la compensación que corresponda en concepto de costos que hubiera sufrido a causa de la morosidad del deudor.

3.d) El Gobierno, mediante reglamento, podrá fijar los parámetros que determinen la cantidad máxima de tales costos de cobro, atendiendo a las diferentes cuantías de las deudas.

3.e) El incumplimiento por el deudor de los plazos establecidos determinará, además de las sanciones legales pertinentes, la calificación como acto de dependencia abusiva del acreedor respecto del deudor de la práctica realizada por este último a los efectos establecidos en el ordenamiento jurídico español, salvo que demostrase objetivamente que existen razones fundadas para apartarse de dichos plazos.

4. Excepcionalmente, y mediante Ley del Estado, podrán establecerse supuestos especiales de contratación, en los que el plazo de exigencia del pago de los intereses se establezca en 60 días, siempre que el deudor no pueda en modo alguno incumplir dicho plazo o que se determine legalmente un tipo de interés sustancialmente superior al establecido por esta Ley.

5. Periódicamente, y en todo caso con carácter anual, el Servicio de Defensa de la Competencia elevará informe al Gobierno sobre el cumplimiento generalizado de los plazos de pago en los distintos sectores que sean objeto de su estudio. Las Asociaciones representativas del sector correspondiente podrán requerir del Servicio de Defensa de la Competencia la realización del pertinente estudio a estos efectos. En caso de que dicho estudio no fuere atendido, las Asociaciones representativas del sector podrán elevar

moción ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, solicitando igualmente la realización de dicho estudio.

6. Estarán legitimadas para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de las cláusulas y prácticas contractuales que incumplan lo establecido en esta Ley, las Asociaciones que ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo ante cualesquiera Tribunales de Justicia competentes para conocer de dicho incumplimiento.

Igualmente podrán tales Asociaciones realizar denuncias, instar mociones, solicitar estudios y en general realizar cualquier acto para exigir ante las Administraciones Públicas el cumplimiento de lo establecido en esta norma.

7. Mediante pacto entre las partes podrá convenirse que los bienes entregados continúen siendo propiedad del acreedor hasta el pago total de la cosa o bien cedidos. Este pacto de reserva de dominio surtirá los efectos previstos en la legislación vigente.

8. Mediante la inclusión de condiciones generales en la contratación, podrá establecerse en caso de suministros continuados medios de pago anticipados del deudor al acreedor.

El artículo sexto punto tercero se transcribirá textualmente.

1. Quedarán excluidas de la aplicación de la presente Ley:
 - a) las deudas sujetas a situación de insolvencia del deudor, por quiebra o suspensión de pagos.
 - b) Las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros.

Disposición Adicional.

Esta Ley no será aplicable a los contratos celebrados con anterioridad al día 8 de agosto de 2002.

Para CEPCO por José Eugenio Soriano García. Catedrático de Derecho Administrativo.