

**NÚMERO DE EXPEDIENTE:** 1021/2003

**PROCEDENCIA:** JUSTICIA

**ASUNTO:** Expte. relativo al Anteproyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

**FECHA DE APROBACIÓN:** 19/06/2003

**TEXTO DEL DICTAMEN:**

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 19 de junio de 2003, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden de V.E. de fecha 21 de marzo de 2003, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

De antecedentes resulta:

Primero.- Se somete a consulta un anteproyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, el Anteproyecto). Obran en el expediente dos versiones del mismo, la última de las cuales está fechada el 11 de marzo de 2003.

En la Exposición de Motivos se deja constancia del objeto de la Ley, consistente en incorporar al Derecho interno la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, la Directiva). Asimismo, se afirma la opción seguida de efectuar la transposición a través de la aprobación de una Ley especial que, mediante una disposición final, modifique la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

Consta el Anteproyecto de 10 artículos, una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El artículo 1 se refiere al objeto de la Ley, mientras que el artículo 2 incorpora unas definiciones y el

artículo 3 define su ámbito de aplicación. Los artículos 4 y 5 regulan el devengo de los intereses de demora y la determinación del plazo de pago. El artículo 6 establece los requisitos para que el acreedor pueda exigir el interés de demora, al que se refiere el artículo 7. El artículo 8 prevé el abono de una compensación razonable por los costes de cobro generados por la morosidad del deudor. En fin, los artículos 9 y 10 contemplan el régimen de las cláusulas abusivas y de la cláusula de reserva de dominio.

La parte final consta de una disposición adicional ("Régimen de pagos en el Comercio Minorista"), una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, en las que se modifican los artículos 99, 110 y 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (disposición final primera), se expresan los títulos competenciales a cuyo amparo se dicta la Ley (disposición final segunda), y se dispone la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final tercera).

Segundo.- Se ha incorporado al expediente una Memoria justificativa, que comienza aludiendo a la Directiva 2000/35/CE, a las razones de su adopción y al objetivo perseguido; hace algunas referencias a la elaboración de la norma (y, en particular, a la opción por efectuar la transposición mediante una Ley especial), amparando la competencia del Estado para dictarla en los apartados 6º, 8º y 18º del artículo 149.1 de la Constitución. A continuación se expone el ámbito de aplicación, que se trata de hacer coincidir con el de la Directiva. Para la regulación de las medidas sustantivas contra la morosidad recogidas en el artículo 3.1 de la Directiva, se dice que se ha optado por su reproducción, prácticamente literal, y se precisa que, al permitir la Directiva mantener disposiciones más favorables para el acreedor, se ha considerado oportuno respetar el régimen de pagos a proveedores recogido en el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En relación con la regulación de las cláusulas abusivas, se afirmaba que tanto el Comité Económico y Social de la CEE como el Consejo de Estado se habían manifestado a favor de extender a los empresarios la protección brindada por la regulación de las cláusulas abusivas, y que, aunque en un primer momento no se había seguido esa tesis, se opta ahora por ella, sancionando la nulidad de las cláusulas abusivas; dicha nulidad se hará valer a través de acciones individuales ordinarias, introduciéndose ahora una regulación análoga a la contenida en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 (introducido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación); las cláusulas contractuales derivadas de condiciones generales de la contratación, por su parte, se regirán por la citada Ley 7/1998. Termina la Memoria haciendo una referencia a la regulación que el Anteproyecto hace de la reserva de dominio, y a los cambios que se introducen en la legislación de contratos de las

Administraciones públicas.

Tercero.- Obra en el expediente una Memoria económica, en la que se hace una primera referencia a los estudios e informes utilizados como antecedentes de la Directiva 2000/35/CE, se recogen algunos datos en materia de plazos de pago en Europa y en España, y otros relativos al estudio comparativo entre los tipos de interés de demora legal y los tipos de interés comercial normales aplicados a los descubiertos bancarios imprevistos. A partir de ello, se hacen unas consideraciones sobre la repercusión del Anteproyecto de Ley para los sectores afectados, en cuanto puede reducir el desfase temporal entre los flujos de salidas de caja y los cobros, y disuade la morosidad, pues al deudor le resultará más caro el pago de estos intereses (y la compensación por costes de cobro) que negociar un préstamo al tipo de interés comercial normal. En cuanto a la repercusión del Anteproyecto de Ley para la Hacienda Pública, se hace referencia a la información facilitada por la Intervención General de la Administración del Estado acerca del volumen de contratos en los que han sido abonados intereses de demora y a la cuantía de los pagos efectuados por este concepto en los años 2000 y 2001. Se concluye que la mayor penalización de la morosidad introducida por la Ley proyectada tendrá un efecto beneficioso por constituir un incentivo para que los centros gestores agilicen la tramitación de los documentos de pago, cumpliendo así los compromisos contractuales.

Cuarto.- Se ha incorporado al expediente la siguiente documentación procedente de distintas organizaciones representativas de intereses afectados:

a) La Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de Construcción (CEPCO) ha aportado al expediente una Nota sobre su posición en relación con la transposición de la Directiva 2000/35/CE, en el que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva, a las cuestiones a las que ésta responde, a la aplicación en el tiempo de las normas de transposición, y a las condiciones abusivas. Como conclusiones, se considera que la norma de transposición debe aplicarse a todas las operaciones comerciales, con independencia del carácter público o privado de los sujetos intervinientes; se califica de deseable que se aplique a todos los contratos, con independencia de la fecha de su celebración, y que se establezca, de forma imperativa, un periodo de pago de 30 días y el tipo de interés de demora que prevé la Directiva; y se sugiere que se imponga la cláusula de dominio cuando se trate de contratos entre partes desiguales.

b) También obra en el expediente un informe de la misma organización, CEPCO, relativo a la transposición de la Directiva, que comienza con unos comentarios acerca de la elaboración de la Directiva, los fines perseguidos, los problemas planteados, y la necesidad de que los plazos de pago sean

claros y exigibles realmente; en este punto, se hace una especial referencia a los incumplimientos por parte de las Administraciones públicas, lo que se considera especialmente grave no sólo para los contratistas, sino también, y sobre todo, para los subcontratistas. A continuación, se llama la atención sobre los efectos de la incertidumbre que la diferencia de prácticas genera sobre los intercambios transfronterizos, afectando negativamente al mercado interior, lo que aconseja que se aborde el problema desde el plano comunitario. Sigue el informe haciendo algunas consideraciones sobre las distintas previsiones de la Directiva. En relación con la posibilidad de pacto en contrario en relación con el devengo de intereses, se insiste en que no puede considerarse como tal la simple relación de hecho y las prácticas que hasta ahora vienen desarrollándose. En relación con los casos en los que el deudor impone un acuerdo que se aparta de la Directiva en perjuicio del acreedor, se dice, el acuerdo debería presumirse abusivo, salvo prueba en contrario por parte del deudor. En relación con el artículo 3.4 de la Directiva, se estima que no es suficiente declarar nulas las cláusulas abusivas, sino que sería necesaria también la imposición de sanciones: la simple nulidad tendría una eficacia relativa, puesto que es la práctica la que realmente perjudica a los acreedores; se propone, a tal efecto, que el Servicio de Defensa de la Competencia hiciese todos los años, en su Memoria, un informe sobre las condiciones de aplicación de esta nueva legislación, a fin de detectar los abusos que puedan darse. En cuanto al artículo 3.5 de la Directiva, se señala que la legitimación activa de las asociaciones representativas de cada sector es una pieza esencial del sistema, porque las pequeñas y medianas empresas difícilmente se van a enfrentar directamente con las grandes empresas que imponen sus condiciones en la práctica, de forma que el clausulado contractual no basta para definir un determinado sector. Sobre el pacto de reserva de dominio, se afirma que, dadas las dificultades para su imposición automática "ope legis" en nuestro Derecho, sólo la generalización del pacto, con apoyo de recomendaciones de las autoridades, podría llegar a surtir algún efecto.

