

*MODIFICACIÓN DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE
DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN
MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD
EN LAS OPERACIONES COMERCIALES*




GARRIGUES

Barcelona, 24 de noviembre de 2010

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES: LEY 3/2004 POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN
4. PLAZOS DE PAGO
 - 4.1 Plazo máximo de pago
 - 4.2 Cómputo del plazo de pago
5. FACTURACIÓN
 - 5.1 Régimen general
 - 5.2 Agrupación de facturas
6. CLÁUSULAS ABUSIVAS
7. APLICACIÓN A SOCIEDADES ESPAÑOLAS O TRANSACCIONES EN LAS QUE UNA PARTE ES UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA
8. RÉGIMEN TRANSITORIO
 - 8.1 Aplicación a los contratos
 - 8.2 Calendario de “adaptación progresiva”
 - 8.3 Aplicación a los contratos “marco”
9. MODIFICACIONES A LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
10. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY

1. INTRODUCCIÓN (1/2)



- El pasado día 7 de julio de 2010 entró en vigor la Ley 5/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la “**Ley**”).
- La referida Ley, según su Exposición de Motivos, tiene como finalidad, entre otros:
 - (i) “evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores”; así como,
 - (ii) “suprimir la posibilidad de pacto entre partes”, que a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago.

1. INTRODUCCIÓN (2/2)



- Necesidad de modificación:
 - Efectos de la crisis económica:
 - (i) aumento de impagos,
 - (ii) retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vendidas,
 - (iii) gran dependencia al crédito a corto plazo de las PYMES,
 - (iv) limitaciones de tesorería de las PYMES.

- Objeto de la reforma
 - (i) corregir desequilibrios,
 - (ii) aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de:
 - (i) favorecer la competitividad,
 - (ii) lograr un crecimiento equilibrado de la economía española,
 - (iii) creación de empleo de forma estable.
 - (iii) todo ello dentro de la concepción estratégica de economía sostenible,
 - (iv) adecuación de los plazos de pago a lo previsto en la Directiva Europea,
 - (v) reducción de los plazos de pago del sector público.

- Esta presentación tiene como objeto la exposición de las principales novedades introducidas por la Ley, así como una posible interpretación de aquéllas cuestiones que han planteado dudas en cuanto a su aplicación práctica.

2. ANTECEDENTES: LEY 3/2004 POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES (1/3)



- Documento de trabajo de la Comisión Europea del año 1992 en el que se abordan las siguientes cuestiones:
 - (i) inconveniente de la disparidad de regímenes jurídicos, así como
 - (ii) necesidad de limitar los plazos en relación a los pagos comerciales.
- Recomendación de la Comisión Europea 95/198 (12 de mayo de 1995) instando a los países miembros a regular los plazos de pago.
- Informe del Parlamento Europeo de 8 de mayo de 1996 que determina la eficacia nula de la recomendación y propone a la Comisión la elaboración de una Propuesta de Directiva.
- Propuesta de Directiva de fecha 23 de abril de 1996, que posteriormente se convierte en la Directiva 2000/35/CE (29 de Junio de 2000) por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- La trasposición de la directiva debía realizarse antes del 8 de agosto de 2002. Tras la apertura de un expediente sancionador a España (y otros 6 Estados miembros), con 18 meses de retraso se traspone la directiva en diciembre de 2004.

2. ANTECEDENTES: LEY 3/2004 POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES (2/3)



- **Objetivos:**

- (i) unificación de los ordenamientos jurídicos en Europa,
- (ii) intereses de demora elevados que no hagan rentable el retraso en el pago.

- **Regulación:**

- (i) intereses elevados y automáticos,
- (ii) plazo de 30 días salvo acuerdo (no abusivo),
- (iii) posibilidad de ampliar el plazo por parte de los estados miembros a 60 días para determinados contratos,
- (iv) posibilidad de reserva de dominio,
- (v) procedimiento con obtención de título ejecutivo en 90 días si no hay oposición.

- **Los principales rasgos de la Directiva son:**

- (i) justicia social: busca el apoyo débil que debe acudir a la hoy inexistente financiación a corto plazo para sobrevivir ante los largos plazos de cobro,
- (ii) es intervencionista al romper el antiguo principio de autonomía de la voluntad de las partes vigente tanto en nuestro Código Civil como en nuestro Código de Comercio, ambos de finales del s. XIX,
- (iii) viene motivada principalmente por las prácticas extendidas en toda Europa por las grandes superficies de financiarse a costa de sus proveedores.

