

**NOTA SOBRE LA POSICIÓN DE CEPCO EN RELACIÓN A LA
TRANSPOSICIÓN 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**

I.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Conforme al considerando 22 y al artículo 1 de la Directiva, la misma se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales “con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos”. La Directiva se aplica, por tanto, sin ningún tipo de distinción, a todas las operaciones comerciales.

Por ello entendemos que la norma española de transposición deberá respetar la igualdad de trato que propone la Directiva, sin establecer distinción alguna entre si las operaciones se realizan entre empresas o entre éstas y poderes públicos.

II.- CUESTIONES PLANTEADAS

- CEPCO participó activamente en la preparación y elaboración de la Directiva, que deberá ser transpuesta al ordenamiento jurídico español no más tarde del próximo día 8 de agosto.

En consecuencia, CEPCO conoce de primera mano la vocación con la que nació esta Directiva, esto es, la de contribuir a la consecución y éxito del mercado interior no sólo mediante:

- (a) la armonización de las normativas nacionales en materia de protección frente a la morosidad, sino también mediante
 - (b) la prohibición de las condiciones de pago abusivas en perjuicio del acreedor (considerando 19 de la Directiva).
- **El objetivo (b), enunciado en el párrafo anterior, no se logrará si la norma de transposición no concreta las directrices anti-abuso de la Directiva en medidas legislativas y, en su caso, reglamentarias, claras y de fácil aplicación práctica que tomen como modelo los principios establecidos por la Directiva con el objetivo de lograr los fines propuestos por la misma (ver apartado IV).**

Resulta evidente de la redacción de la Directiva que lo que se pretende mediante la entrada en vigor de la misma es que los plazos de pago contractuales de los distintos países no difieran de la media comunitaria (considerandos 8 y ss). España está muy alejada de dicha media (ver apartado IV), por lo que deberá hacer un especial esfuerzo legislativo y, en su caso, reglamentario, con el fin de lograr paliar dicho déficit.

Tal y como constata el considerando 7 de la Directiva, los plazos de pago excesivos y la morosidad son habituales causas de insolvencia de las PYMES, lo que amenaza la propia supervivencia de las empresas y supone la destrucción de numerosos puestos de trabajo. Esta realidad es especialmente dramática en el mercado español. Los plazos de pago que habitualmente se les imponen a las PYMES españolas, particularmente abusivos en comparación con la media comunitaria, se traducen en condiciones competitivas desiguales para las mismas, incrementando las cargas administrativas y financieras que dichas empresas deben soportar.

- Por todo ello CEPCO quiere resaltar la gran **oportunidad que la transposición de esta Directiva presenta al Estado Español para igualar las condiciones competitivas de las PYMES españolas con las de las PYMES de los demás EEMM. Así, una transposición que proteja de manera efectiva el poder negociador de, entre otras empresas, las PYMES españolas, al acordar unas condiciones de pago semejantes a las existentes en otros EEMM, sólo puede favorecer la creación de empleo¹ y la competitividad de la economía española en último término.**

III.- APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA NORMA(S) DE TRANSPOSICIÓN

- El espíritu y la letra de la Directiva dictan que las medidas que la misma contiene, y que deberán ser transpuestas al ordenamiento jurídico español, se apliquen a todas las operaciones comerciales por igual desde el primer momento.

El pretender que la norma de transposición de la Directiva regule **regímenes transitorios distintos para supuestos no diferenciados en la propia Directiva, como operaciones comerciales con o sin la participación de autoridades públicas, sería ir contra la vocación de igualdad de trato que la Directiva manifiesta**, explícitamente en los considerandos 14 y 22 e implícitamente en toda la letra de su articulado.

- Además, **sería deseable que la norma de transposición estableciese que la Directiva se aplique desde el primer momento a todos los contratos, incluidos aquellos celebrados antes del 8 de agosto de 2002.**

¹ La Industria de fabricantes de productos de construcción representa un montante de 300.000 puestos de trabajo. Esta Industria está en más de un 90% integrada por PYMES.

IV.- ABUSOS

El problema de las condiciones de pago abusivas

- CEPCO viene denunciando desde hace tiempo el problema de las condiciones de pago abusivas en la industria de la fabricación de materiales de construcción; problema que cada año se agrava, alejando todavía más a las empresas españolas de esta industria (más del 90% son PYMES) de la media comunitaria.
- En 1996, el plazo de pago real medio (el plazo entre la entrega de los bienes y su pago real) en España era de 74 días; el plazo de pago real medio comunitario se situaba en 54 días².

La tendencia en España ha ido en aumento desde entonces. Así, en la actualidad, el plazo de pago por parte de las constructoras a las empresas suministradoras de productos y servicios de la industria citada en el párrafo anterior alcanza, en ocasiones, los 210 días desde presentación de la factura.

La actual regulación española sobre subcontratos y contratos de suministros derivados de un contrato administrativo (artículo 116 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio) (de ahora en adelante la “Ley”) da, en la práctica, libertad de pacto a contratistas y subcontratistas en lo relativo al plazo de pago. Por ello, la norma de transposición deberá reformarla.

