

¿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?

**Nicolás
Muela Regli**

*Letrado de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía
Servicio Andaluz de Salud*

SUMARIO

1. Presupuesto de partida: las STS de 4 de mayo de 2021 sobre los costes de cobro en las operaciones comerciales. 2. El voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero: la específica posición de los cesionarios de los derechos de crédito respecto a las reclamaciones de costes de cobro. 3. ¿Qué dicen los Tribunales españoles al respecto? 4. Una tesis alternativa: la posible inaplicación de la Directiva 2011/7/UE al ámbito de las operaciones de entidades financieras cesionarias de créditos de Administraciones Públicas. 5. Reflexión final: sobre la posible necesidad del planteamiento de la cuestión prejudicial. 6. Bibliografía.

RESUMEN

Tomando como punto de partida la STS de 4 de mayo de 2021, que sienta como doctrina que el deudor que incurra en mora deberá abonar la cantidad de 40 euros por cada una de las facturas pagada fuera de plazo y concretamente, la posición discrepante del Voto particular emitido por el Excmo. Magistrado Rafael Toledano, que critica el no haber tenido en cuenta la singular posición de las entidades financieras, cesionarias de créditos, se plantea la posibilidad de que dichas entidades, puedan quedar excluidas de la Directiva 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El hilo conductor es confrontar los pronunciamientos del TS sobre la posición de los

cesionarios de créditos, que atiende fundamentalmente a la normativa de contratación pública y al Código Civil, con la definición de “operación comercial” de la Directiva 2011/7/UE. De dicho análisis se extrae, como propuesta principal, la conveniencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE que aporte los criterios interpretativos necesarios. El texto reflexiona también sobre las tensiones interpretativas entre el derecho interno y de la UE.

PALABRAS CLAVE

Cesión de créditos, entidades financieras, operaciones comerciales, morosidad, cuestión prejudicial.

1. PRESUPUESTO DE PARTIDA: LAS STS DE 4 DE MAYO DE 2021 SOBRE LOS COSTES DE COBRO EN LAS OPERACIONES COMERCIALES

En fecha 4 de mayo de 2021, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó la Sentencia nº 612/2021, de alcance en el ámbito de la relación de la Administración Pública con sus proveedores, al fijar como doctrina que el deudor que incurra en mora deberá abonar la cantidad de 40 euros por cada una de las facturas pagada fuera de plazo.

Así, el Alto Tribunal, interpretando el artículo 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, por el cual se incorporaba a nuestro derecho interno la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000 (derogada y sustituida por la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo).

Dicho artículo fija una indemnización por costes de cobro y dispone que cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá, en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal. Además, añade que el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido y que superen la cantidad indicada en el párrafo anterior.

Pues bien, el TS reconoce el derecho de una entidad financiera a cobrar del Servicio Extremeño de Salud 40 euros por cada una de las facturas emitidas por 28 empresas diferentes, más de 5000, que fueron pagadas fuera del plazo contractual o legalmente establecido. Estas empresas emitieron facturas por suministros y servicios prestados al Servicio Extremeño de Salud y cedieron los derechos de cobro a BFF Finance Iberia, S.A.U., que las agrupó en una única reclamación.

De acuerdo con el criterio interpretativo recogido en la Sentencia, la normativa de morosidad estableció una cantidad mínima, que opera como suelo, y que es un importe fijo y asegurado de 40 euros. Además, este importe se paga con carácter automático sin necesidad de recordatorio, cuando el deudor incurra en mora. Recuerda que esto último ocurre cuando se presenta al cobro la factura y no se paga en el plazo contractual o legalmente establecido.

De este razonamiento, la Sala infiere que la cantidad fija de 40 euros ha de pagarse, cuando el deudor incurre en mora, en todo caso y sin necesidad

de justificación. A este respecto, destaca que no hay *“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, según la sentencia, *“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”*.

De modo que, según el Alto Tribunal, 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.

2. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. RAFAEL TOLEDANO CANTERO: LA ESPECÍFICA POSICIÓN DE LOS CESIONARIOS DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO RESPECTO A LAS RECLAMACIONES DE COSTES DE COBRO

Sentado lo anterior, el objeto de esta Comunicación no es el análisis sobre el acierto o desacierto del criterio jurídico recogido en la Sentencia sobre la cuestión casacional analizada, es decir, sobre la fijación de importe de fijo de 40 euros por cada factura en situación de mora. Esta cuestión exigiría un análisis detallado y, en mi humilde opinión, el razonamiento del TS merecería alguna crítica.

Lo que ha motivado la redacción de estas líneas es otra cuestión, aparentemente tangencial de la Sentencia, pero de gran calado jurídico: el hecho de que el análisis omita por completo en su razonamiento que la reclamación de los costes de cobro se efectúa, no por los proveedores comerciales de las Administraciones, sino por un cesionario de los derechos de crédito, que agrupa los créditos que ha adquirido de diversos acreedores, y los unifica en una única reclamación contra un mismo deudor.

Sin embargo, esta cuestión si emerge a través de un Voto Particular de la citada Sentencia emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero, que, de forma muy ilustrativa, declara lo siguiente (el sombreado es mío):

“(…) considero que esta doctrina general no debe impedir un tratamiento específico de la determinación del importe de los derechos de

cobro en aquellos casos en que los créditos hayan sido cedidos a un tercero que opera, no como el prestador del bien o servicio, en definitiva, el acreedor de la relación en la que se ha efectuado la operación comercial en que se incurrió en mora, sino como un cesionario de los créditos, al margen por tanto de aquella relación comercial. En los casos en que el procedimiento de reclamación se utiliza por el cesionario de los derechos de crédito para acumular diversas reclamaciones de distintos deudores contra un mismo deudor, considero que el automatismo que otorga la sentencia de la mayoría al conceder el derecho automático a percibir un coste de cobro de 40 euros por cada factura reclamada, puede conducir a situaciones abusivas e incluso contrarias a la finalidad de la Directiva 2011/7/UE...

... Para entender el alcance de la discrepancia es preciso explicar la singularidad del caso sometido a nuestro enjuiciamiento, que radica en dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo, **hay que tener en cuenta que el reclamante de los costes de cobro no es el acreedor de las operaciones comerciales en las que se produjeron los retrasos constitutivos de mora, sino el cesionario de derechos de crédito que le han sido transmitidos por diversos acreedores de la Administración, concretamente un total de 28 proveedores.**"

Continúa el voto particular razonando:

"(...) También es relevante la forma en que se ha producido el ejercicio de la reclamación del derecho a la percepción de costes de cobro, en el marco de una reclamación dirigida a la Administración Sanitaria, el Servicio Extremeño de Salud, para el abono de miles de facturas de los citados 28 proveedores, respecto a cuyo pago la Administración incurrió en demora.

La posición mayoritaria, expuesta en la sentencia de la que se discrepa, conduce a un resultado que considero ajeno a la finalidad de la Directiva 2011/7/UE, e impone un coste desmesurado a cargo de la Administración deudora, con un enriquecimiento injusto para el acreedor que, en mi opinión, ha actuado con manifiesto abuso de derecho (art. 7.2 Código Civil).

El diseño de la Directiva 2011/7/UE es otorgar un marco seguro y cierto para dar protección a los acreedores y conseguir el cumplimiento regular de las operaciones comerciales, con la

finalidad -dice su parte expositiva de proteger especialmente a aquellos que sufran con mayor intensidad las consecuencias de la morosidad, fundamentalmente las pequeñas y medianas empresas (considerando 6º), señalando el considerando 9º que «[...] [l]a presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre estas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que los poderes públicos realizan pagos de un volumen considerable a las empresas [...]».

Por tanto, la cesión de créditos a una tercera empresa que actúa, no como prestadora de bienes y servicios en el desarrollo de operaciones comerciales, sino en el desarrollo de una actividad financiera que, en sí misma, es el ámbito propio de su actividad, no debe ser tratado como un elemento intrascendente si, como es el caso, la forma de ejercitar los derechos de cobro reconocidos en la Directiva se tradujera, no en una protección del acreedor de la operación comercial, que ya no es el titular del derecho de cobro, sino en una carga desproporcionada y un coste irrazonable para el deudor...

