



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD
Paseo de la Castellana, 162 – Planta 20
28071 Madrid

INFORME Nº 21/2014, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN DE OBSTÁCULOS O BARRERAS A LA UNIDAD DE MERCADO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO (EXPEDIENTE (...)) “CONTRATOS PÚBLICOS PAGOS APLAZADOS”

I. ANTECEDENTES

Con fecha 8 de septiembre de 2014 ha tenido entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado un escrito presentado por D. [INFORMANTE], aportando información en el marco del procedimiento del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (LGUM), de garantía de la unidad de mercado (obstáculos o barreras a la unidad de mercado detectados por los operadores económicos, los consumidores y los usuarios). Dicho escrito ha sido remitido por correo electrónico el día 9 de septiembre de 2014 a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su escrito el informante plantea que “ [e]l Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es claro y tajante en cuanto a los plazos de pago y en cuanto a la prohibición del pago aplazado de los contratos: [...] A pesar de esto, y de la obligación impuesta por la Ley de Morosidad y por las Directivas Europeas relativas a los plazos de pago, las diferentes Comunidades Autónomas, a través de sus leyes de presupuestos han ideado, diferentes sistemas para evitar pagar a 30 días en perjuicio tanto de la Unidad de Mercado como de la empresa contratista”. A tal efecto, cita como ejemplo diversas disposiciones legales de las Comunidades Autónomas de Cantabria, Asturias, Valencia y Murcia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El artículo 87.7 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al regular el precio de los contratos dispone:

“7. Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que ésta u otra Ley lo autorice expresamente.”

Asimismo, el artículo 216.4 de dicha norma, en cuanto al pago del precio de los contratos administrativos, establece:

“4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 222.4, y si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de



diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 222.4 y 235.1, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio, salvo acuerdo expreso en contrario establecido en el contrato y en alguno de los documentos que rijan la licitación, siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En todo caso, si el contratista incumpliera el plazo de treinta días para presentar la factura ante el registro administrativo, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de presentación de la factura en el registro correspondiente, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.”

Ambos preceptos tienen la consideración de legislación básica sobre contratos administrativos, según lo previsto por el apartado 3 de la disposición final segunda del mencionado Texto Refundido.

Por su parte, las Comunidades Autónomas que según el informante han aprobado disposiciones legales relativas al pago del precio de los contratos son las siguientes:

A) Comunidad Autónoma de Cantabria

Artículo 44 de la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011

“Artículo 44. Del pago aplazado del precio de los contratos

Uno. Se autoriza el pago aplazado de los contratos de obra cuyo valor estimado sea superior a un millón y medio de euros y su plazo de ejecución sea igual o superior a doce meses.

El aplazamiento del pago del precio del contrato requerirá la tramitación del correspondiente expediente de gasto plurianual en los términos previstos en el artículo 47 de la Ley 14/ 2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria, y nunca podrá superar las diez anualidades posteriores a aquella en que se prevea la terminación de la obra por el contratista.

En el supuesto de prórrogas o modificaciones que impliquen la ampliación del plazo inicial, podrán reajustarse las correspondientes anualidades con el límite establecido en el párrafo anterior.

Dos. Los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que regulen la contratación de las obras previstas en este artículo, deberán incluir necesariamente y de forma separada, entre otros aspectos, el siguiente contenido:



a) El valor estimado del contrato, en el que se incluirán los gastos financieros.

b) Las condiciones específicas de su financiación de forma que hagan posible la determinación del precio final a pagar.

c) El plazo de garantía, que no podrá ser inferior a dos años.

d) La posibilidad de fraccionamiento del pago del precio.

Tres. El pago del precio del contrato se ajustará al ritmo que se prevea en el pliego o, en su caso, en la oferta del adjudicatario.

En ningún caso el comienzo de los abonos se podrá demorar más allá de la recepción de la obra.

En las facturas emitidas por el contratista, se harán constar separadamente los intereses por el aplazamiento.”

B) Principado de Asturias

Disposición adicional undécima de la Ley 3/2009, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2010:

“Undécima. Gastos plurianuales vinculados a determinados proyectos de ejecución de obra pública

Los requisitos y limitaciones establecidos en el artículo 29 del Texto refundido del régimen económico y presupuestario, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 2/1998, de 25 de junio, no serán de aplicación durante 2010 y 2011 a los gastos plurianuales que se adquieran en orden a financiar y ejecutar proyectos de obra pública que se inicien por la Administración del Principado de Asturias cuyo presupuesto de licitación sea superior a veinte millones de euros, dando cuenta a la Junta General del Principado de Asturias.”