A partir de todo ello, se termina haciendo unas sugerencias de redacción de las normas de transposición de la Directiva.

c) La Asociación Nacional de Industriales de Materiales Aislantes (Andima) ha remitido un escrito al Ministerio de Justicia haciendo constar que se suman a la posición de CEPCO en relación con la transposición de la Directiva 2000/35/CE, acompañando la Nota elaborada por la citada Confederación, a que se ha hecho referencia en el antecedente anterior.

d) La Asociación Española de Financieros y Tesoreros de Empresa (ASSET) ha remitido escrito al Ministerio de Justicia afirmando su interés en participar en el proceso de elaboración de la norma de transposición de la Directiva 2000/35/CE. Acompaña un esquema de los aspectos que considera más

importantes en relación con la Directiva que se trata de incorporar.

e) La Asociación de Fabricantes de Impermeabilizantes Asfálticos (ANFI) ha remitido al Ministerio de Justicia escrito en el que se afirma que suscribe íntegramente el informe de CEPSCO, del que acompaña copia, y al que ya se ha hecho referencia en el antecedente cuarto del presente dictamen.

Quinto.- Han informado el borrador del Anteproyecto las Secretarías Generales Técnicas de distintos Ministerios, en los siguientes términos:

a) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación propone que se incluya la previsión de que el plazo de pago esté legalmente establecido por otra norma (la Ley de Comercio Minorista), que se limite la compensación por costes de cobro a los acreditados, que la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación y de retractación no se limite a las condiciones generales definidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, y que se contemple la posibilidad de recurrir en vía administrativa con carácter previo o simultáneo a la vía jurisdiccional, sometiendo las actuaciones manifiestamente abusivas a un régimen de infracciones y sanciones. En fin, dada la inseguridad jurídica que puede generar la expresión "cláusula manifiestamente abusiva", se propone que se precise el concepto en vía reglamentaria, introduciendo, al efecto, una disposición final.

b) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales propone dos correcciones de redacción en cuanto a la definición del objeto de la ley y a la configuración de los intereses de demora.

c) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa apunta, entre otras cuestiones de redacción, que en el Anteproyecto no se tiene en cuenta la contratación realizada por sociedades mercantiles con participación mayoritaria pública.

d) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Ciencia y Tecnología ha comunicado que no formula observaciones al Anteproyecto.

e) La Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia estima que, con carácter general, la transposición de la Directiva que realiza el Anteproyecto es adecuada, si bien aprecia un exceso de literalidad y la utilización de conceptos de muy notable indeterminación; dicha indeterminación podría tratar de reducirse al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva, el cual permitiría dotar de una mayor seguridad y claridad a la posición del acreedor que, en el contexto y finalidad de la norma, es la parte contractual que se desea proteger. Termina proponiendo algunos cambios de redacción.

f) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y

Deporte ha emitido informe favorable, sin formular observaciones al Anteproyecto.

g) La Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior comienza haciendo unas observaciones generales sobre la necesidad de incorporar al expediente memorias justificativa y económica y de someter el Anteproyecto a dictamen del Consejo de Estado. Como observaciones al articulado, se propone separar en dos artículos el objeto de la Ley y las definiciones, incluyendo entre éstas lo que debe entenderse por Administraciones públicas a los efectos de la Ley proyectada, sustituyendo el concepto de empresario por el de empresa, e incorporando otras definiciones contenidas en la Directiva. En cuanto al ámbito de aplicación se propone completar la norma, expresando las operaciones excluidas de conformidad con lo previsto en la Directiva. Se propone una mejora de redacción en el artículo relativo a las cláusulas abusivas, que se titule la disposición derogatoria única, y que la disposición final primera se convierta en disposición adicional.

h) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía informa que la limitación de la compensación de costes de cobro al 10% del importe de la deuda podría no ser suficiente para resolver los costes habituales que se producen en el marco de las transacciones comerciales, dado que sólo la comisión por devolución de efectos de comercio generalmente practicada por las entidades de crédito puede alcanzar cifras en torno al 5% ó 6% de la deuda. Acompaña un informe elaborado por la Dirección General de Política Comercial y un escrito del Director General del Banco de España.

El informe de la Dirección General de Política Comercial hace referencia al grupo de trabajo constituido para la elaboración del Anteproyecto, y hace constar que el texto vigente del artículo 17 de la Ley 7/1996, de Ordenación del comercio minorista, recoge un régimen específico ya adaptado a la Directiva 2000/35/CE, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado al dictaminar la última modificación de dicha norma.

Por su parte, el escrito procedente del Director General del Banco de España afirma que el Anteproyecto no suscita objeción alguna u observaciones relevantes, si bien expresa la posible insuficiencia de la limitación de la compensación de los costes de cobro al 10% del importe de la deuda.

i) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento señala que la definición de Administración -a los efectos de la Ley- contenida en el Anteproyecto informado era poco precisa para determinar su aplicación a las entidades públicas empresariales que están sujetas a la Ley 48/1998, dado que la disposición adicional undécima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que tales entidades se regirán, en lo no previsto en la citada Ley 48/1998, por sus normas de contratación

específicas, de lo que parece deducirse que tampoco le serían de aplicación las previsiones de la Ley ahora proyectada; sin embargo, del tenor del artículo 2, apartado 1.b) de la Directiva 2000/35/CE se desprende que sí deben entenderse incluidas en el concepto de "poderes públicos" definido por la propia Directiva. Junto a ello, se llama la atención sobre la ausencia, en el Anteproyecto, de una norma reguladora del procedimiento de cobro de los créditos no impugnados, pieza importante, se dice, para disuadir los retrasos.

j) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo ha remitido al Ministerio de Justicia un informe elaborado por el Instituto Nacional del Consumo, en el que se considera inadecuada la utilización de la terminología "cláusulas abusivas" para referirse a supuestos distintos de la contratación con consumidores, dado que a este campo se ha restringido tradicionalmente el uso de estos términos, por lo que, se dice, puede inducir a error. En relación con el artículo que regula dichas cláusulas, se propone la supresión de su apartado 4, en cuanto constituye una reiteración de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Condiciones Generales.

k) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda ha remitido al Ministerio de Justicia los informes emitidos por la Secretaría de Estado de Hacienda, por la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos (Intervención General de la Administración del Estado y Dirección General de Presupuestos), y por la Subsecretaría (Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

La Secretaría de Estado de Hacienda estima que el Anteproyecto se ajusta sustancialmente a la Directiva 2000/35/CE, si bien, señala, convendría que evitara reproducir incertidumbres que el texto comunitario contiene; en relación con ello, se propone revisar algunos de los términos usados para definir el objeto de la Ley (como operaciones comerciales y contratos, persona y organización, empresario y profesional). También se sugiere sustituir la expresión "aviso de vencimiento" por "intimar la mora", y se llama la atención sobre la litigiosidad que puede generar la interpretación de qué sea una "compensación razonable". En relación con las cláusulas manifiestamente abusivas, se sugiere la supresión del adverbio, dado que nuestro ordenamiento prohíbe el abuso de derecho sin requerir que sea manifiesto. Además, se dice, la norma no prevé género alguno de retroactividad, siendo así que la Directiva permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación "los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002", pero no los demás celebrados antes de la entrada en vigor de la norma de transposición.