2. ANTECEDENTES: LEY 3/2004 POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES (3/3)



- **No obstante, escasa aplicación:**

- (i) 5% de las empresas estarían aplicando los intereses y el 3% los gastos de recobro,
- (ii) 56% de las empresas desconocía la existencia de la Ley,
- (iii) 28% de los empresarios la conocían pero no la aplicaban,
- (iv) en consecuencia, sólo el 16% de los empresarios en 2009, 4 años después de su entrada en vigor, conocían y aplicaban la Ley 3/2004.

- **Plazos medios de cobro sector público (año 2009):**

- (i) pactados 99 días.
- (ii) reales 154 días/Construcción 210 días/ Europa 67 días.

- **Plazos medios de cobro sector privado (año 2009):**

- (i) pactados 77 días.
- (ii) reales 110 días/ Europa 57 días.
- (iii) 10 principales constructoras del país (Acciona, Grupo ACS, FCC, Grupo San José, Ferrovial, OHL, LAIN, Grupo Cobra, Isolux y Grupo Vías) año 2010/ 293 días.

3. *ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY*



- *Artículo 1 Epígrafe 2:* La Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre:
 - empresas,
 - empresas y Administración,
 - contratistas principales y sus proveedores o subcontratistas.

- Asimismo, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la Ley los siguientes pagos:
 - los efectuados en operaciones comerciales en las que intervengan consumidores,
 - los de intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio,
 - los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras,
 - las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor.

- La Ley no contiene excepción alguna o régimen especial por tipo de empresa, por lo que entendemos que ésta **se aplica por igual a todas las empresas**, sin excepción alguna, ni por razón del tamaño de la empresa, ni por las posibles relaciones de grupo que puedan existir entre ellas.

4. PLAZOS DE PAGO



4.1 Plazo máximo de pago

- La Ley establece un **plazo máximo de pago de 60 días**, aplicable a las relaciones comerciales.
- Por su carácter imperativo, entendemos que este límite máximo de 60 días no puede ser modificado en ningún caso:
 - por acuerdo entre las partes,
 - mediante prácticas de *factoring*, *confirming* u otras parecidas que impliquen un retraso en el cobro sobre el plazo señalado,
 - tampoco puede argumentarse por parte del deudor la existencia de fechas fijas de pago en su empresa, en la medida en que superen los plazos correspondientes.

Nota: Existe un régimen transitorio de adaptación a este plazo de pago, que se analiza en el apartado 8 siguiente.

4.2 Cómputo del plazo de pago

- El plazo de pago siempre se computa desde la fecha de entrega de los productos o desde la fecha de prestación de los servicios.
- Si la factura se recibe antes de los bienes o los servicios, el pago sólo debe hacerse 60 días después de la fecha de recepción o entrega.
- Cuando el contrato permita verificar o comprobar los bienes objeto del mismo y el deudor reciba la factura antes de que acabe el plazo de verificación o comprobación, el plazo de pago se computa desde el día de la recepción de los bienes y servicios (no cabe prolongar el plazo).

5.1 Régimen general

- La Ley determina la obligación del proveedor de remitir la factura en el plazo de 30 días a contar desde la fecha de recepción de los productos o de la prestación de los servicios.
- Entendemos que el retraso por parte del proveedor en remitir la factura o una solicitud de pago equivalente no afecta a su derecho de cobro.
- Si bien la ley no lo prevé expresamente, cabe entender que la no entrega de la factura imputable al proveedor, una vez reclamada por el acreedor, podría eventualmente justificar lo no exigencia de la obligación de intereses de demora si se produce un retraso en el pago.
- También cabe considerar que, en el caso de existir discrepancias por el importe de la factura, si el deudor actúa de buena fe, podrían justificar la no exigencia de la obligación de intereses de demora, si hay retrasos en el pago.

