

**DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA***Doctor en Derecho. Abogado académico de la  
Academia Asturiana de Jurisprudencia*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2006** en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Juan CADARSO PALAU, don Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, don Carlos LASARTE ÁLVAREZ, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO y don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

**Extracto:**

**D**os tradicionales problemas del tráfico comercial en España son los dilatados plazos de pago de las deudas y el incumplimiento reiterado de tales plazos por parte de los deudores. Tal situación genera que en numerosas ocasiones sean los proveedores quienes financian a sus clientes. Para intentar salvar estos problemas se aprobó la Ley 3/2004, en transposición de la Directiva 2000/35/CE. Sobre estas bases se realiza una aproximación al análisis crítico de la Ley 3/2004, a la luz de la normativa comunitaria, del Derecho comparado y de la experiencia práctica sobre su aplicación, muy escasa, hasta el momento en España. El estudio crítico efectuado comprende tanto cuestiones formales, de defectuosa ciencia de la legislación y de transposición tardía de una norma comunitaria, como sustantivas, consistentes en las múltiples dificultades que surgen en la interpretación y aplicación de la nueva normativa, aspecto este último del estudio en el que se aportan posibles soluciones a las cuestiones más conflictivas,

.../...

.../...

que no son pocas. Al mismo tiempo se busca difundir el conocimiento de una ley que a los dos años de su entrada en vigor sigue siendo una gran desconocida en el cada vez más intrincado panorama normativo, no sólo por el empresariado español sino también en círculos jurídicos, como es buena muestra de ello la aún escasa aplicación que de la misma se viene haciendo por los Juzgados y Tribunales españoles.

---

## *Sumario:*

---

1. Transposición de normativa comunitaria.
2. Ámbito objetivo.
3. Ámbito subjetivo.
4. Operaciones comerciales excluidas.
5. Mora super-automática.
6. Interés legal de demora.
7. Los pactos de alteración de los plazos de pago y/o de los intereses moratorios.
8. Indemnización por costes de cobro.
9. La reserva de dominio.
10. Conclusiones.

Abreviaturas.

Bibliografía.

## 1. TRANSPOSICIÓN DE NORMATIVA COMUNITARIA

Una vez más es necesario analizar una nueva ley que es resultado de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria, y otra vez se está ante una transposición tardía de la misma, que, además, se superpuso a caballo de dos Legislaturas, la VII y la VIII, ya que se trató del único Proyecto de Ley del Gobierno Popular que quedó pendiente de tramitación en la VII Legislatura y fue posteriormente el primer Proyecto de Ley del Gobierno Socialista en la VIII Legislatura <sup>1</sup>.

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en adelante para abreviar Ley contra la morosidad (LCM), es resultado de la transposición de 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, en adelante también para abreviar Directiva 2000/35 <sup>2</sup>, cuyo objetivo fue doble:

<sup>1</sup> Vid., respectivamente, el Proyecto de Ley 121/000162 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 1 de julio de 2003, núm. 162-1) y el Proyecto de Ley 121/00001 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, de 24 de junio de 2004, núm. 1-1), prácticamente idénticos entre sí, como advierte el dictamen 2415/2004 del Consejo de Estado al segundo de ellos, de 30 de septiembre de 2004 ([www.boe.es/ges/iberlex/bases\\_datos\\_ce/doc.php?colección=ce&id=2004-2415](http://www.boe.es/ges/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?colección=ce&id=2004-2415)), al punto de que, entre otros, por ese motivo, estima innecesario volver a emitir dictamen sobre el último de ellos; en adelante, cuando me refiera a los Proyectos de Ley referidos o a las enmiendas en su momento presentadas a uno u otro lo haré, para abreviar, como PLCM 2003 y PLCM 2004, respectivamente.

<sup>2</sup> Sobre esta Directiva y sus orígenes en el ámbito comunitario, vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., «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 (Diario Oficial núm. L 2000, de 8 de agosto de 2000)», *RdDP*, 2001-1, núm. 6, págs. 519-520, GARCÍA MANDALONIZ, M., «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del Ordenamiento Jurídico español a la Directiva 2000/35/CE», *NUE*, núm. 228, enero 2004, págs. 11-13, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal" contra la morosidad en los pagos», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, R.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 4.366-4.371, LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista», *DN*, núm. 183, diciembre 2005, págs. 5-6, BAENA RUIZ, E., «La Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», *La compraventa: Ley de garantías, Cuadernos de Derecho Judicial, XI*, AGUIRRE ZAMORANO, J. (director), Madrid, 2005, págs. 152-156 y RUBIO TORRANO, E., «La morosidad en operaciones comerciales: nueva Directiva», *AC* núm. 13, 2000, consultado en versión electrónica [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), de forma mucho más sintética. Para una visión crítica del instrumento comunitario normativo elegido, por causa de la escasa armonización comunitaria que supone, y favorable a la adopción de un Reglamento comunitario sobre esta materia, vid. ZACCARIA, A., «La Direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del Decreto italiano di attuazione», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 441.

tutelar a la pequeña y mediana empresa, de un lado, y, de otro lado, garantizar la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, dificultada por la existencia de diferentes plazos de pago en los diversos Estados miembros <sup>3</sup>.

Por otro lado, esta nueva normativa también responde a una acuciante necesidad del tráfico comercial español, a la vista de los elevados niveles de morosidad que concurren en el mismo y los graves perjuicios que tal morosidad acarrea para la economía nacional <sup>4</sup>.

Esta ley supone, asimismo, una ruptura, parcial como se verá a la largo de este trabajo, de un criterio que tradicionalmente se había sosteniendo en la doctrina, consistente en estimar que la fija-

<sup>3</sup> Vid. SPOTO, G., «L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia», *EDP*, 2004-1, pág. 161 y CIACCHI, A.C., «L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. B) Germania», *EDP*, 2004-1, págs. 197-198.

<sup>4</sup> Refiriéndose a datos de 2003 en España, vid. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 809-810: demora media de pagos en España de 68 días, 15 días más que la media de la Unión Europea, con sectores, como el de alimentación y bebidas, con retrasos de 110 días y de productos de la construcción de 193 días; generación, por causa de esos retrasos, de un tercio de las quiebras de las empresas del sector de alimentación y una cuarta parte de las quiebras de las empresas de productos de la construcción; repercusión sobre 450.000 empleos anuales; deuda financiera total de las PYMES españolas de 12.777 millones de euros. Por su parte, PULGAR EZQUERRA, J., «La declaración del concurso de acreedores», *La Ley*, Madrid, 2005, pág. 390, destacó que España es el cuarto país europeo en el ranking de morosidad. También vid. los datos estadísticos puestos de manifiesto durante el debate de totalidad de la primera iniciativa legislativa en el Congreso durante la VII Legislatura: el Ministro de Justicia apuntó un retraso en los pagos de las operaciones mercantiles en España de 74 días, frente a 94 días en Grecia, 91 días en Portugal y 87 en Italia (vid. la tesis de ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley contra la morosidad comercial», *working paper* núm. 237, *www.indret.com*, julio 2004 –compartida por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad», *working paper* núm. 296, julio de 2005, *www.indret.com*, págs. 10 y 12 y MARCOS, F., «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contraídas en el sector mercantil», *ADConc.*, núm. 5, 2005, pág. 306–, a propósito de que la causa del retraso en los pagos en los países del sur de Europa se debe no a la conducta de los deudores, sino de los acreedores suministradores, que proporcionan productos con defectos que obligan a que sus clientes aplacen los pagos, al objeto de que el retraso cumpla funciones de aseguramiento del cumplimiento de sus obligaciones por el proveedor); por su parte, el portavoz del Grupo Parlamentario Catalán, apuntó que en Europa los retrasos en los pagos suponen 90.000 millones de euros anuales de deudas vencidas y exigibles pendientes de cobro, que implican 23.600 millones de euros de pérdidas por créditos incobrables y 10.000 millones de euros de gastos financieros, acarreando todo ello el 25% de las quiebras en Europa y la pérdida de 450.000 empleos (vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 269, 28 de julio de 2003). Igualmente son de tener en cuenta los datos aportados a primeros de 2004 por la empresa «Coface», líder mundial del crédito a la exportación, que reflejaban que el 68% de las empresas españolas sufren problemas financieros por causa de la morosidad en los pagos, al tiempo que indicaba que la morosidad en los países de la Unión Europea se elevaba a 90.000 millones de euros, siendo las pérdidas por créditos incobrables de 23.600 millones de euros (vid. diario *Cinco Días*, consultado en su versión electrónica de 19 de enero de 2004). Más tarde, el Gobierno, ya en la VIII Legislatura, vuelve a hacer referencia al dato ya citado, tomado del Profesor VICENT CHULIÀ, acerca de que la demora media en el pago de las operaciones comerciales en España es de 68 días (información proporcionada por el Ministerio de Justicia en el Consejo de Ministros de 18 de junio de 2004, *www.la-moncloa.es*). También son de tener en cuenta los datos proporcionados por el informe de la firma sueca Intrum Justitia sobre 9000 empresas en 22 países, conforme al cual en España el retraso medio en el pago de sus deudas por parte de las empresas supera los ochenta días (vid. diario *El País*, suplemento *Negocios*, 27 de junio de 2004, pág. 36). Para más datos estadísticos, aunque sin citar la fuente de los mismos, el trabajo de «Legalia Abogados», *Guía práctica. Anteproyecto de Ley de lucha contra la morosidad*, *La Gaceta de los Negocios*, 20 de octubre de 2004, pág. 11, habla de retrasos de hasta 210 y 300 días en sectores como la construcción o proveedores de servicios hospitalarios, mientras que un estudio de la Escuela de Administración de Empresas en 2005 informa que 1,5 millones de empresas españolas sufren al año problemas por causa de la morosidad de sus deudores, un 70% del parque empresarial español (diario *Expansión*, 10 de junio de 2005, pág. 16).

ción de los aplazamientos de pago era el resultado de la dinámica del mercado y debía quedar abandonada a la libertad contractual<sup>5</sup>.

Frente a esta doble situación de alargamiento en los plazos de pago y de morosidad en los pagos<sup>6</sup> se asiste a una intervención pública en la economía, primero por el legislador comunitario y más tarde por el nacional, que en el fondo pretende garantizar el óptimo funcionamiento del mercado<sup>7</sup>. Ahora lo que se busca es reprimir, sancionando mediante el establecimiento de una pena privada o de una sanción civil punitiva<sup>8</sup>, los retrasos en los pagos, protegiendo a los acreedores frente a los mismos, entendidos como parte contratante débil<sup>9</sup>, a similitud de lo ya ocurrido con respecto de los consumidores, esto es, plasmando en la ley un principio de *favor creditoris* respecto de quienes han invertido o anticipado su capital para concertar una operación comercial<sup>10</sup>, inaugurando un nuevo Derecho europeo de los contratos, en el que la prohibición del abuso del Derecho está llamada a desempeñar un papel central, fuera ya del concreto ámbito de los contratos con consumidores<sup>11</sup>, proyectándose sobre todo sobre las pequeñas y medianas empresas<sup>12</sup>.

Es de advertir, en todo caso, el que desde una perspectiva económica se haya anticipado la circunstancia de que el beneficio que para los acreedores, sobre todo suministradores de grandes empresas, supone esta nueva ley puede verse contrarrestado por el endurecimiento de las negociaciones en los precios a cargo de las grandes empresas deudoras, que buscarán así rebajar precios para compensar el incremento de los costes financieros que habrán de soportar por causa de la reducción de los plazos de pago<sup>13</sup>. Además, se considera que esta nueva regulación puede redundar en beneficio de

<sup>5</sup> Como expone FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la ordenación del comercio minorista*, ALONSO ESPINOSA, F.J., LÓPEZ PELLICER, J.A., MASSAGUER FUENTES, J. y REVERTE NAVARRO, A. (coordinación), McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 263.

<sup>6</sup> Por tanto, como bien destaca BADOSA COLL, F., «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al Derecho español», *La armonización...*, ob. cit., pág. 305, ni la legislación española ni la comunitaria regulan la morosidad en sentido técnico-jurídico.

<sup>7</sup> LA SPINA, A., «La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *Rassegna di Diritto Civile*, 1-2, 03, pág. 117.

<sup>8</sup> Como, por ejemplo, dicen en Italia RICCIO, A., «Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura», *CI*, 2004-2, pág. 556 o en España ZAHÍNO RUIZ, M.<sup>a</sup> L., «La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho privado español», *La armonización...*, ob. cit., pág. 363.

<sup>9</sup> Lo reconoce así expresamente, en la doctrina francesa, MONTFORT, C., «Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit des obligations», *La armonización...*, ob. cit., pág. 398, destacando la restricción que en este punto supone la nueva normativa respecto del principio de autonomía contractual.

<sup>10</sup> *Vid.* RUSSO, E., «La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *CI*, 2003-1, enero-abril 2003, pág. 495, LA SPINA, A., «La nullità...», ob. cit., pág. 127, nota (27) y ROSSI, G., «Il ritardo di pagamento imputabile al creditore», *CI*, 2004-2, pág. 567, nota (4).

<sup>11</sup> CIACCHI, A.C., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 216.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal"...», ob. cit., pág. 4.368.

<sup>13</sup> Es la advertencia ya realizada por CABRILLO, F., «Guerra a los morosos», diario *Expansión*, 5 de julio de 2004, pág. 55, y ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley...», ob. cit. –a quien se suma MARCOS, F., «El aplazamiento...», ob. cit., esp. págs. 3.030-305 y 322–, quien además destaca que «el aplazamiento de los pagos, voluntariamente decidido por las partes, reduce los costes de las relaciones financieras y comerciales».

los bancos, como consecuencia del incremento del recurso de los clientes al crédito financiero, tesis esta última de la que discrepo porque lo más que se podría producir sería un trasvase de clientela de los bancos, que pasaría de los proveedores a los clientes, trasvase que, además, a mi juicio, no será total por la normalmente mayor potencia financiera de los clientes, que evitará el que de hecho hayan de recurrir en muchos casos al crédito financiero para pagar antes a sus proveedores <sup>14</sup>.

En todo caso, estamos ante una medida legislativa que, además de obligada, es positiva, aunque no se deba pensar que vaya a ser el bálsamo de ferabrás, y más si va acompañada de otras paralelas, dirigidas a acelerar el cobro de los créditos morosos (procedimiento monitorio) no sólo internos sino también transnacionales dentro de la Unión, lo que, además, es ideal que vaya acompañado de un incremento de la productividad judicial y de la productividad del Derecho procesal <sup>15</sup>; me refiero en este último caso al Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en vigor desde el 21 de octubre de 2005, y que permite salvar los costosos, y muchas veces desalentadores, trámites del *exequatur* para hacer efectivo el cobro de créditos transnacionales entre empresas, proceso cuya utilidad se acentúa pensando en la actual Europa de los veinticinco <sup>16</sup>.

Es de hacer notar adicionalmente que esta ley es el mínimo protector de los acreedores, toda vez que su disposición derogatoria única se encarga expresamente de aclarar que deja en vigor cualesquiera normas, de cualquier rango, que resulten más beneficiosas para el acreedor en lo que se refiere a la determinación del plazo de pago <sup>17</sup>.

La fecha tope de transposición de dicha Directiva 2000/35 era la del 8 de agosto de 2002, como dispuso expresamente su artículo 6.1, por lo que desde dicha fecha puede entenderse que la misma es

<sup>14</sup> En contra, cfr. la posición de ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley...», ob. cit.

<sup>15</sup> Estos dos últimos son los instrumentos prevalentes para ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley...», ob. cit. —en similar sentido, CEBRIÁN DÍAZ, A., «La Ley antimorosidad se queda corta», diario *Expansión*, 13 de julio de 2004, pág. 63 y AGUILLAUME GANDASEGUL, G., «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *La Ley*, núm. 6.332, 4 de octubre de 2005, págs. 2-3, este último preocupado sobre todo por las dificultades de tramitar con celeridad un procedimiento judicial en el que el demandado haya desaparecido de su domicilio—, si bien por mi parte considero que también es necesario poner cierto coto a la autonomía de la voluntad en materia de plazos de pago.

<sup>16</sup> Vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «El título ejecutivo europeo (I)», *La Ley*, núm. 6.082, 9 de septiembre de 2004, págs. 1-6 y «El título ejecutivo europeo (y II)», *La Ley*, núm. 6.083, 10 de septiembre de 2004, págs. 1-6, BONACHERA VILLEGAS, R. y SENÉS MOTILLA, C. «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *La Ley*, núm. 6.341, 18 de octubre de 2005, págs. 1-8 y, en extenso, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

<sup>17</sup> Entiendo que por esta vía puede encontrar admisión la tesis doctrinal de MARCOS, F., «El aplazamiento...», ob. cit., págs. 306 y 308, de estar a la aplicación de las Leyes 16/1989, de 17 de noviembre, de defensa de la competencia y 3/1991, de 20 de enero, de competencia desleal, si bien como medida integradora, frente a la posición de MARCOS, partidario, *loc. ult. cit.*, de estar a la aplicación de esas dos leyes para eliminar la LCM. Comparto, por el contrario, la posición de TRAMOYERES GALVÁN, P., «¿Será realmente útil la nueva Ley de lucha contra la morosidad?», [http://www.ey.com/global/download.nsf/Spain/Eficacia\\_Ley\\_Morosidad/\\$file/Eficacia%20Ley%20Morosidad.pdf](http://www.ey.com/global/download.nsf/Spain/Eficacia_Ley_Morosidad/$file/Eficacia%20Ley%20Morosidad.pdf), cuando defiende la aplicación de la Ley de defensa de la competencia como instrumento complementador de la LCM en tutela de los proveedores, al objeto de impedir la ruptura injustificada de las relaciones comerciales duraderas en situación de dependencia económica tras la reclamación del proveedor a su deudor del pago de los intereses moratorios punitivos previstos en la citada LCM.

susceptible de producir el efecto directo en España derivado de su no transposición en plazo, ya que la misma fue evidentemente tardía<sup>18</sup>. Consecuencia de ello son dos cuestiones que conviene dejar claras:

1. Que conforme al efecto directo vertical de las Directivas Comunitarias no transpuestas en plazo o transpuestas deficientemente –en cuyo análisis de propósito no entro–, considero que los particulares podrán reclamar del Estado español la reparación de los perjuicios causados por la transposición tardía entre el 8 de agosto de 2002 y la entrada en vigor de la LCM. Tales daños y perjuicios entiendo que pueden estar constituidos por la pérdida de intereses moratorios y de compensaciones que, conforme a la nueva LCM, les hubieran correspondido y que se hayan devengado entre el citado 8 de agosto de 2002 y la fecha de entrada en vigor de la LCM. Incluso podrían reclamarse perjuicios adicionales provocados por la desaparición de empresas a causa del retraso en los pagos<sup>19</sup>. Queda al margen el efecto directo que, sin duda, tiene la citada transposición tardía respecto de los contratos celebrados entre los particulares y las Administraciones Públicas con posterioridad al 8 de agosto de 2002<sup>20</sup>, en todo caso difi-

<sup>18</sup> El hecho es que la tardanza referida se produjo pese a la preocupación de diversos Grupos Parlamentarios por la necesidad de proceder a su transposición en plazo y además a poner coto a la excesiva morosidad reinante en la actividad económica española; en este sentido, *vid.* las siguientes intervenciones habidas ante el Pleno y la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, año 2002, VII Legislatura, núm. 144, págs. 7.300 y ss.): la del Diputado del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), Sr. Sánchez Llibre, donde habló de que en 2001 las deudas vencidas y exigibles pendientes de cobro ascendieron a 90.000 millones de euros y las pérdidas de créditos incobrables a 23.600 millones de euros; la de la Diputada del Grupo Parlamentario Socialista, Sra. Costa Campí, quien expuso que la morosidad afectaba al 80% de las empresas españolas y que el plazo de cobro se situaba entre 60 y 70 días; también desde una perspectiva práctica, el Letrado de «Crédito y Caución», DÍAZ DEL HOYO, M.A., «La responsabilidad de administradores por deudas sociales, las sociedades fantasmas y la nueva Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España», *La Ley*, núm. 6.876, 12 de diciembre de 2005, pág. 12, destaca que una de cada cuatro insolvencias viene motivada por la morosidad en los pagos. En la doctrina, respecto de la citada morosidad como causa del «efecto dominó» de las insolvencias, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», *AJA*, núm. 578, 22 de mayo de 2003, pág. 3 y «El Proyecto de Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales y la nueva legislación concursal», *AJA*, núm. 604, 18 de diciembre de 2003, pág. 2.

En cuanto a las consecuencias perjudiciales para el Estado español por tal transposición tardía, *vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», *ob. cit.*, pág. 1 y «Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)», *La Ley*, núm. 6.094, 27 de septiembre de 2004, pág. 8. De hecho, el 12 de septiembre de 2003, la Comisión Europea demandó al Reino de España ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al amparo del artículo 226.2 del Tratado de la Comunidad Europea.

En la doctrina comparada, sobre esta misma cuestión en Italia, donde la transposición tardía sólo fue entre el 8 de agosto y el 7 de noviembre de 2002, *cfr.* LA SPINA, A., «La nullità...», *ob. cit.*, pág. 118, nota (2) y en la doctrina holandesa, FREUDENTHAL, M., «Implementation of the Directive on late payments in the Netherlands», *La armonización...*, *ob. cit.*, págs. 407-409, donde la tardanza comprendió entre los días 8 de agosto y 1 de diciembre de 2002, al tiempo que refirió también los casos de transposición tardía en Grecia, Portugal, Austria y Luxemburgo.

