

INFORME SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY 3/2004 DE MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN ESPAÑA A LOS DOS AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Realizado por

Pere J. Brachfield

Director del Centro de Estudio de Morosología de EAE

Profesor del área de Credit Management de EAE

Consultor de Morosólogos Asociados

Barcelona, 10 de enero de 2007

© Pere J. Brachfield

© Centro de Estudios de Morosología de EAE

INTRODUCCIÓN

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales apareció publicada en el BOE nº 314 el día 30 de diciembre de 2004, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

La Ley 3/2004 fue aprobada por las Cortes Españolas para crear un marco legislativo que aminorase la morosidad en el pago de las deudas dinerarias y los abusos existentes por parte de los deudores al liquidar las facturas.

La Ley 3/2004 de 29 de diciembre de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales es el resultado de la transposición de 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”. Recordemos que una Directiva es un acto vinculante de derecho comunitario, no se trata, por tanto, de una particularidad legislativa española, sino que

La Directiva 2000/35/CE tiene dos puntos clave para combatir la morosidad:

- Establecimiento en todos los Estados de la UE de la **obligación de que los acreedores puedan cobrar intereses de demora** a unas tasas de interés que hagan más oneroso a los deudores morosos tener deudas con los proveedores que con entidades bancarias así como hacer pagar a los morosos indemnizaciones por los gastos de cobranza
- Implantación en toda la UE de procedimientos legales más rápidos y resolutivos para cobrar deudas atrasadas mediante procesos judiciales ágiles, resolutivos y poco costosos que duren como máximo **90 días**.

La Ley Española 3/2004 de 29 de diciembre contra la morosidad en las operaciones comerciales tiene dos objetivos que hay que diferenciar y que están perfectamente definidos:

- **Combatir la morosidad en el pago de operaciones comerciales** en el sentido de evitar y penalizar la tardanza en pagar tras el vencimiento del plazo de pago pactado entre las partes
- **Proteger del abuso por parte del comprador**, en perjuicio del acreedor, a la hora de **fijar los plazos de pago** en sí mismos, es decir, la imposición del cliente al proveedor de plazos de pago excesivamente largos que luego cumpla escrupulosamente, pagando el día acordado en el contrato.

Los puntos más destacados de la Ley Antimorosidad son:

1. Establecer con carácter general un plazo de pago de 30 días en defecto de pacto entre comprador y vendedor.
2. Este plazo también será también el de exigibilidad de intereses de demora en caso de que el cliente no pague a los 30 días.
3. Se determina el devengo automático de elevados intereses moratorios pasado el vencimiento de pago.
4. Se señala el tipo de interés de demora legal muy superior al que existía antes del 31 de diciembre de 2004.
5. Se otorga al acreedor el derecho de reclamar una indemnización razonable al deudor por los costes de recobro en los que ha incurrido para conseguir cobrar la factura impagada.
6. Se da la posibilidad de pactar cláusulas de reserva de dominio para que el vendedor conserve la propiedad hasta el pago total de la factura.
7. Se determinan plazos de pago obligatorios para ciertos productos en comercio minorista.
8. Se respeta la libertad de contratar pero la libertad contractual no debe amparar prácticas abusivas imponiendo condiciones que se aparten de lo que la Ley indica como referencia razonable, por consiguiente las cláusulas abusivas incluidas en los contratos serán declaradas nulas por los tribunales, en particular aquellas que impongan plazos de pago excesivamente dilatados o fijen intereses moratorios ridículos.
9. La Ley fija límites a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular en el régimen de plazos de pago a proveedores en el comercio minorista puesto que la Ley establece unos plazos de pago obligatorios entre las partes en función a la naturaleza del producto.

COMENTARIOS GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY

El filósofo francés, padre de la filosofía moderna, René Descartes dijo en el siglo XVII que los Estados mejor organizados son los que dictan pocas leyes, pero de riguroso cumplimiento.

Hacia el año 100 de nuestra era, Plutarco escribió en la Vida de Solón que los textos de Ley no difieren de ningún modo de las telarañas; retienen, al igual que ellas, a los débiles y pequeños que se encuentran atrapados, pero bajo el peso de los fuertes y ricos se rompen.

Federico de Castro fue el autor de la máxima: “En España, la abundancia de leyes se mitiga con su incumplimiento”. Todas descripciones pueden explicar lo que le sucede con la Ley 3/2004 contra la morosidad en las operaciones comerciales. Menos del 5 por ciento de las empresas españolas la está aplicando. Tampoco las administraciones públicas en España están cumpliendo con el plazo de 60 días que marca la Ley para pagar a sus proveedores.

La realidad es que dos años después de la entrada en vigor de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, **España** sigue ocupando uno de los **primeros lugares del ranking europeo de demoras en los cobros** en sectores básicos como la **alimentación** y **construcción**.

En el sector de la alimentación, los proveedores soportan plazos medios de cobro que se aproximan a los 100 días, y resulta alarmante comprobar que en el sector de la construcción, los fabricantes de materiales, los contratistas y sus subcontratistas lleguen a tener plazos de cobro que pueden ser superiores a los 200 días. La situación de los retrasos en el pago es todavía más grave cuando los deudores son organismos públicos, que actúan con plena discrecionalidad a la hora de pagar a sus suministradores.

