Informe 58/10, de 23 de mayo de 2011. "Plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades que, aun perteneciendo al sector público estatal, no tengan, sin embargo, la consideración de Administración Pública".

Clasificación de los informes. 1.1 Ámbito de aplicación subjetiva. Entidades sometidas a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 5.5 Cuestiones relativas al precio de los contratos. Otras cuestiones relativas al precio en los contratos. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

El Abogado General del Estado (Ministerio de Justicia) dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando se emita informe en los siguientes términos:

"La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado tiene concertados convenios de asistencia jurídica con numerosas entidades del sector público estatal; en virtud de dichos convenios corresponde a aquélla el asesoramiento en Derecho, así como la representación y defensa en juicio de esas entidades.

En el ámbito de esa primera función y como consecuencia de la modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, efectuada por la Ley 15/2010, de 5 julio, se ha suscitado la cuestión de cuál deba ser el plazo de pago aplicable a los entes, organismos y entidades que, aun perteneciendo al sector público estatal, no tengan, sin embargo, la consideración de Administración Pública a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). A estos efectos, cabe entender que a dichos entes, organismos y entidades les es aplicable (prescindiendo ahora de las normas transitorias de la Ley 15/2010, de 5 de julio) el plazo de 60 días que establece el artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (en la redacción dada por la Ley 15/2010), pero también cabe entender que a los repetidos entes, organismos y entidades les es aplicable el plazo de 30 días que establece el artículo 200.4 de la LCSP (en la redacción dada por la Ley 15/2010, de 5 de julio).

En favor del primer criterio cabe esgrimir los siguientes argumentos:

1. No cabe duda del ámbito de la definición que el artículo 2 de la Ley 3/2004, modificada por la Ley 15/2010, en el que el concepto de Administración se extiende hacia los poderes adjudicadores definidos en el articulo 3.3 de la Ley 30/2007. No obstante debe diferenciarse, entre las definiciones contenidas en la ley y el contenido material de la misma, Y es en este contenido material en el que no se contiene consecuencias en la Ley 3/2004 para las Administraciones, sino a través de la modificación de la Ley 30/2007 de Contratos. La Ley 15/2010 que modifica la Ley 3/2004, modifica a su vez la Ley de Contratos en su artículo 200.4; es a través de esta modificación de la norma contractual donde aparecen las consecuencias materiales de la morosidad de la Administración. Así, de conformidad con la sistemática de la Ley 30/2007 el artículo 200.4 sólo sería aplicable a la Administración Pública en los términos previstos en su ámbito de aplicación de esta norma -3.2 de la ley 30/2007-, es decir, excluyendo a los poderes adjudicadores contemplados en el artículo 3.3.b) del la Ley 30/2007.

2. Otra interpretación, seria estimar que el concepto de Administración pública utilizado por el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 debe ser integrado por la definición contenida en el artículo 2 de la Ley 3/2004 modificada por la Ley 15/2010, y esta solución supondría alterar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007 y su sistemática.

3. Por otra parte, si el legislador hubiera querido aplicar el régimen previsto en la Ley 3/2004 a los poderes adjudicadores distintos a la Administración, hubiera regulado las consecuencias materiales de la definición de Administración recogido en el artículo 2 de la Ley 3/2004 (tras la modificación producida por la Ley 15/2010) en la misma norma sobre morosidad ya que la definición del artículo 2, como él mismo indica, lo es a efectos de la Ley 3/2004 y no a efectos de la Ley de Contratos que debe seguir su interpretación sistemática.

4. También podría haber utilizado el concepto que la Ley de Contratos utiliza (Poder Adjudicador) y no el de Administración si hubiera querido que el régimen previsto en el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 se aplicara a los poderes adjudicadores más allá de las Administraciones Públicas.