<sup>19</sup> *Vid.* ARRAEZ, I., «La Ley de lucha contra la morosidad y la responsabilidad del legislador», diario *Expansión*, 23 de abril de 2005, pág. 28.

<sup>20</sup> En este sentido concreto, AYALA MUÑOZ, J.M.<sup>a</sup>, «La aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a los contratos de las Administraciones Públicas celebrados antes de 2005», *La Ley*, núm. 6.410, 30 de enero de 2006, consultado en su versión electrónica en [www.laley.net](http://www.laley.net) y *obiter dicta* en la práctica jurisprudencial española la Sentencia de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.<sup>a</sup> Fátima Arana Azpitarte; *Jur.* 2006/13987); en la doctrina holandesa FREUDENTHAL, M., «Implementation...», *ob. cit.*, pág. 408, más cautelosamente por causa de la existencia de previsiones en la Directiva, atinentes a cuestiones ajenas al incremento de los intereses moratorios, que no tienen, a su juicio, la incondicionalidad y claridad suficientes para proceder a su aplicación directa.

cultado en cuanto a su expresión práctica por la inembargabilidad de sus bienes demaniales y parte de los patrimoniales<sup>21</sup>.

2. Que conforme al efecto directo horizontal de las Directivas Comunitarias no transpuestas o transpuestas deficientemente –si se entiende que tal efecto es operativo, cuestión que también excede del objeto de este breve trabajo– sería posible la reclamación de intereses moratorios y compensaciones que contempla la Directiva 2000/35/CE, en España desde el día 8 de agosto de 2002, aplicándose tal fecha en el sentido de tomar en cuenta no la fecha del contrato sino la del devengo de la obligación de pago del precio del mismo, de modo que se podría pretender la aplicación de la Directiva a los contratos concertados antes del 8 de agosto de 2002, cuyo precio se hubiese devengado desde dicha fecha. Justamente para aclarar esta situación y establecer una retroactividad menor se propusieron durante la tramitación parlamentaria del PLCM 2003 diversas redacciones para una disposición transitoria que contemplase bien la aplicación de la nueva ley a los contratos celebrados después del 8 de agosto de 2002 y sólo para las situaciones de morosidad posteriores a la entrada en vigor de la ley (retroactividad impropia)<sup>22</sup>, bien a los contratos posteriores al 8 de agosto de 2002 respecto de la mora posterior a la entrada en vigor de la ley y también respecto de la mora anterior pendiente de resolución judicial a la entrada en vigor de la misma<sup>23</sup>. Posteriormente, ya en el PLCM 2004 el cambio de Gobierno redactor del mismo condujo a que se diese introducción efectivamente a la disposición transitoria única de la LCM, que previó la aplicación de la LCM a los contratos celebrados con posterioridad al 8 de agosto de 2002<sup>24</sup> pero sólo en cuanto a sus efectos futuros. No es fácil interpretar qué se entiende por efectos futuros a secas, pues en su literalidad podría entenderse que se hace referencia a todos los efectos futuros respecto del contrato, con lo que se podría comprender a las morosidades posteriores al 8 de agosto de 2002, pero anteriores también a la entrada en vigor de la LCM, conclusión a la que puede ayudar la interpretación de la oscura disposición transitoria española conforme a la Directiva 2000/35, que recuerdo debió ser transpuesta antes

<sup>21</sup> Problema práctico que se plantea en general respecto de la eficacia de la LCM en el ámbito de los contratos con las Administraciones Públicas, como advierte BAENA RUIZ, E., «La Ley...», ob. cit., pág. 160.

<sup>22</sup> Fueron las enmiendas núm. 9 del Grupo Parlamentario Vasco y núm. 46 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14), siguiendo el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 –puede consultarse en [www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=ce&id=2003-1021-](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=ce&id=2003-1021-), acogidas en la doctrina científica por PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», ob. cit., pág. 1.

<sup>23</sup> Enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Socialista (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14; antes *vid.* el anuncio de dicha enmienda en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 269, 28 de julio de 2003).

En la doctrina, en todo caso contrario a la aplicación de la nueva ley a contratos anteriores al 8 de agosto de 2002, ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley...», ob. cit.

<sup>24</sup> Es claro que no puede aplicarse la LCM a contratos concertados antes del 8 de agosto de 2002, como concluye la Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Fátima Arana Azpitarte; *Jur.* 2006/13987), a propósito de un contrato de obras concertado con la Comunidad Autónoma de Madrid el día 7 de septiembre de 2000.

del 8 de agosto de 2002, fecha que, reitero, cita la meritada transitoria<sup>25</sup>. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la disposición transitoria única de la LCM procede de la antes referida enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Socialista al PLCM 2003, viendo que en la misma se añadía un inciso final que decía «y aquellos otros que se encuentren pendientes de resolución judicial a la entrada en vigor de la Ley», la interpretación que debe mantenerse es que la futuridad de los efectos opera respecto del hito temporal de la entrada en vigor de la LCM. Con esta última lectura quedan sin proteger las situaciones de morosidad generadas antes de la entrada en vigor de la LCM pero después del 8 de agosto de 2002, de modo que no hay retroactividad en sentido estricto<sup>26</sup>. Además, la redacción definitiva de la disposición transitoria única de la LCM introdujo otra excepción a la aplicación retroactiva de la nueva ley, ya que la aplicación del artículo 9 de la LCM (nulidad de cláusulas abusivas) se circunscribe a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha LCM<sup>27</sup>.

Por otro lado, en esta introducción debe hacerse un apunte crítico de técnica legislativa. Una vez más estamos ante la aprobación de una ley especial, en lugar de introducir la regulación de la materia objeto de la misma a través ya de una reforma del C. Com., como se hizo, por ejemplo, en Francia, a la hora de reformar el *Code de commerce* por la Ley 420-2001, de 16 de mayo, que por lo que aquí interesa afectó a los artículos L 441-3, L 441-6 y L 441-7<sup>28</sup>, o ya del CC, como ocurrió en Alemania a la hora de reformar el *BGB* en 2002<sup>29</sup>, según se verá con más detalle más adelante en este trabajo, o del correspondiente texto codificado unificado, caso de Holanda, con motivo de la reforma de su Código unificado<sup>30</sup>. En España, más en concreto, la reforma bien pudo afectar a los artículos 1.100 y 1.108 del CC y 63 y 341 del C. Com., conforme a los cuales en la compraventa el vendedor está obligado a entregar la cosa cuando el comprador haya pagado el precio y viceversa<sup>31</sup>, así como a la LCGC y a la LGDCU<sup>32</sup>. La justificación que se ha encontrado para la aprobación de esta ley espe-

<sup>25</sup> Es la tesis de AYALA MUÑOZ, J.M.ª, «La aplicación...», ob. cit., refiriéndose esencialmente a los contratos concertados con las Administraciones Públicas.

<sup>26</sup> Destaca la no retroactividad de la LCM MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad en los contratos privados de los empresarios», conferencia pronunciada en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 17 de febrero de 2005.

<sup>27</sup> En el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de noviembre de 2003, núm. 1-11) se admitió así la enmienda núm. 96 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso.

<sup>28</sup> Sobre la citada transposición francesa, *vid.*, por ejemplo, muy críticamente, MONTFORT, C., «Transposition...», ob. cit., págs. 381-405, esp. págs. 395-397, al tiempo que también refiere las modificaciones experimentadas en el Derecho público francés, relativas a la contratación con la Administración.

<sup>29</sup> En particular así lo destacan, por ejemplo, SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition of Directive 2000/35/EC on late payment into German National Law», *La armonización...*, ob. cit., pág. 285 y CIACCHI, A.C., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 197.

<sup>30</sup> En especial, sobre la transposición holandesa, FREUDENTHAL, M., «Implementation...», ob. cit., págs. 407-427.

<sup>31</sup> Como concluye ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 3; con carácter más general, también partidario de las reformas del CC y C. Com. («vino nuevo en odres viejos»), en espera de su inserción en la recodificación («vino nuevo en odres nuevos»), antes que de la elaboración de una nueva ley especial, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 828-829.

<sup>32</sup> Como defienden BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Morosos», *AC* núm. 19, febrero 2005, consultado en su versión electrónica en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), propugnando que la ley especial debió quedar reducida a su mínimo indispensable, .../...

cial es la complejidad y los problemas que acarrearía su incorporación a los antes citados textos legales, especialmente en lo que se refería al C. Com. dado su distinto ámbito subjetivo y objetivo a estos efectos respecto de la normativa comunitaria a transponer<sup>33</sup>. Pero, a mi juicio, tal opción contribuye a aumentar la selva legal en la que nos movemos, lo que incrementa la inseguridad jurídica<sup>34</sup>, y determina que resulte muy necesario el que fructifiquen los trabajos de la Comisión General de Codificación de los que da cuenta el Consejo de Estado en su antes referido dictamen a esta ley, para la integración de las disposiciones de esta misma ley en los textos legales antes apuntados. En todo caso, hay que admitir que tampoco la solución española es única en la Unión, pues, por ejemplo, también Bélgica, Italia y Luxemburgo dictaron leyes especiales de transposición al respecto.

Por último, una referencia a la posible virtualidad práctica de la ley objeto de este análisis. Frente a alguna opinión que ha destacado la importancia de la norma en el futuro comportamiento económico de las empresas españolas<sup>35</sup>, mi experiencia práctica del tiempo transcurrido desde su entrada en vigor en España me lleva a poner en cuarentena la aplicación real que se vaya a hacer de la misma en el futuro. A lo largo de este trabajo se podrán ver cuántos aspectos de la LCM son dispositivos y cuántos sujetos a la interpretación judicial con arreglo a cánones muy abiertos, lo que, unido a la realidad de un mercado cada vez más competitivo y difícil para las pequeñas y medianas empresas, milita en contra de la utilización que tales pequeñas y medianas empresas vayan a hacer de las manguadas armas de las que les dota el presente texto legal<sup>36</sup>.

.../...

y PARDO RODRÍGUEZ, J., «La nueva Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales», *AJU&M.*, núm. 11, 2005, pág. 75, añadiendo la necesidad de reformar la legislación del comercio minorista y en materia de contratación pública y eliminando la necesidad de cualquier nueva ley especial.

<sup>33</sup> Vid. el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 y FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra morosidad», *BIMJ*, año LIX, núm. 1.994, 1 de agosto de 2005, págs. 3.045-3.046, donde recoge la posición mantenida por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en su sesión de 7 de mayo de 2002, bajo la ponencia del Profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., en la que también solicitaba que la futura ley especial contuviese un mandato al Gobierno para que remitiese al Congreso un Proyecto de Ley de disposiciones generales sobre las obligaciones mercantiles a efectos de su integración, así como la posición posterior de la misma Sección citada favorable a integrar la Directiva 2000/35/CE en el C. Com.

<sup>34</sup> Como resalta RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal"...», ob. cit., págs. 4.373-4.374.

<sup>35</sup> VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 18.ª edición, ob. cit., pág. 828, habla, por ejemplo, de que esta LCM «tiene importancia histórica», mientras que desde el Ministerio de Justicia, el Subdirector General de Política Legislativa, FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., pág. 3.043, aventuraba un cambio notable en el comportamiento económico de las empresas en lo que se refiere al cumplimiento de sus obligaciones por influencia de la LCM.

<sup>36</sup> Como ejemplo que ya trascendió a la opinión pública está el caso de los fabricantes de hormigón que a primeros de 2006 denunciaron que las constructoras les adeudaban 1.200 millones de euros, haciendo sus pagos hasta 210 días, indicando que ningún fabricante va a denunciar judicialmente al constructor que le paga a destiempo, igual que el perro no muerde de la mano que le da de comer (diario *ABC*, 6 de febrero de 2006, pág. 63, y MARTÍNEZ DE EULATE, J., «Todo sigue igual», diario *Cinco Días*, 18 de enero de 2006, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.com](http://www.cincodias.com)). Por otra parte, BRACHFIELD, P.J., «¿Se aplica la Ley contra la morosidad?», diario *Cinco Días*, 4 de marzo de 2006, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.com](http://www.cincodias.com), refiere ejemplos en otros sectores, como el de la alimentación, en el que se sigue pagando a plazos de hasta 100 días, o el de la construcción en general, con pagos de suministros de proveedores hasta 200 días.

## 2. ÁMBITO OBJETIVO

El ámbito objetivo de la LCM resulta ya de la propia denominación de la misma, pues se trata de una ley que tiene por objeto la regulación de un aspecto particular de las operaciones comerciales, transacciones comerciales, por ejemplo, en la legislación italiana (art. 1.1 Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2002)<sup>37</sup> y en la luxemburguesa<sup>38</sup>. Por ello es preciso analizar qué son operaciones comerciales, puesto que en las operaciones no comerciales la LCM no es de aplicación. Pero resulta que a lo largo de toda la LCM no encontramos una definición de operaciones comerciales, que el legislador español parece dar por supuesta y que, por el contrario, sí aparece, aunque no sea del todo clara, en el artículo 2.1 de la Directiva 2000/35 o en el artículo 2.1 a) del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002, por ejemplo.

Para alcanzar un concepto de operaciones comerciales entiendo que es necesario acudir a la EM de la LCM, donde se hace referencia al «pago de deudas contractuales», mención que permite entender que las operaciones comerciales son, en primer lugar, contratos, como de hecho se explicitó, con mejor acierto a mi juicio, en la legislación italiana de transposición<sup>39</sup>.

Dando un paso más, podría pensarse que cuando se habla en la LCM de comerciales se podría estar haciendo uso de tal calificativo como equivalente a mercantiles, con lo que se podría plantear si está haciendo mención a los contratos mercantiles, lo que llevaría a tener que debatir si estamos ante contratos civiles o mercantiles en cada caso en particular, para sujetar a esta ley sólo los contratos mercantiles. Ello nos llevaría a la necesidad de analizar caso por caso la mercantilidad o no de cada contrato, uno de los más clásicos y complejos debates, como bien se conoce generalmente, en el ámbito del Derecho privado español.

Por mi parte, partidario como soy de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, considero que cuando el legislador habla de operaciones comerciales, hay que entender que se está haciendo referencia a contratos, en general, individualizados por el elemento subjetivo al que seguidamente haré referencia y por el hecho de que se encuentren insertos en lo que es la actividad comercial de los contratantes, entendiendo además esa actividad comercial en el sentido lato que deviene de la propia consideración amplia de la empresa que se hace en esta misma LCM y que seguidamente paso a analizar en el apartado siguiente de este trabajo. No se está, por tanto, ante una nueva categoría contractual en el ordenamiento jurídico español en general, sino ante un nuevo término jurídico que tiene por objeto delimitar el campo material de aplicación de la nueva ley, de modo que en todo lo que no resulta afectado por la misma dichos contratos se siguen rigiendo por las normas que

<sup>37</sup> Para consultar un análisis sobre esa noción italiana, cfr. RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., págs. 455-459 y LA SPINA, A., «La nullità...», ob. cit., pág. 119. Más en general, sobre la normativa italiana de transposición que acabo de referir, puede consultarse la bibliografía que sintetiza MEMMO, D., «I ritardi della p.a. tra normativa speciale e giurisdizione esclusiva», *CI*, 2004-1, págs. 116-117, nota (17).

<sup>38</sup> *Vid.* el análisis crítico del concepto que hace THEWES, M., «Les nouvelles règles en matière de délais de paiement en droit luxembourgeois», *REDC*, 2004/3, págs. 181-182, dejando planteada la duda de si cabe incluir supuestos tales como los contratos de *leasing* o de arrendamiento.

<sup>39</sup> *Vid.* el artículo 2.1 a) del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre.

hasta la fecha los venían rigiendo, tanto en lo relativo a conclusión, como a contenido o efectos <sup>40</sup>. La nueva LCM comprende, así pues, tanto a los contratos mercantiles como a los civiles <sup>41</sup>.

Antes de concluir con el estudio del ámbito objetivo es preciso destacar que el mismo, conforme al artículo 1 en relación con el artículo 2.1 c) de la LCM, comprende, dentro de esos contratos, la morosidad en el pago de las deudas dinerarias que sean la contraprestación a la entrega de bienes o a la prestación de servicios por la otra parte contratante <sup>42</sup>, esto es, el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago del precio de dichos contratos <sup>43</sup>. No se exige por la ley que tal precio se encuentre determinado desde el inicio en el contrato como cantidad líquida, por lo que también quedan comprendidos los precios que en el contrato aparezcan como deuda de valor, siempre que luego sean objeto de liquidación en la correspondiente factura <sup>44</sup> o en el pertinente requerimiento de pago <sup>45</sup>; nótese, en este sentido, que, de hecho, el artículo 3.1 de la LCM comienza haciendo referencia a «todos los pagos», expresión generalista que permite sostener, en este concreto ámbito, la interpretación extensiva que se acaba de referir, siempre teniendo en cuenta que debe tratarse de prestaciones pecuniarias, las únicas susceptibles, por lo demás, de generar intereses moratorios <sup>46</sup>.

Concluyendo, quedan excluidas del ámbito de esta ley:

- a) Toda deuda no dineraria, cuya satisfacción, como bien se sabe, puede ser también objeto de mora, sin que la misma quede sujeta a las consecuencias de la LCM. En este punto es preciso destacar que, a mi entender, el artículo 1 de la LCM es más claro que el artículo 1 de la Directiva 2000/35, ya que este último hace referencia a «los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales», lo que quizás podría permitir entender que también podrían incluirse los pagos por equivalencia al cumplimiento de prestaciones en especie. El artículo 1 de la LCM, al referirse al «pago de deudas dinerarias surgidas como contraprestación», entiendo que excluye esa posible interpretación, de modo que sólo las deudas dinerarias que sean contraprestación directa serán las susceptibles de generar, por la mora en su pago, las consecuencias especiales que contempla esta ley, de modo que los pagos en dinero por equivalencia a una contraprestación en especie quedan excluidos de la misma y sujetos al régimen ordinario de la mora en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>40</sup> Vid. RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., págs. 447 y 453, y BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., págs. 307-308.

<sup>41</sup> Con VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 17.ª edición, ob. cit., pág. 771, y 18.ª edición, ob. cit., pág. 829, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal"...», ob. cit., pág. 4.375.

<sup>42</sup> Cfr. los problemas que para ZACCARIA, A., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 432, en la doctrina italiana, plantea la precisión que se hizo en la transposición italiana acerca de su aplicación a los contratos que «en vía exclusiva o prevalente» comportan la entrega de bienes o la prestación de servicios, tanto en lo que se refiere a su interpretación, objetiva o subjetiva, como en lo relativo a su posible falta de adecuación a la Directiva transpuesta.

<sup>43</sup> Como explicita mejor el artículo 2.1 a) del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002.

<sup>44</sup> Con ZAHÍNO RUIZ, M.ª L., «La transposición...», ob. cit., pág. 359, nota (45), para integrar el contenido del concepto de factura hay que estar al artículo 6.1 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Impuesto sobre el Valor Añadido.

<sup>45</sup> RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., págs. 454-455.

<sup>46</sup> Como advierte ZACCARIA, A., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 434.

- b) Toda deuda dineraria que sea resultado de un contrato que no implique entrega de bienes o prestación de servicios, entendidos estos últimos como aquellos contratos en los que a cambio de un *facere* no subordinado se paga un precio y los primeros como los de simple intercambio de bienes por precio<sup>47</sup>, habiéndose apuntado por la doctrina italiana la inclusión en este tipo de operaciones comerciales incluso de los arrendamientos de locales de negocio que sean la sede empresarial del arrendatario o de sus actividades económicas, añadiendo por mi parte que también debe ser empresario, dedicado al negocio del arrendamiento de inmuebles, el arrendador<sup>48</sup>. Por tanto, un contrato de cesión de derechos queda excluido, mientras que, entre otros, se deben considerar incluidos los de compraventa, suministro, estimatorio, arrendamiento de cosa, arrendamiento de obra<sup>49</sup>, arrendamiento de servicios o mandatos<sup>50</sup>. Asimismo, también deben entenderse excluidas las operaciones financieras, máxime tomando en consideración el *iter* parlamentario de la LCM que deja clara la voluntad del legislador de excluir de su ámbito de aplicación a tales operaciones<sup>51</sup>.
- c) Toda deuda dineraria que tenga por objeto resarcir un daño causado en una relación extracontractual<sup>52</sup>.
- d) Toda deuda dineraria que sea resultado del incumplimiento de un contrato, puesto que la deuda dineraria ha de ser la prestación típica de una de las partes contratantes, no la reparación en especie de los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, lo mismo que ocurre en los supuestos de deudas dinerarias nacidas de la nulidad, anulación, rescisión o resolución de un contrato<sup>53</sup>, en cuanto que se trata de deudas secundarias, estando comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCM sólo las deudas primarias, que constituyen la contraprestación típica de la operación comercial<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> Son los que, en la doctrina italiana, RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., pág. 458, denomina contratos de cambio, puntualizando *loc. ult. cit.*, págs. 464-465, la exclusión de aquellos contratos de prestación de trabajos subordinados; en el mismo sentido, SPOTO, G., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 164, y en España BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., págs. 306-307.

<sup>48</sup> *Vid.* RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., págs. 466-467.

<sup>49</sup> En la práctica española se encuentra ya un primer intento de aplicar la LCM en este ámbito en la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Lleida de 8 de septiembre de 2005 (Ponente: Iltrma. Sra. D.ª Ana Cristina Sainz Pereda; *Jur.* 2006/51670), aunque luego se rechazó por causa de que estimó que no había deuda pendiente de pago susceptible de generar intereses moratorios.

