

CESIÓN DE CRÉDITOS, COSTES DE COBRO, PLAZOS DE PAGO Y CANTIDAD ADEUDADA EN OPERACIONES COMERCIALES CON PODERES PÚBLICOS (A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 20 DE OCTUBRE DE 2022, ASUNTO C-585/2020)¹

Assignment of rights, recovery costs, periods of payments and amount due in commercial transactions between undertakings and public authorities. Comment to the Judgment of the Court of Justice of the European Union of October 20, 2022, Case C-585/2020

VÍCTOR HERRADA BAZÁN
victor.herrada@udep.edu.pe
ORCID 0000-0001-8626-7635
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Piura (Perú)

Cómo citar / Citation

Herrada Bazán, V. (2023).

Cesión de créditos, costes de cobro, plazos de pago en operaciones comerciales con poderes públicos

Cuadernos de Derecho Privado, 5, pp. 42-67

....."F QKj w u<lf q1ti B20437: lfr 09"
(Recepción: 14/03/2023; aceptación tras revisión: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

Resumen

Este trabajo tiene por objeto hacer un análisis crítico de las varias cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de octubre de 2022, en materia de contratación pública, al amparo 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 particular, sobre la cesión de créditos como sustento para la aplicación de la Directiva, la aplicación de la cuantía fija de 40 euros por concepto de costes de cobro, el plazo de pago previsto en la Ley de Contratos del Sector Público y la cantidad adeudada a efectos del cómputo de los intereses de demora.

Palabras clave

Sentencia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, operaciones comerciales, plazos de pago, morosidad, contratos públicos.

Abstract

The purpose of this paper is to make a critical analysis of the numerous issues resolved by the Court of Justice of the European Union in its judgment of October 20, 2022, in matters of public contracts, under Directive 2011/7/EU of the European Parliament and

¹ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas» (Ref.: PID2019-107296GB-I00), dirigido por los Profesores A. DOMÍNGUEZ LUELMO y H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. In particular, regarding the assignment of rights in the application of the Directive, the fixed sum of 40 euros for recovery costs, the period for payment provided for in the Spanish Law and the amount due for the purposes of the calculation of interest for late payment.

Keywords

Judgement, Court of Justice of the European Union, commercial transactions, periods for payment, late payment, public contracts

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA LOS LARGOS APLAZAMIENTOS DE PAGO Y LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES. II. LAS CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE. III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE. III.1 La aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos. III.2 La cuantía fija de 40 euros como compensación por costes de cobro. III.3 El plazo de pago previsto en la LCSP y la contravención a la Directiva 2011/7. III.4 El IVA de la factura como parte de la «cantidad adeudada» a efectos del cómputo de los intereses de demora. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA LOS LARGOS APLAZAMIENTOS DE PAGO Y LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES

El crédito comercial es aquel que otorga un proveedor de productos o servicios al conceder a su cliente empresario (por ejemplo, en una relación fabricante-distribuidor) un aplazamiento del pago o contraprestación². Aunque la literatura científica ha resaltado las bondades de este tipo de crédito, no puede negarse que un aplazamiento en el pago genera siempre un riesgo de incumplimiento (riesgo de crédito). Y es que, cuando gran parte de los flujos de compra y venta de bienes y servicios se realizan a través de acuerdos que postergan el pago, el riesgo de incumplimiento puede convertirse en una importante preocupación.

Esto no ha sido bien visto por los proveedores ni por los legisladores³. En esa dirección apuntaron, a fines del siglo pasado, algunos trabajos desarrollados en el ámbito europeo (entre los que resalta el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre los plazos de pago en las transacciones comerciales⁴), en donde se mostraba como realidad preocupante varias prácticas comerciales dilatorias de los plazos de pago. En ese

² Alfaro Águila-Real (2005: 3 y ss.).

³ Iglesias Argüelles et al. (2004: 2).

⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. 18 de noviembre de 1992, SEC. (92) 2214.

contexto, se asumió la idea de que un deudor, con el fin de financiarse comercialmente a expensas del proveedor a coste cero, busca alargar los plazos y demorar el pago.

Tales trabajos constituyeron la base de lo que posteriormente resultó en 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, Directiva 2000/35). Como se deduce de su nombre, este instrumento normativo tuvo como objetivo promover, en los países miembros de la Unión Europea, el cumplimiento oportuno de obligaciones, por la vía de combatir la morosidad en el pago de operaciones comerciales. Sin embargo, su regulación no se limitó a eso, sino que, además, afectaba la propia estructura de las obligaciones, pues contenía un régimen para determinar el tiempo de debido cumplimiento; consecuencia lógica si se considera que, si solo se hubiera buscado reducir la morosidad elevando los intereses moratorios, no se habría conseguido el objetivo, porque los particulares habrían eludido la medida alargando los plazos de pago y, por tanto, reduciendo las posibilidades de incurrir en mora⁵.

La Directiva 2000/35 era aplicable a «todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales» (art. 1), definiéndose a estas operaciones como «las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación» (art. 2.1 de la Directiva). Así pues, desde un punto de vista subjetivo, la Directiva tenía dos grandes ámbitos de aplicación: uno jurídico-público, integrado por las operaciones comerciales realizadas «entre empresa y poderes públicos»; y, otro jurídico-privado, constituido por las operaciones comerciales efectuadas «entre empresas». Asimismo, contenía una serie de medidas sustantivas de carácter negocial (régimen especial de plazos de pago, régimen de mora automática, altos intereses moratorios y el reconocimiento al acreedor del derecho a percibir una compensación por los costes de cobro, amén de otras medidas importantes), mediante las cuales se buscaba poner fin al «abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor» (Cdo. 19), lo que denotaba una inspiración clara en el principio *favor creditoris*⁶.

Posteriormente, la Unión Europea adoptaría un nuevo instrumento jurídico de lucha contra la morosidad, la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del

⁵ Alfaro Águila-Real (2005: 14).

⁶ Montfort (2006: 398).

Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Directiva 2011/7), derogando la Directiva 2000/35. La Directiva 2011/7 refunde en su texto las disposiciones previstas en su antecesora «por razones de claridad y racionalización» (Cdo. 1), conservando el mismo ámbito de aplicación; esto es, uno jurídico-privado y otro jurídico-público. De hecho, la Propuesta de la que derivó la Directiva 2011/7 tenía como una de sus principales motivaciones combatir la morosidad de las administraciones públicas, la cual debía sancionarse con especial severidad, dado que aquellas no tenían las mismas limitaciones financieras que las empresas privadas⁷.

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, LLCM) transpuso al ordenamiento español, primero, la Directiva 2000/35 y, luego, la Directiva 2011/7, actualmente vigente⁸. El art. 3.1 LLCM establece su aplicación «a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de Contratos del Sector Público* [*rectius*, la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*, en adelante, LCSP], así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas». De esta disposición, cabe inferir que, desde un punto de vista subjetivo, la LLCM conserva los ámbitos de aplicación jurídico-privado y jurídico-público, aunque ha de señalarse que, en este último campo, resultará también aplicable, de forma especial, la LCSP.

II. LAS CUESTIONES PLANTEADAS AL TJUE

Es en el ámbito jurídico-público de la Directiva 2011/7 y de la LLCM en donde se sitúa la relación jurídica objeto de la sentencia que ahora se comenta. BFF Finance Iberia S.A.U. (en adelante, BFF) es una sociedad española que funciona como agencia de

⁷ Baldassarre (2009: 3).

