



cepyme

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE
LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA

NORMATIVA DE LUCHA CONTRA EL RETRASO EN LOS PAGOS DE LAS OPERACIONES COMERCIALES EN LAS PYMES

PROPUESTAS EMPRESARIALES
PARA COMBATIR LA
MOROSIDAD

11 de Noviembre de 2013

1. Introducción.

Tras la designación del Presidente de CEPYME Jesús Terciado el pasado 28 de febrero como uno de los representantes españoles del mundo empresarial ante la Comisión Europea para los asuntos de lucha contra la morosidad, desde nuestra organización nos pusimos a diseñar un plan de trabajo centrado en la morosidad ínter-empresarial, que nos permitiera por un lado, trasladar a la Comisión Europea cuál es la situación actual del retraso en los pagos de las Pymes españolas, así como contribuir a minimizar el impacto que tiene esta mala práctica comercial sobre la actividad de las empresas de menor dimensión.

En este sentido, desde CEPYME se está lanzando un conjunto de actuaciones en el ámbito de la lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales que se vertebra desde cuatro ejes:

- 1) análisis del entorno regulatorio,
- 2) estudio y análisis estadístico,
- 3) implantación de un Buzón de Morosidad y
- 4) campaña de comunicación.

Cepyme dispone de la versión inicial de un Programa de Trabajo que, desde el ámbito del análisis del derecho mercantil, nos ha permitido:

1. Establecer una base de conocimiento común y consensuada sobre el impacto de la normativa sobre morosidad.
2. A partir de esta base se establecerá un mecanismo de generación del diseño, implementación y evaluación de las medidas correctoras tendentes a minorar los costes económicos y financieros que tiene el retraso en los pagos sobre las Pymes.

Este Programa de Trabajo, elaborado por un grupo de expertos¹, ha llevado a cabo un análisis exhaustivo de la normativa vigente tanto comunitaria como nacional y extrae propuestas de modificación de la normativa que se plantean en este documento que Cepyme ha validado entre sus órganos de gobierno y que se detallan a continuación. En este sentido, desde Cepyme se agradece enormemente la colaboración de este Grupo de Expertos en la definición, análisis y discusión de cada una de las medidas que aquí se contemplan y cuyo trabajo de validación se ha llevado a cabo en el Grupo de Trabajo de Análisis de la Morosidad de Cepyme, conformado por representantes de las organizaciones sectoriales y territoriales de Cepyme.

¹ Marta García Mandaloniz, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (coordinadora del trabajo); Luis María Miranda Serrano, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba; Javier Pagador López, Profesor Titular de Derecho Mercantil de Córdoba; y Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

2. Impacto que el retraso en el pago genera en las Pymes.

La relación de la recesión económica con la acentuación del alargamiento de los plazos de pago y la morosidad es intensa. Cuando en épocas de crisis los plazos de pago se extienden y el cobro se retrasa, se elevan las necesidades de tesorería, se reducen los márgenes de beneficios y se incrementan los gastos y cargas financieras de las empresas. No siendo fácil el acceso a la financiación ajena bancaria en el contexto actual de restricción crediticia, muchas se ven conducidas a la iliquidez, quedando afectada su propia supervivencia. Indicaba la Comisión Europea en la *Small Business Act* (SBA), de junio de 2008, que la insuficiencia en la dotación de capital propio –y, añadimos, ajeno– se ve agravada por la demora en los pagos, provocando en el territorio europeo una de cada cuatro insolvencias, con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo y de renta cada año. Dos años y tres meses después, con ocasión del Dictamen que sobre la (entonces) Propuesta de nueva Directiva anti-morosidad redactaba, el Comité Económico y Social Europeo recalca que la morosidad en las operaciones comerciales generaba procedimientos concursales de empresas que “serían viables en circunstancias normales”. Las sucesivas demoras y los aplazamientos diferidos provocan concursos de acreedores en cascada en todo el proceso de suministro, produciendo “considerables efectos negativos a nivel económico y social”.

Quienes sufren con mayor rigor estas negativas consecuencias son las empresas de menor dimensión, sobre las que la morosidad y los aplazamientos de pago excesivos producen su efecto más penalizador. Énfasis en la posición precaria de las PYMES en sus negociaciones con las grandes empresas pondría el Comité Económico y Social Europeo en su nombrado Dictamen de 22 de septiembre de 2010, debido a “su nivel de competitividad actual y su posición en el mercado, su interés por no dañar las relaciones con los clientes, unas posibilidades muy limitadas de ser competitivas en cuanto a los plazos de pago que ofrecen a sus clientes, y su falta de experiencia y de recursos humanos y materiales para iniciar procedimientos legales de cobro de deudas”. La difícil cobertura financiera de la falta de liquidez, su frecuente dependencia de un número limitado de clientes y su debilidad en las relaciones comerciales con las grandes empresas condicionan, en efecto, muchas veces la aceptación de excesivos plazos y retrasos en los pagos. Aun sin desvirtuar lo anterior, somos conscientes de que la variable clave para la definición del poder de negociación, más que el tamaño, es el grado de concentración empresarial. Por ello, cuando en la parte contractual proveedora-acreedora se aúna un reducido tamaño con la atomización del sector del mercado en el que opera puede verse abocada a la insolvencia si sus clientes-deudores poseen un superior tamaño y grado de concentración económica e imponen su poder negociador para ampliar los aplazamientos y retrasar los pagos.

A idéntica consecuencia se desemboca cuando la relación contractual se entabla con una Administración Pública que no paga a tiempo. Si bien en las operaciones comerciales con las Administraciones cualquier empresa, con independencia de que su talla sea pequeña, mediana o grande, puede verse afectada por el retraso en el pago,

los perjudiciales efectos en las PYMES se agrandan por sus tradicionales problemas de financiación, acusados cuando el entorno presenta turbulencias económicas.

Desde el inicio de la crisis la morosidad ha tenido un impacto muy negativo en el sector productivo nacional, especialmente en el tejido pyme. De hecho, según los informes elaborados por CEPYME, la morosidad ha sido la causa directa de la desaparición de 61.642 pequeñas y mediadas empresas entre 2007 y 2012, lo que ha provocado la destrucción de unos 600.000 empleos. Y ello, a pesar de la moderada pero constante tendencia a la baja que se ha registrado en los niveles de morosidad desde el cuarto trimestre de 2010.

II. Análisis de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

1. Objeto

El objeto con el que la Directiva 2011/7/UE se redacta es, conforme manifiesta su propio título y el artículo 1.1, luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales con el propósito final de asegurar que el Mercado Interior funcione de modo óptimo, dotando de suficiente competitividad a las empresas europeas y, en particular, a las PYMES.

2. Ámbito de aplicación.

El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se concreta en los pagos que sean efectuados en las operaciones comerciales y que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación. Bajo el lato término de “operación comercial” se agrupan, en general, todas las operaciones sobre bienes y servicios remunerados.

3. Ámbito de aplicación subjetivo.

El ámbito de aplicación subjetivo está integrado por las empresas, públicas o privadas, así como por los poderes públicos. A estos efectos, la definición de “empresa” se recoge del siguiente modo: organización que, no siendo poder público, ejercite una actividad independiente económica o profesional, de forma colectiva o individual. Los empresarios individuales o autónomos encajan en la Directiva. También los profesionales liberales quedan cubiertos. Además, tanto los contratistas principales como sus proveedores y subcontratistas están incluidos.

En cuanto al concepto de “poder público” hay que acudir al artículo 2.2, que lo identifica con los poderes adjudicadores, tal y como son definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, ambas de 31 de marzo, a las que se remite. “Poderes adjudicadores” son, a los efectos de estas normas, el “Estado, las entidades territoriales,

los organismos de Derecho público [y] las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público”. Aquellas empresas sobre las que estos poderes adjudicadores “puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera” son calificadas como “empresas públicas”. Todas ellas se integran en la Directiva 2011/7/UE, si bien en relación con las medidas aplicables, se introducen para ellas las excepciones o matices que habrá luego ocasión de mencionar.

Los consumidores están excluidos, no regulándose las operaciones en las que intervienen.

