

INFORME 1/2005, DE 9 DE MARZO, SOBRE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA DE LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES COMERCIALES.

ANTECEDENTES

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene atribuida, conforme a lo dispuesto en el artículo 44, respecto a los apartados 5 y 7 del artículo 38, del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, la competencia para impulsar y promover las normas, instrucciones y medidas generales que considere necesarias en relación con la contratación pública, así como realizar estudios sobre contratación administrativa. Asimismo, el artículo 48 del citado Reglamento faculta a la Junta para la emisión de informes de oficio.

Ante las dudas suscitadas por algunos órganos de la Comunidad de Madrid en relación con la aplicación de la disposición transitoria única de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, se ha considerado conveniente adoptar criterio al respecto sobre la base de las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tiene por objeto la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno de las medidas contra la morosidad previstas en la Directiva 2000/35/CEE, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. La citada Directiva, se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el día 8 de agosto de 2000, entrando en vigor el día de su publicación y cuyo plazo de transposición para los países miembros finalizaba el día 8 de agosto de 2002.

Como establece la exposición de motivos de la Ley 3/2004, el criterio subjetivo y material que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/35/CE, al afectar al sector privado y al público, aconseja efectuar su transposición a nuestro ordenamiento jurídico mediante una ley especial que regule las medidas sustantivas contra la morosidad, y que, en una disposición final, modifique el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP).

Las medidas consisten en establecer, con carácter general, un plazo de exigibilidad de intereses de demora, en defecto de pacto; determinar su devengo automático; señalar el tipo legal de interés de demora y otorgar al acreedor el derecho a reclamar al deudor una indemnización razonable por los costes de cobro. Su objeto se dirige a combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias y el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración, entendiéndose como tal las Administraciones públicas, organismos y entidades previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la LCAP.

La disposición final primera de la Ley 3/2004, modifica los siguientes artículos de LCAP: apartado 4 del artículo 99, apartado 4 del artículo 110, apartados 4 y 5 del artículo 116, apartado 3 del artículo 169 y la letra a) del apartado 2 de la disposición final primera. Esta disposición se dicta al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, que atribuye al Estado la legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas, por lo que tiene la consideración de norma básica, con excepción de la modificación efectuada en el artículo 169.3 de la LCAP, que no tiene este carácter de acuerdo con la disposición final primera de dicho texto legal.

2.- La disposición transitoria única de la Ley 3/2004, relativa a los “contratos preexistentes”, establece que ésta será de aplicación a todos los contratos afectados por la misma que “hayan sido celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, en cuanto a sus efectos futuros, incluida la aplicación del tipo de interés de demora establecido en su artículo 7.”

El retraso en la transposición de la Directiva 2000/35/CEE, ha motivado la introducción en la citada Ley de esta disposición que aplica una cláusula de retroactividad impropia a los contratos celebrados entre el 8 de agosto de 2002, fecha en que finalizó el plazo de transposición, y la fecha de entrada en vigor de la misma, 31 de diciembre de 2004.

La frase “efectos futuros” de la citada disposición ha de interpretarse en el sentido de que la Ley será de aplicación a todos los contratos celebrados a partir del día 8 de agosto de 2002, pero únicamente respecto a los documentos que, en ejecución de los mismos, incurran en morosidad, en los términos previstos en la norma, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Se trata, por tanto, de que la Ley tenga efectos retroactivos a la fecha en que finalizó el plazo de transposición de la Directiva, pero sólo para los documentos de reconocimiento de deudas cuya mora se produzca con posterioridad a la entrada en vigor

de la misma. De esta forma, en parte surte efectos el plazo de entrada en vigor de la Directiva, al tiempo que se evitan los problemas que una retroactividad completa de la norma conllevaría.

El artículo 2.3 del Código Civil dispone que: “las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”. Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para determinar si la regulación de una determinada materia mediante una nueva ley comporta o no efectos retroactivos la jurisprudencia y la doctrina consideran analógicamente aplicables las disposiciones transitorias del Código Civil, pues contienen una regulación inspirada en los criterios que rigen la aplicación del principio de no retroactividad .