... Pero cuando una entidad financiera utiliza su capacidad, porque así le conviene, de agrupar los derechos de créditos adquiridos de diversos acreedores - ese es su giro comercial, adquirir derechos de créditos - y dirigirlos contra un único deudor, considero que se rebasa el marco natural para el que la legislación de lucha contra la morosidad ha concebido el mecanismo del coste fijo y automático por factura impagada, y se hace un uso desviado del automatismo de la previsión legal, en beneficio exclusivo del cesionario de los derechos de cobro.

Estimo que la propia Directiva 2011/7/UE ofrece un principio que permite corregir este efecto perverso, a través de la noción de compensación razonable. El automatismo en la compensación por costes de cobro que introduce la Directiva 2011/7/UE no puede desligarse, en ningún caso, de la noción de compensación razonable que expresa el art. 6.3 de la Directiva 2011/7/UE, pues, como ha declarado el TJUE en su sentencia de 13 de septiembre de 2018, C-287/17, «[...] ha de aclararse que, habida cuenta de que la compensación establecida en el artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2011/7 debe ser razonable, tal compensación no puede cubrir la parte de los costes que ya quede cubierta por la cantidad fija de 40 euros establecida en el apartado 1 de este artículo ni los costes que parezcan excesivos a la luz del conjunto de las

circunstancias del asunto de que se trate [...]» (considerando 30).

Por tanto, este principio de razonabilidad de la compensación por costes de cobro, que expresa la Directiva 2011/7/UE, según la doctrina del TJUE, debe presidir la interpretación y aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Bajo este criterio, se debería haber matizado la doctrina jurisprudencial que se desprende de la sentencia de la mayoría, fijando el criterio de que una reclamación por costes de cobro como la que examinamos, con la agrupación de créditos de diversos acreedores contra un deudor, puede resultar desproporcionada e irrazonable.

La noción de compensación razonable por los costes de cobro debe servir, en un caso como el enjuiciado, para limitar el importe resultante de aplicar el criterio del coste fijo y automático de 40 euros por cada factura en que se incurra en mora en el pago. Este principio de compensación razonable no es incompatible con la finalidad de la Directiva, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 5 de diciembre de 2016 (C-256/15), que compartiendo la posición del Abogado general, «[...] en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, procede destacar que el legislador nacional podía, en virtud del margen de apreciación del que dispone, considerar que era conveniente establecer un equilibrio entre el objetivo de protección de los acreedores y la necesidad de evitar que una deuda desproporcionada pese sobre sobre el deudor [...]» (considerando 55).

Por consiguiente, estimo que la doctrina jurisprudencial con ocasión del litigio examinado no debería extenderse a la situación en que el ejercicio del derecho de cobro se ha transferido a un tercero ajeno a la operación comercial que genera las operaciones incursas en morosidad, cuando éste proceda con acumulación de los créditos que distintos acreedores-cedentes ostenten contra un mismo deudor. En este tipo de situaciones, el reconocimiento del derecho a la compensación de la cantidad fija de 40 euros por cada factura reclamada que, según declara la sentencia de la que se discrepa es “automático” y se devenga con «[...] la presentación de la factura y su falta de pago en plazo [...] sin necesidad de la presentación posterior de la reclamación de la deuda principal e intereses en sede administrativa [...]» (FD 5), debe ser moderado

por los Tribunales, mediante el contraste con los gastos en que realmente haya incurrido el reclamante para efectuar el cobro, al objeto de establecer que la compensación por costes de cobro sea proporcionada y razonable.”

Como puede comprobarse, el Magistrado discrepante pone el foco en la distinta naturaleza y posición jurídica de los contratistas/proveedores de la Administración, frente a los cesionarios de créditos, máxime cuando estos últimos son entidades financieras cuya actividad empresarial o negocio reside precisamente en la adquisición de dichos créditos. Y desde esa perspectiva, no es tampoco la misma posición respecto a los costes de cobro, pues las entidades financieras utilizan su capacidad, porque así les interesa, agrupando los derechos de créditos adquiridos de diversos acreedores y dirigiéndolos frente a un único deudor.