4. Medidas sustantivas.

La Directiva 2011/7/UE implanta una serie de mecanismos disuasorios de la morosidad para combatir las desfavorables consecuencias que arrastra hacia las empresas, especialmente, pequeñas y medianas. Las medidas combativas son la determinación del plazo de pago, el devengo automático del interés de demora, el otorgamiento al acreedor de un derecho a reclamar una compensación por los costes de cobro, la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio, la obtención de un título ejecutivo mediante procedimientos de cobro de créditos no impugnados, además de la garantía de la plena transparencia de los derechos y obligaciones y de la sensibilización frente a la mora.

a. Plazos de pago y tipo de interés de demora.

A diferencia de su antecesora, la vigente Directiva aplica reglas distintas dependiendo de si las operaciones comerciales son inter-empresariales o entre empresas y poderes públicos. Así sucede en relación con los plazos de pago y el tipo de interés de demora.

En las transacciones entre empresas rige el principio de libre autonomía de la voluntad, tanto para fijar el plazo de pago como el interés en caso de retraso en el pago. Es para la hipótesis en que las empresas contrapartes no hayan fijado en el contrato un plazo de pago o un tipo de interés cuando las reglas legales subsidiarias aparecen.

El acreedor que cumple con sus obligaciones contractuales y legales y no recibe el pago a tiempo, tiene de modo automático derecho a recibir el interés de demora que haya sido acordado, si no resulta “manifiestamente abusivo para el acreedor”. De no haber contrato o no establecerse en el contrato un tipo de interés por retraso habrá que aplicar el interés legal de demora, consistente en el tipo de referencia más un margen, al menos, del 8%.

El acreedor tendrá derecho al tipo de interés contractual o legal de demora al día siguiente a la fecha de pago o al término de la fecha de pago que haya sido acordada libremente entre las partes en el contrato. Los Estados miembros están obligados a velar por que los plazos de pago fijados en los contratos no excedan de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario que no sea de nuevo “manifiestamente abusivo para

el acreedor”. Para determinar el abuso manifiesto habrá que considerar todas las circunstancias del caso concreto y, entre otras, si el deudor tiene una razón objetiva para apartarse del plazo de pago legal. El plazo legal supletorio es de 30 días naturales, a contar desde la fecha de recepción de la factura o solicitud de pago equivalente o, si resultare dudosa tal fecha, desde la recepción de los bienes o servicios o, si el deudor recibiere la factura antes que los bienes o servicios, desde la fecha de recepción de dichos bienes o servicios.

Para el supuesto de que por Ley o contrato hubiera un procedimiento de aceptación o comprobación de los bienes o servicios, si el deudor recibiera la factura como muy tarde en la fecha de la aceptación o verificación, los 30 días naturales se contarían a partir de esa fecha de aceptación o verificación. Los Estados velarán, en todo caso, porque los procedimientos de aceptación o comprobación no excedan de 30 días naturales desde la recepción de los bienes o servicios, salvo que expresamente se acuerde en contra en el contrato, siempre que no haya un abuso manifiesto.

Como se anunció, disímiles son las reglas para el sector público. La Directiva 2011/7/UE ha querido adoptar medidas severas en las operaciones comerciales con los poderes públicos, al entender que son quienes poseen la fuerza negociadora en las relaciones que contraen con las empresas, con independencia de su dimensión, aunque más aún con las de menor tamaño. Por ello, ha decidido, a diferencia de la normativa comunitaria anterior, armonizar los plazos de pagos y los tipos de interés.

Por lo que hace al plazo de pago, no podrá superar 30 días naturales, que se contarán a partir de la fecha de la factura o solicitud de pago equivalente, sin que dicha fecha pueda ser objeto de pacto contractual. En los supuestos de duda de esa fecha, de recepción de la factura antes que los bienes o servicios, o de existencia de un procedimiento de aceptación o comprobación, se aplicarán las pautas antes descritas para las operaciones entre empresas. Los citados 30 días sólo podrán ser ampliados mediante acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato si existe justificación objetiva derivada de la naturaleza o las circunstancias particulares del contrato. El límite infranqueable es que no exceda del doble, esto es, de 60 días.

Aparte y directamente, hasta un máximo de 60 días naturales están facultados los Estados miembros para ampliar aquel inicial plazo de 30 días en dos supuestos concretos: cuando se trate de empresas públicas que realicen actividades económicas de carácter industrial o mercantil y entreguen bienes o presenten servicios en el mercado, y cuando sean entidades públicas que presten servicios sanitarios.

Una vez vencido el plazo –conforme ha sido definido– la empresa acreedora que ha cumplido con sus obligaciones legales y contractuales tiene derecho a exigir del poder público deudor que se retrasa en el pago los intereses legales de demora de manera automática y, por ello, sin necesidad de intimación.

El interés legal de demora –en los términos que fueron indicados para las relaciones interempresariales– no podrá ser en ningún caso modificado. Cualquier práctica o cláusula que excluya el interés tanto en las relaciones entre empresas como entre éstas y la Administración “se considerará manifiestamente abusiva”.

b. Compensación por los costes de cobro.

Frente al sistema más generalista de la Directiva 2000/35/CE, la nueva Directiva rediseña el sistema de compensación por los costes de cobro, acumulando al interés de demora una cantidad fija mínima a la que tendrá derecho el acreedor, tanto en las operaciones entre empresas como en las entabladas con los poderes públicos “sin necesidad de recordatorio”, en compensación por los costes administrativos y gastos internos ligados al cobro del crédito en mora.

En, al menos, 40 euros ha establecido esta compensación el artículo 6.1 para cualquier cuantía adeudada.

En cualquier caso, la cantidad fija de 40 euros por los costes administrativos e internos que ha originado el cobro no impide sino que se añade a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa de la morosidad que pueda reconocer un tribunal nacional. Por ello, además del derecho al pago de aquella cantidad fija mínima, el acreedor continuará gozando del derecho a una “compensación razonable” por cualesquiera otros gastos que pruebe que hayan sido ocasionados por el retraso, tales como –en la relación ejemplificativa que contempla– los costes de la contratación de abogados o de agencias especializadas en la gestión de cobros.

Finalmente, ha de destacarse que cualquier cláusula contractual o práctica que excluya la compensación por los costes de cobro “se presumirá” (en presunción que entendemos *iuris tantum* y, por tanto, con admisión de prueba en contrario) manifiestamente abusiva.

c. Cláusulas y prácticas manifiestamente abusivas.

Para considerar el abuso manifiesto para el acreedor se apreciará la naturaleza del bien o del servicio, así como la razón objetiva que pueda tener el deudor para apartarse del tipo de interés de demora, del plazo de pago o de la cantidad fija que se estipulan supletoriamente en la Directiva. Lo que se añade, además, es “cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal”. Atendiendo, entre otras, a estas circunstancias, resultaría la cláusula o práctica manifiestamente abusiva y los Estados miembros vendrían obligados a disponer que no sería aplicable o que podría dar lugar a una reclamación por daños.

d. Reserva de dominio.

Para que entre en juego la reserva de dominio habrá de ser recogida en el clausulado del contrato con anterioridad a la entrega de los bienes. El artículo 9 de la Directiva se

remite, además, a las disposiciones nacionales que sean aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado.

e. Procedimientos de cobro de créditos no impugnados.

La nueva Directiva ha confirmado en el artículo 10 lo que propició la anterior Directiva 2000/35/CE: la instauración de “procedimientos de recurso rápidos y eficaces para el acreedor”.

La garantía de poder obtener un título ejecutivo es competencia de los Estados miembros. Por “título ejecutivo” se entiende –a los efectos de la presente Directiva y en la definición que proclama su artículo 2– la decisión, sentencia u orden de pago que sea dictada por un tribunal o, en su caso, por otra autoridad competente que permita al acreedor obtener la ejecución forzosa del crédito que ostenta frente al deudor.

La Directiva no se encarga de regular los procedimientos de ejecución forzosa sino de remitir su regulación a los Estados miembros, quienes, para la necesaria obtención del título ejecutivo, podrán adoptar procedimientos acelerados, independientemente de la cuantía de la deuda y “normalmente en el plazo de 90 días”. Este plazo se contará desde la presentación de la demanda. Sin embargo, dentro de ese período no serán tomados en consideración ni los plazos exigidos para la notificación ni los retrasos que pueda ocasionar el acreedor, por ejemplo, para subsanar demandas no admisibles.

En cualquier caso, se recalca que se trata de procedimientos para cobrar créditos no impugnados, por lo que no se aplicarán si hay impugnación de la deuda o de cuestiones de procedimiento.