En cuanto a la **sanidad española**, ningún **Servicio Autónomo de Salud del Estado cumple con el plazo de pago de 60 días**, que es el obligatorio para la todas las administraciones públicas. Vale la pena decir que los suministradores de la sanidad pública están reclamando judicialmente los intereses de demora fijados por la Ley 3/2004, cuyo tipo legal para el segundo semestre de 2006 era del 9,83%, por lo que se está empleando una cantidad colosal de dinero público en abonar intereses moratorios.

Tampoco han cambiado las cosas en las relaciones comerciales con la gran **distribución**, ya que los proveedores no quieren poner en peligro las elevadas cifras de venta que suponen las grandes superficies comerciales, y prefieren mantener el *status quo* existente desde hace lustros. Algunos grandes compradores están ofreciendo a sus proveedores pagar las facturas a 60 días a cambio de unos descuentos por pronto pago; descuentos que una vez anualizados suponen unos tipos desde el 8% al 12%. Actualmente se ha podido comprobar que una vez pasados dos años desde la promulgación de la Ley 3/2004, su aplicación es escasa.

Según el estudio, **menos del 5% de las empresas españolas están utilizando plenamente los instrumentos jurídicos que les facilita la Ley antimorosidad**. Las empresas acreedoras no están utilizando los derechos que les otorga la nueva legislación ni implementando las medidas recogidas en la nueva legislación, y por consiguiente muy pocas están aplicando intereses moratorios a sus clientes.

¿POR QUÉ LAS EMPRESAS NO HACEN USO DE LOS DERECHOS QUE LES OTORGA LA LEY?

La primera razón es el profundo **desconocimiento** entre las pymes del contenido de la nueva legislación. En segundo lugar, las empresas son reticentes a aplicar la ley por **miedo a perjudicar sus estrategias comerciales** de penetración en el mercado y por el imperativo del departamento comercial de aumentar las ventas año tras año. Y en tercer lugar los proveedores que conocen la Ley son reticentes a la hora de aplicar los derechos que ésta les otorga por miedo a enturbiar las relaciones con sus clientes o a perderlos definitivamente a favor de otros suministradores más tolerantes.

La aplicación práctica de la Ley 3/2004 depende de la relación comercial entre proveedor y deudor moroso, la posición de dependencia en el negocio y la fuerza negociadora que puede ejercer cada una de las partes. Los proveedores suelen reclamar los intereses de demora y gastos únicamente con aquellos clientes con los que no estén particularmente interesados en continuar con la relación comercial o a aquellos deudores que tengan una dependencia del producto o servicio suministrado por el acreedor; pero no harán reclamación de intereses moratorios a aquellos clientes de los que el acreedor no puede prescindir.

Ahora bien, con una gran parte de los clientes que se retrasan a la hora de abonar sus facturas, el acreedor, antes de iniciar cualquier actuación para reclamar los intereses de demora a su cliente, valorará las ventajas e inconvenientes de la reclamación y, probablemente, desechará cualquier actuación tendente a deteriorar una relación comercial que le interese preservar. Nuestra dilatada experiencia en la lucha contra la morosidad nos dice que, en caso de un retraso en el pago, el proveedor procede de forma inmediata a efectuar al deudor una reclamación hostil, sino que agota las actuaciones amistosas para el cobro del crédito impagado, con el objetivo de mantener al cliente.

El acreedor sólo empieza a reclamar intereses de demora y costes de cobro cuando ha agotado la negociación amistosa y hay una ruptura de la relación comercial. Además, contra el cliente moroso que se niega a pagar los intereses y gastos de cobro, sólo queda el recurso de la demanda judicial, y parece obvio que nadie quiere demandar a sus clientes.

Por otro lado, frente a los derechos que la Ley atribuye al acreedor, suele oponerse la realidad que se presenta de tener delante a un moroso sin suficiente liquidez ni solvencia y sin bienes susceptibles de embargo, por lo que la dificultad no estriba sólo en cobrar los intereses, sino que el milagro es recuperar el propio principal de la deuda.

Ahora bien, la mera existencia de la Ley 3/2004 ha dado nuevas armas de negociación a los proveedores que cuentan con un elemento de presión y que si saben utilizar los argumentos adecuados, con toda seguridad conseguirán rebajar los plazos de pago y aminorar la morosidad.

En suma, esta ley contribuye a mejorar el marco normativo de las relaciones comerciales y la posición del acreedor, pero no constituye la erradicación de la morosidad.

LA OPORTUNIDAD PÉRDIDA PARA HACER UNA LEGISLACIÓN ANTIMOROSIDAD EFECTIVA

El legislador ha perdido una excelente oportunidad para promulgar una Ley con un contenido más eficaz para combatir la morosidad en la práctica.

España, con la transposición resultante, ha perdido una gran ocasión para igualar las condiciones competitivas de las empresas españolas, –y en particular de las pymes que constituyen casi el 99,90 por ciento del tejido empresarial español– así como crear un marco legal que protegiera de forma efectiva el poder negociador de las pymes, al fijar un entorno para acordar las condiciones de pago semejante al existente en otros Estados de la UE, lo que indudablemente hubiera favorecido a medio plazo la competitividad de las empresas españolas.

