

***La morosidad. De nuevo.***

-

A finales del siglo pasado, la Comisión Europea constató la existencia de diferencias entre derechos nacionales en materia de morosidad. También una disparidad en los plazos de pago habituales en las diferentes culturas empresariales de los Estados Miembros. En relación con la mora, el problema era su intimación, necesaria en algunos ordenamientos, inexistente en aquellos en que la mora era automática. En relación con los plazos de pago, los estudios que la Comisión promovió evidenciaron que, de media, los operadores económicos del sur de Europa acostumbraban a pagar sus facturas en plazos más extensos que los operadores del norte. De media.

La Comisión Europea llegó al convencimiento de que ambas cuestiones obstaculizaban la contratación empresarial y el funcionamiento correcto del mercado interior y, aunque ciertamente ninguna de ellas es consecuencia de la otra, decidió regularlas conjuntamente en la Directiva 2000/35, de 29 de junio del 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En lo que interesa destacar ahora, esa Directiva, ya derogada, imponía a los Estados miembros la obligación de modificar sus derechos nacionales para que la mora entre empresarios (a las «operaciones comerciales» se refería la Directiva) fuera automática, es decir, activara sus consecuencias (en especial, el devengo de intereses de demora) tras la expiración del plazo de pago sin necesidad de actuaciones adicionales por parte del acreedor. También obligaba a los Estados a introducir en sus derechos nacionales que, salvo pacto en contrario, el plazo de pago de las operaciones comerciales debía ser de 30 días tras la recepción de la factura o, en otro caso, tras la entrega de los bienes o prestación del servicio. Los Estados podían ampliar ese plazo hasta los 60 días, aunque la excepción debía ser solo de aplicación a los tipos de contrato de que definiera el legislador nacional. En todo caso, se trataba de plazos dispositivos. Por esa razón, la Directiva incluía un control de abusividad (en contratos entre empresarios) que había de habilitar a los tribunales nacionales a evaluar si el pacto de un plazo de pago superior a la referencia legal venía justificado por los usos del sector o por la naturaleza de la prestación.

Esa Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuya primera versión reproducía las previsiones referidas de la Directiva. El artículo 4 establecía un plazo dispositivo de pago de 30 días y el artículo 9 preveía un control de abusividad de los pactos que ampliaran ese plazo. Una regulación que se sumaba a otras ya existentes en nuestro ordenamiento, como la prevista en materia de plazos de pago en el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

La norma española fue motivo de una modificación en el año 2010. Algunos grupos parlamentarios constataron que la crisis económica de finales de esa década y cuyas consecuencias no está claro si hemos superado todavía, había provocado un encarecimiento del crédito financiero que llevaba a abusar del crédito comercial. Esa situación generaba tensiones de caja en muchas empresas, que sufrían consecuencias desastrosas cuando carecían de capacidad para pagar sus deudas de manera regular antes de haber cobrado sus créditos vencidos. Una propuesta de ley, seguramente bien intencionada pero técnicamente defectuosa, dio lugar a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 y a convertir el plazo dispositivo de 30 días en uno imperativo de 60 días. Quienes hubieron de aplicarlo, recordarán la confusión que generó el régimen transitorio previsto en la reforma para los contratos en vigor y con pagos pendientes en el momento de entrada en vigor de la nueva versión de la norma.

La modificación mantuvo el control de abusividad, a pesar de la conversión del plazo en imperativo. Se previó el control por parte de los auditores del cumplimiento de los plazos de pago. Una previsión que, más tarde, habría de entrar en el artículo 262.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capitales, sobre el informe de gestión, y en su Disposición Adicional Octava, en la que se indican las reglas para el cálculo del período medio de pago a proveedores.

Poco tiempo después, la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificó la anterior, del año 2000. Mantuvo el plazo dispositivo de 30 días, aunque en su artículo 3.4 añadió que, aunque el plazo de pago fuera dispositivo, los Estados miembros habían de velar «por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor». La Directiva previó la existencia del acuerdo sobre un calendario de pagos, amplió la regulación del control de abusividad en pactos que ampliaran los plazos legales e introdujo un primera, pero muy relevante, normativa de aplicación a la contratación de las empresas con los poderes públicos, en un intento por reducir la morosidad de los deudores públicos.

Esa Directiva 2011/7, dio lugar a la vigente redacción de la Ley 3/2004, modificada por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Desde entonces, el régimen especial de la morosidad en las operaciones comerciales prevé un plazo de 30 días para el pago, a contar desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación del servicio o la recepción de la factura en formato electrónico, para el caso de que las partes no hubieran pactado plazo de pago en el contrato. Ese plazo, de aplicación supletoria al pacto, no es exactamente dispositivo, pues el tercer apartado del artículo 4 de la Ley restringe el ámbito de disponibilidad al imponer, con rotundidad, que «en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

Incomprensiblemente, la reforma mantuvo el control de abusividad de acuerdos que extendieran el plazo más allá de los límites legales. La previsión era desconcertante, pues la misma norma

que imponía un plazo que «en ningún caso» podía superarse, preveía el control judicial de plazos mayores y su eventual legalidad si superaban los criterios previstos en el artículo 9 de la Ley 3/2004.

