

# *Revista del Foro Canario*



IMPRESA PÉREZ GALDÓS, S.L.U.  
Profesor Lozano, 25 · El Sebadal  
35008 Las Palmas de Gran Canaria  
Islas Canarias · España  
I.S.S.N.: 0211-0903  
Depósito Legal: G.C. 258 · 1980

**“EN TORNO A LA LEY 3/2004, DE 29 DE  
DICIEMBRE SOBRE MEDIDAS DE LUCHA CONTRA  
LA MOROSIDAD EN LAS OPERACIONES  
COMERCIALES”**

Accésit del Vigésimo Primer Certamen del Premio de Estudios  
Jurídicos “Foro Canario” 2005-2006,  
del Ilustre Colegio Abogados de Las Palmas.

**Don Nicolás Martí Sánchez**

Magistrado Emérito de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal  
Superior de Justicia de Canarias y Colegiado no Ejerciente.

**EN TORNO A LA LEY 3/2004, DE 29 DE DICIEMBRE  
SOBRE MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD  
EN LAS OPERACIONES COMERCIALES**

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY:
  - A) Introducción
  - B) Operaciones comerciales
  - C) Morosidad
  - D) Pagos a los que afecta
  - E) Pagos excluidos:
    - a) Cheques y letras de cambio
    - b) Indemnizaciones por daños
    - c) Realizados por entidades aseguradoras
    - d) En operaciones comerciales en que intervienen consumidores
    - e) Procedimientos concursales.
- III. ABUSO EN PERJUICIO DEL ACREEDOR; LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.
- IV. LA DEMORA EN EL PAGO Y SUS CONSECUENCIAS.
- V. MEDIDA COMPLEMENTARIA DE PROTECCIÓN AL ACREEDOR: LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO
- VI. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY:
  - A) “Empresas”
  - B) Administración; contenido de esta expresión.
- VII. CONSIDERACIONES FINALES.

## I. PLANTEAMIENTO

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre “por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales” (así figura descrita en el texto publicado en el B.O.E. del día 30) “tiene por objeto” –según su Exposición de Motivos– “incorporar al derecho interno la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000”, la cual precisamente establece esas medidas<sup>1</sup>.

El motivo básico determinante de la regulación de esta materia figura recogido en el “considerando” 7 del preámbulo de dicha Directiva. Consiste en el hecho de que “*onerosas cargas administrativas y financieras pesan sobre las empresas y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad*”; a lo que añade que “*estos problemas son además una de las principales causas de la insolvencia que amenaza la propia supervivencia de la empresa y se traduce en la pérdida de numerosos puestos de trabajo*” (segundo inciso del mismo “considerando”).

Cuestión distinta de la constatación de esos hechos es la de si con las medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales pretendidas por la Directiva, y en particular con las previstas por la citada Ley española, se logra efectivamente la finalidad buscada.

## II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY

### A) Introducción

El ámbito de la Ley en su aspecto objetivo viene delimitado por los artículos 1 (“objeto”) y 3 (“ámbito de aplicación”).

El primero de estos artículos señala como objetos de la Ley, de un lado “*combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias*”, y por otra parte “*combatir... el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago*”; pero en

ambas facetas el objeto está circunscrito a “*las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración*”.

A las “operaciones comerciales” se refiere también el artículo 3, en el apartado 1 (la Ley se aplica a “*todos los pagos efectuados como contraprestación en las **operaciones comerciales** realizadas entre...*”)<sup>2</sup>, y en el apartado 2, a) (“*quedan fuera del ámbito de aplicación de*” la Ley “*los pagos efectuados en las **operaciones comerciales** en las que intervengan consumidores*”).

### B) Operaciones comerciales

Resulta necesario en primer lugar delimitar el significado de la expresión “operaciones comerciales”, tal como la utiliza la Ley. El artículo 2 de la Directiva –origen de la Ley española– que se ocupa de “definiciones”, dispone en su punto 1 que a los efectos de la misma “*se entenderá por <<operaciones comerciales>>: las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación*”, todo ello después de señalar en el artículo 1 que la Directiva “*se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales*”. El texto de estos artículos de la Directiva, puesto en relación con el del “considerando” 13 del preámbulo (“*conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular las operaciones en las que intervienen consumidores*”), permite concluir que la Directiva no considera “operaciones comerciales” las “operaciones” en las que intervienen consumidores. Sin embargo, la Ley española excluye de su ámbito los pagos efectuados en las “operaciones comerciales en las que intervengan consumidores”. Con esta redacción la Ley está incluyendo en el concepto de “operaciones

1. Según el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva “*los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 8 de agosto de 2002*”. Luego, España ha incorporado dicha Directiva casi dos años y medio después de esa fecha tope.

2. Para Guillermo Aguillaume “*es una lástima el uso del término <<pagos>> cuando se regula la morosidad y, por lo tanto, lo contrario del pago, es decir, el impago de obligaciones dinerarias vencidas*” (Guillermo AGUILLAUME GAN-DASEGUI: “El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad”, en diario “La Ley”, número 6332, de 4 de octubre de 2005, p. 4). Mas esta frase del artículo 3.1 de la Ley española es exactamente la misma que utiliza la Directiva en su artículo 1 (“*la presente Directiva se aplicará a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales*”), el cual es objeto de alabanza por el mismo autor, por lo que desde este punto de vista no se explica la crítica, que sí la merece, pero no solo el precepto de la Ley 3/2004, sino también el artículo 1 de la Directiva ya que, en efecto, ni una ni otra se aplican a “los pagos” (pues pago es cumplimiento –artículo 1156 del Código civil–, de tal manera que se entiende pagada una deuda “*cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*” (artículo 1157 del Código Civil), utilización de este tiempo verbal –pasado– destacada positivamente por Hernández-Gil. “*Hay que encomiar*” –afirma– “*la exactitud gramatical y jurídica de la expresión <<consistía>>. Realizada la prestación, la obligación se extingue, deja de existir; y por eso el artículo 1.157 la mencionad ya en pasado (<<consistía>>)*” (Antonio HERNÁNDEZ GIL: “Derecho de obligaciones”, nueva edición, Madrid, 1983, p. 276, nota).

comerciales" aquellas en las que "**intervengan consumidores**"; sin que por otra parte, especifique en este último supuesto si se refiere a pagos efectuados en operaciones entre consumidores (aunque resulta claro que quedan fuera de la Ley, en atención a la finalidad de la misma), o también entre consumidores y empresarios. Y sin que contribuya a aclarar este punto la Exposición de Motivos, que se limita a manifestar que "*no regula las operaciones en las que intervienen consumidores*" (párrafo quinto).

No obstante, teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de la Ley, la conclusión es que está aludiendo a cualquier operación en la que una de las partes sea un consumidor, que por lo demás será el deudor de una obligación pecuniaria (precio del bien comprado o del servicio solicitado y recibido), en tanto que el acreedor, que es el sujeto de la relación al que la Ley pretende proteger, será un empresario, frente al que la Ley de defensa de los consumidores y usuarios (26/194, de 19 de julio) pretende protegerlos, como se desprende de lo dispuesto, entre otros preceptos, en los apartados 2 y 3 del artículo 1<sup>3</sup>.

Pero continúa la oscuridad sobre qué entiende la Ley por "operaciones comerciales". No contribuye a clarificar la cuestión la Exposición de Motivos con la utilización de la expresión "transacciones comerciales" en la frase que, referida a la Directiva, manifiesta que el objetivo de ésta "*es fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las **transacciones comerciales***". Ahora bien, conforme a la terminología habitual en el tráfico mercantil, por "transacción comercial" se entiende contrato celebrado en el ejercicio de una actividad empresarial. Y "operaciones comerciales" equivale a contratos concluidos en el ámbito de las empresas (particularmente compraventas)<sup>4</sup>.

Luego, tanto los contratos concluidos entre

empresarios en cuanto tales como los celebrados por empresarios con personas –físicas o jurídicas– o con entidades sin personalidad jurídica, ajenas a la actividad empresarial, resultan encuadrables en el concepto de "operaciones comerciales". Si esto es así –y lo es según resulta de una interpretación gramatical y sistemática de los textos mencionados, y en parte transcritos– también pertenecen a la clase de operaciones comerciales los contratos celebrados por los empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial con los consumidores, lo cual explica el que la Ley tenga que mencionar expresamente la exclusión de la aplicación de la misma a "*las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores*", tal como son definidos éstos por la "Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios"<sup>5</sup>, exclusión que viene impuesta por la Directiva y que no operaría en el ámbito de la Ley interna de no preverla de manera específica y expresa, dado el significado y alcance que para la misma tiene la expresión "operaciones comerciales".

### C) Morosidad

El objetivo básico y directo de la Ley es combatir la morosidad en el pago de deudas dinerarias (artículo 1). Morosidad que, según el artículo 2, c), dedicado a "*definiciones*", consiste en "*el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago*". Esta definición es transcripción literal de la ofrecida por el artículo 2, 2) de la Directiva<sup>6</sup>. En relación con este precepto afirma Guillermo Aguillaume que "*la definición de morosidad... dice bien poco, pues... nos deja con la pregunta de si la Ley requiere o no culpa del deudor en el incumplimiento*", aunque añade a continuación que "*resulta que si la requiere, como se deduce de los arts. 6 b) y 8.2, de modo que la definición del art. 2 c) es incompleta*"<sup>7</sup>.

3. "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas... que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes..., productos, servicios... cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada... de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden" (apartado 2); y "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (apartado 3), pues esos sujetos no destinatarios finales son empresarios.

4. Así la segunda acepción de "transacción" en el "Diccionario de uso del español", de María MOLINER, 2ª ed., primera reimpression, tomo II, Madrid, 1998.

5. Según el artículo 1.2 de esta Ley, 26/1984, de 19 de julio, "*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones...*".

6. El que la Ley 3/2004 dé una definición de morosidad es criticado por algún comentarista de esta Ley porque "*da lugar a una dualidad de definiciones de mora en nuestro ordenamiento jurídico, que para nada favorece la seguridad jurídica*" (Julio C. FUENTES GÓMEZ: "Logros y cuestiones pendientes de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad", en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 1994, de 1 de agosto de 2005, p. 3047 –p. 11 de dicho número 1994 del Boletín– nota 10). Mas, como exponemos en el texto, lo que la Ley 3/2004 entiende por mora coincide en lo sustancial con el concepto de mora según los Códigos Civil y de Comercio.

7. Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: "El ámbito de aplicación...", *cit.*, loc. *cit.*, p. 6, nota 13.

Mas esos dos preceptos [artículos 6,b) y 8.2] se ocupan de los requisitos para que el acreedor tenga derecho a cobrar indemnización (los intereses de demora, y el coste de la reclamación, respectivamente) en caso de retraso en el pago por parte del deudor; esto es, de un lado que el acreedor “no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso” –artículo 6,b)–, y por otra parte que el deudor no está obligado a pagar la indemnización por costes de cobro “cuando no sea responsable del retraso en el pago” (artículo 8.2). Ahora bien, tal como definen la morosidad tanto la Directiva como la Ley española, no cabe confundir el no pago de la deuda en el plazo establecido (“morosidad”) con que de ese retraso derive el derecho del acreedor a cobrar indemnización.

Para la Ley 3/2004 la morosidad tiene el significado que expresa, trasladado de la Directiva 2000/35/CE. Por tanto, no puede calificarse de incompleta por comparación con otra definición de morosidad que sea considerada la correcta. Pero además, no se puede afirmar con rotundidad que para el Código Civil español la culpa sea un elemento constitutivo de la morosidad. Según el artículo 1.101 “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Luego, distíngue entre incumplimiento por negligencia o culpa, y mora<sup>8</sup>. Manifiesta a este respecto Gema Díez-Picazo (profesora titular de Derecho Civil) que “*del artículo 1.101 del CC se deduce que...hace alusión a cuatro fenómenos distintos de contravención o incumplimiento obligacional: dos de tipo objetivo (morosidad o cualquier contravención) y dos de tipo subjetivo (dolo o culpa)*”<sup>9</sup>. En mora “*incurren... los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija... el cumplimiento de la obligación*”, sin que sea necesaria la intimación del acreedor cuando de la “*naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación*” (artículo 1.100, párrafo primero, y apartado 2º del párrafo segundo).

Sobre si la culpabilidad del deudor constituye un requisito de la mora expresa Luis Díez-Picazo que si bien se admite por la doctrina que “*es cierto... que el artículo 1.101 habla de la moro-*

*sidad como de algo distinto e independiente del dolo y de la negligencia. Sin embargo, la exclusión de las consecuencias de la mora y de la responsabilidad por mora cuando el retraso es fortuito, puede deducirse del principio general de culpabilidad que inspira nuestro Derecho de Obligaciones en materia de responsabilidad del deudor y de la regla del artículo 1.105 que exonera al deudor de responsabilidad cuando se trate de <<sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables>>*”. En vista de ello considera que la culpabilidad es un elemento o requisito de la mora; no obstante, es consciente de que esta interpretación plantea el problema de la carga de la prueba, ante lo que parece inclinarse por la solución ofrecida por la doctrina en el sentido de que sea el deudor quien ha de probar el caso fortuito como causa del retraso con base en el artículo 1.183 del Código Civil aplicado por analogía (pues este precepto se refiere a la pérdida de la cosa debida). Y para apoyar el criterio de que la culpabilidad es un elemento constitutivo de la mora añade que “*a la misma conclusión se puede llegar presumiendo la voluntariedad de todas las acciones y omisiones humanas y considerando el caso fortuito como una causa de exclusión de la culpabilidad, cuya alegación y prueba corresponde al demandado*”<sup>10</sup>. Ahora bien, la esencia de la cuestión no radica en un problema de prueba; en cuál es la solución respecto a la prueba; o sea, el supuesto de existencia de un litigio en el que se plantee si el retraso en el pago por parte del deudor fue debido a caso fortuito, pues esta cuestión tiene como presupuesto el de que la culpa sea elemento constitutivo de la mora. Y es este punto el que late en la base del problema.

Mas como hemos visto, lo cierto es la separación que realiza el artículo 1.101 del Código Civil de “dolo”, “negligencia” y “morosidad”, de lo que cabe concluir que la culpa no es elemento constitutivo de la mora.

Ahora bien, en el ámbito específico de la Ley 3/2004, el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 6 para que el acreedor pueda exigir los intereses de demora es que no haya recibido a tiempo la cantidad debida “*a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso*”. Luego, cabría entender que se requiere la culpa como elemento de la mora, si bien con la presunción de tal culpa salvo prueba en contrario, solución que se aproxima a lo no exigencia de culpa, al menos desde el punto de vista práctico.

8. Aparte de ello, morosidad es un concepto heterogéneo respecto a dolo y culpa.

9. Gema DÍEZ-PICAZO: “La Directiva 2000/35/CEE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comárcales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad”, en “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, tomo II, Madrid, 2003, p. 1.734.

10. Luis DÍEZ-PICAZO: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, volumen primero, reimpresión de la 1ª edición, Madrid, 1972, p. 672.

Pero de cualquier manera, el artículo 6 no regula la mora, sino los requisitos para la exigibilidad de intereses por mora del deudor. La "morosidad" es, como vimos, "el incumplimiento de los plazos... de pago" [artículo 2, d) de la Ley 3/2004].

Sin embargo, para determinar los efectos de la mora habrá que atender a la regulación legal específica de tales efectos, que en el caso objeto de atención consiste en la contenida en la Ley 3/2004, la cual es examinada en el apartado IV de este trabajo.