III. Transposición de la legislación interna española a la Directiva 2011/7/UE: LLCM, LOCM y TRLCSP.

España decidió no esperar a la aprobación y publicación de la Directiva 2011/7/UE – aunque teniendo en cuenta los trabajos que venían fraguándose, desde abril de 2009, por medio de la Propuesta de Directiva– para avanzar en la revisión de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad (LLCM) mediante la Ley 15/2010, de 5 de julio. No obstante aquella primera revisión, ha sido necesario proceder a dos ulteriores modificaciones para tratar de ajustar su contenido al de esta Directiva de 2011: primero, por medio del Real Decreto-Ley 4/2013 y, poco después, de la Ley 11/2013, de 26 de julio.

Conviene advertir que en el ámbito de la morosidad en las operaciones entre empresas conviven yuxtapuestos en el ordenamiento jurídico interno español una Ley general, la LLCM, y una Ley especial, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

1. Grado de adecuación del ámbito de aplicación.

En cuanto al ámbito material y personal de aplicación de la LLCM puede indicarse, *a priori*, la adecuación con la norma comunitaria, si bien con los pequeños ajustes interpretativos que, a continuación, se manifestarán.

a. Ámbito de aplicación objetivo.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo, se excluyen los intereses relacionados con la legislación cambiaria, los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los de las entidades aseguradoras, y las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor. En los dos primeros casos interesa reseñar y, a la vez, criticar que la LLCM lleva al articulado lo que la Directiva sólo contiene en la parte de Considerandos, que, aun no estando desprovista de cierto valor jurídico, como elemento de interpretación, carece de valor normativo *stricto sensu*.

Ya que la decisión del legislador español fue (y no tenía por qué haber sido) la de incorporar al articulado la exclusión de "(l)os intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio" (aun cuando el cheque, al ser pagadero a la vista ex art. 174 de la Ley Cambiaria y del Cheque, no se muestra idóneo para instrumentar pagos aplazados), hubiera sido recomendable puntualizar que el hecho de que la obligación de pago del precio se documente cambiariamente no supone, a nuestro parecer, la desaplicación automática de la LLCM. La exclusión opera cuando son títulos abstractos, esto es, sin existencia de relación causal entre el deudor y el acreedor, pero no cuando persiste tal relación causal por no haber sido objeto de transmisión mediante endoso.

Por tanto, la exclusión se producirá tan sólo cuando el título-valor haya sido objeto de circulación cambiaria merced al endoso, de modo que no exista coincidencia entre el acreedor causal y el cambiario, en cuyo caso los intereses moratorios exigibles serán los prescritos en la legislación cambiaria. En cambio, en todos aquellos supuestos de coincidencia de acreedor cambiario y causal, habrán de cumplirse la totalidad de prescripciones de la LLCM.

Se excluyen, por otra parte, las deudas sometidas a procedimientos concursales, que se regirán por lo dispuesto en la normativa concursal. Pese a las dudas interpretativas que pudieran aparecer, consideramos que la exclusión abarca a las deudas concursales en sentido estricto, se desenvuelvan tanto en concursos voluntarios como necesarios. Bajo esta interpretación, los créditos contra la masa quedarían incluidos, por su característica nota extra-concursal, dentro del campo material aplicativo de la LLCM.

b. Ámbito de aplicación subjetivo.

Por lo que hace al ámbito subjetivo de aplicación, pudiera pensarse en un primer momento que la definición que del vocablo “empresa” ofrece la LLCM dista de la que dispone la Directiva. Si, en una interpretación restrictiva, pudiera considerarse que, con la frase “cualquier persona física o jurídica que actúen en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional”, se exige el requisito de la personalidad jurídica y, por tanto, quedarían excluidos los entes que carecen de ella, opinamos que es factible entender que también estas organizaciones están dentro de la LLCM, englobando a todos aquellos a los que la doctrina, legislación y práctica mercantil conoce como “operadores o agentes económicos”.

c. Ámbito de aplicación temporal.

Todos los nuevos contratos por operaciones comerciales entran dentro del ámbito de aplicación de las modificaciones que a la LLCM incorpora la Ley 11/2013. En cambio, se retrasa hasta el 28 de julio de 2014 la aplicación de las modificaciones que a la LLCM incorpora esta Ley 11/2013 en relación con los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta última.

2. Grado de adecuación de las medidas sustantivas.

A continuación, se hace necesario emprender el análisis del grado de adecuación de las medidas sustantivas adoptadas por el legislador español, siguiendo al comunitario.

a. Plazos de pago en la LLCM.

Para la fijación de la fecha o plazo de pago, se estará, en primer lugar, a lo convenido en el contrato por las partes.

El principio de libertad contractual se somete, sin embargo, *a priori*, a una mayor restricción en el terreno interno que en el comunitario. En el interno, el plazo de pago no podrá ampliarse –“en ningún caso”– más allá de los 60 días naturales, mientras que en el comunitario –se recuerda– la ampliación contractual podrá superar esos 60 días si no se desemboca en un abuso manifiesto para el acreedor.

Pese a esta inicial discrepancia la LLCM no tendría por qué modificarse más en este extremo, al autorizar el apartado tercero del artículo 12 de la actual Directiva (como también el artículo 6.2 de la anterior) el mantenimiento o establecimiento de “disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva”. España, al igual que Francia, ha determinado unas normas internas más favorables para el acreedor por ser más restrictivas para el deudor. Su propósito es proteger a la parte acreedora de menor dimensión e inferior poder de negociación, en la filosofía subyacente del “*favor creditoris*”.

Si no se hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, el plazo que habría de cumplir el deudor sería el legal de 30 días naturales. Hasta aquí la concordancia es plena con la Directiva. El contraste se produce en el “*dies a quo*”. Mientras en la redacción de la Directiva los 30 días naturales empiezan a contar desde la fecha de la recepción de la factura y, sólo en caso de duda de ésta, desde la recepción de los bienes o servicios, en la literalidad de la LLCM el cómputo se pone en marcha desde “la fecha de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios”. El distinto inicio del cómputo se hace para garantizar el anunciado principio del “*favor creditoris*”, terminando con maniobras fraudulentas consistentes en el retraso en el envío de la factura.

Adicionalmente la LLCM obliga al proveedor a entregar las facturas a sus clientes antes de 15 días naturales, a contar desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de servicios.

En una rápida lectura de la LLCM pareciera haber un cambio del *dies a quo* para el caso de emisión de factura electrónica en la hipótesis de plazo de pago contractual, al indicar que “la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago”. Pero, cabe pensar que se produce una equivalencia funcional entre la factura en papel y la electrónica para el establecimiento del día para el inicio del cómputo de pago, por lo que la regla para este inicio también en las facturas electrónicas sería la general, esto es, desde la fecha de la recepción de las mercancías o prestación de los servicios.

El acople entre la LLCM y la Directiva se retiene si existe un procedimiento de aceptación o comprobación de los bienes o servicios. La única diferencia –fácil de encajar y justificar, de nuevo, en el artículo 12.3 de la Directiva– es que en nuestro sistema interno no se permite el acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato para ampliar el plazo de 30 días naturales desde la fecha de recepción de los bienes o servicios sometidos al procedimiento de aceptación o comprobación.

A esos primeros 30 días hay que sumar 30 más, en este caso desde la aceptación o la comprobación, para la realización del pago, si bien estos últimos 30 días pueden ampliarse por las partes hasta 60 días. De haber esta ampliación contractual podría desembocarse en un plazo de hasta 90 días.

Una segunda situación abre una nueva “rendija” al plazo máximo legal de 60 días: la agrupación de facturas. La LLCM regula, de modo un tanto enrevesado, la agrupación de facturas y fija una regla especial. Se permite la agrupación de facturas en un período que no supere los 15 días, mediante una “factura resumen periódica” o una “agrupación periódica de facturas”, siempre que se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo la fecha correspondiente a la mitad del período y el plazo sea, como máximo, de 60 días desde tal fecha. Aun cuando sea habitual en la práctica sobre todo de la distribución comercial, con la agrupación de facturas se excede en 7 u 8 días los 60 días que parecía que “en ningún caso” iban a poderse sobrepasar.

Con un “hueco” más y de mayor anchura es posible toparse. En línea con la Directiva, se ha incluido un nuevo párrafo final en el artículo 6 de la LLCM que dispone que “(e)n caso de que las partes hubieran pactado calendarios de pago para abonos a plazos, cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en esta ley se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas”.