Sobre este aspecto, resalta la STJUE de 28 de enero de 2020. Caso Comisión Europea contra República Italiana. Asunto C-122/18. En dicha sentencia, se dice que «los poderes públicos, que realizan un volumen considerable de pagos a las empresas, *disponen de fuentes de ingresos más seguras, previsibles y continuas que las empresas, pueden obtener financiación en unas condiciones más favorables que estas y dependen menos que ellas del establecimiento de relaciones comerciales estables para alcanzar sus objetivos*. Ahora bien, para las empresas, la morosidad de los poderes públicos genera gastos injustificados, agrava sus problemas de liquidez, complica su gestión financiera y afecta a su competitividad y rentabilidad, ya que se ven obligadas a solicitar financiación exterior debido a tal morosidad» (las cursivas son mías).

⁸ Sobre la LLCM en general, *vid.* los trabajos de Perales Viscasillas (2006) y Miranda Serrano (2008).

cobro de créditos y que había adquirido derechos de cobro de los que eran titulares más de veinte empresas como contraprestación por el suministro de bienes y la prestación de servicios a centros médicos dependientes de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León (en adelante, Gerencia Regional). En ese contexto, el 31 de mayo de 2019, BFF reclamó a la Gerencia Regional el pago de varios importes en concepto de principal, más los correspondientes intereses de demora, así como la cantidad de 40 euros por los costes de cobro de cada una de las facturas impagadas, al amparo del art. 8 LLCM.

Dada la falta de respuesta por parte de la Gerencia Regional, BFF interpuso, en primer lugar, un recurso administrativo ante la propia Gerencia y, con posterioridad, un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 2 de Valladolid. En el marco de ese proceso, dicho órgano jurisdiccional planteó una petición de decisión prejudicial mediante auto de 22 de septiembre de 2020. En dicha petición, el juzgado remitente planteó tres cuestiones.

En primer lugar, el art. 6 de la Directiva 2011/7 (transpuesto al ordenamiento español a través del art. 8 LLCM) reconoce a favor del acreedor el derecho de cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros, «en los casos en que resulte exigible el interés de demora en las operaciones comerciales con arreglo a los artículos 3 o 4». Dicha cantidad es pagadera sin necesidad de recordatorio y «como compensación por los costes de cobro en que haya incurrido el acreedor». Finalmente, además de esta cuantía, el acreedor tiene derecho «a obtener del deudor una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad»⁹.

Con relación a estas disposiciones, el juzgado remitente solicita determinar, como primera cuestión, *si cuando se presente una reclamación que engloba un conjunto de facturas vencidas e impagadas, debe abonarse la cantidad fija de 40 euros prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 por cada factura o por cada reclamación.*

En segundo lugar, el art. 198.4 de la LCSP establece, en el marco de operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, la obligación de la Administración de «abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto

⁹ En transposición de esta norma, la LLCM prevé, como regla general, que el acreedor tendrá derecho, en primer lugar, a una cuantía fija de 40 euros (art. 8.1-I LLCM) y, en segundo lugar, a una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que, sufridos a causa de la mora del deudor, superen la mencionada cuantía (art. 8.1-II LLCM). Por último, se define que ningún derecho a indemnización surgirá si el deudor no es responsable del retraso en el pago (art. 8.2 LLCM).

en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados». Asimismo, también indica que «la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio».

Por su parte, en el marco de operaciones comerciales en las que el deudor sea un poder público, el art. 4.3, a) de la Directiva 2011/7 establece la obligación de los Estados miembros de velar que el plazo de pago no supere ninguno de los siguientes plazos:

- i) 30 días naturales después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente;
- ii) en caso de que la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente resulte dudosa, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios;
- iii) si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, 30 días naturales después de la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios; y,
- iv) si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o de comprobación en virtud del cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente a más tardar en la fecha en que tiene lugar dicha aceptación o verificación, 30 días naturales después de dicha fecha.

Con respecto a esta normativa, el juzgado remitente plantea, como segunda cuestión, *si es conforme con la Directiva 2011/7 una norma de Derecho nacional que establece, en todo caso y para todos los tipos de contratos, un plazo de pago de 60 días, compuesto por un período inicial de 30 días para la aceptación de los bienes o servicios y por un período adicional de pago de 30 días.*

En tercer lugar, el art. 2.8 de la Directiva 2011/7 define como «cantidad adeudada» al «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 ese sentido, el órgano judicial plantea, como tercera cuestión prejudicial, *si dicha disposición permite computar, a efectos del cálculo del interés de demora, el importe del IVA indicado en la factura no pagada a su vencimiento por el deudor, incluso cuando en la fecha en que se produzca dicha demora el acreedor sujeto pasivo aún no haya abonado ese importe a la Hacienda Pública.*

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TJUE

En su Sentencia de 20 de octubre de 2022, asunto C-585/20, el TJUE analiza un total de cuatro asuntos jurídicos. El primero, referido al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/7. Los tres restantes, en torno a las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado remitente.

III.1. La aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos

De forma preliminar, el TJUE analiza si resulta aplicable la Directiva 2011/7 a la relación surgida entre una agencia de gestión de cobros, tras la adquisición de créditos impagados por un poder público a las empresas cedentes, y dicho poder público. Para tal fin, el Tribunal determina correctamente que los créditos en cuestión surgieron de «operaciones comerciales» pues tienen por objeto contraprestaciones no pagadas a su vencimiento por un poder público (la Gerencia Regional) a cambio de la entrega de bienes y la prestación de servicios realizados por las empresas cedentes. De esta manera, se cumple tanto el elemento objetivo (pago a cambio de entrega de bienes o prestación de servicios) como el elemento subjetivo (empresas y poderes públicos) exigido por la definición de «operaciones comerciales» prevista en el art. 2.1 de la Directiva 2011/7.

Sin embargo, para el TJUE, si la Directiva 2011/7 resulta aplicable incluso a la relación surgida entre BFF y la Gerencia Regional como consecuencia de una cesión de créditos, es porque dicha cesión y todos los derechos inherentes a los créditos cedidos a una agencia de gestión de cobro resulta de una «prolongación de las operaciones comerciales iniciales»¹⁰. No obstante, en mi opinión, sustentar la aplicabilidad de la Directiva 2011/7 a la relación surgida de una cesión de créditos únicamente sobre la base de una «prolongación de las operaciones comerciales», aunque técnicamente correcto, no resulta ser una postura suficientemente motivada.

Así pues, lo que explica más adecuadamente la aplicación de la Directiva 2011/7 al caso en cuestión es que una cesión de créditos no cambia la identidad de la relación

¹⁰ En este aspecto, el Tribunal hace suyas las conclusiones del Abogado General (presentadas el 28 de abril de 2022, Asunto C-585/20), para quien los créditos adquiridos por BFF «nacieron de operaciones comerciales, en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7» y, en consecuencia, «la situación examinada en el litigio principal resulta de una prolongación de las operaciones comerciales iniciales». Por lo tanto, el Abogado concluye que «la cesión de los créditos por los acreedores iniciales a la agencia de gestión de cobro carece de incidencia en la aplicabilidad *ratione materiae* de esta Directiva a la situación en cuestión».

jurídica fuente del crédito (en este caso, una «operación comercial» *ex* Directiva 2011/7), sino que solo supone una sustitución subjetiva, esto es, un cambio en el sujeto activo por otro que sucede a aquél en la misma posición jurídica. Como bien refiere Pantaleón Prieto (1988: 1101), es contenido esencial de la cesión de crédito «la sucesión en la posición jurídica acreedora, la salida del anterior acreedor y la concomitante subentrada del nuevo». Esto sustenta no solo que el cedido pueda oponer al cesionario todas las excepciones personales oponibles al cedente¹¹, sino, además, que no sufran variación alguna ni la naturaleza del crédito ni su régimen.

