



## **Dos cuestiones importantes sobre morosidad en los pagos: imperatividad del plazo de pago de la Ley de morosidad (pronunciamiento del Tribunal Supremo).**

## **Disponibilidad del cobro de intereses de demora en el plan de pagos a proveedores (pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).**

13 de marzo de 2017

Por primera vez el Tribunal Supremo, en la Sentencia de su Sala 1ª de 23 de noviembre de 2016, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter imperativo del plazo de pago máximo previsto en la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Sus implicaciones prácticas y económicas son evidentes.

Igualmente relevantes son las aportaciones de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2017 sobre la disponibilidad del cobro de intereses de demora prevista en el Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio.

### La cuestión controvertida en la STS de 23/11/2016.

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, ha tenido ocasión de pronunciarse por primera vez, sobre un aspecto particularmente relevante de la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) –también referida en adelante como Ley de Morosidad o LLCM-.

Dicha Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto por una empresa subcontratista de una UTE, en el que pretendía el abono de 174.118,70.- euros en concepto de intereses devengados por el aplazamiento en el pago de las cantidades abonadas en infracción de lo dispuesto en la Ley de Morosidad, en la redacción dada a la misma por la Ley 5/2010, de 5 de julio, de modificación de la citada Ley 3/2004.

Aunque dicha Ley 3/2004 fue objeto de modificación posterior a la antes citada de 2010 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 –LMAE-, como el Tribunal Supremo se apoya en esta última reforma en sus razonamientos, su doctrina es de aplicación en el momento actual a la redacción vigente de la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En definitiva, la cuestión que tuvo que resolver el Tribunal Supremo fue decidir si el plazo de pago previsto en la citada legislación de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales es imperativo y, por consiguiente, si cabe o no pacto en contrario contra la misma.

Concretamente en el caso enjuiciado se había pactado en la cláusula 5.4 del contrato analizado que:

«[...] En caso de conformidad de las facturas presentadas, el CONTRATISTA, abonará su importe mediante la entrega de pagaré a la orden, con vencimiento a 180 días de la fecha de recepción de la factura en las oficinas centrales, coincidiendo éste con los días 20 de cada mes, entendiéndose que este aplazamiento está compensado con el interés incluido en el precio, de acuerdo con lo pactado en la cláusula segunda de este contrato».

Y en la cláusula 2.2 de dicho mismo contrato, que:

«[...] Los precios establecidos en este Contrato se han fijado de común acuerdo, incluyendo un tipo de interés no inferior al interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, derivado del aplazamiento acordado en el pago de las facturas relativos al mismo, con lo que se da amplio cumplimiento a lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que supone que tales precios son los totales de coste para el CONTRATISTA principal».

### El plazo de pago previsto en la Ley de Morosidad es imperativo. No cabe pacto en contrario.

Destaca el Alto Tribunal que el artículo 4.3 de la Ley de Morosidad en su redacción actual (**«Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60**

**días naturales»**) es una norma imperativa que limita el plazo para el pago.

Más aún, el Tribunal Supremo entiende que dicha imperatividad se ha visto reforzada tras la antes referida reforma de 2013 de la Ley de Morosidad, puesto que “la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, que 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al «carácter subsidiario» de los plazos fijados por LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador”.

A partir de aquí la propia Sentencia extrae varias consecuencias de indudable relevancia práctica:

- i) En primer lugar, que los pactos de plazos de pago superiores a sesenta días son nulos de pleno derecho, pues contravienen una norma imperativa, de modo que su nulidad deriva de la aplicación de la regla general del artículo 6.3 CC.
- ii) En segundo lugar, que sólo cabe una excepción, en la que es posible ampliar el plazo de pago a un máximo de noventa días. Se trata del supuesto previsto en el artículo 4.2 de la Ley de Morosidad: «Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación».
- iii) En tercer lugar, el control de abusividad que prevé el artículo 9 de la Ley de Morosidad no se aplica a pactos de plazo de pago superiores a sesenta días naturales, que son nulos, habiéndose ya interpretado en la práctica que la Sentencia del Tribunal Supremo comentada limita tal control, de abusividad sólo a los plazos de pago superiores a treinta días naturales e inferiores a sesenta días naturales.
- iv) Y en cuarto lugar, que es irrelevante que se pacten tales plazos de pago superiores a sesenta días naturales y que la empresa firmante de tal pacto no lo haya impugnado por abusivo, pues la nulidad de pleno derecho en que incurre tal pacto impide aplicar la doctrina de los propios actos. Y es que considera el Tribunal Supremo que la situación de inferioridad en que se encuentra el subcontratista frente al contratista principal de la obra le impide, desde el principio, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista y le lleva a entender que “la subcontratista no tuvo más remedio que aceptarlo si realmente quería conseguir el contrato. De ahí que, en la lógica de la función tuitiva que informa al control de abusividad, la mera celebración del contrato no constituye un acto propio que impida a la parte débil, objeto de tutela, ejercitar su derecho a que judicialmente se revise la legalidad de las condiciones impuestas de acuerdo con el control de abusividad que específicamente para este sector de contratación prevé el artículo 9 de la LLCM, como reacción contra el posible abuso de derecho

en la contratación, que no se realiza en pie de igualdad entre las partes contratantes”. Habrá que ver si esta interpretación de desigualdad de partes se llega a proyectar por el Tribunal Supremo en un futuro en la contratación de las Pymes con las grandes entidades bancarias.