Ahora bien, el Voto Particular no nos dice que estos cesionarios no tengan derecho a los costes de cobro. Lo que nos plantea es la modulación de estos costes de cobro en base a de la noción de compensación razonable que la propia Directiva 2011/7/UE recoge, debido a su situación jurídica ya comentada. Es decir, se plantea la distinta posición jurídica de estos actores y sus implicaciones desde la perspectiva de los costes de cobro, pero sin llegar a cuestionar la aplicación de la normativa comunitaria sobre operaciones comerciales.

Ahora bien, ¿cabría ir incluso más allá y entender que este tipo de cesionarios de crédito están excluidos de la Directiva 2011/7/UE porque su actividad empresarial no se desarrolla en el ámbito de operaciones comerciales? La respuesta a este interrogante implica un salto cualitativo en este estudio, y exige, en consecuencia, una reflexión pausada.

3. ¿QUÉ DICEN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES AL RESPECTO?

Ya hemos visto la STS del pasado 4 de mayo, da por sentada la aplicación de la Directiva 2011/7/UE a las entidades financieras.

Pero, ¿existe algún pronunciamiento de nuestros tribunales que apunte en otra dirección? Es decir, ¿en algún caso nuestros tribunales se han planteado la exclusión de las entidades cesionarias de créditos del régimen legal aplicable a la morosidad de las Administraciones Públicas?

Pues bien, debemos decir que, al menos indirectamente, sí.

La Sentencia 874/2020 del TS de fecha 24 de junio de 2020 dictada en el recurso de casación nº 6042/2018 considera inaplicable a las entidades financieras el régimen de medida cautelar de pago inmediato de la deuda en caso de demora, sobre la base de una interpretación literal y sistemática del artículo 217 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (actual artículo 199 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre), declarando que dicha medida es en beneficio exclusivo del contratista de la Administración (el sombreado es nuestro):

“No parece equivocado, por otra parte, considerar que las reglas establecidas por un texto legal dedicado a los contratos del sector público, se refieren a esos contratos y a quienes son parte en los mismos, no a quienes participan en otros negocios jurídicos aun relacionados con aquellos. Si desde esta premisa, nos acercamos al supuesto del artículo 217, es decir, a la regulación de cómo se hace efectiva una deuda a cuya satisfacción está obligada la Administración, según el artículo 216, habrá que entender referido ese procedimiento, además de a la propia Administración, a su contratista, si es que no se prevé otra cosa. Y, según hemos visto, no hay previsiones distintas. Debe tenerse en cuenta que, cuando se ha querido establecer algo diferente, se ha hecho. Es el caso del artículo 2.4 del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan las obligaciones de información y los procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Expresamente dice que, a los efectos de lo dispuesto en él, «se entiende por contratista (...) tanto al adjudicatario del contrato como al cesionario a quien se le haya transmitido su derecho de cobro».

Cabe preguntarse a quién quiere proteger el artículo 217 del texto refundido. La respuesta, dados los términos en los que está formulado, no puede ser otra que al contratista pues forma parte de la ordenación normativa de la relación contractual entre la Administración y quienes son contratados por ella. Además, tiene todo el sentido que se busque proteger al contratista frente a la morosidad de la Administración porque asegurándole el cobro efectivo del precio o de los intereses de demora no sólo se preservan sus derechos sino, también, los intereses públicos vinculados al objeto de los contratos y a la concurrencia a su adjudicación de todos los interesados en obtenerlos. La garantía del cobro ágil de las prestaciones realizadas incentiva

contratar con la Administración, favorece la concurrencia competitiva, sobre todo, como recuerda el escrito de oposición de las pequeñas y medianas empresas y la selección de las ofertas más beneficiosas para los intereses públicos. La finalidad específica, por tanto, del precepto o, si se prefiere, de la medida que contempla, más que a objetivos genéricos en beneficio de cualesquiera sujetos, apunta a la morosidad de la Administración con quienes contrata y ofrece el modo de contrarrestarla con agilidad y efectividad.”