Esto último se explica, además, en el principio *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet* («la cosa hecha entre unos no aprovecha ni perjudica a otros»), por el cual, como regla general, el cedido no ha de ser ni beneficiado ni perjudicado con un cambio en la naturaleza o en el régimen aplicable al crédito objeto de cesión, cuando ni la validez ni la eficacia de dicho negocio requieren del consentimiento de aquél¹². En consecuencia, el crédito objeto de cesión seguirá teniendo la misma naturaleza y estando regido por las normas que lo regulaban antes de la cesión, incluso si otra normativa hubiera resultado aplicable a un crédito surgido originalmente entre cesionario y cedido.

En ese sentido, si una «empresa» *ex* Directiva 2011/7 cede un crédito surgido de una «operación comercial» a otra «empresa», poder público o aun a cualquier otro sujeto, el crédito objeto de cesión no quedará excluido de su sometimiento a la Directiva 2011/7 –ni a la regulación que la transpone– aunque la deuda medie ahora entre dos sujetos que no necesariamente cumplan con las condiciones jurídicas subjetivas previstas en dicha Directiva¹³.

Tal ha sido la postura recogida por el Tribunal Supremo en el ATS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1796A). En el caso resuelto, la posición defendida

¹¹ En palabras de García-Pita y Lastres (2003: 159), «[m]erced de la Cesión [...], el adquirente recibe el mismo derecho que tenía el Cedente, situándose –subrogándose– *en la misma condición jurídica en que se hallaba su titular original*; es decir, quedando *sometido a todas las excepciones personales* oponibles a la demanda que habría podido interponer el transmitente» (la cursiva es mía).

¹² Pantaleón Prieto (1988: 1116).

¹³ En contra de esta postura se manifiesta Muela Regli (2021: 182-184), para quien, sobre la base de un criterio teleológico, la Directiva 2011/7 y su régimen antimorosidad no debería aplicarse a entidades financieras que, a través de contratos de factoring o cesión de créditos, «consiguen el efecto de la aplicación de un interés de demora superior al que obtendrían en sus operaciones ordinarias, sin haber llevado a cabo ninguna operación comercial». Por el contrario, dicho régimen «persigue exclusivamente la protección de las pequeñas y medianas empresas proveedoras de otras empresas o poderes públicos frente a la demora en el pago de obligaciones surgidas de operaciones comerciales de entrega de bienes o prestación de servicios». Parece contemplar la misma posibilidad Sospedra Navas (2023: 6), sobre la base del hecho de que «la cesionaria es de ordinario una entidad que tiene como actividad la de financiación, de manera que los gastos internos que soporta la empresa cesionaria al reclamar el cobro de las facturas adquiridas son los propios de su actividad principal».

por la CA de Cataluña es que el régimen previsto en la LLCM en materia de intereses moratorios es excepcional y, como tal, «no puede hacerse extensivo a quien concurre, como una entidad financiera, mediante un contrato privado de factoring». Frente a tal argumento, el TS señaló que «la novación subjetiva *no comporta una alteración del contenido del derecho cedido, ni de su marco jurídico, sino que se traduce en una mera subrogación del nuevo acreedor en los derechos de crédito que quedan inalterados*. De tal forma que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera en el caso de cesión de créditos en factoring adquiriendo el cesionario el crédito cedido que queda inalterado [...], sin que pierda su identidad [...]» (la cursiva es mía).

Finalmente, no deja de ser oportuna la mención que hace el TJUE al art. 6.3 de la Directiva 2011/7 (*vid.* apdo. 24 de la STJUE) para sustentar la aplicación de la Directiva 2011/7 a la relación cesionario-cedido de la agencia de gestión de cobros BFF y la Gerencia Regional, respectivamente. Tal disposición hace expresa referencia a la posibilidad de que un acreedor contrate a una agencia de gestión de cobro a causa de la morosidad del deudor, cuyo coste puede ser reclamado en concepto de compensación por costes de cobro.

III.2. La cuantía fija de 40 euros como compensación por costes de cobro

El art. 6 de la Directiva 2011/7 reconoce, a favor del acreedor y de forma adicional al pago de intereses moratorios (reconocidos en los arts. 3 y 4 de la Directiva), el derecho a una «compensación» por todos los costes de cobro sufridos a causa de la morosidad del deudor¹⁴. Se trata de una regulación que supera la –ya añeja– discusión sobre si en una obligación pecuniaria es o no admisible cobrar una indemnización por daños mayores a los ya cubiertos por los intereses moratorios. Por tal motivo, resultó una novedad valorada en positivo de forma casi unánime por la doctrina¹⁵, si se considera que, en no pocas oportunidades, la mora en obligaciones pecuniarias no solo causa como perjuicio la falta de disposición del dinero adeudado (lo que estaría cubierto por los intereses moratorios),

¹⁴ Se ha resaltado que el término «indemnización» que se emplea en el art. 8 LLCM es más acertado en atención a la tradición jurídica española, en la que la palabra «compensación» sirve principalmente para denominar a una forma de extinción de la obligación (Perales Viscasillas, 2006: 234).

¹⁵ Perales Viscasillas (2006: 126); Miranda Serrano (2008: 284).

sino también daños derivados de la gestión del cobro al deudor, amén de otros posibles detrimentos.

Como se ha expuesto en líneas anteriores¹⁶, la «compensación» por costes de cobro regulada en el art. 6 de la Directiva 2011/7 comprende, en primer lugar, una cuantía fija de 40 euros y, en segundo lugar, una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido el acreedor a causa de la morosidad. En ese contexto, la primera cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid es determinar si, cuando se presente una reclamación que engloba un conjunto de facturas vencidas e impagadas, debe abonarse la cantidad fija de 40 euros prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 por cada factura o por cada reclamación.

La cuestión planteada no es un problema nuevo en el ordenamiento español. Desde el año 2013 en que se transpuso la regla de cuantía fija de 40 euros al art. 8 LLCM (por vía, primero, del Real Decreto-Ley 4/2013 y convalidado, luego, por la Ley 11/2013), fueron surgiendo soluciones contradictorias en sede judicial.

Por un lado, se admitió que el acreedor reclame una suma fija como indemnización por costes de cobro que resultaba de la multiplicación de los 40 euros señalados en la norma por el número de facturas impagadas por el deudor. Así, por ejemplo, en la SAN 3297/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:AN:2017:3297), se aprecia que el Abogado del Estado se allana ante la reclamación de una cuantía ascendente a 21,440 euros, por concepto de indemnización por costes de cobro y como resultado de la multiplicación de los 40 euros *ex art. 8.1, 1º párr. LLCM* por 536 facturas presentadas al cobro. La Audiencia, frente a esta situación, consideró que el monto no superaba el mínimo establecido en la norma, asumiendo el criterio según el cual la cantidad fija de 40 euros se había de multiplicar por el número de facturas impagadas y, por tanto, admitiendo la pretensión de indemnización de los costes de cobro en la cuantía reclamada¹⁷.

Junto a la anterior línea jurisprudencial, venía conviviendo aquella según la cual la cantidad fija de 40 euros había de concederse por toda la reclamación y no por cada factura impagada. Así, la STSJ Comunidad Valenciana 4702/2017, de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2017:4702) indica que «debemos reconocer por este concepto únicamente los 40 euros referidos en el precepto, *40 euros que lo son por toda la*

¹⁶ *Vid. apdo. II, supra.*

¹⁷ En ese mismo sentido, la SAN 1803/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:1803) y la STSJ Comunidad Valenciana 3912/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2018:3912).

reclamación y que no se pueden desglosar por el número de facturas como de contrario se pretende, pues no es ese, en ningún caso, el tenor del precepto indicado» (la cursiva es mía)¹⁸.

Frente a ambas posturas, en la sentencia que ahora se analiza y en atención al texto de la Directiva 2011/7, el TJUE resuelve la cuestión planteada sobre la base de la primera de las interpretaciones descritas. Es decir, en el sentido de que la cantidad fija de 40 euros en concepto de compensación por costes de cobro debe abonarse por cada factura.