Sorprende esta norma porque, aunque a primera vista podría pensarse que sólo fija consecuencias en cuanto a los intereses moratorios y a las compensaciones por costes de cobro, también es relevante en lo que concierne a la duración de los plazos de pago. La admisibilidad de estos calendarios de pago ex artículo 6 LLCM es sencillamente incoherente con la decisión legal terminante de no admitir “en ningún caso” plazos de pago superiores a 60 días, toda vez que con fundamento en el artículo 6 LLCM los particulares podrían convertir en “papel mojado” la exigencia legal del artículo 4 LLCM. Así ocurriría, por ejemplo, si las partes fijasen un pago aplazado en cuatro plazos de 50 días de duración cada uno, lo que daría lugar a un aplazamiento global de 200 días.

Tras la reforma de febrero de 2013 y de julio del mismo año, nuestra LLCM establece, por un lado, la prohibición de aplazamientos superiores a 60 días (art. 4) mientras que, por otro, parece aceptar aplazamientos que rebasen dicha duración con tal de que, para ello, se acuerde entre las partes un calendario de pago a plazos (art. 6). Aunque también sería posible entender que el artículo 4 LLCM tiene primacía sobre el artículo 6, de modo que los aplazamientos de pago superiores a 60 días son inadmisibles y sólo serían admisibles “calendaritos de pago”, esto es, aquellos en los que el pago se efectuara en distintos plazos pero en un período nunca superior a 60 días, ello no nos parece lógico ni razonable.

Una vez examinado e interpretado el plazo de pago, comentemos para finalizar este apartado que en caso de retardo en el pago, habrá un interés automático por la demora. En la hipótesis de que no hubiera pacto en cuanto al tipo de interés, habría que acudir al que fija el artículo 7.2 LLCM, que eleva el margen a sumar al tipo de referencia a 8 puntos porcentuales, ajustándose al tope mínimo de la Directiva.

b. Plazos de pago en la LOCM

En la LOCM se dibujan una serie de supuestos particulares para los que se delimitan diversos plazos de pago en función del tipo de productos comercializados en el comercio minorista.

Si son productos de alimentación frescos y perecederos el aplazamiento de pago no puede exceder de 30 días, a contar desde la entrega de las mercancías. Cuando los productos no son frescos o perecederos ni de alimentación y gran consumo, se permite acordar plazos que superen los 60 días, debiendo quedar, en tal caso, instrumentado el pago en un documento que lleve aparejada acción cambiaria. En tal caso, es posible superar el plazo de 90 días, con la única restricción de que el documento sea endosable a la orden, o, incluso, de 120 días, a cambio de que el vendedor pueda solicitar garantía mediante aval bancario o seguro de crédito o caución. Éstos son mayores plazos de pago que los de la LLCM.

c. Plazos de pago en el TRLCSP.

La regulación para las operaciones entre las empresas y las Administraciones Públicas se encuentra en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), que ha sido modificado, a estos efectos, por el Real Decreto-Ley 4/2013 y la Ley 11/2013.

Destaca, en primer lugar, que el TRLCSP, al regular el plazo general de 30 días, lo limita a la Administración Pública, en vez de extenderlo al concepto más amplio de “poderes adjudicadores” al que alude la Directiva.

Además, aquellos 30 días no se cuentan a partir de la fecha en que el deudor recibe la factura sino –como novedad– desde la “fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados”, debiendo ser aprobados “dentro de los 30 días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato”.

Acuerdo expreso en contrario para alargar el plazo también permite la Directiva en el apartado sexto del artículo 4, pero con un doble límite, ausente en el TRLCSP: siempre que exista justificación objetiva por la naturaleza o características peculiares del contrato y no exceda, en ningún caso, de 60 días naturales.

Sin necesidad de pacto, sabemos que la Directiva faculta a los Estados para ampliar el plazo hasta un máximo de 60 días en los dos supuestos excepcionales de las empresas

públicas que realicen actividades económicas de carácter industrial o mercantil y de las entidades sanitarias. Esta facultad no ha sido, sin embargo, acogida en España.

Lo que nuestro país ha decidido, en cambio, es permitir al contratista que pacte con subcontratistas y suministradores plazos de pago superiores, siempre que no se cometa un abuso en los términos del artículo 9 LLMCM, y –de forma análoga al artículo 17 LOCM– el pago quede instrumentado en título-valor cambiario, pudiendo garantizarse el pago mediante aval. El límite de que el pacto no constituya una cláusula abusiva, se suma el respeto a “los límites previstos en el artículo 4.3” LLMCM, es decir, los consabidos 60 días naturales que “en ningún caso” pueden superarse.

Por otra parte, la Administración contratante podrá comprobar el cumplimiento de los pagos que los contratistas hacen a los subcontratistas o suministradores, previa entrega por parte de los contratistas de una relación de todos los subcontratistas o suministradores cuando se haya perfeccionado su participación, junto con las condiciones de la subcontratación relativas a los plazos de pago y un justificante del cumplimiento de tales pagos “una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 TRLCSP y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación”. Aquel “podrá comprobar” debiera haber sido, en nuestra opinión, un “deberá comprobar”, esto es, una obligación legal y no una potestad.

Siempre que la Administración se retrasa en el pago ha de abonar al contratista el tipo de interés legal de demora del artículo 7 LLMCM. Pero, para que se inicie el cómputo del plazo a efectos del devengo de intereses, la TRLCSP impone al contratista una obligación que no encuentra correspondencia específica en la Directiva, salvo que se entienda justificado por la condición general de cumplir “sus obligaciones contractuales y legales” para tener derecho a los intereses legales de demora. En cualquier caso, el acreedor debe presentar la factura ante el registro administrativo que corresponda en el plazo de 30 días desde que hizo la entrega de los bienes o los servicios. De incumplir el contratista esta obligación de entrega de la factura en el plazo marcado, el devengo de intereses no se iniciaría hasta transcurrir 30 días a partir de la fecha de presentación de la factura en el correspondiente registro.

Cuando la demora es superior a 4 meses el contratista puede suspender unilateralmente la ejecución del contrato. Este plazo comienza con el transcurso de 30 días desde la expedición de la certificación de obra o de los correspondientes documentos que acreditan la realización del contrato. Tras el necesario preaviso de al menos un mes, se acordará la suspensión, que llevará consigo el abono de los daños y perjuicios que el contratista haya podido sufrir.

Antes, cuando la demora era mayor de 8 meses era posible la resolución del contrato, amén del consiguiente resarcimiento de los perjuicios, conforme señala el TRLCSP. Esta previsión de resolución se reforma ahora mediante la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, para reducir el plazo de 8 meses a 6.

Novedades también presenta el Proyecto de Ley orgánica de control de la deuda comercial en el sector público (presentado en el Congreso de los Diputados el 24 de septiembre de 2013) al establecer medidas para obligar a las Administraciones a cumplir el que denomina “período medio de pago a proveedores” (o, en siglas, PMP).

En caso de que el PMP (que habrá de ser publicado en los correspondientes portales web) supere, durante dos meses consecutivos y en más de 30 días, el plazo máximo (de 30 días) que marca el TRLCSP se activarán mecanismos de control. Habrán de incluir en la actualización de su plan de tesorería inmediato posterior el importe de aquellos recursos que se dedicarán mensualmente al pago a los proveedores, además de asumir el compromiso de adoptar medidas para generar la tesorería que sea precisa para cumplir con aquel plazo máximo legal.

Para las Comunidades Autónomas se contienen una serie sucesiva de estrictas medidas preventivas, correctoras y coercitivas.

Como prevención, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas comunicará a la incumplidora el importe que deberá dedicar mensualmente al pago a proveedores y las medidas de reducción de gastos e incremento de ingresos a aplicar para reducir el PMP a 30 días. Este sistema preventivo también alcanza a las Corporaciones Locales.

Como corrección, cuando el PMP de la Comunidad Autónoma supere en más de 30 días el plazo máximo legal durante 2 meses consecutivos, a contar desde la actualización de su plan de tesorería, se le informará que deberá adoptar un acuerdo de no disponibilidad por aquel importe comunicado, al tiempo que las operaciones de endeudamiento a largo plazo tendrán que someterse a autorización estatal y habrán de adoptarse nuevas medidas en el plan de tesorería. Si aun así no se consiguiera reducir el PMP, se abrirá un procedimiento de retención de los importes a satisfacer por los recursos de los regímenes de financiación para el pago a proveedores y el citado Ministerio satisfará el pago a los acreedores de la región autonómica.

