

A vueltas con la morosidad del sector público español

A propósito de la STJUE de 20 de octubre de 2022

Gonzalo Sola Rodríguez

*Abogado. Cuatrecasas
Profesor asociado de la Universidad Loyola Andalucía*

Resumen: *El TJUE se ha pronunciado sobre la correcta interpretación de los plazos de pago, la indemnización por costes de cobro y el concepto de «cantidad adeudada» en el marco de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad. Las conclusiones alcanzadas por el TJUE ponen de manifiesto, por un lado, que la indemnización por costes de cobro es un elemento esencial de la «morosidad» y, como tal, debe individualizarse como derecho a una compensación y, por otro, que los plazos de pago previstos normativa de contratos públicos es contraria al espíritu y sistemática de la normativa europea.*

Palabras clave: Contratos públicos, operaciones comerciales, lucha contra la morosidad, intereses de demora, plazos máximos de pago, indemnización por costes de cobro, LCSP, Ley de Morosidad y Directiva 2011/7, transposición, cuestión prejudicial, TJUE, IVA.

I. Introducción

La Sentencia de 20 de octubre de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) (1) sienta doctrina sobre la transposición de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, el «**TJUE**», la «**Sentencia**» y la «**Directiva**», respectivamente).

En particular, la Sentencia resuelve sobre la correcta interpretación de la Directiva en relación con (i) la indemnización por costes de cobro (art. 6); (ii) el plazo máximo de pago en las operaciones comerciales entre operadores privados y poderes públicos (art. 4.3 y ss.); y (iii) el concepto de «cantidad adeudada» en relación con el momento del abono del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, «**IVA**»).

El dictado de la Sentencia se produce como consecuencia de una petición de cuestión prejudicial formulada

con arreglo a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid.

II. Antecedentes fácticos relevantes: planteamiento del caso y de la cuestión prejudicial

Una sociedad mercantil adquirió una serie de derechos de crédito que un conjunto de contratistas del sector público ostentaba frente a la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León en virtud de numerosas facturas impagadas por la entrega de bienes y la prestación de servicios en el marco de contratos públicos de suministro y de servicios que se prestaron a centros médicos dependientes de la Administración autonómica sanitaria.

En 2019, la cesionaria de los créditos formuló una reclamación de pago en vía administrativa ante la Gerencia Regional de Salud mediante la que solicitó el abono del principal, más los intereses de demora y la indemnización por costes de cobro previstos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, «**Ley de Morosidad**»).

La Administración autonómica guardó silencio en vía administrativa, lo que obligó al cesionario de los créditos a interponer recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración siguiendo el procedimiento para hacer efectivas las deudas de la Administración previsto en los artículos 216.4 y 217 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante, «**TRLCSP**»), aplicable a los derechos de cobro por razones temporales (2) .

En el seno del proceso, la recurrente solicitó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid que elevara una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con tres concretos aspectos relacionados con el alcance e interpretación de la Directiva.

Mediante Auto de 22 de septiembre de 2020, el órgano jurisdiccional pidió al TJUE que se pronunciara con carácter prejudicial sobre los siguientes aspectos:

- (i) La correcta interpretación del artículo 6 de la Directiva, transpuesto al ordenamiento jurídico español por medio del artículo 8 de la Ley de Morosidad, que establece que los Estados miembros *«se asegurarán de que, en los que casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales con arreglo a los artículos 3 o 4, el acreedor tenga derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros»*.

La duda interpretativa planteada en la cuestión prejudicial era si la cantidad fija de 40 euros ha de considerarse por cada factura impagada y, de ser así, si para el abono de la indemnización por coste de cobro es presupuesto necesario individualizar las facturas en todas sus reclamaciones tanto en vía administrativa como judicial o es suficiente una reclamación conjunta y genérica, al existir pronunciamientos judiciales contradictorios (3) .