La Ley, como habíamos intuido los expertos que hemos seguido su gestación en las Cortes Generales, tiene, bajo nuestro punto de vista, un articulado que resulta bastante decepcionante. Los expertos en la lucha contra la morosidad esperábamos una norma que aportara instrumentos más eficaces para luchar contra esta lacra mercantil que es endémica en España, pero salta a la vista que no ha sido así.

Resulta evidente de la redacción de la Directiva 2000/35/CE que lo que la Unión Europea pretende mediante su promulgación es que los plazos de pago contractuales de los distintos países, y en especial los Estados del Sur de Europa, no difieran de la media comunitaria (actualmente establecida en unos 57 días), tal y como se desprende del considerando 8 de la Directiva. Salta a la vista que España se aleja mucho de la media europea, por lo que deberíamos haber realizado un especial esfuerzo legislativo y reglamentario para recortar distancias con el resto de países de la UE.

La Directiva 2000/35/CE en el fondo era un punto de partida y para el caso de España hubiera sido conveniente aplicar lo que establece el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 2000/35/CE: **“Los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva”**. Bajo nuestro criterio, esta recomendación de la Directiva era totalmente apta para España, que debería haber incluido en la Ley contra la morosidad normas

específicas para combatir los retrasos en los pagos y las situaciones típicas de morosidad que se dan en la economía española.

LA DENUNCIA DE LAS AUTORIDADES DE LA CE POR LA INCORRECTA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EUROPEA CONTRA LA MOROSIDAD

La Comisión Europea reconoció en junio de 2006 que la ley española destinada a luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales no se ajustaba al espíritu y letra de la directiva, tal y como denunciaron las organizaciones patronales de empresas de alimentación y bebidas españolas.

Las denuncias se apoyan en dos aspectos de la normativa española: por un lado el plazo máximo de 90 días para pagar a los proveedores en los productos de alimentación no perecederos y en los de gran consumo. Por otro lado, la norma española no otorga legitimación a las organizaciones empresariales como representantes de sus asociados para denunciar, en nombre de sus miembros, situaciones de posición de dominio en las relaciones entre proveedores y compradores, así como por cláusulas abusivas en los contratos proveedor/cliente.

Asimismo, la norma española no respeta el espíritu de la Directiva europea, ya que esta establece que los gobiernos no permitan la financiación positiva de los operadores económicos a costa de sus proveedores, situación que la ley consagra al marcar unos plazos máximos para los productos del sector de alimentación de 30 días en los productos frescos y perecederos y –en la práctica empresarial– de hasta 90 días en los productos de alimentación no perecederos y los de gran consumo.

A juicio de la Federación Española de Industrias de Alimentación y Bebidas FIAB, (criterio que ha compartido Bruselas), ello suponía un mecanismo de obtención de financiación positiva, o sea de liquidez adicional para los compradores a costa de los proveedores, contrario a lo que estipulaba la Directiva Europea de lucha contra la morosidad 2000/35/CE aprobada en el 2000.

En julio de 2006, el Colegio de Comisarios llevó al Gobierno de España ante el Tribunal de Luxemburgo por la incorrecta transposición de la Directiva de Morosidad 2000/35/CE, normativa que según la FIAB, afecta profundamente al mercado de la alimentación. Consecuentemente y de acuerdo con esta decisión de la Comisión Europea, la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales no recoge lo que se dispone en la Directiva comunitaria en dos aspectos fundamentales.

OBSERVACIONES, COMENTARIOS Y PROPUESTAS SOBRE LA LEY 3/2004

En nuestra opinión, –y haciendo una analogía con el café– esta Ley puede parecer una versión descafeinada con leche desnatada y sacarina de lo que pretendía la Directiva Europea. La Ley 3/2004 pretende conjugar el principio de seguridad jurídica y defensa de los derechos del acreedor, con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, lo cual es encomiable y sin duda necesario, pero encajar estos dos principios en la práctica es, cuanto menos, complicado.

Como valoración crítica de la Ley 3/2004 podemos manifestar que debería haberse ajustado totalmente a las pretensiones de la Directiva europea y haber unificado las medidas de lucha contra la morosidad para todos los sectores económicos sin excepción alguna, garantizando así que todos los operadores económicos pudieran actuar en condiciones de igualdad y favorecer de este modo las condiciones competitivas de las pymes españolas.

Hubiera sido deseable que las normas de la Ley se hubieran aplicado desde el primer momento a todas las operaciones comerciales por igual y a todos los contratos, sin crear regímenes transitorios para distintos supuestos como ha sucedido con la Ley 3/2004.

Además, la ley deja un agujero legal para que los pagos se puedan hacer “*per sécula seculorum*” a noventa días, ya que dicta lo siguiente: “los aplazamientos de pago no podrán superar los sesenta días salvo pacto expreso en el que se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario, sin que en ningún caso pueda exceder el plazo de noventa días”. ¿Pero qué proveedor se atreverá a decir que no a un gran comprador, cuando éste le haga firmar un contrato que ponga en las condiciones de compra: pago a 90 días, fecha fija de pago el 25 de cada mes? Por consiguiente en la práctica la gran distribución continuará pagando sus compras a 100 (o más) días de plazo, y muy pocos proveedores se atreverán poner objeciones por miedo a tener un conflicto comercial con el cliente.