La Dirección General de Presupuestos, tras hacer una referencia al contenido del Anteproyecto, señala que, aunque en principio la norma

proyectada no implica gasto directo, sí resulta necesaria la incorporación de una memoria económica que contenga la estimación del coste.

La Intervención General de la Administración del Estado ha elaborado una Nota en la que se observa que debe mantenerse, en el artículo del Anteproyecto relativo a los intereses de demora, el término "porcentuales" que recoge el artículo 3.1.d) de la Directiva objeto de transposición.

La Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa pone de manifiesto su conformidad con la disposición final primera, que modifica la redacción de determinados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien se afirma la conveniencia de que las remisiones que en ellos se hace a la Ley ahora proyectada se hagan, en concreto; a los artículos de la misma que regulan los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro, a fin de evitar posibles dudas interpretativas.

l) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas sugiere que la disposición final primera pase a ser una disposición adicional.

Sexto.- La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia ha incorporado al expediente un informe en el que, después de hacer referencia a los antecedentes, estructura y contenido del Anteproyecto, se formulan observaciones al articulado. Entre otras observaciones de redacción, se considera oportuno incluir, en relación con el devengo de intereses moratorios, la no necesidad de intimación por parte del acreedor, a fin de hacer operativa la excepción del artículo 1.100 del Código Civil; también se propone suprimir, por innecesario -de acuerdo con lo establecido con carácter general en nuestro ordenamiento civil-, el artículo relativo a los requisitos para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora. Se considera igualmente innecesario el artículo referido a una compensación razonable por los costes de cobro, a la vista del contenido de los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, en relación con el considerando 17 de la Directiva, y se dice que no se ajusta a la Directiva la previsión de una sola cantidad máxima como límite a la compensación por aquellos costes. En cuanto a las cláusulas abusivas, se afirma que, declarada la nulidad de las mismas, deben aplicarse las previsiones supletorias establecidas en la Ley proyectada. Terminan las observaciones al articulado con una crítica a la regulación de la reserva de dominio. Por último, el informe señala la conveniencia de que el Anteproyecto se someta a informe del Consejo Económico y Social y la preceptividad de que se emita dictamen por el Pleno del Consejo de Estado.

Séptimo.- El 13 de marzo de 2003, se informó sobre el Anteproyecto en la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.



El Anteproyecto ha sido elevado a la consideración del Consejo de Ministros, en su reunión de 14 de marzo de 2003, a efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Octavo.- Remitido el expediente al Consejo de Estado, se han incorporado al mismo los siguientes informes:

a) La Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de la Construcción (CEPCO) ha presentado una nota, que comienza haciendo referencia al dictamen del Consejo de Estado nº 4.464/98, en cuanto abordaba cuestiones relativas a la subcontratación. A continuación se apuntan algunos problemas que podrían derivarse del texto del artículo 9 del Anteproyecto, en cuanto incluye los usos habituales del comercio como uno de los elementos que deben considerarse para determinar si las cláusulas pactadas entre las partes tienen un contenido abusivo en perjuicio del acreedor; se propone que la Ley incluya un inciso que excluya de tal consideración las meras prácticas establecidas habitualmente en los actuales plazos de pago entre acreedores y deudores. En cuanto a la legitimación de las asociaciones, cámaras y colegios para impugnar las cláusulas abusivas, se considera que el texto del Anteproyecto, al limitarla a las acciones de cesación y retractación en la utilización de condiciones generales, conforme a la Ley 7/1998, debilita enormemente los efectos de la transposición, puesto que los contratos que se imponen desde las empresas más fuertes, pese a ser prácticamente clónicos, no reúnen los elementos de dicha Ley. En consecuencia, se sugiere que la Ley atribuya la legitimación, de forma general, para ejercitar las acciones de nulidad.

b) La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) ha emitido un informe en el que se aprecia que el Anteproyecto incorpora correctamente la Directiva 2000/35/CE, si bien se hacen observaciones sobre cuestiones concretas. En relación con la compensación razonable prevista en el artículo 8, se dice, debería precisarse si esta compensación engloba a la que, en su caso, procedería por razón de costas procesales. En materia de cláusulas abusivas, se aprecia una diferencia con el régimen que deriva de la Directiva, dado que ésta exige que las cláusulas sean "manifiestamente" abusivas, y reconoce, en tales supuestos, un derecho a reclamar daños que el Anteproyecto omite. Se añade que el Anteproyecto guarda absoluto silencio sobre el procedimiento de cobro de créditos no impugnados, previsto en el artículo 5 de la Directiva, y se considera que sería imprescindible su regulación, pese a los indudables problemas de orden práctico que plantea, en especial, cuando se trata de obtener un título ejecutivo frente a la Administración pública morosa. Por último, se alude a los problemas que pueden plantear los contratos de larga duración, en los que existen deudas pendientes devengadas con fecha anterior a la de la entrada en vigor de la Directiva o de la nueva Ley; se propone diferenciar, al

respecto, entre aquellos casos en que uno de los contratantes sea un poder público, y aquellos otros en los que sólo intervienen empresas. En los primeros, se dice, la Ley debería prever que, desde su entrada en vigor, los poderes públicos incursos en mora deben satisfacer el tipo de interés de demora previsto en la misma; tratándose de contratos privados, se estima que la Ley debe respetar lo convenido libremente antes de su entrada en vigor, y sólo en defecto de pacto debe aplicarse el previsto en la Ley (tanto si la mora se produce antes de su entrada en vigor, como si se produce después).

c) La Asociación Nacional de Constructores Independientes (ANCI) ha presentado, en fecha 27 de mayo de 2003, un informe en el que se subraya, como observación previa, la especial importancia que la seguridad jurídica tiene en el ámbito del tráfico mercantil. En relación con el ámbito de aplicación, se considera conveniente que se determine el alcance de la exclusión de los pagos efectuados mediante efectos cambiarios y, en su caso, de los efectuados en especie. Sobre la compensación razonable a que se refiere el artículo 8 del Anteproyecto, se suscitan dudas acerca de la deuda cuya cuantía determina el límite de los costes de cobro susceptibles de compensación, y se afirma que, si en tales costes se incluyen las costas procesales, sería preferible mantener el régimen de indemnización de daños y perjuicios previsto en los artículos 1.100 y siguientes. Se añade que debería mantenerse el carácter "manifiestamente" abusivo de las cláusulas que se recoge en la Directiva, y que, en el ámbito de la contratación pública, existen supuestos en los que el pago se hace transcurridos plazos mucho más largos que los previstos en la Directiva, por lo que el contratista hace sus previsiones financieras con unas premisas que nada tienen que ver con el tipo legal previsto en el Anteproyecto. Por último, se sugiere que se precise si la nulidad de las cláusulas abusivas es absoluta o relativa.

d) La Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN) ha presentado, en fecha 27 de mayo de 2003, un informe en el que comienza subrayando los problemas que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, genera el Anteproyecto, como consecuencia de haber seguido la técnica empleada por la Directiva. A continuación, se ponen de manifiesto las dudas generadas por la expresión "otros pagos" -en el artículo 3.2.b) del Anteproyecto-, cuestionando si se trata de pagos documentados en letras, pagarés o cheques, aun cuando se trate de deudas entre los sujetos referidos en la Ley, si lo que se pretende establecer es que los intereses de demora sean distintos según que los intervinientes sean o no sujetos referidos en la Ley, o si simplemente se trata de puntualizar la no aplicación de la Ley a aquellos pagos derivados de la aplicación de la normativa cambiaria en lo relativo a la operativa jurídica de dichos instrumentos regulada en esta legislación. Por otra parte, se afirma la conveniencia de exigir el carácter "manifiesto" del abuso para que pueda declararse la nulidad

de determinadas cláusulas, y se considera que la discrecionalidad en la apreciación debería quedar equilibrada con una discrecionalidad en la aplicación, de manera que el órgano judicial pudiera moderar, según las circunstancias peculiares del caso, las consecuencias de la nulidad. Por último, se sugiere que se introduzca en el Anteproyecto un nuevo artículo en que se declare que la acción de nulidad, en su caso, debe ejercitarse durante el cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

Y, en tal estado el expediente, el Consejo de Estado emite el presente dictamen.