Por otra parte, y como expresa Gema Díez-Picazo, "del tenor literal del precepto" –se refiere al artículo 1.100 del Código civil– "se extrae la idea de que mora y retraso no son términos que necesariamente hayan de coincidir"<sup>11</sup>. Retraso hay si llegado el momento de cumplimiento (llegado el vencimiento de la obligación), el deudor no ha cumplido lo pactado. Sin embargo, en situación de mora se encuentra aquel deudor al que, una vez vencida la obligación, se le ha exigido el cumplimiento"<sup>12</sup>. Especifica más adelante esta autora que "el único presupuesto de la constitución en mora que con carácter general ha de concurrir..., siempre que la ley, las partes o la obligación no establezcan otra cosa, es el del incumplimiento de una obligación positiva. Estudiar... la imputabilidad del incumplimiento...y la exigibilidad... no es necesario para hablar de mora del deudor"<sup>13</sup>.

Y es que –añade Gema Díez-Picazo– la morosidad "puede darse mediante la constitución en mora, entendida en su sentido estricto de efecto posterior al incumplimiento concertado mediante la exigencia de la obligación o requerimiento, o en sentido amplio, entendida como todos aquellos supuestos en los que la ley establece que no hace falta este momento" (casos del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código Civil: "1º. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente"; "2º. Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que

había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación")<sup>14</sup>.

De acuerdo con este criterio la morosidad prevista en la Ley 3/2004 coincide en lo esencial con la prevista con carácter general en el Código Civil. La morosidad consiste en el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa o de hacer el servicio en el momento designado cuando ese momento "fue motivo determinante para establecer la obligación" (artículo 1.100 del Código Civil). Basta en este caso con el incumplimiento. Pues bien, según el artículo 2, c) de la citada Ley la morosidad consiste en "el incumplimiento de los plazos... de pago". Poco importa, en cuanto a la esencia de la morosidad, que tales plazos sean pactados –"contractuales"– o legales, o que conste o no que su designación fue determinante para concertar el vínculo o relación obligacional. Si existe un plazo o momento concreto de pago y el deudor no paga -incumple- hay mora en sentido amplio. Y lo mismo ocurre con las obligaciones mercantiles, conforme a lo dispuesto en el punto 1º del artículo 63 del Código de Comercio: "los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento". También es irrelevante para la esencia de la mora que los efectos comiencen al día siguiente del vencimiento o el mismo día del vencimiento; esto es, el día señalado para el cumplimiento de la obligación. Lo decisivo es que llegado el momento señalado para el vencimiento de la obligación el deudor no pague"<sup>15</sup>.

Cuestión distinta de la mora es la de la **exigibilidad** de las obligaciones, prevista en el artículo 1.125 del Código Civil para las obligaciones civiles respecto de las que se ha señalado un día cierto para su cumplimiento, las cuales serán exigibles "cuando el día llegue"<sup>16</sup>, aspecto de la

11. Sobre si "mora" significa lo mismo que "retraso" o "retardo", sobre si, coincidiendo en principio tales términos, no coinciden con carácter general, y la postura del Derecho positivo español vid. Luis DÍEZ PICAZO: Op y vol. cits., p. 664 y ss.

12. Gema DÍEZ-PICAZO: Op., loc. cit., p. 1734..

13. Gema DÍEZ-PICAZO: Op. y loc. cits., p. 1.737.

14. Gema DÍEZ-PICAZO: Op. y loc. cits., p. 1.738.

15. Sobre esta materia manifiesta Gema Díez-Picazo que "el retraso en el cumplimiento de la obligación es un tipo de incumplimiento contractual... La mora, por el contrario, es la situación jurídica en la que se encuentra el deudor después de haber incumplido. Mora y retraso... no son sinónimos" [Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: "El retraso en el cumplimiento y la mora del deudor (a propósito de la STS de 24 de noviembre de 1997)", en "Anuario de Derecho Civil", tomo LI, fasc. II, abril-junio 1998, p. 881].

16. A las obligaciones civiles para las que no se ha señalado plazo o momento de cumplimiento la doctrina las incluye en el concepto de obligaciones puras previstas en el artículo 1.113 del Código Civil, y que de acuerdo con el mismo son "exigibles desde luego", inmediatamente (por todos, vid Luis DÍEZ-PICAZO: "Fundamentos de Derecho Civil...", cit, vol. cit., p. 517), precepto que pese a estar incluido en la Sección 1ª que tiene como rótulo "de las obligaciones puras y de las condicionales", separada de la Sección (la 2ª) que trata "de las obligaciones a plazo", sin embargo el citado artículo contraponen las obligaciones puras (exigibles "desde luego") a las obligaciones "cuyo cumplimiento no

vida de las obligaciones (su exigibilidad) sobre el que para el supuesto de señalamiento de tiempo de cumplimiento no se pronuncia el Código de Comercio respecto de las obligaciones mercantiles. De estas obligaciones se ocupa el Código de Comercio en cuanto a su exigibilidad, pero sólo para las que no tengan señalado término para su cumplimiento –ya sea por las partes o por el Código– (artículo 62, según el cual son exigibles a los diez días de contraídas si confieren acción ordinaria, y al día siguiente si llevan aparejada ejecución). Ahora bien, la exigibilidad consiste en la concreción del momento a partir del cual el acreedor puede reclamarle el cumplimiento –el pago– al deudor. Mas para que éste incurra en mora se ha de atender a otro dato; y además resulta necesario distinguir entre obligaciones con señalamiento del tiempo de cumplimiento, y sin ese señalamiento. El dato a tener en cuenta es el vencimiento<sup>17</sup>. Si se ha señalado el tiempo de cumplimiento esa fecha indica el vencimiento; y a partir de ella cabe la exigibilidad, la posibilidad de reclamar el pago. Pero la mora del deudor sólo tiene lugar el día siguiente al del vencimiento (supuesto 1º del artículo 63 del Código de Comercio). Mas si no se ha señalado tiempo de cumplimiento, para que el deudor incurra en mora ha de existir vencimiento de la obligación, el cual se produce con la intimación que le haga el acreedor (supuesto 2º del mismo artículo 63). Pues bien, en este caso coinciden el vencimiento de la obligación y el comienzo de la mora.

Mas ello no permite extraer la conclusión a la que llega Gema Díez-Picazo, de que la previsión contenida en este segundo número del artículo 63 del Código de Comercio resulta inútil, conclusión que sustenta con el argumento de que “no tiene sentido regular los efectos de las obligaciones sin plazo” porque “todas, bien legal, bien convencionalmente tienen un plazo de cumplimiento previsto”, que son los establecidos en el artículo 62 del mismo Código<sup>18</sup>. No es aceptable tal conclusión pues este último precepto se refiere al momento de inicio de la exigibilidad del pago de las obligaciones mercantiles en función de la acción que llevan aparejada, materia distinta de

la relativa al vencimiento –momento del cumplimiento–, sin que tampoco quepa sustentar con fundamento que carece de sentido el que se venga “afirmando que la mora en las obligaciones mercantiles es automática, si automática sólo es en aquellas obligaciones que tienen un plazo de cumplimiento legal o convencional y el resto necesariamente han de ir precedidas por una intimación”<sup>19</sup>, ya que es lógico que si no hay plazo acordado por las partes, o especificado por la ley, el momento del vencimiento de la obligación y del correlativo cumplimiento de la misma lo señala el acreedor al exigir el pago al deudor.

En cuanto a las obligaciones recíprocas, dispone el Código Civil (artículo 1.100, párrafo tercero) que “ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe”; y que “desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”. Sobre la interpretación de este precepto existen posturas discrepantes, tanto por parte de la doctrina como del Tribunal Supremo<sup>20</sup>. A modo de síntesis expresa Antonio Montserrat Valero que “es cierto que desde el punto de vista de los intereses en juego, la mora automática parece equitativa, pero también es cierto que la solución contraria no es injusta, solución contraria que ha sido la admitida en nuestro Derecho histórico”<sup>21</sup>. Sobre esta materia y en relación con el mencionado último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil se pronuncia Gema Díez-Picazo y manifiesta que “existen, aún hoy, grandes dudas acerca de la necesidad de que el acreedor lleve a cabo la interpelación para constituir en mora al deudor, tratándose de obligaciones recíprocas”; y especifica que “esencialmente... existen tres grandes líneas de pensamiento: aquella que estima que en cualquier caso es necesaria intimación para que la mora exista y que... lo único que el Código Civil hace en el párrafo citado es introducir la... *exceptio non adimpleti contractus*, sin prescindir del requisito de la interpelación; una segunda que... defiende que no es necesaria la intimación y que la mora en las obligaciones recíprocas es automática desde el instante en que uno... cumple con su

... *dependa de un suceso futuro o incierto*”; o sea, distingue la condición (hecho incierto), del término o plazo (hecho futuro), separados por la conjunción disyuntiva “o”, no unidos los dos vocablos –“futuro”, “incierto”– por la copulativa “y”.

17. No considero acertada, pues, la opinión de Gema Díez-Picazo cuando afirma que no es necesario estudiar el vencimiento “para hablar estrictamente de la mora del deudor” (Gema Díez-Picazo GIMÉNEZ: “La Directiva 2000/35/CE sobre la mora debendi...”, cit., *loc. cit.*, p. 1737).

18. Gema Díez-Picazo GIMÉNEZ: “La Directiva 2000/35/CEE sobre la *mora debitoris*...”, cit., *loc. cit.*, p. 1742.

19. Esto es lo que argumenta Gema Díez-Picazo (Gema Díez-Picazo GIMÉNEZ: “La Directiva 2000/35/CEE...” cit., *loc. cit.*, p. 1741).

20. Un resumen actualizado del estado de la cuestión puede verse en Antonio MONTSERRAT VALERO: “Un argumento legal en favor de la necesidad del requerimiento para la mora de las obligaciones sinalagmáticas, y algunas referencias jurisprudenciales”, en “Anuario de Derecho Civil”, tomo LIII, fasc. III, jul.-sep. 2000, págs. 849 a 854.

21. Antonio MONTSERRAT VALERO: Op. y *loc. cit.*, p. 851.

obligación y el otro no; y... una tesis intermedia que distingue según se trate de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, en las que no sería necesaria la intimación”, y que si es necesaria en las obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo<sup>22</sup> (postura ésta que es la del padre de dicha autora, Luis Díez-Picazo).

Uno de los autores que en más ocasiones se ha ocupado de esta polémica cuestión en torno a si en las obligaciones recíprocas el incumplidor se constituye automáticamente en mora por el cumplimiento de la otra parte es Albaladejo<sup>23</sup>. Punto destacable de la discusión es la distinción según que las obligaciones recíprocas sean o no de cumplimiento simultáneo, sobre lo cual realiza Albaladejo un análisis de las posturas del Tribunal Supremo, con exposición de sentencias a favor de la mora automática, de sentencias a favor del requerimiento previo para la existencia de mora, y de sentencias que optan por la mora automática en las obligaciones de cumplimiento simultáneo, y por el requerimiento previo en las obligaciones de cumplimiento no simultáneo (esta última solución adoptada sólo por una sentencia –que es la comentada por Albaladejo en el citado trabajo– en realidad del día 5 –no del 9– de marzo de 1999)<sup>24</sup>. Como colofón insiste Albaladejo en su conocido criterio de que en todas las obligaciones recíprocas, sean de cumplimiento simultáneo o de cumplimiento no simultáneo, “*la constitución en mora precisa de requerimiento*”<sup>25</sup>. A favor de este criterio sobre el sentido del párrafo tercero del artículo 1.100 del Código Civil, pero con una matización, se pronuncia Milagros García Pastor al afirmar “*que la interpretación correcta de dicho párrafo 3º es que la mora en las obligaciones recíprocas también exige requerimiento, ... y que, además, queda paralizada la constitución en mora si el que requiere es a su vez incumplidor, y esto hasta que cumpla*”<sup>26</sup>.

Pues bien, en las operaciones reguladas por la Ley 3/2004 rige otro sistema. Prevé de manera expresa el cumplimiento no simultáneo, y además con una solución distinta a la interpretación que, en el ámbito del párrafo tercero del artículo

1.100 del Código Civil, le ha dado el sector de la doctrina y de la jurisprudencia que distingue respecto a las obligaciones recíprocas entre las de cumplimiento simultáneo y las de cumplimiento no simultáneo, a efectos de la constitución en mora. El artículo 5 de dicha Ley dispone que “*el obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurre en mora... automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido*”. Ahora bien, como quiera que según el artículo 4.2, c) a falta de pacto el plazo de pago (plazo legal) por el deudor de la deuda dineraria es de “*... treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios*” [para los casos en los que la recepción de la factura o de la solicitud de pago –que es el momento señalado con carácter prioritario en los supuestos, a), b) y c), del citado apartado 2– tiene lugar con anterioridad a dichas entrega o prestación de los servicios], siempre existe un período de tiempo entre el cumplimiento por la otra parte (entrega de la cosa, terminación de la obra o de la prestación de los servicios) y el surgimiento de la situación de mora del deudor respecto al precio en dinero. Y la mora surge de forma automática por el incumplimiento del pago de la deuda de dinero sin necesidad de requerimiento por parte del acreedor. Ahora bien, como quiera que el citado artículo 5 de la Ley 3/2004 especifica que el devengo de intereses por mora se produce “*automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de... intimación alguna por parte del acreedor*”, aún tratándose de un supuesto de obligaciones recíprocas el caso es coincidente con el previsto en el punto 1º del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código Civil (“*no será necesaria... la intimación del acreedor para que la mora exista... cuando... la ley*” lo declare así “*expresamente*”), relativo a las obligaciones en general. Ahora bien, mientras que según la opinión general el supuesto 1º del párrafo segundo –como también el supuesto 2º– está previsto para las obligaciones unilaterales<sup>27</sup>, la Ley 3/2004 prevé la constitución en mora de

22. Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: “El retraso en el cumplimiento...”, cit., loc. cit., p. 883.

23. Como estudio más reciente que recoge una síntesis de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre la interpretación del párrafo tercero del artículo 1.100 del Código Civil, vid. Manuel ALBALADEJO: “Mora en las obligaciones recíprocas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1999”, en “Revista de Derecho Privado”, julio-agosto 2000, pp. 611 a 630.

24. Manuel ALBALADEJO: Op. y loc. cit., pp. 621 a 624.

25. M. ALBALADEJO: Op. y loc. cit., p. 629. Y añade como apostilla “*que no es jurisprudencia que en las obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo la mora sea automática, y que en las de cumplimiento no simultáneo lo sea que por requerimiento, sino que lo que hay son dos jurisprudencias, una que dice que en toda obligación recíproca, de cumplimiento simultáneo o no, la mora es automática, y otra que dice que en toda obligación recíproca, de cumplimiento simultáneo o no, la mora es por requerimiento*” (op. y loc. cit., p. 630).

26. Milagros GARCÍA PASTOR: “La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta”, en “Revista de Derecho Privado”, sept. 1999, p. 595. Los argumentos en que apoya esta postura pueden verse en el apartado IV de dicho artículo, pp. 583-593.

27. Vid., por ejemplo, Manuel ALBALADEJO: “Mora en las obligaciones recíprocas...”, cit., loc. cit., p. 627.

manera automática por el hecho del incumplimiento, de las obligaciones recíprocas que regula.