- (ii) A la vista de lo dispuesto en el artículo 198.4 de la LCSP, preguntaba el órgano jurisdiccional español si el artículo 4 de la Directiva permite considerar que es válido que un Estado miembro establezca por ley un período de pago de 60 días, en todo caso, sin acuerdo expreso y sin justificación adicional a la luz de la naturaleza o características particulares del contrato y si esta norma, establecida en el vigente art. 198.4 LCSP, es contraria al derecho comunitario.
- (iii) Cuando el artículo 2.8 de la Directiva define «cantidad adeudada» como *«el importe principal que debe pagarse en el plazo contractual o legal establecido, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes*

especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente», en el Auto se cuestionaba al TJUE si la norma europea permite considerar que en la base de cálculo de los intereses de demora se incluya el IVA que devenga la prestación realizada y cuyo importe se incluye en la propia factura o es necesario distinguir y determinar en qué momento el contratista realiza el ingreso ante la Administración tributaria.

III. La doctrina sentada por el TJUE. Comentario crítico

Antes de entrar a resolver las cuestiones prejudiciales, el TJUE realiza una serie de consideraciones preliminares sobre la aplicación de la Directiva al supuesto concreto, dada las particularidades derivadas de la condición de cesionario que tiene el reclamante de las facturas impagadas.

En este sentido, la Sentencia analiza el concepto de operación comercial (art. 2.1 Directiva) y concluye que la cesión de créditos y de todos los derechos inherentes a ellos a una agencia de gestión de cobro resulta *«de una prolongación de las operaciones comerciales iniciales»* (4).

En consecuencia, entra a resolver sobre el fondo de las cuestiones prejudiciales al entender que el litigio está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

1. La indemnización por costes de cobro es un elemento esencial del concepto «morosidad». Individualización del derecho a una compensación razonable

Para resolver la primera cuestión prejudicial, la Sentencia parte del derecho a una cantidad fija de 40 euros como compensación por costes de cobro que el art. 6.3 Directiva reconoce al acreedor de una determina operación comercial. El TJUE analiza e interpreta el concepto «morosidad» previsto en la Directiva en un doble sentido.

Por un lado, considera que el concepto de morosidad contemplado en el art. 6.1 y 3 Directiva alcanza a la cantidad fija mínima de 40 euros (compensación por coste de cobro) y, por otro, que el vínculo entre esta compensación y la morosidad despliega sus efectos en cada operación comercial de forma individualizada (5).

A partir de lo expuesto, el TJUE parte de una interpretación literal de la norma (arts. 4.1 y 6.1 Directiva) para concluir que su tenor no establece que la decisión del acreedor de acumular en una sola reclamación varias facturas impagadas por un deudor altere el concepto de «morosidad» anteriormente referido. Es decir, a juicio del TJUE, la formulación de una reclamación acumulada de varias facturas impagadas no modifica la individualización del vínculo entre cada operación comercial y el concepto de morosidad.

Esta interpretación literal, según el TJUE, permite afirmar que *«la cantidad fija mínima de 40 euros en concepto de compensación por los costes de cobro se adeuda al acreedor que ha cumplido sus obligaciones por cada pago no efectuado a su vencimiento como contraprestación de una operación comercial acreditada en una factura o en una solicitud de pago equivalente, a menos que el retraso producido no sea imputable al deudor»* (6).

Como puede comprobarse, el TJUE delimita claramente el sentido material de la norma (morosidad y compensación por coste de cobro o derecho a una compensación razonable) de la concreta forma en que se ejercite la acción de reclamación siempre que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y, sin embargo, no haya recibido la cantidad adeudada a tiempo, a menos que este retraso le sea imputable.

Según el TJUE, las conclusiones alcanzadas son coherentes con la finalidad de la Directiva, que no es otra que proteger al acreedor frente a la morosidad en las operaciones comerciales, y por ello la presentación

de una única reclamación de pago que cubra varias operaciones comerciales a su vencimiento *«no puede tener por efecto reducir la cantidad fija mínima adeudada en concepto de compensación por los costes de cobro por cada retraso en el pago»* (7) .