5.2 Agrupación de facturas

- La Ley permite que se agrupen facturas correspondientes a períodos que no excedan de 15 días, agrupando en las mismas las entregas realizadas durante de dicho período.
- La fecha de inicio del cómputo del plazo en este caso sería la fecha de la mitad del periodo de la factura resumen periódica, de forma que no se supere el plazo de 60 días desde esa fecha.
- Las empresas que venían acumulando entregas por periodos superiores, por ejemplo mensuales, deberán modificar su sistema de facturación. Parece que la Ley no permite establecer periodos superiores aunque se respete el plazo de pago de 60 días desde la mitad de la primera quincena del periodo en cuestión.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS (1/2)



- Las cláusulas abusivas se analizan en el artículo 9 de la Ley que es el que está generando mayores dudas debido a su confusa redacción.
- En este sentido, según la literalidad del citado artículo, cabe entender que el plazo de pago puede, por razones objetivas, extenderse sin que dicha extensión se considere abusiva. Sin embargo, el artículo y la primera frase del artículo 9 declaran en todo caso la imperatividad del plazo de 60 días.
- La conclusión literal de la confusa redacción sería que una cláusula acordada entre partes pactando un plazo superior a 60 días es nula por ser contraria al artículo 4.1. de la Ley (pero puede no ser abusiva).
- Expuesto lo anterior, nuestras conclusiones serían las siguientes:
 - serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes acordando plazos de pago superiores a 60 días, incluso aunque las partes lo consideren beneficioso para su relación comercial, y;
 - cualquier otro pacto entre las partes, distinto a la extensión del plazo, podrá considerarse abusivo y, por tanto, anularse por un tribunal, si dicho pacto sirve para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o si son imposiciones no justificadas.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS (2/2)



- También serán nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación. En este sentido, las acciones de cesación y retracción en la utilización de estas condiciones generales podrán ser ejercitadas (según la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación) por:
 - asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, de profesionales, de trabajadores autónomos y de agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros,
 - las cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación, y
 - los colegios profesionales legalmente constituidos.
 - además, estas entidades también podrán personarse en los órganos jurisdiccionales o administrativos y asumir el ejercicio de acciones colectivas de cesación y retracción en defensa de los intereses de sus asociados frente a empresas incumplidoras con carácter habitual de los períodos de pago previstos en la Ley.

7. APLICACIÓN A SOCIEDADES ESPAÑOLAS O TRANSACCIONES EN LAS QUE UNA PARTE ES UNA SOCIEDAD ESPAÑOLA



- Conforme al Reglamento EC nº593/2008 de 17 de junio, la Ley que se aplica a las transacciones es la que las partes decidan, no obstante:
 - Si todas las partes, productos y demás elementos de la operación radican en un determinado lugar y se elige por las partes la ley de un lugar distinto, se aplicarán las normas imperativas vigentes en aquel lugar. En consecuencia, si en una operación completamente española, las partes se someten a otra legislación, no podrá obviarse la aplicación de los artículos imperativos de la Ley de lucha con la morosidad.
 - Si las partes, productos y demás elementos de la operación radican en diferentes lugares de la UE y se someten a una legislación que no corresponde a ningún estado miembro, se aplicará el derecho comunitario imperativo conforme se venga aplicando en el estado miembro del foro.

8. RÉGIMEN TRANSITORIO (1/3)



8.1 Aplicación a los contratos

- La Ley establece en su disposición transitoria primera que será de aplicación a los contratos que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor (7 de julio de 2010).

8.2 Calendario de “adaptación progresiva”

- La disposición transitoria segunda establece un calendario de “adaptación progresiva” que se aplica a las empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados que los previstos en la Ley.
- El calendario de “adaptación progresiva” establece los siguientes plazos de pago:
 - desde la **entrada en vigor** de la Ley hasta el **31 de diciembre de 2011 - 85 días**,
 - entre el **1 de enero de 2012** y el **31 de diciembre de 2012 - 75 días**,
 - a partir del **1 de enero de 2013 - 60 días**
- Se plantea la duda de si este calendario aplicaría (i) a los contratos vigentes a la entrada en vigor de la Ley (lo que implicaría aplicar retroactivamente la nueva normativa) o (ii) sólo a contratos que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigor.

8. RÉGIMEN TRANSITORIO (2/3)



- Creemos que la interpretación adecuada es la segunda, de forma que
 - La Ley no se aplica en ningún caso a los contratos que estuvieran celebrados antes de su entrada en vigor; y
 - Con respecto a los contratos que se celebren con posterioridad caben dos opciones:
 - si se celebran entre empresas que venían pactando plazos de pago más largos, podrán seguir pactando plazos superiores a 60 días, cumpliendo con el calendario de adaptación,
 - si se celebran por empresas que no venían pactando plazos de pago más largos, los plazos de pago máximo serán de 60 días.

Cabe plantearse qué se entiende por “venir pactando plazos de pago más elevados”, es decir, qué habitualidad se requiere para permitir la aplicación del calendario transitorio. Creemos que habrá que estar caso a caso, pero entendemos que lo importante será determinar si se está manteniendo o no la práctica anterior.