#### I. Objeto y preceptividad del dictamen

El Anteproyecto de Ley sometido a consulta tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El presente dictamen se emite con carácter preceptivo de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, según la cual el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica.

Dispone el artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado: "El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: (...) 2. Anteproyectos de Leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales".

#### II. Tramitación del expediente

Desde el punto de vista procedimental, se han respetado los trámites esenciales previstos en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El procedimiento de elaboración del Anteproyecto se ha iniciado en el Ministerio de Justicia, habiéndose incorporado al expediente una Memoria justificativa de la necesidad y oportunidad de la Ley proyectada, así como una Memoria económica en la que se hace una referencia, entre otras cuestiones, a la posible repercusión de la norma para la Hacienda pública. También se acompañan informes de organizaciones representativas de intereses afectados, a los que se han añadido otros presentados ante el Consejo de Estado, cuando el expediente había sido ya remitido para consulta.

//

Asimismo, han informado el texto del Anteproyecto las Secretarías Generales Técnicas de diversos Departamentos Ministeriales, en los términos que han quedado reseñados en antecedentes; en particular, se ha incorporado al expediente un informe elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En fin, el Anteproyecto ha sido elevado al Consejo de Ministros, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

No se ha considerado necesario, en cambio, someter el Anteproyecto a informe del Consejo General del Poder Judicial; debe notarse, al respecto, que en la norma proyectada no se incluyen previsiones sobre los procedimientos de cobro de créditos no impugnados a los que se refiere el artículo 5 de la Directiva.

### III. Técnica normativa

El rango normativo de Ley es adecuado, atendiendo tanto al contenido del articulado como a la modificación que mediante la disposición final primera se pretende realizar. En efecto, se trata de una norma que afecta al régimen general de contratación, tanto pública como privada y, en particular, a la regulación de la mora contenida en los artículos 62 y 63 del Código de Comercio, 1.100 y siguientes del Código Civil y a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Según se hace constar en la Memoria justificativa, inicialmente se consideró la oportunidad de efectuar la incorporación de la Directiva mediante la modificación del Código de Comercio, propuesta que fue estudiada en la Sección de Mercantil de la Comisión General de Codificación, optándose finalmente por efectuar la transposición mediante una Ley especial, a la vista de las dificultades técnicas derivadas, esencialmente, de los distintos ámbitos objetivos y subjetivos de la norma que se trata de incorporar; no obstante, se concluye, la Comisión General de Codificación ha iniciado los trabajos para la integración de las disposiciones de la Ley proyectada en el Código de Comercio.

De hecho, la primera versión del Anteproyecto incorporada al expediente preveía, en su disposición final tercera, la elaboración de un proyecto de Ley que regulara las condiciones generales sobre las obligaciones mercantiles, para su integración en el Código de Comercio.

El Consejo de Estado ha señalado en diversas ocasiones que la dispersión dificulta la aplicación de las normas jurídicas, y que la seguridad y la buena técnica aconsejan evitar la fragmentación normativa de una misma materia, agrupando en una sola las regulaciones existentes (dictámenes 4.776/1997 y 1.644/1999, entre otros). Ahora bien, ante la complejidad y los problemas surgidos para efectuar dicha incorporación en los textos legales existentes en

nuestro ordenamiento (y teniendo en cuenta la prudencia con la que debe abordarse cualquier modificación de códigos o normas de larga tradición), se considera adecuada la vía seguida para llevar a cabo la incorporación de la norma comunitaria, mediante una Ley especial que modifica diversos artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

#### IV. Consideraciones generales

La Directiva objeto de transposición muestra, desde su mismo título, un sentido beligerante que refleja la medida en que la actuación comunitaria no se limita, en este caso, a buscar una armonización entre legislaciones, sino que pretende corregir unas prácticas que, en ocasiones, quedan al margen de previsiones legislativas; prácticas que se refieren a los pagos en las operaciones comerciales y a las consecuencias de la morosidad.

La norma comunitaria parte de la constatación de las diferencias existentes en dos planos. En un plano horizontal, se aprecian importantes diferencias en las prácticas de pagos entre los diversos Estados (que, incluso, ha permitido contraponer un "sistema nórdico" a un "sistema mediterráneo"). En un plano vertical, y ya dentro de cada Estado, se perciben diferencias no menos relevantes en función de los sujetos intervinientes en las operaciones comerciales: las Administraciones públicas, las grandes empresas privadas, las pequeñas y medianas empresas.

Esos dos tipos de desigualdades generan, fundamentalmente dos clases de problemas contra los que se propone "luchar" el Derecho comunitario: de un lado, las distorsiones de la competencia y las limitaciones que para los intercambios transfronterizos tienen las diferencias entre las normas y las prácticas de pago de los distintos Estados miembros; de otro lado, la "mortalidad" de las empresas (especialmente de las pequeñas y medianas), como consecuencia de la insolvencia generada por las onerosas cargas administrativas y financieras que pesan sobre ellas debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad de sus deudores.

Para abordar tales problemas, se han llevado a cabo diversas actuaciones en el ámbito comunitario en los últimos años. El 12 de mayo de 1995, la Comisión adoptó una Recomendación relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales (de la que en alguna ocasión se ha hecho eco este Consejo de Estado). Tras la elaboración de distintos informes y planes, y ante la evaluación de los resultados y efectos de la Recomendación citada (Informe de la Comisión publicado el 17 de julio de 1997), se opta por elaborar una Directiva que encauce la solución a los problemas apuntados.

En el proceso de elaboración de la Directiva, se han ido poniendo de manifiesto algunas de las principales cuestiones afrontadas para resolver aquellos problemas. Así, la diferencia entre el sector público y el sector

*Motiva*

privado ha suscitado la posibilidad de abordar en normas o actos separados los problemas generados en uno y otro, si bien el ámbito de aplicación de la Directiva finalmente adoptada se extiende a ambos. Las diferencias entre las normas y prácticas entre Estados ha llevado a adoptar una serie de medidas sustantivas, a veces definidas por principios, que requieren su adopción en cada Estado, con respeto de ese "mínimo común". En fin, las diferencias entre empresas y las consecuencias de ellas -más en el ámbito de las prácticas que en el de las normas- tienen su reflejo en la tensión entre las exigencias del máximo respeto a la libertad contractual, y el establecimiento de correctivos que impidan abusos en su utilización. A todo ello hay que añadir los problemas que, en el seno de cada ordenamiento, puede plantear la incorporación de una norma comunitaria y su articulación con las normas preexistentes.

Siguiendo ese mismo esquema, y teniendo en cuenta los problemas afrontados y las actuaciones seguidas en el ámbito comunitario, a continuación se hará referencia a las cuestiones apuntadas en relación con el ámbito de aplicación de la Ley proyectada, las medidas sustantivas de lucha contra la morosidad, la regulación de las cláusulas abusivas, y la articulación del Anteproyecto con las demás normas de nuestro ordenamiento.

#### V. Observaciones al articulado

##### A. Objeto, definiciones y ámbito de aplicación (artículos 1 a 3)

##### 1. La definición del objeto en relación con el ámbito de aplicación

El artículo 1 del Anteproyecto, bajo el título "Objeto de la presente Ley", tiene un contenido parecido, aunque diferente, del que figura en el artículo 3.1 ("Ámbito de aplicación"), lo que podría tener sus inconvenientes en el momento de aplicar e interpretar la Ley.