C) Comunidad Valenciana

Artículo 86 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat

“CAPÍTULO XIV.

Del precio aplazado de determinados Contratos del Plan de Infraestructuras Estratégicas 2004/2010

Artículo 86.

1. Durante el plazo de ejecución del Plan de Infraestructuras Estratégicas 2004/2010, todos los contratos derivados del mismo que afecten a las actuaciones en materia de carreteras, contenidas en los programas de «Estructura Territorial», de «Actuaciones en medio urbano y metropolitano» y de «Acondicionamiento de la Red», podrán incluir cláusulas de precio aplazado, siempre que el Consell lo autorice expresamente para cada contrato, previo informe favorable de la Conselleria de



Economía, Hacienda y Empleo, y el aplazamiento no supere en dos años el plazo real de ejecución de la obra o proyecto de que se trate.

Los aplazamientos a que se refiere el párrafo anterior devengarán, en todo caso, los correspondientes intereses.

2. Lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 8/1995, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Organización de la Generalitat, será de aplicación a las actuaciones correspondientes a la Red de Transporte en Vía Reservada de Castellón previstas en el Plan de Infraestructuras Estratégicas 2004/2010.”

D) Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

Disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010

“Decimoséptima. Autorización de la inclusión de cláusulas de pago aplazado en determinados contratos relativos a infraestructuras educativas

1. Podrán incluirse cláusulas de precio aplazado en los contratos de obras que se celebren para la ejecución de los proyectos educativos incluidos en el anexo V de esta Ley, siempre que el aplazamiento no supere en tres años la fecha de entrega al uso o servicio público de las obras e incluyendo en el importe, en todo caso, los correspondientes intereses.

2. Se exigirá, con carácter preceptivo, el informe favorable del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia sobre la adecuación a las condiciones de mercado de la carga financiera que suponga el aplazamiento. Asimismo, la Dirección General de Presupuestos emitirá informe preceptivo sobre la incidencia de los proyectos en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria.

3. El importe total contratado en este ejercicio mediante esta modalidad de contratación no podrá ser superior al 150 por 100 de los créditos iniciales dotados en el capítulo 6 del estado de gastos de la Consejería de Educación, Formación y Empleo.

4. Los límites y el procedimiento establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, serán de aplicación en el caso de los contratos de obras a que se refiere esta disposición adicional.

5. En cada ejercicio presupuestario deberán consignarse con carácter preferente los créditos necesarios para amparar la totalidad de los compromisos de gasto de acuerdo con el calendario de pagos previsto.”

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a la controversia del pago aplazado del precio de los contratos de las Administraciones Públicas, establecido por una Comunidad Autónoma. Así, la Sentencia 56/2014, de 10 de abril, en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el artículo 44



de la Ley 10/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2011, declara:

< La norma estatal a considerar es, por tanto, el artículo 87.7 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, cuyo carácter formalmente básico está recogido en su disposición final segunda, apartado 3.

Dicho artículo, tras fijar como regla general la prohibición del pago aplazado del precio de los contratos de las Administraciones públicas, contempla como excepciones: (i) las modalidades de arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra, incluidas por vez primera en la Ley de contratos del sector público de 2007 como un contrato calificado de suministro (art. 9 del texto refundido de la Ley), ajenas a este debate procesal, y (ii) «los casos en que ésta u otra Ley lo autorice expresamente». La cuestión se circunscribe, por tanto, a dilucidar si la remisión hecha a otras leyes puede considerarse comprensiva de la ley autonómica.

Sin duda puede reprocharse al artículo 87.7 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público su imprecisa formulación, por cuanto la remisión genérica a la ley para el establecimiento de excepciones al régimen de prohibición de pago aplazado no despeja, prima facie, la duda de si con ello el legislador ha querido referirse únicamente a la ley estatal o, por el contrario, ha pretendido abrir la posibilidad de excepciones establecidas mediante ley autonómica. Pero la crítica que pueda merecer el precepto desde la óptica de la buena técnica legislativa no nos exime de indagar en la dimensión material de la norma básica, que es en definitiva la que debe prevalecer en el juicio de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva material, hay que comenzar resaltando que, aunque haya experimentado cierta evolución y modulaciones, la prohibición de pago aplazado en los contratos administrativos ha sido tradicionalmente y sigue siendo la regla general en nuestro Derecho. Ya la primera ley postconstitucional aprobada con carácter básico ex artículo 149.1.18 CE, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, justificaba la necesidad de mantener la prohibición del pago aplazado por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento, y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario. El efecto es así, sin que requiera excesivo esfuerzo argumental puntualizar que el aplazamiento del pago implica un fraccionamiento temporal de la inversión, que difiere su impacto en el gasto público y lo incrementa debido a los costes de financiación, lo que forzosamente repercute negativamente en el nivel de endeudamiento público. Por tanto, fijándonos de nuevo en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, de inmediato se aprecia el nexo directo que enlaza la prohibición recogida en el artículo 87.7 con la finalidad de «asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras», que proclama en el artículo 1.