Más el citado apartado 2 del artículo 4 no menciona de forma específica el supuesto de plazo de pago convencional (“el plazo de pago, **a falta de pacto entre las partes**, será el siguiente”, dice literalmente). Pero hace una expresa y concreta referencia al dato para la determinación de dicho plazo de pago; esto es, el día a quo, que lo es “la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente” si ello tiene lugar con posterioridad a la entrega del bien o a la prestación de los servicios [apartado 2, a), en relación con el c) del mismo artículo 4], por lo que se plantea un interrogante sobre cuál deba ser la solución en el caso de plazo de pago pactado, supuesto al que se refiere el primer inciso del apartado 1 de dicho artículo 4: “el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiere pactado entre las partes... y, en su defecto...”).

Pese a tal silencio de la Ley, en atención a la finalidad de la misma y al espíritu que la informa considero que la solución ha de ser igual que para el plazo legal, pues no tendría justificación alguna que en el supuesto de plazo convencional de pago de la deuda dineraria no operara el plazo de pago pactado para que el deudor pueda cumplir con su obligación de pago sin incurrir en mora. El plazo pactado ha de ser siempre inferior a treinta días que es el plazo máximo, legal, término de vencimiento que en cuanto tope máximo tiene carácter imperativo. Estimo, pues, que no es acertada la afirmación de Aguillaume en el sentido de que la Ley 3/2004 fija “con carácter dispositivo” un término de vencimiento en el pago de las deudas que regula<sup>28</sup>. El plazo señalado por la Ley –plazo legal de vencimiento– aunque subsidiario respecto al pactado, en su caso, por las partes no puede ser superado por éstas.

Ciertamente no es el plazo único posible, y en este sentido puede considerarse dispositivo<sup>29</sup>. Pero tiene carácter imperativo en cuanto limita la libertad de las partes para señalar otro de mayor duración. El que el apartado 1 del artículo 4 de la Ley disponga que “el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiere pactado entre las partes... y, en su defecto, el establecido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente” (plazo “legal”) no permite concluir que el contenido previsto para el pacto tenga que ser necesariamente de una duración del plazo más larga que el “legal”. Significa que este plazo no es el único posible; pero el de distinta duración que se acuerde por las partes ha de encontrarse “dentro del marco legal”. La Ley pretende proteger al acreedor; lucha contra los plazos de pago excesivamente amplios. Por ello especifica que cabe reducir la duración del plazo “legal”, que no es inamovible.

#### D) Pagos a los que afecta

Este aspecto del ámbito objetivo de la Ley viene delimitado en el apartado 1 del artículo 3, y en el artículo 1. Según el primero de estos preceptos la “Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como **contraprestación** en las operaciones comerciales...”; y el artículo 1 concreta que se refiere a la morosidad en el pago de “deudas **dinerarias**... en... operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la **prestación de servicios**...”.

Por tanto, en primer lugar solo afecta a las relaciones jurídicas en las que existe una prestación y una “contraprestación”; relaciones jurídicas bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas [caso de los contratos de compraventa, de ejecución de obra o de prestación de servicios<sup>30</sup>, y otros contratos típicos con tipicidad legal que sean de esta naturaleza, como el contratos de agencia<sup>31</sup>, o el de transporte<sup>32</sup>; o no tipificados legalmente pero

28. Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: Op. y loc. cit., p. 2, y nota 10: “la solución... ha sido la de contemplar los plazos de pago como derecho dispositivo”, aunque añade “pero no arbitrariamente dispositivo, ya que se exige una justificación del mayor plazo de pago contractual...”.

29. “Derecho <<seminecesario>>” lo denomina Aguillaume (Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: Op. y loc. cit., p. 2)

30. En cuanto a esto último, la expuesta es también la opinión de Aguillaume (Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: Op. y loc. cit., p. 4).

31. Contrato por el que “una persona natural o jurídica... se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio...” (artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo).

32. El artículo 350,5º del Código de comercio dispone que en la carta de porte se expresará “el precio del transporte”.

33. Definido por el Tribunal Supremo como “contrato innominado <<facio ut des>>, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución” (sentencia de Sala 1ª, de 22 de diciembre de 1992).<sup>35</sup> Dispone el artículo 304 del Código de Comercio que en el contrato de depósito mercantil “el depositario tendrá derecho a exigir retribución por el depósito, a no mediar pacto expreso en contrario”.

sí con tipicidad social como el de mediación o corretaje<sup>34</sup>; o que sin ser inherentes a los mismos un precio, una retribución como contraprestación, tengan el carácter de naturalmente retribuidos (existe contraprestación salvo pacto en contrario) –caso de los contratos de comisión<sup>34</sup>, o de depósito mercantil-35; o que siendo naturalmente gratuitos, se pacte una retribución –por ejemplo, el contrato de fianza mercantil-<sup>36</sup>].

Y además la deuda afectada de morosidad ha de ser exclusivamente pecuniaria, de dinero; o sea, la del comprador –no la del vendedor– o la del arrendatario de la obra o del servicio –no la del que ha de ejecutar la obra o prestar el servicio–; o en su caso, que la retribución a satisfacer por el depositante, por el comitente o por el acreedor afianzado sea en dinero.

Por no tener el carácter de contrato bilateral queda fuera del ámbito de la Ley 3/2004 el contrato de préstamo, contrato unilateral en el que por tanto solo una parte tiene obligaciones (el prestatario) y la otra derechos (el prestamista). Pese a la difusión en el tráfico empresarial como medio de financiación del contrato de préstamo mutuo, préstamo de cosas fungibles generalmente de dinero (segundo inciso del párrafo primero del artículo 1.740 del Código Civil), sin embargo este contrato queda fuera del ámbito de la Ley que establece medidas contra la morosidad en las operaciones mercantiles. Por consiguiente, no es aplicable la Ley 3/2004 al incumplimiento por el prestatario de la obligación de devolver en el

momento pactado el dinero recibido en concepto de préstamo, o de la obligación de pagar a sus respectivos vencimientos los intereses en su caso pactados (artículo 314 del Código de Comercio).

En cuanto a las deudas derivadas de otras operaciones financieras<sup>37</sup>, no existe una solución general omnivaledera<sup>38</sup>. Si la operación de que se trate consiste en un contrato bilateral, sinalagmático, le será de aplicación dicha Ley, como es el caso del “leasing” –tanto el financiero como el operativo–, o del “factoring” en sus distintas modalidades<sup>39</sup>. Pero quedan fuera del ámbito de la Ley los contratos unilaterales; aquellos en los que no existe reciprocidad de obligaciones, pues en ellos falta la contraprestación<sup>40</sup>.

Por otra parte y respecto a esto último, como quiera que a los efectos de la Ley 3/2004 la morosidad en el pago lo ha de ser de deudas de dinero, si la contraprestación no tiene este contenido tampoco será de aplicación dicha Ley. Este será el caso de los arrendamientos de obra o de servicios, del depósito mercantil o de la comisión, cuando la remuneración a satisfacer por el arrendatario, por el depositante, o por el comitente no se realice en dinero. Y en general en cualquier otro supuesto similar.

Por idéntico motivo queda fuera del ámbito de esta Ley el contrato de permuta (aquél “*por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra*” –artículo 1.538 del Código Civil–). No obstante, teniendo en cuenta

34. Consistiendo el contrato de comisión mercantil en el mandato cuando concurren los requisitos señalados en el artículo 244 del Código de Comercio, y ser el contrato de mandato el contrato por el que “*se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*” (artículo 1.709 del Código Civil), según el párrafo primero del artículo 277 del Código de Comercio “*el comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de comisión, salvo pacto en contrario*”.

35. Dispone el artículo 304 del Código de Comercio que en el contrato de depósito mercantil “*el depositario tendrá derecho a exigir retribución por el depósito, a no mediar pacto expreso en contrario*”.

36. “*El afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario*” (artículo 441 del Código de Comercio).<sup>37</sup> Para Francisco Redondo, operaciones financieras son “aquellas operaciones cuyo objeto es la puesta a disposición de cantidades para mejorar liquidez” (Francisco REDONDO: “Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a las operaciones financieras”, en “La Gaceta de los Negocios” del día 2 de marzo de 2005, p. 4).

37. Para Francisco Redondo, operaciones financieras son “aquellas operaciones cuyo objeto es la puesta a disposición de cantidades para mejorar liquidez” (Francisco REDONDO: “Aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad a las operaciones financieras”, en “La Gaceta de los Negocios” del día 2 de marzo de 2005, p. 4).

38. Al tratar específicamente de esta cuestión, Francisco Redondo comienza por afirmar sin matizaciones que las operaciones financieras están sujetas a la Ley en atención al fin de ésta que es la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Sin embargo, más adelante manifiesta que la cuestión exige una “*tarea interpretativa tendiente a la delimitación de las operaciones financieras que han de quedar sujetas a la Ley, lo cual deberá ser objeto de tratamiento e interpretación en el devenir de la aplicación de la Ley*”. Y añade que por el momento se plantea “*si la totalidad de las operaciones financieras realizadas por las entidades de crédito han de quedar sujetas a la Ley... o bien cabe la exclusión de algunas de dichas operaciones*” (Francisco REDONDO: “Aplicación de la Ley...”, cit. loc. y p. cits).

39. “*Contrato mercantil, bilateral, oneroso y atípico*” (Rodrigo URÍA: “Derecho Mercantil”, 28ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de M<sup>ª</sup>. Luisa Aparicio, Madrid, 2002, p. 749).

40. Al ser tan sencilla y simple la solución no se comprende porqué se le dedica una especial atención a cuál es el posición de los contratos financieros respecto a la Ley 3/2004 (Así, Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: Op. y loc. cits., págs. 5 y 6; Francisco REDONDO: Op. y loc. cits., p. 4; Julio C. FUENTES GÓMEZ: Op. y loc. cits., p. 3048; p. 12 del Boletín número 1994).

que según el artículo 1.446 del mismo Código “si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa... se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente”, salvo que sea otra “la intención manifiesta de los contratantes”, considero que en esta modalidad de permuta le deber ser de aplicación la Ley 3/2004 a la parte de la contraprestación que se ha de satisfacer en dinero. Esta solución puede generar dificultades, y en alguna medida rompe la unidad del contrato en cuestión., pero es la más coherente con la finalidad de dicha Ley.

#### E) Pagos excluidos

a) La Directiva 2000/35/CE expone en el “considerando” 13 de su preámbulo que “conviene no regular... los intereses relacionados con otros pagos como... los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio...”. En atención a ello el artículo 3.2, b) de la Ley 3/2004 dispone que “quedan fuera del ámbito de aplicación de” la misma “los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio...”.

Una interpretación literal y teleológica del precepto, en relación con el mencionado y en parte transcrito “considerando” de la Directiva, nos lleva a una conclusión clara a mi juicio. La exclusión se refiere de manera específica al régimen de los intereses relativos a la deuda asumida con la firma de tales documentos mercantiles (deuda cambiaria o cartácea). Esto es, los intereses previstos en el supuesto 1º, segundo inciso, en relación con el artículo 6 (intereses pactados sobre el importe de la letra de cambio<sup>41</sup>), y en el supuesto 2º del artículo 58 (los intereses del importe de la letra de cambio más los de dicha cantidad, si se pactaron, devengados desde la fecha de vencimiento), y en el punto 2 del artículo 59 (los intereses de la cantidad pagada por quien reembolsa la letra de cambio) de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, aplicables tanto a la letra de cambio como al pagaré (artículo 96, supuestos cuarto y duodécimo, de la misma Ley); y en el caso del cheque sólo los intereses señalados en el supuesto 2º del artículo 149 (los del importe del cheque no pagado, devengados desde el día de la presentación del cheque), y en el supuesto 2º del artículo 150

de la misma Ley (los de la cantidad pagada por quien reembolsó el cheque, devengados desde la fecha del reembolso), ya que en este documento mercantil no cabe pactar intereses por el importe del cheque (dispone el artículo 113 de la Ley 19/1985 que “toda cláusula de intereses en el cheque se reputa no escrita”).

Por consiguiente, quedan incluidos en el ámbito de la Ley 3/2004 los pagos (en este caso, obviamente en dinero) efectuados como contraprestación en operaciones comerciales de las reguladas en la misma, cuando la deuda esté incorporada a uno de dichos documentos mercantiles. Considero que opera en estos casos lo dispuesto en el artículo 1.170 del Código Civil sobre el pago de deudas de dinero, en el sentido de que “la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado”, de tal manera que “entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedara en suspenso”. Luego, en el caso de utilización de alguno de estos documentos mercantiles en operaciones comerciales de las sometidas a la Ley 3/2004 no por ello el contrato de que se trate queda fuera de la misma. Y por tanto la deuda de dinero derivada de tal contrato -relación causal- es una deuda incluida en el ámbito de la Ley, si bien la aplicación de la misma tendrá lugar sólo cuando no se satisfaga la deuda cambiaria o cartácea en el momento establecido por la legislación específica de estos documentos mercantiles y, por tanto, resurja la acción derivada de la obligación causal.

Respecto a dicha exclusión de su ámbito contenida en el artículo 3.2, b) de la Ley 3/2004 opina Julio Fuentes Gómez que “la redacción utilizada en relación con estos medios de pago... parece sugerir que no es posible servirse de ellos para burlar los plazos de pago fijados en la ley”<sup>42</sup>. Mas, si tenemos en cuenta cuál es, según el Código Civil, el efecto de la utilización de los referidos documentos mercantiles para el pago de deudas de dinero, y los límites de la mencionada exclusión por parte de la Ley que examinamos, circunscritos a “**los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio**”, el hecho de girar uno de tales documentos mercantiles como medio de pago de

41. Según dicho artículo 6 la cláusula de intereses de la cantidad por la que se gira la letra de cambio puede incluir la el librador en las letras pagaderas a la vista o a un plazo desde la vista (inciso primero del párrafo primero), pues en las demás formas de giro en cuanto al vencimiento de antemano se conoce la fecha y pueden calcularse los intereses, incluyéndolos en el importe de la letra de cambio; por ello dispone el mismo artículo (segundo inciso del párrafo primero) que en estos casos si se inserta tal cláusula, la misma se considerará como no escrita. Según el párrafo segundo de este artículo 6 “el tipo de interés deberá indicarse en la letra y, a falta de esta indicación, la cláusula... se considerará como no escrita”. Estos intereses correrán a partir de la fecha en que se libre la letra si no se indica otra fecha (párrafo tercero del artículo 6).

42. Julio C. FUENTES GÓMEZ, *Op. y loc. cit.*, p. 3048 (p. 12 del Boletín número 1994).

la deuda dineraria en que consiste la “contraprestación” correspondiente a una operación comercial de las previstas en dicha Ley no afecta a los plazos de pago fijados por ésta en su artículo 4.

Para Aguillaume no resulta admisible entender que la Ley 3/2004 excluyó de su ámbito de aplicación a toda deuda documentada en un título regulado en la Ley 19/1985, de 16 de julio, como elección de la solución más sencilla “a la vista de que la Ley Cambiaria tiene un régimen especial en cuanto a los intereses” ya que “semillante opción conduciría... al absurdo resultado de que la Ley 3/2004 quedaría en su práctica en letra muerta, pues... la mayoría de las deudas a las que la Ley se aplica según su art. 3.1 están documentadas en títulos cambiarios”<sup>43</sup>. Por ello opina que “el art. 3.2.b) tiene carácter explicativo, señala qué deudas mercantiles (entre otras) no tienen el carácter de pagos a cambio de una contraprestación..., en el caso de los cheques, pagarés y letras de cambio, cuando operen como títulos abstractos, sin existencia de relación causal alguna entre el deudor y el acreedor cambiario”. Y añade este comentarista que, por el contrario, “cuando reclame su cuantía el acreedor que lo sea también de la deuda causal, la Ley 3/2004 será plenamente aplicable”<sup>44</sup>. Mas, con independencia de que la exclusión realizada por el citado artículo 3.2.b) tenga carácter meramente explicativo, lo relevante es que dicha exclusión –la no aplicación de la Ley– está referida de forma expresa y concreta a “**los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio**”. No abarca a los contratos cartáneos, ni a los contratos causales. Ahora bien, los pagos de la cantidad reflejada en el título (cheque, pagaré o letra de cambio) no son siempre y por sí mismos “pagos efectuados como contraprestación” en una operación comercial. Pueden obedecer a otros motivos (por ejemplo, donación, letra de favor –sin provisión de fondos–). La razón de la no aplicación en estos casos de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales radica en que los pagos no encajan en el objeto de la misma porque no son efectuados como “contraprestación”. La exclusión tiene ese fundamento; por ello no es necesario que la Ley la prevea específica y expresamente.