Como coerción, las competencias normativas de las Comunidades Autónomas en materia de tributos los ejercerá el Estado e, incluso, se abrirá un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2% del PIB autonómico nominal.

No cabe duda que el conjunto de estas medidas implican una intensa injerencia a la autonomía financiera. No obstante, su justificación se halla en la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria.

Con independencia de estas previsiones –que pudieran permitir acompasar el período real al período legal de pago– y para cualquiera de los casos, los daños que a la empresa acreedora se le produzcan con motivo del retraso del pago por parte de la Administración son susceptibles de ser reclamados, amén de los intereses legales y de la indemnización por los costes de cobro, de acuerdo a lo recogido en la LLCM.

3. Indemnización por los costes de cobro.

Sabido es que el artículo 6 de la Directiva acumula al interés de demora una cantidad fija mínima de 40 euros a la que tendrá derecho todo acreedor, en compensación por los gastos internos de gestión o administración ligados al cobro del crédito en mora. Estos 40 euros son una cifra que los Estados miembros han de recoger, pudiéndola elevar para hacerla más favorable al acreedor o revisarla periódicamente para su adecuación a la inflación.

España la ha acogido y no la ha elevado, como tampoco otros países, entre ellos Francia (*article D.441-5 du Code de Commerce*, introducido por el Décret n° 2012-1115, du 2 octobre 2012). Lo que, en unos casos, será una compensación adecuada e, incluso, alta; en otros muchos, nos tememos que será ínfima y pueda provocar la argucia de fraccionar la suma total adeudada en diversas facturas de baja cuantía porque, en todo caso, entendemos que esos 40 euros son por factura impagada, aunque sobre este último extremo no se pronuncie el legislador y los pronunciamientos jurisprudenciales puedan ser dispares.

4. Cláusulas y prácticas manifiestamente abusivas.

En lo que a las cláusulas y prácticas manifiestamente abusivas se refiere, la Ley 11/2013 da una nueva “vuelta de tuerca” al artículo 9.1 LLCM instituyendo un nuevo tenor literal, que en sus primeras líneas está acorde con el artículo 7 de la Directiva.

Para declarar la nulidad de las cláusulas en cuanto al plazo de pago, ya no se remite a lo establecido “con carácter subsidiario” en el artículo 4.1 LLCM. A pesar de la supresión de la referencia a los plazos de pago fijados “con carácter subsidiario”, y a pesar también de la nueva redacción del art. 9.1.c), que sólo se refiere –como circunstancia a tener en cuenta para valorar la abusividad– al hecho de que el deudor tenga una “razón objetiva” para apartarse del tipo de interés legal de demora y de la cantidad fija en que consiste la indemnización por costes de cobro (pero no del plazo de pago), no podemos olvidar que este mismo artículo 9 LLCM comienza fijando un control de abusividad que alcanza también a los plazos de pago, al disponer que será nula una cláusula o práctica “relacionada con la fecha o el plazo de pago” en los casos en que “resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor”.

Por ello, y aun con dudas y cautelas, creemos que los calendarios de pago más allá de los 60 días se admitirían, aunque no habrían de ser manifiestamente abusivos, para lo cual habrían de tenerse en cuenta "todas las circunstancias del caso" y, en particular, "cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal" o "la naturaleza del bien o servicio".

Dificultades interpretativas también asaltan en relación con el interés de demora. En los términos que plantea el nuevo artículo 9.1 LLCM, serán nulas, en primer lugar y en todo caso, las cláusulas pactadas o las prácticas contrarias a los requisitos del artículo 6 LLCM para exigir los intereses de demora; en segundo lugar y en todo caso, "aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora"; en tercer lugar y entendemos que también en todo caso, las "que excluyan el interés de demora"; y, en cuarto lugar, pero no en todo caso, "cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor".

Siendo abusivo, es nulo. ¿Cuándo es abusivo? Se califica como abusivo ese interés pactado cuando "sea un 70% inferior al interés legal de demora". Se trata de una radical novedad. No está previsto un porcentaje de este carácter en la Directiva, pero ¿está permitido por ella? La respuesta sería positiva acudiendo, una vez más, al artículo 12.3 del texto comunitario, que permite disposiciones nacionales más favorables para el acreedor, en el caso de que pudiera entenderse que con la implantación de ese porcentaje se está beneficiando al acreedor. Pero, al ser tan elevado el porcentaje, tenemos serias dudas de que no perjudique, más que beneficie, al acreedor. Hay más aún: hay una salvedad. La salvedad es que no se calificará nulo en todo caso, debido a que podrá probarse que no resulta abusivo.

IV. Propuestas de modificación de la legislación interna española para su completa adecuación a la Directiva 2011/7/UE.

Una vez que han sido sometidas a observación, comparación y valoración las principales medidas sustantivas que se han adoptado por parte de las instancias comunitarias y españolas para luchar contra el problema conjunto de los excesivos plazos y el retardo en el pago, es momento de recordar y aglutinar algunos de los comentarios críticos que, al respecto, han sido vertidos para plantearlos de modo muy sucinto, a modo de propuestas de modificación normativa, con el propósito de intentar lograr el pleno acomodo con la Directiva 2011/7/UE o tratar de hallar la ansiada coherencia de nuestra dispersa normativa interna. No podemos aquí más que enumerarlas y ordenarlas para no ser redundantes con lo que en las páginas precedentes ha sido desarrollado. Lo que sí, en cambio, podemos hacer es complementarlas luego con una nueva sugerencia *ad extra* del marco jurídico de la LLCM, la LOCM y el TRLCSP. La nueva propuesta se inserta en otro ámbito, el de la competencia desleal, capaz, a nuestro juicio, de provocar una revulsión contra las conductas empresariales contrarias a las buenas prácticas de pago.

1. Propuestas de modificación legislativa en las operaciones comerciales entre empresas.

I. Entre todas las críticas que hasta este instante han sido planteadas, nos vemos en la obligación de resaltar, en primer lugar, la grave incoherencia que, a efectos internos, conlleva tener dos regímenes jurídicos diferenciados para las operaciones comerciales inter-empresariales: el general de la LLCM y el especial de la LOCM para el sector del comercio minorista. La **derogación de los artículos 16 y 17 LOCM** es, por ello, la primera de las propuestas normativas, aun cuando su mantenimiento no se impida por mor de la Directiva. En este sentido, una vez valorada la práctica comercial en cuanto a la operativa de pagos a proveedores y la complejidad en el sector de la distribución comercial, **se considera razonable mantener en estos momentos este régimen especial hasta que se proceda al desarrollo de un régimen sancionador general extensivo al conjunto de las actividades económicas.**

II. En segundo lugar, cabe destacar las serias dificultades interpretativas que provoca el nuevo párrafo final del artículo 6 LLCM, sobre **los calendarios de pago**, en conexión con el artículo 4.3 LLCM, por sus efectos en cuanto a la duración de los plazos de pago. Ya señalamos cómo la admisibilidad de estos calendarios de pago resulta incoherente con la decisión legal de no admitir “en ningún caso” plazos de pago superiores a 60 días, debido a que las partes contratantes podrán convertir en “papel mojado” esta exigencia legal.

En cualquier caso, creemos que es factible interpretar (aunque también sería factible interpretar lo contrario) que son admisibles plazos de pago superiores a través de estos calendarios de pago a plazos, salvo, obviamente, que dichos calendarios se entiendan manifiestamente abusivos en los términos del artículo 9 LLCM. Esperemos que de esta interpretación jurídica no se derive una situación práctica contraria a los intereses y la

supervivencia de las PYMES porque –tégase siempre presente– son ellas las que generan gran parte del empleo en el sector privado.

Consideramos, por ello, más apropiado incluir al final de la previsión existente en el art. 6 in fine un inciso con el siguiente tenor: “La suma de todos los plazos previstos en un calendario de pago no podrá superar, en ningún caso, la duración máxima de 60 días naturales fijada en el art. 4.3”.