LA AMBIGÜEDAD DEL CONCEPTO DE CONDICIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA

Uno de los objetivos de la Ley 3/2004 es establecer medidas efectivas que impidan que los compradores impongan condiciones de pago abusivas en perjuicio de los proveedores. Uno de los mayores éxitos de la Directiva 2000/35/CE, ha sido el conseguir que parte de la Exposición de Motivos de la Directiva (Considerando 19), pase a ser un artículo de la Ley 3/2004: artículo 9 Cláusulas abusivas; serán nulas las cláusulas abusivas y el carácter abusivo de una cláusula se fundamenta en la generación de liquidez adicional del deudor a costa del acreedor.

Recordemos el contenido del Considerando 19:

19) *La presente Directiva debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor. Cuando un acuerdo sirva principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o cuando el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario, podrán considerarse factores constitutivos de dicho abuso. La presente Directiva no afecta a las disposiciones nacionales que regulan la manera en que se celebran los contratos o la validez de las condiciones contractuales que no sean equitativas para el deudor.*

Paralelamente la Exposición de motivos de la Ley 3/2004 indica literalmente:

“El plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora establecidos en la ley son de aplicación en defecto de pacto entre las partes. Ahora bien, la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo cláusulas relativas a plazos de pago más amplios o tipos de interés de demora inferiores a los previstos en esta Ley, por lo que el juez podrá modificar estos acuerdos si, valoradas las circunstancias del caso, resultaran abusivos para el acreedor. En este sentido, podrá considerarse factor constitutivo de dicho abuso el que el acuerdo sirva, principalmente, para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o para que el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las obligaciones que asuma”

Para que estos objetivos se consigan, hubiera sido necesario que la Ley concretase las directrices anti-abuso en medidas legislativas y reglamentarias claras y de fácil aplicación en la práctica empresarial, siguiendo el modelo de los principios establecidos en el Considerando 19 de la Directiva 2000/35/CE y en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004, para conseguir en la realidad empresarial los fines propuestos por la misma.

El artículo 9 indica que serán consideradas abusivas: “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 4 y en el apartado 2 del artículo, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos.

Para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuesto en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2.

Asimismo, para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve para

proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas”.

Consecuentemente, la Ley contra la morosidad es insuficiente en el artículo 9 sobre las cláusulas abusivas. El espíritu de la Directiva europea es acabar con los abusos de las grandes compañías, que imponen plazos demasiado largos a sus proveedores para reducir sus ciclos de caja a cifras negativas, financiándose gratis a costa de sus suministradores.

La determinación de si una cláusula es abusiva es ambigua, ya que se considerarán los usos habituales del comercio. Consecuentemente, las grandes empresas alegarán que pagar a sus proveedores a 120 días forma parte de los usos habituales, y pobre del suministrador que opine lo contrario ya que se quedará sin clientes. Y tal vez, lo más descorazonador, es que el proveedor deberá siempre recurrir a los tribunales de justicia para conseguir la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas.

Puede observarse pues que las medidas concretas quedan en una excesiva ambigüedad ya que la Ley no facilita una forma objetiva de determinar las prácticas abusivas ni de medir si los aplazamientos de pago son excesivos y en perjuicio del acreedor. Estas circunstancias pueden llevar a diferentes interpretaciones y a una falta de concreción y se puede caer en subjetividades que provocan situaciones que la Ley contra la morosidad pretende combatir.

Igualmente, para lograr el objetivo de la Ley, y que las medidas contra las cláusulas abusivas se conviertan en un instrumento eficaz, se debería aprobar una regulación efectiva que fuera de fácil aplicación práctica, de manera que no fuera imprescindible recurrir siempre a los tribunales para que sean anuladas las cláusulas abusivas sino que se hubieran buscado otras vías paralelas a través de organismos especializados en la defensa de los proveedores.

Para conseguir la prohibición efectiva de las condiciones de pago abusivas en perjuicio del acreedor es necesario concretar las directrices anti-abuso de la Ley en medidas legislativas y reglamentarias claras y de fácil implementación en la práctica empresarial. Lo ideal sería una normativa que ya durante la fase negociadora entre comprador y proveedor desincentivara el abuso, esto es, que disuadiera al comprador de intentar imponer cláusulas abusivas antes de la firma del contrato.

PROPUESTAS PARA MEJORAR LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY

1. Desarrollo de un Reglamento que determine cuando se considera la existencia de un plazo de pago abusivo o de cláusulas excesivas

La clave para conseguir la prohibición de las cláusulas abusivas es que el Gobierno desarrolle un reglamento completo y complementario a la Ley 3/2004, que sirva para implementar la aplicación efectiva de la Ley en lo que concierne a la implementación de las normas anti-abuso y que pueda aclarar aquellas diferencias de interpretación que puedan suscitarse.

Recordemos que el redactado del Artículo 9. Cláusulas abusivas dicta que:

“Para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre *otros factores* si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal del interés de demora dispuestos en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2”

Entiendo que el reglamento debería concretar cuales son estos “otros factores” y que debería enunciar expresamente los factores constitutivos de abuso conforme al espíritu de la exposición de motivos de la Ley. Tengo el convencimiento de que la enumeración de estos factores y su definición sería un valioso instrumento a la hora de calificar de abusivas las cláusulas pactadas entre las partes.