<sup>50</sup> Sigo la enumeración abierta que aporta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 14, al tiempo que se muestra crítico con que el legislador no haya sido más concreto para restringir el ámbito de los contratos afectados a aquellos de los que estrictamente nazca un crédito comercial.

<sup>51</sup> Por ejemplo, REDONDO, F., «Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a las operaciones financieras», *dossier* en el diario *La Gaceta de los Negocios*, 2 de marzo de 2005, pág. 4, y FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., pág. 3.048.

<sup>52</sup> Así, RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., pág. 453.

<sup>53</sup> También RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., págs. 453 y 467.

<sup>54</sup> Como razona ZACCARIA, A., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 431.

- e) Toda deuda dineraria que sea resultado de una obligación *ex lege* <sup>55</sup>.
- f) Y las restituciones o reembolsos de gastos <sup>56</sup>.

### 3. ÁMBITO SUBJETIVO

Delimitado el ámbito objetivo de la LCM en los términos que acabo de analizar es necesario puntualizar que el artículo 3.1 de la LCM añade un requisito subjetivo adicional para que la misma ley resulte de aplicación, ya que exige que las antes citadas operaciones comerciales, de las que nace, como contraprestación, la obligación del pago de la deuda dineraria, estén concertadas entre empresas –fuera ya del ámbito del Derecho privado desde cuya perspectiva analizo la LCM, también se aplica la misma a los contratos entre empresas y la Administración– y como consecuencia lógica de ello excluye de su ámbito de aplicación [art. 3.2 a) LCM] las operaciones comerciales concertadas con consumidores.

El legislador español no ha seguido aquí el ejemplo alemán, donde el párrafo 286 (3) *BGB* permite que los contratos con consumidores sometan a estos últimos a este especial régimen moratorio, siempre que el consumidor esté debidamente informado de las consecuencias que se deriven de este tipo de mora, dado que se considera que la rigurosidad del mismo exige ese plus de información especial <sup>57</sup>. En España entiendo que, pese al silencio legal, es posible también tal pacto expreso, debiendo cuidarse de que el mismo respete tanto la LGDCU como la LCGC y en especial, en lo que se refiere a cuestiones de crédito, la Ley de crédito al consumo.

La noción que se viene a utilizar aquí de empresa es, una vez más, una noción amplia, que, en línea con lo ya ocurrido por ejemplo en la LCGC de 1998, identifica empresarios en sentido estricto y profesionales <sup>58</sup>. Por ello, el artículo 2 a) de la LCM considera que empresa es «cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional».

<sup>55</sup> Como resulta asimismo apuntado por RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., pág. 453.

<sup>56</sup> Vid. RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., pág. 454, razonando que lo que se busca por el legislador, en su caso italiano y, añadido por mi parte, en el nuestro español, es privilegiar el cambio, la circulación de la riqueza a la que está preordenada el contrato, excluyendo aquellas formas de pago que constituyen medios de reintegración patrimonial, como son las restituciones, los reembolsos y los resarcimientos de daños.

<sup>57</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Un nuevo Derecho de obligaciones: la reforma 2002 del BGB», *ADC*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre 2002, pág. 1.171, EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB tras la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002», *ADC*, tomo LVI, fascículo IV, octubre-diciembre 2003, pág. 1.592 y SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», ob. cit., págs. 292-293 y 295, al analizar el párrafo 286 (3) *BGB*, que también transpone al nuevo Derecho de obligaciones alemán la Directiva 2000/35; puede consultarse el texto del citado párrafo en traducción castellana de VIVES MONTERO, M.ª L., «Traducción de la reforma 2002 del BGB», *ADC*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre 2002, así como en traducción de EBERS, M., «La nueva...», ob. cit., pág. 1.605; si se quiere consultar una traducción al inglés puede consultarse también SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», ob. cit., págs. 300-301.

<sup>58</sup> Vid. la crítica de AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 3, al empleo del término empresa en el antes citado sentido subjetivo.

Es interesante que se haya dejado claro que la LCM se aplica a los contratantes que sean personas físicas, puesto que, a mi juicio, con el artículo 2.1 de la Directiva 2000/35 tal circunstancia no quedaba clara, ya que identificaba el concepto de empresa con el poco jurídico de «organización». También se podría haber dicho, como de hecho se hizo en Italia, que el empresario es cualquier sujeto, lo que podría haber evitado problemas interpretativos sobre qué es empresa a estos efectos <sup>59</sup>, y además hubiera permitido una más directa adaptación a la Directiva 2000/35, ya que la misma contempla en su ámbito subjetivo también a otras formas jurídicas carentes de personalidad <sup>60</sup>.

De otro lado, la LCM se aplica tanto a los comerciantes y empresarios como a los profesionales liberales <sup>61</sup> a los trabajadores autónomos <sup>62</sup>, a los empresarios agrícolas <sup>63</sup> o a los artesanos <sup>64</sup> cuando actúen unas y otros en el ámbito de sus correspondientes actividades económicas o profesionales. Es cierto que la LCM identifica empresarios o comerciantes y profesionales liberales en relación con su ámbito particular de aplicación, pero también es cierto que, a mi juicio, es una muestra más de que el legislador camina decididamente por dar reconocimiento legal a la práctica identidad que en la actualidad presentan unos y otros <sup>65</sup>. Por supuesto que cuando la ley habla de profesionales también comprende a los abogados o a los médicos, en el cobro, por ejemplo, de sus minutas por servicios prestados a empresas <sup>66</sup>.

<sup>59</sup> *Vid.* el artículo 2.1 c) del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre. En línea con la solución italiana, la enmienda núm. 10 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida defendió que se hiciese aquí referencia a personas físicas o jurídicas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14).

<sup>60</sup> Como ya advertió el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003; en la doctrina, «Legalia Abogados», *Guía...*, ob. cit., pág. 13, impetra la actuación de la jurisprudencia para que permita comprender en la noción de empresa a efectos de la LCM a las formas jurídicas carentes de personalidad.

<sup>61</sup> Sus tres círculos concéntricos de la noción de empresarios, como recuerda VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 18.ª edición, ob. cit., pág. 829. Para BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., págs. 308-309, por el contrario, aquí se estaría ante los profesionales liberales como ficción legal de empresa.

<sup>62</sup> Evidentemente los trabajadores en sentido estricto no son sujetos objeto de esta ley, como también dice AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 3; respecto de la inclusión de los trabajadores autónomos en sentido directo ZACCARIA, A., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 433.

<sup>63</sup> En Italia, ZACCARIA, A., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 433.

<sup>64</sup> En este último sentido, en Italia, MENGONI, L., «La Direttiva 2000/35/CE in tema di *mora debendi* nelle obbligación pecuniarie», *EDP*, 2001-1, pág. 74, LA SPINA, A., «La nullità...», ob. cit., pág. 120 y SPOTO, G., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 168; en España, BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., pág. 309, apoyándose en la extensión que se hace de la empresa a los profesionales liberales.

<sup>65</sup> Hace hincapié RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», ob. cit., pág. 520, en que la Directiva 2000/35, al identificar comerciantes y profesionales «no significa que los Estados miembros deban tratarlos (a los profesionales) como empresas o comerciantes en aspectos no regulados por la Directiva», como ya dijo literalmente el Considerando 14 de la Directiva 2000/35; en el mismo sentido, también respecto de la Directiva, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva 2000/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales, un eficaz intento para luchar contra la morosidad», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 1.743.

<sup>66</sup> Como advierten WERY, P., «La Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales», *Jornal des Tribunaux*, 20 de diciembre de 2003, núm. 6.119, pág. 871, a propósito de la legislación belga y THEWES, M., «Les nouvelles...», ob. cit., pág. 181, en relación con la legislación luxemburguesa.

El artículo 3.1 *in fine* de la LCM añade que también se aplica la LCM a las operaciones comerciales realizadas entre contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas, especificación que considero innecesaria por cuanto que tanto unos como otras son empresas y ya por este motivo quedan sujetas a la aplicación de esta ley.

En su momento, el PLCM contenía un artículo 3.2 de la LCM que establecía la aplicación supletoria de la misma respecto de la contratación pública, entendiendo por tal la regida por la ley de contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, después de haberse establecido en el artículo 1 de la LCM (y corroborado en el art. 3.1 LCM) que en el ámbito objetivo de la ley quedaban comprendidos los contratos entre empresas y la Administración y contrariando con ello la previsión comunitaria de que no sea dable al Estado miembro la limitación de su aplicación en este ámbito, razón por la cual es positivo que tal previsión desapareciese ya en el PLCM 2004<sup>67</sup>. Dentro de la noción legal de Administraciones Públicas quedan, por tanto, comprendidas las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las entidades locales, y los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, o que desempeñen actividades mayoritariamente financiadas por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros, más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho público<sup>68</sup>.

#### 4. OPERACIONES COMERCIALES EXCLUIDAS

Al margen de la exclusión, que acabo de anticipar en el apartado anterior, de los contratos celebrados con consumidores, el artículo 3.2 de la LCM contiene otras exclusiones, siguiendo parte de las restricciones del ámbito material de la ley de transposición que permitía el artículo 6.2 de la Directiva 2000/35.

Por ello, el legislador español procedió a excluir:

a) En primer lugar, a las operaciones comerciales cuyo pago es instrumentado en títulos cambiarios. En este punto, la redacción de la LCM es ciertamente oscura, porque dice, por lo que aquí interesa, que quedan fuera de su ámbito de aplicación «los intereses relacionados con la legislación

<sup>67</sup> En la doctrina, a favor de la supresión del artículo 3.2 del PLCM 2003, ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El Proyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: aspectos básicos», *La Ley*, núm. 5.950, 9 de febrero de 2004, pág. 2.

<sup>68</sup> Sobre la similar amplitud de la noción de Administración Pública, esta vez a propósito del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002, *vid.* MEMMO, D., «I ritardi...», *ob. cit.*, págs. 117-118, refiriendo los casos del Estado, las regiones, las provincias autónomas de Trento y del Bolzano, los entes públicos territoriales, los entes públicos no económicos y los entes públicos o privados que pertenecen al aparato administrativo público por la naturaleza de los intereses perseguidos.

en materia de cheques, pagarés y letras de cambio». Hay que recordar que el Proyecto de Ley decía «los intereses relacionados con otros pagos como los efectuados, en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio», lo que era reproducción literal del artículo 3.2 del PLCM 2003. Es de destacar que esta oscura y confusa redacción<sup>69</sup> es fruto de la ofuscación del legislador y de un mal entendido seguidismo de la Directiva 2000/35/CE, que igual de oscura resulta en su Considerando 13, cuando literalmente dispone que «conviene limitar el alcance de la presente Directiva a... los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio...», olvidando que los Considerandos de las Directivas sólo sirven para interpretarlas pero carecen de valor normativo<sup>70</sup>, esto es, no precisan de transposición ni pueden servir para aprobar normas internas que contradigan una norma de la propia Directiva sí necesitada de transposición. Es preciso detenerse, por tanto, en la interpretación de este precepto español para aprehender su verdadero significado, máxime teniendo en cuenta su trascendencia práctica, pues es de todos conocida la frecuencia con que en el tráfico mercantil se emplean los títulos cambiarios como medio de pago.

Durante la tramitación parlamentaria de la LCM ya se apreció la imprecisión de la citada expresión –algo que ya había ocurrido durante la tramitación del PLCM 2003 en la VII Legislatura y que también había advertido el dictamen del Consejo de Estado al entonces Anteproyecto de LCM– y así se propuso, en diversas enmiendas en el Congreso y en el Senado, que el texto legal pasase a decir «los pagos efectuados mediante cheques, pagarés y letras de cambio»<sup>71</sup>, con lo que hubiese quedado claro que quedaban excluidos los pagos instrumentados en tales efectos cambiarios.

Ahora bien, las citadas enmiendas no triunfaron, y el texto definitivo de la LCM pasó de «intereses relacionados con otros pagos...» a «intereses relacionados con la legislación...».

A partir de esta redacción tan confusa se pueden mantener tres interpretaciones:

- Entender que están excluidos los pagos a través de efectos cambiarios. Algo que, en su momento, ya sugirió también el dictamen del Consejo de Estado al PLCM 2003, cuando dijo que «debería precisarse si se considera que quedan al margen de la presente ley los pagos que quedan instrumentados en documento que lleven (*sic*) aparejada acción cambiaria» y

<sup>69</sup> Como bien dice ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 15, nota (43) «esta norma parece redactada por alguien sin conocimientos jurídicos» y da lugar, *loc. ult. cit.*, pág. 16, a que resulte un acertijo tratar de explicar su significado; en similar sentido, AGUILAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 4, considera que el precepto hace una «misteriosa referencia».

<sup>70</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 17.

<sup>71</sup> Enmienda núm. 2 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10) y enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Mixto del Senado y núm. 32 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, VIII Legislatura, Serie II, Proyectos de Ley, 23 de noviembre de 2004, núm. 2 c), justificadas ambas como una enmienda técnica para evitar la progresiva apertura de las exclusiones, dando por supuesto, por tanto, que la redacción proyectada ya comprendía la exclusión de los pagos efectuados mediante cheques, pagarés y letras de cambio.

que viene siendo sobrentendido en la doctrina relativa al citado PLCM <sup>72</sup>, así como en la que ya se ha pronunciado sobre la LCM <sup>73</sup>. Es la interpretación, a mi juicio, más lógica, toda vez que de lo contrario se podría llegar a dar la siguiente situación absurda. Piénsese en una letra de cambio aceptada a ciento veinte días, pacto que sería nulo por abusivo de no entenderse que la letra excluye el plazo de la aplicación de la LCM; pues bien, de darse tal nulidad, resultaría que los ciento veinte primeros días generarían un interés de demora superior al que se devengaría en caso de impago de la letra de cambio (interés legal más dos puntos, conforme a la Ley Cambiaria y del Cheque), cuando la primera demora fue pactada y la segunda se debió al incumplimiento de un compromiso de pago. El riesgo a que lleva esta exclusión es, en todo caso, claro: puede generalizarse el empleo de dichos medios de pago como instrumento que permitirá eludir la aplicación de la LCM, de modo que la misma puede llegar a convertirse en simple papel mojado, aunque ello a cambio de dotar a los acreedores de un título ejecutivo cambiario, fácilmente descontable además <sup>74</sup>;

- Entender que sólo están excluidos los intereses devengados por el impago de los efectos cambiarios, sujetos a la legislación cambiaria y del cheque. Es justamente esta interpretación la que conduce, a mi entender, a la conclusión absurda que acabo de apuntar anteriormente; o
- Entender que sólo están excluidos los pagos a través de efectos cambiarios cuando los mismos operen como títulos abstractos, al margen de una operación comercial <sup>75</sup>. Es una interpretación que tampoco comparto porque en ese caso la exclusión deviene de la desconexión del pago con una operación comercial que le sirva de sustento, por lo que no tendría sentido que el legislador hubiese contenido previsión expresa alguna al respecto, que además sería redundante.

b) En segundo lugar, a los pagos de dinero de indemnizaciones por daños, incluidos tales pagos de indemnizaciones por daños <sup>76</sup> realizados por entidades aseguradoras, y también, a juicio de la doctrina, los pagos de las Administraciones Públicas en materias tales como la responsabilidad patrimonial o el abono del justiprecio de expropiaciones <sup>77</sup>, supuesto este último que, a mi juicio, debe excluirse más bien por causa de que no se trata de ninguna operación comercial. Es una exclusión que si se trata de indemnizaciones de daños extracontractuales resulta innecesaria, ya que no hay que olvidar

<sup>72</sup> Así, ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El Proyecto...», ob. cit., pág. 2, cuando ya refería que el entonces artículo 3.3 del PLCM de 2003 excluía «los pagos efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio», o PARDO RODRÍGUEZ, J., «La nueva Ley...», ob. cit., pág. 72, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal"...», ob. cit., pág. 4.376 y REDONDO, F., «Aplicación...», ob. cit., pág. 3.

<sup>73</sup> Aunque ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., págs. 15-18, expone las otras dos posibles interpretaciones que refiero en este trabajo, entiendo que al final, *loc. ult. cit.*, pág. 24, en sus observaciones finales, se inclina por entender que la exclusión legal se refiere a los «pagos realizados a través de documentos cambiarios».

<sup>74</sup> Así lo ponen de relieve «Legalia Abogados», *Guía...*, ob. cit., pág. 12 y FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., págs. 3.058-3.059.

<sup>75</sup> Es la interpretación de AGUILAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 5.

<sup>76</sup> Trató de dejarlo más claro la enmienda núm. 2 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10).

<sup>77</sup> FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., pág. 3.048.

que estamos en el ámbito de las relaciones contractuales. Si se trata de indemnizaciones de daños contractuales en dinero, entiendo que tampoco era necesario que el legislador hubiese previsto esta expresa exclusión, pues no hay que olvidar que ya el artículo 1 de la LCM refiere claramente que se aplica al pago de deudas dinerarias surgidas como contraprestación, no constituyendo, a mi juicio, una indemnización de daños, en sentido estricto, una contraprestación contractual, sino una consecuencia de un incumplimiento del contrato (art. 1.124 CC). De esta forma, ni tan siquiera el contrato que proceda a concretar el contenido de una obligación de resarcimiento estará comprendido en el ámbito objetivo de esta ley, puesto que tampoco existe una contraprestación en sentido estricto <sup>78</sup>.

c) En tercer lugar, los pagos de dinero que constituyen deudas sujetas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, lo que permite apreciar que estamos ante una legislación extraconcursal <sup>79</sup>. Aquí el legislador vuelve a dar una redacción confusa, entiendo que motivada porque al tiempo de su elaboración había varios procedimientos concursales en nuestro ordenamiento jurídico (concurso, quita y espera, suspensión de pagos y quiebra). Con motivo de la entrada en vigor de la LC de 2003, que unificó en uno solo los cuatro procedimientos concursales antes expuestos, entiendo que la dicción plural de la ley ha de entenderse en singular, para considerar que se está haciendo referencia a la exclusión de las deudas de dinero del deudor sujeto a concurso. Sigue habiendo, eso sí, un problema interpretativo con la referencia que la LCM hace a que se trate de procedimientos concursales incoados contra el deudor, lo que podría dar lugar a entender que se estuviera haciendo referencia sólo al concurso instado por los acreedores contra el deudor, cuando entiendo que, en realidad, se hace referencia también al concurso instado por el propio deudor. Ello porque de esta forma se satisface la finalidad, que comparto, perseguida por el legislador al excluir la aplicación de esta LCM en todo concurso: evitar la creación de unos nuevos créditos que bien habrían de ser preferentes o que, en todo caso, vendrían a engrosar el pasivo del deudor concursado <sup>80</sup>. Además, el artículo 59.1 de la LC previene el no devengo de intereses en todos los concursos, sean voluntarios o necesarios, y dicho precepto debe entenderse aplicable, en cuanto que ley especial, también tras la entrada en vigor de la LCM <sup>81</sup>. El problema de esta exclusión, ya apreciado por la doctrina española, es que el deudor pueda servirse del concurso voluntario preventivo de morosidad para evitar la aplicación de la LCM, ya que le bastaría con promover el concurso, una vez que acreditase que prevé que en el futuro no podrá cumplir puntual y regularmente sus obligaciones (insolvencia inminente *ex art. 2.3 LC*), para evitar las consecuencias perjudiciales que se derivan de la LCM, aunque, eso sí, a costa de arrostrar los costes economi-

<sup>78</sup> Vid. RUSSO, E., «La nuova...», ob. cit., pág. 465.

<sup>79</sup> Como ya advirtieron BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia», *TJ* núm. 4, abril 2001, pág. 34, a propósito de la Directiva 2000/35 y GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Los presupuestos del concurso», *La Ley*, núm. 6.250, 11 de mayo de 2005, pág. 7, respecto de la legislación vigente, y defendió PULGAR EZQUERRA, J., «La aprobación...», ob. cit., pág. 3.

<sup>80</sup> Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», ob. cit., págs. 524-525, cuando ve en esta exclusión la finalidad de evitar la creación de nuevos acreedores con beneficio de ejecución separada. A mi juicio, si no se hubiese establecido esta exclusión sí que se hubiese engrosado el pasivo del deudor, pero no encuentro de dónde puede extraerse que ello hubiera supuesto un nuevo derecho de ejecución separada, pues, de hecho, nada se contempla en tal sentido ni en el texto de la LCM ni antes en el texto de la Directiva 2000/35.

<sup>81</sup> AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 4.

cos y la pérdida de imagen comercial derivada de la sujeción a un concurso<sup>82</sup>. Para algún sector de la doctrina, además, esta situación es positiva, porque considera que el más poderoso instrumento contra la morosidad es el concurso por insolvencia inminente<sup>83</sup>, tesis de la que discrepo porque el concurso puede llevar acarreados perjuicios para los acreedores, que no se producen en el caso de hacer valer la LCM y conseguir su efectiva aplicación.

d) En cuarto lugar, a las deudas por pagos en contratos de compraventa y afines<sup>84</sup> a proveedores del comercio por parte de los comerciantes minoristas que, a su vez, venden a consumidores<sup>85</sup>, que regula imperativamente el inaplicado en la práctica artículo 17 de la LOCM<sup>86</sup> –con la redacción incorporada al mismo por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre–, respecto de los que la LCM se aplica de forma supletoria (disp. adic. única LCM<sup>87</sup>), con una previsión no contemplada en la Directiva 2000/35/CE<sup>88</sup>. Por tanto, en este caso, habrá que estar al régimen especial de aplazamientos, de mora y de intereses moratorios en los pagos que se regulan en el citado artículo 17 de la LOCM<sup>89</sup>. Ahora bien, la LCM aprovecha, en su disposición final segunda.uno, para modificar el artículo 17.3 de la LOCM, lo que permite evitar que en dicho ámbito los plazos de pago puedan seguir siendo los a todas luces desproporcionados, por excesivos, de ciento veinte o incluso ciento ochenta días<sup>90</sup>. Más ade-

<sup>82</sup> Como aprecia PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», ob. cit., págs. 4-5, «Algunas consideraciones...», ob. cit., pág. 4 y *La declaración...*, ob. cit., págs. 387, 397 y 398-399, cuando analiza con detalle la relación entre insolvencia y morosidad, llegando a propugnar la eliminación de la posibilidad de solicitar concurso voluntario por el deudor que prevé que no podrá cumplir puntualmente sus obligaciones, para dejar tales situaciones sujetas en exclusiva a la LCM.