III. Por lo que hace a este mismo artículo 4 LLCM sobre los plazos de pago interesa recalcar, en tercer lugar, el desconcierto en la praxis que puede derivar del párrafo tercero de su apartado primero respecto de las **facturas electrónicas**. Aunque –atendiendo a los orígenes pre-legislativos de la Ley 15/2010 que lo introdujo– es posible interpretar que, en todo caso, comienza el inicio del cómputo tras la recepción de las mercancías o prestación de servicios, lo deseable sería haber abordado con la Ley 11/2013 o abordar en el futuro una redacción que especifique si tan sólo se está ante el principio de equivalencia funcional entre el formato papel y el formato electrónico (como opinamos) o pretende modificarse el *dies a quo* para el cómputo del plazo de pago.

Si fuera esta última la opción elegida por el legislador, sería adecuada su **uniformización**: a contar en ambos casos **desde la recepción de los bienes o servicios**.

IV. En cuarto lugar, yendo ahora al artículo 9 sobre las **cláusulas y prácticas abusivas**, llama la atención, de un lado, el dato que las prácticas se califiquen como nulas, derivando de la nulidad su ineficacia, toda vez que lo que hay lugar en relación con las prácticas es su ilicitud.

De otro lado, sorprende que este artículo 9, a su comienzo, se refiera al abuso manifiesto, por haber “copiado” el artículo 7.1 de la Directiva, al tiempo que en sus dos párrafos finales hable tan sólo de abuso sin adornarlo con el carácter manifiesto. Esto debería corregirse.

V. Por último, tenemos recelos de que con la implantación del porcentaje, tan alto, del 70% inferior al **interés legal de demora**, para declarar nulo el interés contractual, se esté beneficiando al acreedor, y, además, se impone la salvedad que ni siquiera así se declarará nulo en todo caso. Por ello, se requiere que se suprima la voluntad contractual de las partes en lo que se refiere al establecimiento de los intereses de demora, estableciéndose el mismo en según el tipo de interés legal de demora más ocho puntos porcentuales.

VI. Aparte, en penúltimo lugar, por no quedar englobado dentro de la función de transposición de la Directiva y, además, generar dudas en su puesta en conexión con el Reglamento del IVA, podría ser de provecho la eliminación del párrafo segundo del artículo 4 LLCM cuando obliga a la entrega de las facturas en 15 días naturales.

VII. Asimismo, una redacción que clarificase el apartado 4 del tan manido artículo 4 LRCM, sobre la agrupación de facturas, sería, no imprescindible, pero sí de utilidad. No se olvide, además, que a su través puede sobrepasarse en 7 u 8 días el plazo máximo legal de 60 días. Ni ésta ni la anterior se han afrontado en la Ley 11/2013, continuadora del RD-L 4/2013. Una ocasión perdida.

VIII. Por último, por generar dudas en la práctica e interpretaciones doctrinales y judiciales dispersas, sería conveniente concretar que el cobro de la indemnización de los 40 euros es por factura, según entendemos, y no por procedimiento.

2. Propuestas de modificación legislativa en las operaciones comerciales entre una empresa y la Administración Pública.

I. En las operaciones comerciales entre una empresa y una Administración Pública merece nuestro reproche, por considerar que no encaja con la Directiva, la redacción que al artículo 216.4 TRLCSP concedió el RD-L 4/2013 y sin cambios la Ley 11/2013, retrasando el inicio del **cómputo del plazo** hasta la aprobación de las certificaciones y condicionando el pago de **los intereses de demora** a la obligación del contratista de registrar la factura en 30 días, conforme hubo antes ocasión de detallar y ahora de remitir, cuestiones que deben ser corregidas, es decir, el cómputo del plazo establecido para las AA.PP debe iniciarse a la entrega de los bienes o servicios y los intereses de demora deberán computarse a partir de esta fecha, independientemente que se registre la factura en 30 días.

II. Asimismo, se insiste en que resulta indispensable **extender el ámbito subjetivo** de aplicación a los poderes adjudicadores (en la terminología y definición del artículo 2.2 de la Directiva) que no reúnan la condición de Administración Pública, para que todos ellos estén obligados a pagar en el plazo de 30 días.

III. Hay que aludir a la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, cuando incluye en el TRLCSP un nuevo artículo 228 bis a través del que establece un control de los pagos que hacen los contratistas adjudicatarios a sus subcontratistas o suministradores.

La **facultad de comprobación de la Administración contratante**, respecto del cumplimiento de los pagos que los contratistas hacen a los subcontratistas o suministradores, tendría que ser –ya lo avanzamos– una **obligación legal de comprobación**.

IV. Asimismo, se insta a través de adición al artículo 228 bis del TRLCSP de un segundo apartado a que toda la facturación de un **suministrados o subcontratista** al contratista principal de una obra pública, será pasada como información a la **Administración Pública** contratante, la cual procederá a su **abono directo si se superan los 60 días** de plazo, trayendo su pago de las cantidades a percibir por el contratista principal.

3. Propuestas de modificación legislativa en materia de competencia desleal.

Nos queda por efectuar una nueva propuesta legislativa, pero, esta vez, fuera tanto del texto de la LLCM o de la LOCM como del TRLCSP, y que no se justifica tanto por la necesidad o conveniencia de asegurar o mejorar el ajuste de nuestro ordenamiento interno a las exigencias de la Directiva Comunitaria, cuanto por su oportunidad político-jurídica, en cuanto pensamos puede resultar extraordinariamente útil como medida específica de lucha contra el problema que nos viene ocupando a lo largo de las páginas del presente Informe-Estudio.

En esta línea, creemos que podría resultar conveniente la inserción en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) de diversas previsiones tanto de carácter sustantivo como procesal, destinadas a declarar *expressis verbis* la deslealtad de determinadas conductas empresariales relacionadas con la determinación y cumplimiento de los plazos de pago y las consecuencias de su inobservancia.

Desde el punto de vista jurídico-material, se trataría de **tipificar como actos desleales tanto la inobservancia grave de los plazos de pago legal o contractualmente exigibles como otras conductas conexas, como, por ejemplo, la inobservancia de los Códigos de buenas prácticas voluntariamente asumidos.**

Desde el punto de vista procesal, creemos que es oportuno **potenciar los supuestos de legitimación activa colectiva**; estableciéndola, además, para posibilitar la reclamación del resarcimiento de los daños y perjuicios que, de modo no infrecuente, afectarán a una pluralidad de empresas pequeñas y medianas que, por sus pocos recursos u otras razones, se verán de facto abocadas a renunciar a la obtención de la efectiva indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Cuando se trata de una práctica contraria a la Ley, lo que procede es declarar su ilicitud y, si es posible, remover sus efectos. Y ese es el cometido específico de la LCD y del sistema de acciones judiciales que establece. Por esta razón, sugerimos que se modifique esta última a fin de tipificar como desleales –aun cuando en rigor de conceptos cabría llegar a un resultado interpretativo similar en su redacción actual– determinados comportamientos relacionados con la materia que nos ocupa.

Dos son las posibilidades que *prima facie* se abren: o bien tipificar el supuesto de competencia desleal dentro del artículo 15 LCD, relativo a los actos de competencia desleal por infracción de normas, o bien incluirlo dentro del artículo 16 LCD, relativo a ciertos supuestos de causación de perjuicios a proveedores y clientes, sobre todo en los casos de existencia de situaciones de dependencia económica.

A nuestro juicio, es más adecuado incluir la norma que proponemos dentro del primero de los dos preceptos indicados y, más en concreto, dentro de su segundo apartado, que considera competencia desleal la simple infracción de normas "que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

Para ello, **bastaría con incluir, al final del artículo 15.2 LCD**, un inciso con el siguiente tenor literal: **"A estos efectos, se considerará que tienen dicho objeto las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales"**.

Ahora bien, no puede soslayarse el contexto fáctico en que se producen los problemas que estamos analizando. No es infrecuente que los acreedores renuncien a exigir el pago temporáneo de sus créditos por temor a represalias comerciales, dado el desequilibrio que muchas veces existe entre deudor y acreedor en perjuicio de este último.

Por esta razón, puede ser oportuno tipificar como acto de competencia desleal por abuso de situación de dependencia económica la ruptura de relaciones comerciales u otras formas de represalia subsiguientes a la exigencia por parte del acreedor del pago de sus créditos. Con este fin, sugerimos la introducción de un nuevo apartado c) dentro del artículo 16.3 LCD, con el siguiente tenor literal: **"La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida u otra forma de represalia comercial, si durante el año anterior la parte que lleva a cabo esta conducta hubiera sido requerida, demandada o condenada por infracción de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales frente a la parte perjudicada por la ruptura. Quedará exceptuada la deslealtad cuando dicha conducta se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor"**.