8.3 Aplicación a los contratos “marco”

- Los contratos “marco” son acuerdos de bases generales que no generan obligaciones de compra, venta o suministro específico (una clase de condiciones generales de contratación). Estas compras, ventas o suministros específicos surgen del pedido concreto que se efectúa cada vez.
- Entendemos que la aplicación de la Ley a los contratos “marco” según el régimen transitorio será como sigue:
 - a cada nuevo pedido que se realice a partir del 7 de julio de 2010 (fecha de entrada en vigor de la Ley), le resultará de aplicación el plazo de 60 días; o
 - en la medida en que dicho pedido se hiciera por una empresa que viniera pactando plazos de pago superiores le sería de aplicación el calendario de “adaptación progresiva” recogido en la disposición transitoria segunda.

9. MODIFICACIONES A LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO



- Reducción de los plazos de pago a un máximo de 30 días desde la expedición de la certificación de la obra o documento correspondiente a partir del 1 de enero de 2013 (respecto de los 60 días vigentes en la regulación anterior) siguiendo el periodo transitorio para su entrada en vigor siguiente:
 - desde la entrada en vigor de la norma hasta el 31 de diciembre del 2010, el plazo máximo de pago será de 55 días,
 - entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo será de 50 días, y
 - entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, el plazo será de 40 días.
- Proposición de procedimiento efectivo y ágil para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas.
 - los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración el cumplimiento de la obligación de pago, y en su caso, de los intereses de demora. Si en el plazo de 1 mes la Administración no hubiere contestado, se entenderá reconocido el vencimiento de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra ella, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda.
- Elaboración por parte de las Administraciones Públicas de un registro de facturas y demás documentos emitidos por los contratistas a efectos de justificar las prestaciones realizadas por los mismos.
- Creación de una nueva línea de crédito ICO-morosidad con condiciones preferentes dirigida a Entidades Locales con el objetivo de facilitar el pago de deudas firmes e impagadas a empresas y autónomos de fecha anterior al 30 de abril de 2010.
- Obligación trimestral de los tesoreros (o en su caso de las Corporaciones Locales) de elaborar un informe sobre el cumplimiento de los plazos previstos en la Ley 5/2010 para el pago de obligaciones de cada Entidad Local.

10. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY (1/2)



- Retraso en el pago sobre los plazos previstos
 - interés de demora de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004,
 - indemnización por los costes de cobro acreditados igual o inferior al 15% del importe de la deuda (dicha indemnización podrá ser igual a la cantidad debida siempre que la deuda no sea superior a 30.000 €). Esta indemnización parece deducirse del tenor literal de la Ley que es sustitutiva de la indemnización por daños y perjuicios prevista en el 1.106 del Código Civil.
- Cláusulas abusivas
 - se considerarán abusivas y serán nulas de pleno derecho las cláusulas que establezcan plazos de pago superiores a los previstos en la Ley,
 - ante un supuesto de reclamación judicial, el tribunal competente podría modificar el acuerdo entre las partes para ajustarlo a los plazos de pago previstos en la Ley.
- Cuentas anuales
 - a partir de las correspondientes al ejercicio 2010, las Cuentas Anuales deberán reflejar fielmente el cumplimiento de los plazos de pago previstos en la Ley.
- Competencia desleal
 - atendiendo a la justificación de la Ley y a lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal, no es descartable que un pacto de plazos de pago (o prácticas de pago) superiores a los establecidos en la Ley se estimara constitutivo de competencia desleal por violación de normas que tienen por objeto la actividad concurrencial.

10. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY (2/2)

● Sanciones Administrativas

- No se ha detectado ninguna base para considerar la existencia de sanciones administrativas o multas derivadas del incumplimiento de la Ley, ni se tienen noticias de que exista una previsión de establecimiento de este tipo de sanciones.

● Ley 15/2010 vs. Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)

- La Ley incorpora una disposición adicional primera relativa al “régimen especial para productos agroalimentarios” que establece la reducción a 30 días del plazo de pago de productos frescos y perecederos a partir de la fecha de entrega de las mercancías.
- En la referida disposición no se especifica que este régimen desplace o derogue el régimen de aplazamientos de pago del artículo 17 de la LOCM.
- *Conclusión:* pese a no haberse modificado expresamente, la nueva disposición adicional primera de la Ley lo sustituiría y derogaría tácitamente los apartados 2 y 3 del artículo 17 de la LOCM, en lo que respecta al pago de los productos de alimentación.