Tal objetivo de estabilidad presupuestaria ha adquirido la máxima relevancia en nuestro ordenamiento a partir de la reforma del artículo 135 CE, desarrollado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Pero, al haberse introducido con anterioridad en nuestro ordenamiento mediante la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria (cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre), complementada por la Ley



Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, habremos de fijar nuestra atención en estas últimas normas, vigentes al tiempo de dictarse la Ley cántabra objeto de este proceso constitucional.

Al enjuiciar la concepción de la estabilidad presupuestaria regulada en las citadas normas del año 2001, este Tribunal, en la STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 8, desestimó su impugnación con fundamento en las siguientes apreciaciones y conclusiones:

(i) «La definición de "estabilidad presupuestaria" se configura como una orientación de la política económica general que el Estado puede dictar ex artículo 149.1.13» de la Constitución.

(ii) «Este Tribunal en su STC 62/2001, de 1 de marzo, reiterando anterior doctrina, ha considerado legítimo el establecimiento de límites presupuestarios en materias concretas.»

(iii) «La legitimidad constitucional de que el Estado, ex artículos 149.1.13 y 156.1 en conexión con el artículo 149.1.14 CE, establezca topes máximos en materias concretas a las Comunidades Autónomas en la elaboración de sus presupuestos se extiende, con igual fundamento, a la fijación de topes generales para dichos presupuestos, toda vez que la política presupuestaria es un instrumento de la política económica de especial relevancia, a cuyo través incumbe al Estado garantizar el equilibrio económico general (STC 62/2001, FJ 4).»

De conformidad con esta doctrina, reproducida en las SSTC 157/2011, de 18 de octubre, 195/2011 a 199/2011, de 13 de diciembre, y 203/2011, de 14 de diciembre, procede considerar que el régimen de prohibición de pago aplazado es indiscutiblemente básico, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa como por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria, que informa y preside todas las políticas públicas con impacto en el gasto y, en lo que aquí interesa, los presupuestos de las Comunidades Autónomas (art. 21.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas).

Por la razón expuesta, existe una relación inescindible en este caso entre la regla general de prohibición y las contadas excepciones que fijan su contorno. Admitir la hipótesis contraria sería tanto como dejar sin efecto la regla general de prohibición, con evidentes repercusiones negativas en la disciplina presupuestaria que deben observar rigurosamente todas las Administraciones públicas por imperativo, ahora, del artículo 135 CE. Porque, siendo competencia del Estado, ex artículo 149.1.18 CE, establecer la regla general de prohibición del pago aplazado en los contratos de las Administraciones públicas, la misma lógica se extiende a considerar que sólo el mismo legislador estatal puede determinar las excepciones, pues éstas no hacen sino delimitar el alcance de la regla general, actuando como complemento necesario de la misma. Así lo determinamos en la STC 3/2013, de 17 de enero, en relación con los supuestos de colegiación obligatoria, aunque en aquella ocasión la norma estatal de contraste, el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, no ofreciera margen alguno de duda en su redacción. Y así lo hemos recordado en la STC 17/2014, de 30 de enero, FJ 8: «si básica es la regla general, básica debe ser también la excepción (SSTC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 8, y 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 5).»

Por todo ello, pese a la equívoca formulación contenida en el artículo 87.7 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, hemos de coincidir con el Auto de planteamiento y el Fiscal General del Estado, en la conclusión de que sólo el legislador básico está habilitado para



fijar las excepciones a la prohibición de pago aplazado de los contratos de las Administraciones públicas.>>

La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional puede hacerse extensiva a cualquier norma autonómica de rango legal que establezca una excepción a la prohibición de pago aplazado de los contratos de las Administraciones Públicas, cualquiera que fuera la literalidad del texto empleado para ello. Así, puede afirmarse que tales normas estarían viciadas de inconstitucionalidad por invadir la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos, que le atribuye el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO

No toda norma que sea contraria al ordenamiento jurídico vulnera necesariamente la libertad de establecimiento o la libertad de circulación de los operadores económicos. Esta premisa es aplicable tanto respecto de las normas reglamentarias como de las disposiciones con rango de ley.