5. Ampliar la interpretación del concepto de Administración previsto en el articulo 200.4 de la Ley 3/2004, hacia todos los poderes adjudicadores, en los términos descritos en el artículo 2 de la ley 15/2010, rompe la sistemática de la norma de contratación pública, ya que este artículo se inserta en el Libro IV, dedicado a los "efectos, cumplimiento y extinción de los

contratos administrativos"; contratos no aplicables a los poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas. En definitiva el artículo 200.4 de la Ley 30/2007 debe tener los efectos limitados derivados de su posición sistemática en la Ley 30/2007. El resto de operaciones comerciales realizadas por sujetos no Administraciones, en los términos de la Ley de Contratos deben ajustarse al plazo de 60 días de aplazamiento máximo en el pago. Interesa recordar en este punto que la Ley de Contratos no se preocupa de los efectos del contrato, dentro del cual se incluyen la materia del pago de las prestaciones recibidas, siendo la autonomía de la voluntad la que debe regir estos, por lo tanto si alguna restricción debiera seguirse a esta autonomía debería haberse regulado al margen de la norma de contratación, tal y como ocurre con la Ley 3/2004. Por ello la aplicando la Ley 3/2004, no conteniendo previsión específica sobre morosidad en la norma que sólo se limita a modificar un articulo de la Ley de Contratos aplicable a la Administración, los poderes adjudicadores no Administración deberán seguir el régimen de las entidades privadas.

En favor del segundo criterio -aplicación del plazo de 30 días previsto en el artículo 200.4 de la LCSP-, cabe aducir las siguientes consideraciones:

1) Aunque el artículo 200.4 de la LCSP utilice el término "Administración" y y se trate de un precepto que por su ubicación sistemática en la LCSP (Libro IV) se refiere a los contratos administrativos, no puede desconocerse que el artículo 2.b) de la Ley 3/2004, en la redacción dada en la Ley 15/2010, conceptúa corno Administración "a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el articulo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público". Así las cosas, en la interpretación del artículo 200.4 de la LCSP no puede prescindirse de la definición que la Administración establece el artículo 2.b) de Ley 3/2004 (en la redacción dada por la Ley 15/2010).

2) Si se entendiese que el artículo 200.4 de la LCSP se refiere solamente a la Administración (Administración en el sentido del artículo 3.2 de la LCSP) y no a los entes, organismos y entidades del sector público del artículo 3.3 de la LCSP, no tendría entonces ningún sentido la definición que de Administración establece en el artículo 2.b) de la Ley 3/2004, (en la redacción dada por la Ley 15/2004); dicho en otros términos, el artículo 2 b) de la Ley 3/2004 sería un precepto vacío de contenido, esto es, un precepto superfluo, lo que es una conclusión absurda, pues no cabe pensar que el legislador establezca una norma que luego no tiene aplicación.

3) No puede establecerse una radical y completa separación, en materia de morosidad, entre la LCSP y la Ley 3/2004 (en la modificación producida por la Ley 15/2010), ni desde el punto de vista formal ni desde el punto de vista material. Desde el punto de vista formal no puede admitirse esa separación, porque la modificación del artículo 200.4 de la LCSP se efectuó precisamente por la Ley 15/2010, que es el texto legal que modifica la Ley 3/2004 que, a su vez, es la norma legal específica en materia de lucha contra la morosidad; dicho en otros términos, la nueva redacción dada al artículo 200.4 de la LCSP se efectúa por la Ley específica en materia de lucha contra la morosidad (Ley 15/2010 que modifica la anterior Ley 3/2004). Desde el punto de vista material tampoco puede admitirse esa separación, puesto que la norma del artículo 200.4 de la LCSP es, por razón de su contenido, una norma que se sitúa en la materia de lucha contra la morosidad. Pues bien, si no puede establecerse separación entre la LCSP y la Ley 15/2010 ni desde la perspectiva material ni desde la perspectiva formal, el artículo 200.4 de la LCSP ha de ser interpretado y aplicado en relación con el artículo 2.b) de la Ley 3/2004 (en la redacción dada por la ley 15/2010).