*Art. 1 - Art. 3*

Así, el artículo 1, aparte de no ser especialmente preciso en relación con el objeto de la norma ("...regulación de determinadas cuestiones relacionadas con la morosidad..."), parece que trata de perfilar su ámbito de aplicación, tanto objetivamente (al referirse a las operaciones comerciales "que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios"), como subjetivamente ("realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración"). Por su parte, el artículo 3.1 afirma la aplicabilidad de la Ley a los pagos efectuados "en las operaciones comerciales", sin mayor especificación, cuando sean realizadas entre empresas públicas o privadas o entre éstas y la Administración; y añade, respecto a lo previsto en el artículo 1, "así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas".

Convendría, por tanto, adecuar el contenido de los preceptos al título de cada artículo. De ese modo, el artículo 1 recogería el objeto general de la Ley

o finalidad de la misma (distinta del objeto o contenido, expresado en el título de la Ley), que puede resultar de utilidad a efectos interpretativos. Por su parte, el artículo 3 debería contener todas las precisiones que sean necesarias en relación con su ámbito de aplicación, tanto objetivo como subjetivo, cuestión sobre la que después se volverá. Todo ello, teniendo en cuenta las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley, aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991.

## 2. Definiciones

En la tramitación del expediente se han suscitado algunas dudas en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley proyectada, tanto por las definiciones que recoge su artículo 2 (puede recordarse que la introducción de definiciones en las leyes es contraria a nuestra tradición legislativa), como desde el punto de vista de las relaciones entre esta Ley y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (sobre lo que nada se dice en la norma proyectada).

En primer término, en lo que se refiere a la definición de las Administraciones públicas, se ha planteado que el juego de la disposición adicional undécima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podría dejar fuera del ámbito de aplicación de la norma ahora proyectada a las entidades públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que, dice aquella disposición adicional, "se regirán, en lo no previsto en la misma [la Ley 48/1998], por sus normas de contratación específicas".

Sin embargo, el texto del Anteproyecto no contraviene lo dispuesto en la Directiva que ahora se trata de incorporar al ordenamiento interno, en la medida en que ésta define los "poderes públicos" como toda autoridad o entidad contratante tal y como se define en las Directivas sobre contratación pública 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE. Esta última, (reguladora de la contratación en los llamados "sectores excluidos"), contiene una definición de los "poderes públicos" con la que coincide la definición de las Administraciones públicas contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que se cumple con lo previsto en la Directiva que ahora se trata de incorporar. Cualquier otro tipo de entidad pública que no encaje dentro de ese concepto de Administración pública (o de "poder público", en la terminología de las Directivas), entrará dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35/CE en la medida en que pueda ser considerada como una "empresa" en el sentido recogido en la propia Directiva, y que, también por eso, conviene que la Ley proyectada siga de cerca.

Define la Directiva la "empresa", en su artículo 2, como "cualquier

organización que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona". Existe alguna diferencia con la definición que se recoge en el artículo 2.a) del Anteproyecto, que atribuye la consideración de empresa "a cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional". Al margen de las cuestiones que pudieran plantearse en relación con la confusión que ello puede suponer entre los conceptos de empresa y empresario, o en relación con otras formas jurídicas carentes de personalidad conocidas en nuestro Derecho, y teniendo en cuenta la finalidad que se persigue con la norma que se trata de transponer, orientada a limitar las diferencias en las normas y prácticas de pago en las operaciones transfronterizas (Considerandos 9 y 10 de la Directiva), resulta de especial importancia que la norma proyectada sea aplicable a todas las empresas que deban tener tal consideración de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva; y debe tenerse en cuenta que en el ámbito de la Directiva están incluidas otras formas jurídicas carentes de personalidad.

### 3. El ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la Ley proyectada ha generado dudas tanto en lo que se refiere a su delimitación subjetiva como a su definición objetiva.

Desde el primero de los puntos de vista, conviene aclarar las relaciones entre la Ley ahora proyectada y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; entre una y otra norma se produce un solapamiento derivado de que, por una parte, se modifica la LCAP a fin de incorporar en ella las exigencias impuestas por la Directiva 2000/35/CE; pero, por otra, al delimitar el ámbito de aplicación de la Ley proyectada, en su artículo 3.1, se afirma su aplicación a las operaciones comerciales realizadas entre "empresas públicas o privadas o entre éstas y la Administración, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas".

Con ello queda claro que no se pretende crear regulaciones independientes, que contemplen separadamente, de un lado, los contratos de las Administraciones públicas y los subcontratos (que se regirían por la LCAP), y de otro, los demás contratos entre empresas (regidos por la Ley proyectada); lo que, además, plantearía otros problemas en la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación.

Lo que se pretende, más bien, es crear una regulación de carácter general, en la que se produce la transposición global de la Directiva, permitiendo que regulaciones sectoriales, en el marco de la Directiva, contengan reglas especiales respecto de aquella regulación general; así sucedería en materia de contratación pública y de subcontratación, como también en relación con los pagos a los proveedores del comercio que regula la Ley 7/1996, respecto de los que, dice el Anteproyecto, "se estará en primer lugar a lo dispuesto por el



artículo 17 de dicho cuerpo legal, en la redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, aplicándose de forma supletoria la presente Ley".

Sucede, sin embargo, que el Anteproyecto no contiene previsión alguna sobre las relaciones entre la Ley proyectada y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que convendría introducir una previsión expresa al respecto. Así, podría establecerse que, en los contratos regidos por la LCAP, la Ley ahora proyectada se aplicará con carácter supletorio; o podría hacerse un llamamiento a la Ley ahora proyectada desde la LCAP. En todo caso, es necesario cuidar que esta última Ley no contravenga las disposiciones de la Directiva en la materia regulada por la norma comunitaria. Se trata de cuestiones sobre las que después se volverá, al tratar de las disposiciones complementarias del Anteproyecto.

También se plantea un problema de seguridad jurídica en la delimitación objetiva del ámbito de aplicación, cuando el artículo 3.2.b) del Anteproyecto deja fuera del mismo los intereses relacionados con "otros pagos", que no se concretan, aunque algo se indica a continuación, parece que a título de ejemplo ("como los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio"). No parece que ello merezca objeción alguna desde el punto de vista de la Directiva que se trata de incorporar, puesto que viene a recoger la salvedad contenida en el considerando 13 de la norma comunitaria. Sin embargo, la imprecisión de la Directiva, que puede estar justificada por la disparidad de los ordenamientos jurídicos -de Estados- a los que se dirige, debería evitarse cuando se produce la incorporación de aquella a los Derechos internos. En todo caso, debe notarse que dicha salvedad no está incorporada al articulado de la Directiva, por lo que podría también excluirse del articulado de la Ley, dada su imprecisión.

Si no se hace así, debería precisarse si se considera que quedan al margen de la presente Ley los pagos que queden instrumentados en documento que lleven aparejada acción cambiaria, en documentos endosables a la orden, o los que estén garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución (como parece desprenderse del mantenimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 17.4 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, o en el 116.5 de la LCAP); precisión que debe atender a la finalidad perseguida por la norma comunitaria, y a la que ya se ha hecho sucinta referencia. En todo caso, lo que parece claro es que se trata de una delimitación objetiva, independiente de la delimitación subjetiva previamente realizada, y que opera sobre ella: se refiere a los pagos que menciona, con independencia de los sujetos obligados.