Podría resultar conveniente reforzar también desde la LCD el respeto de los **Códigos de buenas prácticas en materia de pago que sean voluntariamente asumidos**. A este respecto, conviene tener en cuenta que es objetivamente dudosa la aplicabilidad de los artículos 37 y siguientes de la LCD, por tratarse de preceptos mediante los que se incorpora la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con consumidores.

Por esta razón, podría ser conveniente incluir un último inciso en el artículo 5.2 o un nuevo apartado 3º con el siguiente tenor: **"Del mismo modo, se reputará desleal el mero incumplimiento de los compromisos asumidos en un Código de buenas prácticas en materia de pago al que el empresario o profesional se haya adherido voluntariamente"**.

Desde el punto de vista procesal, consideramos que sería oportuno introducir **mecanismos de legitimación activa colectiva** para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, al menos para el caso de que exista un grupo de perjudicados caracterizables como **PYMES**.

Sería ésta una medida indicada no sólo para facilitar la obtención del debido resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas de lucha contra la morosidad, sino también para otros supuestos de conductas ilícitas perjudiciales para colectivos de PYMES.

Con este fin, sugerimos, por último, la introducción de un nuevo párrafo 2º dentro del artículo 33.2 LCD con la siguiente literalidad: "Cuando la conducta desleal haya causado perjuicios a una pluralidad de pequeños y medianos empresarios, ostentarán además legitimación activa para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios las asociaciones empresariales o profesionales o representativas de intereses económicos de las PYMES, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros".

En este sentido, sería interesante que se habilitara la posibilidad de que representantes de la Comisión Europea o de cualquier otra institución comunitaria pudiera encargar informes a la CNMC sobre el cumplimiento de la LLCM.

En todo caso, el objetivo que con ella se persigue pudiera conseguirse potenciando los mecanismos de legitimación activa colectiva en la LLCM. En esta última dirección, sería conveniente extender la legitimación activa al Ministerio Fiscal, al estilo de lo que se hizo con la acción de cesación por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

V. OTRAS PROPUESTAS PARA REDUCIR EL NEGATIVO IMPACTO QUE EL RETRASO EN EL PAGO GENERA EN LAS PYMES.

La tradicional “picaresca” para tratar de huir de la aplicación de la Ley está firmemente arraigada en nuestra Sociedad. Es, por eso, que resulta imprescindible acometer cambios procedentes desde una vertiente extra-legislativa, bien que en ella también el legislador podría “decir” mucho.

Parece oportuno, por tanto, buscar otras vías de resolución del problema. Labores de sensibilización, Códigos de buenas prácticas comerciales, procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, una óptima estructura y gestión financiera e, incluso, la eventual implantación de un régimen sancionador será la batería de propuestas que se enunciará y describirá, a continuación, con somero.

I. Informar y formar a las empresas en la cultura del pago a tiempo es una de las medidas que tendrían que fomentarse

En este sentido, desde Cepyme se lanzará una campaña de comunicación dirigida a difundir una continua labor de “mentalización” a las empresas de la necesidad de cumplir atendiendo a unas buenas prácticas comerciales. Subsiste una actitud bastante generalizada en la clase empresarial según la cual se entiende que el retraso intencionado en los pagos a proveedores y clientes (crédito comercial mal entendido) es sinónimo de buena gestión comercial. Debiera modificarse esta actitud, provocando un cambio de mentalidad susceptible de abrir paso a una nueva situación, más próxima a la existente en los países del norte de Europa, donde los aplazamientos de pago y la morosidad apenas representan un problema. Las organizaciones o asociaciones empresariales territoriales y sectoriales desempeñarán un papel clave para involucrar y hacer partícipes a sus empresas asociadas de esa cultura del buen y pronto pago.

Asimismo, esta campaña de comunicación se orienta hacia la necesidad de informar tanto a las Pymes, como al resto de agentes y operadores económicos sobre todos aquellos instrumentos legales y de mejora de la gestión empresarial que están a disposición de los mismos para minimizar el impacto que tiene la ampliación de los plazos de pago de las operaciones comerciales inter-empresariales

Rondas de reuniones informativas; charlas, talleres o seminarios; publicaciones especializadas y folletos informativos; campañas promocionales institucionales; y difusión de buenas o mejores prácticas (“best practices”) ayudarían sin duda en esta tarea. En lo que a este último punto respecta, podría llegar a pensarse (como parece estar pensándolo Alemania) en la publicación de una base de datos que acogiera un listado positivo de “buenos pagadores”, esto es, de aquellos empresarios que cumplen de manera sistemática con la normativa vigente, siempre que prestasen el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, a estos efectos.

Con todo ello, en definitiva, se pretende la “sensibilización” –en palabra empleada por la Directiva en el artículo 8– para “desenraizar” la enraizada “cultura de la morosidad”.

II. La elaboración de un **Código de buenas prácticas comerciales** en materia de aplazamientos de pago y morosidad empresarial constituye otro mecanismo que puede ser efectivo en el momento presente. Proponemos la adopción de un Código de buenas prácticas comerciales integrado por recomendaciones dirigidas al establecimiento de una ética del comportamiento en el pago específica para el tráfico mercantil.

Entendemos, además, que el Código de buenas prácticas comerciales habría de insistir en la necesidad de que las empresas que voluntariamente lo adoptasen se obligaran a incluir en sus contratos cláusulas compromisorias por mor de las cuales quedasen sometidos los conflictos que entre ellas pudieran surgir a un sistema arbitral creado ad hoc para esta materia.

Sobre la base antedicha de que pueden articularse medios de refuerzo de la observancia y aplicabilidad del Código y sin perder de vista, al mismo tiempo, que una de las causas principales de la inaplicación del Derecho vigente combativo de la morosidad y los abusos en los plazos de pago estriba –como es conocido por todos y en los términos que se desarrollarán en el subepígrafe siguiente– en que aboca a los acreedores a soportar procesos judiciales de reclamación de deudas lentos y costosos, entendemos que un Código de buenas prácticas comerciales sobre aplazamientos de pago y morosidad empresarial habría de insistir en la necesidad de que las empresas que voluntariamente lo adoptasen se obligaran a incluir en sus contratos cláusulas compromisorias por mor de las cuales quedasen sometidos los conflictos que entre ellas pudieran surgir a un sistema arbitral creado ad hoc para esta materia; junto con unas reglas especiales (respecto al régimen general contenido en la Ley de Arbitraje) aplicables en la resolución de este tipo de controversias.

Asimismo, y en aras de la mejor conexión entre el Código de buenas prácticas comerciales sobre aplazamientos de pago y morosidad empresarial y el sistema arbitral creado ad hoc, entendemos que sería oportuno imponer a los Tribunales arbitrales el deber de resolver las controversias que se les planteasen de acuerdo con los principios y reglas contenidas en el Código de buenas prácticas. De este modo, ambas vías, la sustantiva del Código y la adjetiva o procedimental del sistema arbitral, estarían suficientemente conectadas entre sí con el propósito de aminorar los efectos de la morosidad y los largos plazos de pago.

III. El deber de **sometimiento a arbitraje** que habría de formar parte del contenido del Código de buenas prácticas comerciales, es independiente, aunque compatible, con la posibilidad de que las partes contratantes de cualquier operación comercial que entren en conflicto y no sean firmantes del citado Código acudan a un arbitraje, como una de las fórmulas extrajudiciales para la resolución de las disputas.

Resulta apremiante favorecer **vías alternativas extrajudiciales de resolución de conflictos**. Por consiguiente, habrían de instaurarse sistemas específicos arbitrales y de mediación. Para acabar con el retraso intencional confiamos en las medidas planteadas, pero a corto plazo probablemente no sean por sí solas suficientemente disuasorias.

De igual forma y no obstante la regulación general del sistema arbitral que emana de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en su redacción revisada por la Ley 11/2011), consideramos que, a los efectos que aquí interesan, sería preferible regular el arbitraje por una Ley específica, entrando en juego supletoriamente la nombrada Ley de 2003. Podrían, en efecto, instaurarse reglas arbitrales delimitadas a las controversias en materia de operaciones comerciales entre las empresas y entre éstas y los poderes públicos, estableciendo una composición de los órganos arbitrales adecuada a la especial naturaleza de este tipo de reclamaciones mediante un órgano creado ad hoc o bien (mejor, en estos tiempos de austeridad económica) acudiendo a alguna de las Cortes de Arbitraje existentes, garantizando siempre la brevedad y el respeto de los diversos plazos del procedimiento.