El Tribunal parte del hecho de que el art. 6 de la Directiva establece que el pago de la cuantía fija de 40 euros es efecto de la morosidad del deudor. En ese sentido, este concepto de «morosidad» está definido en el art. 2.4 de la Directiva como «no efectuar el pago en el plazo contractual o legal establecido», lo que permite inferir que dicho concepto de «morosidad» es aplicable «a cada operación comercial considerada individualmente» (*vid.* apdo. 28 de la sentencia). A ello ha de añadirse que el Cdo. 18 de la Directiva especifica que las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos importantes, en particular, para «determinar el plazo límite de pago» (*vid.* apdo. 19 de la sentencia).

Así pues, bajo el razonamiento del TJUE:

- (i) si cada factura (o solicitud de pago equivalente) coadyuva a determinar el plazo de pago;
- (ii) si se incurre en «morosidad» cada vez que se infringe dicho plazo; y,
- (iii) si el pago de la cuantía fija de 40 euros es exigible como efecto de la morosidad así definida,

entonces ha de concluirse que tal cuantía fija debe ser pagada por cada factura impagada a su vencimiento (que establece cada una de las veces en que el deudor incurre en morosidad) y no por cada reclamación (que puede o no incluir más de una factura)¹⁹.

¹⁸ Con el mismo criterio, *vid.* la SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217) y la STSJ Madrid 4538/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TSJM:2018:4538).

¹⁹ Con el mismo razonamiento, el TJUE resolvió posteriormente en sentencia de 1 de diciembre de 2022, asunto C-370/21 (*DOMUS-Software-AG contra Marc Braschoß Immobilien GmbH*). En este caso, se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán y se determina que la cantidad fija de 40 euros por costes de cobro, en el supuesto de demora en varios pagos efectuados como contraprestación de suministros de bienes o de prestaciones de servicios de carácter periódico en ejecución de un único contrato, debe abonarse al acreedor por cada demora en el pago. Añade el TJUE que el art. 5 de la Directiva 2011/7 ayuda a tal interpretación pues dicha disposición establece que, si las partes han pactado un calendario de pagos, «cuando alguno de los plazos no se abone en la fecha acordada, los intereses y la compensación previstas en la presente Directiva se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas». A juicio del Tribunal, en dicho supuesto, «será exigible una cantidad fija mínima de 40,00 €, en concepto de compensación por los costes de cobro, por cada pago a plazos no abonado a su vencimiento».

Para abundar en razones, el TJUE indica que nada en la Directiva 2011/7 permite deducir que el modo de cobro de los créditos tiene relevancia en los requisitos de exigibilidad de la cantidad fija de 40 euros. Por el contrario, el pago de dicha cuantía como efecto de la morosidad es exigible de forma automática y «sin necesidad de aviso de vencimiento» cada vez que se verifique tal situación de morosidad, esto es, cada vez que se infrinja el plazo convenido o previsto en la ley para realizar el pago. Por lo tanto, «el modo de cobro de los créditos impagados elegido por el acreedor carece de pertinencia a efectos de la exigibilidad tanto de los intereses legales como de la cantidad fija» (*vid.* apdo. 33 de la sentencia).

Finalmente, el TJUE hace referencia a la finalidad de la Directiva 2011/7 para sustentar su postura. En ese contexto, la Directiva busca, además de desalentar la morosidad en las operaciones comerciales, «proteger eficazmente al acreedor frente a dicha morosidad, garantizándole una compensación lo más completa posible por los costes de cobro en que haya incurrido» (*vid.* apdo. 36 de la sentencia). Así pues, reducir el pago de la cuantía fija de 40 euros a cada reclamación y no a cada operación comercial acreditada en factura supondría privar de este efecto útil al art. 6 de la Directiva 2011/7, pues los costes de cobro, a juicio del Tribunal, «tienden a aumentar en proporción al número de pagos y cantidades que el deudor no satisfaga a su vencimiento» (*vid.* apdo. 37 de la sentencia).

Con esta sentencia, el TJUE confirma lo que, en su día, ya había determinado el TS español a través de la STS 1820/2021, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1820). En ella, el Alto Tribunal resuelve que la cantidad fija mínima de 40 euros se debe por cada factura impagada por el deudor, en los siguientes términos:

«Acorde con lo hasta ahora expuesto, si, a tenor del artículo 8 de la Ley 3/2004, “el derecho a una cantidad fija de 40 euros” por los costes de cobro nace “cuando el deudor incurra en mora”, “que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal”. Y el deudor incurre en mora, a tenor de los artículos 4, 5 y 6 de la citada Ley 3/2004, en relación con el artículo 4 de la Directiva citada, *cuando se ha presentado al cobro la “factura”,* a la que reiteradamente se alude en dichos preceptos, y no ha resultado pagada en plazo contractual o legalmente establecido. De ello se colige que *la cantidad fija de 40 euros ha de pagarse por cada factura no abonada en plazo.*

Sin que concurra, por lo demás, ninguna norma, ni ninguna razón, para considerar que la indicada cantidad fija de 40 euros únicamente se devengaría en cada reclamación de pago presentada en vía administrativa, aunque agrupe miles de facturas respecto de las cuales el deudor ya incurrió en mora en cada una de ellas. Sería una suerte de tasa por la redacción del escrito de reclamación en vía administrativa, lo que no se compadece con la regulación contenida en la Ley 3/2004 y en la Directiva 2011/7/UE. Es más, la propia Directiva, en el

considerando 18, se recrea en las facturas como elemento medular del sistema que alumbra, al señalar que “*las facturas equivalen a solicitudes de pago y constituyen documentos relevantes en la cadena de operaciones para el suministro de bienes y servicios, en particular, para determinar el plazo límite de pago*”, cuyo exceso determina la mora. De modo que *la presentación de la factura y su falta de pago en plazo determina el pago automático de la cantidad de 40 euros, sin necesidad de la presentación posterior de la reclamación de la deuda principal e intereses en sede administrativa*» (las cursivas son mías).

Como se aprecia, tal y como hace el TJUE, el TS consideró, sobre la base del concepto de «morosidad» y el Cdo. 18 de la Directiva 2011/7, que la exigibilidad de la cantidad fija de 40 euros se produce cada vez que el deudor incurra en mora, lo que acontece cada vez que la factura presentada al cobro no ha sido pagada en plazo contractual o legalmente establecido. Además, el TS refiere también que no existe norma alguna (ni comunitaria ni nacional) que haga entender que la mencionada cantidad fija resulta exigible por cada reclamación de pago presentada (aunque contenga miles de facturas) y no por cada factura.

Aunque atendiendo únicamente a razones normativas, considero acertada la interpretación que el TJUE brinda al art. 6 de la Directiva 2011/7. Y es que, como se ha indicado, el art. 6.1 Directiva 2011/7 delimita el supuesto de hecho que se ha de cumplir para que el acreedor esté obligado a pagar la suma fija que cada Estado miembro determine como «indemnización automática» por costes de cobro. Este precepto señala expresamente lo siguiente: «Los Estados miembros se asegurarán de que, en los 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 €».

Así pues, si se piensa que por cada factura impagada empieza a devengar un interés moratorio independiente y, además, el texto de la Directiva indica que la cuantía fija es pagadera en los casos (en cada uno de ellos, se entiende) en que resulte exigible el interés de demora, debe asumirse, entonces, que el pago de los 40 euros ha de realizarse por cada ocasión en que el deudor moroso ha dejado devengar el interés de demora; lo que, sin duda alguna, sucede cada vez que se ha dejado de pagar la obligación consignada en una factura.