Asimismo en este reglamento habría que indicar los plazos de pago en España por sectores de actividad que se puedan considerar como ajustados a la normalidad. De manera que dicho reglamento señale la horquilla de plazos de pago en días que se considerarán habituales en cada uno de los sectores industriales.

También el reglamento deberá indicar los plazos en días a partir de los cuales se consideran abusivos los pactos entre comprador y vendedor respecto a la fijación de los periodos de pago. Este reglamento tendría una gran utilidad práctica a la hora de determinar si un cliente está imponiendo condiciones de pago abusivas a sus proveedores y facilitaría el trabajo de los tribunales.

2. Creación de un organismo oficial que tutele la aplicación de la Ley contra la morosidad

Es necesaria la creación de un organismo independiente y especializado de control y defensa de los proveedores. Un Servicio de Defensa del Proveedor que haga respetar y cumplir la Ley contra la morosidad y que actúe bajo la misma filosofía del Tribunal de Defensa de la Competencia en la persecución de los abusos de posición dominante. La misión de este nuevo organismo, sería supervisar la aplicación y respeto a la Ley, y la imposición de sanciones a los que incumplen la legislación contra la morosidad y cometen habitualmente malas prácticas en el pago.

Paralelamente la creación de organismos de defensa del proveedor en cada Comunidad Autónoma sería de gran utilidad para defender a los proveedores de las prácticas abusivas y tutelar sus derechos desde la proximidad geográfica y el conocimiento del ámbito local. Debería admitirse la investigación de oficio,

la denuncia anónima (para evitar represalias comerciales) y las acciones colectivas frente a grandes incumplidores habituales de los periodos medios de pago previstos por la ley.

3. Cuantificar por normativa legal la indemnización de los costes de recobro

En lo que se refiere a la compensación por los costes de cobro, al artículo 8 le falta concreción para determinar la cuantía de la indemnización por los costes de cobro que tiene derecho a reclamar el acreedor. El artículo señala que serán todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de éste, pero no deja nada claro cómo se deben acreditar debidamente dichos costes de cobro y cual es la tipología de gastos que se podrán imputar al moroso.

El redactado del artículo 8 juega con términos generalistas como “en la determinación de estos costes de cobro se aplicarán los principios de transparencia y proporcionalidad respecto a la deuda principal”. En conjunto este lenguaje poco claro no permite, por ejemplo, saber si los honorarios de una empresa de cobros a la que haya recurrido un acreedor para que se hagan cargo de la gestión recuperatoria de la deuda –perfectamente acreditados mediante la correspondiente factura emitida por la agencia de cobros–, pueden incluirse como parte de los costes de cobro.

De esta forma de los siguientes 4 tipos de costes de cobro no podemos estar seguros de que todos ellos se puedan reclamar íntegramente al deudor como compensación:

- A) Los **costes bancarios** del acreedor como comisiones por devolución y otros gastos que carga el banco cuando se producen devoluciones de efectos
- B) Los **costes administrativos** que resulten en la empresa del acreedor como resultado de la gestión de cobro
- C) Los **costes del cobro** derivados de la actuación de empresas dedicadas al cobro de deudas (**externalización de la gestión**)
- D) Los **costes derivados del cobro mediante acción judicial** que no entren en la tasación de costas, verbigracia los informes comerciales y financieros prejudiciales.

Sobre esta materia también debería aprobarse un reglamento que regulara los costes que pueden ser imputados al deudor moroso.

4. Transposición del artículo 5 de la Directiva europea y mejora de los procedimientos judiciales de reclamación de deudas

Recordemos que la Directiva 2000/35/CE tiene dos puntos clave para combatir la morosidad:

- Establecimiento en todos los Estados de la UE de la obligación de que los acreedores puedan cobrar intereses de demora a unas tasas de interés que hagan más oneroso a los deudores morosos tener deudas con los proveedores que con entidades bancarias así como hacer pagar a los morosos indemnizaciones por los gastos de cobranza
- Implantación en toda la UE de procedimientos legales más rápidos y resolutivos para cobrar deudas atrasadas mediante procesos judiciales ágiles, resolutivos y poco costosos que duren como máximo 90 días.

Podemos comprobar que la Ley 3/2004 contra la morosidad supone un avance importante pero no suficiente para conseguir estos dos objetivos. En consecuencia, el siguiente paso debería ser aprobar unas medidas destinadas a lograr unos Tribunales de Justicia más efectivos y mejor dotados, que protejan con celeridad y eficacia a los legítimos acreedores para cumplir con los 2 puntos clave de la norma europea y tal y como se desprende del Considerando 20 de la Directiva 2000/35/CE.

20) Las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor; de conformidad con el principio de no discriminación establecido en el artículo 12 del Tratado, tales procedimientos deben estar a disposición de todos los acreedores establecidos en la Comunidad.

En efecto, la Comisión Europea en sus múltiples recomendaciones desde el año 1995, ha insistido siempre en que para combatir la morosidad, además de hacer pagar intereses moratorios a los deudores, era imprescindible que los estados dispusieran de procedimientos judiciales rápidos y eficaces para las reclamaciones de deudas entre empresas.

