

AL CONSEJO DE ESTADO

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO

D. Eduardo Góngora y Benítez de Lugo, en nombre y representación de CEPCO, Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de la Construcción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley 3/1980 de 22 de abril, reguladora de ese Alto Cuerpo Consultivo, comparece y expone:

Que la referencia pública del Consejo de Ministros del Viernes día 14 de marzo de 2003, indica que se ha procedido a remitir al Consejo de Estado el proyecto de Ley por el que se regula la morosidad en las operaciones comerciales en transposición de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 29 de junio de 2000.

Que CEPCO, representa en estos momentos a 25.000 empresas establecidas en todo el territorio nacional, de las cuales, el 95 % son pequeñas y medianas empresas. Su facturación en el año 2002 alcanzó en conjunto los 39.000 millones de Euros, representando un 5,6 % del P.I.B. y dando empleo a 300.000 trabajadores de los cuales son fijos el 90 %.

Que afectando de manera directa e inmediata a los derechos e intereses de mis representados, procedo a comunicar a este Excmo. Consejo de Estado, nuestra opinión con el fin de que pueda tenerla a la vista para así ser oídos por ese Alto Cuerpo.

Por ello, respetuosamente, elevamos la siguiente:

NOTA SOBRE LOS DENOMINADOS USOS DE COMERCIO COMO CAUSA JUSTIFICATIVA DE UNA EXENCIÓN A LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Introducción: la posición del Consejo de Estado en orden a las cláusulas jurídicas que rigen las relaciones entre proveedores y suministradores.

En el Dictamen nº 4464/98/RS/RL, (Pleno de 22 de diciembre de 1998) por el que el Alto Cuerpo Consultivo dictaminó sobre el "Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas", y precisamente emitiendo su Alto parecer sobre un punto que CEPCO había presentado, ya dio opinión mediante su Dictamen este Consejo de Estado sobre la necesidad de mantener un adecuado equilibrio en las relaciones que rigen entre acreedores y deudores con ocasión de la contratación y de la subcontratación, aspectos éstos que guardan íntima relación con el asunto que ahora nos ocupa. (En concreto el

problema se centra perfectamente en el Dictamen del Consejo de Estado en sus páginas 38 a 41).

Decía entonces ese Alto Consejo: “El Consejo de Estado comparte la preocupación que manifiestan los representantes del sector de la subcontratación y el suministro. De hecho, así lo expresó en el Dictamen 304/96 (aprobado en la Comisión Permanente del día 22 de febrero).

La garantía del equilibrio real entre las posiciones deudoras y acreedoras, ha merecido ya la atención de una línea consolidada en la doctrina legal del Consejo de Estado”.

En esta misma línea, y en relación con el proyecto de Ley por el que se regula la morosidad en las operaciones comerciales en transposición de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 29 de junio de 2000, procedemos a elevar los dos elementos que a nuestro juicio merecerían una consideración detenida de ese Alto Cuerpo Consultivo.

A) En relación con la expresión “Usos habituales del Comercio”

1. En la última versión del Anteproyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el artículo 9º, indica:

“Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de demora establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7 de la presente Ley, cuando consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio, la naturaleza del producto y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales, tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor”.

Es evidente que en un pleito, los deudores indicarán que el “uso habitual del comercio” son los 200 días o los 150 días, etc, etc.

2. Ciertamente, cuando la Directiva habla de “usos habituales del comercio” tenemos que referirnos directamente al sistema de fuentes. El problema está en que la expresión contenida efectivamente en el artículo 1.3 de la Directiva y que se refiere en efecto a tales usos habituales, no puede quedar al albur de lo establecido directamente por la práctica.

En este sentido, el párrafo (9) de la Exposición de Motivos indica que: “las diferencias existentes entre los Estados miembros en lo que se refiere a las normas y prácticas de pago constituyen un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior”.

Debe pues quedar bien claro en la transposición de la Directiva que los actuales usos de pago son meras prácticas y que como tales no constituyen fuente del Derecho. Si se defiende a partir de una transposición literal de la Directiva que tales plazos de pago son usos habituales del Comercio, no habría ninguna ventaja de la transposición de la Directiva.

Por ello debe incluirse un apartado que, además de lo que indica la literal transposición de la Directiva, añada que: *“la mera práctica establecidas habitualmente en los actuales plazos de pago entre acreedores y deudores no constituye un uso habitual del Comercio”*.

Añádase para reforzar esta posición que en el propio artículo 1.3 de la Directiva, donde se contiene la expresión literal de “usos habituales del comercio” se indica que la calificación de un acuerdo como manifiestamente abusivo se tendrá en cuenta si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse de los plazos de pago”

En definitiva, tiene que quedar absolutamente meridiano que los “usos habituales del comercio” no son en modo alguno las prácticas habituales impuestas por los deudores y que son las que esta Directiva pretende combatir.

El añadido de un párrafo como el propuesto, creemos que puede ayudar a solventar el tema evitando así que tenga que ser el Tribunal Supremo dentro de varios años el que lo venga a solucionar, ya que es seguro que los deudores apelarán a ese concepto para evitar la cabal aplicación de la Directiva.