IV. Entre la puesta a disposición de otros mecanismos aptos para garantizar de manera eficaz el cumplimiento de las medidas anti-morosidad destaca la conveniencia de implantar para determinados casos de morosidad, **la implantación de un régimen proporcional y objetivo de infracciones y sanciones, como “instrumento disuasorio” para combatir a corto plazo el retraso intencional de los pagos**. Ya rige para el terreno específico del comercio minorista y también para el ámbito de la cadena alimentaria. Tomando como modelos esos regímenes sancionadores, lanzamos como propuesta la implantación de un análogo régimen para el ámbito general de la LLCM, penalizando las actuaciones de incumplimiento de los máximos dispuestos en ella.

En todo caso, su eventual implantación debiera venir precedida de una profunda discusión dentro del conjunto del sector empresarial

Tomando como modelos los regímenes sancionadores de la LOCM y de la Ley 12/2013, lanzamos como propuesta –para su examen y posterior debate por las organizaciones empresariales pertenecientes a Cepyme– la implantación, mutatis mutandi, de un análogo régimen al ámbito general de la LLCM, penalizando las actuaciones de incumplimiento de los máximos dispuestos en ella.

V. En materia de fórmulas de **control del ámbito de la contratación privada**, se considera, asimismo, que sería una buena solución la aplicación de las previsiones de los arts. 8 y 11 de la Ley 12/2013 de medidas de mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria. En consecuencia, habría que formular legalmente lo siguiente:

1º) La exigencia de formalización por escrito de los contratos, pero no como requisito de forma ad solemnitatem y, al mismo tiempo, la tipificación como infracción administrativa de la inobservancia de esta exigencia.

2º) La obligación de conservar durante dos años toda la documentación en soporte papel o electrónico (contrato, justificantes, correspondencia etc.) y, al mismo tiempo, la tipificación como infracción administrativa del incumplimiento de dicha obligación.

A nuestro juicio, estas medidas, junto con la previsión de las diligencias preliminares de comprobación de hechos (art. 256 Ley Enjuiciamiento Civil), permitirían que las organizaciones del sector legitimadas colectivamente por la LLCM (que conocen muy bien la realidad y los problemas), puedan comprobar el cumplimiento de la ley y reaccionar en consecuencia.

Adicionalmente, en el ámbito de la facturación electrónica debería establecerse algún mecanismo a través del cual, voluntariamente cualquier suministrador pudiera enviar sus facturas de todos sus clientes, a un tercer operador intermedio, que pueda ser el que denuncie o actúe de oficio si comprueba que los plazos de pago superan a los que marca la Ley, a partir de las fechas recogidas en las facturas electrónicas.

Este control podría ser reforzado por la Agencia Tributaria que podría cruzar datos de operaciones comerciales en las declaraciones-liquidaciones del IVA.

Por último, sería recomendable establecer un mecanismo de control parlamentario que llevara a cabo un seguimiento y evaluación de la aplicación de normativa y con potestad para investigar, analizar y realizar recomendaciones sobre dicho cumplimiento efectivo de esta regulación.

VI. Adicionalmente, para la correcta **comprobación por parte de las AA.PP. de los correctos pagos en toda la cadena de la contratación pública** se debería incorporar en el apartado Dos del Artículo primero, por el que se modifica el 13.6 de la Ley de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad financiera: “... Las Administraciones Públicas velarán por la adecuación de su ritmo de asunción de compromisos de gasto a la ejecución del plan de tesorería. Asimismo, ejercerán el adecuado control sobre los pagos de sus contratistas principales a sus subcontratistas y suministradores”.

VII. Por su parte, en materia del **control de la información que se presenta en las cuentas anuales de las empresas**, el ICAC debería establecer una resolución sobre auditorías y cláusula de plazos de pago que reforzara el papel del auditor, a la hora de dar su aprobación a las mismas.

El auditor tiene un régimen de responsabilidad basado en las normas generales de la Ley de auditoría, pero quizás un régimen específico en este ámbito pudiera ser efectivo para terminar con las prácticas que se han detectado de publicación de plazos de pagos no ajustados a la realidad contable, financiera y a los estados de flujo de caja de las empresas que tienen la obligación de aportar esta información.

VIII. Quedarían, asimismo, pendientes de un ulterior análisis propuestas para mejorar la efectividad de las cláusulas de reserva de dominio en este tipo de relaciones comerciales, así como el tratamiento de la confidencialidad del acreedor en los mecanismos establecidos para la denuncia del incumplimiento de esta normativa.

Instrumentos de financiación para una óptima gestión financiera de las facturas pendientes de cobro.

No puede olvidarse el íntimo enlace existente entre los plazos y retrasos en los pagos y la financiación empresarial. Las PYMES han de tener abierto el acceso a instrumentos alternativos de gestión financiera de los créditos no vencidos y, en particular, a aquellas técnicas que permitan una fácil movilización: **descuento bancario, factoring, confirming y seguro de crédito**. Al lado de estos contratos hay que situar otros instrumentos para mejorar la débil “m musculatura financiera”. Urge el sostén de las autoridades públicas fomentándolos y, en su caso, regulándolos.

I. En materia de microcréditos, si nuestra legislación abriera el camino para constituir **Instituciones Microfinancieras (IMFs)** propiamente dichas, que sin ser entidades de crédito tuvieran capacidad de captación de depósitos y concesión directa de microcréditos, este instrumento tan útil para las microempresas se multiplicaría.

II. Interesaría, asimismo, la promoción de los **préstamos participativos**, así como de ENISA como gran aportante. Aparte, sería recomendable añadir nuevas Sociedades de Préstamos Participativos (SPP), de capital mixto y ámbito regional, que se sumarían a las existentes.

Acuerdos de co-financiación entre las SPP, el ICO o las Entidades de Capital-Riesgo (ECR) pudieran ser también de utilidad. Finalmente, resultaría clave el otorgamiento directo de préstamos participativos por parte de las entidades de crédito privadas.

III. En el terreno del **capital-riesgo**, interesaría constituir o potenciar ECR públicas, mixtas o privadas especializadas en la participación temporal en fases empresariales tempranas.

IV. Más medidas financieras adoptables podrían enmarcarse en relación con los **Fondos de Titulización de PYMES (FTPYMES)**. Sugerimos que el aval recaiga sobre el 100% del valor nominal de los bonos de cada serie o clase de valores de renta fija que emitan con calificación crediticia que, como mínimo, sea de AA, Aa o asimilados, en vez de por el máximo del 80%, que dispone hoy su normativa específica. A la vez, aconsejamos el aumento tanto del porcentaje mínimo del 50% de la liquidez obtenida como consecuencia del proceso de titulización que han de reinvertir en el plazo de un año las entidades de crédito cedentes como del porcentaje del 80% que de la reinversión se destinan a las PYMES.

V. En una propuesta más de corte financiero nos detendremos. La financiación vía **emisión de obligaciones y otros valores negociables** se encuentra vetada para buena parte del tejido empresarial: la que adopta, como forma jurídica societaria, la sociedad de responsabilidad limitada (SRL). Creemos que habría que favorecer a la SRL con un régimen jurídico de emisión de obligaciones similar al que disfrutaban la sociedad anónima y comanditaria por acciones o, mejor aún, instaurar uno sui generis que contribuiría a abrir el “abanico” de medios financieros puesto a disposición de las PYMES, que actúen, en este ámbito, en solitario o, mejor aún, en coordinación y colaboración.

VI. Desviemos un instante la mirada centrada en los poderes públicos para dirigirla ahora a las empresas privadas. Sin menoscabo del impulso legislativo que apremia para esta panoplia de contratos financieros y, en todo caso, de modo complementario a ellos, resultaría adecuada la actuación de las propias PYMES en un ámbito distinto: el de su **gestión interna**.

Cuando sea posible, sería óptimo que introdujeran un departamento de riesgos bien comunicado con el departamento comercial para la mejor gestión de las facturas pendientes de cobro. Cuando no sea posible la creación de un departamento propio, la externalización mediante outsourcing sería otra opción. Incluso, cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro, han de tener en cuenta que se torna imprescindible poseer una política clara y activa de riesgos, de aumento, selección y segmentación de clientes, que permita anticiparse y actuar con rapidez ante posibles contrariedades en el cobro de las facturas.