4) Cuando el artículo 2.b) de la Ley 3/2004 (en la redacción dada por la Ley 15/2010) define por lo que se entiende por Administración "a los efectos regulados en esta Ley" -"A los efectos regulados en esta Ley, se considerará como (...) b) Administración.,"-, esa locución se refiere indudablemente al régimen de pagos, tanto los que deban hacer las entidades del sector privado corno las entidades del sector público y, dentro de éste, a los distintos agentes incluidos en el mismo, esto es, a los entes organismos y entidades del artículo 3.3 de la LCSP.

5) Si las Exposiciones de Motivos de los textos legales tiene una indudable función interpretativa, no puede desconocerse que la Exposición de Motivos de la Ley 15/2010 alude, para reducirlos, a los plazos de pago del sector público ("En este sentido, y desde el punto de vista de los plazos de pago del sector público, se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago..."); pues bien, la utilización del término "sector público" y no de Administración, pone de manifiesto que esa reducción del plazo de pago no ha de quedar circunscrita a la Administración, sino que ha de extenderse a los agentes del sector público, y, por tanto a todos

los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.3 de la LCSP tal y como dice el artículo 2.b) de la Ley 3/2004 (en la redacción dada por la Ley 15/2010).

6) Aunque desde la perspectiva de la técnica normativa lo correcto (y lo que, obviamente, hubiera despejado toda duda desde el primer momento) hubiera sido que la Ley 15/2010 se introdujese una disposición adicional en la LCSP que expresamente hubiera establecido la aplicación de lo dispuesto en el artículo 200.4 de la LCSP a los entes, organismos y entidades del sector público a que se refiere el artículo 3.3 de la LCSP, el hecho de que no se haya procedido así no puede significar, a la vista de las consideraciones precedentes, que el plazo del artículo 200.4 de la LCSP no es aplicable a los entes, organismos y entidades del sector público a que se refiere el artículo 3.3 de la LCSP que, se insiste, es lo que resulta claramente de la interpretación del artículo 200.4 de la LCSP en relación con el articulo 2.b de la Ley 3/2004 (en la redacción dada por la Ley 15/2010).

7) La anterior conclusión queda completamente confirmada por las previsiones de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y cuya transposición al Derecho español se ha efectuado por la Ley 3/2004. Siendo el objeto de la directiva la articulación de medidas para la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tras definirse las operaciones comerciales 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 prestación", se define a los poderes públicos en los siguientes términos: "toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública". Es, pues, palmario, a la vista de esta definición de la norma comunitaria, que, en la ley española, en el concepto de Administración quedan comprendidos los entes, organismos y entidades que, con arreglo a la LCSP, tienen la condición de poderes adjudicadores, es decir, todas las entidades a que alude el articulo 3.3 de la LCSP.

Expuestos los argumentos que justifican uno y otro criterio, y a fin de clarificar la cuestión, se solicita, al amparo del articulo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, que por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se emita el oportuno informe".

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. 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 la adopción de medidas con objeto de solucionar los problemas de morosidad y se dirige a regular los plazos de pago y los intereses de demora en las operaciones comerciales entre particulares así como entre particulares y Administraciones públicas. Esta Directiva admite la libertad de pactos en cuanto a los plazos de pago y tipos de interés de demora, fijándolos la misma Directiva, sólo de forma subsidiaria. Por tal motivo, 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 "*incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago*", así como 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*".

2. Esta norma se traspuso en el ordenamiento jurídico español mediante 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, su contenido. No obstante, presenta una diferencia importante, como es la de que si bien la Directiva se aplica tanto a las operaciones comerciales de particulares entre sí, como de particulares con poderes públicos, la Ley española, además de recoger esta distinción, contiene una mención expresa a las relaciones comerciales derivadas de contratos públicos, modificando la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Así, la disposición final primera de la Ley 3/2004, da una nueva redacción a los artículos 99.4; 110.4; 116.4 y 5; 169.3 y al apartado 2, letra a), de la disposición final primera de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con lo que la Ley española había suprimido la libertad de pactos en cuanto a

plazos y tipos de interés en el ámbito de las Administraciones públicas, salvo en lo relativo a las relaciones entre contratista y subcontratista y suministrador.