Se trata, además, de un razonamiento empleado en un antecedente de la Directiva 2011/7, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2009²⁰, en cuyo art. 4.1 se preveía un sistema escalonado de «indemnización automática» por costes de cobro²¹. Así, se establecía que, por dicho concepto, el acreedor tenía derecho a cobrar al deudor las cantidades siguientes: «a) para una deuda inferior a 1,000 €, una cantidad fija de 40 €; b) para una deuda de 1,000 € o más, pero inferior a 10,000 €, una cantidad fija de 70 €; c) para una deuda de 10,000 EUR o más, una cantidad equivalente al 1% del importe por el que son pagaderos intereses de demora». De lo citado, tiene especial relevancia el hecho de que, para las deudas iguales o mayores a 10,000 €, la Propuesta liga el monto de indemnización al importe por el que son pagaderos los intereses moratorios. Es indudable que dicho importe viene establecido en cada factura, pues cada una de ellas contendrá su propia suma de capital, a la que devengarán sus correlativos intereses de mora. Por tal motivo, puede concluirse que, en la mente del legislador europeo, el acreedor debe pagar, como indemnización automática por costes de cobro, una determinada cuantía por *cada vez que se devenguen intereses moratorios de un principal o, lo que es lo mismo, por cada factura impagada*.

Sin embargo, lo anterior no obsta para considerar criticable esta medida legislativa, principalmente desde la propia naturaleza que la regulación antimorosidad le atribuye al monto fijo contenido en el art. 6 de la Directiva 2011/7: una indemnización por costes de cobro, es decir, una reparación económica a favor del acreedor a causa de los gastos que tuvo que asumir para hacer efectivo el cobro de su crédito²². No obstante, más que atender a los gastos de cobro, asignar a cada factura impagada una cuantía fija de 40 euros parece estar dirigida a la imposición de una nueva sanción al deudor, amén de los ya elevados intereses moratorios previstos en la LLCM y en la propia Directiva 2011/7²³. De hecho, el Gobierno español, dentro del proceso, alegó que, ya que la compensación por costes de cobro debe ser «razonable» en términos del art. 6 de la

²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales de 8 de abril de 2009. Refundición (aplica la *Small Business Act*) [SEC(2009) 315] [SEC(2009) 316].

²¹ De un modo similar a lo previsto en la legislación británica (sección 5A de la *Late Payment of Commercial Debts [Interest] Act 1998 C. 20*) y en la irlandesa (apéndice de la *European Communities [Late Payment in Commercial Transactions] Regulations 2002 - S.I. n. 388/2002*).

²² El Cdo. 19 de la Directiva 2011/7 señala que «[l]a *compensación* en forma de una *cantidad fija* debe tener como objetivo limitar los costes administrativos e internos ligados al cobro» (la cursiva es mía).

²³ Esto, al parecer, se toma en consideración en la SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217). En esta sentencia, asumiéndose que la cuantía fija de 40 euros ha de pagarse por reclamación y no por factura, se indica que dicho monto es solo *el complemento* de «un interés significativamente más elevado que el normal del mercado, y muy superior al interés legal del dinero».

Directiva, «el acreedor no puede invocar este artículo para reclamar una cantidad fija mínima de 40 euros por cada factura incluida en una reclamación única, ya que ello equivaldría a concederle una compensación repetida y excesiva de los costes vinculados a dicha reclamación» (*vid.* apdo. 38 de la Sentencia).

Y es que, si se considera que la cuantía prevista en el art. 6 de la Directiva 2011/7 tiene el privilegio de ser automática (porque no necesita ser reclamada) y *a forfait* (el acreedor no necesita sustentarla acreditando un efectivo gasto de cobro²⁴)²⁵, entonces es factible la argucia de fraccionar la suma total adeudada en diversas «mini-facturas», no en virtud de la naturaleza de la operación, sino con el solo fin de conseguir un monto fijo y privilegiado por cada una de ellas²⁶, lo que, a la larga, representará una sanción adicional al deudor más que una reparación para el acreedor.

Así, por ejemplo, en la SAP Ourense 142/2018, de 18 de mayo (ECLI:ES:APOU:2018:142), se condena al deudor al pago de una cuantía fija de 40 euros, como indemnización automática de costes de cobro (*ex art.* 8.1, 1º párr. LLCM), por haber incurrido en mora en el pago de una deuda representada en una única factura, la cual fue valorada en 13,018.36 euros. En contraste, en la SAP Valencia 3132/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:APV:2018:3132) se condena al deudor al pago de 1.360,00 €, también como indemnización automática por costes de cobro, por haber incurrido en mora en el pago de 34 facturas, las que, en su conjunto, suman un total de 6.458,58 €. Ante estos dos casos, cabe cuestionarse si es justificable que un acreedor tenga derecho a una cuantía fija de 1.360,00 € basado en el hecho tan contingente de haber emitido 34 facturas y sin la necesidad de acreditar gasto alguno, a diferencia de un acreedor que solo puede cobrar 40 € por el mismo concepto, sencillamente porque decidió incluir en una única factura los varios trabajos que realizó a favor del deudor. La situación llama más la atención por el dato de que la deuda total que se quiere cobrar en un caso es prácticamente el doble de lo que se reclama en el otro y, sin embargo, la cuantía fija por indemnización en este último caso es 34 veces mayor que en el primero.

Asimismo, si el criterio legal es que debe pagarse una suma fija por cada factura impagada, ello permite que la cuantía pagadera como «indemnización automática», en

²⁴ Otras normas comparadas que transponen la Directiva 2011/7 confirman el carácter «forfaitario» de la cuantía fija de 40 euros. Así, el art. D.441-5 del Código de Comercio francés establece lo siguiente: «*Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement prévue au douzième alinéa du I de l'article L.441-6 est fixé à 40 euros*». Por su parte, el art. 6.2 del *Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231* (Italia) señala que «*[a]l creditore spetta [...] un importo forfettario di 40 euro a titolo di risarcimento del danno*».

²⁵ Viciano Pastor (2012: 424).

²⁶ Riesgo que ya había sido advertido por Miranda Serrano y García Mandaloniz (2013: 8).

determinados casos (cuando el número de facturas adeudadas es muy elevado), llegue a ser aún mayor que la que se pagaría, en los mismos supuestos, si el acreedor tuviera que acreditar todos sus costes de cobro para ser indemnizado. En estos casos, quedaría sin ámbito de aplicación lo establecido en el art. 6.3 de la Directiva 2011/7 (que reconoce el derecho del acreedor a reclamar una compensación razonable por todos los demás costes de cobro que superen la cantidad fija y que haya sufrido a causa de la morosidad del deudor), pues todo estaría cubierto por un monto privilegiado, elevado por el número de facturas y sin necesidad de probar nada más que el retraso del deudor en el pago.

Y es que, además, el TJUE sostiene que mientras más facturas impagadas tenga el acreedor, mayores son los gastos que debe afrontar para llevar a cabo el cobro de las respectivas deudas («costes que tienden a aumentar en proporción al número de pagos y cantidades que el deudor no satisface a su vencimiento», dice el Tribunal en el apdo. 37 de la sentencia); algo que, a mi parecer, no tiene pleno asidero en la realidad. Desde luego, es tan posible que un acreedor afronte mayores gastos por el cobro de una sola factura (por tratarse, probablemente, de una deuda de considerable entidad dineraria) que por el cobro de ocho o diez facturas (que representan sumas de dinero más pequeñas). Los gastos en los que incurre un acreedor para cobrar su crédito dependen principalmente de la mayor o menor complejidad de los mecanismos de cobro (judiciales o extrajudiciales) y no necesariamente de la cantidad de facturas objeto de reclamación.