Así las cosas, sorprende que ni en el texto del proyecto de ley presentado por el Gobierno ni en la Ley 3/2004 aprobada por la Cortes, no apareciera la menor referencia a lo prescrito en el artículo 5 de la ya mencionada Directiva Europea contra la morosidad. Concretamente, dicho artículo titulado "Procedimientos de cobro de créditos no impugnados" indica claramente que los estados de la UE deben velar para se pueda obtener un título ejecutivo independientemente del importe de la deuda en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda por parte del acreedor ante el tribunal, siempre que no haya habido impugnación de la deuda. Es sorprendente constatar que este punto no ha sido incluido en el proyecto de ley presentado por el Gobierno.

Si no se consiguen estos procedimientos de cobro rápidos, baratos y efectivos será imposible aplicar en la práctica los dos principios fundamentales de la Directiva europea:

- Que los acreedores puedan cobrar intereses de demora a unas tasas de interés que hagan más oneroso a los deudores morosos tener deudas con los proveedores que con entidades bancarias así como hacer pagar a los morosos indemnizaciones por los gastos de cobranza
- Procedimientos legales más rápidos y resolutivos para cobrar deudas atrasadas mediante procesos judiciales ágiles, resolutivos y poco costosos que duren como máximo 90 días.

En la actualidad en España se da la paradoja de que si el moroso ofrece pagar al acreedor sólo el principal de la deuda, éste suele aceptar la propuesta del deudor, ya que de lo contrario –si rechaza el pago del principal y quiere cobrar legítimamente los intereses moratorios y gastos– el acudir a los tribunales de justicia para reclamar la deuda, suele ser una opción menos conveniente.

Si se consiguieran los dos objetivos de la Directiva Europea, esta situación no sucedería, ya que el moroso sabría que en caso de no pagar la deuda principal, más intereses y gastos de recobro, los tribunales se lo harían pagar en poco tiempo con de las costas judiciales e intereses legales.

Esta cuestión tan importante para combatir la morosidad no fue ni siquiera mencionada en el proyecto presentado por el Gobierno de Rodríguez Zapatero. Para entender esta omisión sólo caben dos hipótesis; o bien el Gobierno no se atreve con la legislación mercantil, o tal vez pretende escudarse en el procedimiento monitorio –que introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000– como pretexto para no cumplir con el artículo 5 de la Directiva Europea.

En este último supuesto, hay que hacer notar que el monitorio en la actualidad no cumple los 2 requisitos básicos del artículo 5: no puede haber limitación del importe de la deuda (el monitorio tiene un límite de 30.000 euros) y el plazo máximo para obtener el título ejecutivo no ha de superar los 3 meses (los monitorios tardan mucha más que 90 días y no siempre consiguen el cobro de la deuda).

Esta reforma en el terreno judicial sería indudablemente la mejor y más necesaria medida de lucha contra el abuso de aquellos deudores que ganan tiempo y dinero en perjuicio del acreedor obligando a éste a acudir a un recorrido judicial a menudo largo y costoso para lograr el amparo de su derecho.

De forma paralela, el Gobierno Español debería impulsar la reforma de la Justicia Mercantil, y aprovechar la existencia de los nuevos juzgados de lo mercantil en materia concursal, para incorporarles las competencias de los juicios por reclamación de deudas en operaciones comerciales.

La idea sería aprovechar la creación de los Tribunales de Comercio para que éstos sean competentes para juzgar todas las reclamaciones de deuda entre empresas (como sucede hace décadas en Francia), de modo que los

empresarios pueda recurrir a estos Tribunales de Comercio especializados para tramitar sus reclamaciones judiciales, siempre que los impagados tengan como origen una relación mercantil.

Estos tribunales –como sucede en Francia– también serían competentes para juzgar:

- ▶ Demandas basadas en juicios cambiarios.
- ▶ Procedimientos monitorios contra empresas por reclamación de deuda mercantil.

Este sistema ha demostrado una elevada eficacia en Francia ya que facilitan una justicia mercantil rápida, efectiva y barata, y es un modelo que ayudaría a erradicar las malas prácticas mercantiles endémicas en España.

5. Reforma de la legislación cambiaria

También es necesario reformar la legislación en materia de documentos cambiarios que ha quedado obsoleta en muchos aspectos y no facilita la protección del acreedor cambiario.

Por consiguiente, sería una buena iniciativa reformar la Ley 19/1985 de 16 de julio Cambiaria y del Cheque que ha quedado desfasada y mejorar las acciones que pueda emprender el acreedor que sea tenedor de un cheque sin fondos.

En la actualidad el tenedor de un cheque impagado está sumamente desprotegido y se deberían de adoptar las mismas medidas que existen hace décadas en el resto de Europa.

La primera medida sería hacer un registro nacional de emisores de cheques sin fondos bajo el control del Banco De España y retirar el uso de la chequera a los reincidentes por períodos de tiempo de cinco años, de modo que ningún banco les permita disponer de talonario de cheques durante este período.

Los bancos deberían ser responsables subsidiarios y pagar el cheque sin fondos si no retiran el talonario o no aplican las medidas a los infractores reincidentes. En ciertos casos habría también que establecer un régimen de sanciones e incluso la posibilidad de cancelar la cuenta corriente de los libradores de cheques en descubierto.

Otra medida en otro ámbito jurisdiccional sería volver a tipificar como delito el libramiento de cheques sin fondos cuando exista intencionalidad, reincidencia o mala fe por parte del deudor, como existía antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal en 1995.