De ahí que la infracción del citado artículo 149.1.18ª de la Constitución por unas disposiciones legislativas no implique que estas se opongan a lo establecido por la LGUM. En la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional transcrita se justificaba *“la necesidad de mantener la prohibición del pago aplazado por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento, y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario”*, es decir, en la concepción de la estabilidad presupuestaria expresada en los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución, explicitada aún más tras la reforma constitucional en el artículo 135. Sin embargo, las libertades de establecimiento y de circulación referidas en el artículo 139 de la Constitución se mantuvieron en todo momento al margen de este debate.

Ello no significa que los conceptos de libertad de establecimiento y de libertad de circulación, unidos bajo el común denominador de la unidad de mercado, sean absolutamente impermeables y no guarden conexión alguna con el principio de estabilidad presupuestaria, pues, en definitiva, todos ellos forman parte del Texto Constitucional y este únicamente puede ser entendido desde una perspectiva unitaria e integradora.

Ahora bien, es evidente que no es posible presumir una relación directa entre la infracción del principio de estabilidad presupuestaria, causada por unas leyes autonómicas que establecen excepciones a la prohibición de pago aplazado de los contratos de las Administraciones Públicas, y la vulneración de las libertades de establecimiento y circulación. La libre iniciativa económica en todo el territorio nacional, regulada en los artículos 16 y 19 LGUM, no resulta mermada por ello. Esta conclusión se confirma si se examina el compendio de actuaciones que limitan las libertades de establecimiento y circulación, recogido en el artículo 18.2 LGUM como manifestaciones de barreras u obstáculos a la unidad de mercado: ninguna se ajusta al caso planteado. Es más, aun considerando que dicha relación no agota el catálogo de barreras, tampoco puede entenderse que la nota común a todas ellas, la restricción al acceso o al ejercicio de una actividad económica, concorra en este supuesto.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el principio de estabilidad presupuestaria tutela directamente un interés público, la garantía del equilibrio económico general, aunque indirectamente proteja intereses privados como los de los operadores económicos, que sin duda resultarán beneficiados por aquella. En cambio, la protección de intereses es inversa en los mecanismos de garantía de las libertades de



establecimiento y circulación: se defienden directamente intereses privados, si bien ello repercute indirectamente en la conservación del interés público.

Esta diferenciación en la protección directa de intereses públicos y privados ha dado lugar al establecimiento de diversos instrumentos de control de la actividad de las entidades públicas. En el caso de la LGUM, se ha optado por la creación de “mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación”, es decir, se trata de un instrumento especializado de protección de intereses privados.

No cabe duda de que este mecanismo especializado de protección ha de potenciarse y favorecer su ejercicio, pero sin desbordar el ámbito que se le ha atribuido ni sustituir otros controles de legalidad o de constitucionalidad. En caso contrario se corre el riesgo de desvirtuar la finalidad para la que ha sido creado. Si cualquier presunta vulneración del ordenamiento jurídico por una norma puede generar el ejercicio de estos mecanismos de protección, se está habilitando a cualquier operador económico para tutelar todo interés público.

Dicha circunstancia es la que acontece en el supuesto planteado. Si se ha detectado que unas disposiciones legales pueden vulnerar la Constitución, los interesados podrán acudir a la vía jurisdiccional y solicitar el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, pero no sustituir este instrumento de control con el ejercicio del mecanismo establecido en el artículo 28 LGUM, argumentando una supuesta restricción de las libertades de establecimiento y circulación.

IV. CONCLUSIONES

1. Conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, las disposiciones legales autonómicas que establezcan excepciones a la prohibición de pago aplazado de los contratos de las Administraciones Públicas tendrían la consideración de inconstitucionales, por invadir la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos, que le atribuye el artículo 149.1.18ª de la Constitución.
2. Tales disposiciones no constituyen barreras u obstáculos a las libertades de establecimiento y circulación.
3. El mecanismo de protección del artículo 28 LGUM debe quedar circunscrito a la defensa de dichas libertades, no siendo admisible su ejercicio frente a presuntas vulneraciones del ordenamiento jurídico que no afecten directamente a aquellas.

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA