

Especialidades de la lucha contra la morosidad en el sector público

Antonio Tena Nuñez

Decían los tratadistas del Derecho que la Norma para ser eficaz y efectiva requiere acomodarse a la realidad social en la que es llamada a aplicarse. Es en la sociedad donde se desenvuelven las relaciones jurídicas, donde se generan los compromisos y se gestan los conflictos que la Norma debe anticipar y, en su caso, solucionar.

En el marco de la actual coyuntura mundial, caracterizada por una profunda crisis económica y escasez de liquidez de efectivo, se hace sentir, de una manera especialmente dolorosa, uno de los principales efectos asociados a la misma, cual es el aumento de impagos y retrasos en las obligaciones de pago derivadas de las operaciones comerciales.

Ya no resultan infrecuentes las imágenes en los telediarios de contratistas que recurren a manifestaciones -en algunos casos extremas como el de aquel que se quemó a lo "bonzo"- ante la desesperación provocada por el pago tardío de los emolumentos derivados de un contrato público. Sin duda, es una situación límite pero, desgraciadamente, la estadística de empresas -especialmente, pequeñas y medianas empresas- que se han visto obligadas a solicitar la situación de concurso es bastante menos infrecuente, no como consecuencia de una ausencia de trabajo y encargos, sino por el falta de pago en tiempo, esto es, por el incumplimiento de las Administraciones contratantes.

La Ley 15/2010, de 5 de julio, cuya reciente entrada en vigor justifica el interés de la revista que este trimestre os presentamos, responde, de una manera clara, a la necesidad de satisfacer ese objetivo de la Norma. Esto es, salvar las carencias de la Ley 3/2004 -a la que modifica- que, en estos tiempos de crisis, se ha revelado como ineficaz en el cumplimiento de su objetivo.

Capítulo propio merece, tanto por el volumen de operaciones como por las cuantías asociadas, el análisis de esta problemática en el ámbito de del Sector Público.

Las Administraciones Públicas constituyen uno de los agentes más relevantes en el mundo de las transacciones económicas. La Administración se erige como un agente especial revestido de unas prerrogativas que lo sitúan en un plano de privilegio respecto al resto de agentes con los que establece y mantiene relaciones comerciales.

Sin embargo, dichas prerrogativas -que se justifican en tanto que se hallan incardinadas al cumplimiento de un fin público- no amparan el incumplimiento por las Administraciones de sus obligaciones, especialmente, la del pago por los servicios o bienes recibidos.

Pero la práctica y la experiencia nos demuestran que, contrariamente a la Ley, las Administraciones hacen uso, de muchas y diversas maneras, de sus potestades y su privilegiada posición para retrasar, dilatar o incluso obviar el pago a sus proveedores o contratistas. Bien sea incumpliendo los plazos de pagos, o bien imponiendo plazos excesivamente largos, o garantías y condiciones cuya acreditación queda en sus manos o, simplemente, no pagando. En el actual contexto de crisis económica, la Administración se erige como un "elemento" de conflicto y que acrecienta las dificultades que caracterizan nuestro panorama económico, pudiendo llegar a comprometer el futuro de las empresas que con ella contratan.

Para ordenar -regular- este marco, se aprueba la presente Ley 15/2010 estableciendo nuevas medidas de lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales y, entre ellas, específicamente, las derivadas de los contratos administrativos.

La principal novedad introducida por la reforma se centra en los tiempos, reduciendo los plazos en que la Administración debe hacer efectivo el pago del precio.

REVISTA JURÍDICA
MECANISMOS JURIDICOS DE DEFENSA FRENTE A LA MOROSIDAD
Abril 2011

Así, la Ley 15/2010 obliga al sector público a pagar en unos plazos cada vez más reducidos, hasta llegar –de manera progresiva- al plazo general máximo de 30 días, modificando de esta forma el artículo 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, y, que entrará en vigor el 1 de enero de 2013¹. Dicha progresión se materializa mediante la Disposición Transitoria Octava, añadida por el art. 3.3 de la Ley 15/2.010, de 5 de julio, que establece que desde la entrada en vigor de esta disposición hasta el 31 de diciembre de 2.010, el plazo en el que las Administraciones tienen la obligación de abonar el precio de las obligaciones a las que se refiere el artículo 200.4 se fija dentro de los **cincuenta y cinco días** siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obra o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.; entre el 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre de 2011, dentro de los **cincuenta días** siguientes. Y, entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012 dentro de los **cuarenta días** siguientes.

Un reto, sin duda, ambicioso a la vista de los datos que sitúan en 185 días la media de pago a los proveedores.

Para ilustrar la dificultad de este reto, en el cuadro adjunto hemos intentado reflejar los plazos propuestos por la reforma y los plazos estadísticos en que la Administración efectúa los pagos.

	PLAZOS LEY 15/2010	PLAZOS ESTADÍSTICOS²
Del 7/07/2010 al 31/12/2010	55 días (120 días contratos obra civil)	158 días ³ Administración Estatal
Del 1/01/2011 al 31/12/2011	50 días (120 días contratos obra civil)	127 días ⁴ Administración Autonómica
Del 1/01/2012 al 31/12/2012	40 días (90 días contratos obra civil)	480 días ⁵ Administración Local
A partir del 1/01/2013	30 días (60 días contratos obra civil)	

Sin embargo, de poco servirá el establecimiento de plazos breves de pago si no se acompañan de medidas adicionales que apremien a la Administración a cumplir con su obligación.