6. Regulación de las empresas de recobro de deudas

Otro punto que necesitaba una regulación urgente es el sector de las empresas de recobro, puesto que España es el único país de la UE que no tiene regulada la actividad del recobro extrajudicial de deudas. No existe ninguna ley, orden ministerial o reglamento que regulan esta actividad.

Este vacío legal permite que existan ciertas empresas dedicadas al recobro de deudas que utilizan métodos coactivos e incluso cercanos a la extorsión para cobrar. Las amenazas y coacciones son algo habitual, pero el actual marco legal no permite castigar a los autores ya que sus conductas no están tipificadas como delito en el actual código penal. En la mayoría de los casos son absueltos o condenados a penas de multa por faltas.

El uso de cobradores disfrazados sólo está tolerado en España y es una práctica claramente lesiva y conculca los derechos constitucionales recogidos en el artículo 18 de la Carta Magna. La creación de un marco jurídico para evitar esta situación tercermundista es imprescindible, y el Gobierno ha perdido una buena ocasión para establecer la regulación del sector.

7. Cambios en la ley de IVA para recuperar el impuesto en facturas incobrables

La podría haber resuelto la recuperación del IVA repercutido en las facturas impagadas e incobrables por parte del acreedor que había emitido la factura y que por supuesto no había cobrado ni el principal ni el IVA.

La proposición “no de ley relativa a la necesaria adopción por parte del Gobierno de medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales” del 12 de mayo de 2004 presentada por el grupo parlamentario de Convergencia i Unió, incluía un punto muy importante que no fue contemplado en el proyecto de ley presentado por el Gobierno de Zapatero: cambiar la ley del IVA para que los empresarios puedan recuperar automáticamente al cabo de un año, el IVA devengado en aquellas facturas impagadas.

Esto es primordial ya que en la actualidad en caso de impago de una factura, el proveedor debe liquidar igualmente el IVA repercutido, soportando un tributo de forma injusta. En estos casos la actual ley del IVA deja pocas opciones para conseguir la reducción de la base imponible y que el acreedor pueda recuperar el importe del IVA en las facturas incobrables.

8. Creación de ficheros públicos de solvencia y morosidad

El Gobierno debería complementar las medidas legislativas con la creación de un registro de morosos recalcitrantes estatal de libre acceso al público, en el que se incluyan los impagos de efectos mercantiles, títulos cambiarios, demandas judiciales y otros impagados derivados del tráfico mercantil. Esto facilitaría la prevención de la morosidad y facilitaría el tráfico mercantil.

9. Facilitar la intervención de las organizaciones patronales en defensa de sus asociados

Sería beneficioso reglamentar de forma más explícita y más amplia las capacidades de actuación de las organizaciones empresariales para actuar en lugar de que lo tengan que hacer directamente las empresas representadas ante los clientes que cometen los abusos.

El Gobierno debería potenciar y prestar un respaldo firme a las asociaciones y federaciones patronales en la defensa de los empresarios para que estas patronales puedan ejercer la reclamación colectiva contra los malos pagadores habituales de cada uno de los sectores; de modo y manera que la sindicación de acciones de reclamación impidan las posibles represalias comerciales ante quienes reclaman sus justos derechos.

Es decir, que de oficio las patronales puedan tramitar reclamaciones masivas en condiciones de impago en plazo y denunciar las prácticas de abusos de posiciones dominantes por parte de los grandes compradores.

10. Obligar a las Administraciones Públicas a cumplir con la Ley

El Gobierno debería establecer los mecanismos necesarios para que las administraciones públicas y los organismos oficiales paguen en la práctica puntualmente a los 60 días reales –como marca la ley– a los contratistas y proveedores y que en caso de morosidad que los suministradores puedan cobrar automáticamente los intereses moratorios y gastos de gestión de cobros sin pasar por los habituales trámites burocráticos o, en su caso, judiciales.

El Gobierno debería arbitrar sistemas de información estadística que permitan hacer el seguimiento de la implantación legislativa de modo que el tiempo acerque la realidad a lo razonable.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Dos años después de la entrada en vigor de la Ley contra la morosidad, España sigue ocupando uno de los primeros lugares del ranking europeo de demoras en los cobros en sectores básicos como son el de la alimentación, y en el de la construcción. En el sector de la alimentación, los proveedores soportan plazos medios de cobro que se aproximan a los 100 días, y resulta alarmante comprobar que en el sector de la construcción, los fabricantes de materiales, los contratistas y sus subcontratistas lleguen a tener plazos de cobro que pueden ser superiores a los 200 días.

La situación de los retrasos en el pago es todavía más grave cuando el deudor es un organismo público, que actúa con plena discrecionalidad a la hora de pagar a sus suministradores.

En cuanto a la sanidad española, ningún Servicio Autonómico de Salud del Estado cumple con el plazo de pago de 60 días, obligatorio para la todas las administraciones públicas. Vale la pena decir que los suministradores de la sanidad pública están reclamando judicialmente los intereses de demora fijados por la Ley 3/2004, cuyo tipo legal para el primer semestre de 2006 es del 9,25%, por lo que se está empleando una cantidad colosal de dinero público en abonar intereses moratorios.

Tampoco han cambiado las cosas en las relaciones comerciales con la gran distribución, ya que los proveedores no quieren poner en peligro las elevadas cifras de venta que suponen las grandes superficies comerciales, y prefieren mantener el “status quo” existente desde hace lustros.