El acertijo legal fue resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo. La STS 688/2016, Civil, de 26 de noviembre (Roj: 5128/2016) declaró que el control de abusividad debía limitarse a los acuerdos sobre plazo de pago inferiores a los 60 días que el artículo 4.3 de la Ley 3/2004 identifica como un límite imperativo. El margen es ciertamente estrecho, pero la inadvertencia del legislador no dejaba otra solución al Tribunal.

Y así, con esos antecedentes relevantes para nuestro derecho, la Comisión publicó el pasado 12 de septiembre de 2023 una Propuesta de Reglamento por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (COM (2023) 533), cuyo objetivo es unificar la regulación en la materia en todos los Estados miembros y al que se dedican estas líneas.

La morosidad entre empresarios en la Unión Europea preocupa, todavía, a la Comisión, para la que la morosidad comercial es un supuesto de abuso de la asimetría financiera entre operadores profesionales. En el documento de justificación y explicación de la Propuesta, sus promotores afirman que: «*The root cause of late payments is asymmetries in bargaining power between a large client (debtor) and a smaller supplier (creditor). This often results in the supplier's having to accept unfair payment terms and conditions. For debtors, paying late is an attractive form of finance that costs the debtor nothing but does have a cost for the creditor. This is compounded by the inadequacy of the current EU legal framework, Directive 2011/7/EU (the Late Payment Directive), which lacks sufficient preventive measures and suitable deterrents, and whose enforcement and redress mechanisms are insufficient*» (pág. 1).

La idea se desarrolla en los Considerandos de la Propuesta. En el tercero, se enuncian las consecuencias generales asociadas a una morosidad sistémica: «*Late payments directly affect liquidity and predictability of cash flows, thus increasing working capital needs and compromising a company's access to external financing. This affects competitiveness, reduces productivity, leads to redundancies, increases the likelihood of insolvencies and bankruptcies and is a critical barrier for growth. The damaging effects of late payments spread along supply chains, as the payment delay is often passed onto suppliers. Small and medium sized enterprises (SMEs), who rely on regular and predictable streams of cash, are heavily affected by those negative consequences. Late payment thus represents a problem for the Union economy because of its negative economic and social consequences*». Una afirmación que, por su gravedad y generalidad, viene a reconocer el fracaso del régimen legal instaurado por las Directivas del año 2000 y del año 2011.

En relación con esta última, el Considerando sexto de la Propuesta de Reglamento identifica determinadas deficiencias del sistema, muchas de ellas predicables también de la regulación propuesta en el año 2000: «*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council lays down rules to combat late payment in commercial transactions. In 2019, the European Parliament identified several shortcomings of that Directive. The SME Strategy for a sustainable and digital Europe<sup>7</sup> called for ensuring a 'late-payment-free' environment for SMEs and strengthening the enforcement of Directive 2011/7/EU. In 2021, the Fit for Future Platform highlighted critical issues in the implementation of that Directive in its opinion. The main shortcomings identified in these initiatives are related to: the ambiguous provisions on 'grossly unfair' regarding the deadlines for payment in business to business transactions (B2B), the unfair payment practices and the deadlines for the procedures of acceptance and verification; the flat fee compensation; the asymmetry of rules*

*for payments terms between G2B and B2B transactions; the lack of a maximum payment term for commercial transactions in B2B transactions; the lack of monitoring of compliance and enforcement; the absence of tools to combat the asymmetries of information; as well as tools for creditors to take action against their debtors, and the lack of synergies with the public procurement framework».*

Para corregir esas deficiencias, la Comisión propone ahora un Reglamento. Uno de los posibles actos jurídicos de la Unión que, conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Se propone, así, abandonar la homogeneización del régimen mediante Directivas, que conforme al mismo artículo 288 del Tratado, obligan «al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Es posible que la opción por un Reglamento tenga como justificación el interés por embridar a los poderes públicos (y el reconocimiento implícito de que las Directivas promulgadas hasta la fecha han fracasado en ese intento). El Considerando 9 de la Propuesta reconoce que «*Public work contracts and building and engineering works are very often subject to excessively long payment terms and delays. Therefore, this Regulation should also apply to these activities*». Y esa constatación justifica una atención especial a ese tipo de contratos, expresamente mencionados en diversos artículos de la Propuesta. Siempre para dejar claro que los contratos del sector público no pueden escapar de la regulación. El artículo 4 de la Propuesta amplía esa obligación a los contratistas de la Administración, que deben probar ante la Administración adjudicante o concedente que pagan a sus subcontratistas en los plazos máximos legales.