En definitiva, parece que la Directiva, orientada a establecer medidas de lucha contra la morosidad, considera que los pagos instrumentados a través

de los medios previstos en la legislación cambiaria, no plantea los problemas que la norma comunitaria pretende abordar o que ofrecen, en este aspecto, un nivel suficiente de garantías, o de cumplimiento en la práctica, por lo que los excluye de su ámbito, con independencia de quiénes sean los sujetos implicados. A partir de ello, deben precisarse, en nuestro Derecho, cuáles son los pagos que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

B. Intereses de demora y compensación por costes de cobro (artículos 4 a 8)

Los artículos 4 a 7 del Anteproyecto incorporan la regulación que de los intereses de demora contiene el apartado 3.1 de la Directiva. En ellos se sigue muy de cerca el tenor de ésta, por lo que pocas objeciones pueden hacerse a la incorporación desde el punto de vista del respeto de la norma comunitaria.

Sí convendría, no obstante, revisar la redacción del artículo 4, en dos sentidos. Por una parte, en cuanto se dispone que "deberá pagar el interés fijado en la presente Ley" automáticamente; convendría que la mención fuera del interés "fijado en la presente Ley o el pactado como interés de demora".

Por otra parte, es aconsejable que el mismo artículo 4, al establecer la regla general de devengo del interés del artículo 7 al incumplirse el plazo del artículo 5, recoja también la salvedad del artículo 6, por razones de coherencia interna. En su redacción actual, la obligación del deudor es más amplia que el derecho del acreedor.

En caso de morosidad del deudor, el Anteproyecto no prevé únicamente el pago de los intereses de demora en los términos regulados en sus artículos 4 a 7, sino que afirma el derecho del acreedor a reclamar al deudor una compensación razonable por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste. Se trata de la previsión del artículo 3.1.e) de la Directiva, incorporada a través del artículo 8 del Anteproyecto. Como en otros puntos, también aquí la imprecisión de la Ley es consecuencia inmediata de la vaguedad de la norma comunitaria. Las incertidumbres en este aspecto, una vez incorporada la previsión de la Directiva al Anteproyecto, se pueden referir tanto a los conceptos susceptibles de compensación (esto es, a cuáles son "todos los costes de cobro"), como a la determinación de la cuantía de la compensación.

Desde el primero de los puntos de vista, la cuestión se planteó ya en el proceso de elaboración de la Directiva, si bien ésta finalmente opta por no precisar los conceptos incluidos y remitirse, de forma genérica, a "todos los costes de cobro".

Las dudas surgen al llevar a cabo la incorporación al Derecho interno a través de una Ley especial, en la medida en que existen "costes de cobro".

como las costas judiciales, cuya compensación ya está prevista en nuestro Derecho y que tienen, además, una regulación específica. Es preciso, pues, aclarar las relaciones entre la nueva norma y aquellos costes y, en particular, si deben entenderse incluidos en la expresión "todos los costes de cobro" del artículo 8, con todas las consecuencias que ello acarrearía (como la limitación del 15% prevista en el apartado 1, o la eventual aplicación de la regla especial de exención del apartado 2).

En relación con ello, el proceso de elaboración de la Directiva podría apuntar a la inclusión de las costas procesales en la expresión "todos los costes de cobro" utilizada por la norma comunitaria. Así, cuando el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva, de 17 de septiembre de 1998, trata de desglosar los costes que deben integrar la compensación prevista, incluye, entre otros, los "costes derivados del cobro mediante acción judicial".

Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, ello no es obstáculo para que las costas procesales se excluyan del artículo 8 del Anteproyecto, teniendo en cuenta su regulación específica (fundamentalmente en los artículos 394 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), y que la correcta transposición de una directiva exige atender a su contenido real, y no a los criterios que durante su elaboración pudieran haberse expresado, criterios que, sin perjuicio del valor que pudieran tener para interpretarla, en ningún caso pueden suplantar el tenor de su articulado en la versión finalmente aprobada (dictamen 1.462/2000, de 13 de abril). En todo caso, conviene que quede claro si el artículo 8 es aplicable a las costas judiciales, o si éstas van a seguir sometidas a su régimen específico.

El segundo problema antes apuntado es el de la determinación de la cuantía de la compensación prevista. Se dice en la Directiva, y se recoge en el Anteproyecto, que la compensación debe ser "razonable" y que debe respetar "los principios de transparencia y proporcionalidad". Ahora bien, tratándose de una obligación que nace ex lege como consecuencia de la mora del deudor, convendría que la propia Ley regulara su alcance con cierto grado de precisión.

Por una parte, está la "razonabilidad" de la compensación, lo que parece remitir -aunque no sólo a ello- al hecho de que los costes de cobro pueden estar ya compensados, siquiera sea en parte, por los intereses de demora, lo que podría tener reflejo en la Exposición de Motivos de la Ley (igual que se refleja en los considerandos de la Directiva). Es ilustrativa, en este aspecto, la Posición común del Consejo, de 29 de julio de 1999.

Por otra parte, están los principios de transparencia y proporcionalidad, que pueden contribuir a definir, en cada caso, qué sea una compensación razonable. Por lo tanto, la previsibilidad de la compensación establecida en el

artículo 8, en cuanto exigencia derivada del principio de seguridad jurídica, irá siendo precisada por la jurisprudencia y, en todo caso, queda limitada por el importe máximo que, al respecto, se fija en el 15% de la cuantía de la deuda; la deuda principal (y no de la incrementada con el importe de los intereses convenidos o legalmente establecidos), cabría añadir, ante la incertidumbre que puede generar la simple mención de "la deuda".

### C. Cláusulas abusivas (artículo 9)

El artículo 9 del Anteproyecto incorpora la regulación contenida en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 3 de la Directiva.

Como señala la Memoria justificativa, durante la elaboración y tramitación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, se planteó la oportunidad de extender la regulación de cláusulas abusivas a la posición de abuso de derecho entre empresarios, tomando como referente la situación del profesional o pequeño empresario frente a la de la gran empresa, en el momento de la negociación de un contrato. El Consejo de Estado se manifestó favorable a esta tesis en su dictamen 3.194/97, insistiendo en la "conveniencia de aplicar también la sanción de la nulidad a las condiciones generales que sean abusivas (...), incluso cuando se trate de contratos celebrados entre empresarios". En el Anteproyecto se viene a dar respuesta a esta preocupación, a la vista de las circunstancias y desigualdades que han quedado aludidas más arriba.

Las cuestiones planteadas en la tramitación del expediente empiezan ya por la misma expresión que sirve de título al artículo ("Cláusulas abusivas"), puesto que la Directiva habla, en todo momento, de cláusulas o acuerdos "manifiestamente" abusivos.

Al margen de la admisibilidad de disposiciones más favorables para el acreedor que establece el artículo 6.2 de la Directiva, lo cierto es que, en nuestro Derecho, el concepto de cláusula abusiva está íntimamente vinculado al de "abuso del derecho" (como ponen de manifiesto, entre otras, las STS de 19 de mayo y de 15 de septiembre de 1999) que supone un acto u omisión que sobrepase "manifiestamente" los límites normales del ejercicio de un derecho; en igual sentido, hay que recordar que la jurisprudencia civil ha sentado que el abuso del derecho ha de quedar claramente manifestado (así, entre otras muchas, STS de 14 de mayo de 2002). En consecuencia, aunque no es objetable que el Anteproyecto prescinda del adverbio en cuestión al referirse a las cláusulas reguladas en su artículo 9, podría introducirse el adverbio al definir tales cláusulas, con el fin de subrayar la claridad o notoriedad del abuso y la necesidad de que vaya acompañado de un nivel de gravedad jurídica proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su apreciación.