**b)** Por idéntico motivo –no tener el carácter de

contraprestación respecto a una prestación de la otra parte– quedan excluidos del ámbito de la Ley “los pagos de indemnizaciones por daños” [artículo 3.2<sup>a</sup>,b)]. También sobra, por tanto, tal mención específica.

**c)** Lo mismo ocurre con “los pagos por entidades aseguradoras” realizados en concepto de indemnización [última parte del apartado 2,b) del artículo 3]. La mención concreta del pago de las indemnizaciones por las entidades aseguradoras –para excluirlo del ámbito de la Ley– tal vez obedece a que erróneamente pudieran ser consideradas esas indemnizaciones como la contraprestación de ese sujeto del contrato de seguro. Pero en este contrato mercantil la prestación del asegurador, correlativa a la del tomador –consistente ésta en el pago de la prima– es la asunción del riesgo que corre el asegurado y que con la celebración del contrato de seguro se lo traslada a la entidad aseguradora. El pago de la indemnización en caso de que se produzca el siniestro es una consecuencia de esa asunción del riesgo y expresión del carácter aleatorio de este contrato.

Pues bien, no era necesario mencionar las exclusiones que relaciona la letra b) del apartado 2 del artículo 3 ya que todas ellas están insitas en la característica de las operaciones comerciales de las que se ocupa la Ley, cual es el que se trate de deudas de dinero que constituyan una contraprestación. De ahí el acierto de la Directiva al no dedicar un artículo a estas exclusiones. Como hemos visto, lo único que hace es sugerir en el citado “considerando” 13 aquello que no debe incluirse en la misma: “**Conviene limitar el alcance de la presente Directiva a los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales y no regular..., los intereses relacionados con otros pagos como, por ejemplo, los efectuados en virtud de la legislación en materia de cheques y letras de cambio, los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos realizados por compañías de seguros**”. Y complemento de esta sugerencia es lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 6 (dedicado a la transposición): “al transponer la presente Directiva los Estados miembros **podrán excluir** del ámbito de aplicación” los supuestos que relaciona<sup>45</sup>. Pues bien, ninguno de ellos es de los mencionados en la susodicha letra b) del apartado 2 del artículo 3 de la Ley.

43. Esta afirmación no se corresponde con la realidad actual del tráfico mercantil, en el que cada vez se utiliza menos la letra de cambio, sustituida por otros modos de financiación.

44. Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI, *Op. y loc. cit.*, p. 5.

45. Estas posibles exclusiones son: “a) las deudas sometidas a procedimientos de insolvencia incoados contra el deudor” [que las excluye de su ámbito la Ley 3/2004 en la letra c) del apartado 2 del artículo 3; o sea, como un supuesto separado de los relacionados en la letra b)]; “b) los contratos celebrados antes del 8 de agosto de 2002” (antes de la fecha límite para transponer la Directiva, señalada en el artículo 6.1 de la misma); “c) las reclamaciones de intereses de menos de 5 euros”.

d) En cuanto a la exclusión de los pagos de “las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores” [letra a) del apartado 2 del artículo 3], la cuestión ha sido tratada en la letra B) de este apartado II, al ocuparme del significado de “operaciones comerciales” en la Ley 3/2004, y a ello me remito.

e) La otra exclusión del ámbito de la Ley prevista de manera expresa es la de “las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor...” [letra c) del apartado 2 del artículo 3].

Existen fundamentalmente dos aspectos destacables en este supuesto: 1) los contratos sinagmáticos respecto a los que en el momento de la declaración de concurso el deudor tuviere pendiente de cumplimiento total o parcial su obligación y la otra parte hubiere cumplido la obligación recíproca; en este caso la deuda correspondiente al deudor se incluirá en la masa pasiva (artículo 61.1 de la Ley concursal, 22/2003, de 9 de julio); 2) los créditos en general: queda “suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía” (artículo 59.1 de la Ley concursal).

Requiere un examen especial el caso del concurso de acreedores voluntario (aquel en que el deudor sea el primer solicitante de la declaración de concurso –artículo 22.1 de la Ley concursal–) en el supuesto de “insolvencia inminente” (estado en el que se encuentra “el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”, según expresa el segundo inciso del apartado 3 del artículo 2 de la citada Ley), frente

al presupuesto general de la declaración de concurso, consistente en la situación efectiva de insolvencia (artículo 2.1) que es el estado en el que se encuentra “el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” –artículo 2.2–. El estado de insolvencia –la insolvencia “actual”–, como presupuesto de la declaración de concurso es de carácter objetivo<sup>46</sup>; el deudor no puede pagar porque la situación del patrimonio se lo impide. Y ello, a mi juicio, ya sea por desbalance –pasivo superior al activo– o por iliquidez –falta de crédito, meramente temporal o pasajero–, criterio éste del que discrepa la catedrática de Derecho Mercantil Juana Pulgar para quien, según el texto del citado artículo 2.2, se encuentra en “insolvencia el deudor que está imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y no quien podría proceder a dicho cumplimiento, aunque sea con retraso”<sup>47</sup>.

Mas la insolvencia, como presupuesto del concurso, puede ser actual o inminente. Y el estado de “insolvencia inminente” se da cuando el deudor “prevea” que no podrá cumplir “regular y puntualmente” sus obligaciones. Tiene una naturaleza subjetiva. El deudor cree, piensa, opina que no podrá pagar en un momento posterior próximo. De un lado consiste en una situación futura<sup>48</sup>, no actual; y de otra parte, que afecta a la puntualidad del pago, lo cual comporta evidentemente un retraso. Expresa a este respecto Juana Pulgar en otro lugar que con ello se introduce en nuestro ordenamiento jurídico “una suerte de concurso de acreedores preventivo de morosidad” ya que la declaración de concurso tiene lugar “cuando todavía no se ha producido ni siquiera una morosidad en el cumplimiento de las obligaciones”<sup>49</sup>, de ahí que –así se manifiesta esta

46. Vid. Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE en “Comentarios a la legislación concursal”, Tomo I, dirigidos por este autor y por Vicente Guilarte Gutiérrez, Madrid, 2004, pp. 102, 106 y ss.

47. Juana PULGAR EZQUERRA: “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en la obra colectiva “Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal”, Madrid, 2003, p. 64. Insiste, de manera concreta, en que la Ley concursal evita “toda referencia a una situación de activo inferior al pasivo (desbalance) o al quebrantamiento del crédito...”, por lo que “no debe identificarse... en la reforma, la insolvencia con una situación de desbalance como ha sido tradicional... en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo”, añadiendo que “el activo de un deudor podría ser inferior al pasivo y, sin embargo, ser capaz de seguir cumpliendo sus obligaciones con el recurso al crédito y, a la vez, el activo podría ser superior al pasivo pero ser liquidable a muy largo plazo, lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones” (p. 66). Mas, aparte de que esta solución, tal vez admisible desde un punto de vista puramente teórico, no ocurrirá en la realidad pues no resulta verosímil que quien carece de activo pueda obtener crédito para satisfacer sus deudas, se contradice con lo que la misma autora manifiesta a continuación: en el sentido de entender que en la Ley Concursal la declaración del concurso la determina “solo... el desbalance o la iliquidez definitivas y no temporales que dificultarían, pero no imposibilitarían, a corto plazo el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones” (p. 67). Y es que la iliquidez puede generar un retraso en el pago, pero no la imposibilidad de “cumplir regularmente” las obligaciones exigibles (que es la definición de insolvencia según el artículo 2.2), cuando además la propia Pulgar destaca que este precepto suprimió “acertadamente la referencia a la puntualidad” que contenía el texto originario del proyecto (p. 64).

48. Como expresa Sánchez-Calero Guilarte, “la solicitud del deudor basada en la insolvencia inminente implica anticipar un hecho que aún no se ha producido, pero del que cabe razonablemente esperar que suceda de no iniciarse el procedimiento...” (Juan SÁNCHEZ-CALERO, op. cit., p. 113).

49. Juana PULGAR EZQUERRA, “A propósito de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) y la nueva legislación concursal”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº. 2, 2005, p. 523.

autora- resulte necesaria una armonización de la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, y la 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, “con el fin de evitar el... posible efecto perverso que la coexistencia legal de ambas normativas puede producir en la práctica, convirtiendo la Ley concursal... en una posible vía de escape de la aplicación de la Ley 3/2004”<sup>50</sup>. Considera Juana Pulgar que con la solicitud de concurso basada en encontrarse el deudor en estado de insolvencia inminente (ante la previsión de que no podrá cumplir puntualmente sus obligaciones) “el deudor no sólo puede eludir la aplicación de las medidas de lucha contra la morosidad (indemnización razonable, automático devengo de elevados intereses de demora...) sino que, además, puede obtener <<beneficios>> específicos del carácter voluntario del concurso (intervención y no sustitución en la gestión, art. 40 de la LC) y otros comunes al concurso (paralización de ejecuciones pendientes –arts. 55 y 56 de la LC–, suspensión del curso de intereses –art. 59 de la LC–, condonación tácita de intereses moratorios... –art. 92 de la LC–), por lo que... no... será imposible la solicitud por el deudor de su concurso”<sup>51</sup> con la finalidad –y el efecto– de no quedar sometido a la Ley 3/200452.

Los argumentos y temores de Pulgar son justificados si se entiende que el presupuesto de la solicitud de concurso por el deudor ante un “estado de insolvencia inminente” es la previsión de no poder “cumplir **puntualmente** con sus obligaciones”; esto es, que baste de manera exclusiva con que pueda retrasarse en el pago. Mas el citado artículo 2.3 de la Ley concursal exige que tal previsión ha de serlo también, y conjuntamente, de no poder cumplir “de forma regular” sus obligaciones (que “el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”). Por otra parte, el artículo 6.1 de la Ley concursal exige que en el escrito de solicitud de declaración de concurso el deudor exprese “si

su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente”, y el artículo 2.3 dispone en su primer inciso que el deudor “deberá **justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente**”. Luego, en ambos casos se trata de un estado de insolvencia, el cual supone que el deudor “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” (artículo 2.2, citado, de la Ley concursal). Y para decidir sobre la solicitud de declaración de concurso el juez ha de apreciar en su conjunto la documentación aportada de cuyo examen resulte acreditada la insolvencia alegada por el deudor (artículo 14.1 de la Ley concursal). De acuerdo, pues, con la regulación de esta materia en la Ley concursal considero que queda suficientemente salvaguardada la posición de los acreedores en el ámbito de la Ley 3/2004<sup>53</sup>. Se ha de tener en cuenta que “la previsión de la insolvencia inminente no pone en manos del deudor un instrumento susceptible de utilización discrecional, sino que encuentra unos límites objetivos en las obligaciones cuyo previsto incumplimiento menciona el artículo 3.2 de la Ley concursal”<sup>54</sup>, ya que el procedimiento concursal “no se inicia a partir del simple trámite de la alegación... por el deudor de su insolvencia, sino de la acreditación de ese estado como... o como un riesgo inminente en forma tal que se permita su comprobación jurisdiccional”<sup>55</sup>. Por consiguiente, de hecho y en atención a cómo está regulado por la Ley concursal el procedimiento para que el Juez pueda declarar el concurso, no resulta factible que pueda llevarse a la práctica un hipotético propósito del deudor de solicitar tal declaración, concretamente por insolvencia inminente, con la única finalidad de eludir la aplicación de la Ley 3/2004, sin acreditar la concurrencia de circunstancias que apoyen o justifiquen el riesgo de una próxima imposibilidad de pagar. Y ello porque, como afirma Esperanza Gallego, “el juez... deberá decidir caso por caso en relación con las circunstancias que se le expongan, haciendo prevalecer un criterio objetivo que habrá de deducir, con la ayuda de los indica-

50. Juana PULGAR EZQUERRA: “A propósito...”, *cit.*, *loc. cit.*, p. 526.

51. Esta posibilidad la señala también Esperanza Gallego (*vid.* Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ: Comentario al artículo 2 de la Ley concursal, en la obra colectiva “Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios (artículos 1 a 97)”, Madrid, 2005, p. 39), pese a que considera –y así lo estimo yo también, como lo expreso en el texto– que la Ley concursal separa la insolvencia inminente de la actual al señalar como uno de los elementos de la primera “la puntualidad” en el cumplimiento (págs. 34 y 39).

52. Juana PULGAR EZQUERRA: “A propósito...”, *cit. loc. cit.*, p. 524.

53. En relación con esta cuestión no está de más señalar lo manifestado por Sánchez-Calero Guilarte de que “la previsión de la insolvencia inminente no pone en manos del deudor un instrumento susceptible de utilización discrecional, sino que encuentra unos límites objetivos en las obligaciones cuyo previsto incumplimiento menciona el artículo 2.3 de la Ley concursal (Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Op. cit.*, p. 113), siendo “indiscutible que en el concurso voluntario al Juez ha encomendado la norma una función esencial para la salvaguarda del sistema que pasa por delimitar, a partir del presupuesto objetivo... si... la solicitud debe desestimarse por no apreciarse... inminencia de insolvencia en el solicitante que justifiquen su sometimiento al concurso” (p. 115).

54. Juan SÁNCHEZ-CALERO, *Op. y loc. cit.*, p. 113.

55. Juan SÁNCHEZ-CALERO, *Op. y loc. cit.*, p. 114.

dores generalmente admitidos...”<sup>56</sup>, entre ellos las pruebas aportadas por el deudor solicitante y las que, en su caso, le señale el juez (artículo 14, apartados 1 y 2, de la Ley concursal).

### III. ABUSO EN PERJUICIO DEL ACREEDOR; LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

También es objeto de la Ley 3/2004, según vimos, “combatir... el abuso, en perjuicio del acreedor, en la fijación de los plazos de pago...” en las operaciones comerciales a las que se refiere (artículo 1). Qué se entiende por abuso a los efectos de esta vertiente de la finalidad de la Ley viene descrito con notoria imprecisión en el artículo 9 bajo el rótulo “cláusulas abusivas”. Mas este precepto incluye entre las cláusulas abusivas, además de las relativas a la fijación de la fecha de pago (que es lo especificado en el artículo 1), las que se refieran “al tipo legal de interés establecido con carácter subsidiario... en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6”.

En principio tienen el carácter de abusivas, con la inmediata consecuencia de la nulidad de las mismas (artículo 9.1), aquellas cláusulas sobre la fecha de pago o sobre el tipo de interés de demora que prevean un plazo de pago o un tipo de dicho interés que difieran –éste es el término utilizado por la Ley– de los establecidos “con carácter subsidiario” (así se expresa literalmente el precepto), respectivamente en el apartado 2 del artículo 4 –que es de treinta días contados desde la fecha inicial de cómputo especificada en cada uno de los cuatro supuestos de dicho apartado–<sup>57</sup>, y en el apartado 2 del artículo 7 –“la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación... más siete puntos porcentuales”–, interés de demora que la Directiva señala en su artículo 3.1.d) en el mismo porcentaje –con el carácter de mínimo– “salvo que se especifique otra cosa en el contrato”. Este interés, aplicable si no existe pacto sobre su porcentaje, lo denomina la Directiva en el propio artículo 3.1.d), “interés legal”.