El razonamiento nos parece impecable: no es posible extender los mecanismos legales de protección de los proveedores frente a la morosidad de la Administración a quien realmente no es proveedor de la misma, sino que se convierte en su acreedor en virtud de otros negocios jurídicos celebrados con dichos proveedores.

Ahora bien, esta línea interpretativa es claramente abortada cuando nuestros tribunales se tienen que pronunciar directamente sobre la posible inaplicación a las entidades financieras, cesionarias de créditos, del régimen sustantivo previsto en la normativa sobre lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, que fundamentalmente se proyecta en la reclamación los intereses de demora y en los consabidos costes de cobro.

Así, debemos citar la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 427/2017 de 26 mayo. (JUR 2017/256334), que de forma muy ilustrativa y clara recoge la posición de las partes (concretamente, de la Generalitat catalana) y su respuesta a las mismas:

“Defiende la Administración demandada que la legitimación de la actora para reclamar los intereses de demora se circunscribe al régimen previsto en el TRLCSP (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106), cuyo artículo 216 en protección del contratista renvía a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (RCL 2004, 2678), pero cuando se produce una mutación subjetiva del contrato ese régimen especial decae, siendo de aplicación el régimen dispuesto en el artículo 25 del Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre (LCAT 2002, 827), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Finanzas, de forma que el acreedor tendrá derecho al cobro de intereses al tipo que determine la legislación estatal como interés legal del dinero en el período comprendido desde el 29 de septiembre de 2014, fecha de la reclamación, hasta el pago.

De igual forma también defiende que en la determinación del derecho del cesionario se debe atender al perjuicio efectivo habido para el

contratista tras la cesión de sus derechos, debiéndose reducir el importe del principal a considerar en el cálculo de los intereses de demora, pues éste se coloca en la posición del cedente.

Pero, como se ha visto, la obligación de pago de la Administración demandada se vio novada con la subrogación de la recurrente en los derechos de la contratista transfiriéndole el crédito con los derechos anexos y en este sentido es de ver que las escrituras públicas de fecha 28 de julio de 2014 elevan a público los contratos de cesión de derechos suscritos por la aquí recurrente, con Taf Helicopters, S.L., Helitrans Pyrynees, S.L, Unión Temporal de Empresas, por los que se ceden y transmiten todos y cada uno de los derechos de crédito que se relacionan en los anexos 2 y 3, libres de cualquier carga o gravamen, comprendiendo el principal así como todos los derechos inherentes y accesorios a los mismos y cualesquiera otras facultades o acciones inherentes o accesorias a los créditos cedidos.

Al colocarse el cesionario en la posición del contratista le es de aplicación lo establecido en el artículo 216 del TRLCSP, que reconoce el derecho de cobro de los intereses de demora y de indemnización por los costes de cobro, sin que le sea oponible la situación en la que queda la contratista con posterioridad, derivada de otra relación jurídica distinta de aquella en la que tiene su origen la reclamación del pago de los intereses de demora”.

Este criterio es expresamente refrendado por la Sala Tercera del TS en su Auto de 26 febrero 2018 (JUR 2018\65254),¹ que, al inadmitir el recurso de casación preparado por la Generalitat catalana e incidiendo en lo anterior, indica 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, (STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de 17 de diciembre de 2009, recurso de casación núm. 215/2004), sin que pierda su identidad (STS, Sala de lo Civil, Sección Primera, núm. 989/2008, de 4 de noviembre, recurso de casación núm. 2089/2003)”.

¹ Y posteriormente en un asunto idéntico, en el Auto de 11 de mayo de 2020 (JUR 2020/164831).

De esta forma, nuestro Alto Tribunal, refrendando el criterio del TSJ de Cataluña, concibe la cesión de créditos desde la óptica exclusiva de nuestro Código Civil. Sin ir más lejos, podemos citar el artículo 1202, conforme al cual “*La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas*”. Es decir, según el TS, la novación subjetiva en el crédito derivado de un contrato público, deja a éste incólume respecto al nuevo titular, que ostentará los mismos derechos que su primitivo titular, lo que implica, por lo que aquí nos interesa, la posibilidad de reclamar los intereses de demora y costes de cobro previstos en la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

4. UNA TESIS ALTERNATIVA: LA POSIBLE INAPLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/7/UE AL ÁMBITO DE LAS OPERACIONES DE ENTIDADES FINANCIERAS CESIONARIAS DE CRÉDITOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La postura de nuestros tribunales y más específicamente de la Sala de Tercera del TS, parece clara en la fecha en la que se escriben estas líneas.