Con base en los anteriores razonamientos, el TJUE resuelve la primera cuestión prejudicial y declara que el artículo 6 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la cantidad fija mínima de 40 euros, en concepto de compensación al acreedor por los costes de cobro soportados a causa de la morosidad del deudor, debe abonarse por cada operación comercial no pagada a su vencimiento, acreditada en una factura, incluso cuando esta factura se presente conjuntamente con otras facturas en una reclamación administrativa o judicial única.

El principio de primacía permite oponer la Sentencia ante las Administraciones públicas españolas y los órganos jurisdiccionales que, hasta el momento, venían confundiendo el coste de cobro de la Directiva —compensación por la morosidad— con el coste o gasto en que incurría un operador económico al formular una sola reclamación, cuando, lo cierto, como ha declarado el TJUE, el vínculo entre la morosidad y el derecho a una compensación razonable debe encontrarse en el ámbito de aplicación de la Directiva y no en la reclamación del coste.

2. En materia de contratos públicos el plazo de pago previsto en la directiva es de 30 días, no de «30 + 30» días, plazo adicional tan sólo es aplicable cuando esté debidamente justificado por la naturaleza y características del contrato

Para resolver la segunda cuestión prejudicial, el TJUE parte de que el art. 4.3.a) Directiva establece un mandato general, en virtud del cual, cuando el deudor tenga la consideración de poder público, circunstancia concurrente en operaciones comerciales derivadas de contratos públicos, los Estados miembros deben velar porque el plazo de pago no supere los 30 días naturales siempre que el acreedor haya ejecutado la prestación y presentado la factura o solicitud equivalente de pago.

Según la Directiva, este mandato general (plazo de pago de 30 días) tan sólo puede ceder en los casos previstos en su art. 4.6, esto es, salvo acuerdo expreso recogido en el contrato *«y siempre que ello esté objetivamente justificado por la naturaleza o las características particulares del contrato y que, en ningún caso, excedan de 60 días naturales»*.

La Sentencia se sirve del considerando 23 de la Directiva para concluir que *«para que pueda ampliarse el plazo general de pago de 30 días, dicha ampliación deberá estipularse expresamente por contrato y estar objetivamente justificada por las características particulares del contrato»* (8) .

Expresado en otros términos, la adecuada interpretación de la Directiva sólo permite ampliar el plazo de 30 días de pago en operaciones comerciales con poderes públicos —contratos públicos— cuando las partes lo hayan pactado expresamente y siempre que esta decisión esté justificada por las particulares características del contrato o, lo que es lo mismo, la fijación por un Estado miembro de un plazo de pago de duración máxima de 60 días naturales en las operaciones entre empresas y poderes públicos solo está permitida en las condiciones y dentro de los límites establecidos en el art. 4.6 Directiva (9) .

Conforme a lo anterior, el TJUE responde la cuestión prejudicial del siguiente modo: el artículo 4 de la Directiva (apartados 3 a 6) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado.

Ciertamente, la doctrina sentada por el TJUE pone en cuarentena la configuración del esquema de pagos previsto desde hace años en la normativa española de contratos públicos, que, tras la incorporación de la Directiva por medio del art. 216.4 TRLCSP (10), obliga a las autoridades públicas al pago del suministro o servicio en el plazo de 30 días naturales siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados.

Como puede apreciarse, el legislador español había optado por hacer un uso generalizado de la facultad establecida en el art. 4.3.a.iv Directiva consistente en adicionar 30 días naturales al plazo de pago si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o comprobación a fin de verificar la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el poder público recibe la factura o la solicitud de pago equivalente a más tardar en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, lo que sin embargo rechaza la Sentencia.

La regla general de la legislación española en materia de contratos públicos es la regla excepcional prevista en la Directiva, según ha declarado el TJUE, lo que implica que el plazo generalizado de pago en las operaciones comerciales con poderes públicos es de 30 días naturales (para el procedimiento de comprobación o verificación) + 30 días naturales (para el abono del precio por la ejecución de la prestación), en lugar de 30 días naturales según contempla la Directiva.

La conversión de la regla excepcional de la Directiva en la regla general de la Ley de Morosidad se ha realizado sin tener en cuenta el espíritu de aquella, que no es otro que atender a la naturaleza y características especiales de los contratos que requieran un plazo de pago superior de entre 30 y 60 días naturales.