El indicado plazo –legal– es establecido “con carácter subsidiario” respecto al acordado por acreedor y deudor (artículo 9.1 de la Ley 3/2004). Y lo mismo ocurre con el tipo de interés –legal–, pues a ambos les es aplicable la expresión “establecidos con carácter subsidiario”. Según el apartado 1 del artículo 4 de la Ley “el plazo de pago que debe cumplir el deudor será el que se hubiere pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable y, en su defecto, el establecido... en el apartado siguiente” (el apartado 2, mencionado). Y según el apartado 1 del artículo 7 “el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente”. Una interpretación gramatical de estos preceptos permite concluir que las partes –acreedor y deudor– pueden acordar el plazo de pago que consideren oportuno<sup>58</sup>, o el tipo de interés de demora que estimen conveniente; esto es, que en primer lugar opera la autonomía de la voluntad y que, por tanto, no existen un plazo de pago ni un tipo de interés de demora legales imperativos. El plazo “legal” tiene “carácter subsidiario”, se aplica “en... defecto” de señalamiento de plazo en el contrato; y lo mismo sucede con el indicado tipo de interés de demora.

En el ámbito de la Directiva 2000/35/CE el “considerando” 18 del preámbulo de la misma expresa a propósito del plazo de pago acordado por las partes que dicha Directiva “tiene en cuenta la cuestión de los plazos de pago contractuales dilatados y, en particular, la existencia de determinados tipos de contrato en los que pueden estar justificados un período de pago más largo combinado con una restricción de la libertad de contratar...”. Y con carácter general manifiesta en el “considerando” 19 que la Directiva “debe prohibir el abuso de la libertad de contratar en perjuicio del acreedor...”.

Ya en el texto normativo se refiere en su artículo 3 1, a) “a la fecha o al... plazo de pago que se fije en el contrato”; y en el apartado 1, b) se refiere al supuesto de que no se fije en el contra-

56. Esperanza GALLEGU SÁNCHEZ, *Comentario al artículo 2 de la Ley concursal, en la obra colectiva “Ley Concursal...”, cit., p. 38.*

57. El día inicial en cada uno de los cuatro supuestos del apartado 2 es: a) “la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente”; b) si esta fecha se presta a dudas, la “de recepción de las mercancías o prestación de los servicios”; c) si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente “antes que los bienes o servicios” el día “de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios”; d) si existe previsto un procedimiento de carácter legal o contractual para la aceptación o la comprobación “mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o de los servicios con lo dispuesto en el contrato”, desde la fecha de la aceptación o verificación, si es posterior a la recepción de la factura o de la solicitud de pago equivalente.

58. Así parece opinar la catedrática de Derecho Mercantil Juana Pulgar cuando afirma que la aplicación de los plazos de pago (en realidad un plazo –de treinta días– con distintos días iniciales de cómputo) señalados en el artículo 4.2 “podría suponer una auténtica revolución en el ámbito de las operaciones comerciales, si no fuera porque su aplicación, de manera cuestionable, se condiciona al defecto de pacto entre las partes sobre el plazo de pago...” [Juana PULGAR EZQUERRA: “A propósito de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre) y la nueva legislación concursal”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 2, 2005, p. 520].

to “la fecha o el plazo de pago”, con especificación en este último caso de un plazo –30 días–, ampliable –a 60 días– en supuestos especiales (apartado 2 del artículo 3), todo ello a los efectos del pago del interés de demora. Siempre en este terreno del plazo o fecha de pago expresa el apartado 3 del mismo artículo 3 que “los Estados miembros dispondrán que cualquier acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la demora que no sea conforme” a los plazos (30 o 60 días) o al tipo de interés de demora señalados por la propia Directiva para el supuesto de no fijación en el contrato de dichos plazo o porcentaje de interés, no será aplicable o no dará lugar “al derecho a reclamar por daños si, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto, es manifiestamente abusivo para el acreedor”; y especifica que “para determinar si un acuerdo es manifiestamente abusivo para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse de” los indicados plazos e interés de demora “legales”. A ello añade que “en caso de determinarse que el acuerdo es manifiestamente abusivo, se aplicarán las disposiciones legales, a no ser que los tribunales nacionales determinen otras condiciones que sean justas”.

Pues bien, vamos a analizar cada una de estas cuestiones, empezando por la naturaleza del plazo de pago a efectos de la determinación de cuándo una cláusula sobre dicho plazo es nula por abusiva. Una interpretación de los referidos preceptos de la Ley 3/2004 realizada conforme a los criterios señalados por el artículo 3.1 del Código Civil (“según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y ...atendiendo... al espíritu y finalidad de” la norma) da pie para considerar que la solución elegida por dicha Ley es la de admitir la libertad de las partes para señalar el plazo de cumplimiento de las obligaciones a las que se refiere, pero con el límite temporal señalado en la misma (30 días) pese a que lo califica como de “carácter subsidiario”. O sea, que este plazo de pago de treinta días (artículo 4.2) constituye el límite **máximo** de aplazamiento y en este aspecto –límite máximo del plazo de pago– es de naturaleza imperativa. Esta solución es la que más se adecua al espíritu y finalidad de la Ley, y así lo corrobora la Exposición de Motivos (párrafo noveno) al expresar que “la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas impo-

niendo cláusulas relativas a plazos de pago más amplios... a los previstos en esta Ley...” . A la misma conclusión conduce la disposición derogatoria única cuando, tras disponer la derogación de todas las normas que contradigan o se opongan a la Ley, señala como excepción “aquellas que, en relación a la determinación del plazo de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor”, pues ello indica que el mencionado plazo señalado por dicha Ley tiene carácter imperativo en cuanto a su duración máxima, y sólo será aplicable uno distinto previsto en otra norma cuando sea de menor duración<sup>59</sup>.

Sin embargo, desentrañar cual sea el criterio de la Ley no resulta tan sencillo. Según el citado artículo 9.1 “serán nulas las cláusulas pactadas... sobre la fecha de pago... cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio”, con la especificación respecto a esto último de que “no podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos”. La Directiva indica que se tomarán en consideración “los usos habituales del comercio” para valorar una cláusula que permita considerar el acuerdo entre las partes sobre el plazo de pago “**manifiestamente** abusivo para el acreedor” (artículo 3.3). La Ley española no exige el abuso **manifiesto**; y además especifica en su Exposición de Motivos (párrafo octavo), que “introduce un cambio esencial... como es el de desplazar a los usos del comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados, los cuales se verán sustituidos por los de esta Ley”. Indica, pues, que el plazo de pago previsto en la Ley es de obligado acatamiento a la hora de pactar sobre la **duración máxima** de ese plazo. Y por otra parte, como expresa a continuación, “cuando la Ley hace referencia a que el juez puede considerar los usos del comercio como elemento de valoración a la hora de determinar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, toma este extremo sólo como un factor factual y objetivo que permite comparar la actuación de un operador con la situación del tráfico mercantil en cada momento”. Resulta, pues, que por un lado “desplaza”, excluye “a los usos del comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados” (medida que, según la Exposición de Motivos, supone la introducción por la

59. Es cierto que la citada disposición derogatoria dice concretamente que esas normas sobre la determinación del plazo de pago que, en su caso, seguirán vigentes, son las que “resulten más beneficiosas para el acreedor”, no que tal plazo sea de menor duración. Mas, si tenemos en cuenta el espíritu y la finalidad de la Ley 3/2004, el plazo de pago será más beneficioso para el acreedor cuanto menor sea su duración. Luego, la “determinación” de ese plazo beneficiará al acreedor si se da dicha circunstancia, no si es de mayor duración que la prevista en la Ley 3/2004, pues la susodicha disposición derogatoria se refiere de manera concreta y exclusiva al plazo de pago, no a otros elementos del contrato afectados por la propia Ley.

Ley de “un cambio esencial en este ámbito”), y por otro lado tales usos son utilizables como dato fáctico y objetivo para “comparar la actuación de un operador” –se supone que del deudor que introduce esa cláusula de plazo de pago dilatado– “con la situación del tráfico mercantil” en el momento de celebración del contrato de que se trate, lo cual da pie para entender que si dicha comparación revela que el plazo pactado en el caso concreto no discrepa del existente en el “tráfico mercantil”, en el mercado, en ese momento (dato fáctico y objetivo), tal plazo no es abusivo a los efectos de la Ley, lo cual puede suponer una contradicción con la finalidad de aquélla, pero amparada en su texto<sup>60</sup>.

De todo este conjunto de manifestaciones vertidas en la Exposición de Motivos y en el articulado de la Ley, puestas en relación con el texto de la Directiva en este punto, no se obtiene una orientación suficiente que permita decidir “en cada momento” –y esto es lo relevante– si un plazo de pago pactado merece la consideración de abusivo para el acreedor y que, por consiguiente, ha de ser declarado nulo en ejercicio de la actuación prevista en el apartado 2 del artículo 9 (“el juez que declare la invalidez de... cláusulas abusivas...”). El problema radica en qué ha de entender por cláusula abusiva para el acreedor; dónde o cuándo surge el abuso –que además, la Ley española no requiere que sea manifiesto, frente a lo previsto en la Directiva–. Porque el señalar que “para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta... si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago” previsto en el artículo 4.2 (párrafo segundo del apartado 1 del artículo 9), o que “se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor” (párrafo tercero del apartado 1 del artículo 9) constituyen manifestaciones genéricas, con un elevado grado de abstracción, que si bien dejan un amplio margen de discrecionalidad al juez, por ello mismo impiden el establecer unos criterios o pautas generales uniformes que ofrezcan la necesaria seguridad jurídica. Repárese además en que el transcrito párrafo primero dispone que, aparte del examen de las razones **objetivas** por las que el deudor se aparta del plazo señalado en el artículo 4.2, se tendrán en cuenta “*otros factores*”. Es decir, que el carácter abusivo de una cláusula relativa al plazo de pago está en función de unos “*factores*” –no se sabe cuales ni de que naturaleza– aparte de alguna razón objetiva en que se base el deudor para apartarse del

indicado plazo (sin que tampoco se cuente con criterios sobre esa objetividad de tales razones), y de “*todas las circunstancias del caso*” que permitan afirmar que la cláusula sirve “**principalmente** para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor”.

No se olvide que el destinatario último de todas estas disposiciones es el Juez, que ha de decidir sobre si resulta abusiva para el acreedor una cláusula que prevé un plazo de pago de una deuda dineraria surgida de una relación jurídica bilateral, recíproca. Pero son también las partes, en particular el acreedor que pretenda impugnar la cláusula por abusiva, quienes han de basarse en criterios orientadores, pues no en balde han de probar la existencia de los factores y circunstancias a valorar en el caso concreto objeto de debate.

El carácter abusivo de una cláusula afecta al plazo de pago (que el pactado exceda al “legal” del artículo 4 sin “razones **objetivas**” que lo justifiquen o que su finalidad sea “principalmente” proporcionar al deudor una liquidez adicional –mejorar o facilitar su liquidez– a costa del acreedor), y también afecta al tipo de interés de demora a satisfacer (que el pactado sea inferior al “legal” del artículo 7). Respecto al interés, aunque el texto de este precepto no tiene toda la claridad deseable, lo manifestado en la Exposición de Motivos permite llegar a la indicada conclusión, si bien con algún matiz frente al plazo de pago. Expresa dicha parte introductoria de Ley que “la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo cláusulas relativas a... tipos de interés de demora inferiores a los previstos en esta Ley”. Ahora bien, al plazo de pago son de aplicación los argumentos vertidos en el presente trabajo para apoyar el criterio de que el plazo de pago establecido por la Ley es máximo (cabe destacar la frase “dentro del marco legal aplicable” contenida en el apartado 1 del artículo 4 referida al plazo que pueden pactar las partes). Sin embargo, el artículo 7.1 no contiene una frase similar, ni dispone nada al respecto; lo único que existe es la mencionada limitación de la libertad de pactos constituida por el abuso. Por tanto, considero que, dentro de ciertos márgenes, a concretar por el juez en cada caso concreto, resulte legalmente posible pactar un interés de demora de un porcentaje inferior al “legal” siempre que no sea calificable de abusivo en el supuesto de que se trate.

Respecto a la impugnabilidad de las cláusulas abusivas opina Fuentes Gómez que “la impug-

60. En relación con esta cuestión manifiesta Juana Pulgar que “es previsible que” el “amplio margen de autonomía concedido a la voluntad de las partes” para pactar el plazo de pago –a lo que se alude en la anterior nota 30– “dificulta la finalidad buscada por la Ley de desplazar los usos de comercio que hayan venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados” (Juana PULGAR EZQUERRA: “A propósito...”, cit., loc. cit., p. 520).

nación no comprende los contratos individuales”, sino que queda circunscrita a las que se refiere el artículo 3.5 de la Directiva con la expresión “cláusulas contractuales redactadas para uso general” que resulten “manifiestamente abusivas en el sentido del apartado 3” de dicho artículo. Tal criterio lo apoya en que los apartados 3 y 4 del citado artículo 9 de la Ley española regulan específicamente la impugnación de las cláusulas abusivas mediante acciones colectivas sin que –específica– “a pesar de que así se solicitó”, comprenda los contratos individuales<sup>61</sup>.

Mas dicho razonamiento carece de base para sustentar la exclusión del ejercicio de una acción dirigida a la anulación de una cláusula como abusiva que aparezca en un concreto contrato. El citado apartado 4 del artículo 9, al limitar la legitimación activa a las entidades que enumera se refiere de manera expresa al ejercicio de “las acciones de cesación y de retractación en la utilización” de condiciones generales de contratación que contengan cláusulas abusivas. Por consiguiente, no afecta a las cláusulas abusivas que figuren en un determinado contrato; al contrario, destaca esta posibilidad. Cabe considerar que en la práctica será difícil encontrar un caso de contrato aislado con cláusula abusiva de las indicadas, pues las partes negociarán el contenido del contrato antes de concluirlo y lo llevarán a cabo de acuerdo con la Ley merced a los correspondientes asesoramientos jurídico-legales. Mas, si no obstante, aparece un contrato con cláusula abusiva, la misma será susceptible de impugnación por parte del acreedor perjudicado, legitimado activamente (legitimación “ad procesum”) para ello.

Lo que dispone el apartado 3 es que “*serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1*”. El adverbio “igualmente”, utilizado para extender a las condiciones generales de contratación el supuesto de cláusulas nulas por abusivas está indicando que la nulidad de una cláusula, por abusiva, está prevista tanto para las contenidas en contratos aislados como en dichas condiciones generales de contratación.

Con relación al contenido de un contrato, el artículo 10 bis.1, párrafo primero de la citada Ley de defensa de los consumidores, 26/1984, de 19

de julio -introducido por la disposición adicional primera de la Ley de condiciones generales de contratación- dispone que “*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra...*”; y según el artículo 1.1 de la Ley 7.998, de 13 de abril, “*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes...*”; el apartado 2 del mismo artículo especifica que “*el hecho de que... una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si...*”; y el apartado 2 del artículo 8 de esta misma Ley se ocupa de manea específica de las cláusulas abusivas disponiendo que “*serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor...*”. Luego, en el ámbito de los contratos a los que se refieren las citadas Leyes (de defensa de los consumidores y usuarios, y de condiciones generales de la contratación) cabe concluir que lo dispuesto en las mismas no se aplica a las cláusulas pactadas individualmente<sup>62</sup>.