<sup>83</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Los presupuestos...», ob. cit., pág. 7.

<sup>84</sup> Enumera ALONSO ESPINOSA, F.J., «Régimen general de la actividad comercial "minorista" (Algunas notas sobre las Leyes estatales 2/1996 y 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y la Ley murciana 10/1998, de 21 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista en la región de Murcia)», *RDM*, núm. 231, enero-marzo 1999, pág. 33, los casos de contratos de agencia, franquicia, concesión y suministro, que impliquen obligaciones de suministro o entrega de mercancías.

<sup>85</sup> A propósito de este ámbito subjetivo concreto, *vid.* en la práctica la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de febrero de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Artero Mora; *Jur.* 2002/160913), con detallada referencia a la doctrina científica que se ha pronunciado en el mismo sentido. En dicha doctrina científica, *cfr.* la opinión discrepante de ALONSO ESPINOSA, F.J., «Régimen...», ob. cit., pág. 32.

<sup>86</sup> Como ya reconoció suavemente MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit.

<sup>87</sup> *Vid.* la dura enmienda núm. 10 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10), donde proponía su supresión al calificarla de «típica norma producto de "lobby"».

<sup>88</sup> Lo que plantea serias y fundadas dudas acerca de la corrección de la transposición en este punto a PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, ob. cit., pág. 393.

<sup>89</sup> De propósito no entro en el análisis detallado del artículo 17 de la LOCM, suficientemente tratado por la doctrina española especializada. Así, *vid.* PORTELLANO DIEZ, P., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, PIÑAR MAÑAS, J.L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Civitas, Madrid, 1997, págs. 151-158, MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 323-344, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen...*, ob. cit., págs. 262-285, ALONSO ESPINOSA, F.J., «Régimen...», ob. cit., págs. 32-35 y GARCÍA MANDALONIZ, M., «La lucha...», ob. cit., págs. 16-20.

<sup>90</sup> Como se puso de relieve durante la tramitación del entonces Proyecto de Ley en el Congreso: enmiendas núms. 3 y 27 de supresión del Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, .../...

lante me referiré con detalle a las consecuencias de la reforma del artículo 17.3 de la LOCM, al analizar la determinación de los plazos de pago.

A tenor de lo expuesto, la supletoriedad de la LCM en este ámbito queda, a mi juicio, reducida a la adición a las consecuencias que para la morosidad contempla el artículo 17.4 de la LOCM de la indemnización por costes de cobro que regula el artículo 8 de la LCM a cargo del deudor moroso, en este caso, del comerciante moroso respecto de su proveedor. Se trata de una medida perjudicial adicional que viene a integrar una laguna que se había advertido por la doctrina al analizar el artículo 17.4 de la LOCM <sup>91</sup>, pero que puede tener escasa aplicación práctica, ante el temor del proveedor de perder su cliente por causa de tanta carga por consecuencia de su morosidad <sup>92</sup>.

Por el contrario, la LCM optó por no excluir ni las deudas devengadas de contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002 –por ello antes he defendido que si se entiende aplicable el efecto directo de la Directiva 2000/35, habrá que estar a la fecha del devengo del pago, no a la fecha del contrato del que derive el mismo– ni las reclamaciones de intereses de menos de cinco euros <sup>93</sup>.

Por último, es de destacar que la enumeración de exclusiones que contiene el artículo 3.2 de la LCM, aunque el mismo no lo diga, es simplemente ejemplificativa, no taxativa, pues, en realidad, quedan excluidos también todos aquellos contratos que no encajan en la delimitación del ámbito objetivo de la ley que se efectúa en los artículos 1 y 3.1 de la misma.

.../...

VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14 y *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 269, 28 de julio de 2003). En contra de dar más prórrogas a la aplicación de la Directiva comunitaria en este punto, máxime teniendo en cuenta su retrasada transposición, la enmienda núm. 14 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10), proponiendo la supresión de la disposición adicional segunda de la LCM.

<sup>91</sup> Sobre tal laguna, por la insuficiencia disuasoria, a su juicio, del interés moratorio agravado previsto en el citado artículo 17 de la LOCM, *vid.* MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 342-343.

<sup>92</sup> De hecho ya, por esa misma causa, PORTELLANO DÍEZ, P., *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 158, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)», *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, volumen II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 949-950, y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen...*, *ob. cit.*, pág. 285, apuntaban a que el régimen especial de intereses moratorios agravados del artículo 17.4 de la LOCM tendría escasa aplicación práctica. El análisis detallado de los repertorios jurisprudenciales electrónicos al uso me ha permitido constatar que tal opinión se ha visto confirmada, pues incluso en la práctica judicial son escasísimos los supuestos en que se han aplicado los intereses moratorios del artículo 17.4 de la LOCM, por lo que es lógico suponer que sin controversia judicial tal aplicación viene siendo aún menor. En todo caso, PULGAR EZQUERRA, J., «La aprobación...», *ob. cit.*, pág. 3, y «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO ÚREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirección), Dilex, Madrid, 2003, pág. 75, ve preferible la inclusión de esta compensación razonable a la anticipación del concurso por causa de la morosidad.

<sup>93</sup> Sí contiene tales exclusiones, por ejemplo, el artículo 1.2 del Decreto 231/2002, de 9 de octubre, italiano.

## 5. MORA SUPER-AUTOMÁTICA

El artículo 5 de la LCM contempla un supuesto de mora super-automática –mora *ex re*, para las doctrinas italiana<sup>94</sup> y española<sup>95</sup>–, que excluye la aplicación de los artículos 1.100, 1.108 y ss. del CC<sup>96</sup> y más en concreto de los artículos 62 y 63 del C. Com.<sup>97</sup> –salvo como más adelante se verá en aquello que beneficie al acreedor–, y que acarrea también, aunque la ley sólo contemple el pago del interés fijado en la misma, en su caso, el pago del interés moratorio pactado<sup>98</sup>; este último, a diferencia del legal, conviene recordar que puede incurrir en usura<sup>99</sup>.

El deudor de la prestación de dinerario incurre en mora no sólo sin necesidad de que exista intimación de pago por parte del titular del derecho de cobrar la deuda dineraria existente, sino incluso sin necesidad de que exista un previo aviso de vencimiento por parte de ese acreedor. Eso sí, por supuesto que es necesario que se haya producido el vencimiento del plazo para efectuar el pago del precio cierto de la operación comercial<sup>100</sup>, debiendo entenderse, aunque no lo diga la LCM pero sí lo haga la Directiva 2000/35 en su artículo 3.1 a), que el interés moratorio se devenga desde el día siguiente al del vencimiento del plazo legal o convencional de pago<sup>101</sup>; el vencimiento del plazo se sigue, por lo demás, rigiendo por sus reglas generales, pudiendo por tanto fijarse una fecha concreta de vencimiento por el calendario o en referencia a otros factores, como determinadas festividades o el momento de entrega de las mercancías, por ejemplo<sup>102</sup>. Se está, por tanto, ante un plazo de pago en sentido estricto, esto es, ante un intervalo temporal en el que debe verificarse el pago, vencido el cual es cuando nace la mora, y respecto del que se hace abstracción de que el mismo tenga mayor o menor extensión<sup>103</sup>.

<sup>94</sup> Por ejemplo, ROSSI, G., «Il ritardo...», ob. cit., pág. 567, nota (4).

<sup>95</sup> Por ejemplo, BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., págs. 326-328 y ZAHÍNO RUIZ, M.<sup>a</sup> L., «La transposición...», ob. cit., pág. 362.

<sup>96</sup> Sobre la mora en general en nuestro Derecho *vid. esp.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora del deudor y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996 y «La Directiva...», ob. cit., págs. 1.732-1.740.

<sup>97</sup> *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva...», ob. cit., págs. 1.740-1.742, ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El Proyecto...», ob. cit., págs. 4-5, y BAENA RUIZ, E., «La Ley...», ob. cit., pág. 188.

<sup>98</sup> El dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 pidió la inclusión expresa de esta previsión en la ley, laguna que, en todo caso, a mi juicio, puede ser fácilmente suplida vía interpretación sistemática del precepto. A favor de tal previsión expresa las enmiendas núm. 32 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, 60 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y 82 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10).

<sup>99</sup> Sobre la aplicación de la legislación italiana sobre usura en este caso concreto, *cfr.* RICCIO, A., «Gli interessi...», ob. cit., págs. 556-565.

<sup>100</sup> Lo que el legislador expresa con la referencia al «mero incumplimiento del pago», expresión que recibe la crítica de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 15, nota (43), porque como pago y cumplimiento son sinónimos es como si la ley dijera el «incumplimiento del cumplimiento».

<sup>101</sup> Sí lo dice así también expresamente el artículo 4.1 del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre, en Italia.

<sup>102</sup> Con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva...», ob. cit., pág. 1.743 y SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», ob. cit., pág. 291, destacando este último la deficiente transposición alemana al párrafo 286 (2) *BGB*, por causa de remitirse únicamente a la previsión de una fecha para el pago calculable con la ayuda del calendario.

<sup>103</sup> *Cfr.* los problemas que en la transposición alemana plantea el párrafo 286 (2) *BGB* al referirse a la concurrencia de un plazo adecuado para el cumplimiento del contrato, como pone de relieve SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», ob. cit., págs. 291-292.

Tal plazo para efectuar el pago se regula en el artículo 4 de la LCM, mediante la definición de los hitos temporales inicial y final del mismo:

a) Prima el plazo de pago pactado por los contratantes <sup>104</sup>, sin que en este punto se establezca un límite legal específico para dicho plazo, de modo que cabe pactar la simultaneidad <sup>105</sup>, ni se exija forma alguna para el mismo <sup>106</sup>. Opera, eso sí, el límite de la no abusividad que analizo más adelante. Por ello, de conformidad con esta LCM los contratantes pueden pactar el plazo que tengan por conveniente, sin que ello suponga la derogación de otros límites máximos que se puedan establecer en el ordenamiento jurídico para determinados contratos; estoy pensando ahora, por ejemplo, en el artículo 17 de la LOCM, ahora modificado y cuyos plazos son preferentes respecto de lo previsto en la LCM por parte de la disposición adicional única de esta última.

b) En defecto de pacto sobre el plazo para efectuar el pago, el artículo 4.2 de la LCM establece las siguientes modalidades de plazo máximo legal para efectuar tal pago en las que siempre juega, salvo en materia de contratación pública (disp. final primera LCM) con un plazo de treinta días, situándose así en la parte más exigente de la horquilla de treinta a sesenta días que permite la Directiva 2000/35 <sup>107</sup>. Es posible, por tanto, que las partes pacten que el plazo de devengo de la mora sea inferior a los citados treinta días, pero también es posible que se amplíe por pacto expreso, porque la ley reconoce la autonomía privada <sup>108</sup>, en línea con lo ya previsto por el artícu-

<sup>104</sup> Nótese la diferencia que existe en este punto entre contratación privada y contratos con las Administraciones Públicas, pues en estos últimos y fuera de los contratos entre contratistas y subcontratistas o suministradores, no cabe pacto alguno que permita alterar los plazos legales de pago de sesenta días (art. 99.4 LCAP) y un mes (art. 110.4 referido texto legal), como razona el Informe 5/05, de 11 de marzo de 2005 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa («sobre posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación basados en la reducción del tipo de interés a pagar en supuestos de demora y tipo de interés aplicable, como consecuencia de la modificación del art. 99.4 de la ley por la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales»), aclarando más tarde el Informe 54/05, de 19 de diciembre de 2005 («cuestiones relacionadas con el pago de los contratos y la aplicación del interés de demora. Cumplimiento de la obligación contractual por el acreedor») que se encuentran en la misma situación los pagos por materiales acopiados y por instalaciones o equipos en la citada contratación pública.

<sup>105</sup> Con BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., pág. 325.

<sup>106</sup> Sí exige la forma escrita el artículo 4.4 del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre, en Italia para el pacto de intereses moratorios convencionales superiores a los legales en los contratos que tengan por objeto la cesión de productos alimenticios deteriorables.

<sup>107</sup> En el Derecho comparado *vid.* el artículo 4.3 del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre, italiano, que sí acoge el plazo máximo de los sesenta días, para los contratos que tengan por objeto la cesión de productos alimenticios deteriorables, en cuyo caso tal plazo no es susceptible de ampliación por pacto entre los contratantes, se devenga siempre desde la fecha de recepción o retirada de los productos, y además va acompañado del establecimiento de un interés moratorio adicional inderogable de nueve puntos por encima del tipo de interés moratorio de referencia, que allí se regula en el artículo 5 de dicho Decreto Legislativo 231/2002. Sobre este supuesto en concreto, *vid.* RUSSO, E., «La nueva...», ob. cit., págs. 478-480. En Bélgica, *vid.* también los artículos 4 a 6 de su Ley de 2 de agosto de 2002 y el comentario de WERY, P., «La Loi...», ob. cit., pág. 877. Otro ejemplo es el de la Ley luxemburguesa de 18 de abril de 2004, que estableció un plazo de pago de treinta días cuando el deudor es un comerciante, un poder público o un profesional independiente, y un plazo de tres meses cuando el deudor es un consumidor; *vid.* THEWES, M., «Les nouvelles...», ob. cit., págs. 180, 182 y 186-188. En fin, destaca la subsidiariedad del plazo legal en la doctrina científica española MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit.

<sup>108</sup> *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Morosos», ob. cit.

lo 61 del C. Com.<sup>109</sup>, lo que puede convertir en papel mojado el teórico avance que supone la ley<sup>110</sup>, siempre, eso sí, dentro de los límites de la no abusividad que también analizo en este trabajo. Como, además, será frecuente que ese pacto de ampliación de plazos se prevea a través de condiciones generales de la contratación será preciso que en tal caso dichas condiciones respeten asimismo lo previsto en la LCGC de 13 de abril de 1998<sup>111</sup>. Partiendo de esta base, hay que destacar que los plazos legales de pago son, en función de un *dies a quo* variable y no jerarquizado<sup>112</sup>:

1. Treinta días contados desde la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente. Se está, por tanto, ante una novedad frente a lo que es el régimen general de la compraventa, conforme al cual el pago, a falta de pacto expreso, deberá hacerse el mismo día de recepción de las mercancías (arts. 1.500 CC, 339 C. Com. y 58.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)<sup>113</sup>; por tanto, se da la paradoja de que una medida legal de pretendida lucha contra la morosidad dilata el plazo legal de pago ya existente<sup>114</sup>. Por otro lado, la exigencia de la factura u otra solicitud de pago –no, por ejemplo, un simple recordatorio de pago– implican que se consideren un requerimiento de pago<sup>115</sup>, pero un requerimiento de pago que no desencadena la mora sino que hace que empiece a contar el plazo a cuyo vencimiento se desencadena la mora<sup>116</sup>. El problema práctico con el que fundamentalmente se encontrará quien pretenda aplicar este supuesto va a ser el de poder acreditar la fecha de recepción de la factura o de la solicitud de pago equivalente, cuestión que queda sujeta al empleo de los medios de prueba, entre los que, a mi juicio, con el futuro desarrollo de la factura electrónica, están llamados a

<sup>109</sup> Como ya advirtieron SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, 28.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 172.

<sup>110</sup> Comparto la crítica en este sentido a la LCM, DE SÁNCHEZ CORZO, J. y NEBRA TRIGUEROS, S., «Un texto esperado, pero decepcionante», diario *Cinco Días*, 12 de febrero de 2005, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.com](http://www.cincodias.com).

<sup>111</sup> Como refiere ALBIEZ DOHRMANN, K.J., «Un nuevo...», ob. cit., pág. 1.170, al analizar el parágrafo 286 (3) *BGB*, que también transpone al nuevo Derecho de obligaciones alemán la Directiva 2000/35; puede consultarse el texto del citado parágrafo en traducción castellana de VIVES MONTERO, M.ª L., «Traducción...», ob. cit.

<sup>112</sup> Concepto en el que sigo a BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., pág. 323.

<sup>113</sup> Como exponen sintéticamente FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen...*, ob. cit., pág. 277 y ZAHÍNO RUIZ, M.ª L., «La transposición...», ob. cit., pág. 348 –destacando, en nota (27), que la mejor situación para el acreedor en el citado Derecho español llevó al entonces Ministro de Economía de la VII Legislatura a defender la no transposición en la misma de la Directiva 2000/35/CE– y con algo de mayor extensión ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., págs. 3 y 18.

<sup>114</sup> Con AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 2.

<sup>115</sup> Quedan, a mi juicio, salvadas las dudas expuestas en la doctrina por Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 632, respecto del significado de la factura a estos efectos en el Derecho del CC. Discrepo, por tanto, de Díaz Luque, M.ª T., «La gran reforma del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*): la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones», *ECI*, núm. 32, febrero 2003, pág. 24, cuando, a propósito del parágrafo 286 (3) *BGB* sostiene que la presentación de la factura implica que no hay necesidad de apercibimiento, pues también en Alemania se hace equivalente la presentación de la factura a otra presentación de pago equivalente, esto es, a otro requerimiento de pago.

Es claro que el requerimiento o la solicitud de pago no son un simple recordatorio de pago, como en su día ya estimó Díez-Picazo Giménez, G., *La mora...*, ob. cit., pág. 538, pues es necesario que concurra la suficiente expresividad en la solicitud de pago.

<sup>116</sup> Como razona Díez-Picazo Giménez, G., «La Directiva...», ob. cit., pág. 1.743.

tener especial relevancia los relativos a la electrónica. Por otro lado, desde la perspectiva del deudor, al mismo le va a ser más interesante, siempre que ya haya recibido la prestación de la contraparte, solicitar de esa contraparte la entrega de la factura, pues sólo desde ese momento comenzará a contar el plazo de treinta días para pagar. Por su parte, al acreedor le interesará girar la factura lo antes posible y hacérsela llegar fehacientemente a su deudor, para que así empiece a contar antes el plazo de treinta días que este último tiene para pagarle.

2. Cuando las fechas de la factura o de la solicitud de pago fueren dudosas, lo que es bastante factible en la práctica, el mismo plazo de treinta días se contará desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, siempre, por supuesto, que tanto unas como otros fuesen conformes con lo pactado o, en su caso, si no lo hubiesen sido inicialmente desde la fecha en que hubiera concurrido tal conformidad, como de hecho explícita, según veré más adelante, la LCM. Por tanto, será el deudor el que deba cuidarse de poder acreditar cuál fue efectivamente la fecha de recepción de la factura o del requerimiento de pago, porque de lo contrario corre el riesgo de ver cómo los intereses moratorios se retrotraerán a la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación de los servicios. Al deudor, pues, le interesará, desde esta perspectiva, estar localizable por su acreedor, pues de lo contrario se puede dar la situación paradójica de que el plazo para pagar se inicie cuando el acreedor no había todavía ni tan siquiera expedido la factura <sup>117</sup>. Lógicamente, también es carga del deudor la de requerir al acreedor el envío de la factura para poder ganar así esos días entre recepción de mercancías o prestación de servicios y recepción de la factura para poder efectuar el pago sin incurrir en morosidad. Con esta medida se salvan básicamente los problemas que anteriormente tenían los proveedores cuando, después de haber entregado las mercancías, el suministrado desaparecía y no le podían hacer entrega de la factura o requerirle de pago para que comenzasen a devengarse intereses moratorios; ahora deberá ser el deudor el que se cuide de estar localizable para poder recibir la factura y empezar a contarse el plazo de pago no moroso desde tal fecha de recepción de la factura y no desde la de recepción anterior de las mercancías <sup>118</sup>.
3. El plazo de treinta días que acabo de referir en segundo lugar opera también cuando el deudor hubiese recibido la factura o la solicitud de pago equivalente antes de la entrega de los bienes o la prestación de los servicios.
4. Por último, en los contratos respecto de los que la ley tiene establecido, o así lo hubieran pactado las partes, un plazo de aceptación o comprobación de la conformidad de los bienes o de los servicios con lo dispuesto en el contrato, los tan citados treinta días se contarán desde la fecha de esa comprobación o aceptación, siempre que la factura o la solicitud de pago se hubieran recibido antes. Por tanto, considero que si no hay aceptación ni conformidad, y tal conducta resulte injustificada, el plazo de los treinta días se habrá de computar desde la fecha de recibo de la factura o de la solicitud de pago equivalente. Es preciso hacer notar que se habla de plazos de aceptación o de conformidad, no de garantía, por lo que con la LCM desaparece una práctica bastante extendida de garantizar el funcionamiento de un

<sup>117</sup> Paradoja advertida y criticada por CIACCHI, A.C., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 208.