Y lo que es peor, algunos grandes compradores están ofreciendo a sus proveedores pagar las facturas a 60 días a cambio de unos “módicos” descuentos por pronto pago; descuentos que una vez anualizados suponen unos tipos desde el 8% al 12%. Actualmente se ha podido comprobar que una vez pasados dos años desde la promulgación de la Ley 3/2004, existe una escasa aplicación de la misma en España.

En la práctica, la efectividad ha sido nula ya que menos del 5% de las empresas españolas están utilizando plenamente los instrumentos jurídicos que les facilita la Ley antimorosidad. Las empresas acreedoras no están utilizando los derechos que les otorga la nueva legislación ni implementando las medidas recogidas en la nueva legislación, y por consiguiente muy pocas están aplicando intereses moratorios a sus clientes. ¿Por qué las empresas no hacen uso de los derechos que les otorga la Ley?

Pues en primer lugar porque todavía existe un profundo desconocimiento entre las pymes del contenido de la nueva legislación. En segundo lugar, las empresas son reticentes a aplicar la ley por miedo a perjudicar sus estrategias comerciales de penetración en el mercado y por el imperativo del departamento comercial de aumentar las ventas año tras año. Y en tercer lugar, los proveedores que conocen la Ley son reticentes a la hora de aplicar los derechos que ésta les otorga por miedo a enturbiar las relaciones con sus clientes o a perderlos definitivamente a favor de otros suministradores más tolerantes.

En efecto, la aplicación práctica de la Ley 3/2004 depende mucho de la relación comercial entre proveedor y deudor moroso, la posición de dependencia en el negocio y la fuerza negociadora que puede ejercer cada una de las partes.

Los proveedores suelen reclamar los intereses de demora y gastos únicamente con aquellos clientes con los que no estén particularmente interesados en

continuar con la relación comercial o a aquellos deudores que tengan una dependencia del producto o servicio suministrado por el acreedor; pero no se les ocurrirá nunca hacer una reclamación de intereses moratorios a aquellos clientes de los que el acreedor no puede prescindir.

Ahora bien, con una gran parte de los clientes que se retrasan a la hora de abonar sus facturas, el acreedor, antes de iniciar cualquier actuación para reclamar los intereses de demora a su cliente, valorará cuidadosamente las ventajas e inconvenientes de la reclamación y, probablemente, desechará cualquier actuación tendente a deteriorar una relación comercial que le interese preservar.

Nuestra experiencia nos dice que, en caso de un retraso en el pago, el proveedor procede de forma inmediata a efectuar al deudor una reclamación hostil, sino que agota las actuaciones amistosas para el cobro del crédito impagado, con el objetivo de mantener al cliente.

El acreedor sólo empieza a reclamar intereses de demora y costes de cobro cuando ha agotado la negociación amistosa y es evidente que se ha producido la ruptura de la relación comercial. Además, contra el cliente moroso que se niega a pagar los intereses y gastos de cobro, sólo queda el recurso de la demanda judicial, y mi experiencia es que casi nadie quiere demandar a sus clientes.

Por otro lado, frente a los derechos que la Ley atribuye al acreedor, suele oponerse la cruda realidad que se presenta en muchas ocasiones de tener delante a un moroso sin suficiente liquidez ni solvencia y sin bienes susceptibles de embargo, por lo que la dificultad no estriba sólo en cobrar los intereses, sino que el milagro es recuperar el propio principal de la deuda.

Ahora bien, lo cierto es que la mera existencia de la Ley 3/2004 ha dado nuevas armas de negociación a los proveedores que cuentan con un elemento de presión y que si saben utilizar los argumentos adecuados, con toda seguridad conseguirán rebajar los plazos de pago y aminorar la morosidad.

En suma, esta ley contribuye a mejorar el marco normativo de las relaciones comerciales y la posición del acreedor, pero no constituye una panacea contra la morosidad.

Todos los estudios realizados demuestran que el nivel de morosidad que soporta una empresa no sólo depende de la eficacia de la legislación para reclamar el pago de la deuda, sino también a la existencia de Credit Management. Por consiguiente, la profesionalización de la gestión del riesgo comercial, de los procedimientos de recobro de impagados y de la adopción en el seno de la empresa de mecanismos de prevención antes de entrar en riesgo con los clientes, es esencial para evitar la morosidad.

Es importante que las empresas cuenten con personal formado en Credit Management, lo que se consigue cursando estudios especializados que ofrecen escuelas de negocios.

Globalmente entendemos que la Ley 3/2004 no es suficiente para acabar con la morosidad en España y que el Gobierno y los políticos deben hacer un esfuerzo para poner en marcha nuevas medidas legislativas y de tipo administrativo para combatir con eficacia el fenómeno de la morosidad.

En la actualidad los acreedores disponen en la actualidad de varias armas eficaces para luchar contra la morosidad: la Ley 3/2004, la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal, pero únicamente un pequeño porcentaje de las empresas españolas hacen uso de los mecanismos legales para combatir la morosidad o acuden ante los tribunales para reclamar el importe de sus deudas impagadas.

No obstante sólo el tiempo nos determinará si se han cumplido los objetivos perseguidos por la Directiva y si las medidas acordadas y las exclusiones establecidas han resultado adecuadas.