3. La Ley 3/2004 ha sido modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, para, como precisa el preámbulo de la misma, "*adaptarse a los cambios que se han producido en el entorno económico y modificarse para que sea ampliamente aplicable, tanto en el ámbito de las empresas españolas, como en el del sector público*". Con el objetivo de "*corregir desequilibrios y aprovechar las condiciones de nuestras empresas con el fin de favorecer la competitividad y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española, que nos permita crear empleo de forma estable, en línea con una concepción estratégica de la economía sostenible*" se reducen a un máximo de treinta días el plazo de pago de la Administración pública, si bien, se aplicará a partir del 1 de enero de 2013, siguiendo los períodos transitorios establecidos dentro de la misma Ley para su adaptación. A diferencia de ello, para los pagos entre empresas, se prevé un plazo de pago máximo de sesenta días.

4. Las modificaciones de la Ley 15/2010 afectan a la Ley 3/2004 y a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de de Contratos del Sector Público, vigente al momento en que fue promulgada, en cuyo artículo 200.4, sobre pago de precio, pasa a señalar que "*la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondiente documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato,…*", así como dentro de la disposición transitoria octava, sobre plazos a los que se refiere el artículo 200 de la Ley 30/2007, que el artículo 4.3 de la Ley 15/2010 añade a la Ley de contratos del sector público, se especifican las reglas de aplicación transitoria de diferentes plazos que permitirán una adaptación progresiva del originario plazo de sesenta días al nuevo de treinta.

5. Respecto del ámbito de aplicación subjetivo de las reglas señaladas antes para el pago de las deudas comerciales, la Ley 3/2004, ya señalaba que sus disposiciones se aplicarían a las relaciones comerciales de empresas entre sí y entre empresas y la Administración, (ex artículo 3), disposición que se mantiene en la actualidad, exceptuándose únicamente los pagos regulados dentro de su articulo 3.2.

6. En relación con el concepto de Administración y lo que se entiende por tal, a efectos de la aplicación de la Ley 3/2004, aparece su definición dentro del artículo 2. b), como "*entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*". Por tanto, la misma Ley reguladora de las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, para definir su ámbito de aplicación, se remitía en su redacción original al Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas y hoy, tras la modificación introducida por la Ley 15/2010, de reforma de la Ley 3/2004, derogado aquel Texto refundido, se remite a la vigente Ley de Contratos del Sector Público pero referida, como señalamos, al apartado 3 del artículo 3, que cita a los poderes adjudicadores, pero no contiene la necesaria distinción entre los organismos, entidades y entes que a efectos de la Ley integran la Administración Pública y quienes se consideran integrantes del sector público, sometidos a un régimen de contratación diferente, que precisamente por tal diferencia, no postulada en la Ley, genera la duda interpretativa.

En relación con esta descripción de texto del artículo 2, b), antes citado, debe advertirse que la exposición de motivos de la Ley 15/2010, promulgada estando ya vigente la Ley de Contratos del Sector Público, señala en su antepenúltimo párrafo: "*En este sentido, y desde el punto de vista de los plazos de pago del sector público, se reduce a un máximo de treinta días el plazo de pago, que se aplicará a partir del 1 de enero de 2013, siguiendo un período transitorio para su entrada en vigor",* mientras que en el último párrafo se indica: *"El régimen general previsto en el apartado 1 del artículo 3 de la misma se aplica a los pagos efectuados por las administraciones públicas, así como a los de productos de alimentación frescos y perecederos, mientras que se establece en 60 días el plazo de pago de las operaciones comerciales entre empresas conforme al apartado 2 del mismo artículo, …".*