<sup>118</sup> Con «Legalia Abogados», *Guía...*, ob. cit., pág. 15.

objeto o la correcta ejecución de una obra, por ejemplo, mediante el establecimiento de un plazo contractual de garantía hasta cuyo transcurso no se pagaba una parte del precio. Con la LCM tal práctica desaparece, obligándose a las empresas a convenir la prestación de avales, normalmente bancarios, de terceros para asegurar tales garantías, que ya no pueden quedar aseguradas por parte del precio pendiente.

En conclusión, el plazo legal máximo de pago es siempre de treinta días, contado desde la fecha de recibo de la factura o de una solicitud de pago equivalente por parte del deudor, salvo en los casos en que dicha fecha resulte dudosa, en cuyo caso habrá que estar a la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, o cuando esa fecha fuese anterior a la de dicha recepción o prestación, en cuyo caso habrá que estar también a esta última, o, por último, cuando se hubiese establecido legalmente o por pacto un plazo de aceptación o conformidad con vencimiento y la factura o la solicitud de pago equivalente fuesen anteriores a la fecha de aceptación o conformidad en cuyo caso habrá que estar a esta última.

Como antes apuntaba, del régimen anterior se aparta el especial previsto en el nuevo artículo 17.3 de la LOCM, respecto de las operaciones comerciales objeto de la citada ley especial para las que, en realidad, viene a ampliar los plazos de pago, previsión respecto de la cual la doctrina ya ha puesto en duda su ajuste a la normativa comunitaria transpuesta <sup>119</sup>. En tal caso, el legislador optó por desagregar tales operaciones comerciales en función de su objeto y limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes mediante el establecimiento de plazos máximos de pago no susceptibles de ampliación por voluntad de las partes, aunque sí de reducción, y sin necesidad de que la misma vaya acompañada por una compensación o descuento por pronto pago <sup>120</sup> (pero debiendo cuidarse de que, en su caso, los descuentos por pronto pago puedan incurrir en la misma abusividad que contempla el art. 9 LCM, al prever descuentos porcentuales superiores al coste del dinero en el mercado de crédito, ya que ello permitiría también al deudor una financiación adicional a costa de su acreedor <sup>121</sup>). Así, resulta que:

a) Respecto de las operaciones comerciales que tienen por objeto productos de alimentación frescos y perecederos, sólo se contempla un aplazamiento máximo de pago de treinta días, con un único *dies a quo*, que es la fecha en que se hubiesen entregado y recepcionado tales productos. Nótese que el artículo 17.3 de la LOCM habla de «entrega y recepción», lo que determina que no sea suficiente el acto de la entrega por parte del proveedor, siendo también necesaria la recepción por parte del comprador.

<sup>119</sup> FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., pág. 3.058.

<sup>120</sup> Como bien exponen LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., págs. 11-12, la finalidad de la LCM, confesada en su propia EM, es proteger a los acreedores-proveedores, por lo que no es aplicable por analogía la exigencia de compensaciones económicas para las ampliaciones de plazos de pago a las reducciones de tales plazos.

<sup>121</sup> Con LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 12, salvando su referencia al «coste legal del dinero», que, a mi juicio, podría hacer pensar en el interés legal del dinero, pues entiendo que el canon que debe adoptarse es el coste que tiene el dinero en el mercado de crédito.

La delimitación de qué se entiende por productos frescos y perecederos se remite por el inciso final del artículo 17.3 de la LOCM al desarrollo reglamentario de la misma, a través de un reglamento a aprobar por el Gobierno en el plazo de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva redacción del señalado precepto, dictándose efectivamente el Real Decreto 367/2005, de 8 de abril, que definió como tales, en su artículo 2, a:

- Aquellos que por sus características naturales conservan sus cualidades aptas para su comercialización y consumo durante un plazo inferior a treinta días;
- Así como a los que precisen condiciones de temperatura regulada de comercialización y transporte. Puede tratarse, por tanto, de temperatura regulada de conservación o de congelación.

El Anexo I del citado Real Decreto 367/2005 enumeró con detalle tales productos frescos y perecederos a estos efectos, y entre otros, dentro de una enumeración abierta: pan, bollería y pastelería del día; pastas; carnes; legumbres; pescados; frutas y verduras; huevos; zumos y batidos; productos congelados y productos refrigerados.

b) Las que tienen por objeto los demás productos de alimentación y de gran consumo, no frescos y no perecederos, fungibles, de compra habitual y repetitiva por los consumidores y de alta rotación, respecto de los que se contempla un aplazamiento de pago máximo de sesenta días, ampliables por pacto expreso a noventa días, lo que contraría más la Directiva 2000/35/CE objeto de transposición, siempre que en ese pacto expreso se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que lógicamente se beneficie el proveedor<sup>122</sup>. El cómputo de los plazos mencionados en este caso se inicia desde el *dies a quo* que se determinará de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la LCM<sup>123</sup>.

Estos productos de alimentación no frescos ni perecederos y de gran consumo también se hubieron de definir por vía reglamentaria por el Gobierno en la forma y plazo que antes he recogido para

<sup>122</sup> El primero que defendió en la doctrina el incumplimiento de la Directiva 2000/35/CE por el artículo 17.3 *in fine* de la LOCM y en el mismo sentido del artículo 17.4 de la LOCM fue ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., págs. 21-22 y 23 –más tarde se le suma MARCOS, F., «El aplazamiento...», ob. cit., págs. 319-320–, dado que la Directiva no permite aplazamientos más allá de sesenta días y su finalidad es reducir los aplazamientos de los pagos no fomentar la incorporación de créditos a instrumentos cambiarios. Y tal incumplimiento de la Directiva se completa, como refiere el mismo ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 23, con el artículo 17.5 de la LOCM, al establecer un mínimo de intereses moratorios en los retrasos en los pagos de los contratos regulados en dicha ley «que en ningún caso será inferior al señalado para el interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento» –que en todo caso debe ser justificado, en cuanto que inferior al resultante de la aplicación del art. 7 de la LCM, por el acreedor basándose en circunstancias objetivas, como defienden LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 14–, infringiendo el límite mínimo, mucho más alto, previsto en el artículo 7 de la Directiva 2000/35/CE.

<sup>123</sup> En contra, las enmiendas núms. 45 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana y 54 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10), a favor de que también el plazo de sesenta días, único contemplado en el Proyecto de Ley se computase desde la entrega de la mercancía, para evitar la posible duplicación de plazos, al obligarse al proveedor a emitir la factura al final del plazo pactado para el pago y volver a contar desde ahí el nuevo plazo de sesenta días.

los productos frescos y perecederos <sup>124</sup>. Dicha definición reglamentaria, prevista en el artículo 3 del Real Decreto 367/2005, comprendió como productos alimenticios no frescos ni perecederos a:

- Los productos alimenticios no frescos y perecederos, con abstracción de su naturaleza, comprendiendo expresamente a sólidos y líquidos, naturales y transformados;
- Que sean susceptibles de ser habitual e idóneamente utilizados para la normal nutrición humana, incluso como productos dietéticos;
- Incluyéndose expresamente las bebidas alcohólicas <sup>125</sup>, las aguas envasadas, los refrescos, las sales, especias, infusiones, edulcorantes y aditivos utilizados para el consumo humano;
- Y excluyéndose expresamente a los medicamentos, definidos conforme a la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y cuya venta sea preceptiva en farmacia.

Por último, como productos de gran consumo se definió reglamentariamente en el artículo 4 del Real Decreto 367/2005 a:

- Los productos fungibles;
- De compra habitual y repetitiva por los consumidores, entendiéndose por tal la que afecta a bienes que sirven para el abastecimiento regular de los hogares para su consumo recurrente y que precisan de su compra varias veces al año;
- Y que presenten una alta rotación, entendiéndose por tal la permanencia en poder del comerciante, desde el suministro efectivo por el fabricante o mayorista hasta la venta por un plazo inferior a sesenta días.

<sup>124</sup> Definición reglamentaria que resulta compleja, como ya advirtió CEBRIÁN DÍAZ, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 63. A favor de su definición en la propia LCM, las enmiendas núms. 24 del Grupo Parlamentario Vasco y 99 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10): productos de gran consumo, «los fungibles que se adquieren repetitiva y habitualmente por los consumidores»; y productos perecederos, «los productos alimenticios que por sus características naturales conservan una aptitud para su comercialización y consumo inferior a 30 días o requieren ser mantenidos a temperatura controlada durante su almacenamiento y transporte»; en similar sentido, *vid.* la enmienda núm. 45 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana y la idéntica a esta última enmienda núm. 54 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10).

<sup>125</sup> Esta inclusión fue una de las cuestiones más debatidas en los informes previos a la redacción del texto definitivo del reglamento, ya que en el trámite de audiencia respecto de su Proyecto el Grupo CARREFOUR, la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución y la Federación Española de Industrias y de Bebidas presentaron sendos informes en los que, basándose en la consideración del alcohol como droga por parte de diversas leyes autonómicas, defendieron que las bebidas alcohólicas no se pudiesen considerar alimento a estos efectos. Ya el dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el artículo 17 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y se definen los productos de alimentación fresca (*sic*) y perecederos y los productos de gran consumo, aprobado el 17 de marzo de 2005 (accesible en la base de datos de dictámenes del Consejo de Estado, [www.boe.es/ges/iber/lex/bases\\_datos\\_ce/doc.php?colección=ce&id=2005-385](http://www.boe.es/ges/iber/lex/bases_datos_ce/doc.php?colección=ce&id=2005-385)), consideró que la citada definición del alcohol como droga sólo opera a efectos de luchar contra los trastornos adictivos, sin incidencia en el régimen de limitaciones a los aplazamientos de pago.

Así, se consideran expresamente incluidos en esta última categoría por el Anexo II del Real Decreto 367/2005, entre otros y con enumeración abierta, a: los productos de droguería y limpieza, tales como detergentes, lavavajillas, lejías o bolsas de basura; los productos de perfumería e higiene personales, tales como jabones, desodorantes, aguas de colonia, pastas de dientes, maquinillas de afeitarse desechables y auxiliares de las mismas; productos de alimentación de mascotas y animales de compañía; baterías y pilas de uso doméstico.

En este último caso de productos de alimentación y de gran consumo, la LCM introdujo, además, por la vía de su disposición final segunda.dos, una nueva disposición transitoria segunda en la LOCM, de modo que los aplazamientos de pago de dichos productos de alimentación y gran consumo distintos de los productos frescos y perecederos por un máximo de sesenta días entran en vigor el 1 de julio de 2006, siendo tal plazo máximo, desde la entrada en vigor de la LCM hasta dicha fecha, de noventa días, computados desde la entrega de la mercancía.

El problema que se plantea en este caso es interpretar si el 1 de julio de 2006 debe tomarse respecto de la concertación de los contratos de los que se derivan las operaciones comerciales sujetas a la LOCM sobre los citados productos de alimentación y gran consumo (sólo para los contratos concertados a partir de ese día), respecto del inicio del aplazamiento (sólo las operaciones comerciales en las que el aplazamiento empiece a partir de ese día) o del transcurso del aplazamiento (sólo las operaciones comerciales en las que el aplazamiento abarque ese día, aunque se hubiera iniciado antes). A mi juicio, a falta de mayor aclaración de la transitoria, entiendo que se debe aplicar el plazo máximo de sesenta días, en lugar del de noventa días, cuando el aplazamiento se inicie a partir del 1 de julio de 2006, de modo que quedaron sin eficacia por nulidad las cláusulas contractuales anteriores que previesen plazos de pago superiores a los nuevos máximos legales <sup>126</sup>.

c) Por exclusión, queda en último término el régimen de los otros productos que no sean ni de alimentación ni de gran consumo. Respecto de estos productos la LOCM no fija un plazo máximo de pago, de modo que desde la entrada en vigor de la LCM se pueden pactar plazos de pago superiores a treinta días, siempre que tal cláusula no merezca la calificación de abusiva (no debe superar el período de rotación o si lo supera debe ir acompañada de la prestación de una compensación económica) y vaya acompañada de garantías adicionales de pago si supera los sesenta días <sup>127</sup>.

Hasta ahora he expuesto los plazos para el pago previstos en la legislación especial. Pero hay que recordar que la disposición derogatoria única de la LCM mantiene expresamente en vigor cua-

<sup>126</sup> Vid. LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 13, destacando que también las partes están legitimadas para sustituir aquellas antiguas cláusulas contractuales nulas por otras válidas, conforme a la nueva legislación en vigor.

<sup>127</sup> Vid. LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., págs. 10-11, con apoyo en los artículos 9 de la LCM y 17.3 y 4 de la LOCM.

Ya en particular sobre lo que son las garantías adicionales de pago en la LOCM, vid. GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., «El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y los contratos de garantía admisibles», *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, de ANGULO RODRÍGUEZ, L., CAMACHO DE LOS RÍOS, J. y HOYOS ELIZALDE, C. (directores), Atelier, Barcelona, 2006, págs. 337-349, concluyendo en que la garantía más efectiva es la prestada a primer requerimiento.

lesquiera normas, de cualquier rango, que resulten más beneficiosas para el acreedor en lo que se refiere a la determinación del plazo de pago. En este momento hay, pues, que recordar una norma, el artículo 62 del C. Com. de 1885, que dice: «Las obligaciones que no tuvieran término prefijado por las partes o por las disposiciones de este Código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y el día inmediato si llevaran aparejada ejecución». Dicha regla opera sólo respecto de los contratos mercantiles, de modo que quedan fuera los contratos civiles. Tratándose de un contrato mercantil incardinable en la LCM, y en el que no se hubiese estipulado un plazo para el cumplimiento, los plazos de exigibilidad <sup>128</sup> del día inmediato siguiente a haberse contraído o, como máximo, de diez días <sup>129</sup>, son evidentemente más cortos que los, como mínimo, treinta días previstos en la LCM. De esta forma, cabe interpretar que en las operaciones comerciales susceptibles además de ser calificadas como contratos mercantiles, en las que no se hubiese pactado un plazo para el cumplimiento, los plazos para el pago que operan son los previstos en el artículo 62 del C. Com., ya que son más favorables para el acreedor que los previstos en la LCM <sup>130</sup>. Y a partir del vencimiento determinado por esos plazos del C. Com. se devengan los intereses moratorios más agravados, luego más beneficiosos para el acreedor, que contempla la LCM.

Por último, para que se incurra en mora, es necesario, conforme al artículo 6 de la LCM, que concurran otras dos circunstancias adicionales:

- a) Que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones contractuales y legales, algo ya previsto con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de las obligaciones recíprocas por el artículo 1.124 del CC y más en concreto por el artículo 1.100 del CC al regular la incursión en mora, lo que implica el juego en este ámbito de la *exceptio non adimpleti contractus* y la innecesaria repetición de preceptos ya vigentes en el ordenamiento jurídico español <sup>131</sup>. Para facilitar al acreedor la justificación del correcto cumplimiento del contrato es aconsejable el empleo de albaranes de entrega que, firmados por el deudor, permitan excluir la existencia defectos aparentes en las mercancías <sup>132</sup>. Una consecuencia práctica importante

<sup>128</sup> Como resalta VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo II, José M.ª Bosch, Editor, Barcelona, 1990, pág. 24.

<sup>129</sup> Como dice claramente en la práctica la Sentencia de la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de octubre de 1998 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Purificación Martínez Montero de Espinosa; AC 1998/7455): «en el ámbito mercantil, el momento en que son exigibles las obligaciones en las que no se estableció término para su cumplimiento, será a los DIEZ días después de contraídas... y conforme a lo también específicamente dispuesto por el apartado 1.º del artículo 63, el demandado incurrió en mora el día siguiente a su vencimiento».

<sup>130</sup> Vid. ICHASO, J., «El plazo de pago en la nueva Ley de morosidad», diario *Cinco Días*, 25 de mayo de 2005, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.com](http://www.cincodias.com), donde no matizaba a qué supuestos puede seguir siendo de aplicación el artículo 62 del C. Com., dando a entender, a mi juicio erróneamente, que en cualquier caso quedaba excluida la aplicación del plazo de treinta días previstos en la LCM y de los superiores contemplados en la LOCM; en contra, BAENA RUIZ, E., «La Ley...», ob. cit., pág. 188, sin aportar argumentos para no beneficiar al acreedor.

<sup>131</sup> Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La Directiva...», ob. cit., pág. 1.744, MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Morosos», ob. cit. De hecho, en Italia, ZACCARIA, A., «La Directiva...», ob. cit., pág. 436, encuentra lógico que en su normativa de transposición no se haya contenido esta previsión, ya prevista con carácter general, para las obligaciones recíprocas, en el artículo 1.460 del *Codice civile*.

<sup>132</sup> Como aconseja, desde una perspectiva práctica, «Legalía Abogados», *Guía...*, ob. cit., págs. 18-19.

de la previsión que acabo de referir es la inaplicación de la LCM a los pagos a cuenta, previos al cumplimiento del contrato por parte del proveedor <sup>133</sup>. Por otro lado, es de destacar que la LCM no opera cuando no existan tales obligaciones recíprocas, razón por la cual pueden estimarse excluidas de su ámbito de aplicación obligaciones tales como la de reembolso de gastos anticipados al mandatario que recae sobre el mandante o la del mandatario de remitir al mandante las sumas recibidas como consecuencia del mandato <sup>134</sup>. También quedan excluidas las obligaciones secundarias producto del incumplimiento o del retraso en el cumplimiento, tales como las referentes al abono de cláusulas penales o las de resarcimiento de daños, estas últimas excluidas, como ya se ha visto, de forma expresa en la LCM <sup>135</sup>.

- b) Que el responsable del retraso en el pago del dinero sea el deudor. Por tanto, no hay mora si el retraso es debido a causa no imputable al deudor, esto es, si el deudor no es culpable de la misma <sup>136</sup>, por haber actuado de forma negligente o deliberada <sup>137</sup>, siendo a cargo del deudor la prueba de su falta de culpabilidad; queda, por ejemplo, excluido del ámbito de aplicación de esta LCM el supuesto de que habiendo dado el deudor temporáneamente orden de pago a su Banco, el mismo, disponiendo de saldo o de crédito su cliente, no hubiere efectuado dicho pago por negligencia suya <sup>138</sup>. Pienso que, además, en el caso español sí es posible entender que no habrá mora cuando el retraso se haya producido no sólo por causa no imputable al deudor sino también cuando la causa le haya sido imputable pero el mismo se hubiera comportado con la diligencia profesional propia de su condición empresarial o profesional concreta. Queda también excluida la responsabilidad del deudor cuando su retardo en el pago de su obligación pecuniaria deriva del incumplimiento de sus obligaciones por parte del acreedor, ya que sigue siendo de aplicación en este punto el inciso final del artículo 1.100 del CC para el caso de las obligaciones recíprocas <sup>139</sup>.

<sup>133</sup> Como ya sostuvo, a propósito de la contratación pública, la Recomendación de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía 1/2005, de 6 de abril, sobre la 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, para la que, además, en estos casos sería abusivo el establecer un tipo punitivo de interés de demora.

<sup>134</sup> Dos ejemplos aportados por MENGONI, L., «La Directiva...», ob. cit., págs. 74-75.

<sup>135</sup> De nuevo, MENGONI, L., «La Directiva...», ob. cit., pág. 75.

<sup>136</sup> Así lo dice expresamente el artículo 3 del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre, en Italia. En similar sentido también el parágrafo 286 (3) *BGB*. En la doctrina española destaca, por su parte, BADOSA COLL, F., «La relación...», ob. cit., pág. 328, la exclusión de la *inculcata mora*.

<sup>137</sup> Como especifica SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», ob. cit., pág. 288.

<sup>138</sup> Recuerda RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», ob. cit., pág. 522, la dificultad de que en la práctica se considere que no hay intereses moratorios por falta de conducta imputable al deudor en el supuesto de mora en deudas pecuniarias. En la doctrina italiana, en esta misma línea, ROSSI, G., «Il ritardo...», ob. cit., págs. 568-570, apuntando a la posible inclusión en este supuesto de la verificación de incidencias en la transmisión del dinero, por ejemplo mediante cuenta corriente postal.

<sup>139</sup> A similar conclusión se llega en la doctrina italiana por la aplicación del artículo 1.207 del *Codice civile*; por todos, ROSSI, G., «Il ritardo...», ob. cit., págs. 570-573, aludiendo además a la aplicación en la contratación internacional del artículo 7.4.9 de los Principios UNIDROIT de contratos comerciales internacionales; en la doctrina española, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal" ...», ob. cit., pág. 4.377, considera que en realidad la LCM viene a reiterar lo previsto en el artículo 1.100.3 del CC.

## 6. INTERÉS LEGAL DE DEMORA

Dado que la propia LCM se titula de lucha contra la morosidad, era insuficiente que el legislador se limitase a establecer un sistema novedoso de mora automática que, en realidad, ni tan siquiera es novedoso cuando se trata de contratos mercantiles, pues así se desprende ya del artículo 63.1 del C. Com.<sup>140</sup>, que bien pudo ser expandido directamente para aplicarlo a los contratos empresariales civiles no recíprocos<sup>141</sup>, y a los concertados entre empresarios y la Administración<sup>142</sup>.