Ahora bien, creemos, con el máximo respeto a nuestro Alto Tribunal y siendo consciente de que es una cuestión que presenta *múltiples aristas*, que en los análisis de la Sala Tercera no se ha ponderado suficientemente cuál es el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/7/UE.

Conocido es que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, traspuso 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, cuyo artículo 2 1) es idéntico al mismo artículo y apartado 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, que derogó a aquélla.

Pues bien, el derecho a intereses de demora que contemplaba la Directiva 2000/35 en su artículo 3, como ahora la Directiva 2011/7/UE en su artículo 4, tiene como presupuesto la realización de una operación comercial en los términos determinados con claridad por la propia directiva:

“Artículo 2. Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «operaciones comerciales»: 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;”

Conforme a lo expuesto, la tesis alternativa que aquí planteamos es la posible inaplicación de la Directiva 2011/7/UE a entidades que no han contratado con la Administración pública y que no han celebrado operación comercial alguna con éstas, como serían las entidades financieras

En efecto, el régimen de los intereses de demora por pago fuera de plazo de las facturas correspondientes al precio de los contratos públicos, no está previsto para entidades financieras, que habitualmente mediante contratos de *factoring* o de 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, ningún suministro, ningún servicio con la Administración pública en los términos descritos en la norma comunitaria.

El objeto de estas entidades es precisamente financiar empresas comprando facturas y cobrando, por lo que resulta ciertamente paradójico que se beneficien de la aplicación de una normativa pensada para compensar un retraso del que ellas se ven beneficiadas.

En nuestra opinión, la Directiva 2011/7/UE 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. Y en este contexto, vemos difícil cabida a las entidades financieras cesionarias de los créditos derivadas de dichas operaciones comerciales.

Es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido perfilando una noción amplia de operación comercial, como nos recuerda en Sentencia de 9 julio 2020 (TJCE 2020\165):

“(...) que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2011/7 (LCEur 2011, 220), esta se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales,

que son, con arreglo a la definición contenida en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2011/7, «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». Esa última disposición debe interpretarse a la luz de los considerandos 8 y 9 de dicha Directiva, de los que se desprende que está destinada a ser aplicada a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, incluidas las que se lleven a cabo entre empresas privadas, y excluyendo las operaciones llevadas a cabo con consumidores y otros tipos de pagos (véase, en ese sentido, la sentencia de 28 de noviembre de 2019, KROL, C-722/18 (TJCE 2019, 254) , EU:C:2019:1028, apartado 31).”

Ahora bien, esa delimitación amplia del concepto de operación comercial también encuentra límites y uno de ellos entiendo que es la restricción de su aplicación a las relaciones 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; de lo contrario, nos encontraríamos ante un escenario ciertamente paradójico y no perseguido por la normativa comunitaria: para los poderes públicos sería igualmente onerosas las deudas con los proveedores que con las entidades que financian a estos, lo que no constituiría precisamente un incentivo al pronto pago de los acreedores².

El TJUE no ha emitido, a fecha de hoy, ningún pronunciamiento claro sobre la cuestión que nos concierne³.

2 Esto iría contra las previsiones por las que se insta a “a los Estados miembros y a la Comisión que impulsen «un cambio decisivo hacia una cultura de pago sin demora» .Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2019, sobre la aplicación de la Directiva 2011/7/UE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

3 Sí hay pronunciamientos en los se analizan cuestiones relativas a las directivas de morosidad, en las que el supuesto de base se refiere a una entidad financiera cesionaria de los créditos. Pero insisto, la cuestión objeto de análisis es otra.

Así, sucedió, sin ir más lejos, en la STJUE de 16 de febrero de 2017, Asunto C555/14, en la que se interpretó que 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, y en particular su artículo 7, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional.