Al examinar los términos empleados por el legislador respecto de las normas que afectan al Sector Público se distingue entre las referencias a las Administraciones Públicas y las empresas y otras entidades, que por si

mismas no tienen atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, a las cuales se excluyen, a efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, de los que integran las Administraciones Públicas como así resulta del inciso final del artículo 3, apartado 2, letra d), de la misma que se citan expresamente en el inciso final como entes y entidades empresariales, y se someten a un sistema distinto de contratación a diferencia de las que se integran en el concepto Administración Pública,

7. A las consideraciones expuestas se ha de sumar la duda generada por el texto del artículo 4 de la Ley 3/2004 al utilizar el término de "deudor", sin mayor especificación, al que le aplica el plazo de sesenta días máximo, contenido en ese artículo. Como hemos visto, la Ley de lucha contra la morosidad, se aplica tanto a las empresas como a la Administración, por lo que, en principio, parecería que el plazo de sesenta días sería el aplicable a todos los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, la propia Ley, como reiteramos, exceptúa de sus disposiciones a la Administración, para la cual establece normas especiales dentro de su disposición final primera que versa sobre la modificación de las normas reguladoras del plazo de pago de las deudas y que hoy se refiere al artículo 200 de la Ley de Contratos del Sector Público en el que se aprecian dos circunstancias; la primera que el artículo 200, sobre pago del precio, no resulta de aplicación a los contratos adjudicados por quienes a los efectos de la Ley no sean Administración Pública y la segunda que, después de la reforma introducida en esta materia por el artículo 3 de la Ley 15/2010 de reforma de la Ley 3/2004, ha de distinguirse entre dos regímenes de pago diferentes en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público referidos tanto a organismos, entes y entidades según el cual, los órganos que integran las Administraciones Públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 2004.4 citado de la Ley de Contratos del Sector Público han de pagar sus deudas en el plazo de treinta días, mientras que quienes no se integren en tal concepto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, de la Ley de 3/2004, de 29 de diciembre, en el plazo de sesenta días, salvo que pacten uno menor.

8. Dos cuestiones deben ser abordadas en el examen de las normas citadas. Por un lado el sistema de contratación regulado en la Ley de contratos del sector público respecto de los dos sectores que describe, por un lado los organismos, entidades y entes que se integran en el concepto Administración Pública, a quienes resultan de aplicación todos los preceptos de la Ley, con excepción de los que se integran en el Libro III, Título primero, Capítulo II y demás disposiciones especificas, que adjudican contratos administrativos y los que se integran a diferencia de aquellos en el concepto sector público, cuya actividad se regula en los citados preceptos, que adjudican contratos privados, y que por decisión del legislador no les resulta aplicable el artículo 200. Si concluyéramos que ambos conceptos Administración pública y sector público son coincidentes estaríamos dando lugar a una interpretación contraria al postulado que se describe, toda vez que daríamos lugar a que lo dispuesto en un artículo que no resulta de aplicación a los organismos, entidades y entes del sector público, les fuera aplicable.

Por último ha de ponderarse que la voluntad del legislador es la descrita, ya que conocedor de tal distinción, le habría bastado referirse a los poderes adjudicadores en lugar de a la Administración pública para generar un sistema de plazo de pago único y no distinto como resulta de la norma examinada.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. La Ley 3/2004, que transpone al ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE, establece un plazo de pago de sesenta días para el cobro de deudas comerciales en los casos contemplados dentro de su ámbito.

2. Respecto de los contratos adjudicados por las Administraciones Públicas la cuestión se encuentra regulada por el artículo 200.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el texto de la disposición final primera de la Ley 3/2004 modificada por la Ley 15/2000, teniendo que ser pagadas las deudas en el plazo de treinta días. En tal sentido, los organismos, entidades y demás entes que a los efectos establecidos en

la Ley de Contratos del Sector Público se integran en el concepto Administración Pública, han de pagar sus deudas en tal plazo.

3. Los organismos, entidades, entes, empresas, fundaciones, mutuas, etc., que no tienen la condición de Administración Pública a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público, y por no resultarles de aplicación lo dispuesto en el artículo 200.4 de la misma Ley, han de pagar sus deudas en el plazo de sesenta días, conforme se regula en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004.