En efecto, el desequilibrio entre deudores y acreedores es tan brutal que no existe jurisprudencia sobre reclamaciones, en prácticamente ningún sector, ante los Tribunales de Justicia. Por ello, a la hora de interpretar por un Juez si los “usos del comercio” están o no están constituidos por la práctica establecida para saber si existe “conciencia jurídica de su obligatoriedad” quedaría en la penumbra teniendo el Juez que dilucidar por su cuenta y riesgo si, efectivamente, aunque estén aceptados – siempre a la fuerza – por los acreedores, no tienen fuerza jurídica vinculante y no constituyen costumbre.

Este tema es desde luego tan arduo que necesariamente tendrá que llegar hasta el Tribunal Supremo para que tome postura definitiva. Y aunque podríamos llegar a ganarlo, supone por de pronto tener que esperar unos 6 ó 7 años antes de que se aclaren las cosas, supuesto que exista algún empresario que quiera asumir el papel de héroe. De esta manera, pueden continuar sufriendo persecución los acreedores durante largo tiempo, con el riesgo de continuar desapareciendo productores y pequeños fabricantes españoles de productos.

Por ello creemos que una interpretación auténtica en la que definitivamente se indique en la Ley que una mala práctica no constituye uso del comercio, permitiría ir comenzando a equilibrar este tipo tan lamentable de situaciones jurídicas, que por lo demás se dan en muchos sectores (construcción frente a proveedores; grandes

superficies frente a fabricantes; en fin, productores nacionales frente a potencias muchas veces foráneas.

Estamos convencidos que una clara adaptación de la Directiva permitiría lograr los resultados justos que ésta se propone y que la escueta trascripción literal impide.

B) En relación con la legitimación de las Asociaciones para impugnar las cláusulas abusivas.

El artículo 3.5 de la Directiva se refiere sencillamente a las cláusulas contractuales redactadas para uso general como supuesto legitimador de la intervención de las Asociaciones en el proceso correspondiente con el fin, en su caso, de que se declaren nulas.

Ahora bien, la transposición de la Directiva en el Anteproyecto presenta a nuestro juicio, una indebida restricción de dicha legitimación al reducirla exclusivamente a "las acciones de casación y retractación en la utilización de las condiciones generales conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de Contratación"

Si el Anteproyecto queda en esta situación se habrá confirmado que en gran medida nos encontramos ante un "iter inutilis" ya que la inmensa mayoría de los contratos que se nos imponen, pese a ser prácticamente clónicos, no se dan como elementos propios de dicha legislación, mayormente prevista para los contratos de adhesión de grandes servicios y pensados más bien para protección de consumidores y usuarios. Y notemos que, expresamente, esta Directiva dice en concreto que "Conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en las que intervienen consumidores..."

La transposición quedará enormemente debilitada si las Asociaciones no tienen oportunidad real de combatir procesalmente contra los poderosos intereses de los deudores.

El otorgamiento de esta legitimación activa a las Asociaciones representativas del sector, normalmente pequeñas y medianas empresas españolas, puede constituir un medio útil para lograr superar el "metus reverentialis" que siempre provoca la situación de dependencia que tienen los proveedores respecto a su cliente. Sabido es que en la situación en que se encuentran los acreedores respecto de sus deudores, aquéllos no están en condiciones de denunciar, so pena de encontrarse con el riesgo de ser incluidos en listas negras de los deudores. El boicot al acreedor litigante está garantizado.

Por ello deberá quedar redactada dicha posibilidad en los términos más amplios posibles, de forma que el examen de las cláusulas sea una opción real y su denuncia pueda asimismo ser realizada al amparo de las Asociaciones que tengan como misión

precisamente la defensa generalizada de un sector, sin temor a represalias concretas contra un proveedor concreto.

Por ello, se propone simplemente suprimir en el anteproyecto la expresión “las acciones de casación y de retractación de las condiciones generales a que se refiere el apartado anterior podrán ser ejercitadas, conforme a la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación”.

Se trata de un “ultra vires” no autorizado por la Directiva y que convertiría a este texto, permítasenos la expresión, en una Ley Lampedusa, ya que todo quedaría prácticamente igual que como está porque las Asociaciones carecerían de un verdadero papel y los pequeños empresarios acreedores de los poderosos no están en condiciones de representar el papel de héroe.

Por ello, el precepto debería quedar redactado, simplemente, añadiendo la legitimación de las entidades, inmediatamente a continuación del número anterior. Todo lo cual, supone que este precepto quedaría así:

Artículo 9.1,2, y añadiendo a continuación que

“las acciones de nulidad podrán ser ejercitadas por:

- a) las asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- b) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
- c) Los Colegios profesionales legalmente constituidos.

Estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan”.


Eduardo Góngora Benítez de Lugo



CEPCO
MADRID

CONSEJO REGULADOR DE LAS ASOCIACIONES DE FABRICANTES DE PRODUCTOS DE CONSTRUCCION