El origen de la disposición transitoria se encuentra en el Dictamen emitido por el Pleno del Consejo de Estado, el 19 de junio de 2003, sobre el anteproyecto de la Ley, al objeto de mitigar en lo posible los efectos del retraso en la transposición de la Directiva, teniendo en cuenta el carácter imperativo de la norma comunitaria y el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, y evitar asimismo las dudas que podría suscitar el régimen de los contratos celebrados entre el 8 de agosto de 2002 y la fecha de entrada en vigor de la Ley, afirmando la conveniencia de prever para ellos “alguna disposición orientada a que se les aplicaran las previsiones de la Ley proyectada en cuanto a sus efectos futuros (esto es, en cuanto la mora se produjera con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada); todo ello, sobre la base de la distinción, de origen germánico y acogida por nuestra jurisprudencia constitucional, entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia, como también de la necesaria ponderación de la seguridad jurídica...”

Asimismo, en el Dictamen emitido posteriormente sobre el proyecto de dicha Ley, el 30 de septiembre de 2004, en relación con las modificaciones introducidas en el texto de la misma como consecuencia de las observaciones realizadas por el primer Dictamen del Consejo de Estado, este órgano consultivo menciona que se han tomado en consideración observaciones del Dictamen de 19 de junio de 2003 como “la previsión de una disposición transitoria que aplica una cláusula de retroactividad impropia para la aplicación de la nueva Ley a los efectos futuros de los contratos que, incluidos en su ámbito de aplicación, hayan sido celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002.”

3.- La Ley 3/2004, en su artículo 7, regula el tipo de interés de demora que deberá pagar el deudor y dispone que será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, “la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales”, y se aplicará durante los seis meses

siguientes a su fijación por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, debiendo publicarse en el «Boletín Oficial del Estado».

En cumplimiento de lo previsto en este artículo, mediante Resolución de 18 de enero de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, se ha hecho público el tipo legal de interés de demora para el primer semestre natural del año 2005, fijándose en un 9,09 por 100. Ello ratifica la consideración expuesta respecto del momento de la aplicación de la Ley a los efectos futuros de los contratos.

4.- Por otra parte, la disposición transitoria única, a continuación del párrafo comentado, dispone que “no obstante, en cuanto a la nulidad de las cláusulas pactadas por las causas establecidas en su artículo 9, la presente Ley será aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor”. Este último párrafo de la disposición viene igualmente a ratificar la interpretación sustentada, puesto que, a *sensu contrario*, declara como válidas las cláusulas pactadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2004 aun cuando difieran con carácter abusivo para el acreedor de los plazos de pago y tipo legal de interés de demora establecidos subsidiariamente en la misma.

5.- Por tanto, se considera que una interpretación en sentido distinto al planteado podría vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, como recoge el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el anteproyecto de la Ley, y constituiría una obligación de difícil o imposible cumplimiento para las Administraciones Públicas, ya que supondría extender los efectos retroactivos de la Ley a un número indeterminado de contratos, sin que hayan existido previamente medidas que hubiesen permitido acomodar las circunstancias económicas a lo previsto en la Directiva, por no haberse dictado la normativa de adecuación correspondiente como disponía el artículo 6 de la Directiva, que requería la modificación de disposiciones reguladoras de la contratación pública de carácter básico.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente adopta la siguiente

CONCLUSIÓN

La interpretación de la referencia a los “efectos futuros” efectuada en la disposición transitoria única de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, debe entenderse referida a los documentos que, en ejecución de los contratos celebrados a partir del día 8 de agosto de 2002, incurran en morosidad, en los términos previstos en la norma, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, atendiendo a la literalidad de la disposición y siguiendo el criterio del Dictamen del Pleno del Consejo de Estado, de 19 de junio de 2003, sobre el anteproyecto de dicha Ley.