Pero la Ley 3/2004 contiene una regulación específica en materia de cláusulas abusivas. Tienen el carácter de tales aquellas en las que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el citado artículo 9, con independencia de que figuren en contratos individuales (modo de contratación en el específico ámbito de esta Ley que, por lo demás, será el habitual), o en contratos concluidos según condiciones generales de contratación. Por otra parte, y como expresa Durán Rivacoba, en la mencionada Ley de defensa de los consumidores “*las cláusulas abusivas sólo se contemplan respecto de los consumidores y usuarios*”, y las reglas específicas sobre cláusulas abusivas previstas en la Ley de condiciones generales de contratación igualmente están contempladas sólo para los consumidores y usuarios, en tanto que no quedan sometidas a tales reglas específicas las relaciones entre profesionales<sup>63</sup>. En cambio, las normas sobre cláusulas abusivas contenidas en la Ley 3/2004 no rigen precisamente para los contratos en los que intervengan consumidores, sino para los celebrados entre empresarios, o entre éstos y la Administración.

Además de las razones expuestas en apoyo de dicha conclusión, las acciones mencionadas en

61 Julio C. FUENTES GÓMEZ: “Logros y cuestiones pendientes...”, *cit.*, *loc. cit.*, p. 3055 (p. 19 del Boletín nº 1994).

62. Sin embargo, y en relación con esta cuestión, opina Durán Rivacoba que “*referir como atributo característico de las cláusulas abusivas que no sean negociadas individualmente, puede llevar a invertir los términos... con la consecuencia de que su negociación individualizada la excluye como abusiva, lo que sería un error, pues la naturaleza material de abuso... no depende completamente de la técnica de la contratación, sino que tiene que ver con su contenido*” (Ramón DURÁN RIVACOBA: “Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas”, en “Revista de Derecho Privado”, febrero 2000, p. 116).

63. Ramón DURÁN RIBACOBA: *Op. y loc. cit.*, p.117.

el apartado 4 del artículo 9 son específicamente las de “cesación y de retractación en la utilización de... condiciones generales” que contengan cláusulas abusivas de las incluidas en el apartado 1 del propio artículo 9. Circunscribe el contenido de estas acciones a las cláusulas abusivas que, según el ámbito del abuso delimitado en el apartado 1 del artículo 9, figuren en condiciones generales de contratación. Quedan fuera, pues, de estas clases de acciones las que van dirigidas a la anulación de una cláusula abusiva conforme al susodicho apartado 1 del artículo 9.

Téngase en cuenta que el artículo 9.4 de la Ley 3/2004 se remite a las acciones de “cesación y de retractación” según la Ley 7/1998, de 13 de abril, “sobre condiciones generales de la contratación”. Y para esta Ley “la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo...” (apartado 2 del artículo 12); y “la acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado... el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas...” (apartado 3 del artículo 12). Por otra parte, ambas acciones aparecen reguladas en un capítulo (el IV), que trata de “acciones colectivas de cesación, retractación...”, en tanto que la acción dirigida a la declaración judicial de nulidad de una cláusula por abusiva puede ser ejercitada individualmente por la parte perjudicada con la misma, “de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”, según dispone el artículo 9.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril; y aunque referida a una cláusula de esa clase contenida en unas condiciones generales de contratación –ámbito específico de dicha Ley– resulta obvio que también puede ser ejercitada por el acreedor perjudicado en los casos previstos en la Ley 3/2004.

Mas las acciones de cesación y de retractación que cita el artículo 9.4 de la Ley 3/2004 pueden ser ejercitadas en el ámbito de la misma, específicamente para el caso de condiciones generales de contratación que contengan cláusulas abusivas en perjuicio del acreedor, y de manera exclusiva en cuanto a los aspectos previstos en el apartado 1 del referido artículo 9 (en particular, y respecto a la cuestión aquí examinada, que prevean un plazo de pago que por su duración excesiva perjudique al acreedor según los criterios señalados en el mismo precepto, o que establezcan un interés de demora de porcentaje tan bajo que produzcan el mismo efecto perjudicial, supuesto éste último que, ante la falta de criterio orientador, resultará casi imposible de aplicar en la práctica).

Para el caso de anulación judicial de una cláusula abusiva el apartado 2 del mismo artículo 9 confiere al juez la posibilidad de regular el contenido del contrato obviando a las partes<sup>64</sup>. Dispone este precepto que “el juez que declare la invalidez de... cláusulas abusivas **integrará** el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil...”. Esto es, que para conservar la eficacia del contrato una vez anulada la cláusula abusiva –eliminado, por tanto, uno de los pactos acordados por los contratantes– el juez “integrará”, completará el contrato atendiendo “a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe<sup>65</sup>, al uso y a la ley” (además de a lo “expresamente pactado”), conforme todo ello al artículo 1.258 del Código Civil, si bien respecto a esto último circunscrito a lo que subsista del contenido del contrato después de la anulación de la cláusula abusiva y que resulte compatible con el conjunto del contrato pese a la exclusión de lo anulado, ya que la “intervención de la autoridad judicial en las obligaciones que las partes se han autoimpuesto” comporta una “simple modificación de la obligación, que pervive con el cambio introducido”<sup>66</sup>.

64. A propósito de lo previsto en el artículo 11 de la Ley de venta a plazos, 28/1998, de 13 de julio (“los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente... podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos...”) manifiesta Pilar Gutiérrez que si bien “los ejes fundamentales en el Derecho de obligaciones siguen siendo el pleno reconocimiento de la autonomía privada para crear, extinguir o modificar relaciones obligatorias, y el cumplimiento de las mismas tal cual se acordaron”, sin embargo “la conveniencia de atemperar la aplicación rigurosa del Derecho por consideraciones de equidad o humanidad puede legitimar al juzgador para inmiscuirse en una reglamentación obligacional establecida privadamente, y que la propia ley puede fijar excepciones que... admitan la actuación del juez alterando las previsiones iniciales de las partes” (Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO: “Las facultades moderadoras de Jueces y Tribunales en la venta a plazos de bienes muebles: el artículo 11 de la Ley 28/1998, de 13 de julio”, en “Revista de Derecho Privado”, abril de 2000, pp. 275 y s.).

Estos argumentos resultan aplicables, “mutatis mutandi”, a la previsión contenida en el artículo 9.2 de la Ley 3/2004, pues si bien en este caso el ámbito de las facultades del juez es más amplio, tanto porque alcanza a la anulación de cláusulas contractuales, como porque le permite moderar “los derechos y obligaciones de las partes” -modificar el contenido del contrato-, ello ha de ser dentro de los indicados límites de conservación, de pervivencia del contrato.

65. Expresa el Tribunal Supremo que esta buena fe “no es la subjetiva (creencia...) sino la objetiva (comportamiento honrado, justo) a la que alude el artículo 7 del Código Civil” (sentencias de 26 de octubre de 1995 y 12 de marzo de 1998).

66. Vid. Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO: *Op.*, y *loc. cit.*, p. 283.

La tarea que se le asigna al juez, por un lado es difícil y compleja; y por otra parte supone invadir la esfera de libertad de pactos de los contratantes con lo que ello comporta de afectar al principio contractual de la autonomía de la voluntad. En cuanto a lo primero –dificultad y complejidad– se encuentra con la necesidad de desentrañar la “naturaleza” del contrato, la cual no siempre puede ser descubierta con la interpretación gramatical y sistemática del mismo pues en muchos casos aparece vinculada a antecedentes no reflejados en el texto.

Pero a los indicados “instrumentos” o medios para integrar el contrato añade la Ley que el juez “dispondrá de facultades moderadoras respecto a los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de la ineficacia” (última frase del apartado 2 del artículo 9). Se trata por tanto de evitar los excesos en los derechos y obligaciones lo cual también comporta una modificación por el juez del contenido del contrato. Ahora bien, este modo de actuar viene determinado y limitado por la eliminación de la cláusula abusiva. Consiste en una facultad utilizable sólo para que el contrato conserve el equilibrio de las prestaciones y mantenga su naturaleza y eficacia<sup>67</sup>.

En esta misma línea señala el párrafo tercero del citado apartado 1 del artículo 9 que para determinar si una cláusula es abusiva, en el supuesto que prevé en su último inciso, se tendrá en cuenta “si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas”.

Los criterios definidores de una cláusula como abusiva cuando ésta se refiere al tipo de interés por demora son los mismos que en el caso de las cláusulas sobre el plazo del pago, y las consecuencias de la inclusión de una cláusula sobre este punto que, por abusiva, sea nula, son aplicables también a las cláusulas relativas al tipo de interés, con las adecuaciones exigidas por la materia específica de cada uno de dichos contenidos, de ahí el que no resulte necesario reiterar las soluciones ya expuestas al examinar el abuso en las cláusulas sobre plazo de pago.

Similar conclusión cabe extraer respecto a las cláusulas que “resulten contrarias a los requi-

sitos para exigir los intereses de demora” señalados en el artículo 6 (tercero de los supuestos de cláusulas abusivas previstos en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 9). Tales requisitos, que han de concurrir “simultáneamente”, son que el acreedor: 1) “haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales”; 2) “no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos que el deudor pueda probar que no es responsable del retraso”.

Ahora bien, las cláusulas en cuestión serán abusivas cuando –como en los otros casos– teniendo “un contenido abusivo en perjuicio del acreedor” consideradas todas las referidas circunstancias del artículo 9, resulten “**contrarias**” a los citados requisitos. Además de la dificultad para delimitar “lo contrario”, la oposición de la cláusula de que se trate, surge la duda de si esa contrariedad ha de serlo respecto a ambos requisitos o basta con que la cláusula sea contraria sólo a uno de ellos. Si tenemos en cuenta que los dos requisitos han de concurrir simultáneamente, desde que falle uno –porque lo pactado sea contrario a uno de los dos– existirá el supuesto de abuso determinante de la nulidad de la cláusula. Y la oposición al requisito consistirá en que el mismo resulte eliminado, ya sea de manera expresa y directa, o indirectamente.

Por lo que se refiere a la nulidad de las cláusulas pactadas por las partes, calificables de abusivas por las causas establecidas en el artículo 9, la Ley 3/2004 sólo será aplicable a las contenidas en los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor –que tuvo lugar el día 31 de diciembre de 2004 conforme a su disposición final cuarta– (segundo inciso de la disposición transitoria única), ámbito de aplicación temporal que constituye una excepción a la norma general establecida en el inciso primero de la citada disposición transitoria única<sup>68</sup>.

En este campo de las cláusulas abusivas y, particularmente, de su nulidad, procede hacer una reflexión final. La razón impulsora de la Directiva 2000/35/CE es la de hacer frente –según se expresa en su “considerando” 7– a las “**onerosas cargas administrativas y financieras**” que “**pesan sobre las empresas, y especialmente sobre las pequeñas y medianas, debido a los plazos de pago excesivos y a la morosidad**”. Términos y argumentos similares encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2004; y

67. Como expresa Pilar Gutiérrez, los Jueces y Tribunales “en su papel corrector de la regulación acordada por las partes no están legitimados para romper la economía de la relación obligatoria ni... para extinguir la al margen del consentimiento de aquéllas, imponiéndoles una nueva que no han querido concluir”, de ahí que no pueden “dictar una sentencia que equivalga a un acuerdo contractual, tratando de suplantar por completo la voluntad negocial del acreedor y el deudor, sino que su papel debe limitarse a modular y atenuar el rigor de las reglas generales, pero sin ignorarlas y desplazarlas de forma absoluta” (Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO: *Op. y loc. cit.*, pp. 276 y s). *Vid.*, también la nota 64.

68. Según este inciso primero, la Ley se aplicará a todos los contratos a los que se refiere que hayan sido celebrados con posterioridad al día 8 de agosto de 2002 –fecha tope para la transposición de la Directiva, según su artículo 6.1– “en cuanto a sus efectos futuros, incluida la aplicación del tipo de interés de demora establecido en el artículo 7”.

así manifiesta que “la Unión Europea ha venido prestando... atención... a los problemas de plazos de pago excesivamente amplios y de la morosidad en el pago de deudas contractuales, debido a que deterioran la rentabilidad de las empresas...”.

Se pretende, pues, buscar medidas tendentes a lograr que los pagos en dinero de las operaciones comerciales no se dilaten en el tiempo. Si bien lo normal es que transcurra un tiempo entre el cumplimiento del contrato por la parte acreedora del precio y el pago de éste por la otra parte dado que es consustancial al comercio operar con crédito, que sin embargo el momento para efectuar tal pago sea próximo al de la realización de la contraprestación por la otra parte (acreedora del precio), y que si el deudor incurre en mora deba abonar un interés más gravoso que el legal, así como otros gastos y costes, todo ello -según la Directiva y la Ley- como incentivo para que el deudor no se retrase en el pago.

Pues bien, si esta es la finalidad práctica de la Ley, al logro de esta finalidad -consistente en que **efectivamente** el acreedor cobre la totalidad de la deuda en un plazo corto- ninguna contribución aporta el declarar nulas las cláusulas contractuales que sean calificables de abusivas por señalar un plazo de pago de mayor duración al previsto en la Ley, o por establecer unas consecuencias de la demora beneficiosas para el deudor.

La nulidad, como es obvio, ha de ser declarada por el juez. Y según la Ley de Enjuiciamiento Civil el procedimiento a seguir es el juicio ordinario, pues se trata de una cuestión cuyo interés económico resulta imposible de calcular (supuesto del apartado 2, in fine, del artículo 249, en relación con el apartado 3 del artículo 253), por concurrir el motivo expuesto en este último precepto consistente en “no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía” relacionadas en el artículo 251. Por consiguiente, la larga tramitación de este procedimiento para dilucidar si una cláusula sobre plazo de pago o sobre intereses de demora de abusiva, y por ello resulte anulada con la necesaria integración del contrato por la sentencia que así lo declare, ningún efecto positivo inmediato produce en cuanto a la finalidad de luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales que persigue la Ley 3/2004<sup>69</sup>.

69. Señala Aguillaume a este respecto que el inconveniente del sistema legal de nulidad de las cláusulas abusivas radica en “la inseguridad respecto de lo que resolverá un juez determinado a la hora de declarar o no abusiva una cláusula que incrementa el plazo legal de pago”. Y añade que “el premio por conseguirlo... no siempre compensará ese riesgo”, pues, se pregunta el propio autor, “¿le resulta rentable al acreedor acudir a los Tribunales para reclamar unos intereses de aproximadamente un 9% anual, si no tiene cierta seguridad... acerca del sentido de la decisión judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula contractual, aceptada por él, que permite esa mayor duración?” a lo que responde que cree sinceramente que no (Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI, *Op. y loc. cit.*, p. 2), criterio que comparto.

70. Dispone este precepto respecto a las obligaciones recíprocas que “desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

Por otra parte, según la Ley 3/2004, los únicos presupuestos para obtener la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva son los que señala en el apartado 1 del artículo 9. Pero resulta necesario tener en cuenta que la cláusula de que se trate ha sido aceptada por el acreedor que pretende su nulidad, así como que las dos partes del contrato son empresarios, por lo que en principio ha de entenderse que ambos se encuentran en una situación de igualdad. Y otra cuestión ha tener en cuenta es la aplicabilidad de las normas generales del Código Civil sobre nulidad de los contratos.