Por las razones anteriores, aunque se trate de una opinión de *lege ferenda*, pienso que es más razonable que la regulación antimorosidad establezca como criterio el que la cuantía fija *ex art. 6* de la Directiva 2011/7 sea pagadera por cada procedimiento de reclamación y con independencia del número de facturas presentadas al cobro.

Y es que, si bien lo deseable es que la protección al acreedor ante las consecuencias de la mora se limite a los medios que sean estrictamente necesarios para que este haga efectivo su crédito y para que el deudor se vea disuadido de cumplir a tiempo, entiendo también que la voluntad del legislador europeo va más allá, no solo al punto de permitir que las legislaciones nacionales prevean medios más beneficiosos para el acreedor²⁷, sino, como en este caso, al punto de *privilegiarlo* directamente a través del propio texto de la Directiva. Aun con todo, si lo que se pretendía era imponer una *sanción*

²⁷ En materia de cuantía fija por costes de cobro, el Cdo. 21 de la Directiva 2011/7 es claro: «La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a *establecer cantidades fijas más elevadas como compensación por los costes de cobro* y, por consiguiente, *más favorables al acreedor*, o a aumentar estas cantidades, entre otros aspectos para tener en cuenta la tasa de inflación» (la cursiva es mía).

adicional a los intereses moratorios (como parece suponer la asignación de un monto fijo por factura impagada y aun cuando lo niega el TJUE en el apdo. 41 de su sentencia), es criticable que dicha medida se adopte por la vía de una aparente «indemnización» o «compensación». Es más coherente con la naturaleza indemnizatoria que se atribuye a esta cuantía fija que ésta sea pagadera por procedimiento de reclamación y no por factura impagada. De este modo, si el acreedor lo considera insuficiente por no ver cubiertos todos los costes de cobro, puede demandar sumas adicionales, acreditando debidamente su pretensión.

En todo caso, como bien señala Sospedra Navas, la interpretación brindada en esta materia por el TJUE y por el TS español beneficia a los contratistas cedentes de créditos en virtud de contratos de factoring, descuento o de tipo similar²⁸. Ello porque, al determinarse el precio por el que se ceden las facturas sobre la base de expectativas de rentabilidad futura, la expectativa de recibir una cuantía automática y «forfaitaria» de 40,00 € por factura juega en favor de elevar el precio de cesión, principalmente cuando se transmite un número alto de facturas, con independencia de su importe.

III.1 El plazo de pago previsto en la LCSP y la contravención a la Directiva 2011/7

La segunda cuestión guarda relación, como se ha explicado ya²⁹, con lo establecido en el art. 4 de la Directiva 2011/7 y el art. 198.4 LCSP.

La norma comunitaria establece la obligación de los Estados miembros por velar que el plazo de pago no supere los 30 días desde la recepción de la factura, desde la recepción de los bienes o servicios (en caso la fecha de recepción de la factura sea dudosa o si se recibió antes que los bienes o servicios contratados) o desde la aceptación o verificación de los bienes o servicios recibidos (cuando legal o contractualmente se haya previsto un procedimiento para ese fin y se ha recibido la factura como máximo en la fecha en que tiene lugar tal aceptación o verificación).

Por su parte, la norma nacional señala la obligación de la Administración de «abonar el precio dentro de los treinta días 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». Asimismo, también indica que «la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que

²⁸ Sospedra Navas (2023: 3).

²⁹ *Vid.* apdo. II, *supra*.

acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio».

Sobre la base de esta última norma, gran parte de las Administraciones en España entendían que el plazo legal para pagar las facturas ascendía a un total de 60 días³⁰. Así también lo asumía el TS, para quien el plazo estaba integrado por un primer periodo de 30 días para el procedimiento de aceptación o comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos y un segundo periodo de 30 días para pagar la contraprestación debida³¹.

Sin embargo, el TJUE resuelve esta cuestión señalando que la Directiva 2011/7 se opone a una normativa nacional que establezca, 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. Esto incluso si dicho plazo está compuesto por un periodo inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos y por un periodo adicional de 30 días para el pago del precio acordado.

A juicio del TJUE, la regla general prevista en el art. 4.3 de la Directiva 2011/7 es que el plazo legal para el pago de facturas por parte de un poder público tiene una duración máxima de 30 días a partir del momento en que se produzcan las circunstancias de hecho enumeradas en tal disposición. En ese contexto, es cierto que la Directiva prevé que, cuando exista –por ley o por contrato– un procedimiento de aceptación o verificación de la conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos (procedimiento que no podrá durar más de 30 días naturales, salvo acuerdo escrito que amplíe el plazo y que no exista abuso para el acreedor, *ex art. 4.5 de la Directiva*), el plazo de 30 días para el pago empezará a computarse a partir de la fecha en que se produce la aceptación o verificación correspondiente (lo que podría calificarse como un plazo total de 60 días). Sin embargo, como bien observa el Tribunal, tal supuesto de hecho no es reconocido como inherente a todos los casos de operaciones comerciales entre poder público y empresa (*vid. apdo. 47*

³⁰ Amérigo Alonso *et al.* (2023).

³¹ *Vid.* SSTS 4300/2022, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4300) y 1420/2022, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1420).

de la sentencia), lo que permite inferir que un procedimiento de verificación o aceptación solo puede contemplarse para casos definidos y no como regla general³².

Para abundar en razones, el art. 4.4, 1º párr. de la Directiva 2011/7 señala específicos supuestos en los que sí resulta justificable la ampliación del plazo de pago hasta un máximo de 60 días (cuando un poder público realice actividades económicas de carácter industrial o mercantil consistentes en entrega de bienes o prestaciones de servicios, o preste servicios de asistencia sanitaria), pero en ningún caso se contempla que tal regla tenga aplicabilidad general. Asimismo, el TJUE hace referencia al art. 4.6 de la Directiva (el cual establece que, para que pueda ampliarse el plazo general de pago de 30 días hasta un máximo de 60, tal ampliación debe estipularse expresamente por contrato y estar justificadas por la naturaleza o características del contrato) con el fin de argumentar que todo plazo de pago que vaya más allá de los 30 días ha de estar sustentado en motivos objetivos, específicos y referidos a la naturaleza o características de determinadas operaciones comerciales. En ese sentido, el Tribunal hace suyas las conclusiones del Abogado General, para quien «la aplicación a las operaciones comerciales entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a determinados supuestos bien definidos»³³.

En consecuencia, el TJUE interpreta el art. 4 de la Directiva 2011/7 en el sentido de que «la fijación, por un Estado miembro, de un plazo de pago de una 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 dicho artículo». Así pues, el art. 198.4 LCSP prevé una suma de plazos (30 + 30) que alarga hasta 60 días, desde la recepción de los bienes o servicios, el tiempo para que el proveedor reciba su pago. Y tal alargamiento se debe a que la ley española contempla un mecanismo de verificación o aceptación aplicable a todas las operaciones entre Administración y empresa y no para determinados supuestos, por lo que ha de concluirse que tal disposición contraviene el art. 4 de la Directiva 2011/7.

En mi opinión, el TJUE acierta en el hecho de que una norma como el art. 198.4 LCSP contraviene la Directiva 2011/7. Sin embargo, la argumentación empleada pudo haber sido más clara, pues, a lo largo de la sentencia, el Tribunal apunta a varias

³² Sospedra Navas (2023: 3).

³³ Conclusiones presentadas el 28 de abril de 2022 (asunto C-585/20).

disposiciones de la Directiva que, en realidad, hacen referencia a supuestos de hecho distintos: por un lado, disposiciones referidas a la posibilidad de ampliar el plazo de pago de 30 días y, por otro lado, disposiciones referidas a la posibilidad de establecer legal o convencionalmente un procedimiento de comprobación o verificación de conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos. Distinguir adecuadamente ambos grupos de normas habría ayudado a tener una argumentación más diáfana.