La práctica contractual del sector público español se corresponde con la conclusión anterior: el plazo de pago previsto ordinariamente en contratos públicos es de 30 días naturales a fin de que la Administración contratante compruebe o verifique la conformidad de la prestación del servicio o entrega del suministro y 30 días naturales para que esta proceda al abono del precio, siempre que el contratista haya cumplido la obligación de presentar la factura en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de los bienes o la realización efectiva del servicio, con independencia de las características y particularidades del contrato

El sector público español, con base en la legislación interna de contratos públicos, viene considerando que existe una dualidad de plazos (30 días naturales + 30 días naturales) para abonar el precio del contrato, convirtiendo así la regla excepcional de la Directiva en la regla general del derecho interno, prevaleciendo en la transposición de la norma europea una interpretación literal del art. 4.3.a.iv Directiva sobre una interpretación sistemática más acorde con el espíritu y finalidad de esta, que requiere integrar los considerandos 23 y 24 de la norma supranacional, como acertadamente ha declarado el TJUE por medio de la Sentencia.

La contradicción que encierra el vigente artículo 198.4 de la LCSP ya fue advertida por GONZÁLEZ-DELEITO hace varios años cuando analizó algunos de los aspectos que han sido ahora resueltos por el TJUE y, en particular, al afirmar que los plazos de pago de la normativa española de contratos públicos no se ajustaban a la normativa europea (11): *«Lo cierto es que, salvo que resulte necesario realizar actuaciones complejas de verificación, derivada de la naturaleza de la prestación, no existe justificación objetiva alguna para permitir un procedimiento de verificación de la prestación que demore el abono del precio en 30 días adicionales a los ya previstos en la Directiva. En consecuencia, puede considerarse que la transposición de la Directiva que ha realizado el legislador español (vigente art. 198.4 LCSP) en relación con los plazos de abono del precio a los contratistas no se ajusta al verdadero espíritu y finalidad*

de la normativa proveniente de la Unión Europea, pues la aplicación general y en todo caso del procedimiento de comprobación y verificación de la conformidad de las prestaciones vacía de contenido la regla general de la Directiva; esto es, que los poderes públicos abonen a los particulares el precio de los contratos en el plazo de 30 días desde la presentación de la factura o solicitud de pago equivalente».

Como ha ocurrido en otras confluencias del derecho interno y el derecho europeo, el problema radica ahora en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa (12) que, en coherente lógica con la regulación establecida a nivel interno, venía interpretando mayoritariamente que en las operaciones comerciales las Administraciones públicas disponen de la acumulación de plazos (30 días naturales + 30 días naturales) prevista en la normativa de contratos públicos (TRLCSF y LCSF) para el pago de este tipo de operaciones comerciales.

No cabe duda de que el procedimiento de verificación o comprobación de la ejecución de las prestaciones de los contratos es necesario desde el punto de vista de la satisfacción del interés general que subyace a la contratación pública. La efectiva utilidad del procedimiento puede advertirse en contratos como los de concesión de servicios en los que la entidad contratante abone un precio en virtud, por ejemplo, de la calidad o disponibilidad del servicio, de modo que el riesgo operacional esté transferido al contratista a través del cumplimiento de estándares de calidad pactados en la prestación del servicio (el denominado «riesgo de disponibilidad»), lo que hace necesario comprobar si el contratista cumple o no los niveles o parámetros de disponibilidad pactados a través de la utilización de indicadores basados en una determinada metodología de comprobación que, en muchos casos, resulta especialmente compleja al tener que manejar una ingente cantidad de datos o realizar valoraciones técnicas especializadas, derivándose de esta complejidad la imposibilidad de realizarla de forma inmediata.