Más dudosa es la adecuación del Anteproyecto a la Directiva en lo que se refiere al "ámbito" de las cláusulas abusivas. El artículo 9.1 de la norma proyectada lo refiere a las pactadas entre las partes "sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora" y 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 5 y en el apartado 2 del artículo 7 de la presente Ley". Ello difiere de la previsión de la Directiva, que se refiere a "cualquier acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la demora que no sea conforme a lo dispuesto en las letras b) a d) del apartado 1 y en el apartado 2". Debe notarse, por tanto, que la Directiva no se limita a la contravención de lo previsto en las letras b) y d), que serían los preceptos "equivalentes" a nuestros apartados 5.2 y 7.2, sino que se incluye la letra c) del artículo 3.1 de la norma comunitaria (que se corresponde con el artículo 6 del Anteproyecto), con lo que la contravención del artículo 6 del Anteproyecto también debe permitir apreciar la existencia de una cláusula abusiva al amparo del artículo 9 de la Ley ahora proyectada. La precisión alcanza también al segundo párrafo del artículo 9.1, que incorpora un inciso del artículo 3.3 de la Directiva que también se refiere a "lo dispuesto en las letras b) a d) del apartado 1", por lo que la mención que este segundo párrafo contiene de los artículos 5.2 y 7.2 resulta insuficiente. Por tanto, debería incluirse la referencia al artículo 6 en los dos primeros párrafos del artículo 9.

Las circunstancias que permiten apreciar el carácter abusivo de una cláusula son "todas" las del caso y, al especificarlas, el Anteproyecto sigue de cerca la Directiva, añadiendo alguna, como la prestación por parte del deudor de garantías adicionales, que parece razonable.

Existe, en cambio, una diferencia relevante en lo que se refiere a las consecuencias de la apreciación de aquel carácter abusivo. La Directiva exige que cualquier acuerdo manifiestamente abusivo "no sea aplicable o dé lugar al derecho a reclamar por daños", y prevé que se apliquen "las disposiciones legales, a no ser que los tribunales nacionales determinen otras condiciones que sean justas". Por su parte, el Anteproyecto sanciona el carácter abusivo de una cláusula con su nulidad, cumpliendo así lo exigido por la Directiva; añade que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, como prevé también el apartado 2 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en que se regula la nulidad de las cláusulas abusivas). Pero termina el artículo 9.2 proyectado: "A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas aplicará las previsiones supletorias de la presente Ley", lo que se aparta tanto de la Directiva, como de lo previsto en la citada Ley 26/1984, que prevén expresamente las facultades moderadoras de los jueces y tribunales.

Aunque dicha opción no parece excluida por la Directiva, podría producir

efectos distintos, y aun contrarios, a los que se persiguen, por lo que deben sopesarse las razones que pueden llevar a adoptar la solución proyectada o, por el contrario, a admitir la facultad moderadora del órgano judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de declarar el carácter abusivo de las cláusulas (entre empresarios) queda limitada a las contempladas en el artículo 9 del Anteproyecto, y que no sería extraño que la cláusula calificada como abusiva estuviera vinculada a otra cláusula en la que se previera un efecto favorable a la otra parte. Ciertamente, puede suceder que las demás cláusulas sirvan para eludir la declaración del carácter abusivo del acuerdo sobre el plazo o sobre los intereses de demora, pero si a pesar de las demás cláusulas, la relativa al plazo o a los intereses es considerada nula, se puede producir una ruptura del equilibrio contractual, ahora a favor de quien resultaba inicialmente perjudicado. Así, si un plazo muy amplio de pago, que se complementara con un interés de mora muy elevado, fuera considerado -pese al elevado interés- nulo por abusivo, el elevado interés empezaría a devengarse desde el plazo fijado legalmente, lo que podría ser aún más "injusto" que la admisión del largo plazo de pago. Y, si bien es cierto que las previsiones del artículo 9 tratan de responder a las situaciones de desigualdad entre unas empresas y otras, cumpliendo una función tuitiva de las más débiles, no parece aventurado pensar que empresas que no se encuentren en esa situación también intentarían aprovecharse de sus disposiciones.

En todo caso, ante la alternativa de permitir una cláusula abusiva -al cabo, negociada por las partes-, o imponer un desequilibrio derivado de la necesaria supletoriedad de las previsiones legales sobre plazo e intereses de demora, pudiera producirse una mayor permisividad judicial hacia las cláusulas abusivas. Por todo ello, se sugiere reconsiderar la posibilidad de dotar al órgano judicial de un cierto margen de actuación, en línea con lo dispuesto en el artículo 3.3 de la Directiva y en el 10 bis de la Ley 26/1984.

Los apartados 3 y 4 del artículo 9 del Anteproyecto se refieren a las condiciones generales de contratación abusivas y a las acciones de cesación y de retractación procedentes en relación con ellas. En realidad, cabría preguntarse si, una vez reguladas las cláusulas abusivas en la Ley ahora proyectada, su aplicabilidad a las condiciones generales de contratación y la legitimación para ejercitar las acciones de cesación y de retractación en relación con ellas, no tendrían su ubicación natural en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; en concreto, en el artículo 8 (relativo a la nulidad de las condiciones generales de contratación, y que menciona, en particular, las condiciones generales abusivas en los contratos celebrados con los consumidores) y en el artículo 16 (referido a la legitimación activa para ejercitar las acciones de cesación y de retractación -además de la declarativa de condición general-). En todo caso, debe revisarse la redacción del apartado 3, puesto que la nulidad no debe predicarse de las

condiciones generales de la contratación que contengan cláusulas abusivas, sino de las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación, o, mejor, de las condiciones generales que sean (cláusulas) abusivas.

Igualmente cabe sugerir una revisión de la redacción del artículo 10, relativo a la reserva de dominio, y, en particular, de su párrafo segundo, cuya redacción dista de ser clara.

#### D. Disposiciones complementarias

##### 1. Comercio minorista

La disposición adicional única se refiere al régimen de pagos en el comercio minorista, disponiendo que, en el ámbito de los pagos a proveedores del comercio que regula la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se estará en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 17 de dicho cuerpo legal, aplicándose de forma supletoria la Ley ahora proyectada. Ello deriva de que el citado artículo 17 fue modificado por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para incorporar en ese ámbito las exigencias de la Directiva 2000/35/CE, como expresamente se recogía en su Exposición de Motivos. No obstante, debe notarse que, mientras que el apartado 5 del citado artículo 17 define los intereses de demora por referencia al tipo aplicado por el Banco Central Europeo "a su más reciente operación principal de refinanciación", tanto la Directiva como la Ley ahora proyectada lo refieren al aplicado por el Banco Central Europeo "a su más reciente operación principal de refinanciación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate".

##### 2. Contratación pública y subcontratación

La disposición final primera del Anteproyecto modifica el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; como ya se dijo más arriba, con ello no se pretende excluir los contratos de las Administraciones públicas ni la subcontratación del ámbito de aplicación de la Ley ahora proyectada (como refleja expresamente el artículo 3.1 del Anteproyecto), sino introducir una serie de especialidades en aquellos ámbitos (contratación pública y subcontratación), en los que la Ley proyectada se aplicaría con carácter supletorio. En todo caso, resulta necesario que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se ajuste a las exigencias de la Directiva, eliminando o modificando aquellas disposiciones que pudieran oponerse a ella.

Tanto en el proceso de elaboración de la Directiva 2000/35/CE, como en la tramitación que ha dado origen al Anteproyecto sometido a consulta, se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones el papel central que, en la lucha

contra la morosidad en las operaciones comerciales, ocupan los pagos realizados por las Administraciones públicas a sus contratistas, y por los contratistas principales a las empresas subcontratistas.