Ahora bien, tampoco puede olvidarse que el párrafo primero del apartado 1 del artículo 9 de la Ley 3/2004 dispone que para decidir si una cláusula es abusiva han de ser “consideradas todas las circunstancias del caso”, y una de estas circunstancias es que la cláusula fue aceptada por el acreedor, dato a valorar en cada supuesto concreto por el Juez. En conclusión, las dificultades para conseguir que una cláusula de alguno de los contenidos señalados sea declarada nula por abusiva, unido a la excesiva duración y posibles vicisitudes del procedimiento judicial al que, en su caso, se acuda con tal fin son realidades que chocan frontalmente con la efectividad de las medidas para la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que constituye el objeto de la Ley 3/2004.

#### IV. LA DEMORA EN EL PAGO Y SUS CONSECUENCIAS

Dispone el artículo 5 de esta Ley que “el obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés... **automáticamente** por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor”.

Estamos en presencia de relaciones obligacionales sinalagmáticas respecto a las que es conocida la falta de unanimidad tanto de la doctrina como de la jurisprudencia sobre si, a la vista del segundo inciso del párrafo segundo del artículo 1.100 del Código Civil<sup>70</sup>, la mora se produce de manera automática por el mero incumplimiento, desde el momento en que la otra parte paga.

Pues bien, en el ámbito de la Ley 3/2004, producida la mora el primer efecto, impuesto con carácter imperativo, es el de la obligación del deudor de pagar el interés pactado en el contrato o, en defecto de pacto, el tipo legal establecido en la misma (artículos 5 y 7.1 y 2).

La exigibilidad de dicho interés por parte del acreedor está subordinada a que “*haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales*” [letra a) del artículo 6] y que “*no haya recibido a tiempo la cantidad debida...*” [letra b) del mismo artículo]. O sea, el derecho a exigir los intereses de demora requiere la concurrencia simultánea de un comportamiento previo del acreedor, y de un hecho, consistente el primero en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales –las que haya asumido en el concreto contrato en el que pretenda cobrar tales intereses– y legales, que entiendo que son las previstas, en su caso, en la regulación del tipo de contrato de que se trate; y el hecho lo constituye el no haber recibido “*a tiempo*” la cantidad debida por el deudor. En cuanto al hecho, la Ley 3/2004 lo vincula a la voluntad del deudor, ya que el no cumplimiento de su obligación de entrega del dinero le libera de la obligación de pagar intereses de demora si prueba que no ha sido “*responsable*” –éste es el término utilizado por el artículo 6, b)– del retraso.

Respecto al tiempo en que el acreedor debe recibir la cantidad debida viene determinado por el plazo de pago pactado entre las partes “*dentro del margen legal aplicable*” (apartado 1 del artículo 4). O si no se pactó plazo éste será el “*legal*” de treinta días establecido en el apartado 2 del mismo artículo, computado desde los distintos momentos señalados en el citado precepto según los supuestos que especifica.

En cuanto al plazo pactado, éste ha de serlo “*dentro del margen legal aplicable*”. Y este margen legal es el indicado de treinta días; luego, el plazo de pago acordado por las partes necesariamente ha de ser de menor duración, como ya destacamos en el apartado II, C). Además de los razonamientos expuestos en ese lugar, y en el párrafo precedente, se han de tener en cuenta para la interpretación que realizo las palabras de la Exposición de Motivos al manifestar respecto a esta cuestión que “*la libertad de contratar no debe amparar prácticas abusivas imponiendo*

*cláusulas relativas a plazos de pago más amplios... a los previstos en esta Ley...*”. La frase menciona de manera específica actuaciones “*abusivas*”. Podría pensarse, pues, que lo que proscribe es el 2 en el señalamiento de plazos de pago, aunque ello se acuerde en ejercicio de la libertad contractual. Pero la regulación concreta en un artículo de la Ley (el 9) de las cláusulas abusivas, las cuales tienen ese carácter cuando concurren las circunstancias que señala dicho artículo y por ello son nulas, no permite concluir que si no existe abuso es legalmente posible pactar plazos de pago de mayor duración que el “*legal*”, o intereses de demora de porcentaje inferior al “*legal*” y que, por tanto, las normas que señalan ese plazo o ese porcentaje “*legales*” son dispositivas. La interpretación sistemática y finalista de la Ley revelan que se trata de normas imperativas, sin que ello suponga que el no acatamiento estricto deba acarrear siempre y de manera necesaria la nulidad del pacto. Al contrario, puede quedar en una mera anulabilidad, susceptible de sanar con el transcurso del tiempo, o con actuaciones posteriores del acreedor expresivas de su voluntad libre y espontánea de admitir el pacto en cuestión<sup>71</sup>.

Siempre en este ámbito del plazo de pago, y con el fin de adecuar a la Ley 3/2004 la regulación de los pagos de los comerciantes a sus proveedores, se modifican por la disposición final segunda de esta Ley los correspondientes apartados del artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (que en su apartado 1 disponía que “*a falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que comprenden el mismo día de su recepción*”), estableciendo con carácter general, a falta de pacto expreso, un plazo legal de pago del precio de las mercancías que comprenden los comerciantes no superior a treinta días desde la fecha de su entrega (apartado 1 del citado artículo 17, según su nueva redacción), con especificación de plazos máximos de pago para los distintos productos que relaciona –de alimentación frescos, y los perecederos; los demás de alimentación, y los de gran consumo; y los productos no incluíbles en alguno de los anteriores grupos– (apartados 3 y 4 del mismo artículo 17), con plazos de pago superiores a los treinta días<sup>72</sup>. En coherencia con esa modificación de este precepto, la disposición adi-

71. Como destaca Aguillaume, para declarar abusiva una cláusula que contradiga las disposiciones de la Ley sobre plazo de pago “*no basta con la mera contradicción de la cláusula con la Ley, sino que es preciso que la estipulación sea abusiva de acuerdo con los parámetros que la propia Ley señala para determinar este aspecto*” (Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI, *Op. y loc. cit.*, p. 2).

72. La citada disposición final segunda de la Ley 3/2004, que en su apartado 1 realiza la indicada modificación de varios apartados de la Ley de ordenación del comercio minorista, contiene un apartado 2 que añade una disposición transitoria segunda a esta Ley 7/1996, de 15 de enero, relativa a momentos de aplicación de los distintos plazos que señala en el artículo 17, posponiendo al día 1 de julio de 2006 la aplicación de la limitación máxima de 60 días a que se refiere el apartado 3 de dicho artículo 17.

cional primera de la Ley 3/2004, titulada “*régimen de pagos en el comercio minorista*”, dispone que en el ámbito de esta materia “*se estará en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 17*”, aplicándose con carácter supletorio la Ley 3/2004.

Para las operaciones comerciales a las que se refiere específicamente la Ley 3/2004 dispone el apartado 1 de su artículo 7 que “*el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato*”. Sólo en defecto de pacto deberá pagar por dicho concepto “el tipo legal” que establece el párrafo primero del apartado 2 del citado precepto; esto es, “*la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales*”. Por si no fuera suficiente con la imprecisión, y la dificultad de interpretación de cómo se concreta el tipo de interés del Banco Central Europeo a tomar como base para calcular el interés “legal” de demora, la cosa se complica aún más con la “*explicación*” contenida en el párrafo segundo del propio apartado 2, según el cual por tal interés del Banco Central Europeo se entenderá el aplicado “*en caso de subastas a tipo fijo*”. E indica a continuación cuál es el tipo de interés a tener en cuenta en caso de subasta a tipo variable, para concluir que “*el tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación*”. No obstante la complejidad del precepto sobre el tipo de interés legal, la dificultad para concretar su porcentaje resulta suavizada si efectivamente se cumple con lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo que ordena la publicación semestralmente por el Ministerio de Economía y Hacienda en el Boletín Oficial del Estado, del “*tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado*” 2, anterior.

Otra de las consecuencias de la demora en el pago, salvo que el deudor no sea responsable de esa demora (apartado 2 del artículo 8), es que “*el acreedor tendrá derecho a reclamar al deudor una indemnización por todos los costes de cobro... que haya sufrido a causa de la mora de éste*” (primer inciso del apartado 1 del artículo 8). Como es obvio, dichos costes han de estar “*debidamente acreditados*”. No procederá tal indemnización “*cuando el coste del cobro... haya sido cubierto por la condena en costas del deudor; de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241 a 246 y 394 a 398 de la*” Ley de Enjuiciamiento Civil (párrafo segundo del citado apartado 1); y la indemnización tiene unos límites señalados por la propia Ley, que se determinan en proporción al importe de la deuda principal (el 15% si dicho importe supera los 30.000 euros, o el importe de la deuda si éste es inferior a dicha cantidad) (incisos segundo y tercero del mismo apartado 1).

La indemnización comprende –según el inciso primero del apartado 1 del artículo 8– “**todos los costes de cobro**” (fijarse bien que menciona “**todos**” esos costes); y no procede “*cuando el coste de cobro... haya sido cubierto por la condena en costas del deudor*” conforme a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que cita. Pues bien, el primero de estos preceptos es el artículo 241, el cual distingue “*gastos del proceso*” y “*costas del proceso*”, especificando que se consideran gastos “*aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia*” del proceso, y costas “*la parte de aquellos que se refieren al pago de los*” conceptos que relaciona (párrafos primero y segundo del apartado 1). Luego, de un lado el acreedor no tiene derecho a una indemnización que cubra **todos** los costes; de otra parte, si los gastos sufridos “*a causa de la mora*” han consistido sólo en conceptos de los incluibles en las costas y el deudor es condenado al pago de éstas, ninguna otra cantidad puede reclamar como indemnización por tales gastos o costes. Ahora bien, en caso de que el acreedor no haya tenido que acudir a la vía judicial para reclamar el pago de la deuda pecuniaria, pero a causa de la mora sufra daños, no cabe duda de que tendrá derecho a la correspondiente indemnización, con los límites cuantitativos especificados en el mencionado inciso tercero del apartado 1 del artículo 8, incluso los honorarios de abogado, o del profesional o profesionales que hubiere necesitado para gestionar el cobro y determinar, en su caso, el importe de la deuda una vez producida la mora.

Si la operación comercial es una de las realizadas entre un empresario y la Administración, incluidas en el ámbito de la Ley 3/2004, en las que, por tanto, el deudor sea una Administración Pública, también rige el sistema de plazo de pago, mora por no pago de la deuda pecuniaria dentro de dicho plazo, y consecuencias de la demora, examinadas en los párrafos precedentes. Ahora bien, como los contratos de las Administraciones Públicas tienen una regulación propia, contenida en el texto refundido de la Ley especial aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales modifica en su disposición final primera los correspondientes artículos del mencionado texto refundido para lograr la efectividad de tales medidas cuando la deudora es la Administración. Así, el apartado 4 del artículo 99, relativo a los contratos administrativos en general, señala el plazo de pago del precio al contratista (dentro de los sesenta días siguientes a las fechas que indica), y dispone que si la Administración se demorase “*deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos*

previstos en la Ley” 3/2004. Idéntica previsión contiene el apartado 4 del artículo 110, para el supuesto de no pago en el plazo establecido (un mes desde la fecha del acta de recepción) del saldo en su caso resultante de la liquidación una vez formalizada dicha acta de recepción (sistema del que están excluidos los contratos de obras, que tienen un régimen especial). Las mismas consecuencias recaen sobre el contratista respecto a los subcontratistas o suministradores (apartado 4 del artículo 116). El contenido de estos preceptos tiene la consideración de norma básica, dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución (segundo inciso de la disposición final tercera de la Ley 3/2004), de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de contratos de dichas Administraciones.

Por último, en el supuesto de resolución de un contrato de gestión de servicios públicos por causa de demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega de la contra-prestación o de los medios auxiliares a que se obligó mediante el contrato [causa de resolución prevista en la letra a) del artículo 167 del mencionado texto refundido de 16 de junio de 2002, no afectado por la Ley 3/2004], dispone el apartado 3 del artículo 169 del referido texto refundido que “el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley” 3/2004 “a partir del vencimiento del plazo previsto para la entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos”. Este precepto no tiene la consideración de norma básica de acuerdo con la disposición final primera del citado texto refundido, según expresa la misma disposición final tercera de la Ley 3/2004.

## V. MEDIDA COMPLEMENTARIA DE PROTECCIÓN AL ACREEDOR: LA CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMINIO

La Ley 3/2004 aplica lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2000/35/CE y para el contrato de compraventa prevé que entre las partes se pacte que el vendedor conserve la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio por el comprador (párrafo primero del artículo 10). La cláusula de reserva de dominio se ha de convenir expresamente, y además antes de la entrega de los bienes; o sea, antes de que el comprador haya adquirido la propiedad del bien objeto de la compraventa, que tiene lugar precisamente con dicha entrega como

consecuencia de la llamada teoría del título y el modo, contenida en el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil (“*la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”).

Con esta cláusula se pretende proteger al acreedor en cuanto que conserva la propiedad de la cosa vendida, a pesar de que se encuentre en posesión del comprador, hasta que éste haya pagado la totalidad del precio. Mas el citado precepto especifica que esa conservación de la propiedad por parte del vendedor tiene lugar “*en las relaciones internas entre vendedor y comprador*”, de ahí que, al no contar los terceros con el conocimiento cierto de esa reserva de dominio, la pretendida protección del acreedor del precio (el vendedor) a través de esta cláusula no se alcanza eficazmente si el comprador transmite el bien a un tercero, adquirente que, si es de buena fe, que queda protegido por la apariencia.

Ahora bien, el párrafo tercero del citado artículo 10 admite la posibilidad de que el vendedor (como también el tercero que haya financiado, en su caso, la operación y a quien el vendedor haya subrogado en su derecho –subrogación prevista en el párrafo segundo del mismo artículo 10–) retenga “*la documentación acreditativa de la titularidad de los bienes sobre los que se haya pactado la reserva de dominio*”, lo cual propicia, al menos en alguna medida, la finalidad protectora del acreedor que con tal cláusula le pretende otorgar la Ley<sup>73</sup>.

## VI. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY

### A) “Empresas”

Según el artículo 1 y el apartado 1 del artículo 3 la Ley se aplica a las operaciones comerciales que especifica “*realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración*”. Considera empresa –así la define en su artículo 2 a)– a “*cualquier persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional*”. Resulta evidente el incorrecto empleo del término empresa para designar a una persona –física o jurídica– “*que actúe en el ejercicio de una actividad económica o profesional*”. Quien actúa no es una empresa sino el empresario. Es cierto que, como destacó Uría, “*no siempre se utiliza con precisión el término <<empresa>>, y se ha descuidado... la elaboración precisa de las*

73. Con referencia al artículo 10 Proyecto de la Ley, según figuraba en el texto de aquél remitido al Congreso, (que en este punto fue modificado, y suprimido, en el texto definitivo de la Ley) exigía la inscripción en un Registro público de la reserva de dominio para que fuera oponible a terceros, y que el único título inscribible era el documento público notarial, estima Rosalía Estupiñán que fue un acierto la supresión de estos requisitos (Rosalía ESTUPIÑÁN CÁCERES: “<<El Proyecto de Ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad>> en las operaciones comerciales: aspectos básicos”, en “Diario La Ley”, nº 5950, 9 feb. 2004.

nociones de empresario y de...”<sup>74</sup>, mas –añadía dicho autor– “empresario es la persona que ejercita una empresa, y ésta es un especial modo de desarrollar, dentro del mercado, una actividad económica cualificada”, si bien “la unión de ambos conceptos es tan íntima y natural” –continúa Uría– “que en el lenguaje comercial, en la práctica de los negocios, en la jurisprudencia, en la doctrina, e incluso en las leyes, es frecuente el empleo del término <<empresa>> para distinguir al <<empresario>>”, tendencia que tiene su explicación –expresa Uría– “en el hecho de que el empresario personaliza a su empresa y el Derecho pone su acento y su atención preferente más sobre el sujeto actor que asume las consecuencias jurídicas del tráfico que realiza, que sobre el modo o forma en que esa actividad o tráfico se desarrolla”<sup>75</sup>. Precisamente por eso se debe evitar el uso inadecuado del término empresa, y distinguir su concepto respecto al de empresario.