Por ello, el legislador previó dos tipos de consecuencias perjudiciales para el deudor dinerario moroso:

1. En primer lugar, el pago de un interés moratorio incrementado sobre el interés legal del dinero que contempla el artículo 1.108 del CC<sup>143</sup>, bien por acuerdo entre las partes o, en su defecto, establecido por la ley.
2. En defecto de pacto –nueva manifestación de la prevalencia limitada de la autonomía privada<sup>144</sup>, que permite el establecimiento paccionado de tipos de interés más bajos, lo que, a su vez, puede privar de eficacia a la finalidad buscada por la LCM<sup>145</sup>–, el tipo legal de interés especial moratorio (interés legal de demora<sup>146</sup>)<sup>147</sup> es aquí igual al tipo de referencia (interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día natural del semestre de que se trate) incrementado

<sup>140</sup> Como advirtieron PORTELLANO DIEZ, P., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 153, MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios...*, ob. cit., pág. 342, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen...*, ob. cit., pág. 285 y BAENA RUIZ, E., «La Ley...», ob. cit., pág. 188, y LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 13, a propósito del artículo 17 de la LOCM, perfectamente trasladable a este caso. Sobre el artículo 63 del C. Com. y su reconocimiento de la mora automática en la contratación mercantil cuando la misma está sujeta a plazo, vid. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª edición, volumen II, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 38-39 y 76. Con carácter general, a propósito de la mora en el artículo 63 del C. Com., vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora...*, ob. cit., págs. 549-551.

<sup>141</sup> Para los recíprocos ya operaba el artículo 1.100 del CC, como advierte AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito...», ob. cit., pág. 2.

<sup>142</sup> Con VICENT CHULIÀ, F., *Introducción...*, 18.ª edición, ob. cit., pág. 829, que también refiere la extensión a los contratos entre empresarios, a mi juicio mercantiles y, por ello, ya subsumidos en el artículo 63 del C. Com. sin necesidad de ninguna extensión.

<sup>143</sup> Por todos, sobre el mismo, desde sus orígenes, vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora...*, ob. cit., págs. 581-590.

<sup>144</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Morosos», ob. cit. y de nuevo la diferencia que existe en este punto entre las operaciones comerciales *inter privados* y la contratación pública, sujeta al interés legal de demora previsto en la LCM, como analizan los ya mencionados Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 5/05 («sobre posibilidad de incluir en los pliegos criterios de adjudicación basados en la reducción del 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») y 54/05 («cuestiones relacionadas con el pago de los contratos y la aplicación del interés de demora. Cumplimiento de la obligación contractual por el acreedor»).

<sup>145</sup> Críticamente, SÁNCHEZ CORZO, J. y NEBRA TRIGUEROS, S., «Un texto esperado...», ob. cit.

<sup>146</sup> En clara expresión de LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 14.

<sup>147</sup> O especial de morosidad, como dice MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit., para diferenciarlo del interés legal general previsto anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

en un margen de siete puntos porcentuales<sup>148</sup>. En este punto es claro que lo que persigue la ley no es que el interés moratorio sea indemnizatorio sino disuasorio, al objeto de que el deudor prefiera pedir un crédito para pagar a pagar tardíamente<sup>149</sup>. Por esta circunstancia entiendo que no cabe duda de que en estos casos no es de aplicación la facultad judicial moderadora de la responsabilidad del deudor que contempla el artículo 1.103 del CC. Además, se trata de que el tipo de interés moratorio guarde relación con los intereses de mercado en cada momento, sin necesidad de llevar a cabo constantes modificaciones legales para ello.

Para facilitar el conocimiento de estos tipos de interés, el artículo 7.3 del PLCM 2003 establecía que el Ministerio de Economía publicaría mensualmente en el BOE el tipo de interés resultante de la aplicación de la regla que acabo de referir, optando por un sistema de publicación mensual que, a menos que se repita o que se entiendan los plazos semestrales mes a mes, no encajaría con la configuración de los semestres por anualidades, divididas cada una de ellas en dos semestres, interpretación esta última que es la que, a mi juicio, acogió la legislación italiana de transposición, al prever solamente una publicación semestral –en el quinto día laboral de cada semestre–<sup>150</sup>, y que es la que también, con mejor criterio, acogió finalmente el artículo 7.3 de la LCM<sup>151</sup>. La primera publicación, con vigencia para el primer semestre de 2005, tuvo lugar por Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de enero de 2005, que lo fijó en el 9,09%; para el segundo semestre de 2005, la Resolución de 30 de junio de 2005 lo fijó en un 9,05%; para el primer semestre de 2006, la Resolución de 29 de diciembre de 2005 lo fijó en el 9,25%.

## 7. LOS PACTOS DE ALTERACIÓN DE LOS PLAZOS DE PAGO Y/O DE LOS INTERESES MORATORIOS

Anteriormente he referido que tanto los plazos de pago como los intereses moratorios previstos en la LCM son susceptibles de modificación por pacto entre las partes que concertan la operación comercial. Ahora bien, ello no quiere decir que opere en este ámbito, sin limitaciones, el principio de autonomía de la voluntad.

<sup>148</sup> Cinco puntos porcentuales en Alemania en general, conforme al parágrafo 288 (1) *BGB* y ocho puntos porcentuales cuando se trata de negocios jurídicos en los que no es parte un consumidor, según se previene el parágrafo 288 (2) *BGB*; *vid.* EBERS, M., «La nueva...», *ob. cit.*, pág. 1.592, SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», *ob. cit.*, págs. 289-290 –destacando la paradoja de que el consumidor no se puede prevaler de esos tipos de interés más altos cuando el moroso lo fuese un no consumidor– y críticamente CIACCHI, A.C., «L'attuazione...», *ob. cit.*, pág. 202, cuando advierte que en este punto la legislación alemana no se ajusta a la Directiva 2000/35. En Italia, el artículo 4.3 del Decreto Legislativo de 9 de octubre de 2002 establece nueve puntos porcentuales para los contratos que tienen por objeto la cesión de productos alimenticios deteriorables; *vid.* RICCIO, A., «Gli interessi...», *ob. cit.*, pág. 555. Por otro lado, la enmienda núm. 93 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10) propuso aplicar este tipo de interés de demora a los descubiertos en cuenta corriente.

<sup>149</sup> Como razonó el Ministro belga de Justicia a propósito de su Ley transponedora, según recoge WERY, P., «La Loi...», *ob. cit.*, pág. 874 y en el mismo sentido, en la doctrina italiana, entre otros, ROSSI, G., «Il ritardo...», *ob. cit.*, pág. 567.

<sup>150</sup> *Id.* el artículo 5.2 del Decreto Legislativo 231/2002, de 9 de octubre, en Italia.

<sup>151</sup> A propósito de la legislación luxemburguesa reconoce también THEWES, M., «Les nouvelles...», *ob. cit.*, pág. 184, que dicha publicación evita el engorro de calcular el tipo de interés, operación nada sencilla.

El pacto entre las partes sobre el interés de demora, reduciéndolo respecto al previsto en la LCM, o sobre los plazos de pago, ampliándolos o fijando un *dies a quo* más beneficioso para el deudor, tiene de hecho un suelo mínimo general, ya que el artículo 9.1 de la LCM tipifica como cláusula abusiva <sup>152</sup>, sea o no condición general, aquella que implique una separación de las previsiones legales, pues solamente cuando concorra alguna razón objetiva que justifique el comportamiento del deudor para apartarse del plazo del pago o de las consecuencias de la demora <sup>153</sup> será cuando resulte no abusivo y, por tanto, lícito el citado pacto.

Es importante destacar que estamos aquí ante una primera expansión en nuestro ordenamiento jurídico de una institución típica de la protección de los consumidores (interdicción de las cláusulas abusivas incorporadas a condiciones generales, como se encargó de explicitar correctamente el artículo 9.3 de la LCM expandiendo su utilización a contratos en que no sean parte consumidores <sup>154</sup>) a la protección de los pequeños y medianos empresarios frente a las grandes empresas, de modo que también en este ámbito vienen a introducirse limitaciones al juego de la autonomía de la voluntad <sup>155</sup>.

Para determinar tal abusividad, que debe ser manifiesta <sup>156</sup>, se tienen en cuenta:

- Todas las circunstancias del caso;

<sup>152</sup> Para BADOSA COLL, F., «La relación...». ob. cit., págs. 325-326, se asiste en este punto a un traspaso de una técnica de condiciones generales de la contratación (art. 8 y disp. adic. primera LCGC) a las condiciones particulares impuestas; en similar sentido, ZAHÍÑO RUIZ, M.<sup>a</sup> L., «La transposición...», ob. cit., págs. 369-370, nota (71), al tiempo que aprovecha, citando una conferencia del Profesor ESPIAU ESPIAU, para establecer algunas diferencias entre la LCM y la LCGC en este punto, relativas a la no atención a la buena fe ni al desequilibrio entre las partes en la LCM y a su diferente ámbito subjetivo de protección.

<sup>153</sup> La enmienda núm. 39 del Grupo Parlamentario Catalán, para adaptarse al artículo 3.3 de la Directiva 2000/35, defendió que se añadiesen aquí las cláusulas sobre los requisitos para exigir los intereses de demora (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14), sin que por mi parte vea tal necesidad, ya que no encuentro tal previsión expresa en la Directiva comunitaria, pese a lo cual ello fue admitido respecto de la enmienda núm. 85 del Grupo Parlamentario Catalán al Proyecto de Ley de 2004, ya desde el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de noviembre de 2003, núm. 1-11) en la redacción dada al artículo 9.1 de la LCM.

Destacar, en el ámbito del Derecho comparado, que, por ejemplo, en Alemania no hay una previsión específica al respecto, como indica CIACCHI, A.C., «L'attuazione...», ob. cit., págs. 211-212.

<sup>154</sup> Efectivamente, como razonaba la enmienda núm. 41 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14), la nulidad afecta a la cláusula abusiva, que es el contenido de la condición general, proponiendo en tal sentido la redacción del artículo 9.3 de la LCM 2003 aceptada por el Congreso de los Diputados (*vid.* Informe de la Ponencia, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 3 de diciembre de 2003, núm. 162-15) y luego ya plasmada en el PLCM 2004.

<sup>155</sup> Como aprecia el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 y como ya se apreció en su momento, con carácter general, en la doctrina científica italiana, así LA SPINA, A., «La nullità...», ob. cit., pág. 118, para finalmente establecerse también en el artículo 1 de la LCM, tras la enmienda núm. 72 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14).

<sup>156</sup> Tal y como lo exige expresamente la Directiva 2000/35 y como resulta de la misma doctrina jurisprudencial española sobre el abuso de derecho, según se encarga de recordar el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003.

- La naturaleza del producto o servicio objeto de la operación comercial. En este punto será importante, a mi entender, analizar, por ejemplo, la incardinación del producto o servicio en obras de gran envergadura, de modo que se pueda justificar un retraso en el pago hasta el momento en que se compruebe no ya que el objeto en sí funciona o el servicio en sí ha resultado conforme [para esto recuerdo que ya está la previsión del término inicial para el pago que contempla el art. 4.2 d) LCM], sino que se compruebe que el mismo se inserta adecuadamente en el conjunto de la obra. Un ejemplo más concreto: se compra un motor que funciona correctamente pero que al integrarlo en una máquina resulta inadecuado para hacer funcionar la misma. En esa misma línea está el análisis del índice o período de rotación de los productos, de manera que habrá que entender abusivo el pacto que dilate el plazo de pago por encima de los treinta días ya referidos y que suponga exceder notablemente del tiempo en que normalmente el comprador ya habrá revendido el producto a un tercero <sup>157</sup>;
- La prestación por parte del deudor de garantías adicionales. En este punto la LCM vuelve a ser oscura, ¿garantías adicionales de qué y respecto de qué? Debe entenderse, primero, garantías adicionales de pago del precio, ya que justamente lo que se está debatiendo es el pago del precio. Por otro lado, en segundo lugar, considero que aquí debe entenderse incluida la prestación de garantías personales y/o reales de pago adicionales respecto de la garantía patrimonial universal de pago a cargo del deudor que ya contempla el artículo 1.911 del CC. Por tanto, deben introducirse aquí la prestación de avales o fianzas, cartas de patrocinio, garantías a primer requerimiento, garantías pignoraticias de todo tipo, hipotecarias también de todo tipo, prestación de seguros de crédito o de caución a cargo del deudor, etc.;
- Los usos habituales del comercio, criterio este último que puede dificultar la estimación de la concurrencia de abusividad, pues hay sectores comerciales en los que los usos comerciales actuales son de una dilación excesiva en los plazos de pago <sup>158</sup>. Ahora bien, el inciso final del artículo 9.1 de la LCM establece un límite importante a dicha posibilidad, pues aclara que no se consideran usos habituales del comercio las prácticas repetidas de plazos abusivos, lo que puede impedir que la repetición de, por ejemplo, plazos excesivos de pago se pueda considerar un uso habitual del comercio a estos efectos;
- La existencia de alguna razón objetiva por parte del deudor para separarse del plazo de pago y del interés legal de demora previsto en la LCM, debiendo ser el deudor quien acredite la concurrencia de tal causa objetiva, más por aplicación del artículo 217 de la LEC que por la existencia en este ámbito de una regla específica de inversión de la carga de la prueba <sup>159</sup>.

<sup>157</sup> Con LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A. «La Ley...», ob. cit., pág. 8.

<sup>158</sup> Por eso la enmienda núm. 5 del Grupo Parlamentario Vasco proponía la supresión de este último canon (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14) y ya respecto de la LCM vigente las enmiendas núms. 16 del Grupo Parlamentario Mixto, 21 del Grupo Parlamentario Vasco, 36 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, 52 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y 86 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10) propusieron concretar que las meras prácticas habituales de plazos de pago no constituyen a estos efectos usos habituales del comercio.

<sup>159</sup> A favor de la referida inversión de la carga de la prueba, LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A. «La Ley...», ob. cit., pág. 8.

- La ponderación de si la modificación de los citados plazo de pago e interés legal de demora sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, lo que evidentemente ocurre cuando los períodos de rotación sean inferiores a los plazos de pago pactados, ya que en ese caso el comprador cobra de su cliente antes de pagar a su proveedor y con ello obtiene una liquidez adicional que le va a servir para financiar otras deudas diferentes a las propias del pago del precio de los productos comprados y revendidos <sup>160</sup>;
- Si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago (en lo que se refiere al plazo de pago y/o al interés de demora) que no estén justificadas por razón de las condiciones de las que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas <sup>161</sup>.

La simple enumeración de todos los factores que acabo de sistematizar y que el Juez debe ponderar a la hora de efectuar un control de contenido de las cláusulas relativas a la fecha de pago y a los intereses de demora <sup>162</sup> y determinar la abusividad o no de una cláusula de modificación de las previsiones legales supletorias en cuanto a plazo de pago e interés de demora permiten, bien a las claras, apreciar la dificultad de la labor judicial y la inseguridad jurídica que se introduce en un aspecto tan sensible de la aplicación de la LCM, máxime cuando se viene de una larga tradición de pactos de plazos e intereses moratorios totalmente alejados de lo previsto en el nuevo texto legal. Y es que en nuestro ordenamiento jurídico se ha instaurado lo que ha querido el legislador comunitario: el establecimiento de un sistema que busca una moralización de las relaciones comerciales, que deja en manos de los Jueces de los Estados miembros la elaboración de los criterios que permitan considerar correctos los pactos que difieran de lo previsto en la LCM <sup>163</sup>. La inseguridad es claramente mayor en los primeros años de aplicación de la LCM, cuando se carece de tales criterios judiciales y esa inseguridad, unida a la situación de dominio que suelen tener en el mercado las empresas que dilatan los pagos, condujo a que los primeros años de aplicación de la LCM hayan pasado casi inadvertidos para el mercado, en el que siguen aplicándose, sin ningún problema, plazos dilatados de pagos, muy por encima de los previstos en la LCM <sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Concretamente, refieren LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A. «La Ley...», ob. cit., pág. 8, la financiación a través de esa fórmula de los créditos a clientes.

<sup>161</sup> En este sentido, es claro el ejemplo que aporta SPOTO, G., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 181: una empresa que produce neumáticos y que contrata con una empresa de fabricación de automóviles el suministro de tales neumáticos, pactando el pago a treinta días desde la entrega, no puede, a su vez, contratar con sus suministradores que a éstos les pagará a noventa días desde la entrega, porque en ese caso se incurre en abuso, pues mientras ya habrá obtenido el pago de los neumáticos por la empresa automovilística no habrá todavía pagado a sus suministradores de materias primas.

<sup>162</sup> Primera vez que se establece un control de contenido a las cláusulas incorporadas a las relaciones contractuales entre empresarios, como resalta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 19.

<sup>163</sup> Con MENGONI, L., «La Direttiva...», ob. cit., pág. 74. En España se defendió por BRACHFIELD, P.J., «¿Se aplica...», ob. cit., que por vía reglamentaria se previesen criterios concretos de abusividad e incluso plazos de pago por sectores que se hubiesen de presumir no abusivos, medida que, a mi juicio, no evitaría la necesidad de estar judicialmente a las circunstancias específicas de cada operación comercial en concreto.

<sup>164</sup> Vid. diario *Expansión*, 27 de junio de 2005, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.es](http://www.cincodias.es), donde se recogen diversos estudios que muestran que los plazos de cobro a mediados de 2005 seguían siendo de alrededor de tres meses con plazos de 110 a 150 días en el sector de la industria alimentaria. En la doctrina ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 24, se muestra algo más optimista, en sus observaciones finales, acerca de la posibilidad de que los proveedores puedan hacer valer la posición de fuerza que las normas imperativas de la LCM les proporciona, ello aun a reglón seguido de reconocer que «los efectos prácticos de la Directiva... serán, previsiblemente, limitados».

Reflexionando un poco, a la vista de mi propia experiencia por mi intervención diaria en el asesoramiento a la contratación entre empresas en el mercado español e internacional, puedo apuntar algunos supuestos que, a mi juicio, pueden justificar la no abusividad de cláusulas en el sentido antes referido, cuando:

- Por ejemplo, una empresa que contrate fuera de la zona euro (entendiendo como tal aquella en la que resulte de aplicación la Directiva 2000/35/CE), en virtud de un concurso, con unas condiciones de pago de sus prestaciones, póngase por caso, a ciento veinte o ciento ochenta días. En ese caso entiendo que esa empresa estaría en condiciones de trasladar idénticamente o, por supuesto, por debajo, esos plazos de pago a los subcontratos celebrados con empresas en España vinculados al citado contrato principal fuera de la zona euro. A mi juicio en ese supuesto no se proporciona una liquidez adicional al deudor, ya que el deudor paga a medida que, a su vez, él cobra en su contrato principal, y aplica las mismas o mejores condiciones que las que él tiene concertadas en su contrato principal. A mi entender, el hecho de que la contratación se haya concertado sin concurso podría introducir algún motivo más de duda, ya que podría tratar de defenderse que fue una decisión libre de la empresa la de admitir, por ejemplo, plazos más dilatados de pago, que no podrían hacerse recaer sobre los subcontratistas.
- Más complicada se presenta la cuestión con contratos celebrados en España o en la zona euro. En este caso, pienso que hay que tratar de justificar que la empresa que concierta tales cláusulas debe hacerlo en condiciones tales que las mismas no se puedan calificar de abusivas, de modo que en tal caso esa no abusividad puede trasladarse a las que, a su vez, sin agravar las primeras, sean concertadas con los subcontratistas.
- Otra posibilidad es la de estimar que tampoco hay abusividad en aquellos casos en los que se justifiquen tales plazos más amplios de pago en función de, por ejemplo, pagos de sobrepagos por parte del deudor al acreedor o, incluso, de pago de los gastos de financiación que deban ser soportados por el citado acreedor. Esta última posibilidad entiendo que puede ser muy útil en aquellos supuestos en los que el acreedor presenta, por ejemplo, una solvencia o incluso un simple prestigio financiero del que carece el deudor. Así, el deudor estaría imposibilitado de obtener financiación bancaria para pagar a más de treinta días o le podría ser especialmente onerosa. Por su parte, el acreedor, al tener más solvencia y/o prestigio, podría obtener esa financiación o podría obtenerla en mejores condiciones económicas que el deudor. En ese caso, no veo inconveniente para que se pacte un plazo mayor de pago, con expresa previsión de que el deudor asume los gastos de financiación del acreedor por el período comprendido entre los treinta días legales y el mayor plazo de pago que se hubiera pactado.

En todos los casos antes citados, entiendo que es importante que en el propio contrato en el que se plasma la operación comercial se expliciten las causas del apartamiento de los términos de la LCM, al objeto de facilitar, en su caso, la actuación judicial en la calificación de la abusividad o no de las cláusulas convenidas <sup>165</sup>.

<sup>165</sup> En similar sentido, ARRANZ CÁCERES, T., «La morosidad en el pago en la contratación de obras», diario *El País. Propiedades*, 10 de junio de 2005, pág. 12.

Una vez que la cláusula abusiva se declara nula por el artículo 9.1 de la LCM, se elimina del contrato y queda sustituida por la integración que del contrato se efectúe por el Juez aplicando las previsiones supletorias previstas en la propia LCM y al amparo de lo previsto en el artículo 1.258 del CC. Se suprimió en el texto definitivo de la LCM la expresa atribución al Juez de amplias facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia, atribución que no se contenía en el PLCM 2003 que establecía como regla única la aplicación de lo dispuesto en esta materia por la LCM <sup>166</sup>. En todo caso, se sigue estando ante un claro ejemplo de nulidad parcial del contrato (art. 9.2 LCM). No se ha previsto en este caso la posibilidad de que se pudiera declarar la ineficacia del contrato cuando como consecuencia de la eliminación de la antes mencionada cláusula abusiva y de la subsiguiente integración contractual pudiera resultar una situación no equitativa en la posición de las partes, porque entiendo que el legislador ha interpretado que facultad moderadora del Juez no es susceptible de generar tal situación en este punto <sup>167</sup>. Aunque la LCM no lo disponga expresamente, debe entenderse que además de la citada nulidad el acreedor podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la misma <sup>168</sup>.