En esos casos, el plazo adicional de 30 días sí es posible —y necesario— para comprobar o verificar la ejecución del contrato, que debe entenderse circunscrita a los supuestos en los que objetivamente sean necesarias unas actuaciones complejas para comprobar efectivamente la correcta realización de la prestación debida. Por el contrario, en aquellos casos en los que, de acuerdo con la naturaleza de la prestación, no exista justificación objetiva alguna para otorgar un procedimiento de verificación de la prestación que demore el abono del precio en 30 días adicionales a los ya previstos en la Directiva, como regla general, el otorgamiento de ese plazo debe considerarse contrario al derecho de la Unión, precisamente, para evitar obstáculos innecesarios al desarrollo y funcionamiento de las relaciones comerciales en el mercado único.

En resumidas cuentas, el TJUE ha sentado las bases para poner coto a una práctica generalizada en la contratación del sector público español que no se compadece con los fines europeos de la lucha contra la morosidad, lo que requiere que los operadores económicos estén especialmente alerta a la configuración de los plazos de pago en las nuevas licitaciones del sector público español, así como respecto de los contratos que ya estén en vigor a fin de exigir la aplicación del principio de primacía de la Unión Europea mediante las actuaciones que estén a su alcance como, por ejemplo y sin carácter exhaustivo, la impugnación de pliegos, la solicitud de aclaraciones o formulación de consultas a los pliegos, la reclamación de facturas impagadas transcurrido el plazo de 30 días, etc.

3. El IVA de la factura forma parte de la «cantidad adeudada» a efectos del cómputo de los intereses de demora

Para resolver la tercera y última cuestión prejudicial, el TJUE parte de la definición de «cantidad adeudada» que ofrece el art. 2.8 Directiva y concluye que en esta definición no se establece ninguna distinción en función de la fecha en la que el sujeto pasivo cumple su obligación de ingresar a la Hacienda pública el importe del IVA correspondiente al bien entregado o al servicio prestado, ni en función de las modalidades

de pago de este importe a la Hacienda Pública (13) .

Apoya su tesis el TJUE en los artículos 220 y 226 de la Directiva 2006/112 del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA, en virtud de los cuales, el sujeto pasivo debe mencionar en la factura emitida el importe del IVA pagadero, con independencia de las modalidades o del momento de pago del impuesto adeudado a la Hacienda pública.

Con base en estos razonamientos, el TJUE da respuesta a la cuestión prejudicial afirmando que el artículo 2.8 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el cómputo, en concepto de la «cantidad adeudada» definido en este precepto, del IVA añadido que figura en la factura o solicitud de pago equivalente es independiente de si, en la fecha en que se produce la demora en el pago, el sujeto pasivo ya ha abonado dicha cantidad a la Hacienda pública.

En este caso, la conclusión interpretativa alcanzada por el TJUE había sido defendida recientemente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Sentencias 1344/2020, 1345/2020 y en la más reciente 1389/2022, en virtud de las cuales, se concluye que debe incluirse la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en el pago de la factura derivada del contrato administrativo, y para ello es preciso que el contratista acredite que ha ingresado el impuesto antes de cobrar la factura.

-
- (1) Caso BFF FINANCE IBERIA S.A.U. v. Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León.
 - (2) Este procedimiento y su regulación se ha mantenido en los artículos 198.4 y 199 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, «**LCSP**»).
 - (3) Entre otros, la Sentencia de 21 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura o la Sentencia de 6 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia
 - (4) Apartados 24 y 25.
 - (5) Apartados 28 y 28.
 - (6) Apartado 35.
 - (7) Apartado 37.
 - (8) Apartado 48.
 - (9) Apartado 52.
 - (10) Nótese que el art. 198.4 LCSP, en vigor desde el 8 de marzo de 2018 tras la derogación del TRLCSP, mantiene el tenor y sentido del citado art. 216.4 TRLCSP.
 - (11) GONZÁLEZ-DELEITO, N. (2019) *El difícil encaje de los plazos de pago de la Ley de Contratos del Sector Público en la normativa europea*. Actualidad Administrativa núm. 4. Abril 2019.
 - (12) Entre otras, puede citarse la Sentencia, de 25 de abril de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 1001/2016) la Sentencia, de 7 de febrero de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander o el Informe 10/13, de 26 de febrero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

(13) Apartado 57.