### Trascendencia actual y futura de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016.

Es cierto que la Sentencia de la que se da noticia no es jurisprudencia en sentido estricto (artículo 1.6 CC) por lo que habrá que estar atentos a su consolidación futura, siendo en todo caso ya de gran relevancia como muy autorizado precedente de la práctica jurisprudencial al más alto nivel

Por ello convendrá que todas las empresas ponderen su posible aplicación práctica respecto de situaciones de morosidad presentes o futuras, así como revisen sus modelos de contratos y las condiciones de los mismos, ante la posibilidad de que plazos de pago pactados superiores a sesenta días naturales sean nulos de pleno derecho y, por tanto, completamente ineficaces, con las consecuencias positivas o negativas que dependerán de la posición que cada empresa ocupe en un contrato. En todo caso, es de advertir que el Tribunal Supremo optó por condenar al abono de intereses a partir del sexagésimo primer día y no desde el trigésimo primero.

El ajuste a estas nuevas condiciones de pago, en materia de plazo, **puede aconsejar negociar contrapartidas que al pagador le compensen el mayor coste financiero que, en su caso, deba acometer para anticipar sus plazos de pago respecto de los que viniese pactando con sus acreedores.**

**Para las empresas pagadoras, la existencia de pactos nulos de plazos de pago en sus contratos también puede servirles para renegociar las condiciones de los mismos,** so pena de acudir a la exigencia del respeto estricto al plazo máximo legal previsto en la Ley de Morosidad.

Se abre, pues, un periodo de atención a la nueva jurisprudencia, de revisión de modelos de contratos y de posible renegociación de los mismos. Tal atención habrá de dirigirse también al legislador, una vez hecho por el Ministro de Hacienda el anuncio de la intención del Gobierno de imponer cargas tributarias a las empresas que incurran en morosidad en el pago a sus proveedores: “es compromiso del Gobierno trasladar esta experiencia al sector privado, porque no es aceptable que, con la Ley de morosidad vigente, se esté produciendo un abuso por parte las empresas de mayor tamaño a la hora de forzar condiciones de financiación a pequeñas empresas; hoy no tiene ningún sentido tal como está la financiación general del país, con los bancos abiertos y con el acceso a mercados de capitales y demás, y el Gobierno sí puede actuar utilizando, por ejemplo, penalizaciones en materia tributaria” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Hacienda y Función Pública*, 12 de enero de 2017).

### La cuestión controvertida en la STJUE de 16 /2/2017.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de

Murcia, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 4.1, 6 y 7.2 y 3 de la [Directiva 2011/7]:

- 1) ¿Debe interpretarse el art. 7.2 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los intereses de demora?
- 2) ¿Debe interpretarse el art. 7.3 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los costes de cobro?
- 3) En caso [de respuesta afirmativa a] las dos preguntas, ¿puede el deudor, cuando éste es un poder adjudicador invocar la autonomía de la voluntad de las partes para eludir su obligación de pago de intereses de demora y costes de cobro?».

En sustancia, pues, lo que se vino a plantear es si resultaba conforme con el Derecho comunitario el artículo 6 del Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros: “El abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma o Entidad Local, según corresponda, con el proveedor por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios”.

Más en concreto, **se suscitó la conformidad o no con el Derecho comunitario de la previsión del plan de pagos a proveedores de que el acreedor público renunciaba a los intereses de demora y/o a la compensación por costes de cobro cuando se acogió al citado plan.**

### Admisibilidad y condiciones de la renuncia a los intereses moratorios y a la compensación por los costes de cobro.

La doctrina que fijó en su Sentencia de 16 de febrero de 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue:

- i) Que el objetivo de los apartados 2 y 3 del artículo 7 de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, es **evitar que la renuncia por parte del acreedor a los intereses de demora o a la compensación por los costes de cobro se produzca desde la conclusión del contrato, es decir, en el momento en que se ejerce la libertad contractual del acreedor** y, por tanto, en el que es posible que el deudor abuse de dicha libertad en perjuicio del acreedor.
- ii) Que **una vez que los intereses de demora y los costes de cobro son exigibles, el acreedor, habida cuenta de su libertad contractual, debe seguir teniendo libertad para renunciar a los importes adeudados en concepto de dichos intereses y de la compensación**, concretamente como contrapartida del pago inmediato del principal.
- iii) Y que es requisito necesario **para que tal renuncia sea válida que se haya consentido por el acreedor de manera efectivamente libre**, de modo que no debe constituir, a su vez, un abuso de la libertad contractual del acreedor imputable al deudor. Para apreciar si la renuncia ha sido libremente consentida, es necesario asegurarse de que el acreedor haya podido realmente disponer de todos los recursos efectivos para exigir, si lo hubiese deseado, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro, extremo que incumbe comprobar al juzgado remitente.

## Trascendencia actual y futura de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2017.

A primera vista puede parecer que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea santifica, sin más, el plan de pagos a proveedores, al admitir la conformidad con el Derecho comunitario europeo de la posibilidad de que el acreedor público libremente renuncie a los intereses moratorios y a la compensación por costes de cobro ya ganados.

Ya en una segunda lectura de la Sentencia de 16 de febrero de 2017 se advierte que el debate se traslada ahora a los jueces españoles, quienes deberán decidir, caso por caso, la compleja cuestión de si cada acreedor renunció o no libremente, he aquí la palabra clave, a tales intereses moratorios y costes de cobro en el momento de adherirse al

plan.

Súmese a la complejidad de la prueba individualizada, el volumen de intereses moratorios que se dice podrían estar en juego (la Plataforma Multisectorial de Lucha contra la Morosidad viene hablando de unos tres mil millones de euros) y fácilmente se entenderá que estamos ante un tema abierto, que deberá seguir siendo debatido ante nuestros Tribunales.



---

Departamento: Mercantil, Fusiones y Adquisiciones  
Contacto: Pablo Enrile - penrile@ontier.net