Si dichas cláusulas abusivas reuniesen la característica de condiciones generales de la contratación, para lo que habrá que estar a lo dispuesto en la LCGC, su eliminación del marco contractual podrá realizarse también a través del ejercicio de una nueva acción colectiva de cesación y retractación <sup>169</sup>, especialmente interesante como instrumento para salvar las presiones que las pequeñas empresas pueden sufrir frente a sus grandes clientes para obligarles a pagar altos intereses de demo-

<sup>166</sup> Durante la tramitación del entonces Proyecto de Ley se pretendió dotar en este punto al Juez de mayor discrecionalidad, al objeto de que pudiese integrar el contrato con otras condiciones que considerase justas, al margen del texto supletorio de la ley, lo que podía haber engendrado problemas de inseguridad jurídica; *vid.* las enmiendas núm. 6 del Grupo Parlamentario Vasco y núm. 40 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14), siguiendo en este punto el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003. En el Derecho comparado, *vid.*, con SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», *ob. cit.*, págs. 297-298, la novedad que supuso en este sentido la Directiva 2000/35 respecto del parágrafo 139 *BGB*, sobre nulidad total de un acuerdo por no estar permitido sólo una parte de él.

<sup>167</sup> La enmienda núm. 40 del Grupo Parlamentario Catalán propuso incluir la citada regla tomada del artículo 10 bis de la LGDCU (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14).

<sup>168</sup> En este sentido, en la doctrina RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», *ob. cit.*, pág. 523.

<sup>169</sup> Falta la acción de nulidad, que como advirtieron las enmiendas núms. 26 del Grupo Parlamentario Mixto y 30 del Grupo Parlamentario Socialista hubiera dotado de mayor protección y cobertura a los afectados por estas cláusulas (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14); en el mismo sentido, las enmiendas núms. 17 del Grupo Parlamentario Mixto y 23 del Grupo Parlamentario Vasco (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10) y más tarde en la doctrina PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *ob. cit.*, pág. 395. Fuera de esta posibilidad de ejercicio de acciones colectivas, comparto con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», *ob. cit.*, pág. 19, que es superfluo tratar de forma específica las condiciones generales ya que las mismas son cláusulas contractuales, lo que supone su inclusión en el artículo 9.1 de la LCM.

ra o a reducir los plazos de pago <sup>170</sup>. Esta nueva acción colectiva puede ser ejercitada por las siguientes entidades, de conformidad con lo previsto en la LCGC (art. 9.4 LCM) <sup>171</sup>:

- a) Asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que tengan estatutariamente encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, lo que especialmente beneficia a las pequeñas y medianas empresas, que, por sí solas, carecen de la fuerza suficiente para defender sus propios intereses <sup>172</sup>. Se hace abstracción de que se trate de pequeñas o grandes empresas, ampliando así el elenco contemplado en el artículo 3.5 de la Directiva 2000/35.
- b) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.
- c) Y los Colegios Profesionales legalmente constituidos, lo que refuerza la inclusión de los profesionales en el ámbito de aplicación de la LCM, ya antes analizada <sup>173</sup>.

A cada una de tales entidades se les reconocía además por el artículo 9.4 del PLCM 2003 el derecho de personarse en cuantos procesos sean promovidos por otra cualquiera de ellas para la defensa, hay que sobreentender que en el ámbito material de la LCM, de los intereses que representan, facultad luego solicitada respecto de la tramitación de la nueva LCM en diversas enmiendas y admitida finalmente en el texto del artículo 9 *in fine* de la LCM <sup>174</sup>.

Falta en la legislación española la previsión de medidas adicionales punitivas en este punto, como serían la de imponer multas económicas diarias (*astreinte*), como las que, por ejemplo, previene el artículo 8.3 del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002, que atribuye al Juez la facultad de imponer multas de quinientos a mil cien euros por día de retraso en la ejecución de la sentencia que hubiera dictado, en función de la gravedad del caso.

<sup>170</sup> Vid. FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., págs. 3.061-3.062, donde viene a reconocer que la eficacia real de la LCM va a producirse, en el fondo, cuando al acreedor ya no le importa el mantenimiento de la relación contractual con el deudor, en cuyo caso utilizará la severidad y contundencia de la ley.

<sup>171</sup> La enmienda núm. 9 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10) propuso añadir a las organizaciones de consumidores y usuarios, por entender que estos últimos son afectados por la incidencia que las condiciones generales tienen en las condiciones y en el precio final de venta del producto o de prestación del servicio; evidentemente, además, tales organizaciones de consumidores sí que estarían más alejadas de posibles presiones que pudieran retraer su actuación depuradora. Por su parte, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, ob. cit., pág. 395, defiende que reglamentariamente se concreten los criterios de representatividad que se habrán de exigir a tales entes, para evitar que se constituyan exclusivamente con el fin de utilizar esta legitimación, algo esto último que, dicho sea de paso, hasta la fecha no ha ocurrido.

<sup>172</sup> CIACCHI, A. C., «L'attuazione...», ob. cit., pág. 213.

<sup>173</sup> Así, LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», ob. cit., pág. 6.

<sup>174</sup> Así, las enmiendas núms. 69 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, 74 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso y 90 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10).

## 8. INDEMNIZACIÓN POR COSTES DE COBRO

Como una segunda medida de lucha contra la morosidad, el artículo 8 de la LCM contempla el establecimiento de una obligación para el deudor moroso de abonar al acreedor, que así se la reclame, una indemnización<sup>175</sup> por todos los costes de cobro que haya sufrido a causa de la morosidad de éste<sup>176</sup>, siempre que estén debidamente acreditados, o sea, resulten transparentes<sup>177</sup>. Esta indemnización no puede superar el 15 %<sup>178</sup> de la cuantía de la deuda, siempre que el importe de dicha deuda supere los treinta mil euros<sup>179</sup>. Esta limitación cuantitativa, en cierto modo, beneficia a los grandes deudores morosos<sup>180</sup>, entendiendo que la misma comprende la deuda en sentido estricto, sin añadirle intereses moratorios legales o convencionales<sup>181</sup>. Para el caso de las deudas inferiores a treinta mil euros, el inciso final del artículo 8.1 de la LCM optó por establecer como límite máximo de la indemnización por costes de cobro el importe de la deuda de que se trate, previsión que durante la tramitación parlamentaria recibió críticas, por entender que ese límite era insuficiente y podría constituir un incentivo para que en determinados casos a los deudores les resultase más barato dilatar el pago que cumplir con prontitud su obligación, al resultar los daños y perjuicios irrogados mayores que tal suma de treinta mil euros<sup>182</sup>. Es de hacer notar la relativa novedad que supone el artículo 8.1 de la LCM, porque el artículo 1.108 del CC ya permitía reclamar la reparación de los mayores daños derivados de la morosidad, donde podían incluirse tales gastos; por tanto, la novedad queda reducida a que en aplicación del artículo 1.108 del CC es el acreedor el que debe probar la

<sup>175</sup> Comparto con PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, ob. cit., pág. 396, que en nuestro ordenamiento jurídico es mejor hablar de indemnización, como hace la LCM, que de compensación, como hace la traducción española de la Directiva 2000/35, al tratarse de una traducción literal de la versión inglesa (*compensation*), que, en realidad, no supone una compensación en el sentido del artículo 1.195 del CC sino reparación de daños, léase en este caso costes.

<sup>176</sup> El deudor debe probar los costes de cobro y la relación de causalidad entre tales costos y el hecho efectivo del cobro de su crédito, como advierte MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit.

<sup>177</sup> ZAHINO RUIZ, M.<sup>a</sup> L., «La transposición...», ob. cit., pág. 364.

<sup>178</sup> Con motivo del análisis del Anteproyecto de Ley, que preveía un tope del 10% dicho porcentaje se había criticado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y por el Director General del Banco de España por considerarlo reducido (*vid. dictamen del Consejo de Estado 1021/2003*).

<sup>179</sup> La enmienda núm. 29 del Grupo Parlamentario Socialista al PLCM 2003 ya defendió que dicho límite del 15% no operase para deudas inferiores a treinta mil euros y siempre que los costes superasen ese 15%, tomándose esa cifra como límite por ser el límite máximo del proceso monitorio y por entender que es en las deudas de pequeña cuantía donde la mora puede acarrear perjuicios que no se compensen con ese citado 15% (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14); en la doctrina, vinieron a compartir esta enmienda PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», ob. cit., pág. 4, y *La declaración...*, ob. cit., pág. 397 –por coincidir además con la cuantía máxima del procedimiento monitorio– y ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El Proyecto...», ob. cit., pág. 2.

<sup>180</sup> Con RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal" ...», ob. cit., pág. 4.378.

<sup>181</sup> La misma prohibición del anatocismo permite llegar a esta conclusión. Por su parte, el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 defendió aquí que la ley debiera haber dado solución expresa a esta cuestión.

<sup>182</sup> Así lo razonaba la enmienda núm. 6 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10).

existencia de esos mayores daños, en tanto que en aplicación del artículo 8.1 de la LCM debe ser el deudor el que pruebe que la mora no le es imputable <sup>183</sup>.

El artículo 8.2 de la LCM, en línea con el artículo 6 b) de la LCM a propósito de los intereses de demora, aclara que si el retraso en el pago no fuese responsabilidad del deudor, el mismo no tendrá tampoco obligación de pagar la antes citada indemnización, siempre que, como es lógico y deriva del reparto de la carga de la prueba ya contemplado en el artículo 217 de la LEC, pruebe tal circunstancia. En este punto se está ante una simple repetición de los artículos 1.101, 1.105 y 1.182 y siguientes del CC, en lo relativo a la exención de responsabilidad del deudor moroso en los supuestos de concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito determinantes de su mora <sup>184</sup>.

En la redacción definitiva de la LCM se ha eliminado el problema que presentaba el artículo 8 del PLCM por causa de la definición de qué es lo que se entendía como indemnización razonable, concepto indeterminado donde los haya y que, sin duda, hubiera sido un semillero de controversias, a menos que, para evitar problemas y posibles costas procesales, los acreedores en la práctica se hubiesen considerado satisfechos con los nuevos intereses legales moratorios y, simplemente, obviasen toda reclamación por este complejo concepto, que al sólo poder suponer como máximo un 15% de la deuda, podía generar un gran riesgo en materia de imposición de costas procesales que hiciera orillar en la práctica tal riesgo mediante la abstención de su reclamación <sup>185</sup>.

Por indemnización a estos efectos, comparto que habrá que entender incluidos los gastos en que hubiese incurrido el acreedor para reclamar el pago de la deuda en mora. Ahí se podrán incluir,

<sup>183</sup> Con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 19 y en la práctica con la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de enero de 2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos José de Valdívía y Pizcueta; *Jur.* 2005/140395).

<sup>184</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit. y, en general, respecto de la culpa como presupuesto de la mora, ORDÁS ALONSO, M., «La culpa del deudor como presupuesto de la mora *solvendi*. La pretendida especialidad de las obligaciones pecuniarias», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, esp. págs. 3.609-3.610.

<sup>185</sup> En su momento las enmiendas núms. 16 y 17 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida defendieron la eliminación del calificativo «razonable», para evitar problemas de inseguridad jurídica (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14). Curiosamente, primero sólo se aceptó la enmienda núm. 16 y se suprimió el calificativo razonable del título del precepto pero no de su contenido, con lo que los problemas interpretativos se mantenían (*vid.* Informe de la Ponencia, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 3 de diciembre de 2003, núm. 162-15). Más tarde, en el mismo sentido, tramitándose la vigente ley, las enmiendas núms. 5 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y 62 del Grupo Parlamentario Popular (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10). Fue en el Senado cuando ya se suprimió del texto del artículo 8.1 de la LCM el calificativo de razonable, como ya aparece en la publicación del texto enmendado por el Senado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 13 de diciembre de 2004, núm. 1-13).

El problema práctico que acarrea concretar qué es lo razonable en este punto no es exclusivo de España; *vid.* el caso belga a la vista de su Ley de 2 de agosto de 2002, como analiza WERY, P., «La Loi...», ob. cit., pág. 876.

por tanto, las comisiones por devolución de efectos de comercio impagados<sup>186</sup>, los costes del contrato de *factoring*<sup>187</sup>, los gastos de averiguación de solvencia del deudor<sup>188</sup>, los pagos a las empresas de recobro<sup>189</sup>, los gastos de administración y de tiempo empleados en el recobro<sup>190</sup>, y los de requerimientos notariales, burofax, desplazamientos para reclamar *in situ* el pago de la deuda y los honorarios de los profesionales (fundamentalmente abogados y procuradores) de los que se hubiese valido el acreedor, aunque no estuviese obligado expresamente por ley, esto es, aunque no tuviesen el concepto de costas judiciales en sentido estricto por haberse, por ejemplo, devengado en procedimientos judiciales que no requiriesen la asistencia letrada y la representación por Procurador o en actuaciones de reclamación extrajudiciales<sup>191</sup> o incluso cuando el deudor no hubiese sido condenado en el curso del procedimiento al abono de dichas costas judiciales, porque, por ejemplo, tal deudor se hubiese allanado a la demanda y no procediese, de conformidad con el artículo 395 de la LEC, la imposición de tales costas judiciales. Es más, considero que también debe incluirse en tal indemnización el importe de las costas judiciales que no serán impuestas al deudor en el caso de que el acreedor siga con éxito procedimiento monitorio que no suponga la ulterior tramitación de un procedimiento contencioso<sup>192</sup>. No veo en este punto el problema que se ha apuntado en la doctrina a propósito de la incidencia del límite máximo del 15% del importe de la deuda y su posible incidencia en la libertad de honorarios profesionales de los abogados<sup>193</sup>. Ello porque no hay que confundir la relación entre abogado y su cliente, acreedor en este caso, que se regirá por esa libertad de pacto, y la relación entre el acreedor y

<sup>186</sup> Como ya entendió la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía (*vid.* dictamen del Consejo de Estado 1021/2003).

<sup>187</sup> *Vid.* RUSSO. E., «La nuova...», *ob. cit.*, pág. 499.

<sup>188</sup> Hace especial hincapié en estos gastos «Legalia Abogados», *Guía...*, *ob. cit.*, pág. 21.

<sup>189</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, *ob. cit.*, pág. 397 y SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», *ob. cit.*, pág. 289.

<sup>190</sup> SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition...», *ob. cit.*, págs. 289-290 y la doctrina germana que allí refiere, destacando la novedad que esta situación supone respecto de las tradicionales resoluciones judiciales alemanas, refractarias a admitir estas reclamaciones.

<sup>191</sup> En este concreto sentido es mucho más explícito el artículo 6.2 del Decreto Legislativo italiano 231/2002, de 9 de octubre, que hace expresamente referencia a las tarifas forenses en materia extrajudicial.

<sup>192</sup> Sin que la posición que acabo de defender deba confundirse con la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona, resuelta por aquel Tribunal en su Sentencia de 10 de marzo de 2005 (Ponente: Jean-Pierre Puissechet; TJCE 2005/64), en el sentido de que «dado que sobre la base del Derecho nacional, no es posible incluir en el cálculo de las costas a las que podría ser condenado un particular obligado al pago de una deuda profesional los gastos derivados de la intervención de un abogado o de un procurador en defensa o representación del acreedor en un proceso judicial de reclamación de dicha deuda, 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, no puede servir por sí sólo de fundamento a tal posibilidad» –al respecto de esta cuestión, nótese que fue la primera controversia judicial relativa a la Directiva 2000/35/CE, muestra, para FREUDENTHAL, M., «Implementation...», *ob. cit.*, pág. 423, de las incertidumbres que genera la aplicación del art. 3 de la misma–. Más restrictiva es la posición de FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», *ob. cit.*, pág. 3.053, para quien sólo habrá derecho del acreedor a indemnizarse de las costas pagadas a abogado y procurador en un procedimiento monitorio cuando el acreedor residiese en localidad distinta a la del Juzgado (art. 32.5 LEC), porque sólo en ese caso considera que se puede hablar de un gasto necesario, interpretación a mi juicio excesivamente restrictiva pues es práctica común que las empresas no presenten las peticiones de procedimiento monitorio por sí mismas, sino, al menos, asesoradas por un Letrado, cuyo coste, a mi juicio, es necesario en lo que tienen de actuación que, bien fácilmente, puede desembocar en un procedimiento judicial y de asistencia técnica a una reclamación de deuda que, en realidad, tienen naturaleza judicial y, al menos, precontenciosa, lo que hace que tal gasto sea más justificado incluso que, por ejemplo, el de redacción de las clásicas cartas o requerimientos extrajudiciales, fehacientes o no, de pago.

<sup>193</sup> Ésta es la crítica que expone RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», *ob. cit.*, pág. 522.

el deudor, donde el primero sólo podrá recuperar del segundo la parte de la retribución de su abogado que se considere como razonable y en todo caso, sumada al resto de los gastos que haya sufrido, en cantidad no superior al 15% del importe de su crédito <sup>194</sup>. En fin, lógicamente se excluyen de la indemnización por gastos las cantidades que el deudor moroso haya de pagar en concepto de costas procesales y hayan sido tasadas como tales <sup>195</sup>, ya que en caso contrario el acreedor las cobraría dos veces y experimentarían un enriquecimiento injusto <sup>196</sup>.

Al regularse la indemnización en los términos que acabo de estudiar debe llegarse a la conclusión de que nuestra LCM no ha previsto la posibilidad de que el acreedor sea indemnizado adicionalmente por el mayor daño que, al margen de esos costes de recuperación, pueda haber sufrido por el retraso en el cumplimiento del contrato por parte de su deudor. Tal conclusión se hace más patente si se compara la legislación española con el artículo 6 del Decreto Legislativo italiano de 9 de octubre de 2002, que sí contempla el derecho del acreedor al resarcimiento de los costes de recuperación «salvo prueba del mayor daño», donde la doctrina italiana viene defendiendo la inclusión del resarcimiento de aquellas pérdidas de valor de la moneda que el acreedor acredite que se hubiesen producido por encima de los intereses moratorios <sup>197</sup>. Por otro lado, la legislación española tampoco contempla la posibilidad de que se fije el importe de tales gastos *a forfait* <sup>198</sup>. Si a esta situación le sumamos el que el límite antes referido del 15% de la cuantía de la deuda, hace que si ésta es reducida también puede ser muy reducido, el resultado es que el efecto disuasorio de la morosidad que persigue la nueva ley quede capitidismuido, efecto disuasorio que, en todo caso, se vio mitigado con el establecimiento del régimen especial antes analizado y referido a las deudas que no superen los treinta mil euros <sup>199</sup>.

<sup>194</sup> La enmienda núm. 38 del Grupo Parlamentario Catalán defendió que las costas judiciales se rigiesen por su propio régimen y quedasen fuera de la limitación del 15% referida, solución que, ciertamente, hubiera elevado la rigurosidad de la ley, sin que ello hubiera supuesto directa transposición de normativa comunitaria al respecto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 6 de octubre de 2003, núm. 162-14); ya en la tramitación de la LCM vigente, en similar sentido, *vid.* la enmienda núm. 33 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10), admitida en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de noviembre de 2003, núm. 1-11). En todo caso, comparto con el dictamen del Consejo de Estado 1021/2003 que hubiera sido adecuado que el legislador hubiese dado solución expresa a la inclusión o exclusión de las costas procesales en el concepto de costes del cobro, como de hecho se vino a defender después en las enmiendas núms. 73 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso y 83 del Grupo Parlamentario Catalán (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 2004, núm. 1-10), admitidas en el último párrafo del artículo 8.1 de la LCM desde el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de noviembre de 2003, núm. 1-11). En la doctrina científica, sin explicar el porqué, PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», *ob. cit.*, pág. 4, considera excluido del concepto de costes de cobro las costas judiciales.

<sup>195</sup> Con LEMA DEVESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley...», *ob. cit.*, pág. 15.

<sup>196</sup> Con FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», *ob. cit.*, pág. 3.052.

<sup>197</sup> Así, RUSSO, E., «La nuova...», *ob. cit.*, págs. 497-498.

<sup>198</sup> Pacto admitido en la legislación luxemburguesa, como destaca THEWES, M., «Les nouvelles...», *ob. cit.*, pág. 186.

<sup>199</sup> Coincido con PULGAR EZQUERRA, J., «El Proyecto...», *ob. cit.*, págs. 4 y 5, en que en los casos de deudas pequeñas el límite del 15% tantas veces mencionado puede resultar insuficiente para desincentivar la morosidad.

Al margen de la indemnización por costes de cobro que acabo de analizar, el acreedor podrá reclamar, conforme a los artículos 1.101 y siguientes del CC, la reparación de los demás daños y perjuicios que le haya podido irrogar la mora del deudor, incluyendo aquí, a su vez, los intereses moratorios que el acreedor hubiera debido pagar, a su vez, a sus propios acreedores, por la mora en que hubiese incurrido como consecuencia de la falta de liquidez sufrida a causa del retraso en el pago de su deudor<sup>200</sup>.

## 9. LA RESERVA DE DOMINIO

Concluye la LCM con un último instrumento que más que de lucha contra la morosidad entiendo que es de protección en sentido estricto del acreedor, más en concreto del acreedor-vendedor.

Me refiero a la regulación que hace el artículo 10 de la LCM de la cláusula de reserva de dominio. Dicha cláusula no es de contemplación legal, sino que debe ser convencionalmente prevista de forma expresa por vendedor y comprador en el correspondiente contrato de compraventa que tenga la consideración de operación comercial a los efectos de la aplicación de la LCM. De hecho, ya el artículo 2.3 de la Directiva 2000/35 define a la reserva de dominio como «estipulación contractual», refiriéndose además nuestra LCM a la «cláusula de reserva de dominio».