La Propuesta prevé el establecimiento de un plazo de pago máximo de 30 días naturales, a contar desde la fecha de recepción de la factura, siempre que su emisión sea posterior a la recepción de las mercancías o la prestación del servicio adeudados (cfr. artículo 3.1 de la Propuesta). Ese plazo vincula a los deudores públicos y aplica también a los pagos debidos por el suministro de productos agrícolas y alimenticios no perecederos a los que se refiere la Directiva 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

Los Estados miembros pueden establecer plazos más breves, generales o especiales. Solo pueden prever plazos más extensos, asociados a procesos previos de aceptación o revisión de la mercancía (tales como la compraventa a prueba o ensayo), cuando sea estrictamente necesario en atención a la naturaleza de los bienes o servicios (artículo 1.2 de la Propuesta), aunque esa ampliación no podrá superar otros 30 días naturales, que el artículo 1.3 de la Propuesta suma a los 30 días naturales en que debe efectuarse, como máximo, el pago. Fuera de esos supuestos, el plazo de pago es imperativo, su infracción da lugar a la nulidad de la cláusula contractual en que se haya acordado la ampliación y los Estados miembros solo pueden imponer plazos inferiores al perentorio e imperativo de 30 días que, con carácter general, impone la Propuesta de Reglamento (cfr. artículos 1.4 y 9).

Se excluyen de ese régimen, por quedar fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta, los pagos debidos por contratos con consumidores, los debidos por indemnizaciones de daños y perjuicios, incluidos los que deban pagar las compañías de seguros (que en nuestro ordenamiento ya están sujetos a un régimen cualificado de mora en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro), y los pagos efectuados en el marco de las operaciones de reestructuración

previstas en la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva.

Fuera de esas exclusiones, la Propuesta prevé el cumplimiento obligado de los plazos de pago referidos por parte de empresas y poderes públicos europeos (artículo 1 de la Propuesta). El artículo 2.1 de la Propuesta define «empresa» como una organización, independientemente de su forma y forma de financiación, que ejerza de forma independiente una actividad económica o profesional. La definición, en los términos en que se propone, será, sin duda, controvertida, pues no menciona –y, por tanto, excluye– al empresario individual (en todas sus manifestaciones prácticas), expresamente referido hasta la fecha por la Directiva 2011/7.

La Propuesta es agresiva. Lo es tanto respecto a la libertad contractual, que supedita a un supuesto y abstracto funcionamiento correcto del mercado (de todo el mercado europeo), como respecto del funcionamiento del mercado mismo. Limitar la libertad de pacto de las partes para acordar el plazo de pago, limitar la libertad de los Estados para ajustar esos plazos a sus particularidades nacionales (las financieras, señaladamente) y suponer que todos los pagos del mercado interior europeo, con independencia de la naturaleza de la prestación ejecutada y de su cuantía, pueden satisfacerse en 30 días naturales, es algo que anuncia un enconado debate en el proceso de aprobación de esta Propuesta, que acaso de no pase de eso. Confiar en el acuerdo sobre un calendario de pagos (artículo 7 de la Propuesta) para dividir en plazos, cuyo pago debe realizarse en 30 días naturales, pagos de gran importe como única solución para aliviar a sus deudores es desconocer los costes de transacción de esa solución, su impacto financiero para ambas partes contratantes y sus riesgos evidentes en caso de concurso del deudor.

En la Propuesta se prevén dos tipos de interés de referencia para el interés de demora, legal y de devengo automático y ciertamente elevado (como lo ha sido hasta ahora). El artículo 6 de la Propuesta suma 8 puntos porcentuales al tipo de interés que escogen los Estados miembros de entre el aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación o el tipo de interés marginal resultante de procedimiento de licitación a tipo variable para las operaciones principales de refinanciación del Banco Central Europeo. La Propuesta no especifica si la opción de los Estados ha de ser única o pueden acoger ambas referencias para diferentes tipos de contratos o deudores. En todo caso, se excluye expresamente el pacto contractual sobre el tipo de interés, que pasa a ser claramente imperativo, en cualquiera de las opciones indicadas. El artículo 8 de la Propuesta, por su parte, incrementa la compensación a tanto alzado por los costes de cobro a 50 euros por cada operación comercial impagada.

Con todo, lo más llamativo de la Propuesta y lo que evidencia en mayor medida su alejamiento de los postulados tradicionales del derecho privado, está en su artículo 14. Conforme a él, la Autoridad de Ejecución que cada Estado miembro estará obligado a constituir habrá de estar dotada de la potestad inspectora y de potestad sancionadora para imponer multas y sanciones por las infracciones de la regulación que se propone. También para imponer medidas de cesación. Los Estados miembros, a ese efecto, habrán de establecer un régimen de sanciones. Un sistema que, de aprobarse en los términos en que se propone, dará lugar a una suerte de combinación entre «aplicación pública» y «aplicación privada» del derecho de la morosidad en las operaciones comerciales.

Carlos Gómez Ligüerre