

Informe 5/05, de 11 de marzo de 2005. Posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación basados en la reducción de tipo de interés a pagar en supuestos de demora y tipo de interés aplicable, como consecuencia de la modificación del artículo 99.4 de la Ley por la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

Clasificación de los informes: 5.5 Cuestiones relativas al precio de los contratos. Otras cuestiones relativas al precio en los contratos. 15.2 Formas de adjudicación. Concursos.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de La Coruña se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

"En cumplimiento de la directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, se ha aprobado la Ley 3/2004 de 29 de diciembre por la que se establecen MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD EN OPERACIONES COMERCIALES.

En su disposición final primera modifica, entre otras, el apartado 4 del art. 99, el apartado 4 del art. 110 y los apartados 4 y 5 del art. 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D. 2/2000 de 16 de junio.

El apartado 4 del artículo 99 queda redactado como sigue:

«4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del artículo 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

El apartado 4 del artículo 110 queda redactado como sigue:

«4. Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 147.3, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

Por su parte el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, establece: "Artículo 7. Interés de demora.

1. El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente.

2. El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será 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.

Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta.

El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior."

CUESTIONES

De la lectura del art. 7 de la Ley 3/2004 se deduce que el interés de demora que deberá pagar el deudor será:

A.- *El que resulte del contrato*

B.- *En defecto de pacto el tipo legal que se establece en el apartado segundo de dicho precepto*

1.- *¿Es posible incluir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas un tipo de interés de demora inferior al previsto en el apartado 2 del art. 7 de la Ley 3/2004, considerando que el citado tipo es el pactado?*

2.- *Caso de resultar afirmativa la pregunta anterior ¿cual debería de ser el porcentaje mínimo de incremento sobre el interés legal para que no se considere abusivo, a los efectos del art. 9 de la Ley 3/2004?*

3.- *¿Siempre el tipo de interés aplicable será el del Banco Central Europeo?"*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para tratar de contestar a las tres cuestiones concretas que se plantean en el presente expediente es preciso hacer algunas consideraciones sobre 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 y sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de dicha Directiva y que lleva idéntico título: "por lo que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales". Estas consideraciones generales pueden desvirtuar lo afirmado en el escrito de consulta como marco de las tres cuestiones que se suscitan en el sentido de que "de la lectura del artículo 7 de la Ley 3/2004 se deduce que el interés de demora que deberá pagar el deudor será: A) El que resulte del contrato y B) En defecto de pacto el tipo legal que se establece en el apartado segundo de dicho precepto".

2. 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 tiene como finalidad, como su propio nombre indica, la adopción de medidas con objeto de solucionar el problema de la morosidad y se dirige fundamentalmente a regular los plazos de pago y los intereses de demora en las operaciones comerciales entre particulares, aunque se extiende también a la regulación de los plazos e interés de demora en las relaciones entre Administraciones Públicas y particulares.

Reflejo de estas ideas es el que la Directiva admite la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago y tipos de interés de demora y, subsidiariamente, a falta de pacto, fija tanto los plazos de pago como los intereses de demora.

No obstante, del texto de la propia Directiva resulta que la libertad de pactos puede ser sustituida por una determinación legal como se desprende de su artículo 2, apartado 2 cuando define la morosidad como "el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago" y, sobre todo de su artículo 3, apartado 2, cuando dispone que "en el caso de algunos tipos de contratos que deberá definir la legislación nacional, los Estados miembros podrán fijar el plazo de exigibilidad del pago de los intereses en un máximo de 60 días cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal". Por su parte, los apartados 3 y 4 del mismo artículo 3 vienen a proscribir las cláusulas sobre intereses que resulten manifiestamente abusivas.

3. La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporando, por tanto el contenido de la citada Directiva 2000/35/CE, diferencia claramente la regulación de operaciones comerciales entre particulares en la que transcribe los preceptos de la Directiva y los pagos derivados de contratos públicos, efectuándose en este aspecto la incorporación mediante la modificación de preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, la disposición final primera de la citada Ley da nueva redacción al apartado 4, del artículo 99, al apartado 4 del artículo 110, a los apartados 4 y 5 del artículo 116, al apartado 3 del artículo 169 y a la letra a) del apartado 2 de la disposición final primera, resultando de estas modificaciones que la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, ha excluido la libertad de pactos en cuanto a plazos y a tipos de interés de demora, sustituyéndolos por determinaciones legales, salvo en cuanto a plazos de pagos en las relaciones entre contratista y subcontratista y suministrador, en las que la

nueva redacción del artículo 116 mantiene el principio de libertad de pactos entre ellos, como entes ajenos a la Administración y no sometidos a sus reglas.

La eliminación de la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago es clara en los artículos 99, apartado 4, (60 días) y 110 apartado 4 (un mes), resultando asimismo del artículo 147.3 en cuanto se remite al artículo 99.4 y, en cuanto a los intereses aplicables, debe sostenerse la misma eliminación de la libertad de pactos, por un argumento literal, por cuanto los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se remiten a los intereses pactados, sino a los intereses de demora e indemnización por los costes de cobro en los términos previstos "en la ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales" y por un argumento sistemático, pues si la Ley suprime la libertad de pactos en cuanto a plazos de pago, la misma supresión debe mantenerse en cuanto al tipo de interés de demora.

En definitiva, el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la nueva redacción de artículos que lleva a cabo la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, es el de que no pueden ser pactados ni los plazos de pago, con la excepción de los relativos a contratos entre contratistas y subcontratistas o suministradores, ni los tipos de interés de demora, aplicándose a estos últimos los previstos en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

4. Lo hasta aquí expuesto permite contestar a cada una de las concretas preguntas formuladas, negando, como anticipábamos que, para los contratos públicos, resulte del artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, la libertad de pactos en cuanto a intereses de demora y solo en su defecto el tipo legal que se establece en el apartado segundo de dicho artículo 7.

5. Con independencia de lo anterior conviene significar que la solución que se propugna como consecuencia de la interpretación de la Directiva 2000/35/CE y de la Ley 3/2004, consistente en la eliminación del pacto en el doble aspecto del plazo y del tipo de interés, debe jugar exclusivamente respecto de las Administraciones Públicas, Organismos autónomos y demás Entidades en cuanto sujetos a los preceptos de los artículos 99, 110 y 169 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues la no sujeción a los indicados preceptos (por ejemplo contratos privados de las Administraciones Públicas y sociedades mercantiles públicas) determinará entonces la vigencia de la libertad de pactos y únicamente la aplicación supletoria de los referidos preceptos en defecto de pacto contrario.

CONCLUSIONES

Como resumen de lo expuesto se puede dar una respuesta a las tres cuestiones concretas planteadas en el siguiente sentido:

1. En cuanto a la primera que no es posible incluir en los pliegos un tipo de interés de demora inferior al previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 3/2004, por cuanto para los contratos públicos está excluida la posibilidad de pacto.

2. En cuanto a la segunda que no procede contestar a la misma al haber sido resuelta negativamente la anterior.

3. En cuanto a la tercera cuestión debe darse una respuesta positiva, indicándose que el tipo legal de interés de demora para el primer semestre natural del año 2005 y a los efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, es del 9,09 por 100, según hace pública la Resolución de 18 de enero de 2005, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 17 de 20 de enero de 2005.

4. Que con independencia de lo anterior para los supuestos de no aplicabilidad de los artículos 99, 110 y 169 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe considerarse vigente el principio de libertad de pactos en su doble aspecto del plazo y del tipo de interés, jugando los indicados preceptos solo con carácter supletorio en defecto de pacto contrario.