Con la inserción de esta cláusula contractual, configurada como reserva de dominio simple<sup>201</sup>, como se desprende de la EM de la LCM, se busca que el vendedor conserve la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio de la compraventa, pese a que tales bienes hubiesen sido entregados por el vendedor al comprador, implicando una retención de la propiedad<sup>202</sup>, lo que, a su vez, impide su inserción en las compraventas para la reventa por parte del comprador, a menos que el pago íntegro del precio sea anterior a dicha reventa<sup>203</sup>. Con ello se reconoce la concepción clásica de la reserva de dominio, que implica la ruptura del régimen de transmisión de la propiedad en el Derecho español mediante el sistema del título y del modo, ya que pese a la entrega material de la cosa vendida al comprador y la existencia de un contrato de compraventa, la misma no es transmitida al comprador porque la voluntad de las partes que pactan la reserva de dominio así lo pone de manifiesto<sup>204</sup>.

Tal reserva de dominio se proyecta también a favor de los terceros que paguen por cuenta del deudor, esto es, respecto de sus financiadores, pero no en el sentido de que estos últimos se subro-

<sup>200</sup> Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración...*, ob. cit., pág. 397.

<sup>201</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., «La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso», *La Ley*, Madrid, 2005, pág. 69.

<sup>202</sup> Como ya explicó QUICIOS MOLINA, S., «Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 34, septiembre-diciembre 2005, consultado en su versión electrónica en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

<sup>203</sup> Como advierte MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa...*, ob. cit., pág. 70.

<sup>204</sup> Comparto el razonamiento de RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Directiva...», ob. cit., págs. 523-524.

guen en la posición de aquéllos sino sólo en el de que podrán retener la documentación acreditativa lo que impide al comprador revender los bienes comprados y financiados bajo dicha cláusula <sup>205</sup>.

Por último, para que la reserva de dominio surta efectos frente a terceros, el artículo 10, cuarto párrafo del PLCM 2003 preveía que debían ser sus requisitos:

- a) Otorgamiento de documento público intervenido notarialmente.
- b) Inscripción en el Registro público correspondiente de acuerdo con la naturaleza de los bienes objeto de la compraventa y siempre que los mismos sean susceptibles de inscripción en tal Registro.

Posteriormente, el PLCM 2004 suprimió tal exigencia, por lo que sigue siendo evidente que la reserva de dominio sólo surte efectos entre comprador y vendedor, cuyos mismos efectos se obtendrán con una simple condición resolutoria por impago <sup>206</sup>, de modo que los terceros que, por ejemplo, cumplan los requisitos del artículo 85 del C. Com. no quedarán afectados por la misma <sup>207</sup>, salvo que la reserva se instrumente en documento público y se inscriba en un Registro público (arts. 1.218 y 1.227 CC) <sup>208</sup> y ello incluso en el caso de concurso del comprador (arts. 56 y 90 LC) <sup>209</sup>.

## 10. CONCLUSIONES

Una vez analizados con detalle los aspectos de la LCM referentes a las operaciones comerciales privadas, y habiendo dejado al margen la incidencia que la misma tiene en la contratación pública por ser materia más propia de expertos administrativistas, resulta, a mi entender, aconsejable sintetizar las siguientes conclusiones.

1. Una vez más el legislador español optó por aprobar una nueva ley especial en materia de obligaciones y contratos lo que viene a ratificar el alejamiento de la revisión codificadora y unificadora del Derecho de obligaciones y contratos, una tarea que debe ser acometida de una vez en aras de la simplificación de nuestro ordenamiento jurídico y de la potenciación de la imprescindible seguridad jurídica.

<sup>205</sup> Con MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa...*, ob. cit., pág. 71.

<sup>206</sup> Como advierte CARRASCO PERERA, A., «Morosidad y reserva de dominio», *AJA*, núm. 663, 2005, consultado en su versión electrónica en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) –a quien se suma QUICIOS MOLINA, S., «Efectos...», ob. cit.–, para destacar lo superfluo de la previsión normativa, a su juicio debida a la presión de los interesados en que no surtiera efectos frente a terceros la reserva de dominio pactada en documento privado no notarial o sin que ese pacto se inscribiera en el Registro de Bienes Muebles.

<sup>207</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La nueva regulación...», ob. cit., pág. 24, MARÍN LÓPEZ, J.J., «La morosidad...», ob. cit. y MARTÍNEZ ROSADO, J., *La compraventa...*, ob. cit., pág. 71.

<sup>208</sup> FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros...», ob. cit., pág. 3.054.

<sup>209</sup> Con CARRASCO PERERA, A., «Morosidad...», ob. cit.

2. La redacción de la LCM es, como se ha expuesto en este trabajo, oscura y confusa, sobre todo en una materia tan importante como es la de determinar qué ocurre con la morosidad en los pagos instrumentados en efectos cambiarios, un porcentaje muy elevado en las operaciones comerciales en España.
3. Es paradójico que como consecuencia de la práctica del mercado y de que queden fuera del ámbito de aplicación de la LCM las operaciones financieras se genere una situación de doble discriminación, al menos en la actualidad. La situación actual del mercado español es la siguiente: en las operaciones comerciales es práctica habitual que no se pacten intereses de demora, por lo que habrá que estar a la aplicación subsidiaria de la LCM que supone hasta ahora intereses de demora del entorno del 9% anual; en las operaciones financieras sí se pactan siempre intereses de demora, normalmente por encima del 20% anual, con la limitación de estar, en su caso<sup>210</sup>, a la aplicación de la antiquísima legislación antiusura (Ley Azcárate, para la represión de la usura de 23 de julio de 1908)<sup>211</sup> y, para el caso de tratarse de créditos al consumo, como elemento indicativo aproximado al artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que los cuantifica en 2,5 veces el interés legal del dinero<sup>212</sup>, esto es, el 10% en 2005 y 2006<sup>213</sup>. Todo ello conduce a la siguiente situación paradójica doblemente discriminatoria: piénsese en una empresa que incurre en mora en una operación financiera y en una operación comercial, resultado de lo cual es que en la operación financiera va a pagar intereses de demora de más del 20% sin que la ley obligue a ello, mientras que en la operación comercial pagará intereses de demora del 9,25% en 2006 por aplicación de una ley que se titula de lucha contra la morosidad y que se supone que busca penalizar al moroso; la situación se hace más discriminatoria si se compara a una empresa morosa en una operación comercial con un consumidor moroso en una operación financiera pues también lo normal es que pagará muchos más intereses este último que la primera. La conclusión es clara, es más desincentivador de la morosidad el mercado financiero que la legislación aplicable a las operaciones comerciales.
4. La práctica ha venido a demostrar que desde la entrada en vigor de la LCM la misma se ha revelado inútil en el ámbito de las operaciones comerciales ordinarias. Bajo esta denominación quiero referirme a los pagos con retrasos sin intervención de reclamaciones judiciales de pago.

<sup>210</sup> Hay sentencias en las que se deniega la aplicación de la Ley Azcárate a los intereses moratorios, como, por ejemplo y entre muchas otras, la de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 26 de enero de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª M.ª José Pueyo Mateo; AC 2005/158).

<sup>211</sup> Por ejemplo, la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de mayo de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Nuria Zamora Pérez; Jur: 2005/113202), considera usuarios unos intereses de demora del 29,02% anual, mientras que la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 20 de abril de 2005 (Ponente: Iltma. Sra. D.ª Juana María Unanua Arratibel; Jur: 2005/192768) considera que no son usurarios unos intereses moratorios del 29% anual.

<sup>212</sup> 4% en 2005 y 2006, conforme a la disposición adicional quinta de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005 y a la disposición adicional vigesimoprimer de la Ley 30/2005, 29 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006.

<sup>213</sup> Otro supuesto que genera abundante controversia judicial en la que no es el momento de entrar, pero que lleva a muchas sentencias a no estar literalmente a la aplicación de ese límite salvo para lo que son estrictamente los descubiertos en cuenta sino a aplicarlo como indicativo de una posible abusividad cuando los pactados excedan con mucho de ese límite, como ocurre en la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de marzo de 2005 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller; AC 2005/480), que estima no abusivos unos intereses moratorios pactados del 16,5%.

El acreedor trata de no perder a su cliente moroso, que al fin y al cabo es cliente y espera que lo siga siendo y aunque tarde en pagarle le termina pagando, por lo que trata de buscar medios alternativos de resarcirse del coste del retraso, fundamentalmente a través de más precio o menos calidad. De hecho, la aplicación efectiva de la LCM pienso que va a quedar reducida en el futuro, cuando se difunda su conocimiento, pues la práctica judicial muestra que sigue siendo una gran desconocida<sup>214</sup> porque no es invocada ante los Jueces y Tribunales<sup>215</sup>, a las liquidaciones contenciosas de mora.

5. La posibilidad de elusión convencional no abusiva de la aplicación de la LCM, tanto en lo que se refiere a la ampliación de plazos de pagos no morosos como en cuanto a la reducción de tipos de interés de demora, si los acreedores se decidiesen a invocar la aplicación de esta LCM será, sin duda, un semillero de conflictos judiciales o arbitrales, ya que está basada toda ella en criterios jurídicos indeterminados, precisados de ponderación judicial o, en su caso, arbitral.
6. Es contradictorio que la LCM no haya optado por mantener medidas más exigentes, en beneficio de los acreedores y en contra de la morosidad, que ya contenía nuestro ordenamiento jurídico. Estoy pensando, concretamente, en los artículos 1.500 del CC y 339 del C. Com.
7. El efecto disuasorio de la morosidad en la LCM se reduce por el hecho de que no se haya contemplado la indemnización de los mayores daños que la misma haya podido causar al acreedor. Baste, en este sentido, con pensar en la posibilidad de que tal morosidad haya conducido, por ejemplo, a un concurso necesario del acreedor por falta de liquidez para cumplir de forma regular sus obligaciones. En este caso entiendo que la única posibilidad de salvar esa laguna es acudir a la aplicación supletoria y analógica del artículo 1.107 del CC para aquellos supuestos en los que el retraso en el pago se deba a dolo del deudor, entendiéndose que concurre tal cuando el deudor no cumple porque sencillamente no le conviene cumplir a su propia economía<sup>216</sup>.
8. Se ha generado una situación discriminatoria favorable a los grandes distribuidores en el marco del comercio minorista, que no hay que olvidar, constituye la parte más importante de la mora habitual en las operaciones comerciales.
9. Se ha regulado de forma inútil la reserva de dominio como instrumento de evitación de la morosidad.
10. La LCM debe ir acompañada de medidas materiales de agilización efectiva de los cobros judiciales de las deudas morosas. Para ello es necesario agilizar los procedimientos monitorios, al objeto de que, dotando de los medios adecuados a los órganos judiciales, se cumplan efectivamente los plazos legales y se agilicen las ejecuciones judiciales.

<sup>214</sup> En la doctrina, BRACHFIELD, P.J., «¿Se aplica...», ob. cit., habla, por ejemplo, de sólo un 5% de empresas españolas que aplican esta ley, en gran parte por desconocimiento de la misma.

<sup>215</sup> Considero que en España no puede producirse su aplicación de oficio, frente a lo que apunta en la doctrina holandesa FREUDENTHAL, M., «Implementation...», ob. cit., pág. 426.

<sup>216</sup> Siguiendo el criterio de ORDÁS ALONSO, M., «La culpa...», ob. cit., esp. págs. 3.811 y 3.816, a propósito de la concurrencia de dolo en la mora del deudor.

## ABREVIATURAS

<i>AC</i>	<i>Aranzadi Civil</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>ADConc</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
<i>AJA</i>	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
<i>AJU&amp;M</i>	<i>Actualidad Jurídica Uría&amp;Menéndez</i>
<i>BIMJ</i>	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>C. Com.</i>	<i>Código de Comercio</i>
<i>cfr.</i>	<i>confróntese</i>
<i>CI</i>	<i>Contratto e Impresa</i>
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios</i>
<i>ECI</i>	<i>El Consultor Inmobiliario</i>
<i>EDP</i>	<i>Europa e Diritto Privato</i>
<i>EM</i>	<i>Exposición de Motivos</i>
<i>esp.</i>	<i>especialmente</i>
<i>Jur.</i>	<i>Base de datos de jurisprudencia westlaw</i>
<i>LC</i>	<i>Ley Concursal</i>
<i>LCGC</i>	<i>Ley de condiciones generales de la contratación</i>
<i>LCM</i>	<i>Ley de lucha contra morosidad en las operaciones comerciales</i>
<i>LEC</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i>
<i>LOCM</i>	<i>Ley de ordenación del comercio minorista</i>
<i>NUE</i>	<i>Noticias de la Unión Europea</i>
<i>ob. cit.</i>	<i>obra citada</i>
<i>pág.</i>	<i>página</i>
<i>págs.</i>	<i>páginas</i>
<i>RdDP</i>	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>RJA</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
<i>RJCA</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia Contenciosa Aranzadi</i>
<i>RTC</i>	<i>Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional</i>
<i>TJ</i>	<i>Tribunales de Justicia</i>
<i>vid.</i>	<i>véase</i>

**BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *La Ley*, núm. 6.332, 4 de octubre de 2005.
- ALONSO ESPINOSA, F.J., «Régimen general de la actividad comercial "minorista" (Algunas notas sobre las Leyes estatales 2/1996 y 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y la Ley murciana 10/1998, de 21 de diciembre, sobre régimen del comercio minorista en la región de Murcia)», *RDM*; núm. 231, enero-marzo 1999, págs. 7-36.
- ARRANZ CÁCERES, T., «La morosidad en el pago en la contratación de obras», diario *El País. Propiedades*, 10 de junio de 2005, pág. 12.
- ARRUÑADA SÁNCHEZ, B., «La Ley contra la morosidad comercial», *working paper* núm. 237, *www.indret.com*, julio 2004.
- AYALA MUÑOZ, J.M.<sup>a</sup>, «La aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a los contratos de la Administraciones Públicas celebrados antes de 2005», *La Ley*, núm. 6.410, 30 de enero de 2006, consultado en su versión electrónica en *www.laley.net*.
- BADOSA COLL, F., «La relación obligatoria, el plazo de pago y la mora en la transposición de la Directiva 2000/35/CE al Derecho español», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 303-331.
- BAENA RUIZ, E., «La Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales», *La compra-venta: Ley de garantías, Cuadernos de Derecho Judicial, XI*, AGUIRRE ZAMORANO, J. (director), Madrid, 2005, págs. 147-193.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia», *TJ*, núm. 4, abril 2001, págs. 31-43.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Notas sobre los aspectos jurídico-mercantiles de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LCM)», *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, volumen II, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, págs. 941-951.
- «Morosos», *AC* núm. 19, febrero 2005, consultado en su versión electrónica en *www.westlaw.es*.
- BONACHERA VILLEGAS, R. y SENÉS MOTILLA, C., «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *La Ley*, núm. 6.341, 18 de octubre de 2005, págs. 1-8.
- BRACHFIELD, P.J., «¿Se aplica la Ley contra la morosidad?», diario *Cinco Días*, 4 de marzo de 2006, consultado en su versión electrónica en *www.cincodias.com*.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 11.<sup>a</sup> edición, volumen II, Tecnos, Madrid, 2003.
- CARRASCO PERERA, A., «Morosidad y reserva de dominio», *AJA*, núm. 663, 2005, consultado en su versión electrónica en *www.westlaw.es*.

- CIACCHI, A.C., «L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. B) Germania», *EDP*, 2004-1, págs. 197-216.
- DÍAZ DEL HOYO, M.A., «La responsabilidad de administradores por deudas sociales, las sociedades fantasma y la nueva Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España», *La Ley*, núm. 6.876, 12 de diciembre de 2005, pág. 12.
- DÍAZ LUQUE, M.<sup>a</sup>T., «La gran reforma del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*): la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones», *ECL*, núm. 32, febrero 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora del deudor y la responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1996.
- «La Directiva 2000/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales, un eficaz intento para luchar contra la morosidad», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», tomo II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993.
- EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el *BGB* tras la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002», *ADC*, tomo LVI, fascículo IV, octubre-diciembre 2003, págs. 1.575-1.608.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Régimen jurídico general del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la ordenación del comercio minorista*, ALONSO ESPINOSA, F.J., A. LÓPEZ PELLICER, J., MASSAGUER FUENTES, J. y REVERTE NAVARRO, A. (coordinación), McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- FREUDENTHAL, M., «Implementation of the Directive on late payments in the Netherlands», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 407-427.
- FUENTES GÓMEZ, J.C., «Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra morosidad», *BIMJ*, año LIX, núm. 1994, 1 de agosto de 2005, págs. 3.041-3.062.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El título ejecutivo europeo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., «Los presupuestos del concurso», *La Ley*, núm. 6.250, 11 de mayo de 2005, págs. 1-8.
- GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., «El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y los contratos de garantía admisibles», *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, de ANGULO RODRÍGUEZ, L., CAMACHO DE LOS RÍOS, J. y HOYOS ELIZALDE, C. (directores), Atelier, Barcelona, 2006, págs. 123-168.
- LA SPINA, A., «La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *Rassegna di Diritto Civile*, 1-2, 03, págs. 117-155.
- «Legalía Abogados», *Guía práctica. Anteproyecto de Ley de lucha contra la morosidad*, *La Gaceta de los Negocios*, esp. (II) y (III), 20 y 21 de octubre de 2004.
- LEMA DEVEESA, C., y TATO PLAZA, A., «La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista», *DN*, núm. 183, diciembre 2005, págs. 1-15.
- MARCOS, F., «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contraídas en el sector mercantil», *ADConc.*, núm. 5, 2005, págs. 301-322.

- MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J. (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1997.
- «La morosidad en los contratos privados de los empresarios», conferencia pronunciada en la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 17 de febrero de 2005.
- MARTÍNEZ DE EULATE, J., «Todo sigue igual», diario *Cinco Días*, 18 de enero de 2006, consultado en su versión electrónica en [www.cincodias.com](http://www.cincodias.com).
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso», *La Ley*, Madrid, 2005.
- MEMMO, D., «I ritardi della p.a. tra normativa speciale e giurisdizione esclusiva», *CI*, 2004-1.
- MENGGONI, L., «La Direttiva 2000/35/CE in tema di *mora debendi* nelle obbligación pecuniarie», *EDP*, 2001-1, págs. 73-83.
- MONTFORT, C., «Transposition française de la Directive sur les retards de paiements: rendez-vous manqué avec l'actualisation du Droit des obligations», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 381-405.
- ORDÁS ALONSO, M., «La culpa del deudor como presupuesto de la *mora solvendi*. La pretendida especialidad de las obligaciones pecuniarias», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 3.609-3.619.
- PARDO RODRÍGUEZ, J., «La nueva Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales», *AJU&M.*, núm. 11, 2005, págs. 72-75.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, PIÑAR MAÑAS, J.L. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (directores), Civitas, Madrid, 1997.
- PULGAR EZQUERRA, J., «La aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», *AJA*, núm. 578, 22 de mayo de 2003.
- «El Proyecto de Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales y la nueva legislación concursal», *AJA*, núm. 604, 18 de diciembre de 2003, págs. 1-5.
- «El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J. (dirección), Dilex, Madrid, 2003.
- «La declaración del concurso de acreedores», *La Ley*, Madrid, 2005.
- QUICIOS MOLINA, S., «Efectos de las garantías reguladas por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores», *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm. 34, septiembre-diciembre 2005, consultado en su versión electrónica en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).
- REDONDO, F., «Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a las operaciones financieras», *dossier* en diario *La Gaceta de los Negocios*, 2 de marzo de 2005.
- RICCIO, A., «Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura», *CI*, 2004-2.

- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «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 (Diario Oficial núm. L 2000 de 8 de agosto de 2000)», *RdDP*, 2001-1, núm. 6, págs. 519-525.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La "lucha legal" contra la morosidad en los pagos», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, R.P. (coordinadores), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 4.361-4.382.
- ROSSI, G., «Il ritardo di pagamento imputabile al creditore», *CI*, 2004-2.
- RUBIO TORRANO, E., «La morosidad en operaciones comerciales: nueva Directiva», *AC* núm. 13, 2000, consultado en versión electrónica [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).
- RUSSO, E., «La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», *CI*, 2003-1, enero-abril 2003, págs. 445-506.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, 28.<sup>a</sup> edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- SCHULTE-NÖLKE, H., «The transposition of Directive 2000/35/EC on late payment into German National Law», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 285-302.
- SPOTO, G., «L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia», *EDP*, 2004-1, págs. 161-195.
- THEWES, M., «Les nouvelles règles en matière de délais de paiement en droit luxembourgeois», *REDC*, 2004/3, págs. 179-191.
- TRAMOYERES GALVÁN, P., «¿Será realmente útil la nueva Ley de lucha contra la morosidad?», [http://www.ey.com/global/download.nsf/Spain/Eficacia\\_Ley\\_Morosidad/\\$file/Eficacia%20Ley%20Morosidad.pdf](http://www.ey.com/global/download.nsf/Spain/Eficacia_Ley_Morosidad/$file/Eficacia%20Ley%20Morosidad.pdf).
- VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- WERY, P., «La Loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales», *Jornal des Tribunaux*, 20 de diciembre de 2003, núm. 6.119.
- ZACCARIA, A., «La Direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento: i discostamenti, rispetto ad essa, del Decreto italiano di attuazione», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 429-441.
- ZAHÍNO RUIZ, M.<sup>a</sup> L., «La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho privado español», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 333-379.