Así pues, está claro que la Directiva 2011/7 busca, como regla general, que el tiempo que ha de transcurrir desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios prestados hasta que la Administración cumpla con el pago no exceda de 30 días naturales. No obstante, la propia Directiva también reconoce *dos vías de excepción* por las que, de existir justificación, es posible la ampliación de tal laso de tiempo. Dichas vías son:

- (i) que por ley o por contrato se establezca un plazo de pago mayor a 30 días hasta un máximo de 60 días (art. 4, apdos. 4 y 6, de la Directiva 2011/7)³⁴; y,
- (ii) que por ley o por contrato se establezca un procedimiento de aceptación o verificación de conformidad con el contrato de los bienes o servicios recibidos, el cual no podrá durar más de 30 días (art. 4, apdo. 3, a) iv) y 5, de la Directiva 2011/7)³⁵.

A partir de la literalidad de la Directiva, se puede inferir que la *primera vía de excepción* sólo se permite para supuestos determinados o cuando existan razones que así lo justifiquen. Así pues, el art. 4.4 de la Directiva contempla una lista corta de casos específicos en los que, por ley, es posible ampliar el plazo de pago hasta un máximo de 60 días, mientras el art. 4.6 exige que todo acuerdo expreso que amplíe el plazo de pago hasta el límite de los 60 días ha de justificarse en razones objetivas referidas a la naturaleza o características del contrato en cuestión.

Sobre la base de lo anterior, el art. 198.4 LCSP no contraviene la literalidad de la Directiva 2011/7 en el sentido de que amplíe indebidamente el plazo de pago de las Administraciones. En efecto, aunque suele entenderse que dicha norma recoge, en realidad, un plazo de pago total de 60 días, lo cierto es que lo que literalmente prevé son dos plazos de naturaleza distinta: uno de 30 días para la comprobación o verificación de

³⁴ Mientras el art. 4.4 de la Directiva 2011/7 establece específicos supuestos en los que *por ley* se puede ampliar el plazo de pago hasta un máximo de 60 días, el art. 4.6 prevé la posibilidad de que, *por acuerdo expreso* (y por causa justificada), el plazo de pago pueda dilatarse también hasta un máximo de 60 días naturales.

³⁵ El art. 4.3, a) iv) de la Directiva 2011/7 indica la posibilidad de que, *por ley o por contrato*, se establezca un procedimiento de aceptación o verificación. Tal procedimiento no podrá durar más de 30 días *ex art.* 4.5 de la Directiva.

conformidad con el contrato celebrado y otro de 30 días que opera específicamente como lapso para el pago³⁶. Bajo este razonamiento, el art. 198.4 LCSP no recoge una ampliación del estricto plazo de pago de 30 días *ex* Directiva 2011/7, sino que lo confirma³⁷.

La contravención, entonces, se encuentra en otro lado. Como he dicho, la *segunda vía de excepción* por la que puede ampliarse el tiempo que ha de transcurrir desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios prestados hasta que la Administración cumpla con el pago es la previsión de un procedimiento de aceptación o comprobación, cuya duración no puede exceder de 30 días. Y tal mecanismo, al igual que con la primera vía de excepción, solo puede ser establecido por ley para determinados supuestos o pactado expresamente sobre la base de motivos que así lo justifiquen.

En efecto, aunque la Directiva 2011/7 no hace referencia expresa a la excepcionalidad con la que puede establecerse este tipo de procedimientos de comprobación (aunque la expresión «si legalmente o en contrato» del art. 4.4, a) iv) parece indicar que tal procedimiento no tiene aplicabilidad general sino solo en determinados supuestos), lo cierto es que un mecanismo como aquél puede dilatar el tiempo en que un proveedor debe esperar el pago de la Administración desde la entrega de los bienes o prestación de servicios más allá de los 30 días de la regla general. Por lo tanto, con base en una interpretación sistemática y teleológica, si al legislador europeo le interesa que, en general, el proveedor de los bienes o servicios reciba el pago, como máximo, en 30 días, cabe concluir que un procedimiento de aceptación o verificación, en tanto mecanismo que puede dilatar tal lapso de tiempo, solo puede preverse justificadamente en determinados supuestos de hecho y no con aplicabilidad general.

De hecho, en la doctrina ya se había advertido que el art. 198.4 LCSP encajaba mal con la regla general de la Directiva. En palabras de GONZÁLEZ-DELEITO (2019), «[n]o cabe duda de que la correcta interpretación del artículo 4.3.a), subapartados i) y iv) conlleva a que la regla general para establecer periodos de pago en las operaciones comerciales entre particulares y los poderes adjudicadores haya de ser de 30 días naturales desde la fecha de recepción de la factura o solicitud de pago equivalente, de modo que la posibilidad de ampliarlo hasta un máximo de 60 días naturales, incluyendo

³⁶ En ese sentido, Andrés Llamas (2021: 255) indica que «son dos las obligaciones de la Administración que se hallan sometidas a un plazo restrictivo de treinta días: la obligación de pago en sentido estricto y la obligación previa de resolver el procedimiento de aceptación o verificación expidiendo las certificaciones o documentos que acrediten la conformidad».

³⁷ De hecho, tomado de forma literal, el art. 198.4 LCSP es una manifestación de lo previsto en el art. 4.3, a) iv) de la Directiva 2011/7, como lo reconoce Sola Rodríguez (2023).

un procedimiento previo de comprobación o verificación, esté condicionado a que constituya una exigencia funcional derivada de la propia naturaleza o características del contrato, es decir, su uso esté condicionado a “que esté objetivamente justificado a la luz de la naturaleza o las características particulares del contrato”» (la cursiva es mía).

Es aquí, entonces, donde radica la contravención del art. 198.4 LCSP a la Directiva 2011/7. Aquella norma establece un procedimiento de aceptación o verificación de la conformidad de los bienes o servicios recibidos con el contrato, no como un mecanismo dirigido a supuestos determinados, sino como uno de aplicación a la generalidad de contratos públicos. De este modo, la regla excepcional según lo previsto en la Directiva pasa a ser la regla general en el art. 198.4 LCSP³⁸.

En consecuencia, será necesario modificar en este aspecto la LCSP³⁹. Por un lado, habrá de establecerse como regla general para las Administraciones el pago a sus contratistas en el plazo de 30 días naturales desde la recepción de la factura o de los bienes o servicios contratados (será el legislador quien determine el *dies a quo* más conveniente) y, por otro lado, deberá indicarse para qué específicas operaciones comerciales resulta aplicable el procedimiento de aprobación o verificación de conformidad con el contrato, el cual no podrá exceder de 30 días desde la recepción de los bienes o servicios *ex art. 4.5* de la Directiva 2011/7⁴⁰. Y, en estos supuestos determinados, establecer que el plazo de

³⁸ Sola Rodríguez (2023)

³⁹ Castillo Blanco (2022).

⁴⁰ Por ejemplo, como bien explica Sola Rodríguez (2023), «[l]a efectiva utilidad del procedimiento [de aceptación o verificación] 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 especializados, 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».

pago de 30 días empezará a computarse a partir de la fecha de la aceptación o verificación correspondiente.

III.4. El IVA de la factura como parte de la «cantidad adeudada» a efectos del cómputo de los intereses de demora

El art. 2.8 de la Directiva 2011/7 define como «cantidad adeudada» al «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 ese contexto, la tercera cuestión prejudicial planteada por el juzgado remitente busca determinar si, a efectos del cálculo del interés de demora, se puede computar como parte de la «cantidad adeudada» el importe del IVA indicado en la factura no pagada por el deudor, incluso si al vencimiento de dicha factura el acreedor sujeto pasivo no ha abonado aún el importe a la Hacienda Pública.