5. REFLEXIÓN FINAL: SOBRE LA POSIBLE NECESIDAD DEL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Una vez expuestas las distintas perspectivas de la cuestión analizada, creo que es posible afirmar que nos encontramos ante una de las muchas materias, en las que se produce una tensión interpretativa y aplicativa entre el derecho interno y el derecho de la Unión Europea.

Y es que, como magistralmente explican P. CRUZ VILLALÓN y J.L. REQUEJO⁴, la eficacia de cualquier ley española pende, en realidad, de dos condiciones: una condición de validez, dependiente de su respeto a la Constitución, y una condición de aplicabilidad, dependiente de su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

En el supuesto que nos ocupa, no nos planteamos un análisis en términos de constitucionalidad, pero sí nos vale esa construcción lógica, para expresar que cuando nuestros Tribunales se aproximan a la cuestión específica de la posición de los cesionarios de créditos respecto a las Administraciones deudoras, no deben hacerlo exclusivamente desde la perspectiva de la normativa de contratación pública o del Código Civil, es decir, de su respeto al derecho interno, sino que también deben plantearse su compatibilidad con la Directiva 2011/7/UE.

O dicho en otras palabras, no es óbice a la posibilidad de ceder un crédito derivado de un contrato público, la posible limitación del alcance de esa cesión para su adecuación al derecho de la Unión Europea, por ejemplo, determinando, en este caso, que la condición de entidad financiera de la cesionaria nos sitúa fuera del marco comunitario de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

El mecanismo procesal diseñado para resolver estas dudas interpretativas no es otro que la cuestión prejudicial, herramienta fundamental para la integración del derecho comunitario⁵. No olvidemos que una singularidad del derecho comunitario es que su aplicación se encuentra “descentralizada” en los distintos Estados miembros, a los que les corresponde la aplicación ordinaria de dicho derecho; de ahí, la importancia de este sistema de reenvío

⁴ Pedro Cruz Villalón y Juan Luis Requejo Pagés “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Número 50 (2015). Enero-abril.

⁵ ARRIÓN ESTEVE, J., 2005., “El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español”: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9194/1/comunicaciones_26_Sarrion_Esteve_679-690.pdf

judicial, como elemento coadyudante para dotar al sistema jurídico comunitario de la necesaria seguridad jurídica y garantizar la aplicación uniforme de sus normas.

Por ello, creo que es importante que el TJUE, a través de la pertinente cuestión prejudicial, ofrezca las pautas interpretativas necesaria para determinar si se ajusta a la Directiva 2011/7/UE o en su caso, con otras normas o principios del Derecho de la Unión Europea, las normas nacionales reguladoras de la transmisión de los derechos de cobro - art. 200 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, - o de cesión de créditos, previstas en el Código Civil, con fundamento en las cuales una entidad financiera, no proveedora de servicios ni suministradora de bien alguno a un poder público, queda facultada o legitimada para reclamarle a éste los intereses de demora y la compensación de costes de cobro regulados en los artículos 4 y 6 de la citada Directiva.

También debería interpretarse el artículo 2, 1) de la Directiva 2011/7/UE en el sentido de determinar si existe una operación comercial, tal y como se define en la citada disposición, cuando el acreedor que reclama a un poder público los intereses de demora y la compensación de costes de cobro regulados en los artículos 4 y 6 de esa Directiva, no ha entregado ningún bien al poder público ni le ha prestado servicio alguno; sino que reclama a éste por haber adquirido los derechos de cobro de intereses de demora y de compensación por negocios jurídicos de cesión de derechos o de factoring celebrados con las empresas que prestaron servicios o suministraron bienes a aquél.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Pedro Cruz Villalón y Juan Luis Requejo Pagés “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”. Revista de Derecho Comunitario Europeo. Número 50 (2015). Enero-abril.
- Joaquín Sarrion Esteve “El planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por parte del órgano jurisdiccional español”: http://ruc.udc.es/bitstream/2183/9194/1/comunicaciones_26_Sarrion_Esteve_679-690.pdf. Año 2005.
- Archivos de la Asesoría Jurídica del Servicio de Andaluz de Salud.