En este mismo sentido llamó la atención el Consejo de Estado en su dictamen nº 4.464/98, insistiendo en la necesidad de incorporar el contenido de la Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. Así, se decía en aquella ocasión: "Por otra parte, es preciso destacar que la reforma proyectada no se ha hecho eco de algunas de las previsiones que se efectúan en la citada Recomendación al objeto de "hacer respetar los plazos de pago contractuales en las transacciones comerciales y garantizar mejores plazos de pago en los contratos públicos" (por ejemplo, las relativas al establecimiento de controles regulares sobre los plazos de pago de las autoridades públicas; o a la creación de sistemas de control adecuados para garantizar que las autoridades públicas respeten el principio de pago -simultáneo al pago del principal- de los intereses de demora)". Se concluía que, aunque la norma comunitaria era una simple Recomendación sin carácter vinculante, "se trata de cuestiones que necesitan ser reguladas".

Las concretas modificaciones que el Anteproyecto introduce en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se ciñen a tres artículos, el último de ellos referido a la subcontratación.

Se modifica, por una parte, el apartado 4 del artículo 99. En la nueva redacción se mantiene un plazo de pago de "dos meses" -al igual que en la redacción todavía vigente-, si bien parece que sería más correcto fijarlo en 60 días, tal y como hace la Directiva al señalar el plazo máximo en casos especiales (artículo 3.2 de la Directiva); nótese que el artículo 116.4 de la LCAP -tanto en su redacción vigente como en la proyectada- habla de sesenta días (y no de dos meses). En relación con ello, debe recordarse que el artículo 3.3 del Reglamento 1.182/71, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, dispone que los plazos "comprenderán los días feriados, los domingos y los sábados, salvo si éstos quedan expresamente excluidos o si los plazos se expresan en días hábiles".

En ese mismo artículo 99 se prevé, para el caso de demora, el abono de "los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro en los términos previstos en los artículos 7 y 8 de la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Se ha modificado así la redacción inicialmente prevista, en que la remisión no era a los dos concretos artículos que ahora se citan, sino, en bloque, a "los términos previstos en la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". La modificación se introdujo por "la conveniencia de que se matice que la



remisión se hace, en los tres artículos, no a la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales sino a sus artículos (...), que son los que regulan los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro. Con ello se evitarán posibles dudas interpretativas".

Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, es preferible que la remisión se haga en bloque a la Ley proyectada. En términos generales, porque toda la Ley, en cuanto incorpora la Directiva, debe ser aplicable a los contratos de las Administraciones públicas, salvo las especialidades que se recojan en la LCAP, por lo que tiene pleno sentido un llamamiento de la LCAP a lo dispuesto, en general, en la Ley ahora proyectada. Pero sucede, además, que si la remisión que hacen estos artículos -los de la LCAP que ahora se modifican- se limita a "los términos previstos en los artículos 7 y 8 de la Ley" quedarían fuera de la remisión otros artículos, como el 6 (que excluye el derecho del acreedor a los intereses de demora cuando el deudor pueda probar que no es responsable del retraso). Esta observación es aplicable a las modificaciones introducidas en los tres artículos de la LCAP (99.4, 110.4 y 116.4).

En la nueva redacción que se da al artículo 110.4 de la LCAP se modifica el texto vigente recogiendo el derecho del contratista a intereses de demora y a la compensación de costes de cobro, y reduciéndose el plazo que determina el comienzo del devengo de intereses de demora (que hasta ahora es de dos meses desde la liquidación -pudiendo llegar a tres desde el acta de recepción-, y pasa a ser de un mes desde el acta de recepción). Por lo demás, debe tenerse en cuenta lo ya observado en relación con el artículo 99.4.

También se modifica el régimen de la subcontratación, en relación con el cual ya apuntó el Consejo de Estado, en su dictamen 4.464/98, la conveniencia de "replantearse la regulación de la subcontratación con el principal objetivo de evitar el transcurso de un periodo de tiempo entre la prestación del servicio o realización del suministro pactado con el contratista y el cobro de las cantidades debidas por este último que tenga un carácter desproporcionado respecto del plazo de tiempo que debe mediar entre la ejecución del contrato y el pago por la Administración". Y se insistía entonces en que "el subcontrato celebrado se halla en estrecha conexión con el contrato administrativo del que trae causa y, por tanto, su régimen legal debe perseguir igualmente la consecución de los fines administrativos y del interés público".

Dicho esto, no parece lógico hacer de peor condición a los subcontratistas que al resto de las empresas que contratan con otras empresas privadas. En relación con ello, debe aludirse a los problemas de compatibilidad con la Directiva que puede plantear el artículo 116 de la LCAP, puesto que, mientras la norma comunitaria fija, como regla general, un plazo de pago de

30 días desde que se recibe la factura, y permite que se fije en 60 días en casos especiales, en el artículo 116 se prevé, con carácter general, que el plazo se extienda hasta 90 días (treinta días desde la presentación de la factura para que el contratista principal dé su conformidad a la factura, y sesenta días más para efectuar el abono).

En fin, debe revisarse la necesidad de introducir otras modificaciones en la LCAP a fin de que ésta no contenga normas que puedan contravenir lo dispuesto en la Directiva (en particular, si se prevé que las disposiciones de la LCAP se apliquen con preferencia a las de la Ley proyectada). En este sentido, cabe apuntar la necesaria adaptación de lo dispuesto en el artículo 169.3 en relación con el artículo 167.a), ambos de la LCAP, que recogen el derecho del contratista al abono del interés legal de las cantidades debidas por la Administración, en caso de resolución originada por una demora superior a seis meses por parte de la Administración.

### 3. Entrada en vigor y régimen transitorio

Cierra el Anteproyecto una disposición final tercera que prevé la entrada en vigor de la Ley proyectada el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado; lo que tendrá lugar una vez transcurrido ampliamente el plazo de transposición establecido en el artículo 6 de la Directiva. Sucede, además, que no se prevén normas transitorias ni otras disposiciones relativas al ámbito temporal de aplicación de la norma. En consecuencia, podría entenderse que no se está respetando lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Directiva, en la medida en que éste permite a los Estados miembros excluir de su ámbito de aplicación -de las normas dictadas para su transposición- "los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002", pero no los posteriores.

Dada la imperatividad de la norma comunitaria, también en cuanto al plazo de transposición, y puesto que éste ya ha concluido, debe considerarse la posibilidad de introducir un régimen que mitigue, en lo posible, los efectos de dicho incumplimiento, teniendo en cuenta, de un lado, la aludida imperatividad, y de otro el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

En este punto, no se plantearían especiales problemas en relación con los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (a los que sería de aplicación ésta), ni en relación con los celebrados antes del 8 de agosto de 2002 (en relación con los cuales podría excluirse su aplicación sin contravenir la Directiva). Mayores dudas suscitara el régimen de los contratos celebrados entre el 8 de agosto de 2002 y la fecha de entrada en vigor de la Ley; para ellos podría preverse alguna disposición orientada a que se les aplicaran las previsiones de la Ley proyectada en cuanto a sus efectos futuros (esto es, en cuanto la mora se produjera con posterioridad a la

entrada en vigor de la Ley proyectada); todo ello, sobre la base de la distinción, de origen germánico y acogida por nuestra jurisprudencia constitucional, entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia, como también de la necesaria ponderación de la seguridad jurídica y de los diversos imperativos que conducen, en cada caso, a la modificación del ordenamiento jurídico.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo nte dictamen, puede V.E. someter a la aprobación del Consejo de Ministros, posterior elevación a las Cortes Generales como proyecto de Ley, el Anteproyecto y de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales."

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 19 de junio de 2003

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.