Es por ello que, la Ley 15/2010 introduce modificaciones en los procedimientos administrativos apercibiendo de pago a las Administraciones al objeto de facilitar al contratista el acceso a los tribunales en defensa de su relación contractual.

Se configura así un sistema de reclamación basado en sucesivos pasos. Transcurrido el plazo contractual –o, en su caso, el legalmente establecido- para el pago, el contratista deberá requerir por escrito a la Administración para que proceda al abono y, si en el plazo de un mes no recibe contestación, quedará acreditado el vencimiento de la deuda quedando abierta la vía para reclamar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Hasta la reforma, la intimación a las Administraciones Pública con la “amenaza” de la interposición de un recurso judicial, carecía de un efecto coercitivo real, en tanto que, en la práctica, suponía dilatar por dos/ tres años (dependiendo del juego de los recursos y de los Juzgados) el pago de una obligación reconocida. Esto es, la vía judicial, más que una vía coercitiva, constituía una fuente de financiación de la Administración que, en tanto transcurría el procedimiento judicial, no afrontaba el pago de su obligación pecuniaria.

Sin embargo, la reforma brinda al contratista la posibilidad de solicitar del Juzgador la medida cautelar de pago inmediato, esto es, sin dilaciones y sin esperar a obtener una Sentencia firme.

¹ Para los contratos de obra civil el plazo será de 60 días al 1 de Enero de 2013

² Ha de señalarse que los datos fluctúan en función de la fuente adoptada.

³ Fuente ATA (Asociación Trabajadores Autónomos) datos 2010.

⁴ Fuente ATA (Asociación Trabajadores Autónomos) datos 2010.

⁵ Fuente ASELIP.

REVISTA JURÍDICA
MECANISMOS JURIDICOS DE DEFENSA FRENTE A LA MOROSIDAD
Abril 2011

Así, la famosa máxima de “*solve et repete*” –que obliga al administrado a abonar (o avalar) en el supuesto que recurra al auxilio de los juzgados- se “vuelve” contra la Administración a la que, con la reforma, le resulta de aplicación idéntica máxima.

Pese a lo novedoso de la reforma introducida, y a la expectativa de una Sentencia favorable que no sólo condene a la Administración al pago de lo debido sino también al abono de los intereses de demora⁶, los costes incurridos e, inclusive, a las costas causadas en el procedimiento la reforma no evita avocar al contratista a un procedimiento judicial cuyos tiempos son imprevisibles y, lo que es más incierto, a un segundo “viacrucis” cual es, en su caso, la ejecución de esa sentencia favorable.

Al fin y al cabo, una Sentencia favorable reviste idéntica fuerza legal que un contrato y, ambas, legitiman al cobro de lo debido. Por ello, este capítulo de la ejecución es el que, a nuestro entender, reviste una mayor importancia práctica y al que la reforma no ha conseguido dar respuesta.

Nuevamente se encuentra el contratista con los privilegios de la Administración, gran parte de cuyos bienes gozan del carácter “inembargable” que les confiere la Constitución.

Pese a que ni la reforma –ni las normas preexistentes- abordan esta cuestión clave de la ejecución o efectividad del pago de las cantidades adeudadas, en el actual contexto, han de adoptarse actuaciones valientes y tratar a la Administración, en lo que respecta al pago de sus deudas, como un agente más del tráfico jurídico, requiriendo el embargo de aquellos bienes que no estén dotados de una especial protección.

En suma, la reforma constituye un avance en cuanto a la reducción de los plazos de vencimiento de la deuda de las Administraciones pero habrá de estarse a la efectividad de las medidas para el objetivo perseguido cuya mayor dificultad estribará en obtener de la Administración el pago efectivo y real de las cantidades adeudadas.

Y ello, siempre que los contratistas consigan vencer las reticencias (en muchas ocasiones justificadas) de “pleitear” contra la Administración, fuente de conflictos pero también fuente de trabajo. En este sentido, causa sonrojo a este letrado, ciertas alegaciones formuladas por la Administración en determinados procedimientos judiciales, por las que se invocan los principios jurídicos de “*ad impossibilia nemo tenetur*” (nadie está obligado a realizar cosas imposibles), así como, “*impossibilia nulla obligatio est*”, (nadie está obligado a lo imposible), justificando de esta forma el pago tardío por parte de la administración, en base a una crítica situación económica. Principios que la propia administración no admite cuando los alega el administrado pero que sin embargo si pretende que se apliquen a ésta última.

Como asesores de numerosas empresas que contratan con la Administración, somos conocedores de los miedos que origina litigar contra el ente que “da de comer”, el temor a no volver a ser adjudicatario o la duda de ver rechazadas otra serie de pretensiones legítimas (revisiones de contrato, etc.) derivadas de las relaciones contractuales en curso.

Grandes retos y complicadas cuestiones son las que debe afrontar la reforma, sin duda apreciada y que tiene la virtud de introducir una flexibilidad al procedimiento al que modifica; pero, a todas luces, se impone un cambio de actitud en el proceder de nuestras Administraciones⁷ en el desenvolvimiento sus relaciones comerciales.

Antonio Tena Nuñez
Área de Derecho Administrativo

⁶ Intereses de demora para operaciones comerciales (Banco España): 1^{er}sem. 2008: 11,20%; 2^o sem. 2008:11,07%; 1^{er}sem. 2009: 9,50%; 2^osem. 2009: 8,00%; 1^{er}sem. 2010: 8,00%; 2^osem. 2010: 8,00%; 1^{er}sem. 2011: 8,00%.

⁷ La media de los países de la Unión Europea se sitúa en los 62 días para el pago (fuente ATA).