Es deseable que la reforma tenga en cuenta el plazo de 30 días, que establece el artículo 3.1 de la Directiva, plazo que debe contarse a partir de la petición expresa de pago³. Este plazo está muy alejado del plazo supletorio de 60 días (a contar desde la conformidad del deudor) que regula el citado artículo 116 de la Ley (téngase en cuenta que desde la presentación de la factura hasta la conformidad median normalmente 30 días, resultando un total de 90 días, salvo pacto en contrario que lo prolongue).

- La norma de transposición deberá tener en cuenta asimismo la débil posición negociadora de las empresas fabricantes frente a las grandes empresas constructoras, lo cual nos impide hablar de libertad de pacto de las primeras o de igualdad entre las partes negociadoras.

La Directiva, consciente de esta realidad, insta a los EEMM en su artículo 3.3 a que sancionen las cláusulas abusivas relativas a “la fecha de pago o a las consecuencias de

² Conforme al apartado 2.2 de la Comunicación de la Comisión relativa al “Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales” (97/C 216/07).

³ Nótese que el *dies a quo* puede variar según los casos. Así, conforme al art. 3.1.b) de la Directiva, si la fecha de solicitud de pago no está clara o si los bienes o servicios se reciben después de la solicitud de pago, se tomará la fecha de recepción de los bienes o servicios. Sin embargo, se tomará la fecha de conformidad del deudor si el contrato así lo prevé y la fecha de presentación de la factura es anterior o simultánea en el tiempo a la fecha de conformidad.

la demora” (cláusula anti-abuso) y en su artículo 3.2 a que limiten la libertad de pacto de las partes en “algunos tipos de contratos”.

La cláusula anti-abuso (artículo 3.3)

- La llamada cláusula anti-abuso de la Directiva (artículo 3.3) es el principal instrumento que la Directiva articula para lograr uno de sus objetivos principales: “prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor” (considerando 19).
- **Lograr el objetivo que se marca la Directiva requiere de “medidas adecuadas y efectivas” (artículo 3.4 y artículo 3.5 *in fine*). La norma de transposición deberá responder a este llamamiento concretando:**
 - (a) **los criterios para determinar si una cláusula es “manifiestamente abusiva” en el sentido del artículo 3.3;**
 - (c) **y especificando claramente las sanciones que impone a los responsables.**
- **La regulación, para ser “efectiva”, deberá ser de fácil aplicación práctica, de manera que recurrir a los tribunales no sea, *a priori*, necesario.** Es previsible que una regulación de estas características sea tenida en cuenta por las partes ya durante la fase negociadora, desincentivando así el abuso desde su mismo origen. Entre los criterios que señala la Directiva (artículo 3.3), y que la norma de transposición deberá concretar, queremos destacar el enunciado como “otros factores”. **Entendemos que la norma de transposición, al concretar estos “otros factores”, deberá enunciar expresamente los factores constitutivos de abuso conforme al considerando 19⁴.** Tenemos el convencimiento de que la transposición de estos factores sería un valioso instrumento a la hora de calificar de “manifiestamente abusivas” las condiciones de pago que habitualmente les imponen las grandes constructoras a las empresas que representamos, dado que los dilatados plazos de pago difícilmente encuentran justificación en las condiciones de pago que la Administración Pública le impone a las constructoras.

El artículo 3.2

Una manera de crear “medidas adecuadas y eficaces” sin duda sería identificar determinados tipos de contratos en los que la inclusión de cláusulas abusivas fuera habitual en España y tipificar estos contratos para a continuación, en la misma norma, limitar la

⁴ Tales son: (i) “cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o” (ii) “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”.

libertad de pacto de las partes, respondiendo así al llamamiento que hace el artículo 3.2 de la Directiva a la norma de transposición.

Es evidente que la inclusión de condiciones de pago abusivas se produce, principalmente, cuando las partes negociadoras no están en igualdad de condiciones. Esta situación se produce habitualmente en los contratos entre las grandes constructoras y las empresas de la industria de la fabricación de materiales de construcción, tal y como venimos denunciando desde hace tiempo, por lo que **entendemos que la norma de transposición debería limitar la libertad de pacto de las partes negociadoras de estos contratos:**

- (a) fijando el plazo de exigibilidad del pago de los intereses, al menos (artículo 6.2 de la Directiva), en un máximo de 60 días desde la petición expresa del pago (artículo 3.2)**
- (b) obligando a las partes a fijar un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo de interés de demora regulado en el artículo 3.1.d) de la Directiva.**

La reserva de dominio (artículo 4 de la Directiva)

A la vista de la grave situación de desigualdad en que se encuentran las PYMES españolas a la hora de negociar las condiciones de pago, **sería deseable que la norma de transposición impusiera en todo caso la cláusula de reserva de dominio** en los contratos de compraventa entre las grandes constructoras y los fabricantes de material de construcción.