De la empresa -realidad propia del mundo de la economía- y de su consideración desde el punto de vista del Derecho, ya se ocupó Asquini a raíz de la publicación del Codice Civile italiano de 1942, poniendo de relieve que “el concepto de empresa es el concepto de un fenómeno económico poliédrico, el cual en el aspecto jurídico tiene, no uno, sino diversos perfiles en relación a los diversos elementos que lo componen”<sup>76</sup>. Como fenómeno económico el concepto de empresa es uno. La empresa es un hecho económico consistente en la organización de los factores de la producción (capital y trabajo) a los fines de la producción o del intercambio de bienes y servicios en el mercado. Ahora bien, al incidir este fenómeno económico en el campo del Derecho resulta necesario examinarlo desde este punto de vista utilizando conceptos y criterios jurídicos. Y así, en lo que Asquini denomina “perfil funcional o dinámico” la empresa se presenta como actividad dirigida a un determinado fin productivo, como una organización productiva<sup>77</sup>, siendo éste el elemento nuclear de la empresa como realidad económica. Pero esta actividad la lleva a cabo una persona (ya sea física o jurídica); el sujeto de derecho (aspecto subjetivo de la empresa), que es el empresario<sup>78</sup>. Y como el Derecho, en cuanto normas de conducta, tiene como destinatario a

las personas, es este sujeto quien realiza la actividad constitutiva de empresa y sobre el que recaen los derechos y las obligaciones derivados del ejercicio de tal actividad.

Por tanto, la persona física o jurídica “que actúa en el ejercicio de su actividad independiente económica o profesional” [definición de “empresa” ofrecida por el citado artículo 2, a) de la Ley 3/2004] es el empresario, en tanto que empresa es la actividad que realiza aquél<sup>79</sup>.

La Directiva 2000/35/CE transpuesta por esta Ley también emplea la palabra “empresa” para designar a quien realiza las operaciones comerciales a las que se refiere (se entiende por “operaciones comerciales”, según el artículo 2.1, “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos...”), y aunque al definir la empresa destaca su característica individualizadora en el campo de la economía, como es el elemento organizativo, sin embargo lo subjetiviza, definiéndola así: “cualquier **organización** que actúa en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional”, añadiendo: “incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona” (artículo 2.1, punto tercero), con lo cual pone de relieve el aspecto subjetivo, que no es “empresa”, sino “empresario”.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 3.1, de la Ley 3/2004, ésta se aplica a todos los pagos de deudas dinerarias efectuados como contraprestación en operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, realizadas entre empresarios o entre empresarios “y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” (así se expresa el mencionado artículo 3.1).

## B) Administración

Conforme a este último precepto, “la Administración” abarca sin duda todas las Administraciones Públicas relacionadas en el artículo 1.2 del referido texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de

74. Rodrigo URÍA: “Derecho Mercantil”, 28ª ed., revisada con la colaboración de M<sup>a</sup>. Luisa Aparicio, Madrid, 2002, p. 29.

75. R. URÍA. *Op.*, *cít.*, p. 30.

76. Alberto ASQUINI: “Profili dell’impresa”, en “Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto delle obbligazioni”, vol. XLI, año 1942, p. 1.

77. Alberto ASQUINI: *Op.* y *loc. cit.*s., p. 9 y s.

78. A. ASQUINI: *Op.* y *loc. cit.*s., p. 7.

79. Manifiesta a este respecto Aguillaume que para definir los sujetos a los que se aplica la Ley “era más lógico utilizar conceptos jurídicos como los de sociedades mercantiles, comerciantes o profesionales, que se refieren a sujetos de derechos y obligaciones, y no mantener el concepto de <<empresa>>...” (Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: *Op.* y *loc. cit.*s., p. 3).

junio (esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local –artículo 1.2 de la citada Ley–). Pero según el último inciso del mencionado apartado 1 del artículo 3 de la Ley 3/2004, también se aplica a las operaciones de esa naturaleza realizadas entre el “contratista principal” con la Administración y sus proveedores (“suministradores”, en la terminología de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas) y subcontratistas, figuras y supuestos de contratación previstos en el referido Texto Refundido, que en su artículo 116 se ocupa de “*la celebración de subcontratos y de contratos de suministros derivados de un contrato administrativo*”, disponiendo como requisito número 1 que “*el contratista se obligará a abonar a los subcontratistas o suministradores, el precio pactado...*”.

La inclusión en la Ley 3/2004 de estos contratos es consecuencia de lo señalado en el “considerando” 22 de la Directiva sobre que “*también debería regular todas las operaciones comerciales entre los contratistas principales y sus proveedores o subcontratistas*”, si bien tal expresa inclusión no resulta necesaria porque la finalidad y contenido de la Ley lleva consigo el que abarque a dichos contratos ya que son “operaciones comerciales” entre “empresas” (empresarios), con independencia de que deriven de un contrato celebrado con la Administración por el “contratista principal”.

Las “operaciones comerciales” objeto de examen en este apartado son, según el citado artículo 3.1 de la Ley 3/2004, las realizadas entre empresas y la Administración, “*de conformidad con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”. Ahora bien, esta Ley se aplica a “los contratos que celebren las Administraciones Públicas” (artículo 1.1 de la misma). Y según el artículo 5.1 de dicha Ley “*los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o*

*carácter privado*”. Entre estos últimos figuran “*los contratos de compraventa,... arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables...*” (artículo 5.3), contratos que si son celebrados con una “empresa” tienen el carácter de “operaciones comerciales” de las sometidas a la Ley 3/2004. Luego, como se trata de contratos celebrados entre la Administración y una “empresa” de conformidad con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –esta Ley los regula en cuanto a su preparación y adjudicación, según su artículo 9.1–, a ellos les afecta la Ley 3/2004, ya que los aspectos del contrato a los que se refiere la misma forman parte de su contenido, y éste se encuentra incluido en la preparación y adjudicación, no en sus efectos y extinción que se rigen por las normas de derecho privado, según el citado apartado 1 del artículo 9.

Al referirse a este sujeto de las “operaciones comerciales” a las que afecta la Ley 3/2004, la Directiva 2000/35/CE no habla de Administración, sino de “*poderes públicos*”, entendiéndose por tales “*toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública*” (artículo 2, punto 1 segundo apartado)<sup>80</sup>, descripción de contenido más amplio que el delimitado en la Ley española Y a ésta hemos de atenernos.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Destaqué al principio de este trabajo como cuestión relevante la de si con las medidas previstas en la Directiva 2000/35/CE, y en la Ley española 3/2004, para luchar contra la morosidad en las operaciones comerciales, se logra efectivamente ese resultado. Considera a este propósito Aguillaume que en España “*durante más de dos años se ha visto privado el tráfico mercantil de unos instrumentos que... resultaban imprescindibles para fomentar el cumplimiento de las obli-*

80. La directiva 1992/50/CEE, de 18 de junio, de “coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios” considera “*entidad adjudicadora*” al “*Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes*” [artículos 1, b), párrafo primero]; y en el párrafo segundo del mismo apartado entiende por “*organismo de Derecho público*” “*todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público*”.

Y lo mismo figura en las directivas 1993/36/CEE, de 14 de junio, de “coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro” (artículo 1), 1993/37/CEE, de 14 de junio, de “coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras” (artículo 1), y 1993/38/CEE, de “coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, de energía, de los transportes y de las telecomunicaciones”.

Todas estas directivas son las que figuran relacionadas al final del citado apartado segundo del punto 1 del artículo 2 (inmediatamente después de la frase “*en las directivas sobre contratación pública*”, a las que se refiere para definir la expresión “*poderes públicos*”) tal como aparece publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, del día 8 de agosto de 2000, serie L, 200, p. 36.

gaciones de pago”<sup>81</sup> –se refiere al tiempo que se tardó en introducir la citada Directiva mediante dicha Ley– con lo cual está indicando que con los instrumentos ofrecidos por la Ley 3/2004 se fomenta efectiva y eficazmente el cumplimiento de las obligaciones de pago. Mas lo decisivo es si de hecho la Ley evita el retraso en el pago de tales obligaciones proporcionando efectivamente instrumentos aptos para luchar contra la indicada morosidad. Y en conexión con ello dilucidar cuales de los instrumentos previstos en la Ley estimulan al deudor a pagar.

Según expresa la Exposición de Motivos de la susodicha Ley 3/2004, las medidas contra la morosidad que regula son “sustantivas”. No contiene, pues, normas procesales específicas.

Ahora bien, el “considerando” 19 del preámbulo de la Directiva 2000/35/CE manifiesta que “las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor”. Pero pese a tal aseveración, a continuación indica –en el “considerando” 23– que la Directiva “no exige a los Estados miembros adoptar un procedimiento específico o modificar sus procedimientos judiciales vigentes...”. Y aunque el artículo 5 de dicha Directiva tiene como rótulo “procedimientos de cobro de créditos no impugnados”, que como es obvio han de ser aquellos créditos incluidos en el ámbito de la Directiva, y que consecuente con lo expresado dispone en su apartado 1 que “los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un título ejecutivo... en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda...”, sin embargo en el apartado 4 realiza una matización en el sentido de que dicho artículo “se entiende sin perjuicio de las disposiciones del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”.

Respecto a este opción de la Ley 3/2004, de ocuparse sólo del aspecto de Derecho sustantivo de la materia que regula, expresa Aguillaume que dicha Ley “deja completamente de lado el aspecto procesal...”; y añade que “supone por ello... una oportunidad perdida” pues, según manifiesta el mismo autor, las razones por las que se producen dilatados períodos de impago de deudas derivadas de operaciones comerciales son, de un lado la previsión en los propios contratos de tales dilaciones, impuestas por la parte deudora “cuando goza de mayor poder negociador”, pero

también “el cómodo retraso, en contra de lo pactado, de quienes saben que una reclamación judicial puede prolongarse durante años, y la ejecución forzosa resultar para el acreedor un bosque oscuro y sin sendas en el que puede fácilmente perderse y abandonar”. Estima Aguillaume que la solución de la Ley española centrándose “únicamente en corregir los plazos de pago en el ámbito contractual y en señalar unos intereses moratorios más elevados” no son unos instrumentos suficientes para fomentar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y acabar así con la situación real “de dilación generalizada en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias” con el elevado coste económico que ello entraña para los empresarios<sup>82</sup>.

Opiniones como la de Aguillaume no son aisladas. Ya antes de la publicación de la citada Directiva, entonces en gestación, Benito Arruñada (catedrático de Organización de Empresas) manifestaba que “el aplazamiento se decide libremente entre las partes...”, y que “las normas que restringen la contratación privada con la pretensión de proteger a los acreedores y homogeneizar las prácticas dentro del mercado internacional son inapropiadas...”. A ello añadía que la situación respecto al cobro de deudas comerciales es deficiente en otros países europeos, y en España, pero como consecuencia (dejando a un lado afirmaciones extremistas e inexactas de este autor sobre la que califica de “incompetencia y baja productividad de los Juzgados”), “de su derecho procesal, no de que las partes contraten mal el plazo o las condiciones de pago”; expresando más adelante que “el atasco judicial... permite que algunos deudores se comporten de forma oportunista”, siendo así que “el fallo principal de las normas sobre morosidad es el de restringir inútilmente la contratación privada, cuando las dificultades de las partes tienen que ver con la ejecución... de sus obligaciones”. Y concluye con la afirmación de que “en el terreno de los cobros y los pagos, lo fundamental es que existan mecanismos eficaces para castigar al que incumple voluntariamente, pero es contraproducente cargar a todos los contratantes con obligaciones que, de ser útiles, ya hubieran introducido por sí mismos en los contratos”<sup>83</sup>.

En relación con dicho criterio considera Arruñada que con la regulación del proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 812 al 818), se pueden soslayar los inconvenientes inherentes a la inejecución en la práctica de las

81. Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: “El ámbito de aplicación...”, *cit.*, *loc. cit.* –“Diario La Ley”, nº 6.332., 4 de octubre de 2005– p. 1.

82. Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: *Op.*, y *loc. cit.*, p. 2 y 1.

83. Benito ARRUÑADA: “La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema”; Madrid-Barcelona, 1999, pp. 3 y 4. Después de publicada la Directiva, y en elaboración la Ley española, reitera las transcritas manifestaciones en “La Ley contra la morosidad comercial”, en “Working Paper”, (Barcelona), julio 2004, p. 10.

obligaciones dinerarias<sup>84</sup>. Mas si la existencia del proceso monitorio puede en alguna medida facilitar el logro de los fines indicados, las posibilidades limitadas de uso de dicho proceso lo hacen insuficiente para lo que con la Ley 3/2004 pretende conseguirse<sup>85</sup>.

Por tanto, sólo con la limitación del plazo de pago y con la imposición al deudor moroso de intereses más elevados que los habituales no se logra el propósito perseguido con la Ley 3/2004. Complemento necesario para ello es la existencia de un procedimiento eficaz –y la eficacia real de ese procedimiento– para que el acreedor de deudas dinerarias derivadas de operaciones comerciales cobre puntualmente sus créditos. Poco le importa al empresario deudor que en el contrato haya pactado un momento de pago de corta duración (ex artículo 4 de la Ley 3/2004), o que estén previstos intereses de demora de un porcentaje elevado, cuando sabe que de hecho ha de pasar mucho tiempo hasta que tenga que pagar, y que mientras tanto se beneficia del retraso voluntario, más el tiempo de duración del proceso judicial que, en su caso, se siga contra él.

Otro tanto cabe decir de la consideración como nulas de las cláusulas abusivas sobre plazo de pago o sobre intereses moratorios como ya señalamos en el apartado III.

Corolario de todo lo expuesto es, por una parte que pese a la llamada “globalización”, a que ciertos problemas y situaciones existen en distintas partes del Mundo con coincidencia de sus aspectos esenciales, sin embargo no siempre la unificación de la regulación legal, ni siquiera en el ámbito de la Unión Europea, constituye la mejor solución; por otro lado, que la unificación del Derecho en aquellos sectores de la realidad que presentan características idénticas o similares en los más diversos lugares del planeta –particularmente en los países integrantes de la Unión Europea– no debe llevar a la uniformidad ya que las peculiaridades de la idiosincrasia de los ciudadanos de algunos de esos países aconseja que –manteniendo las líneas maestras comunes– se adecue la regulación a esas características como único medio, al menos por ahora, de lograr efectivamente los fines perseguidos con la regulación legal de que se trate.

---

84. Benito ARRUÑADA: “La Directiva sobre morosidad...”, *cit.*, p. 34.

85 La existencia del proceso monitorio ciertamente puede considerarse un mal menor. Mas sólo para los casos en que resulte utilizable, conforme a los concretos límites señalados en el apartado 1 del artículo 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; a saber: a) que se pretenda el pago de una deuda dineraria, “vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas...” (30.051 €); b) que la deuda de esa cantidad se acredite mediante documento que aparezca firmado por el deudor “o con su sello, impronta o marca”, o “mediante facturas, albaranes de entrega... o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor”.

(\*) Los inconvenientes prácticos de esta limitación de cantidad son destacados por Virginia GONZÁLEZ PÉREZ y María FERNÁNDEZ GARCÍA: “Comentarios a la Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales”, en “Análisis Financiero Internacional”, primer trimestre de 2005, p. 71.