Para el TJUE, atendiendo a la literalidad del art. 2.8 de la Directiva, el concepto de «cantidad adeudada» incluye, en efecto, el importe del IVA correspondiente a un bien entregado o servicio prestado. De hecho, la referencia a que dicho impuesto debe estar «especificado en la factura o en la solicitud de pago equivalente» (tal y como, además, lo especifica el art. 226 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido), a juicio del Tribunal, indica que el importe del IVA es el indicado en la factura, con independencia de las modalidades o del momento del pago del IVA por el sujeto pasivo a la Hacienda Pública.

En conclusión, «el concepto de “cantidad adeudada” no 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 dicho importe a la Hacienda Pública» (apdo. 57 de la sentencia). Esto supone que los intereses moratorios que el deudor deberá pagar por el retraso han de computarse sobre la base de toda tal «cantidad adeudada», sin importar si a la fecha del retraso el acreedor sujeto pasivo ha pagado o no el IVA a la Hacienda Pública.

Esta interpretación choca frontalmente con aquella, establecida por el TS español (STS 427/2021, de 24 de marzo [ECLI:ES:TS:2021:1197] y más recientemente, la STS

1389/2022, de 28 de octubre [ECLI:ES:TS:2022:3920]⁴¹, según la cual, si bien «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», también establece como condición a ello «que el contratista acredite que ha ingresado el impuesto antes de cobrar la factura», lo que explica que, «para el cálculo de los intereses sobre la cuota del IVA, el *dies a quo* será el del pago o ingreso de la misma».

Frente a la diferencia de razonamientos, podría argumentarse que la interpretación del TS español en la sentencia referida tendría como asidero el hecho de que el art. 4.1, a) de la Directiva 2011/7 exige, para que el acreedor tenga derecho a los intereses de demora, que este haya cumplido «con sus obligaciones contractuales y legales» (cuestión prevista también en el Cdo. 17)⁴². Sin embargo, creo que es difícilmente amparable que el deudor de una obligación pecuniaria surgida de una «operación comercial» pueda alegar, para no pagar intereses moratorios, que el acreedor no ha cumplido con sus propias obligaciones laborales o fiscales, pues tales deberes no guardan relación directa con la relación contractual establecida (Herrada Bazán, 2022: 345). De hecho, como bien dice Soriano García (2006: 145), «sería fraudulento, por ejemplo, pretender oponerse al abono de los intereses argumentando que, aunque no se ha pagado, el [acreedor] por su parte no ha liquidado anticipadamente el IVA o tributo que se trate».

Por lo tanto, coincido plenamente con la postura del TJUE en este extremo de su sentencia.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2005), «La nueva regulación del crédito comercial. Una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad», *InDret*, n. 3. Recuperado de: <https://bit.ly/3JYtqw7>
- AMÉRIGO ALONSO, J., SANSANEDAS, J. y GRACIA BATLLORI, M. (2023), «El TJUE fija una interpretación más favorable para los contratistas de la Administración española», *Periscopio fiscal y legal* [Portal web]. Recuperado de: <https://pwc.to/3GWlAs2>
- ANDRÉS LLAMAS, M. A. (2021), *La morosidad de la Administración: obligaciones y contratos públicos*, Tecnos, Madrid.

⁴¹ Aunque para Sospedra Navas (2023: 4), no hay un «choque frontal» entre lo resuelto por el TJUE y la doctrina del TS español, sino una diferencia surgida a partir de un «matiz importante» introducido por el primero.

⁴² De hecho, para Martínez Fernández (2005: 48-49), las «obligaciones legales» debe entenderse referidas no solo a las exigencias legales que puedan existir para el producto o servicio contratado, sino también «a las obligaciones legales que en general le competen al proveedor como empresario».

- BALDASSARRE, R. (2009), «Working document on combating late payment in commercial transactions», *Committee on Legal Affairs EU*. Recuperado de <https://bit.ly/2IBsQgy>
- CASTILLO BLANCO, F. (2022), «A buen pagador no le duelen prendas: sentencia TJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C585/2020)», en *Acal* [Portal web]. Recuperado de: <https://bit.ly/3XYymVn>
- GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L. (2003): *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. (2019), «El difícil encaje de los plazos de pago de la Ley de Contratos del Sector Público en la normativa europea», en *Actualidad Administrativa*, n. 4.
- HERRADA BAZÁN, V. (2022), *Plazos de pago y morosidad entre empresas. Problemática y regulación*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid).
- IGLESIAS ARGÜELLES, V., VÁZQUEZ CASIELLES, R. & RODRÍGUEZ DEL BOSQUE RODRÍGUEZ, I. (2004)., «Antecedentes de los plazos de pago: argumentos de eficiencia frente a argumentos de poder», en *XVI Encuentro de Profesores Universitarios de Marketing*, Alicante. Recuperado de: <https://bit.ly/2XoivE5>
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2005), «La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en operaciones comerciales», en *Revista de Estudios Locales*, n. 82.
- MIRANDA SERRANO, L. M. & GARCÍA MANDALONIZ, M. (2014), «Morosidad y Ley 11/2013 de medidas de apoyo al emprendedor», en *RDCP*, n. 20.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2008), *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Marcial Pons, Madrid.
- MONTFORT, C. (2006), «Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit des obligations», en BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Coords.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUELA REGLI, N. (2021), «¿Se incluyen las entidades cesionarias de créditos frente a las administraciones públicas en el ámbito de aplicación de las directivas de la UE sobre morosidad en operaciones comerciales?», en *DS: Derecho y Salud*, vol. 31.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988), «Cesión de crédito», en *ADC*, vol. 41, n. 4.
- PERALES VISCASILLAS, M. P. (2006), *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Thomson Civitas, Madrid.
- SOLA RODRÍGUEZ, G. (2023), «A vueltas con la morosidad del sector público español. A propósito de la STJUE de 20 de octubre de 2022», en *Actualidad Administrativa*, n. 1.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2023), «Contratación pública. La morosidad por pago tardío de facturas en el ámbito de la contratación pública: jurisprudencia comunitaria e interna», en *La Administración Práctica*, n. 1.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2006), *Lucha contra la morosidad y contratación administrativa*, Iustel, Madrid.

VICIANO PASTOR, J. (2012), «La morosidad en las obligaciones pecuniarias en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», en PALAU RAMÍREZ, F. y VICIANO PASTOR, J., *Tratado sobre la morosidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 28 de enero de 2020 (*Comisión Europea vs. República Italiana*; asunto C-122/18).

STJUE de 20 de octubre de 2022 (*BFF Finance Iberia S.A.U. vs. Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León*; asunto C-585/20).

STJUE de 1 de diciembre de 2022 (*DOMUS-Software-AG vs. Marc Braschoß Immobilien GmbH*; asunto C-370/21).

Tribunal Supremo

STS 427/2021, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1197)

STS 1820/2021, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1820)

STS 1420/2022, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1420)

STS 1389/2022, de 28 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3920)

STS 4300/2022, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4300)

ATS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1796A)

Audiencia Nacional

SAN 3297/2017, de 19 de julio (ECLI:ES:AN:2017:3297)

SAN 1803/2018, de 25 de abril de 2018 (ECLI:ES:AN:2018:1803)

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ CA Valencia 4702/2017, de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2017:4702)

STSJ CA Valencia 3912/2018, de 10 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2018:3912)

STSJ CA Madrid 4538/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TSJM:2018:4538)

Audiencias Provinciales

SAP Ourense 142/2018, de 18 de mayo (ECLI:ES:APOU:2018:142)

SAP Valencia 3132/2018, de 14 de junio (ECLI:ES:APV:2018:3132)

SAP A Coruña 2217/2018, de 14 de noviembre (ECLI:ES:APC:2018:2217)